

597



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

"LA IMPORTANCIA DE LA DESIGNACION DEL COMITE
TECNICO EN LA CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A ,

RENE DE JESUS VARGAS LOPEZ



285719

MEXICO, DISTRITO FEDERAL

2000



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



FACULTAD DE DERECHO.

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL.

UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

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

El alumno RENE DE JESUS VARGAS LOPEZ, realizó bajo la supervisión de este Seminario el trabajo titulado: "LA IMPORTANCIA DE LA DESIGNACION DEL COMITE TECNICO EN LA CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO", con la asesoría del LIC. OSCAR BARRAGAN ALBARRAN, que presentará como tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho.

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

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

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

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

Atentamente,

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Ciudad Universitaria, a 02 de septiembre del año 2000.


DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON
DIRECTOR.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MER.

c.c.p. Secretaria General de la Facultad de Derecho.
c.c.p. Archivo Seminario.
c.c.p. Alumno.
*pegg.

*F. de V. de L. Lopez
29-Sept-2000*

DEDICO LA PRESENTE TESIS:

A DIOS; GRACIAS POR PERMITIR REALIZAR MIS PROYECTOS.

A MI ABUELITA RAFAELA; SEGUIRAS SIENDO UN GRAN EJEMPLO DE FUERZA, INDEPENDENCIA Y CARIÑO.

A REBECA; DEFINITIVAMENTE TODO TE LO DEBO A TI MAMA.

A JUAN; POR TODO LO QUE ME DISTE Y LA ESPERANZA DE LO QUE AUN TE QUEDA POR DAR.

A VICTOR; AGRADEZCO TODO TU APOYO Y TUS CONSEJOS.

A ERNESTO; POR SER UN EJEMPLO DE SUPERACION.

A MIS SOBRINOS DAVID, GERARDO, GABRIELA, DANIELA Y MARISOL; SIEMPRE CONTARAN CON MI APOYO.

A VIRIDIANA; POR LA LUZ DE TU AMOR QUE ME HACE DESEAR SER MEJOR CADA DÍA.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO; QUE DEJO UN INVALUABLE Y SIN NUMERO DE EXPERIENCIAS EN MI VIDA.

AL LIC. OSCAR BARRAGAN ALBARRAN; MUCHAS GRACIAS POR LA ASESORIA QUE ME BRINDO PARA LA ELABORACION DEL PRESENTE TRABAJO.

Y DEDICO ESPECIALMENTE LA PRESENTE TESIS A TODOS LOS MAESTROS QUE CONTRIBUYEN DESINTERESADAMENTE A LA EDUCACION DE LAS PERSONAS.

**“LA IMPORTANCIA DE LA
DESIGNACION DEL COMITE
TECNICO EN LA CONSTITUCION
DEL FIDEICOMISO”**

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO: MARCO HISTORICO

Pág.

1.1.- ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO Y LA POSIBLE EXISTENCIA DE UNA FIGURA ANALOGA A LA DEL COMITE TECNICO.....	2
1.1.1.- ROMA.....	3
1.1.2.- DERECHO GERMANICO.....	6
1.1.3.- DERECHO INGLES.....	8
1.1.4.- LEYES BANCARIAS MEXICANAS QUE HAN REGULADO EL FIDEICOMISO Y LA APARICION POR PRIMERA VEZ DEL COMITE TECNICO EN LAS MISMAS.....	19

CAPITULO SEGUNDO: MARCO TEORICO

2.1.-DEFINICION, NATURALEZA JURIDICA Y SUJETOS DEL FIDEICOMISO.....	30
2.1.1.-DEFINICION Y NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO.....	31
2.1.2.- SUJETOS.....	37
2.1.2.1.- FIDEICOMITENTE.....	38
2.1.2.1.1.- COMITE TECNICO.....	39
2.1.2.2.- FIDUCIARIA.....	39
2.1.2.2.1.- DELEGADO FIDUCIARIO.....	40
2.1.2.3.- FIDEICOMISARIO.....	40
2.2.-CAPACIDAD JURIDICA, LEGITIMACION, DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SUJETOS.....	40
2.2.1.- CAPACIDAD JURIDICA DEL FIDEICOMITENTE.....	41
2.2.1.1.-CAPACIDAD JURIDICA DEL COMITE TECNICO	47
2.2.2.- CAPACIDAD JURIDICA Y LEGITIMACION DE LA FIDUCIARIA	50
2.2.2.1.-CAPACIDAD JURIDICA DEL DELEGADO FIDUCIARIO.....	57
2.2.3.- CAPACIDAD JURIDICA DEL FIDEICOMISARIO.....	59
2.3.- CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO.....	65
2.4.- EJECUCION DEL FIDEICOMISO.....	66
2.5.- CONSENTIMIENTO.....	67
2.6.- OBJETO Y FIN DEL FIDEICOMISO.....	67
2.7.-FORMAS DE FIDEICOMISOS MAS USUALES.....	68
2.7.1.- LOS FIDEICOMISOS PUBLICOS Y LA INTERVENCION DEL COMITE TECNICO.....	69
2.7.2.- FIDEICOMISOS PRIVADOS Y LA INTERVENCION DEL COMITE TECNICO.....	73

2.7.2.1.- FIDEICOMISOS DE ADMINISTRACION E INVERSION.....	73
2.7.2.2.- FIDEICOMISOS DE GARANTIA.....	75
2.7.2.3.- FIDEICOMISOS TRASLATIVOS DE DOMINIO.....	80
2.7.2.4.- FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS.....	81
2.8.- EXTINCION, NULIDAD E INEXISTENCIA DEL FIDEICOMISO.....	84
2.8.1.- CUMPLIMIENTO DEL MOTIVO O FIN.....	84
2.8.2.- FALTA DE OBJETO, IMPOSIBILIDAD FISICA O JURIDICA..	85
2.8.3.- FIDEICOMISO AFECTADO POR NULIDAD.....	86
2.8.4.- FIDEICOMISO FRAUDULENTO.....	87

CAPITULO TERCERO: MARCO JURIDICO

3.1.-FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN EL CONTRATO MERCANTIL DE FIDEICOMISO.....	89
3.1.1.- ARTICULOS 25, 26, 27, Y 28 DE LA CONSTITUCION POLITICA MEXICANA.....	91
3.2.- LEYES FUNDAMENTALES QUE RIGEN EL FIDEICOMISO Y FUNDAMENTAN LA EXISTENCIA LEGAL DEL COMITE TECNICO.....	94
3.2.1.- CODIGO DE COMERCIO.....	95
3.2.2.- LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.....	99
3.2.3.- LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.....	108
3.2.4.- LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO.....	109
3.2.5.- LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.....	116
3.3.- USOS Y COSTUMBRES MERCANTILES Y BANCARIOS.....	118
3.4.- CIRCULARES	119
3.5.- JURISPRUDENCIA	122

CAPITULO CUARTO: PROPUESTAS Y SUGERENCIAS

4.1.- EL COMITE TECNICO Y SU APARICION DENTRO DEL ACTO CONSTITUTIVO DEL FIDEICOMISO.....	136
4.1.1.- DENTRO DE LOS FIDEICOMISOS PUBLICOS.....	137
4.1.2.- DENTRO DE LOS FIDEICOMISOS PRIVADOS.....	138
4.2.- LA INTERVENCION DEL COMITE TECNICO DENTRO DEL FIDEICOMISO.....	139
4.2.1.- DENTRO DE LOS FIDEICOMISOS PUBLICOS.....	140
4.2.1.1.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL COMITE TECNICO.....	141
4.2.2.- DENTRO DE LOS FIDEICOMISOS PRIVADOS.....	141
4.2.2.1.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL COMITE TECNICO.....	142
4.3.- LA IMPORTANCIA DE LA DESIGNACION DEL COMITE TECNICO EN LA CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO.....	143
CONCLUSIONES.....	145
BIBLIOGRAFIA	148

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se realizó primeramente con el fin de conocer el fideicomiso; en la elaboración del mismo surgió un tema de gran interés que inclinó el contenido de la investigación hacia un órgano trascendental y práctico para el desarrollo y ejecución del fideicomiso; el estudiar e imaginar el sin número de aplicaciones que se le pueden dar a la figura jurídica del fideicomiso y al mismo tiempo descubrir las ventajas que brinda el comité técnico interviniendo activamente en su desarrollo y administración, fueron puntos determinantes para orientar el objetivo final de la tesis.

A lo largo del presente escrito, se estudian aspectos generales del fideicomiso como son: su historia, los puntos de vista teóricos de su naturaleza jurídica y estructura, su regulación y para finalizar, propuestas y recomendaciones de aplicación del comité para un mejor desarrollo del fideicomiso.

Entender el comité técnico y el objetivo de integrarlo al fideicomiso son puntos centrales de la presente tesis, lo cual se logrará estudiando su estructura y funciones. Es importante partir de lo general a lo específico, buscando en todo momento indicios en la historia, la doctrina y la ley para conocer más acerca de él y darle nuevas aplicaciones, es decir, que no solo funcione como un órgano de supervisión y vigilancia dentro del desarrollo del fideicomiso, sino que desempeñe otros roles.

El presente trabajo comprende cuatro capítulos a saber:

El capítulo primero; en el cual daremos una noción general del fideicomiso a través de la historia, tratando de encontrar en el antiguo derecho, figuras y rasgos de algún órgano parecido al comité técnico; en este mismo capítulo se estudian los cambios que ha sufrido la legislación mexicana para regular el fideicomiso hasta nuestros días, señalando el momento preciso en que aparece reglamentado el comité técnico.

En la segunda parte del trabajo se estudia el fideicomiso doctrinalmente, se da una definición del mismo de acuerdo a la ley y a su naturaleza jurídica. Se analizan los sujetos, su intervención en la constitución y desarrollo del mismo, así como sus derechos y obligaciones; continuando con un estudio sobre el momento de la constitución del fideicomiso, su desarrollo y ejecución, así como sus elementos esenciales y de validez.

Se exponen brevemente las formas de fideicomisos más usuales, su funcionamiento y fines, recomendando en cada uno de ellos la intervención o no del órgano técnico estudiado y al final de este capítulo se exponen las formas en que se extingue.

En el tercer capítulo se analizan los lineamientos actuales de derecho en los que se justifica la existencia del fideicomiso y del comité, al mismo tiempo se critican por separado los artículos especiales que los rigen, de esta forma entenderemos como el derecho positivo mexicano regula el fideicomiso desde su constitución hasta su extinción y deja en libertad al fideicomitente de otorgar las facultades y derechos al comité técnico para su intervención en el desarrollo del fideicomiso, dando así la pauta para hacer de esta figura un órgano de gran importancia y versatilidad, permitiéndole no solo actuar como supervisor sino como un cuerpo de apoyo y asesoría.

En el cuarto y último capítulo, una vez analizado el órgano de referencia y sus funciones, se hacen propuestas que considero importantes tomar en cuenta en el momento de la constitución, mismas que versan sobre la trascendencia de la aplicación práctica que puede tener éste cuerpo colegiado en el desarrollo del fideicomiso.

CAPITULO PRIMERO: MARCO HISTÓRICO.

1.1.- ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO Y LA POSIBLE EXISTENCIA DE UNA FIGURA ANÁLOGA A LA DEL COMITÉ TÉCNICO

1.1.1.- ROMA

1.1.2.- DERECHO GERMÁNICO

1.1.3.- DERECHO INGLES

1.1.4.- LEYES BANCARIAS MEXICANAS QUE HAN REGULADO EL FIDEICOMISO Y LA APARICIÓN POR PRIMERA VEZ DEL COMITÉ TÉCNICO EN LAS MISMAS

1.1. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO Y LA POSIBLE EXISTENCIA DE UNA FIGURA ANÁLOGA A LA DEL COMITÉ TÉCNICO.

Para poder estudiar cualquier figura ya sea jurídica o no, se debe comenzar por conocer sus antecedentes, lo cual facilita la comprensión del tema. La importancia que tiene el conocer la historia y las fuentes principales de todo objeto de estudio, es primordial por la visión que se da de la existencia de figuras análogas a estudiar y más importante aun, por sus formas primitivas de operar y las razones principales por las que se creo.

Se puede considerar que el derecho romano es el fundador, dentro de la corriente histórica, de casi todas las ramas del derecho existentes sin embargo, Alfredo Rocco comenta: "Desde nuestro punto de vista, el derecho romano desconoció en realidad un verdadero derecho mercantil, o sea un derecho especial para el comercio"¹, en lo cual estamos totalmente de acuerdo, ya que para las necesidades de esa época solo se contemplaba regular las relaciones civiles, pero no se crearon leyes especiales para regular los actos de comercio. Es necesario mencionar las figuras que algunos autores consideran como antecedentes del fideicomiso en la Roma antigua, pero que a nuestra forma de ver, difieren de su naturaleza, ya que el fideicomiso es una figura completamente mercantil y no existe mayor referencia en el derecho Romano.

Antes de entrar de lleno en el estudio de los mencionados antecedentes del fideicomiso en Roma, es conveniente aclarar que se pretende encontrar la existencia de algún indicio del comité técnico o alguna figura parecida, por lo tanto se utilizará el método deductivo para poder recrear más fácilmente el área a estudiar.

Etimológicamente, fideicomiso viene del latín *fides* que significa "fe", y *comissus* que quiere decir "comisión" o "encargo", por lo que se deduce que el significado etimológico de la palabra fideicomiso es: "la fe o confianza que existe hacia una persona para que realice un encargo o comisión".

¹ Rocco Alfredo. Principios de Derecho Mercantil. México, Editorial Nacional, Primera Edición 1981, pág. 6.

Las instituciones de la fiducia y el fideicomiso testamentario, que fueron figuras de derecho civil, traslativas de dominio, carentes de aplicación a actos de comercio, no son un antecedente directo de nuestro actual fideicomiso, pero deben ser brevemente mencionadas.

1.1.1. ROMA.

Algunos autores como Villagordoa Lozano consideran que: "los antecedentes más remotos del fideicomiso mexicano los podemos encontrar en la Roma antigua"², con dos figuras importantes que se explican brevemente: la *fiducia* y los *fideicomisos testamentarios*.

A) La fiducia.

Fue una figura jurídica creada prácticamente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en un contrato civil, era una garantía real que se otorgaba transmitiendo la propiedad de un bien para que el acreedor pudiera exigir el cumplimiento del crédito. Se perfeccionaba con la *mancipatio* (forma solemne de transmitir la propiedad) hecha por el *tradens*, con la obligación del *accipiens* (acreedor) de retransmitirla al propietario original o a quien este señalara, una vez cumplida la obligación contraída con anterioridad.

Existieron dos formas de fiducia:

a) **La Fiducia cum creditore.**- que fue utilizada para garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones mediante contratos reales, en donde se transmitía la propiedad de la cosa por parte del deudor, para garantizar el cumplimiento de su obligación ante el acreedor, el cual a su vez, se obligaba mediante un *pactum fiduciae* a retransmitir la cosa al deudor una vez cumplida la obligación. En el supuesto de que no se cumpliera con la obligación, el acreedor tenía el derecho de retener la cosa para sí o enajenarla, no habiendo compromiso de devolver el remanente al deudor, como sucede en el contrato de prenda que apareció tiempo después.

² Villagordoa Lozano José Manuel. Doctrina General del Fideicomiso. México, Editorial Porrúa. Segunda Edición 1982. pág. 1.

b) La fiducia cum amico.- es un contrato parecido al actual comodato, en el cual una persona recibía la cosa gratuitamente, sin ninguna contraprestación, para que la usara y disfrutara en su provecho y una vez cumplido cierto termino, transmitía los bienes al "*tradens*" o a la persona que éste señalara.

B) El fideicomiso testamentario.

Horacio Sánchez explica: "según los tratadistas el origen del fideicomiso en el derecho romano es a partir de la intención del testador para imponer su voluntad más allá de su vida y para evitar la serie de restricciones que la legislación de la época señalaba para testar"³.

El fideicomiso testamentario también llamado *fideicommissum* romano, que viene de la palabra *fides* "fe", y *committere* "encomendar"; tenía por finalidad evadir las restricciones existentes a la institución de heredero, es decir, cuando no se tenía la *testamenti factio* (capacidad legal para recibir por testamento) por ser extranjero, liberto, persona incierta, etc., por lo que no quedaba más recurso que rogar al heredero (fiduciario), que ejecutara una prestación a favor de un tercero incapacitado (fideicomisario).

Batiza comenta: "Durante la República los fideicomisos representaban tan sólo obligaciones de carácter moral, pero en la época de Augusto su cumplimiento se hizo efectivo bajo la autoridad consular. Más tarde fueron protegidos y tutelados por el orden jurídico, mediante un pretor especial llamado *praetor fideicommissarius*. " ⁴

En época de Justiniano, el heredero fideicomisario llegó a adquirir un derecho real, y se creó una figura muy importante llamada *reivindicatio*, que era el derecho que tenía sobre los bienes materia del fideicomiso oponible ante terceros.

Como se puede observar en lo expuesto, la creación y ejecución del fideicomiso testamentario en la Roma antigua, únicamente tenía aplicaciones civiles y no mercantiles, siendo la última, el principal objetivo del fideicomiso actual.

³ Sánchez Sodi Horacio. El Fideicomiso en México. México, Editorial Greca, Primera Edición 1996, pág.9.

⁴ Batiza Rodolfo. Fideicomiso Teoría y Práctica. México, Editorial Jus, Tercera Edición 1995, pág. 34.

En la aparición del fideicomiso dentro de la legislación bancaria mexicana en 1926, la "Revista de Derecho y Jurisprudencia" ⁵ edita un artículo llamado "Carácter Legal de lo que la Ley Bancaria llama Fideicomiso ", en donde Don Toribio Esquivel Obregón considero:

"Punto uno.- Que el empleo de la palabra fideicomiso para designar a la institución, era un verdadero disparate del lenguaje, ya que en su originaria significación romana y en el sentido castizo de la palabra, se entendía por fideicomiso, el ruego que hacia el autor de la herencia, a su heredero o legatario, para que a la muerte de aquél cumpliera con un determinado encargo, el cual se fundaba en la confianza que se depositaba en la honradez y lealtad fides de la persona que recibía tal encargo.

Punto dos.- Que la pretendida adopción del trust Inglés o de algo semejante por nuestro sistema jurídico, constituía sencillamente un engaño, porque en nuestra administración de justicia no existe la dualidad de tribunales, a saber las cortes de derecho estricto, "*Common Law*", y las cortes de equidad, "*equity*", que através de una evolución de varios siglos a hecho posible el *trust* anglosajón y el desdoblamiento de la propiedad para crear a la vez dos propiedades sobre la misma cosa, o sea una propiedad con título legal y sin los beneficios económicos de la cosa a favor del *trustee*, y una propiedad con titulo de equidad y con los beneficios económicos de la cosa a favor del *cestui que trust*." ⁶

Es en parte, muy acertada la crítica que hizo don Toribio Esquivel Obregón a la figura del fideicomiso en cuanto al primer punto que corresponde al Derecho Romano, pero el segundo se opone a lo que realmente se considera como la fuente histórica directa de nuestro Fideicomiso actual, o el Trust que en su momento se verá.

⁵ Revista de Derecho y Jurisprudencia. México. Año I, No. 4, 1930, págs. 601 a 608.

⁶ Sánchez Meda! Ramón. De los Contratos Civiles. México, Editorial Porrúa, Cuarta Edición 1995, págs. 587 y 588.

1.1.2. DERECHO GERMÁNICO.

Algunos tratadistas coinciden al afirmar que se pueden encontrar antecedentes del fideicomiso Mexicano en las antiguas instituciones germánicas, en lo personal considero, que solo en una de las figuras más adelante estudiadas, se encuentra un antecedente directo del fideicomiso, pero se expondrán las tres figuras que son la *prenda inmobiliaria*, el *manusfidelis* y el *salman* o *treuhand*.

A) La prenda inmobiliaria.

Figura con gran semejanza a la *fiducia cum creditore*, que operaba de la siguiente forma: el deudor transmitía a su acreedor, como garantía real, un bien inmueble (principal diferencia con la *fiducia*), mediante la entrega de una *carta venditionis*, obligándose simultáneamente el acreedor, con una contracarta, a la restitución del primer documento y del inmueble transmitido, sujetándose esta condición al cumplimiento de la obligación.

B) El manus fidelis.

Se empleaba para contravenir las prohibiciones o limitaciones estipuladas para determinar la calidad de herederos legítimos, aplicada cuando se deseaba realizar donación *intervivos* o *post obitum*. Se transmitía la cosa materia del contrato a un fiduciario llamado *manusfidelis*, el cual retransmitía al beneficiario de inmediato la cosa adquirida, reservándose el donante un derecho de goce amplio sobre el bien para disfrutarlo durante el resto de su vida. Esta figura jurídica es muy parecida al usufructo, mediante el cual se otorga la nuda propiedad de un bien, mientras se tiene la posesión del mismo durante un tiempo determinado. La carta venditionis se redactaba en términos muy amplios que podía ser usada en forma que afectara el fin del contrato, o en provecho del mismo fiduciario, por lo que se prefería a personas del clero para ejecutarlo.

C) El salman o truhand..

Es otra institución del derecho germánico que constituye un antecedente más probable del fideicomiso mexicano. El *salman* o *truhand*, es la persona que desempeñaba el cargo de fiduciario, es

decir que el *salman* era el intermediario que realiza la transmisión de un bien inmueble, del propio propietario original al adquirente definitivo. En el antiguo derecho germánico, el *salman* es el fiduciario que recibe sus facultades del enajenante y a su vez se obliga frente a él para transmitir los bienes a un tercero beneficiario. En el derecho moderno el *salman* es fiduciario del adquirente y de él recibe sus poderes jurídicos.

Esta fue una de las fuentes históricas reales del fideicomiso mexicano, se puede comparar esta hipótesis con la del maestro Batiza, que de la misma forma, encuentra más posible el antecedente de nuestra figura a estudiar en una institución como lo fue el uso, una figura totalmente mercantil, a instituciones jurídicas Romanas. "El antecedente germánico del uso fue postulado por Holmes: el precursor del *feoffee to uses* encuéntrase en el *treuhand* o *salman*." ⁷

⁷ Batiza Rodolfo. Op. Cit., pág. 35.

1.1.3. DERECHO INGLES.

Dos instituciones del Derecho Inglés forman los antecedentes más importantes de nuestro actual fideicomiso: el antiguo *use* y el moderno *trust*, el último mencionado, es considerado por la mayoría de los estudiosos del derecho como el antecedente más próximo de nuestro fideicomiso y lo considera así el Legislador en 1932.

A) El use.

Se define al *use* de la siguiente manera: "el *use* es concebido como un simple encargo que una persona hace a otra en provecho de sí misma o de una tercera".

El origen primitivo del *use* es en realidad incierto, es decir que no podemos afirmar con exactitud la fecha de su aparición, pero de acuerdo con la hipótesis de Maitland su primera y general utilización pudo haber ocurrido en el siglo XIII como resultado de las transmisiones de tierras "Para el uso" de los Frailes Franciscanos, a quienes las reglas de la orden prohibían en individual o comunalmente la propiedad de bienes.

El antiguo *use* consistía en la transmisión de tierras realizada por acto entre vivos o testamento a favor de un prestanombre, quien la poseería en provecho del beneficiario o *cestui que use*. En esta relación jurídica el primer elemento, la persona que da la cosa, se le llamaba *Settlor*, la cual revestía de un poder jurídico, según el *Common Law* (derecho común), a una segunda persona llamada *feoffee to use*, de cuyo ejercicio resultaba un beneficio para el último elemento personal de esta figura, que era el *cestui que use*, siendo esta tercera persona el beneficiario final, pudiendo ser el mismo *settlor*.

Al respecto Batiza citando a Keenton señala: "el terrateniente inglés ponía sus tierras en uso para lograr diferentes objetivos, ya fueran lícitos, pero que el orden jurídico no reconocía, o francamente fraudulentos, y que requerían de una interpósita persona. En la primera categoría caía la práctica de hacer testamento por vía de uso surgida en virtud de que el derecho regulador del régimen de las tierras, estimando la tenencia feudal como una relación personal, desautorizaba las transmisiones testamentarias, situación que

subsiste hasta que se promulga la ley de testamentos (*Statutes of wills*), en 1540. En la segunda categoría estaban las prácticas fraudulentas consistentes en transmisiones en uso para defraudar acreedores y burlar acciones reivindicatorias. Y la tercera categoría considerada por Keenton, una posición intermedia entre las dos extremas indicadas, comprendía los casos de evasión a las leyes de manos muertas que venían a hacer posible la donación de tierras a fundaciones eclesiásticas, en especial a la orden franciscana."⁸

La utilidad del uso se fue difundiendo cada vez más y a medida que esto fue sucediendo, surgieron algunos inconvenientes y desventajas por falta de regulación legal y de protección del derecho a quienes constituían los *uses* por lo cual, los *feoffees to use*, sintiéndose protegidos por el *Common Law* y sabiendo que no estaban obligados a cumplir con el *use*, puesto que esta institución no se encontraba prevista en el sistema jurídico, se aprovecharon en innumerables ocasiones de la confianza que se les había depositado. El derecho común, *Common Law*, puede haber sido adecuado para la sencilla sociedad rural en la época feudal pero no fue suficientemente idóneo para las complejidades de los industriales o mercaderes en las actividades de un período comercial.

En el siglo XV era evidente la rigidez que había ido adquiriendo el sistema normativo aplicado por los tribunales del *Common Law*, situación que afectaba también al procedimiento como consecuencia de la inflexibilidad del sistema de las formas de acción o *forms of action* (son especies particulares de procedimientos referidos a diversos conceptos, como daños y perjuicios, reivindicar muebles, obtener rendición de cuentas, reclamar indemnización por actos de violencia, etc.) Si una causa no encuadraba en el *write original* (para ejercer una acción jurídica, se debía obtener previamente del Canciller un mandamiento dirigido al demandado con la relación sucinta de la reclamación) los tribunales se veían en imposibilidad de suministrar recurso alguno.

Desde fines del siglo XIV y comienzos del XV empezaron a llegar a la cancillería y al consejo del Rey, numerosas quejas contra los *feoffees*

⁸ Batiza Rodolfo. *Op. Cit.* pág. 33, cita: Keenton George W. *The Law of Trust*. London, Sr. Issac Pitman and Sons, Ltd. Ninth Edition 1968, pág. 21.

infiel que por no implicar incumplimiento a obligaciones jurídicas, escapaba al conocimiento de los tribunales del *Common Law*, pero la violación a la fe guardada cometida por los prestanombres, provocaba en el Canciller, alto dignatario eclesiástico, un vivo deseo de hacer justicia y fue así como desde mediados del siglo XV, intervienen para obligar a los *feoffees* abusivos a la observancia de sus obligaciones morales.

De todo esto surge la necesidad de un sistema supletorio de impartición de justicia. "Los perjudicados, al ver que nada conseguían ante los tribunales acudieron al Rey, en busca de justicia, ya que se le consideraba como fuente de ella, el Rey, como jefe de estado, fue la fuente de justicia y tuvo la obligación en conciencia de dar a sus súbditos que lo requirieran, el debido resarcimiento por daños y ayuda por los perjuicios causados en sus relaciones con sus semejantes."⁹

Además, para la resolución del asunto, el Rey tenía la gran ventaja de que no estaba obligado a sujetarse a las reglas técnicas, sino que emitía sus decisiones según su conciencia y de acuerdo a la equidad. Tales cuestiones eran hechas del conocimiento del Rey, por medio de su Canciller Eclesiástico, "Guardián del sello y de la Conciencia del Rey", y de los demás Magistrados que integraban la Corte de la Cancillería, la cual creó, mediante sus dictámenes fundados en los datos imperativos de la conciencia, un nuevo orden jurídico llamado *Equity* (equidad) que aparecía frente al *Common Law*, no oponiéndosele directamente sino modificándolo y adaptándolo frente a las necesidades de la vida.

El reino a medida que fue creciendo tuvo más necesidades de impartición de justicia por medio de la equidad, y el Rey delegó sus facultades a su Canciller, para su consideración y decisión. Si se hallaba que los querellantes eran merecedores de protección, la ejecución del juicio era sobreseída. En otros casos, cuando el demandante de derecho común podía lesionar a un desvalido, se le podía prohibir obtener el remedio legal y era obligado a comparecer ante el Canciller para que hiciera justicia "*ex aequo et bono*" (en equidad de buen trato). En otros casos donde el derecho común no dio resultados para castigar a los culpables del incumplimiento de un

⁹ Villagordo Lozano. *Op. Cit.* pág. 8.

fideicomiso, de un fraude, o de cualquier otro acto ilícito, el Canciller inició procesos para obligar a guardianes fiduciarios deshonestos y a ejecutores abusivos o astutos comerciantes sin conciencia comparecer ante él y responder a los cargos en su contra; y si se les hallaba culpables, estaban obligados a restituir la propiedad obtenida en el abuso de sus funciones.

"Para efectos prácticos diversos, los Cancilleres consideraban a los usos como derechos reales de equidad y (*estates*) no como simples derechos de crédito, aplicándoles por analogía algunas de las reglas de *Common Law* relativas a la propiedad."¹⁰

Junto con esta institución surge un doble concepto de dominio, propiedad o patrimonio, inherente al derecho angloamericano: El legal reconocido por la ley común estricta (*Common Law*), que pasa del *settlor* o *feoffor to use* al *feoffee to use* o *fiduciario*; y el concepto *beneficioso* o *equitativo* (que en castellano no se puede denominar útil, porque difiere del concepto propio de dominio útil, de diverso significado jurídico en ambos idiomas), llamado en inglés *beneficial* o *equitable*, impuesto en un principio como un deber de conciencia y posteriormente como una institución sancionada por el derecho equidad (*Equity*), que se constituye a favor de un tercero (*cestui que use*) a quien en español se le llama beneficiario o fideicomisario.

Fue así como a través de la protección legal de que los *uses* fueron objeto, se dio un nuevo impulso a los mismos y viene a darse una separación de la propiedad en el *use* frente al *legal owner* o propietario legal, se erige el *equitable owner* propietario según la equidad. Al primero le corresponde la titularidad del predio o de los bienes dados en *use*; al *equitable owner* le corresponde la facultad de gozar de él o los bienes, de acuerdo con la equidad.

Sin embargo, en virtud de que Enrique VIII consideró que mediante el *use* se estaban eludiendo diversas disposiciones jurídicas en favor de los *cestui que use*, con mayor energía instituyó la supresión de los usos, lo que vino a culminar tras de vencer tenaces oposiciones con la promulgación de usos en el año de 1535. Más adelante promulgó, en 1536, *el estatute of uses*; documento que aparentemente tenía por objeto suprimir los *uses* y que finalmente los limitó declarando que el

¹⁰ Batiza Rodolfo. *Op. Cit.* pág. 38.

beneficiario o *cestui que use*, sería considerado como único y verdadero propietario, reuniéndose en él la doble cualidad de *legal owner* y *equitable owner* desapareciendo la figura del *feoffee to use*.

Así pues, los usos no fueron prohibidos conforme al tecnicismo legal quedaban tan sólo ejecutados, esto es, hacía *al cestui que use* dueño legal que dejaba de tener un derecho de equidad para convertirse en único dueño, en tanto que el *feoffee to use* venía a ser eliminado.

Esta ley no logró su objetivo ya que vino a vigorizar la práctica del *use* pero con un nuevo nombre, surgió el *trust* con la insospechada fuerza que le dio el derecho de equidad. La aplicación de la ley sobre usos se limitó, quedando fuera de su órbita de aplicación los siguientes casos:

"a) no tuvo aplicación cuando el *use* se refería únicamente a bienes muebles.

b) tampoco fueron materia de esta ley los usos que implicaban una labor positiva y de administración que debía realizar el *feoffee to use*, quien tenía el deber activo de llevarlas a efecto, estos *uses activos* recibían el nombre de *to use*.

c) asimismo escaparon de la ley referida, los usos que se constituían sobre otro uso anterior, es decir, aquellos que se constituían en cadena y que los autores anglosajones llamaron *use limited upon a use*.

En estos casos la ley sobre usos ejecutaba el primero celebrado en tiempo, transmitiendo la propiedad absoluta al *primer cestui que use*, quien a su vez se designaba *feoffee to use* en el segundo; en relación con este último la ley no era aplicable en vista de que un *use*, no podía limitar a otro, pues si se ejecutaba el segundo las consecuencias de la ejecución del primero se declaraban nulas. Para evitar estas consecuencias los tribunales de derecho común decidieron negarle validez al segundo *use*. Pero en cambio las cortes de equidad determinaron que si bien la persona favorecida con el primer *use* era la propietaria legal, la beneficiada con el segundo seguía siendo como antaño la dueña en equidad o titular de un derecho que resultaba a su favor por el segundo *use*."¹¹

¹¹ Villagordoa Lozano. *Op. Cit.* págs. 16 y 17.

De esta manera, el *use* sobrevivió únicamente cambiando la expresión por la de *trust* y cambiando también los nombres de las personas de dicha institución de *feoffee to use* por la de *trustee* y la del *cestui que use* por *cestui que trust*, esto se debió probablemente a que los *uses activos* eran llamados *trust*, o a que las cortes de equidad, queriendo evitar la expedición de otra nueva ley sobre la materia, hicieron que la expresión de *use* fuera desapareciendo. Y al llegar el siglo XIX la rama jurídica del *trust* había alcanzado su madurez completa y quedaría solo por solucionar aspectos de detalle. En cambio de mayor importancia tiene lugar el suministro de servicios técnicos especializados, con la aparición del *trustee institucional*.

Rodolfo Batiza divide en cuatro períodos el desarrollo del *trust* de acuerdo a su evolución histórica: "El primer período se inicia con el primitivo empleo de los usos y continúa hasta comienzos del siglo XV época en que reciben la sanción del Canciller; el segundo período se extiende hasta la promulgación de usos en el siglo XVI; el tercero alcanza los finales del siglo XVII y marca la nueva etapa del derecho del *trust*; el cuarto y último período comprenden el desarrollo del *trust* moderno."¹²

B) El trust.

El *trust* angloamericano es la concepción jurídica modernizada y perfeccionada del *use*. Pablo Macedo, a quien se le encomendó la ardua tarea de elaborar el articulado del capítulo V, "Del Fideicomiso", en nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente, manifestó en varias ocasiones: "su fuente de inspiración para llevar a cabo tal tarea ha sido la institución del *trust*, habiéndose recurrido a los tratadistas ingleses, norteamericanos y fundamentalmente a las ideas de Pierre Lepaulle sobre el *Trust Expreso* con algunas variantes que fueron consideradas más acordes con nuestro sistema jurídico."¹³

Una vez estudiado el *use* se puede entender fácilmente la figura del *trust*, ya que como se ha visto, es una nueva denominación a la misma figura, con diferentes nombres de las personas que

¹² Rodolfo Batiza. *Op. Cit.* pág. 36.

¹³ Macedo Pablo. *El Fideicomiso Mexicano*. México, Editorial Porrúa S. A. 1975, págs. 23 a 25 y 39.

intervienen en dicha institución y se pudo observar, cómo fue evolucionando hasta convertirse en lo que ahora se conoce en Inglaterra y en Estados Unidos como el "*Trust*".

Como primer punto para poder entender la figura del *trust*, que como se sostiene en la presente tesis, es el antecedente más directo de nuestro actual fideicomiso, necesitamos conocer una definición que nos facilite su estudio. A este respecto Jorge Serrano transcribe la definición del "*Restatement of the law of trust*", diciéndonos: "un *Trust* es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por la cual la persona que los posee (*trustee*), está obligada en derecho de equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (*cestui que trust*). Este negocio surge de acto expreso de la persona que crea el *trust* (*settlor*), el cual da sus bienes para la realización de un fin determinado."¹⁴

Otros autores explican al *trust* diciendo que consiste en separar de una persona llamada *settlor*, un conjunto de bienes (inmuebles, muebles, créditos, etc.) de su fortuna y confiarlos a otra persona llamada *trustee*, para que haga de ellas un uso prescrito, en provecho de un tercero, llamado *cestui que trust*.

La mayoría de los autores anglosajones han considerado al *trust* como una forma peculiar de propiedad en la que el *trustee* era propietario de acuerdo con el *Common Law*, en tanto que el beneficiario era el titular del *equitable title* (o titular conforme a la Equidad). La ley consideraba al *trustee* como propietario definitivamente, y la acción del beneficiario era desechada de inmediato de acuerdo al *Common Law*, situación que no ignoraba el Canciller, reconociendo el derecho del beneficiario de disfrutar de las rentas y beneficios bajo la protección de la Cancillería, creciendo así el *equitable estate*. La corte de la Cancillería podía escuchar la demanda del beneficiario y ayudarlo obligando al *trustee* infiel a rendir cuentas al beneficiario bajo la conciencia y Equidad. Una parte importante de los terrenos de Inglaterra fue tenida en *express trust*, dándose con más popularidad, con el paso del tiempo, éste sistema de jurisdicción, para resolver controversias.

¹⁴ Villagordoza Lozano. *Op. Cit.* pág. 18.

El *trust* jamás habría llegado a ocupar el sitio que le corresponde en el Derecho Inglés si los Cancilleres se hubieran concentrado a hacer cumplir las obligaciones personales contraídas por el *trustee*. Hicieron mucho más que eso, ya que elaboraron un verdadero sistema de propiedad equitativa. "En efecto antes de que finalizara el siglo XV fue anunciada la protección de los derechos del beneficiario frente a los compradores que tuvieran conocimiento de su derecho, frente a los herederos del *trustee*, así como frente a los adquirentes a título gratuito."¹⁵

Veamos ahora cuales son los elementos personales del *trust*: a) El "**settlor**", que es la persona que realiza el acto de disposición y da los bienes en *trust* a un segundo sujeto, que es: b) El "**trustee**", a quien le confía el destino de dichos bienes y éste debe realizar los actos tendientes a la consecución de tal fin, que es en provecho de una tercera persona denominada: c) El "**cestui que trust**", a favor de quien se constituyó y funciona el *trust*, esto es, el beneficiario del fideicomiso, quien puede ser el mismo *settlor*.

Rodolfo Batiza¹⁶ explica de manera resumida la importancia y función de cada sujeto que interviene en el *trust*, distinguiendo entre ellos diferencias importantes, derechos y obligaciones de cada uno.

a) Settlor.- señala que un punto importante que es, el que toda persona capaz de disponer de un derecho legal o de equidad puede, si así lo desea, transferir estos derechos sobre un bien ya sea mueble o inmueble, a un *trustee* a efectos de cumplir con un fin determinado. También se observa la uniformidad de contar con una sola expresión para identificar a la persona que crea un *trust*, ya sea por acto entre vivos o por testamento, independientemente de que el *trust* se constituya en una u otra forma, el término considerado preferible es el de *settlor*.

b) Trustee.- para poder serlo, una persona debe tener capacidad para adquirir y poseer la propiedad de los bienes a que el *trust* se refiere y la de manejarlos conforme a los términos del instrumento respectivo por otra parte, la ejecución del *trust* podrá exigir criterio y conocimiento de los negocios. Es decir que el *trustee* debe tener los conocimientos

¹⁵ Batiza Rodolfo. *Op. Cit.* pág. 51.

¹⁶ Cfr. *Ibidem.* págs. 54 y 55

suficientes en la materia en que se va a destinar el bien u objeto del *trust*, esto es muy importante porque se deben de administrar los bienes de una forma que se tengan resultados positivos y no existan pérdidas en la administración. El *trustee* debe ser una persona capaz de adquirir y retener el título legal sobre bienes, estar dotado de capacidad física y jurídica para desempeñar el *trust* y tener su domicilio dentro de la jurisdicción del tribunal competente.

c) Cestui que trust.- son capaces de adquirir la propiedad legal de bienes y tienen la aptitud por vía del *trust* de recibir la propiedad de equidad. El beneficiario de un *trust*, siempre debe ser una persona facultada para exigir en equidad la realización de un *trust* en su propio provecho, debe ser determinada y designada con precisión, de lo contrario nos encontramos ante un *charitable trust* (*trust público*), en donde los beneficiarios no pueden ser designados individualmente con precisión, hasta señalar un grupo de personas a quienes se pretende beneficiar. Debe tenerse presente, que los legalmente incapacitados, como los menores de edad o enajenados mentales, tienen capacidad para ser beneficiarios del *trust* y que, de hecho, un gran número de *trust* se crean precisamente para la protección de quienes no puedan valerse por sí mismos.

El objeto es otro punto muy importante y sencillo de determinar en un *trust*. No puede haber *trust* sin bienes específicos que constituyan su objeto. Estos bienes del *trust* pueden ser inmuebles o muebles, legales o de equidad, solo se debe evitar constituir *trust* sobre prohibiciones legales, es decir sobre un objeto ilícito.

Al respecto explica Scott: "los bienes dados en *trust* se designan en el *Restatement* con la expresión "bienes del *trust*" (*The trust property*); cuando se hace referencia a ellos como a un todo, la denominación empleada es "patrimonio del *trust*" (*the trust estate*); y cuando se quiere diferenciar el derecho que corresponde al *trustee* de la cosa sobre la cual recae, la designación para identificar ésta es "materia del *trust*" (*the subject matter of the trust*), que en ocasiones cambia a "res o cosa del *trust*" (*the trust res*)." ¹⁷

¹⁷ *Ibidem*. pág. 56.

Después de estudiadas las instituciones importadas de Europa, nos damos cuenta que nuestro actual fideicomiso tiene orígenes innegablemente del *trust* inglés y de la misma forma encontramos antecedentes del Comité Técnico en instituciones norteamericanas, no encontrando cuerpos colegiados similares en nuestro país hasta después de importar esta figura.

“Parece ser que el legislador se inspiró en la doctrina norteamericana de las *Trust Companies* que, para efectos de responsabilidad, utilizan la formación de comités o cuerpos colegiados, formados generalmente por personas conocedoras en ciertas áreas y que los auxilian para tomar las decisiones acerca de las conveniencias de invertir en tal o cual sector o en determinados valores; en fin, personas expertas que ayudan al fiduciario a tomar, en forma prudente, una decisión.”¹⁸

En la obra de Pierre Lepaulle¹⁹ se afirma que existen en cierto tipo de *Trust* los Comités de Distribución, a cuya función y constitución les da un carácter original. Comenta él mismo autor que esta práctica es relativamente reciente, citándose el más antiguo formado en 1914 y que a partir de 1945, se ha desarrollado considerablemente.

Los americanos, con su fino sentido de las realidades, han respondido inventando lo que hoy se conoce con el nombre de “*Community trust*”. He aquí en lo que consiste esta institución, por lo demás muy reciente: es una caja en la que cualquiera puede poner fondos para obras de caridad o, simplemente, de interés general; la administración de esa caja está en manos de uno o varios bancos o “*trust companies*”, los más serios de la localidad que deben distribuir los fondos disponibles de acuerdo con las instrucciones de un “comité de distribución” (*Distribution Committee*), cuya función y constitución dan al “*community trust*” su carácter original y su propio valor.

En la práctica norteamericana estos comités se llaman *trust committies*, y son establecidos, sobre todo, en fideicomisos que tienen necesidad de invertir en acciones, en bonos, en valores, etc;

¹⁸ Banco Mexicano Somex. S. A. Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México. México, Primera Edición, Fomento Cultural de la Organización Somex, A. C. 1982, pág. 477.

¹⁹ Lepaulle Pierre. Tratado Teórico y Práctico de los Trust en Derecho Interno, en Derecho Fiscal y en Derecho Internacional. Ver, Traducción y Estudio sobre el Fideicomiso Mexicano por Pablo Macedo, México, Editorial Porrúa. S.A., Primera Edición 1975, pág. 42.

fideicomisos que manejan fondos de inversión o, de alguna manera, que responden a la idea de que el público o los trabajadores de las empresas, por medio del fideicomiso, manejan fondos comunes. En este supuesto las *trust companies* acostumbran, repetimos, nombrar *trust committies* para orientar su inversión, de manera que obtengan un consejo prudente de personas conocedoras.

1.1.4. LEYES BANCARIAS MEXICANAS QUE HAN REGULADO EL FIDEICOMISO Y LA APARICIÓN POR PRIMERA VEZ DEL COMITÉ TÉCNICO EN LAS MISMAS.

Villagordoa, citando al licenciado Rodolfo Batiza señala: “en nuestra patria el fideicomiso nace a la vida jurídica..., al principiarse el año de 1925, cuando se promulga la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios.”²⁰

Y continúa citando al mismo autor: “ El fideicomiso de los romanos..., que se originó como medio jurídico de evadir las numerosas incapacidades para suceder por testamento establecidas por la legislación de Roma, estuvo limitado exclusivamente a las herencias y degeneró, finalmente, en el sistema de substituciones fideicomisarias, por medio de las cuales se vinculaba la propiedad a perpetuidad, en una serie de herederos sucesivos instituidos por los mismos testadores; lo que determinó por fin, la supresión definitiva de la institución, en Francia por el Código Napoleón, en su artículo 896; en España por las leyes del 27 de Septiembre de 1820 y las del 30 de Agosto de 1836; en Italia por su primer Código Civil, y en los demás países, inclusive en México, por sus leyes derivadas de esas mismas fuentes”²¹

Así pues la institución del fideicomiso sea en su aspecto romano o en su forma anglosajona, no figuró en el sistema de leyes de México sino hasta el año de 1926, cuando aparece por primera vez en la Ley General de Instituciones de Crédito, el fideicomiso de tipo angloamericano.

Como en México sólo se encontraba el fideicomiso romano vinculado a disposiciones testamentarias, los legisladores tuvieron que importar el trust anglosajón, aunque en forma restringida, en vista de que únicamente se transplantó, a nuestro régimen jurídico el *trust expreso*.²²

²⁰ Villagordoa Lozano. Op. Cit pág. 30, cita: Batiza Rodolfo. Una nueva Estructura del Fideicomiso en México. México, Revista El Foro, Cuarta Epoca, Número 1, Julio-Septiembre de 1953, pág. 6.

²¹ Ibidem, pág. 37.

²² Cfr. Exposición de motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Expuesto lo anterior se puede concluir que el fideicomiso, en nuestro régimen jurídico, comienza a ser regulado a partir del año de 1925.

De la misma forma se podrá observar que la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, del 31 de mayo de 1941, fue la que incorporó por primera vez, en el texto del artículo 45, fracción IV, último párrafo, lo que hoy conocemos como comité técnico, redacción que no ha cambiado hasta la fecha, a pesar de las diversas reformas que ha tenido dicho ordenamiento.

A continuación se expondrán algunas de las legislaciones que se consideran importantes para poder comprender, de que forma se introduce el fideicomiso en nuestra legislación y al mismo tiempo, en que momento se contempla la creación del Comité Técnico y su regulación legal.

A) Ley general de instituciones de crédito y establecimientos bancarios de 1924.

“La consagración del fideicomiso en nuestro sistema legal fue el resultado que se tuvo en la primera Convención Bancaria llevada a efecto en el año de 1924, donde a iniciativa del Sr. Enrique C. Creel se llevó a efecto el primer intento serio para implantar esta institución en nuestro medio jurídico.”²³

El 24 de diciembre de 1924 siendo Presidente de la República el General Calles y Secretario de Hacienda el Ing. Alberto J. Pani se abrogó la Ley General de Instituciones de Crédito de 1897, ordenamiento que se ocupaba de los bancos de emisión, de los hipotecarios y de los refaccionarios, para dar lugar a la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924 (publicada en el Diario Oficial del 16 de enero de 1925), en la que aparece regulado, el fideicomiso por primera vez en nuestras leyes, en su capítulo VIII, refiriéndose directamente a los Bancos de Fideicomiso.

²³ Batiza Rodolfo. Op. Cit. págs. 6 y 7.

Pablo Macedo hace mención a los artículos importantes de esta Ley, 6o., fracción VII, 73 y 74, mismos que textualmente citamos a continuación, en su parte relativa:

"Art. 6ª , fracc. VII.- Se considerarán instituciones de crédito para los efectos legalesLos Bancos de Fideicomiso.

Art. 73.- Los bancos de fideicomiso sirven los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confían o interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos éstos o durante el tiempo de su vigencia.

Art. 74.- Los bancos de fideicomiso se regirán por la ley especial que ha de expedirse." ²⁴

El fideicomiso mexicano se reservaba a los bancos, no era institución de Derecho Civil, sino una operación de crédito que sólo como tal se introducía en la legislación, sin considerar siquiera la posibilidad de los trustees o fiduciarios como personas privadas; sólo las instituciones bancarias fiduciarias de trust podían ejecutarlo y su utilidad en las finanzas y en el crédito eran motivo determinante de los legisladores; elemento que continúa existiendo en la actualidad.

B) Ley de bancos de fideicomiso de 1926.

Fue promulgada el día 30 de junio de 1926 (y publicada en el Diario Oficial del 17 de julio de 1926), en cumplimiento a la promesa hecha en el artículo 74 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios publicada en 1925; al ser la Ley de Bancos de Fideicomiso, el primer ordenamiento en México configurado como ley especial sobre el fideicomiso, dio una primera estructura a la institución, cuyos lineamientos principales se transcriben brevemente a continuación:

"Art. 1".- Los Bancos de Fideicomiso tendrán por objeto principal y propio las operaciones por cuenta ajena y a favor de tercero, que

²⁴ Macedo, Pablo. Op. Cit. págs. 23 a 25 y 39.

autoriza esta Ley y cuya ejecución se confía a su honradez y buena fe.

Art. 6°.- El Fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco, con carácter de fiduciario, determinados bienes, para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario.

Art. 14.- El Banco Fiduciario podrá ejecutar en cuanto a los bienes fideicomitados, todas las acciones y derechos inherentes al dominio, aún cuando no se exprese en el acto constitutivo del fideicomiso; pero *no podrá enajenar, gravar ni pignorar dichos bienes*, a menos de tener facultad expresa, o de ser indispensables esos actos para la ejecución del fideicomiso."²⁵

Villagordoa al respecto señala: "desde el aspecto doctrinal, estas leyes siguieron fundamentalmente la doctrina planteada por el jurista Alfaro, cuando en sus artículos 6 y 102 respectivamente, establece que "el fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero, llamado fideicomisario. Este precepto sigue los lineamientos del concepto elaborado por Alfaro, con la única diferencia, que en estas leyes dice que los bienes se entreguen y en cambio el jurista panameño nos dice que los bienes se transmiten."²⁶

²⁵ Macedo Pablo. Op. Cit. pág. 18.

²⁶ Villagordoa Lozano. Op.Cit. pág. 40.

C) Ley general de instituciones de crédito y establecimientos bancarios de 1926.

Fue promulgada el día 31 de agosto de 1926 (y publicada en el Diario Oficial del 9 de noviembre del mismo año), abrogando de inmediato la anterior Ley de Bancos de Fideicomiso, habiendo incorporado el contenido de la ley abrogada en el capítulo VI del Título Segundo.

Villagordoa estudia algunos de los artículos más importantes de esta Ley, explicando: "en los artículos 7 y 103 correlativos, estas leyes prescriben que "El fideicomiso solo puede constituirse con un fin lícito, esto es, que no sea contrario a la Ley ni las buenas costumbres". Esta misma limitación subsiste en la legislación vigente... El carácter especial que se le da al mandato contenido en fideicomiso y la transmisión o entrega de bienes o derechos, se corrobora en los artículos 12 y 108 de las leyes que estudiamos, cuando establecen que "los bienes entregados para la ejecución del fideicomiso, se consideran salidos del patrimonio del fideicomitente, en cuanto sea necesario para dicha ejecución o por lo menos gravados a favor del fideicomisario. En consecuencia, no serán embargables ni se podrá ejercitar sobre ellos acción alguna en cuanto perjudique al fideicomiso. Lo dispuesto en este artículo no impedirá que se demande la nulidad del fideicomiso cuando éste se haya constituido en fraude de acreedores, o sea ilegal por otros motivos. La única limitación que estas leyes imponen respecto a los bienes y derechos que pueden ser materia del fideicomiso, es aquella que se refiere a los derechos cuyo ejercicio sea de carácter personalísimo e intransmisible por su naturaleza o por disposición expresa de la Ley (arts. 13 y 109 respectivamente)."²⁷

Por su parte, Rodolfo Batiza señala: "los primeros fideicomisos en México (al menos de garantía), fueron celebrados bajo la vigencia de esta ley"²⁸ según investigación realizada por el mismo, expuesta en su artículo intitulado "Realidades del Fideicomiso en México"²⁹ en la cual indica que el primer fideicomiso inscrito en el Registro Público de la

²⁷ Ibidem. págs. 40 y 41.

²⁸ Revista Bancaria. México, Vol. III, No. 4, julio-agosto, 1955, pág. 255.

²⁹ Id.

Propiedad, fue celebrado el 8 de octubre de 1930 y su fin consistía en la venta de inmuebles para cubrir créditos del fiduciario y de otros acreedores.

D) Ley general de instituciones de crédito de 1932.

Con fecha 28 de junio de 1932 aparece esta Ley (siendo publicada en el Diario Oficial del 29 de junio), la cual en su Exposición de Motivos declaraba: "la ley de 1926 había introducido en México, rompiendo la tradición, la institución jurídica del fideicomiso y que evidentemente tal institución podía ser de gran utilidad para la actividad económica del país y estaba destinada probablemente a un gran desarrollo; pero que desgraciadamente, dicha Ley no precisaba el carácter substantivo de la institución, para lo cual anunciaba la promulgación de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito."³⁰

Esta Ley consideró las instituciones de fideicomiso, en el capítulo III, sección 6a., artículos del 90 al 96, en cuyo texto no se encuentra una disposición similar a la que establece el último párrafo de la fracción IV, del artículo 45, de la Ley Bancaria de 1941 (que a la fecha esta en vigor), relativa al comité técnico del fideicomiso.

Siguiendo el precedente ya establecido, la nueva ley sólo autoriza la constitución de fideicomisos cuando el fiduciario fuera una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado; amplía las facultades de las instituciones fiduciarias, establece preceptos normativos aplicables a la forma de llevar la contabilidad, enumera las causas de renuncia de las fiduciarias y fijaba las responsabilidades en que tales instituciones podrían incurrir.

³⁰ Batiza Rodolfo. Tres Estudios sobre el Fideicomiso. México, Imprenta Universitaria, U.N.A.M. 1954, págs. 114 y 116.

E) Ley general de títulos y operaciones de crédito de 1932.

Promulgada el 26 de agosto de 1932 (publicada en el Diario Oficial el 27 de agosto de 1932 y entró en vigor a partir del 15 de septiembre del mismo año), viene a regular substancialmente al fideicomiso en el Título II, Capítulo V (arts. 346 y 359). La Exposición de Motivos de la Ley hacía la advertencia: "Aún cuando ello ofrece los peligros inherentes a la importación de instituciones jurídicas extrañas, la Ley 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 en 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 y lagunas más evidentes de la Ley de 1926, la nueva Ley conserva, en principio, el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso...., el cual puede servir a propósitos que no se lograrían sin él por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación."³¹

Quien llevó a cabo directamente la redacción de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en el capítulo correspondiente al Fideicomiso, por encomienda de la Comisión Redactora, fue Pablo Macedo, según él mismo lo expresa con las siguientes palabras: "Mi estudio consistió en proponer el articulado de la Ley de Títulos que habría de convertirse en el Título II, Capítulo V, "Del Fideicomiso", que la Comisión antes señalada me hizo el honor de aceptar en sus términos, pero del que soy único autor y pleno responsable, especialmente en lo que a defectos puedan advertírsele. En la configuración de las instituciones fiduciarias no tuve intervención alguna."³²

En los artículos 346 y 347 se encuentra explicada la naturaleza del fideicomiso, que él legislador de 1932 le atribuye, y como afirma el maestro Villagordoa: "sigue la teoría dominante de esa época, sostenida por el autor francés Pierre Lepaulle. Dichos preceptos nos dicen que "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos

³¹ *Ibidem*. pág. 117.

³² Macedo Pablo. *Op. Cit.* págs. 24 y25.

bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria". El art. 347 agrega que "el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado."³³

Como se puede observar, la redacción del capítulo referente al fideicomiso de esta ley, es prácticamente la que actualmente utilizamos, sufriendo solo algunas pequeñas modificaciones en sus artículos.

F) Ley general de instituciones de crédito y organizaciones auxiliares de 1941.

Esta ley reviste especial importancia para los siguientes capítulos de este trabajo, ya que creo el órgano del "Comité Técnico", figura principal de análisis de esta tesis, y que será tratado en su oportunidad. Esta ley fue promulgada el 3 de mayo de 1941 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 del mismo mes y abrogó a la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932. En su Exposición de motivos se declara: "el capítulo dedicado a las instituciones fiduciarias apenas sufre modificaciones, como la de añadir a la enumeración de sus cometidos, algunos que pueden resultar propios de estas instituciones y ciertas normas nuevas por las cuales deben regirse las operaciones de inversión que realice la institución en ejercicio de fideicomiso, mandato o comisión, cuando no resulten indicaciones suficientemente precisadas..., sin desvirtuar la naturaleza jurídica del fideicomiso, se ha prescrito la notificación obligatoria a los interesados, de las operaciones que se realicen en cumplimiento de sus encargos y de los datos que permiten identificar los bienes destinados al fin respectivo, siempre que sea posible y cuando no se haya renunciado a ella expresamente y con el fin de hacer más real la responsabilidad de estas instituciones en el cumplimiento de sus obligaciones."³⁴

Dentro de esta misma exposición de motivos no se encuentra alguna referencia a las razones que tuvo el legislador para introducir la figura del comité técnico en el fideicomiso.

³³ Villagordoa Lozano. Op. Cit. pág.45.

³⁴ Batiza Rodolfo. Op. Cit. págs. 117 y 118.

Como ya se afirmó, el comité técnico del fideicomiso fue introducido, por primera vez en nuestra legislación, en la Ley Bancaria de 1941 la que, en su artículo 45, fracción IV, último párrafo, textualmente dice:

“En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, que requieran el consentimiento del fideicomisario, si lo hubiere, podrán los fideicomitentes prever la formación de un comité técnico o de distribución de fondos, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución fiduciaria obre ajustándose a los dictámenes de este comité, estará libre de toda responsabilidad”

En los fideicomisos privados esta es la única norma que regula la formación y funcionamiento del comité y si se interpreta el texto transcrito, observamos que el mismo fideicomitente, como primera característica, establece que prever su formación es potestativo y discrecional, por parte del fideicomitente. “Tal como está redactado el precepto, el fideicomitente dará las reglas para el funcionamiento del comité y fijará sus facultades.”³⁵

G) Ley reglamentaria del servicio público de banca y crédito de 1982.

Con fecha 31 de diciembre de 1982 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la "Ley Reglamentaria del Servicio Público de la Banca y Crédito" en la cual se: "establece el marco jurídico que permitirá adecuar la estructura, organización y funcionamiento del sistema bancario a la satisfacción de las necesidades y demandas de las mayorías nacionales."³⁶

Queda establecido así, el sistema administrativo al que estarán sujetas las instituciones de crédito del país, regulando su organización interna para el buen desempeño de sus funciones y para garantizar la seguridad de las inversiones del público usuario.

De esta forma se concluye con la exposición de las leyes más importantes que han regulado el fideicomiso y se puede ubicar la Ley

³⁵ Banco Mexicano Somex, S. A.. Op. Cit. pág. 481.

³⁶ Ley Reglamentaria del Servicio Público de la Banca y Crédito. México, cuarto párrafo, hoja dos, de las declaraciones de la iniciativa.

precisa en que apareció por primera vez reglamentado o más bien, solamente mencionado el órgano colegiado del “comité técnico”.

La “Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941”, contempla por primera vez, la formación de un comité técnico o de distribución de fondos, figura importante dentro de la administración de los bienes fideicomitidos, y poco regulada dentro de la legislación mexicana desde sus inicios; se puede observar en esta ley, que se deja abierta la fijación de reglas y facultades para el momento de la constitución del fideicomiso, pero ha dejado un gran número de lagunas respecto a la estructura de esta figura, dando así varios puntos para desarrollar en esta tesis.

CAPITULO SEGUNDO: MARCO TEÓRICO.

2.1- DEFINICIÓN, NATURALEZA JURÍDICA Y SUJETOS DEL FIDEICOMISO.

2.1.1.- DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO

2.1.2.- SUJETOS

2.1.2.1.- FIDEICOMITENTE

2.1.2.1.1.- COMITÉ TÉCNICO

2.1.2.2.- FIDUCIARIA

2.1.2.2.1.- DELEGADO FIDUCIARIO

2.1.2.3.- FIDEICOMISARIO

2.2.- CAPACIDAD JURÍDICA, LEGITIMACIÓN, DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SUJETOS.

2.2.1.- CAPACIDAD JURÍDICA DEL FIDEICOMITENTE

2.2.1.1.- CAPACIDAD JURÍDICA DEL COMITÉ TÉCNICO

2.2.2.- CAPACIDAD JURÍDICA Y LEGITIMACIÓN DE LA FIDUCIARIA

2.2.2.1.- CAPACIDAD JURÍDICA DEL DELEGADO FIDUCIARIO

2.2.3.- CAPACIDAD JURÍDICA DEL FIDEICOMISARIO

2.3.- CONSTITUCIÓN DEL FIDEICOMISO

2.4.- EJECUCIÓN DEL FIDEICOMISO

2.5.- CONSENTIMIENTO

2.6.- OBJETO Y FIN DEL FIDEICOMISO

2.7.- FORMAS DE FIDEICOMISO MÁS USUALES

2.7.1.- FIDEICOMISO PÚBLICOS Y LA INTERVENCIÓN DEL COMITÉ TÉCNICO

2.7.2.- FIDEICOMISOS PRIVADOS Y LA INTERVENCIÓN DEL COMITÉ TÉCNICO

2.7.2.1.- FIDEICOMISOS DE ADMINISTRACIÓN E INVERSIÓN

2.7.2.2.- FIDEICOMISOS DE GARANTÍA

2.7.2.3.- FIDEICOMISOS TRASLATIVOS DE DOMINIO

2.7.2.4.- FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS

2.8.- EXTINCIÓN, NULIDAD E INEXISTENCIA DEL FIDEICOMISO

2.8.1.- CUMPLIMIENTO DEL MOTIVO O FIN

2.8.2.- FALTA DE OBJETO POR IMPOSIBILIDAD FÍSICA O JURÍDICA

2.8.3.- FIDEICOMISO AFECTADO POR NULIDAD

2.8.4.- FIDEICOMISO FRAUDULENTO

2.1. DEFINICIÓN, NATURALEZA JURÍDICA Y SUJETOS DEL FIDEICOMISO.

Es muy importante dar una definición del fideicomiso, precisar el momento exacto de su constitución y no menos importante determinar su naturaleza jurídica, ya que define elementos básicos para entender la figura del fideicomiso. Después se van a estudiar los sujetos que intervienen en el fideicomiso, su relación e importancia y los órganos o figuras auxiliares que participan directamente en su ejecución.

Para poder hablar del fideicomiso se tiene que citar primeramente la ley en donde se reglamenta esta figura y es la "Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito" en donde se da la descripción y los lineamientos básicos para poder interpretar y desarrollar en la practica un fideicomiso.

Después se recurre a la doctrina para poder interpretar cualquier figura jurídica, y es aquí donde divergen las opiniones de diversos autores al interpretar la Ley, ya que se encuentran dos conceptualizaciones diferentes sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso. Por un lado, algunos autores consideran al fideicomiso como un contrato, siendo sus mayores exponentes los maestros Alfaro, Batiza y Davalos Mejia; y por otro lado existen autores que consideran al fideicomiso como un negocio jurídico, siendo los más reconocidos los maestros Villagordoa Lozano, Cervantes Ahumada, Luis Muños y Villagordoa Lozano, con los cuales simpatizo en cuanto a la interpretación del fideicomiso.

Para mayor comprensión del tema se exponen brevemente las dos corrientes y el porque de mi inclinación hacia considerar al fideicomiso como un negocio jurídico.

2.1.1. DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO.

El art. 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala:

“En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendado la realización de ese fin a una institución fiduciaria.”

El artículo anterior es lo más próximo a una definición del Fideicomiso que da la Ley y desde mi punto de vista, no es un concepto en realidad, sino solamente es una manifestación descriptiva de cuando el fideicomiso ya está constituido, pero más adelante expondré lo que considero una definición propia del fideicomiso.

Por otro lado existen diversas opiniones al momento de interpretar la naturaleza jurídica del fideicomiso de acuerdo con la doctrina, por lo que se han generado prácticamente dos corrientes que se pueden definir como: A) la contractualista; y B) la que considera al fideicomiso como un negocio jurídico; por lo tanto a continuación se mencionan las concepciones de diferentes autoridades en la materia y las que personalmente considero las más importantes, para finalmente poder concluir con una opinión propia.

A) De la corriente que sé a inclinado por considerar al fideicomiso como un contrato, se pueden citar a los siguientes autores:

Alfaro afirma: “el fideicomiso, según el espíritu del proyecto, es ni más ni menos un contrato tripartito cuya consumación depende del consentimiento que a su debido tiempo debe dar cada una de las partes...”³⁷

Rodolfo Batiza explica: “El fideicomiso es un contrato bilateral sinalagmático perfecto.”³⁸

El Licenciado Carlos Davalos Mejía menciona que el fideicomiso es: “Un contrato mercantil, de crédito y bancario.”³⁹

³⁷ Batiza Rodolfo. Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria. México, Editorial Porrúa S. A., Segunda Edición 1985, pág. 41.

³⁸ Batiza Rodolfo. Fideicomiso Teoría y Práctica. Op. Cit., págs. 135 y 136.

B) De la corriente que considera al fideicomiso como un negocio jurídico, se encuentran las siguientes personalidades:

El maestro Villagordo Lozano opina: " El fideicomiso es un negocio jurídico, como especie de los acontecimientos jurídicos voluntarios y en oposición a los actos jurídicos en sentido estricto" y continua "... la estructura del negocio jurídico es compleja, es decir, en cuanto se refiere a su constitución implica un negocio unilateral y respecto a su ejecución, es de naturaleza contractual y por ende, y tomando en cuenta los elementos personales de ambos actos, podemos afirmar por el momento, que el fideicomiso es un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud de la cual, éste destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de ese fin, deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello."⁴⁰

Cervantes Ahumada da su definición, diciendo por su parte: "El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario para la realización de un fin determinado". ⁴¹ El mismo autor continua afirmando "El acto constitutivo del fideicomiso es siempre una declaración unilateral de voluntad... Puede ser que el fideicomiso se contenga dentro de un contrato; pero no será el acuerdo de voluntades lo que constituya al fideicomiso, si no que se constituirá por la voluntad del fideicomitente." ⁴²

El Doctor Luis Muñoz señala: "El fideicomiso es un negocio jurídico indirecto y fiduciario en virtud del cual la institución fiduciaria

³⁹ Dávalos Mejía Carlos. Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. México, Editorial Harla. Tercera Edición 1990, pág. 433.

⁴⁰ Domínguez Martínez Jorge Alfredo. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico. México, Editorial Porrúa S. A., Tercera Edición 1982, pág. 188.

⁴¹ Cervantes Ahumada Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. México, Editorial Herrero, Catorceava Edición 1988, pág. 305.

⁴² Ibidem, pág. 295.

adquiere la propiedad de ciertos bienes que le trasmite el fideicomitente, con obligación de dedicarlos a un fin convenido.”⁴³

Al término de estudiar las dos corrientes que interpretan la naturaleza jurídica del fideicomiso y el momento de su constitución, se ha podido llegar a la conclusión de que se trata de una declaración unilateral de la voluntad, y más adelante se explicara el ¿por que? de esta preferencia.

Gran parte de la información que ayudo a llegar a esta conclusión fue el libro “Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso Mexicano” del Lic. Dominguez Martinez, en donde de una manera clara se define la naturaleza jurídica del fideicomiso, interpretando a la precisión, a mi personal forma de ver, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Regresando con la definición de lo que considero que es el fideicomiso me permito afirmar que es:

“Una figura jurídica de importación, la cual da inicio con una declaración unilateral de la voluntad, en donde una persona llamada fideicomitente destina ciertos bienes, reservandose los suficientes para substituir,⁴⁴ a un fin lícito determinado en beneficio de sí o de una tercera persona nombrada fideicomisario y encomendando la ejecución de este fin a una Institución Fiduciaria.”

Dentro de la misma definición es bueno dividir el fideicomiso en dos partes para su mejor comprensión, según el capítulo V de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y apegándome prácticamente a la teoría del maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez, se puede explicar: primero, en cuanto a la constitución del fideicomiso, es derivado de un acto unilateral y en su segunda parte, la ejecución del mismo, se da por medio de un contrato.

⁴³ Muñoz Luis, El fideicomiso, México, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, Segunda Edición 1980, pág. 13.

⁴⁴ Ya que se podría caer en la hipótesis de la inofisiosidad o reducción en la obligación de acuerdo con el derecho común en el Código Civil dentro de las reglas generales de la donación en su art. 2348, en donde ésta aplicación podría ser objeto de una tesis aparte.

Para poder fundamentar al fideicomiso como un negocio jurídico derivado de una declaración unilateral de la voluntad se necesitan hacer los siguientes razonamientos:

El hecho jurídico produce consecuencias de derecho, consistentes en la creación, transmisión y situaciones jurídicas de derechos y obligaciones, a diferencia de cualquier acontecimiento sin trascendencia jurídica. Es decir que el hecho jurídico da nacimiento a una situación jurídica.

“Estos hechos o acontecimientos jurídicos se pueden dividir en dos especies que son los acontecimientos jurídicos involuntarios y los acontecimientos jurídicos voluntarios, diferenciándolos entre sí la voluntad misma del sujeto generador. Los acontecimientos jurídicos que son creados por la naturaleza misma, es decir sin voluntad, se denominan comúnmente como hechos jurídicos. Y donde existe la voluntad del sujeto se denominan como actos jurídicos, que a su vez se subdivide en dos: aquellos en que la voluntad interviene en la realización del acontecimiento, sin influir en la producción de consecuencias jurídicas por estar éstas ya establecidas en la ley y aquéllos en los cuales la voluntad interviene tanto en la realización del acontecimiento como en la producción de las consecuencias jurídicas, por una posibilidad de autorregulación considerablemente mayor (negocio jurídico)”.⁴⁵

Dentro del negocio jurídico existe un aspecto muy claro y es la voluntad del sujeto, que es precisamente el acto jurídico. Esta manifestación de la voluntad debe ser totalmente clara, sin equivocaciones y sin vicios, para dar un negocio jurídico sano ya que la declaración de la voluntad comprende un elemento esencial del negocio jurídico.

Aquí es donde el maestro Domínguez Martínez distingue, los dos tipos de actos que hay con relación a la o las voluntades que intervienen en un negocio: “Dentro de los negocios y actos requerientes de dos o más voluntades para su composición, puede señalarse como principalísimo al contrato, medio jurídico-económico idóneo para el

⁴⁵ Domínguez Martínez Jorge Alfredo Op. Cit., págs. 21 y 22.

intercambio de satisfactores y cuya trascendencia en el progreso de la humanidad es incalculable.

Así pues, hay actos y negocios en los que interviene una sola voluntad en su formación, como es el caso del testamento, prototipo de tales actos; hay otros en los cuales es necesaria la participación de dos o más voluntades. El contrato es el ejemplo clásico de estos últimos. Los primeros de dichos actos han sido calificados como unilaterales; los segundos como plurilaterales y específicamente bilaterales.”⁴⁶

De todo esto se resume que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito reconoce que para la formación de un fideicomiso, solo se necesita una voluntad creadora y es la del fideicomitente, quien lo constituye sin que intervenga la voluntad de cualquier otra persona y como afirma el maestro Domínguez Martínez: “... en su fase constitutiva, en la que el fideicomitente destina sus bienes a un fin lícito y determinado, es un acto unilateral; por su parte para su proyección activa; para su dinámica y para su operatividad, dada la participación indispensable por la ley asignada a la institución fiduciaria, al ser esta la llamada a ejecutar los actos que se requieren para alcanzar los fines señalados por el fideicomitente respecto de los bienes que éste fideicomitió, llamamiento que es contestado favorablemente mediante la celebración de un contrato con la fiduciaria para la ejecución de dichos actos.”⁴⁷ Y es precisamente en este momento donde se ejecuta el fideicomiso.

Para efectos de comprensión, análisis y aplicación del fideicomiso se tiene por fuerza que desglosar y comentar una ley oscura desde sus inicios, ya que el fideicomiso siendo de extracción anglosajona, lo quisieron incorporar a la fuerza en un México atrasado en sus leyes y sobre todo en las mercantiles, sumando a esto el desconocimiento de los temas tratados y en este caso específico el de la figura del fideicomiso. Es por esto que los estudiosos del derecho, se tienen que abocar a interpretar y resolver algunos temas oscuros que tratan dentro de las leyes los legisladores.

⁴⁶ *Ibidem*. pág. 24.

⁴⁷ *Ibidem*. pág. 26.

El fideicomiso esta incluido como operación de crédito por la ley de la materia, la cual no especifica si es un contrato, o si exclusivamente es una declaración unilateral de la voluntad y deja la interpretación del mismo a la doctrina.

Cuando se habla del contrato, se tiene que remitir a la teoría de las obligaciones que explica: "Iuris vinculum quo necessitate adstringimus ali cujus solvendae rei secundum nostrae civitatis iura" que quiere decir: "El vínculo que constriñe a una persona llamada deudora a entregar a otra llamada acreedora una prestación o conducta que puede consistir en dar, hacer o no hacer", de ahí, que casi la idea del contrato se perfila por si sola, diversos autores señalan que el derecho, es la facultad que tiene la persona humana y el correspondiente marco del derecho es la obligación, que representa una necesidad, pero eso nos lleva a lo que es la ley "No es la idea de un principio a priori que rige los modos de ser, sino la forma abstracta de la relación existente entre esos modos."⁴⁸ Emile Boutroux en su libro "Contingencia de las Leyes de la Naturaleza Continua", se refiere a la Ley diciendo: "Dicha ley es universal y necesaria sin ser eterna e inmutable"⁴⁹, de lo cual se puede inferir que las leyes son, las relaciones que existen entre los individuos de carácter universal y necesarias, pero que no son eternas ni inmutables de la regla, como decía Kant: "una máxima de conducta de carácter universal".

La necesidad es lo que establece la obligación, de ahí la teoría del contrato, pero que es el contrato sino el acuerdo de voluntades, y ¿que es la voluntad?; Espinoza afirma que la voluntad es la esencia de las personas, de tal suerte que la voluntad o el acuerdo de voluntades es el acuerdo de la esencia que se manifiesta en un contrato por parte de las personas que intervienen en ella, el Código Civil en sus artículos 1792 y 1793 señala: "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones", y continua: "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos." De esto puede concluirse que el convenio es amplio es su acepción y el contrato es estrecho, porque no extingue ni modifica los derechos y las obligaciones. Todo se basa en la cuestión de la

⁴⁸ Lefebre Henri. Lógica Formal, Lógica Dialéctica. México, Editorial Siglo Veintiuno, Editores S.A. de C.V., Décima Séptima Edición en Español 1993, pág. 216.

⁴⁹ Id.

necesidad que tiene una persona y la obligación que adquiere al celebrar un contrato independientemente del derecho que en el mismo contrato se consigna.

La relación que existe entre el contrato en general y el contrato del fideicomiso en particular al momento de ejecutar el fideicomiso, es el origen de la idea del comercio en sí, y la idea de la relación o vínculo que nace en la celebración del mismo contrato, esta relación es especial porque entraña a personas morales como son las instituciones de crédito para actuar como fiduciarias y personas físicas o morales que son las que dieron vida al fideicomiso, constituyéndolo con anterioridad en su carácter de fideicomitentes. Dándose en ese preciso momento el segundo momento del Fideicomiso que es la ejecución.

2.1.2. SUJETOS.

Los sujetos en cualquier relación sobre todo en lo referente a los contratos son las personas que teniendo capacidad legal pueden hacer uso de esta y verse obligados en cuanto a la manifestación de su voluntad; siendo en el caso del fideicomiso: a) el **fideicomitente**, quien destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a; b) la **fiduciaria**, que es una institución de crédito y exclusivamente en los casos de fideicomisos de garantía podrán actuar como fiduciarias también: las instituciones de seguros, las instituciones de fianzas, las sociedades financieras de objeto limitado y los almacenes generales de depósito. Las cuales se encargaran de ejecutar el fideicomiso y administrar los bienes fideicomitidos para que una vez cumplido el fin perseguido en la constitución del fideicomiso se entreguen, bienes y ganancias, al; c) **fideicomisario**, que es el beneficiario del fideicomiso.

Se estudiarán por separado a continuación estos sujetos y otros órganos especiales que intervienen dentro de la constitución y desarrollo de un fideicomiso.

2.1.2.1. FIDEICOMITENTE.

Es la persona (o personas), física o moral que destina ciertos bienes de su propiedad a un fin lícito y determinado, como lo marca el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ésta persona deberá tener las siguientes características:

- a) Capacidad de goce y ejercicio.
- b) Disponer de bienes muebles o inmuebles para poder afectarlos en el fideicomiso.

Es común encontrar fideicomisos constituidos por más de un fideicomitente, siendo estos los que requieren mayor vigilancia de las partes y en especial por los fideicomitentes. En estos fideicomisos es indispensable integrar un comité técnico para simplificar y agilizar la toma de decisiones.

En el caso de las personas morales, deberán obligarse por medio de los órganos que las representen de acuerdo a las disposiciones de la ley o a las relativas a las disposiciones de su escritura constitutiva o a sus estatutos como lo marca el artículo 27 del Código Civil Federal que a la letra dice:

“Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos.”

El fideicomitente es precisamente, la persona indicada para dar nacimiento al comité técnico en el momento de la constitución del fideicomiso, siendo también su responsabilidad determinar las reglas y lineamientos a que se han de sujetar tanto los miembros del comité técnico, como la fiduciaria al momento de atender las propuestas de este órgano.

2.1.2.1.1. COMITÉ TÉCNICO.

Es un órgano colegiado, integrado usualmente por fideicomitente y fideicomisario, tiene funciones de supervisión, vigilancia y dirección de la actividad fiduciaria en el desempeño del fideicomiso.

El comité técnico no está previsto en el capítulo V del título segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en donde se regula al fideicomiso y se dan los lineamientos legales del mismo, sí no que se presenta austeramente regulado o más bien solo mencionado en la Ley de Instituciones de Crédito.

2.1.2.2. FIDUCIARIA.

Es la persona moral, designada por el fideicomitente, el fideicomisario o juez de primera instancia, para ejecutar el fideicomiso. Este sujeto, solamente podrá ser una institución de crédito expresamente autorizada por la Ley General de Instituciones de Crédito y en los casos de fideicomisos de garantía, las instituciones de fianza y las señaladas por las reformas a la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fecha 23 de mayo del 2000. Solo así las instituciones especiales podrán tomar el cargo de fiduciaria y llevar a cabo todos los actos tendientes a perseguir y obtener el fin determinado, desempeñando sus funciones mediante un representante llamado delegado fiduciario.

2.1.2.2.1. DELEGADO FIDUCIARIO.

Es el representante legal de la institución fiduciaria, que actúa de acuerdo a las facultades otorgadas por el fideicomitente en la constitución del fideicomiso.

Puede ser uno o más funcionarios que designa la institución fiduciaria por medio del consejo de administración, especialmente designado para que cumpla con el fin del fideicomiso.

2.1.2.3. FIDEICOMISARIO.

Es la persona o personas, ya sean físicas o jurídicas, que van a ser beneficiados con todos los actos y bienes motivo del fideicomiso.

2.2. CAPACIDAD JURÍDICA, LEGITIMACIÓN, DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SUJETOS.

El derecho es la facultad que tiene una persona a la manera de Hans Kelsen y la obligación una necesidad. De esta forma se puede observar la distinción entre lo que es capacidad a lo que es legitimación; para dar su concepto, se tendría que visualizar la capacidad como la posibilidad que tiene una persona de realizar sus actos por si mismo, esta posibilidad la alcanza cuando es una persona sana, física o mental y es mayor de edad; y la legitimación se entiende por, el permiso que tiene la persona, de realizar ciertos actos a nombre y por cuenta de su representado, de tal manera que, aunque se tenga la capacidad jurídica, se tendría que mencionar también, la encomienda y autorización que se da por la persona indicada. Es importante observar, que capacidad y legitimación son dos conceptos diferentes que aparentemente quieren decir lo mismo, pero que sin embargo enuncian cuestiones diferentes.

Mientras que la capacidad es la atribución física y jurídica para obligarse y realizar actos y ejercitar los derechos propios de una persona física o moral; la legitimación va a reconocer esa cualidad por cuenta y riesgo de otros, así está legitimado el tutor de un incapaz,

como está legitimado el representante legal de una Sociedad Mercantil. De la misma forma la institución de crédito esta legitimada en la constitución del fideicomiso, en donde se le designa como fiduciaria, y dentro de la misma constitución se deben señalar sus facultades y poderes para poderlos ejercitar ante terceros en el momento de ejecutar el fideicomiso; e igualmente el fideicomisario queda legitimado para exigir el cumplimiento del fideicomiso. Así se desprende la legitimación de los sujetos que quedan determinados en la constitución del fideicomiso, para en su momento, puedan ejercitar sus derechos y responder de sus obligaciones, sujetos los cuales se deben estudiar de acuerdo como van apareciendo en el fideicomiso.

En cuanto a los derechos y obligaciones de los sujetos que intervienen en el fideicomiso, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece los lineamientos generales a los cuales se tendrán que sujetar, pero principalmente se regularan estos derechos y obligaciones en el acto constitutivo del fideicomiso, ya que en este momento es cuando se autoregulan las conductas de los sujetos de acuerdo a las necesidades y objetivos del negocio jurídico.

2.2.1. CAPACIDAD JURÍDICA DEL FIDEICOMITENTE.

Se puede definir a la capacidad jurídica del fideicomitente como la posibilidad que él tiene al ser un sujeto autónomo y con una voluntad de llevar a cabo actos que impliquen el ejercicio del derecho y al mismo tiempo la necesidad de su obligación. En el momento en que una persona jurídica destina determinados bienes de su propiedad a un fin lícito determinado y se obliga al mismo tiempo a respetar la realización de ese fin y a confiar en la institución fiduciaria que él mismo designó, en ese momento esta ejerciendo esa capacidad de ejercicio que tiene para disponer de sus bienes ya sean muebles o inmuebles.

Esto se puede ver claramente en el Art. 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que señala:

“En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.”

Estos bienes deben de ser determinados y la misma ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no establece una limitación, pero podemos aplicar supletoriamente la legislación común, en el capítulo respectivo a las donaciones, que regula:

“Artículo 2347 del Código Civil Federal.- Es nula la donación que comprenda la totalidad de los bienes del donante, si éste se reserva en propiedad o en usufructo lo necesario para vivir según sus circunstancias.”

Y el artículo 2348 de la misma ley complementa estableciendo:

“Artículo 2348.- Las donaciones serán inoficiosas en cuanto perjudiquen la obligación del donante de ministrar alimentos a aquellas personas a quienes los debe conforme a la ley.”

De tal manera que el fideicomitente como figura jurídica y como figura evidentemente mercantil, se encuentra ubicado dentro del contexto de las leyes mercantiles, pero sus derechos y obligaciones se encuentran no solo en la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sino en las leyes supletorias.

DERECHOS.- Básicamente los derechos que otorga la ley para constituir el fideicomiso al fideicomitente son bastante amplios, pues las únicas limitaciones que se le imponen son que sea lícito su fin y este dentro de las reglas generales de derecho, así el fideicomitente puede crear el negocio que desee, de acuerdo a sus necesidades y como única limitación tiene su propia imaginación y creatividad, dando los lineamientos y condiciones que el prefiera para la realización del fin que se desee alcanzar; es decir que puede establecer un plan administrativo para el buen desarrollo y la buena conclusión del fin deseado, aprovechando las amplias facultades que le otorga la ley como lo es designar a las fiduciarias que desee, (usualmente siendo necesario designar un solo fiduciario) siendo esta una institución de crédito que más le convenza de acuerdo a los términos del fideicomiso y al prestigio de la misma institución. Otro derecho muy importante que tiene el fideicomitente es obviamente designar al fideicomisario o beneficiario del fideicomiso que esta constituyendo, esta figura del Fideicomisario puede recaer en una o varias personas ya sean físicas

o morales y en persona determinada, o no, como lo señala el artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito siempre y cuando sea lícito.

“Artículo 382. El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado.”

Un derecho muy especial reservado para el acto constitutivo del fideicomiso para el fideicomitente, y que es de primordial importancia para el desarrollo del tema a estudiar en la tesis, es el de designar o prever la formación de un comité técnico en el fideicomiso. Es de especial observancia este derecho, ya que no está previsto dentro de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito sino en la Ley de Instituciones de Crédito como lo podemos observar en su artículo 80 tercer párrafo, que explica:

“... En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad.”

Analizando este párrafo, se observa que solo se puede “prever” la formación de un comité técnico dentro de la constitución del fideicomiso, o bien, si el fideicomitente se reserva el derecho de modificar el fideicomiso, podrá en sus reformas crear este órgano. Una cuestión surge al estudiar este párrafo y es que si el fideicomitente no ejercita este derecho en la constitución del fideicomiso, o no se reserva el derecho de crearlo en sus reformas ¿se pierde la oportunidad de crear un comité técnico más adelante?. Este aspecto es muy importante y sería bueno que la ley previera la posibilidad de formarlo en todo tiempo; ó que si no es el fideicomitente quien crea el comité técnico, pudiera ser el fideicomisario quien lo designe cuando lo crea necesario.

También el fideicomitente puede reservarse los derechos y acciones que desee respecto a los bienes afectados al fin, como señala el artículo 386 segundo párrafo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

“...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, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros.”

Un punto muy importante, es la facultad que puede reservarse el fideicomitente de revocar el fideicomiso, la cual esta consignada en el artículo 392 fracción VI de la misma ley.

El fideicomitente puede reservarse las acciones de pedir cuentas, exigir la responsabilidad de la institución fiduciaria y pedir la remoción de la misma de acuerdo al artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito, párrafo segundo que señala:

“...Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y para pedir la remoción, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales, y a falta de éstos al ministerio público, sin perjuicios de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción.”

Podrá también designar en la constitución del fideicomiso una o varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, como lo estima el artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, párrafo tercero:

“...El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte. O por nombrarse otra para que la sustituya. Si no fuere posible esta sustitución, cesará el fideicomiso.”

Es muy difícil que dentro de la práctica varias fiduciarias ejecuten el Fideicomiso. La intervención de varios delegados fiduciarios dentro del desarrollo del fideicomiso causaría diversos problemas en cuanto a la

administración y toma de decisiones. Por lo regular se designa una sola institución para ejecutar el fideicomiso.

Lo que sí es muy importante, es designar a varias instituciones fiduciarias por orden de preferencia, para que en caso de imposibilidad o renuncia de la primera, existan otras alternativas.

Otro derecho que tiene el fideicomitente, otorgado por la ley es el consignado en el artículo 393 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que regula:

“ 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.... ”

Se puede concluir citando a Rodríguez y Rodríguez, quien considera que los derechos del fideicomitente son: “todos los que expresamente se quiera reservar y no sean incompatibles con los derechos legales mínimos del fiduciario y del fideicomisario o con la estructura de la institución.”⁵⁰

OBLIGACIONES.- Respecto a las obligaciones que tiene el fideicomitente, se puede mencionar que una vez ejecutado el fideicomiso y en su mismo desarrollo la más importante y lógica, es el respetar las reglas que él mismo ha implantado para el desarrollo del fideicomiso, y permitir el buen desempeño de la fiduciaria.

Otra obligación que tiene desde el momento mismo de la constitución del fideicomiso, es precisamente aportar los bienes que va a destinar al fideicomiso y aportar los medios suficientes para el buen desarrollo del fideicomiso. Al respecto el artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su segundo párrafo señala:

“Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin al que se destinan y, en consecuencia, solo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran...”

⁵⁰ Rodríguez y Rodríguez Joaquín. Derecho Mercantil. México, Editorial Porrúa, S.A., Vigésimo Cuarta Edición, Tomo II, 1999, pág. 129.

Se debe precisar el momento en que los bienes que se aportan al fideicomiso, se consideran afectados al fin del mismo y esto se puede observar claramente en los artículos 388 y 389 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que a la letra establecen:

“Artículo 388.- 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 estén ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra tercero, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro.

Artículo 389.- El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles, surtirá efectos contra tercero 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.”

Otra de las obligaciones es pagar los gastos que origine la constitución y manejo del fideicomiso y en realidad esta obligación no se encuentra estipulada dentro de la ley, pero es un tanto lógica ya que como consecuencia de constituir un fideicomiso y ejecutarlo surgen determinados gastos y honorarios como son: comisiones bancarias, gastos originados en la ejecución del fideicomiso, honorarios de los delegados fiduciarios, sueldos de los empleados que se necesiten para ejecutar el fideicomiso, honorarios de los integrantes del comité técnico y en el caso de que se afecten bienes inmuebles, honorarios del notario y gastos originados al inscribir el documento en el registro público de la propiedad. Es importante establecer los honorarios de la fiduciaria en la constitución del fideicomiso si esta comparece, pero en caso contrario se determinan en el momento en que se acepte el cargo.

El fideicomitente tiene la obligación de responder con el saneamiento para el caso de evicción en términos de lo dispuesto en los artículos 2119 y 2120 del Código Civil Federal que señalan:

“Artículo 2119.- Habrá evicción cuando el que adquirió alguna cosa fuere privado del todo o parte de ella por sentencia que cause ejecutoria, en razón de algún derecho anterior a la adquisición.

Artículo 2120.- Todo el que enajena está obligado a responder de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato.”

Además el fideicomitente tiene la obligación en todo momento de colaborar con el desempeño del fideicomiso y su ejecución, para que la fiduciaria logre los fines determinados en el acto constitutivo.

2.2.1.1. CAPACIDAD JURÍDICA DEL COMITÉ TÉCNICO.

Como introducción se puede citar al maestro Julian Bernal que en su libro “Práctica y Teoría Jurídica del Fideicomiso” explica: “El comité técnico no tiene personalidad jurídica ni capacidad para obligarse. Es un órgano colegiado deliberantemente decisorio pero no ejecutivo. No debe contar con personal propio bajo sus órdenes, ni adquirir bienes, etcétera. Es el fiduciario quien realiza los actos jurídicos y materiales en relación con el fideicomiso y con los bienes que forman el patrimonio.”⁵¹

La formación de un comité técnico la encontramos en el segundo párrafo del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito que señala:

“En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad.”

⁵¹ Bernal Molina Julián. Op. Cit., pág. 35.

Este artículo es demasiado abierto en cuanto a las actividades que desarrolla el comité técnico y puede llegar a ser un arma de dos filos dentro del desarrollo del fideicomiso, ya que por una parte, permite tanto al fideicomitente como al fideicomisario, si así sé previo, estar enterado y tener control de todos los actos que ejecute el fiduciario, ayudar al buen desarrollo del fideicomiso nombrando como miembros del comité a personas capacitadas y con gran experiencia en el ramo en que se vaya a desarrollar; y por la otra impone cargas administrativas y costos de operación además como afirma el maestro Batiza en su libro "Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria": "será entonces el comité técnico el que debe asumir la responsabilidad que de otro modo correspondería al fiduciario frente a las partes interesadas y a terceros, que pudieran resultar afectados por actos realizados en su perjuicio."⁵²

Existe un comentario muy acertado respecto al artículo que prevé la formación del comité técnico, afirmando: "El legislador mexicano, que parece ser estuvo atento a la práctica de la Unión Americana, introdujo en la legislación mexicana el párrafo transcrito en líneas anteriores y, francamente, parece reducido y desconcertante. ¿Por que razón? Pues por que da al fideicomitente la facultad discrecional de establecer el comité técnico, de dar las facultades de funcionamiento y fijar sus facultades; en consecuencia, tal parece que si se ajustara estrictamente a la interpretación de esta fracción, el fideicomitente podría incluir en las normas del fideicomiso las que quisiera, obligando así al fiduciario a actuar en consecuencia, ya que la parte final, como puede verse, dice que cuando la fiduciaria obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos del comité, estará libre de toda responsabilidad."⁵³

Por lo tanto la función principal del comité técnico consiste en administrar los fondos del fideicomiso, "ésta es una reminiscencia del derecho norteamericano, en el que los trustees buscaban el apoyo de personas preparadas, capaces y competentes para distribuir los fondos que les son entregados y, de esta manera, cubrir su responsabilidad."⁵⁴

⁵² Batiza Rodolfo. *Op. Cit.* pág.63.

⁵³ Banco Mexicano Somex, S. A.. *Op. Cit.* págs. 482 y 483.

⁵⁴ *Id.*

Batiza opina respecto de la organización y estructura del comité técnico: "Su estructuración en la práctica como órgano del fideicomiso, según aparece de diversos contratos, lo hacen asemejarse a los consejos de vigilancia y de administración de las sociedades mercantiles."⁵⁵

El maestro Bernal Molina asegura: "El comité puede tomar a su cargo todas las decisiones que correspondan a los fines del fideicomiso, pero la ejecución está en la órbita del fiduciario. Puede reservarse el comité de conocer de toda o parte de la actuación del fiduciario y sancionarla. El secretario o el presidente del comité pueden tener a su cargo comunicar al fiduciario los acuerdos que dicte el comité técnico. Ni uno ni otro son funcionarios permanentes ni se justifica que tengan personal ni oficinas propias."⁵⁶

Mientras que la ley es totalmente omisa al respecto del funcionamiento del comité técnico, todos los autores coinciden al decir que el origen del comité técnico en nuestra legislación es totalmente desconocido, por lo tanto en todos los fideicomisos desde su constitución se deben dar las reglas y facultades para su funcionamiento de acuerdo al fin o clase de fideicomiso que se trate.

A continuación se presentan algunas reglas y facultades comunes, que se deben de contemplar al designar un comité técnico:

Reglas.- Se deben contemplar para el buen desarrollo y funcionalidad, los siguientes puntos: la integración del comité, duración, lugar donde se celebren las reuniones, clases de secciones, ordinarias o extraordinarias, forma de convocar a los miembros, quórum y votación, membresía, remuneración de los miembros del comité, la posibilidad de establecer nombramientos de miembros propietarios y suplentes, las entidades que nombrarán representantes; se pueden fijar las facultades para tomar decisiones y la conveniencia de que en las cesiones se levanten actas que deberán firmar quienes en ellas intervengan, o en su caso quienes conforme al uso bancario y mercantil ocupen el cargo de presidente y secretario de dicho comité. Y en general se deben observar las reglas que rigen cualquier otro cuerpo colegiado.

⁵⁵ Batiza Rodolfo. Op. Cit. pág. 64.

⁵⁶ Bernal Molina Julián. Op. Cit. pág.35.

Facultades.- Se deben contemplar las facultades que tendrá el comité técnico y sus miembros, siendo las más trascendentes: aprobar programas de trabajo, autorizar las inversiones del patrimonio, los precios, condiciones de venta y compra de los bienes, conocer y aprobar los informes y estados financieros del fideicomiso, aprobar las reglas del funcionamiento del comité, designar al presidente y secretario, aprobar el presupuesto de gastos del fideicomiso, determinar la designación y remuneración del personal que preste sus servicios al fideicomiso y todas las demás facultades que requiera el fideicomiso de acuerdo a su fin.

De todo esto se puede observar que es potestad absoluta del propio fideicomitente el crear o no un comité técnico dentro de su fideicomiso, y de la misma forma regular su funcionamiento.

De hay la importancia que tiene el contemplar esta figura, la cual puede dar muchas ventajas administrativas en algunos tipos de fideicomisos y puede perderse la oportunidad de adoptarla si no se conoce su existencia o no prevee su creación dentro de la constitución del fideicomiso o en sus reformas.

Esto toca el punto medular de la presente tesis y permite suponer la posibilidad de que el fideicomisario, que es el beneficiario del fideicomiso, debería de tener la posibilidad de crear el comité técnico posteriormente, aunque no se hubiera previsto por el fideicomitente.

2.2.2.-CAPACIDAD JURIDICA Y LEGITIMACION DE LA FIDUCIARIA.

Una vez que la institución fiduciaria funciona como tal, habiendo cumplido previamente con todas las disposiciones legales, ya tiene la capacidad para obligarse ante cualquier otra persona ya sea física o moral y de la misma forma puede fungir como fiduciaria en cualquier fideicomiso en donde sea designada por el fideicomitente, fideicomisario ó juez de primera instancia, como se desprende del artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su segundo párrafo que establece:

“...En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elijan 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.”

Así la institución obtiene la posibilidad de desarrollar sus funciones como fiduciaria dentro de determinado fideicomiso y más adelante con el contrato del fideicomiso respectivo, debidamente inscrito en el registro público de la propiedad, si así se requiere por su naturaleza, la fiduciaria quedará legitimada en su cargo y podrá desarrollar sus actividades para alcanzar el fin estipulado.

En cuanto a los derechos y obligaciones de la fiduciaria, se debe tener presente que al constituir el fideicomiso se establecen los lineamientos por los que se ha de regir la fiduciaria, limitando o ampliando sus facultades depende el caso. Después de esto se debe diferenciar si se trata de un fideicomiso privado ó de un público y así se sabrá que leyes, reglamentos o circulares se les aplicaran.

DERECHOS.- En primer término se debe observar la facultad que tiene la institución para aceptar o denegar el cargo de fiduciaria de determinado fideicomiso, siendo prácticamente imposible obligar a una institución a aceptar dicho cargo si no conviene a sus intereses. Se puede observar el artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su párrafo tercero que señala:

“...El fideicomitente podrá designar varias Instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse. 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 sustituya. Si no fuere posible esta sustitución, cesará el fideicomiso.”

En este artículo se presenta la disyuntiva "o", señalando varios casos por los cuales se puede alternativamente nombrar otra fiduciaria y se aplica en caso de que la primera designada no acepte, por renuncia una vez aceptado el cargo y por remoción de la fiduciaria por parte del fideicomitente, fideicomisario o juez de primera instancia.

Una vez aceptado el cargo, la institución de crédito tendrá los derechos que se le concedan en el acto constitutivo así como las limitaciones que se hayan consignado y las obligaciones que se adquieren de acuerdo con la ley. El fiduciario tendrá además todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso.

El artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala:

“La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o 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 familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.”

A este efecto, existe una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la cual interpreta los antiguos artículos 346, 352 y 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

“FIDUCIARIA. A ELLA CORRESPONDE LA DEFENSA DEL BIEN FIDEICOMITIDO, NO A LA FIDEICOMISARIA QUIEN DEBE 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 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 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 aquel, sino que también deben comprender los actos cuya finalidad sea la defensa del patrimonio fideicomitido 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 lo tanto, el fideicomisario en la hipótesis de que se trata, carece de legitimación para defender la propiedad o posesión de los bienes fideicomitidos.

Contradicción de tesis 6/90. Primer Tribunal Colegiado y Tercer Tribunal Colegiado, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 25 de junio de 1990. Unanimidad de 4 votos. Poniente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez, Secretario: E. Gustavo Nuñez Rivera. Apéndice, Semanario Judicial, México, Octava Epoca, Tomo VI, Julio-Diciembre 1990, Primera Parte Civil, pág. 197 y Apéndice, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. México, Número 36, Diciembre 1990, pág. 22.”

Es importante insistir en la trascendencia que tiene el acto constitutivo del fideicomiso ya que en el se delinean las facultades de la fiduciaria y se puede contemplar la posibilidad de designar apoderados, gozando de la facultad para defender los bienes fideicomitidos en cuanto a su propiedad y su posesión por medio de un mandatario para que realice las gestiones necesarias para esta defensa.

Un derecho no menos importante del Fiduciario es el de recibir sus honorarios por el servicio prestado, y como toda operación mercantil que se celebra con el fin de recibir un beneficio económico, la institución establecerá dicho honorario y una vez aceptado por el fideicomitente quedará estipulado en el fideicomiso mismo. Por lo regular se establecen porcentajes del total de los bienes fideicomitidos o sobre sus ganancias siendo estos no muy elevados de acuerdo a los honorarios que establecen la mayoría de las instituciones para poder ser competitivas en el mercado.

OBLIGACIONES.- Desde luego una vez aceptado el cargo de fiduciario, la institución debe cumplir con los términos y cláusulas del fideicomiso. Como en todos los contratos mercantiles, las partes quedan obligadas en la medida que lo establecieron en el contrato,

como se desprende del artículo 78 del Código de Comercio que señala:

" En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados."

Dentro de un fideicomiso se deben señalar específicamente las obligaciones de la institución fiduciaria, rigiendo de esta manera las facultades de la misma.

Es muy importante también que la fiduciaria debe sujetarse a las decisiones del comité técnico en los casos de fideicomiso públicos y en los fideicomisos privados cuando la institución obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad, como se desprende del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, párrafo tercero que señala:

"...En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad."

La institución fiduciaria deberá acatar los términos del contrato de lo contrario responderá por los daños y perjuicios causados. De la misma forma deberá en los casos de fideicomisos públicos, acatar las decisiones del comité técnico, no excediendo sus funciones ni contraviniendo estas resoluciones.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala claramente algunas de las prohibiciones que deben de respetar las instituciones cuando actúan como fiduciarias, una de estas prohibiciones es la de renunciar al cargo o excusarse al mismo si no es por causa grave y a juicio del juez de primera instancia del lugar de su domicilio.

"Artículo 391.- La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo

las normas o 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."

El fiduciario debe responder por el incumplimiento de alguna obligación contraída en el fideicomiso, así como por negligencia o mala fe que propicien un daño o perjuicio en contra del fin del fideicomiso. En este caso el fideicomitente o el fideicomisario podrán solicitar la remoción del cargo, o en caso de que por alguna de estas causas provoque un menoscabo en el patrimonio fideicomitado, se vera obligado a restituir lo perdido.

La institución que forme parte de un fideicomiso como fiduciaria, tiene la obligación de que una vez que ha cesado el fideicomiso, debe entregar el remanente a la persona que haya designado el fideicomitente en la constitución del fideicomiso. O bien si ya falleció la persona física que se designo, se debe entregar a sus herederos o al fideicomisario., depende como se halla estipulado el procedimiento a seguir. Si se excluyo esta parte dentro del fideicomiso, tanto el fideicomitente como el fideicomisario tienen acción jurídica para solicitar la entrega del remanente, de acuerdo con el artículo 393 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que señala:

"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 derechos reales impuestos sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso y que esta declaratoria se inscriba en el Registro Público de la Propiedad en que aquél hubiere sido inscrito."

Esta inscripción en el Registro Público de la que habla el artículo anterior, se debe a la inscripción previa que hubo que hacerse para que la constitución del fideicomiso surtiera efectos contra terceros en caso de bienes inmuebles.

El fiduciario tiene la obligación de llevar la contabilidad, por separado, de cada fideicomiso en donde intervenga, de acuerdo con el artículo 79 de la Ley de Instituciones de Crédito que ordena:

"En las operaciones de fideicomiso, mandato, comisión, administración o custodia, las instituciones abrigarán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas controladas de contabilidad de las instituciones de crédito, con los de las contabilidades especiales."

Como en todo contrato, los fiduciarios tienen algunas prohibiciones, aparte de las que se estipulen dentro de la constitución del fideicomiso. Estas prohibiciones legales e irrenunciables están contempladas dentro de la Ley de Instituciones de Crédito.

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

...XIX. En la realización de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta ley:

a) Celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, mandatos o comisiones. El Banco de México podrá autorizar, mediante disposiciones de carácter general, la realización de determinadas operaciones cuando no impliquen un conflicto de intereses;

b) Responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes, del incumplimiento de los deudores, por los créditos que se otorguen o de los emisores, por los valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.

Si al término del fideicomiso, mandato o comisión constituidos para el otorgamiento de créditos, éstos no hubieren sido liquidados por los deudores, la institución deberá transferirlos al fideicomitente o fideicomisario, según el caso, o al mandante o comitente, absteniéndose de cubrir su importe.

Cualquier pacto contrario a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, no producirá efecto legal alguno.

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

c) Utilizar fondos o valores de los fideicomisos, mandatos o comisiones destinados al otorgamiento de créditos, en que la fiduciaria tenga la facultad discrecional, en el otorgamiento de los mismos para realizar operaciones en virtud de los cuales resulten o puedan resultar deudores sus delegados fiduciarios; los miembros del consejo de administración o el consejo directivo, según corresponda, tanto propietarios, como suplentes, estén o no en funciones; los empleados y funcionarios de la institución; los comisarios propietarios o suplentes, estén o no en funciones; los auditores externos de la institución; los miembros del comité técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de las personas citadas, las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría dichas personas o las mismas instituciones, asimismo aquellas personas que el Banco de México determine mediante disposiciones de carácter general, y ... ”

2.2.2.1. CAPACIDAD JURIDICA DEL DELEGADO FIDUCIARIO.

Este funcionario esta contemplado por el segundo párrafo del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito que indica:

“...las instituciones desempeñaran su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios.”

Principalmente se encarga del desempeño del fideicomiso, comisiones especiales o mandatos fiduciarios y de cuyos actos responderá directa e ilimitadamente la institución fiduciaria; sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que pueda incurrir personalmente. Por lo tanto queda obligado directamente ante la institución fiduciaria quien lo faculta para que realice determinadas funciones. “Obliga a la institución con su firma; su cometido es personalísimo y no puede delegar sus funciones de mando, de

decisión o de las que fueren discrecionales, por lo que esas funciones deberán ser realizadas por ellos personalmente.”⁵⁷

Se puede observar que las funciones del delegado fiduciario son estrictamente personales y de acuerdo a lo que esta fijado dentro del fideicomiso mismo. De esta forma queda sujeto a los mismos derechos y obligaciones que la fiduciaria contrajo, respondiendo solo ante la misma fiduciaria del desempeño de su cometido.

Su designación puede ser vetada por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, quien también podrá acordar su remoción. Bebe reunir determinadas características exigidas por la institución para desempeñar el cargo de delegado fiduciario ya que es muy delicado el puesto y de mucha confianza. Las instituciones de crédito deberán dar aviso a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores cuando pretendan designar un delegado fiduciario así como todos los elementos necesarios para conocer al candidato.⁵⁸ Proporcionando la siguiente información para que la Comisión Nacional Bancaria y de Valores determine si es procedente el nombramiento:

- Nacionalidad, con indicación precisa de si es mexicano por nacimiento o por naturalización y, en este último caso, cuánto tiempo lleva radicando en el país.
- Edad.
- Si es bien conocido y reputado en los círculos financieros y si tiene la experiencia y la aptitud necesarias para la administración de empresas y negocios de cualquier clase, con las explicaciones necesarias sobre los antecedentes del interesado, a fin de fundar esta información.
- Sus ingresos aproximados y si puede considerarse que tiene la independencia económica necesaria para la mayor garantía, del eficaz cumplimiento de las comisiones que se le confieran.
- Todos los demás datos complementarios y referencias que puedan servir para completar la información requerida.

Una vez autorizado el nombramiento por la Comisión, la institución de crédito se encargara de hacer los tramites necesarios

⁵⁷ Banco Mexicano Somex, S. A., *Op. Cit.*, pág. 82.

⁵⁸ Cfr. Circular número 274, Del 26 de junio de 1944, de la actual Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

para legitimar al funcionario correspondiente como delegado fiduciario dentro de determinado fideicomiso y pueda desempeñar sus funciones como tal, con los derechos y obligaciones que quedaron determinados para la institución fiduciaria.

2.2.3. CAPACIDAD JURIDICA DEL FIDEICOMISARIO.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 383 establece:

" Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica."

Sin embargo se puede observar que gran cantidad de fideicomisos se constituyen en favor de incapaces, menores de edad o no nacidos y es por eso que se puede afirmar que para ser fideicomisario se requiere solamente: *no tener alguna incapacidad legal para ser beneficiario dentro de un fideicomiso.*

Al referirse a incapacidades legales se puede citar el artículo 1313 del Código Civil que señala:

"Todos los habitantes del Distrito Federal y de los Estados, de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto, pero con relación a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

- I. Falta de personalidad.
- II. Delito.
- III. Presunción de influencia contraria a la libertad del testador, o a la verdad o integridad del testamento.
- IV. Falta de reciprocidad internacional.
- V. Utilidad pública .
- VI. Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento."

De la misma forma el maestro Rodolfo Batiza señala: "Al exigir capacidad a los fideicomisarios, este precepto debe interpretarse en el

sentido de aludir, no a la capacidad activa para ser fideicomitente, si no más bien a la ausencia de alguna incapacidad especial derivada de la ley, puesto que el fideicomiso puede lícitamente constituirse a favor de los incapacitados y aun de los no nacidos."⁵⁹

El fideicomisario es la persona física o moral que recibe el beneficio de un fideicomiso y de acuerdo a lo previsto por la legislación mexicana no podrán ser beneficiarios de un fideicomiso las mascotas, las asociaciones religiosas, las iglesias, etc.

Derivado de la constitución del fideicomiso, el fideicomisario tendrá una serie de derechos y obligaciones, los cuales se analizarán enseguida.

a) DERECHOS.- El más importante derecho de un fideicomisario es el de recibir los bienes, beneficios o productos de un fideicomiso. Los puede recibir por sí o por su representante si se trata de un incapaz. El fideicomisario también tiene derecho de exigir a la institución fiduciaria el cumplimiento del fideicomiso, atacar la validez de los actos que esta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso sus facultades. Estos derechos se pueden observar en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que señala:

“Artículo 390.- 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 fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan, y a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.

Cuando no exista fideicomisario determinado o cuando éste sea incapaz, los derechos a que se refiere el párrafo anterior corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público, según el caso.”

Dentro de los derechos que tiene el fideicomisario es importante subrayar los contemplados por el Licenciado Molina Pasquel:

⁵⁹ Batiza Rodolfo. Op. Cit. pág. 64.

- 1) Los derechos que se le conceden por virtud del acto constitutivo (Art. 390 de la LGTOC) .
- 2) Exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria (Art. 390 LGTOC) .
- 3) Atacar la invalidez de los actos que ésta cometa en su perjuicio de mala fe (Art. 390 LGTOC).
- 4) Atacar la validez de los actos que aquella institución cometa en su perjuicio, en exceso de las facultades que el acto constitutivo o la ley le confieren (390 LGTOC).
- 5) Cuando proceda, reivindicar los bienes que a consecuencia de actos excesivos o de mala fe de la fiduciaria, hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso (Art. 390 LGTOC).
- 6) Elegir institución fiduciaria cuando: a) ésta renunciare, b) fuere removida, y c) si en el acto constitutivo no hubiere sido designada (Art. 390 LGTOC).
- 7) Dar su consentimiento para reformar el acto constitutivo cuando se trate de formar un Comité técnico o de Distribución de fondos (Esto se encontraba contemplado dentro de la Ley Bancaria en su Art. 45, pero actualmente dicho artículo esta completamente reformado, no se menciona este derecho dentro de la Ley de Instituciones de Crédito).
- 8) Exigir al fiduciario aviso dentro de cuarenta y ocho horas sobre: a) las operaciones de inversión, adquisición y sustitución de los bienes fideicomitidos; b) la percepción de rentas, frutos o productos de liquidación, y los pagos que se hagan con el patrimonio. Salvo prohibición expresa del fideicomitente, o que no proceda por otra causa.
- 9) Exigir responsabilidad civil al fiduciario, causada por la violación del secreto propio del fideicomiso, salvo que la revelación se haga a la autoridad en juicio en que el fideicomitente o fideicomisario sean parte (Art. 45 de la antigua Ley Bancaria, actualmente se puede encontrar el mismo "secreto bancario" en el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito).
- 10) Pedir cuentas al fiduciario (Art. 84 de la Ley de Instituciones de Crédito).
- 11) Exigir responsabilidad en general, a la institución fiduciaria. (Arts: 84 de la Ley de Instituciones de Crédito y 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).
- 12) Pedir la remoción de la institución fiduciaria (Art. 84 de la Ley de Instituciones de Crédito)
- 13) Aparte de los derechos y acciones que expresamente se le conceden en textos legales que se mencionan al final de los doce

anteriores incisos, el fideicomisario puede tener otros derechos y sus correlativas acciones, que no son predeterminables, sino que resultan de la situación legal en que lo coloque la ejecución del fideicomiso.”⁶⁰

(Nota: Todos los anteriores artículos se recorrieron con las actuales reformas).

La acción de atacar la validez puede asimilarse a la acción “Pauliana”, llamada también “revocatoria”. La de reivindicación de los bienes se considera que no es reivindicatoria útil, porque ésta corresponde a los dueños de las cosas y no lo es el fideicomisario, más bien se estima que es una acción para el efecto de restituir la cosa fiduciaria y con más exactitud al patrimonio fiduciario.

El fideicomisario o beneficiario, es un tercero en la relación entre el fideicomitente y el fiduciario. Los intereses entre el fideicomitente y el fideicomisario son idénticos, pues éstos pueden coincidir en una misma persona y los dos pueden ejercer acciones y responsabilidades en contra del fiduciario.

Dentro de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 383, IV párrafo se menciona:

“Es nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, y en las demás disposiciones legales aplicables”.

El presente artículo se reformó el 24 de mayo de 1996 para quedar complementado con el siguiente párrafo:

“Las institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitados y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a una

⁶⁰ Molina Pasquel Roberto. Los Derechos del Fideicomisario. México, Primera Edición, Editorial Jus 1946, págs. 155 y 156.

institución fiduciaria sustituta para el caso que surgiere un conflicto de interés entre las mismas”.

La presente modificación se dio con motivo de los problemas económicos que se presentaron con anterioridad esas fechas en el país, con consecuencias que todos ya conocemos y entre ellas la insolvencia económica para cubrir las obligaciones crediticias contraídas por muchas empresas, deudas derivadas de créditos de habilitación o avío en donde se deja como garantía las materias primas o la maquinaria adquirida con dichos créditos.

Con esta reforma se da un derecho importante a las instituciones de crédito y una herramienta rápida de pago. A la fecha, con las recientes reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito publicadas el 23 de mayo del 2000, se facultan a otras instituciones como: Las de Seguros, de Fianzas, las Sociedades Financieras de Objeto Limitado y los Almacenes Generales de Depósito a actuar como fiduciarias exclusivamente en los fideicomisos de garantía, ya que estos son un medio inmediato y económico de ejecución, que permiten a las instituciones protegerse del incumplimiento de obligaciones, nombrándose así mismas como beneficiarias en segundo lugar y permiten seguir otorgando créditos para la adquisición de viviendas.

Un derecho más que puede tener el fideicomisario, siempre y cuando este previsto en la constitución del fideicomiso, es que se le requerirá para dar su conformidad al momento de revocar, terminar anticipadamente, extinguir o modificar el fideicomiso. Si existe más de un fideicomisario se sujetaran a las cláusulas o reglas del propio fideicomiso.

Julián Bernal Molina considera: “el fideicomisario puede transmitir sus derechos total o parcialmente si se estipula expresamente o si no está impedido por virtud de las mismas estipulaciones, o bien se desprende de la misma naturaleza del derecho.”⁶¹ Y continua diciendo “la transmisión o la cesión de los bienes o derechos puede estar condicionada o con las modalidades

⁶¹ Bernal Molina Julián. Op. Cit. pág. 39.

que se hayan establecido, pudiendo ser onerosa o libre de cualquiera contraprestación, y realizarse por acto entre vivos o por testamento.”⁶²

Esto se considera totalmente valido, ya que el mismo Código Civil indica en su artículo 2030 que:

“El acreedor puede ceder su derecho a un tercero sin el consentimiento del deudor, a menos que la cesión esté prohibida por la ley, se haya convenido no hacerla o no la permita la naturaleza del derecho.

El deudor no puede alegar contra el tercero que el derecho no podía cederse porque así se había convenido, cuando ese convenio no conste en el título constitutivo del derecho”.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no determina la totalidad de derechos y obligaciones que competen al fideicomisario, por lo tanto, las normas supletorias que se deben consultar en ausencia de disposición expresa en esta ley, son las que señala su artículo 2:

- “1. La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y en su defecto las demás leyes especiales relativas como son la Ley de Instituciones de Crédito, La Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, la Ley General de Sociedades Mercantiles, etc.
2. La legislación mercantil en general, que es el Código de Comercio.
3. Los usos bancarios y mercantiles.
4. Y por ultimo el derecho común, es decir el Código Civil del Distrito Federal.”

Por ultimo, un derecho muy importante del que puede gozar el fideicomisario, es el de participar en el Comité Técnico para la toma de decisiones, esto se aplica en caso de que haya varios fideicomisarios o no. Y se dice “del que puede gozar”, por la probabilidad que hay de que no se haya designado Comité Técnico dentro de la constitución del fideicomiso, o simplemente no se haya contemplado al fideicomisario como miembro del mismo.

⁶² Id.

b) OBLIGACIONES.- Dentro de las obligaciones que tiene el fideicomisario podemos señalar primordialmente, las que se generen al momento de la ejecución y extinción del fideicomiso, como son el pagar los gastos fiduciarios, honorarios notariales y los impuestos que se generen al momento de adjudicarse los bienes objeto del fideicomiso.

2.3. CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO.

Es muy importante separar y dar la importancia que merece la constitución del fideicomiso con la ejecución del mismo. Esta etapa de nacimiento jurídico da inicio a un acto sano; sí es constituido correctamente, con las autoregulaciones y órganos correctos en un futuro va a dar buenos resultados y se alcanzara el objetivo para el que fue creado; pero si desde la constitución no se contemplan los suficientes ordenamientos o no se preveen los órganos necesarios, podríamos enfrentarnos a problemas que pudimos haber evitado con una correcta constitución.

Como negocio jurídico, la autorregulación es importantísima y es importante consultar con un perito en la materia legal resulta vital. Así como la asesoría jurídica, también es importante consultar a un experto en la materia en la que va a desarrollarse el fideicomiso, ya sea de administración, inversión o testamentario, siempre es mejor consultar a una persona con la suficiente capacidad, experiencia y conocimientos en el campo específico.

La constitución del fideicomiso desde el principio debe contemplar claramente el fin para el que es creado y conforme a esto se deben regular las reglas básicas para alcanzar ese fin. Se debe conocer la materia o asesorarse con expertos de acuerdo al objetivo del fideicomiso, por ejemplo si se quiere crear un fideicomiso de inversión, sería muy recomendable consultar con un financiero para que la administración del fideicomiso sea dirigida a obtener los mayores beneficios económicos, con el menor riesgo, en el menor tiempo posible. Gozando de una asesoría adecuada podemos obtener el mayor beneficio del acto que vamos a realizar. Por eso remarcamos la importancia que tiene el prever distintas situaciones futuras que se puedan presentar en el desarrollo del

fideicomiso, para así poder obtener el mayor provecho posible del mismo.

2.4. EJECUCION DEL FIDEICOMISO.

Toda relación jurídica, lleva en si el nexum, el vínculo que constriñe a la realización de un fin que es lo que va a dar la figura del contrato, en este caso el contrato de fideicomiso, que lleva diversos aspectos teóricos y prácticos que lo hacen individualizar su fin u objeto. El desarrollo después del momento en que se crea y se estructura es el punto siguiente en importancia para alcanzar el fin de un acto jurídico.

Este desarrollo se debe encomendar a una institución fiduciaria como ya se ha visto con anterioridad, pero sigue siendo importante en este punto el encomendar este siguiente paso a una institución sana, prestigiada y que ofrezca un buen servicio.

La importancia en encomendar el desarrollo del fideicomiso a una buena institución, radica en la ejecución que va a dar del mismo, la administración y vigilancia de sus representantes y empleados, son puntos importantes para no desviar al fideicomiso de su fin.

La institución será la encargada de designar un representante para todos los actos que lleve a cabo que será el delegado fiduciario el cual deberá de encargarse de la ejecución del fideicomiso y de tomar en cuenta la asesoría o vigilancia brindada por el comité técnico, si es que se designo esta figura desde la constitución.

2.5. CONSENTIMIENTO.

Dentro de los elementos esenciales de existencia de un contrato se encuentra el consentimiento que nuestro código civil manifiesta como aquella voluntad de las personas que se exterioriza por medio de actos que hacen suponer su aceptación, de tal manera que la voluntad se puede exteriorizar por medio de gestos o por medio de las formas que están escritas, para que esta voluntad sea válida en el fideicomiso, la voluntad y el consentimiento se manifiestan por medio de la estructura y la constitución del fideicomiso así como de la aceptación de la fiduciaria de ejecutar el mismo ya sea tácita o expresa en un contrato. El consentimiento debe carecer de vicios, violencia, error o sorprendido por dolo como lo marca el Código Civil en su artículo 1812.

2.6. OBJETO Y FIN DEL FIDEICOMISO.

El segundo elemento para la existencia del fideicomiso es el objeto, que es la cosa que el obligado debe dar o el hecho que el obligado debe hacer o no hacer, el cual debe reunir los requisitos del artículo 1825 del Código Civil que son: existir en la naturaleza, ser determinado o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio. Muy aparte se considerara si el objeto del fideicomiso es un bien mueble o inmueble, ya que tratándose de bienes inmuebles deberá otorgarse su aportación mediante escritura pública con las formalidades que marca la ley.

En cuanto al fin o motivo determinante de la voluntad tiene que estar de acuerdo a los usos y costumbres de la localidad, tiene que ser lícito, esto entraña la situación que tiene que ser moralmente aceptado, que no contravenga a las leyes de orden público o las buenas costumbres.

2.7. FORMAS DE FIDEICOMISOS MÁS USUALES.

Una vez que el objeto y fin del fideicomiso es lícito y determinado, la amplitud y diversidad de los objetivos y formas que puede tener este negocio, hace que existan diversos criterios de clasificación.

En función de estos fines u objetivos se proponen diversas clasificaciones las cuales son las más comunes, pero obviamente, sin abarcar la totalidad de las clases de fideicomisos que se pueden encontrar en la práctica, ya que el límite y variedad de los fideicomisos que pueden existir, depende de la imaginación y necesidades de quienes lo aplican.

Los actos jurídicos más comunes que en la práctica se derivan de un fideicomiso pueden ser de garantía, de custodia o depósito, mandatos y administración, intermediación o mediación. También pueden realizarse los fines a través de compraventas, permutas, depósitos, mandatos, prendas, hipotecas, etcétera. "Las diversas clasificaciones van dando idea de las características de los fideicomisos: públicos y privados, condicionales revocables y no revocables, de administración, garantía o inversión, onerosos y gratuitos, traslativos de dominio y los que no lo son, de beneficencia, expresos e implícitos, etcétera."⁶³

En este apartado se podrán estudiar brevemente las dos clasificaciones más usuales de los fideicomisos que son los fideicomisos públicos y los fideicomisos privados. Esta división, se hace con fines totalmente didácticos, ya que ambos tienen la misma forma de aplicación y operación. Básicamente los divide la legislación que los regula, es decir, a los fideicomisos públicos por lo general los regulará, entre otras leyes, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, mientras que los fideicomisos privados estarán sujetos básicamente a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Dentro de los fideicomisos privados encontramos el tema principal de la presente tesis, que es, la optativa formación del comité técnico, la cual no es tanto problema dentro de los fideicomisos públicos, ya que la legislación y la costumbre contemplan su

⁶³ Bernal Molina Julián *Op. Cit.* pág. 51.

formación desde el momento de la constitución del fideicomiso, como se vera más adelante.

Por lo tanto, considero importante estudiar algunas formas de fideicomisos privados más usuales, y determinar, si es aconsejable o no, en cada caso, la designación de un comité técnico.

2.7.1. LOS FIDEICOMISOS PUBLICOS Y LA INTERVENCION DEL COMITE TECNICO.

Para notar la diferencia que existe entre fideicomiso público y privado nada mejor que lo que el maestro Acosta Romero define: "El Fideicomiso Público es un contrato por medio del cual, el Gobierno Federal, a través de sus dependencias y en su carácter de fideicomitente, transmite la titularidad de bienes del dominio público (previo decreto de desincorporación), o del dominio privado de la Federación, o afecta fondos públicos, en una institución fiduciaria (por lo general, instituciones nacionales de crédito), para realizar un fin lícito, de interés público."⁶⁴

El mismo tratadista aclara que esta definición es aplicable a los fideicomisos públicos federales, pero ello no excluye la existencia de fideicomisos públicos locales establecidos en las entidades federativas, o incluso contratados por los municipios, ya que no existe alguna prohibición para su constitución, los cuales pueden calificarse de fideicomisos públicos locales y municipales.

Clemente Licón Baca y demás coautores de la obra titulada "Fideicomiso Público, una Alternativa de la Administración"⁶⁵, están de acuerdo con la definición de Acosta Romero, pero es necesario precisar, que al referirse a los fideicomisos públicos, se estudian los constituidos por el fideicomitente único del Gobierno Federal y no los constituidos por el Departamento del Distrito Federal o los Gobiernos de los Estados de la República, aún cuando mucho de lo que se comenta es aplicable a estos.

⁶⁴ Acosta Romero Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo. México, Editorial Porrúa S. A., Cuarta Edición 1981, págs. 256 y 257.

⁶⁵ Licón Baca Clemente, Bernal Iturriaga Julián y Moreno Fernández Jesús. Fideicomiso Público, una Alternativa de la Administración. México, Servicios Técnicos de Diseño e Impresión S.A. 1982, pág. 17.

El distinguido autor José Manuel Villagordoa Lozano afirma: "Con relación a la definición anterior, estimamos pertinente señalar que si bien es cierto que, desde el punto de vista formal, el fideicomiso es una operación de crédito que se plasma mediante contrato que celebran fideicomitente y fiduciario, en el caso del fideicomiso público, la celebración del contrato es lo que una fase dentro del proceso, toda vez que existe un procedimiento jurídico "suí generis" que se inicia con el acto jurídico que da viabilidad al fideicomiso (ley, decreto o acuerdo del Ejecutivo Federal), fija sus objetivos y características, determina las condiciones y términos a que se sujetará la contratación correspondiente y regula en fin, la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos del Gobierno Federal. La situación anterior se explica porque a través del fideicomiso público no se integra una corporación con personalidad jurídica propia, sino una unidad económica reconocida por el Derecho, operada a través de instituciones fiduciarias. Consecuentemente, el fideicomiso público no se agota en una simple forma contractual, pues la ley le confiere el carácter de entidad auxiliar del Ejecutivo de la Unión."⁶⁶

Por lo tanto la mayoría de fideicomisos públicos tienen por finalidad, la atención del interés público en aras de beneficiar a una colectividad o a toda la sociedad, siempre y cuando su fideicomitente sea una dependencia o entidad pública ya fuere local o federal, y por lo tanto, es necesario tener sobre ellos una supervisión y vigilancia como la que brinda el comité técnico. De hay que la costumbre lo haya hecho casi obligatorio.

Y en lo que respecta a la intervención del comité técnico dentro de los fideicomisos públicos, se puede observar lo siguiente:

En el artículo 45 fracción IV último párrafo de la Ley de Instituciones de Crédito encontramos:

"En el acto constitutivo del fideicomiso, o en sus reformas, que requerirán el consentimiento del fideicomisario, si lo hubiere, podrán los fideicomitentes prever la formación de un comité técnico o de distribución de fondos, dar las reglas para su funcionamiento y fijar

⁶⁶ Villagordoa Lozano José Manuel Op. Cit. pág. 289.

sus facultades. Cuando la institución fiduciaria obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad.”

En los fideicomiso públicos y principalmente en los fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal, se ha acostumbrado la participación de los comités técnicos, esto con el fin de que participen las dependencias y sectores sociales involucrados o interesados, dentro del ámbito de actividad o desarrollo de dichos fideicomisos. Esto se realiza en atención al carácter político de administración pública que rige en tales entidades dentro de nuestro país.

Además el ordenamiento que viene a regular principalmente los comités técnicos de los fideicomisos públicos, es la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, no dejando atrás a los decretos que los crean, los acuerdos presidenciales y demás disposiciones que ordenan la creación de un fideicomiso público que se constituya por el gobierno federal, o bien regulen el funcionamiento del mismo y del comité técnico, en determinados casos.

El comité técnico guarda mucha semejanza con un consejo de administración y en el propio instrumento que lo crea se designan las personas que lo integran, funciona como cuerpo colegiado y debe existir un presidente y un secretario. Se hace obligatorio que sesione periódicamente, levantándose un acta y señalándose la forma en que se comuniquen sus acuerdos al fiduciario. Es un organismo que no tiene personalidad jurídica, por tanto, no puede realizar por sí mismo ni por personas en las que delegue funciones, actos y operaciones. Sus decisiones trascienden al fiduciario, quien debe ejecutarlas. Se aplica la regla de que el fiduciario queda liberado si actúa siguiendo las instrucciones del comité, y siempre que estén ajustadas a derecho y al fin del fideicomiso.

Existe en el fideicomiso público una norma muy importante que ordena que la institución fiduciaria deberá abstenerse de cumplir las resoluciones que el comité técnico dicte en exceso de las facultades expresamente fijadas por el fideicomiso, siendo responsable de los daños y perjuicios, en caso de ejecutar actos en acatamiento de acuerdos dictados en exceso de dichas facultades o en violación del acto constitutivo.

En general, la finalidad de un fideicomiso público es su característica más importante ya que se viene haciendo énfasis en el interés público, de aquí las posibilidades del mismo son ilimitadas, es decir que se pueden crear fideicomisos públicos por el gobierno federal para cualquier cosa, incluso para simular fraudes a la nación.

“La administración pública siempre ha considerado conveniente la celebración del fideicomiso mediante un contrato. No cabe establecerlo unilateralmente, tal vez por razones prácticas y de regulación estructural se crea entonces por un acto contractual, que en este caso sería administrativo, derivándose del presidente de la República. También puede encontrarse su origen en una norma legislativa.”⁶⁷

Finalmente mencionaremos algunas de las características más representativas de los fideicomisos públicos, claro esta, sin abarcar la totalidad de las mismas.

- 1.-Existe un régimen jurídico administrativo que lo regula.
- 2.-Hay una serie de requisitos, procedimientos y formalidades previos a su constitución, contenidos en los ordenamientos legales mencionados anteriormente.
- 3.-Tienen como fin, regularmente, otorgar créditos con garantía a un determinado sector de la población (FOVI), apoyos, subsidios, asistencia técnica, fomento cultural o científico, etcétera.
- 4.-La Secretaria de Hacienda y Crédito Público, el Banco de México y Organismos Estatales y Paraestatales, siempre figuran en su constitución.
- 5.-La mayoría de ellos conforman organizaciones administrativas.
- 6.-Su patrimonio proviene indirectamente de las contribuciones de los ciudadanos.
- 7.-Los comités técnicos de estos fideicomisos, en sus funciones, se encuentran regidos no solo por lo que establece el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso, si no por una serie de normas que les son aplicables y se contienen en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y otros reglamentos.
- 8.-El plazo de duración de estos fideicomisos es normalmente indefinido.

⁶⁷ Bernal Molina Julián. Op. Cit. pág. 85.

2.7.2. LOS FIDEICOMISOS PRIVADOS Y LA INTERVENCION DEL COMITE TECNICO.

Dentro de los fideicomisos privados podemos encontrar con una variedad de tipos de fideicomisos ilimitada, pero es importante conocer algunos, en especial los más usuales y poder aconsejar en cada fideicomiso en específico la designación o no de un comité técnico.

2.7.2.1. FIDEICOMISOS DE ADMINISTRACION E INVERSION.

Por medio de este fideicomiso se transmiten al fiduciario los bienes y derechos para la guarda, conservación o percepción de frutos o productos, previéndose que estos se entreguen al fideicomisario. Principalmente la finalidad del mismo es obtener un rendimiento. Estos fideicomisos son lo contrario de los llamados traslativos de dominio, en los cuales, su fin principal radica en la transmisión de la propiedad o titularidad del bien fideicomitado al momento de la extinción del fideicomiso, y a su vez, se ejecute esta transmisión de propiedad en beneficio del fideicomisario o quien éste designe.

En ocasiones, los bienes consisten en inmuebles, dinero o valores, siendo los dos últimos los más usuales. También son de esta clase, los fideicomisos que se constituyen y que recaen sobre inmuebles ubicados en la zona prohibida, de fronteras o costas a fin de que los extranjeros con carácter de fideicomisarios o tenedores de certificados de participación puedan tener la utilización o provecho y siempre que sean para actividades industriales o turísticas. También son de administración los que se refieren a acciones o partes sociales para la mexicanización de empresas, en que las facultades de administración quedan muy bien definidas, pues se ejercen respecto al patrimonio fiduciario los derechos corporativos y patrimoniales.

En general, la función fiduciaria de administración está relacionada con el destino de los capitales o sus productos, pues el fiduciario se obliga a hacerlo en muchos casos de fideicomisos, como son los de vivienda y toda clase de desarrollos inmobiliarios, pensiones, primas de antigüedad, tecnología, fondos de ahorro, etcétera. También ocurre

en los que son para fines asistenciales o de beneficencia, educacionales, hospitales, asilos, becas, etcétera.

Es pertinente mencionar la prohibición en los fideicomisos de administración y de inversión de responder a los fideicomitentes por el incumplimiento de los deudores por los créditos que se otorguen o de los emisores, o garantizar rendimiento. Al terminar los fideicomisos si no hubieran sido liquidados los créditos, las instituciones deberán devolverlos al fideicomitente o fideicomisario, absteniéndose de cubrir dicho importe. Se debe insertar en los contratos en forma notoria esta disposición y una declaración del fiduciario en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido bienes para su inversión.

El licenciado Julián Bernal afirma: "En el capítulo de prohibiciones se explican las limitaciones y las prohibiciones de fideicomisos que tienen por objeto el otorgamiento de créditos provenientes de entidades financieras del exterior, sea que se otorguen en moneda nacional o en moneda extranjera y se mencionan las diversas circulares dictadas por el Banco de México."⁶⁸ Y continua explicando: "La afirmación de que en estos fideicomisos siempre deba existir la transmisión de dominio de un bien, especialmente si se trata de inmuebles, parece muy rigurosa. En estricto sentido, se transmiten sólo los derechos a percibir los frutos o productos, contratar el uso, según el caso, y el fideicomitente se reserva el dominio, con todas sus consecuencias."⁶⁹

Es aconsejable en este tipo de fideicomisos designar un comité técnico desde la constitución del mismo, éste nos podrá servir para que intervenga el fideicomitente y fideicomisario en las decisiones de inversión de los bienes y al mismo tiempo estén enterados de las mismas. También es importante principalmente para que se designen como integrantes del comité técnico a diferentes especialistas en inversiones, depende el fin y objeto del fideicomiso.

Es necesario hacer notar la necesidad de cambiar la figura del Comité Técnico en México y que no solo sirva como órgano de

⁶⁸ *Ibidem.* pag.53.

⁶⁹ *Id.*

vigilancia, si no también, como un órgano de participación en las decisiones del fiduciario, debiendo integrar este órgano, como ya se ha mencionado, con expertos en la materia en la que se valla a desarrollar el fideicomiso, para que de esta forma exista un órgano de asesoría técnica en cada caso específico.

2.7.2.2. FIDEICOMISOS DE GARANTIA.

Es un fideicomiso mediante el cual el deudor o un tercero que actúa como fideicomitente, transmite al fiduciario determinados bienes o derechos para garantizar con ellos el cumplimiento de una obligación, como puede ser el pago de un crédito a un acreedor (el cual podrá ser él mismo fiduciario), quedando designado en el fideicomiso como fideicomisario o beneficiario él mismo acreedor del crédito. Todo esto con el fin de garantizar el pago del crédito y en caso de incumplimiento tener la facilidad de recuperar más rápidamente el bien dado en garantía, sin necesidad de someterse a un proceso judicial que resulta tardado y costoso para el acreedor.

Este tipo de contrato puede realizarse en documento privado salvo cuando sean inmuebles que requieren escritura pública y deberán ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad correspondiente.

Su finalidad es garantizar al fideicomisario el cumplimiento puntual de una obligación a cargo del fideicomitente; cobrar en su caso, por cuenta, del fideicomisario la suma adeudada (opcional); vender de acuerdo a un procedimiento convencional, previsto dentro del clausulado del fideicomiso, los valores o derechos que se dan en garantía en caso de incumplimiento por parte del fideicomitente, para pagar al fideicomisario con el importe de la venta la suma adecuada.

Este fideicomiso tuvo una amplia aplicación en un principio, cuando los bancos otorgaban créditos que quedaban garantizados ante los mismos nombrándose beneficiarios en caso de incumplimiento y conservando la propiedad del bien dado en garantía. Esto fue prohibido con la reforma del 30 de agosto de 1933, que agregó un párrafo final al antiguo artículo 348 hoy 383 de la LGTOC, declarando nulo el fideicomiso que se constituía a favor del fiduciario.

Posteriormente se reformo este artículo 24 de mayo de 1996, para quedar de la siguiente manera:

“...Es nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, y en las demás disposiciones legales aplicables.

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

Esta reforma parece tener varios puntos importantes a tratar, dentro de los cuales señalare los que a mi punto de vista son de mayor trascendencia.

Primero.- Se dan facultades nuevamente a los bancos, para ser fideicomisarios de fideicomisos que ellos mismos manejan, con el fin de que se recuperen de una forma más simplificada los créditos por ellos otorgados; esto se logra con la presión de un procedimiento más simplificado de remate de los bienes dados en garantía y se ejecuta de manera inmediata y extrajudicial en contra de los materiales o mercancías que se adquirieron con el crédito.

Segundo.- Se señala en este artículo que solo se aplicara este supuesto en el caso de créditos para la realización de actividades empresariales, es decir para garantizar los créditos empresariales que otorgan las instituciones de crédito.

Tercero.- Se señala que “La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitidos”, siendo que dentro de un fideicomiso, la transmisión de propiedad, se da hasta la ejecución del mismo y no en su constitución. Con esto se da a notar la confusión que existe entre los legisladores, del momento de la transmisión de la propiedad de los bienes fideicomitidos que se da hasta la ejecución del fideicomiso, y la enajenación de un bien en un fideicomiso, que es la destinación de un bien a un fin lícito determinado, la cual se da en su constitución.

Por lo general, en este tipo de fideicomiso el deudor conserva la posesión, el uso y hasta el disfrute de los bienes hasta la ejecución y extinción del fideicomiso, independientemente de que en esta etapa se le transmita o no la titularidad de los bienes; estos mismos bienes sirven en la vida del crédito, para garantizar el cumplimiento de la obligación al fiduciario, que es al mismo tiempo el acreedor y fideicomisario, el cual podrá en un caso de incumplimiento transmitirse los bienes dados en garantía mediante un proceso consignado dentro del mismo fideicomiso.

El artículo 64 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, hace obligatorio para los fiduciarios, la ejecución de estos fideicomisos en apego al procedimiento que señala el actual artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito recientemente reformado. Este precepto señala:

“El acreedor podrá pedir al juez que autorice la venta de los bienes o títulos dados en prenda, cuando se venza la obligación garantizada.”

Y continua explicando el procedimiento a seguir:

“El juez correrá traslado de inmediato al deudor de dicha petición, notificándole que contará con un plazo de quince días, contados a partir de la petición del acreedor, para oponer las defensas y excepciones que le asistan a efecto de demostrar la improcedencia de la misma, en cuyo caso, el juez resolverá en un plazo no mayor a diez días. Si el deudor no hace valer este derecho, el juez autorizará la venta. En caso de notoria urgencia, y bajo la responsabilidad del acreedor que determine el juez, éste podrá autorizar la venta aun antes de hacer la notificación al deudor.

El corredor o los comerciantes que hayan intervenido en la venta deberán extender un certificado de ella al acreedor.

El producto de la venta será conservado en prenda por el acreedor, en substitución de los bienes o títulos vendidos.”

Con las reformas y demás modificaciones hechas últimamente a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se confirma el deseo, objetivo y finalidad del Gobierno Federal, de apoyar y rehabilitar no solo a las Instituciones de Crédito, sino también autorizar a las Instituciones de Seguros, de Fianzas, a las Sociedades

Financieras de Objeto Limitado y a los Almacenes Generales de Depósito, para recuperar sus carteras vencidas de una manera más rápida y expedita, por medio de fideicomisos de garantía que aseguren la recuperación de los bienes dados en garantía.

En las últimas reformas a la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se adiciono al TITULO SEGUNDO, DE LAS OPERACIONES DE CREDITO, CAPITULO V, DEL FIDEICOMISO, la SECCION SEGUNDA titulada DEL FIDEICOMISO DE GARANTIA, integrándose a la ley 20 artículos, que van del 395 al 414; aparte de los respectivos al mismo TITULO SEGUNDO, CAPITULO IV, DE LOS CREDITOS, SECCION SEPTIMA que se refieren al LA PRENDA SIN TRANSMISION DE PROPIEDAD (artículos 346 al 380).⁷⁰

Dentro de la nueva Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito podemos encontrar una definición para el fideicomiso de garantía:

“Artículo 395.- En virtud del fideicomiso de garantía, el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia de pago.”

Aquí podemos observar que el legislador señala terminantemente que el fideicomiso de garantía implica una transmisión de propiedad en su constitución y continua manifestándolo así en el:

“Artículo 401.- ... Los bienes y derechos que se den en fideicomisos serán propiedad de la institución fiduciaria, se considerarán afectos al fin de garantizar obligaciones contraídas por el fideicomitente...”

En el artículo 399 de la ley en cuestión se facultan a nuevas instituciones para que intervengan en los fideicomisos de garantía como fiduciarias.

“Artículo 399.- Podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos de garantía previstos en esta Sección Segunda, sujetándose a lo que

⁷⁰ Cfr. Reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fecha 23 de Mayo del año 2000.

dispone al efecto el artículo 85 Bis de la Ley de instituciones de Crédito, las entidades siguientes:

- I.- Instituciones de Crédito;
- II.- Instituciones de Seguros;
- III.- Instituciones de Fianzas;
- IV.- Sociedades Financieras de Objeto Limitado, y
- V.- Almacenes Generales de Depósito."

En este artículo se faculta a las nuevas instituciones y al mismo tiempo se les limita a actuar solo y exclusivamente en los fideicomisos de garantía.

Ya desde el año de 1996 las instituciones de fianza estaban autorizadas para actuar como fideicomisarias, únicamente dentro de los fideicomisos de garantía los cuales pudieran o no estar relacionados con las pólizas de fianza que ellas mismas expidieran, esto dio grandes posibilidades a las instituciones de banca múltiple que reanudaron sus créditos hipotecarios mediante contratos de fideicomiso con fianza, en los cuales los deudores únicamente quedaban como depositarios del bien inmueble sometiéndolos a prueba de tres a cuatro años, para observar su comportamiento de pago, para el caso de ser positivo transmitirles la propiedad del bien o en su defecto continuar con el fideicomiso.

En los demás artículos de fideicomiso de garantía publicados en el 2000, se trata de regular genéricamente a una figura tan versátil como es el fideicomiso que deja muchos huecos en la ley, que serían dignos de criticarse en una tesis aparte.

En este tipo de fideicomiso en particular, se ha notado la poca participación del fideicomitente una vez constituido el fideicomiso, ya que a las instituciones fiduciarias que por lo regular son los mismos acreedores no les interesa ni conviene la participación de otras personas.

Se trata de fideicomisos de adhesión en donde el acreedor pone sus reglas y principalmente sus procedimientos de ejecución para caso de incumplimiento, beneficiándose con el fin de que se facilite la recuperación de los bienes dados en garantía en poco tiempo y

extrajudicialmente. Sería aconsejable en estos fideicomisos de garantía beneficiar un poco a los fideicomitentes o deudores, participando en un comité técnico en donde pudieran designar representantes para que por lo menos intervinieran un poco en las decisiones de la fiduciaria, por que a fin de cuentas estas decisiones van a beneficiar o perjudicar directamente a los mismos, pero estamos hablando de un imposible ya que jamás las instituciones fiduciarias acreedoras permitirían esto.

2.7.2.3. FIDEICOMISOS TRASLATIVOS DE DOMINIO.

Podemos iniciar citando al licenciado Julián Bernal: "Por principio, todos los fideicomisos implican la transmisión de la titularidad o dominio al fiduciario. Sin embargo, el alcance o fin del fideicomiso puede no requerir facultades de dominio, como es el caso de los de garantía o administración o inversión." ⁷¹

En general, tiene sentido esta clase de fideicomiso cuando su finalidad es que el fiduciario transmita los bienes o derechos fideicomitados por el fideicomitente al fideicomisario o a quien éste señale, y generalmente cuando se cumplan con las condiciones establecidas. Se utiliza para resolver situaciones de carácter legal o de conveniencia evitando temporalmente la compraventa, la donación, la aportación de bienes a una sociedad, etcétera. En materia de inmuebles tiene un amplio uso para fideicomisos de desarrollo de vivienda, turísticos fraccionamientos, etcétera.

El régimen fiscal es especial, sobre todo cuando se trata de inmuebles y se ha regulado extensamente, llegando en la actualidad a un régimen riguroso de imposición que hace muy onerosa su celebración, a pesar de que el fiduciario en los más de los casos sólo adquiere temporalmente los bienes y los derechos para realizar una transmisión posterior definitiva. Los tratamientos de excepción que se han previsto no han sido favorables para estimular el uso del fideicomiso. En el caso de la vivienda de INFONAVIT se han establecido exenciones fiscales, pero por ser la imposición local no han tenido todavía la generalidad deseada.

⁷¹ Bernal Molina Julián. Op. Cit., pág. 59.

La facultad que tiene el fiduciario para transmitir los bienes siempre debe sujetarse a los términos y condiciones que se hayan señalado en el acto constitutivo por el fideicomitente. En muchas ocasiones se deben seguir instrucciones en cada caso del fideicomitente, del fideicomisario o de un comité técnico. A veces ocurre que el interés del fideicomitente no existe y es cuando recibió en pago de la transmisión al fiduciario una contraprestación que, en realidad, es el precio de la enajenación.

“En la consideración de que el fiduciario es un propietario pleno o constitutivo cabe hacer la consideración que para enajenar un bien no se requiere ser el propietario, que lo hace tutor, el albacea, el mandatario, el administrador o el gerente. Sin embargo, tratándose del fideicomiso, no hay duda que la titularidad o dominio salen del patrimonio del fideicomitente y aunque éste pudiera reservarse derechos como para establecer términos y condiciones para la transmisión y aun señalar el comprador, el fiduciario es el que hace la enajenación y la transmisión de la propiedad.”⁷²

En estos fideicomisos traslativos de dominio, podemos observar la variedad que se puede dar en los fines y objetos de los mismos, repercutiendo esto en importancia de la asesoría de un especialista en la materia, para aconsejar en cada caso la intervención o no del comité técnico, dependiendo las finalidades y estructura del fideicomiso.

2.7.2.4. FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS.

Está anunciado en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el artículo 387 que dispone que el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. Al efecto el Licenciado Julián Bernal señala: “En cualquier caso, si en un testamento se señalan bienes para que mediante un fideicomiso se destine a un fin determinado, siendo indiferente que se señale un fiduciario, la realidad es que esta disposición no determina la transmisión de bienes al fiduciario, pues estos permanecen en el patrimonio del testador hasta su muerte. Se trata sólo de una

⁷² Ibidem. pág. 60.

disposición testamentaria que habrá de cumplir el albacea celebrando el contrato de fideicomiso, conforme a los términos y condiciones que han quedado enunciados en el testamento.”⁷³

Se podría seguir otro camino que consistiría en que el testador celebrara una promesa de fideicomiso con un fiduciario que habría de ejecutarse cuando ocurriera el hecho de su muerte. El albacea cumpliría con las instrucciones del testador. En esta situación también se encontrarían los fideicomisos sobre pólizas de seguros de vida, cuando en un contrato celebrado con un fiduciario o en un testamento se establece que sería beneficiaria la institución fiduciaria para que aplicara los productos en los términos que en el propio contrato se establecieran. Al efecto se designaría beneficiaria en las pólizas al fiduciario y se mencionaría el contrato de fideicomiso respectivo, entregándose físicamente las pólizas al fiduciario. En ocasiones se hace una entrega de dinero al fiduciario para que lo invierta y con los rendimientos pague las primas de seguro o bien autorice al fiduciario para que obtenga anualmente préstamos de la compañía de seguros con garantía del valor de rescate de la póliza, para el mismo fin de pagar las primas. Esta es la forma más usual.

El licenciado Bernal explica: “Es distinto el contrato de fideicomiso, revocable o irrevocable, en que, en vida, el fideicomitente entrega bienes al fiduciario, sujeto a la condición suspensiva de la muerte del fideicomitente para que se apliquen a un fin determinado, generalmente a cubrir los gastos de educación, pensiones alimenticias, proteger incapacitados y, en general, se señalan fines determinados y fideicomisarios individualizados. Mientras no ocurre la condición, el fideicomitente se reserva los beneficios que se derivan de los bienes o dispone que se acumulen parcial o totalmente al patrimonio fiduciario.

La doctrina más autorizada considera que esta manera de disposición sería testamentaria y podría ser nula por no tener las formalidades que dispone el Código Civil (artículos 1500, 1511 al 1520, 1565 al 1578, 1579 al 1582, 1583 al 1592 y 1593 al 1598). Serían también aplicables los artículos 1281 y 1282 y 1295 del mismo Código Civil. Cabría la posibilidad de que un heredero objetara esta disposición invocando su nulidad por falta de forma. De aquí que sería necesario

⁷³ *Ibidem*. pág. 74.

se otorgara un testamento para que el fideicomitente testador resolviera la situación de bienes para después de su muerte. El testamento es un acto unilateral, no puede resultar de un contrato entre fideicomitente y fiduciario; es un acto personalísimo y solemne.⁷⁴

En la práctica es muy generalizada la celebración de estos fideicomisos con la llamada cláusula testamentaria, que da lugar a que el beneficio del fideicomiso se conceda a diversas personas que sucesivamente deban sustituirse por muerte de la anterior, con las salvedades de que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente, no elimina por la sola aplicación del artículo 394, fracción II de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la necesidad de testamento. Debe entenderse la norma en sus términos: solamente permite la sustitución de fideicomisarios sucesivos cuando estén vivos o concebidos, a la muerte del fideicomitente. No resuelve nada en contra de la solemnidad que, mediante el testamento, debe revestir esta disposición de bienes.

En este tipo de fideicomiso no es usual ni muy aconsejable designar un comité técnico en la constitución del fideicomiso, ya que si existió la necesidad de designar una institución fiduciaria para que administre los bienes en un fideicomiso, se prevé el deseo del fideicomitente, de la existencia de un intermediario en el manejo de los bienes, con el fin de que el fideicomisario no disponga de la totalidad de los bienes al momento del fallecimiento del fideicomitente. Prefiriendo la intervención de una figura administrativa para entregar los beneficios del fideicomiso en diversas partidas y tal vez invirtiendo el bien en otros fines para lograr más rendimientos.

⁷⁴ *Ibidem*. pág. 75.

2.8. EXTINCION, NULIDAD E INEXISTENCIA DEL FIDEICOMISO.

Una vez que el fideicomiso a alcanzado su fin, queda extinto, esto sin tomar en cuenta alguna otra de las causales contempladas por la ley para su extinción. Siempre llega un momento en todo fideicomiso en que se cumpla su objetivo o suceda un evento y deje de tener efectos jurídicos. De una manera semejante la falta de alguno de los elementos de fondo o de forma en el fideicomiso resulta en su inexistencia o en su nulidad, absoluta o relativa.

A continuación se expondrán los diversos causas que originan que un fideicomiso deje de tener efectos jurídicos.

2.8.1. CUMPLIMIENTO DEL MOTIVO O FIN.

El artículo 392 de la Ley General de Títulos y operaciones de Crédito señala claramente cuales serán los motivos de extinción de un fideicomiso:

- 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 veinte 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 el fideicomisario;
- 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 386.”

Dentro estos supuestos encontramos uno de los más comunes que es que se haya realizado el fin para el cual fue constituido, con esto, una vez ejecutado el fideicomiso se transmite definitivamente la propiedad de los bienes fideicomitidos al fideicomisario, se pagan las deudas u honorarios al fiduciario y se extingue el fideicomiso dando punto final al mismo. En caso de haberse inscrito en el Registro Publico la constitución, se inscribirá nuevamente la extinción del mismo. Tratandose de bienes inmuebles será obligatoria la inscripción

de la ejecución del fideicomiso, la transmisión de la propiedad en su caso y la extinción del mismo, en el Registro Público de la Propiedad correspondiente. Y en su caso se tendrán que pagar los impuestos y derechos que se generen al momento de transmitir la propiedad de un bien. Una vez extinguido el fideicomiso se vera a lo dispuesto por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que señala:

“Artículo 393.- 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 aquél hubiere sido inscrito.”

2.8.2. FALTA DE OBJETO, IMPOSIBILIDAD FISICA O JURIDICA.

Dentro de todo fideicomiso cabe la posibilidad de que una vez que se ha constituido el fideicomiso, surgan imprevistos que impidan su ejecución y consecuentemente quede extinto.

Uno de los más comunes es la falta del objeto del fideicomiso. Una vez que un fideicomiso pierde el bien objeto del mismo, ya no existirá forma de ejecutarlo, ya que queda impedido el fin a realizar, y esta imposibilidad del fin elimina uno de los elementos esenciales constitutivos del fideicomiso y este pierde su razón de ser. Esta imposibilidad es de tipo física, puesto que puede darse el caso de que se hayan terminado los bienes objeto del fideicomiso, o ya no se encuentren dentro del patrimonio del fideicomitente como podría darse en un fideicomiso testamentario.

También puede presentarse una imposibilidad jurídica, como sería que el termino máximo de 20 años se haya cumplido, en este caso la condición resolutoria se presenta y se extingue el fideicomiso, tal como se marca en el artículo 392 fracción III de la Ley en la materia; en este caso la condición resolutoria termina con la obligación.

Se puede presentar el caso de que el fideicomitente, en el acto constitutivo del fideicomiso establezca que el fideicomiso se extinguirá cuando de forma expresa así lo convengan las partes expresamente y por escrito como lo prevé el artículo 392 fracción V de la Ley. De la misma forma el fideicomitente se puede reservar el derecho de revocarlo dentro de la constitución del fideicomiso, como lo marca la fracción VI del artículo pasado.

La ausencia de una institución fiduciaria es esencial dentro del fideicomiso al grado que si se presenta, el fideicomiso cesa, como lo señala el artículo 385 de la ley en cuestión, en su último párrafo.

2.8.3. FIDEICOMISO AFECTADO POR NULIDAD

La doctrina establece una distinción clara entre inexistencia y nulidad, pero la Suprema Corte ha sostenido que tal distinción sólo tiene efectos teóricos.

El acto nulo reúne las condiciones esenciales para la existencia de todo acto jurídico, pero está privado de efectos por la ley. La nulidad se subdivide a su vez en: nulidad absoluta y nulidad relativa, es decir que los actos nulos son actos nulos de pleno derecho y actos anulables. Batiza, citando al maestro Borja Soriano, señala: "La nulidad de un acto se reconoce en que uno de sus elementos orgánicos: voluntad, objeto, forma, se ha realizado imperfectamente, o también en que el fin que perseguían los autores del acto está, sea directa o expresamente, condenado por la ley, sea implícitamente prohibido por ella por que contraría al buen orden social".⁷⁵

El maestro Batiza habla acerca de la Inexistencia: "Acto inexistente - se ha afirmado- es el que no reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia; es aquel que no ha podido formarse en razón de la falta de un elemento esencial. Falta al acto alguna cosa fundamental, que es, si puede decirse, de definición.

⁷⁵ Batiza Rodolfo. Op. Cit. págs. 225 y 226.

Ese acto carece de existencia a los ojos de la ley; es una apariencia sin realidad, la nada. La ley no se ocupa de él.⁷⁶

El Código Civil se ocupa de la inexistencia y al respecto menciona: “El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.”

De esto se puede concluir que el fideicomiso como acto jurídico, ya sea testamentario o cualquier otro tipo, cuando se constituye con falta de consentimiento, es inmediatamente inexistente, de la misma forma que si se constituye sin objeto.

2.8.4. FIDEICOMISO FRAUDULENTO.

Cuando un fideicomiso se constituye con el fin de defraudar los derechos de un tercero, se está contemplando una causa de nulidad. Esta nulidad debe ser promovida por un acreedor afectado, ante el órgano judicial competente, teniendo como consecuencia que las cosas regresen al estado en que se encontraban antes de la constitución del fideicomiso, permitiendo que los derechos de terceros regresen a su estado natural, pudiendo estos ejercitar las acciones necesarias para reparar la pérdida sufrida en su patrimonio.

⁷⁶ Ibidem. pág. 224.

CAPITULO TERCERO: MARCO JURIDICO.

3.1.-FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN EL CONTRATO MERCANTIL DE FIDEICOMISO

3.1.1.- ARTICULOS 25, 26, 27, Y 28 DE LA CONSTITUCION POLITICA MEXICANA

3.2.- LEYES FUNDAMENTALES QUE RIGEN EL FIDEICOMISO Y FUNDAMENTAN LA EXISTENCIA LEGAL DEL COMITE TECNICO

3.2.1.- CODIGO DE COMERCIO

3.2.2.- LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO

3.2.3.- LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES

3.2.4.- LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO

3.2.5.- LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.

3.3.- USOS Y COSTUMBRES MERCANTILES Y BANCARIOS

3.4.- CIRCULARES

3.5.- JURISPRUDENCIA

3.1.-FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN EL CONTRATO MERCANTIL DE FIDEICOMISO.

Para estudiar y conocer una figura jurídica, se tiene que consultar la Ley e interpretarla. Se tienen que conocer todas las leyes, códigos, reglamentos y circulares que regulan la figura para poder solucionar los casos concretos que se presentan en la práctica.

De igual forma para constituir un fideicomiso, se deben conocer con anticipación las normas que lo regulan para poder crear una figura bien estructurada y fundamentada, sin vicios ni causas de nulidad. Es muy importante en los negocios jurídicos el prever las reglas necesarias para el buen desarrollo del mismo, pero siempre sujetándose a la legislación aplicable.

Dentro del ámbito jurídico se puede hablar de la jerarquía de las leyes considerándose la Constitución Política Mexicana como la base filosófica jurídica de las mismas, ya que por medio de esta se establecen las relaciones entre el gobierno y los gobernados, las bases jurídicas, políticas, económicas y sociales que han de servir de guía para la población mexicana.

La Constitución Política Federal tiene supremacía jurídica y de ella se desprenden normas generales que se deben respetar para el buen funcionamiento de toda figura jurídica y asimismo, para el estudio y fundamentación legal del fideicomiso se debe consultar primeramente: La carta magna, en algunos artículos específicos para descubrir de que forma se relacionan con el fideicomiso.

Para hablar de leyes se tiene que incorporar la cuestión de la juridicidad, que se considera cuando existe supletoriedad en las leyes, así la propia Constitución da la pauta de supremacía en los artículos 105, 107 y 133, pero tratándose de leyes que tengan un nivel de jerarquía, la Suprema Corte ha establecido:

“JERARQUIA DE LEYES.- Dentro del sistema del Derecho Mexicano las distintas leyes que expide el legislador mexicano no tienen jerarquía unas sobre las otras; esto es, cada ley rige las situaciones jurídicas que prevé de una manera válida, eficaz y autónoma con relación a otras disposiciones de distintos cuerpos de leyes; y para

determinar la aplicabilidad, en cada caso, de determinada legislación, sólo se deberá atender a la fecha de su vigencia, por cuanto a las derogaciones que impliquen unas leyes respecto de otras. Esta declaratoria es necesaria porque es muy común considerar que las disposiciones del Código Civil tienen o deben tener jerarquía y preponderancia sobre otra clase de disposiciones de distintas leyes, creencia que no encuentra apoyo constitucional o racional, puesto que el artículo 133 de la Constitución Federal sólo establece la supremacía jerárquica de dicha Constitución, tratados y leyes reglamentarias de la misma, sobre las constituciones y leyes locales; pero de ninguna manera establece jerarquía entre dos leyes ordinarias federales o dos leyes locales.

Jurisprudencia de la Suprema Corte, entre 1503/40 y 2744/40, resuelta el 19 de noviembre de 1940, por 10 contra 1.”

Es por tanto vital hacer mención que las distintas leyes que forman o formulan el fideicomiso, tienen el mismo nivel o rango inclusive que la propia jurisprudencia, teniendo en consideración:

“JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.- Las salas del Tribunal Fiscal de la Federación, no están capacitadas para enfocarla contra texto expreso de la ley, ya que la Ley tiene, como fuente de derecho, un lugar preponderante respecto de la jurisprudencia.

Jurisprudencia de la Suprema Corte, entre 1503/40 y 2744/40, resuelta en sesión de 19 de noviembre de 1940, por 10 contra 1.”

Pero lo más importante es la vigencia de la misma Ley y así el máximo tribunal a establecido:

“VIGENCIA DE LEYES.- ARTICULOS 3º Y 4º DEL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.- Son normas del Derecho Común que regulan la vigencia de las leyes, sin que pueda atribuírseles el carácter de mandatos constitucionales, ya no están incorporados en la Constitución y el único precepto de la misma que se relaciona con la materia, es el artículo 14, que prescribe que a nadie se le puede privar de sus derechos, propiedades, etc., sino conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho y que a

ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, y no se ocupan del momento en que debe entenderse expedida una ley o vigente con relación a determinado hecho que el legislador afecta.

Jurisprudencia de la Suprema Corte, entre 1503/40 y 2744/40. Resuelta el 19 de noviembre de 1940, por 10 contra 1.”

3.1.1.- ARTICULOS 25, 26, 27, Y 28 DE LA CONSTITUCION POLITICA MEXICANA.

Dentro de las normas constitucionales, las que se pueden citar para encuadrar al fideicomiso son primordialmente las económicas y mercantiles, ya que el fideicomiso es una figura preponderantemente económico-mercantil. En México, la participación de una institución de crédito dentro del desarrollo del fideicomiso, es un punto decisivo para el estudio del mismo, ya que al intervenir esta figura tan controlada por el gobierno se tienen que estudiar los fundamentos constitucionales que controlan y contribuyen al desarrollo económico-mercantil del país.

Los artículos específicos de la Constitución Federal que rigen la actividad económica y mercantil de México son los siguientes:

El artículo 25 constitucional da las bases para una administración de los recursos, físicos como intelectuales y económicos de la sociedad mexicana, es menester afirmar que se vale de una palabra que ha sonado como matraca a lo largo del tiempo y es el tan sonado desenvolvimiento que llevaría a imaginar el desarrollo que no existe ni existirá en la idea de desenvolver la economía, es decir voltearla, llevarla a otro extremo para beneficio de los que acuden a ella así el citado artículo señala:

“La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución.”

De tal suerte que el artículo 25 citado va marcando las directrices en lo que corresponde a la cuestión económico-mercantil, y en este sentido considero que hay una errónea interpretación que lleva a confusión ya que cuando dice: "...corresponde al estado..." no se entiende a que se refiere, ya que la teoría nos lleva a las formas clásicas de los elementos del estado que son: Territorio, Población y Gobierno. El estado es una figura abstracta que no tiene una base concreta, ya que es algo que no se puede tocar, sino solo es un símbolo, algo ficticio nacido precisamente por la ley. Se pudiera aventurar que quiere decir que "corresponde al gobierno" la rectoría del desarrollo nacional y entonces que es desarrollo, algo que se mueve, que tiene movimiento y posee ruedas que impulsa, que es desarrollo para el legislador, falta la palabra económico para quedar "desarrollo económico". De lo que se ha visto quedaría redactado entonces "corresponde al gobierno la rectoría del desarrollo económico". El citado artículo continua: "Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

El estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución..."

De la lectura de este artículo se infiere que "mediante el fomento del crecimiento económico..." y en el siguiente párrafo "llevará a cabo la regulación y fomento de...", de tal manera que se encuentra la repetición de la palabra fomento, y que tendría el fideicomiso si no fomentar la economía nacional ya que cualquier actividad que lleve en sí los supuestos prever y coordinar la economía, y que logre o busque mejorar las relaciones existentes entre los seres humanos llamados sujetos por la teoría, que sería uno de los objetivos del derecho y el otro sería la justicia, que es una causa de la juridicidad, pero que en muy pocos casos se logra alcanzar.

El artículo 26 de la Constitución Política Mexicana habla del plan estratégico que el Gobierno Federal se encarga de realizar, dentro del

cual se especifican las bases de administración política, económica, social y cultural del país. Dentro del Plan Nacional de Desarrollo se encuentran contemplados algunos de los fideicomisos importantes que el gobierno implementa para el desarrollo del país.

“Artículo 26.- El Estado organizara un sistema de planeación democrática de desarrollo nacional que imprimirá solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la Nación.”

La cuestión económica-mercantil resulta ser de primordial importancia para un país y es muy importante llevar a cabo un plan administrativo para el desarrollo armonioso y eficaz de los proyectos definidos de un país. El control del capital de las instituciones de crédito resulta trascendente para la economía del país, ya que debe garantizar a los ahorradores la seguridad de sus inversiones en cualquier operación bancaria que realicen.

En el artículo 27 fracción V de la Constitución se regula la propiedad de los bancos de la siguiente forma:

“V.- los bancos debidamente autorizados, conforme a las leyes de instituciones de crédito, podrán tener capitales impuestos sobre propiedades urbanas y rústicas, de acuerdo con las prescripciones de dichas leyes, pero no podrán tener en propiedad o en administración más bienes raíces que los enteramente necesarios para su objeto directo”;

Dentro del artículo 28 Constitucional se puede observar como el gobierno concesiona el servicio de banca y crédito, autorizando de esta forma a las instituciones de crédito que fungirán como fiduciarias en los diversos fideicomiso ya sean públicos o privados.

“Artículo 28.- El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y

evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.”

3.2. LEYES FUNDAMENTALES QUE RIGEN EL FIDEICOMISO Y FUNDAMENTAN LA EXISTENCIA LEGAL DEL COMITE TECNICO.

Es muy importante aclarar la estructura jurídica que regula al fideicomiso dentro del sistema jurídico mexicano, dejando claro que se le considera como una operación de crédito por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y es la misma que lo regula y jerarquiza los cuerpos legales que se le han de aplicar.

A diferencia de las operaciones de crédito comunes, sus objetivos como es el crédito y sus elementos personales que son acreedor y deudor, el fideicomiso tiene la intervención de otras personas y la amplitud de su utilidad para conseguir un sin fin de objetivos, siendo esto lo que lo sujeta a un estudio más amplio del sistema regulador al que esta sujeto. No es posible encuadrarlo dentro de un marco jurídico definido, por la simple razón de la multitud de leyes que le son aplicables de acuerdo al fin establecido en su constitución y a los sujetos que intervienen dentro del mismo, pudiéndolo regular todo tipo de leyes como son civiles, mercantiles, laborales, penales, fiscales, etcétera.

Finalmente el fideicomiso como institución y figura jurídica, con independencia de sus fines, esta enmarcado dentro de los lineamientos legales referentes a su estructura y a los sujetos que intervienen en él, encontrándose reglamentado, como ya se dijo, en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la cual lo considera con ese carácter por su apoyo en la fe, en la confianza y en el crédito que disfrutan las instituciones a quien la ley permite su ejercicio. El artículo 1º del mencionado cuerpo lo califica como un acto de comercio, absolutamente mercantil y regulado por las normas de esta índole, y solo excepcional y supletoriamente por el derecho común. En el artículo 2º de la ley cambiaría se establece el régimen sustantivo y se precisa la jerarquía de las disposiciones aplicables al fideicomiso, siendo el siguiente:

- “1. Lo dispuesto en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y en las demás leyes especiales relativas.
2. La legislación mercantil general.
3. Los usos bancarios y mercantiles.
4. El derecho común.”

3.2.1. CODIGO DE COMERCIO.

Cuándo se habla del fideicomiso, nada mejor que analizar la figura del comerciante, ¿quien es comerciante y el porque el comercio es una actividad eminentemente para el comerciante?, son preguntas que se van a ir formulando, la situación exclusiva que tienen los bancos de constituirse en depositarios de los bienes o fiduciarios, que muchas veces su capacidad y profesionalidad deja mucho que desear.

El artículo 3 del Código de Marras menciona “Se reputan en derecho comerciantes:

- I.- Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;
- II.- Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;
- III.- Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.”

Infortunadamente tenemos un Código absurdo e ineficaz de hace más de un siglo, que no cumple las exigencias de un mundo novedoso con amplia gama de tecnología, la cual queda en desventaja con el derecho, así que se tienen desventajas en el comercio que actualmente es muy rápido. Y en cuanto a la definición del comerciante, es incompleta, la modernización establece como único comerciante a la empresa comercial o mercantil, es la profesionalización del comercio por medio de una figura comercial o mercantil denominada “empresa”. De tal forma que el comercio es por y para las empresas, comerciales-mercantiles.

El artículo 16 del Código mencionado establece:

” Todos los comerciantes, por el hecho de serlo, están obligados:

- I.- A la publicación, por medio de la prensa, de la calidad mercantil; con sus circunstancias esenciales y en su oportunidad, de las modificaciones que se adopten;
- II.- A la inscripción en el Registro público de comercio, de los documentos cuyo tenor y autenticidad deben hacerse notarios;
- III.- A mantener un sistema de Contabilidad conforme al art. 33.
- IV.- A la conservación de la correspondencia que tenga relación con el giro del comerciante.”

Estos deberes u obligaciones corresponden a una necesidad del comerciante o empresa, pero quien tiene que llevar la obligación en un fideicomiso es el fiduciario, comúnmente el banco; por otro lado el fideicomitente, la persona que otorga bienes para una tercera persona que es el fideicomisario, puede o no tener las obligaciones de los comerciantes, inclusive el fideicomitente, puede o no llevar las obligaciones de los comerciantes conforme al artículo anterior. Se ve que la obligación principal corresponderá casi exclusivamente al fiduciario, pero que sucedería si las casas de bolsa se hicieran cargo de la figura del fiduciario y no exclusivamente los bancos, los cuales en los últimos años han tenido secases de personal confiable y profesional y esto es del dominio público y se ve diario en todos los periódicos y revistas de circulación continua.

De aquí se puede pasar al artículo 75 de dicho Código el cual establece:

“La Ley reputa actos de comercio:

XXI.- Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil; “

Dentro de las reformas hechas al código de Comercio y publicadas en el Diario Oficial el día 23 de mayo del 2000 se añade a este artículo:

“XXIV. Las operaciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;”

De esta forma el mismo Código de Comercio reconoce como acto de comercio a los fideicomisos, por ser una operación contenida en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Este artículo menciona XXV fracciones, a la vez disimbolas unas de otras, dado que el código no define acto de comercio, de tal manera que cualquiera puede interpretar como quiera el acto de comercio dado que la ley no lo define y quedaría: "acto de comercio es aquel acuerdo entre dos o más personas para llevar o ejecutar el comercio, se da principalmente entre empresas" pero como nuestro código no define a la empresa, diremos que empresa es: "el ente económico de producción, intercambio, distribución y consumo de bienes o servicios".

El artículo 77 del Código de Comercio señala:

"Las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio"

Esto es una perogrullada del legislador, que quiso decir, si la doctrina ha establecido la nulidad por causas de licitud, entonces porque el artículo anterior menciona las convenciones ilícitas, ¿cuales serían esas convenciones? ó ¿quiso decir acuerdos que no producen ni obligaciones ni derechos?.

El artículo 78 del Código de Comercio afirma:

"En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados."

Esto en el fideicomiso es de gran trascendencia, por en que momento y bajo las condiciones en que se lleva a cabo la constitución del fideicomiso, se dan las reglas y obligaciones de como y de que manera el comité técnico podrá estar vigilando y supervisando que se cumplan todos y cada uno de los términos a que se comprometió el fiduciario.

El artículo 79 del Código de Comercio señala:

"Se exceptuaran de lo dispuesto en el artículo que precede:

I.- Los contratos que con arreglo a este código u otras leyes deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia;

II.- Los contratos celebrados en país extranjero en que la Ley exige escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija la ley mexicana.”

Y el artículo 81, relacionado con lo anteriormente escrito establece:

“Con las modificaciones y restricciones de este Código, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos.”

Es de vital importancia mencionar que en el ámbito de lo mercantil y de lo civil los tratadistas se han manifestado por el hecho de que no existe una frontera bien delimitada, es decir que en muchas ocasiones no se sabe a ciencia cierta si el acto que origina la obligación es civil o mercantil y por consiguiente las empresas que son meramente mercantiles suelen dar nacimiento a obligaciones civiles. Pero el fideicomiso nace por y sobre todo para el comercio y su función es primordialmente comercial.

Dentro de las reformas al Código de Comercio publicadas en el Diario Oficial el 23 de Mayo del 2000, se añade un TITULO TERCERO BIS, titulado DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCION DE LA PRENDA SIN TRANSMISION DE POSESION Y DEL FIDEICOMISO DE GARANTIA, en el CAPITULO I, se describe el procedimiento extrajudicial de ejecución de garantías otorgadas mediante fideicomisos de garantía, siendo esto aplicable siempre y cuando en el acto constitutivo del fideicomiso no se hayan dado los lineamientos para esta ejecución. En esta parte encontramos con un proceso rápido y sencillo que facilita a las instituciones fiduciarias la recuperación de los bienes dados en prenda y su remate.

En el CAPITULO II, se da el procedimiento judicial de ejecución de garantía otorgada mediante fideicomisos de garantía, en donde de la misma forma se describe un proceso judicial muy acelerado para la recuperación de los bienes dados en garantía y su remate, dejando a

los deudores desprotegidos, limitando sus excepciones y medios de prueba, multándolos y hasta tomando medidas de apremio en caso de negarse a entregar el bien dado en garantía.

Al respecto es muy criticable que dentro de estos procedimientos tan al vapor no se toman en cuenta los derechos de los deudores, dejándolos de nueva cuenta desprotegidos y beneficiando nuevamente a las clases poderosas del país, surgiendo así varias interrogantes ¿donde quedo la equidad y la justicia?, ¿con este tipo de créditos pretende el estado fomentar la actividad económica del país?, ¿es conveniente rehabilitar las actividades de las empresas con este tipo de garantías? y más aun, ¿piensa el estado habilitar los créditos hipotecarios para adquisición de viviendas de interés social con este tipo de fideicomisos de garantía?

3.2.3. LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.

Para empezar el artículo 1 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito menciona:

“Son cosas mercantiles los títulos de crédito. Su emisión, expedición, endoso, aval o aceptación y las demás operaciones que en ellos se consignen, son actos de comercio. Los derechos y obligaciones derivados de los actos o contratos que hayan dado lugar a la emisión o transmisión de títulos de crédito, o se hayan practicado con éstos, se rigen por las normas enumeradas en el artículo 2o., cuando no se puedan ejercitar o cumplir separadamente del título, y por la ley que corresponda a la naturaleza civil o mercantil de tales actos o contratos, en los demás casos.

Las operaciones de crédito que esta Ley reglamenta son actos de comercio.”

De tal forma que el fideicomiso es un acto de comercio y se da a través de una operación de crédito, debiéndose regir por las normas enumeradas en él:

“El artículo 2.- Los actos y las operaciones a que se refiere el artículo anterior, se rigen:

- I.- Por lo dispuesto en esta Ley, y en las demás leyes especiales, relativas; en su defecto;
- II.- Por la legislación mercantil general, en su defecto;
- III.- Por los usos bancarios y mercantiles y, en defecto de éstos;
- IV.- Por el Derecho Común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta Ley, el Código Civil del Distrito Federal."

De esta manera se ve claramente que cuando no exista mandamiento escrito se deberá seguir los usos bancarios y mercantiles, teniendo en este caso particular del fideicomiso, donde más se recurre a los usos y costumbres.

El Título Segundo, de las Operaciones de Crédito, Capítulo V, del Fideicomiso, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, habla únicamente del Fideicomiso y así comienza en su artículo 381 mencionando:

"En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria."

En esta caracterización, describe la ley que en "virtud de un fideicomiso", no se da nunca una definición de lo que en realidad es el fideicomiso, es decir que la ley no define lo que es el fideicomiso, quien es el fideicomitente, quien el fiduciario y quien el fideicomisario, pareciendo este concepto lejano.

Acerca del fideicomisario el artículo 382 de ésta ley marca:

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

Se vuelve a lo mismo ¿quien es el fideicomisario?, ¿quién otorga la calidad de fideicomisario?, ¿quién puede decir que o quienes son fideicomisarios, llamados vulgarmente beneficiarios?. En esta ley existen muchas lagunas que la doctrina se ha encargado de subsanar.

El Artículo 383 de la misma ley regula:

“Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.”

Esto en si lleva truco, ¿puede una persona cuyo fideicomiso sea una carga para él, como el caso del fideicomiso de garantía, decir que recibe un provecho?, ¿que todos los fideicomisos son para otorgar bienes reales o provechos a las personas?, ¿que sucede si estos bienes significan una carga para el fideicomisario?. Es posible que el legislador no haya previsto que existían los fideicomisos de garantía con anterioridad a sus reformas, por lo tanto solo se pensaba que todo fideicomiso conlleva un beneficio o un provecho, por lo cual se redactó el presente artículo de esta forma.

Al final del mismo artículo se lee:

“Es nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente y en las demás disposiciones legales aplicables.

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

Esto ha sido contraproducente en la practica, ya que fue el principio de los fideicomisos de garantía que se contemplan en las últimas reformas, todo con la finalidad de apoyar a las instituciones financieras del país y en verdad lo que sucede, sí nos damos cuenta, es que la suprema corte a hecho jurisprudencia en el sentido del anatocismo que es ya valido y a dejado que las instituciones de crédito se den manga ancha y surjan infinidad de abusos por parte de la mayoría de los bancos, quedándose con los bienes de los deudores, esto en perjuicio de la mayoría de la población y en contra de la misma Constitución Política.

Estos artículos se llenan de significado al permitir que los bancos se llenen de bienes y no produzcan, no generen créditos y los pocos que den sean con muy altas tasas de interés, de esta forma se ha traído un gran atraso económico en México, en todos los niveles y más en el social.

El artículo 384 de la ley en cuestión señala:

“ Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica y las autoridades judiciales y 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”.

Esto es comprensible dado el carácter del fideicomitente, el cual es el que tiene que otorgar ciertos bienes que la fiduciaria debe de administrar y finalmente transmitirlos a otros.

El artículo 385 de la misma ley expresa:

“Solo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito...”

En el caso de los fideicomisos de garantía se autoriza por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el artículo 399 a actuar como fiduciarias a: las Instituciones de Crédito, de Seguros, de Fianzas, a las Sociedades Financieras de Objeto Limitado y a los Almacenes Generales de Deposito. En este sentido se tuvo que modificar el artículo segundo de la Ley de Instituciones de Crédito para que se incluyeran estas nuevas entidades como fiduciarias.

El artículo 386 de la ley en cuestión afirma:

“ Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la Ley, sean estrictamente personales de su titular.”

Este precepto señala exactamente que el fideicomitente tiene que tener los bienes suficientes para su subsistencia y la de su familia, su patrimonio familiar, sus bienes estrictamente personales y de su familia y no por ver a otros deje en el desamparo a los suyos.

El artículo 387 de la ley en cuestión regula:

“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 la transmisión de los derechos o la transmisión de la propiedad de las cosas que se den en fideicomiso”.

Esto es una verdadera vacilada, todos los actos jurídicos son entre vivos, un acto no lo puede realizar un muerto, aquí lo que quiso decir el legislador es que el fideicomiso se puede constituir en un testamento. Menciona aspectos importantes de la forma, considerando que el notario público es el único capaz de llevar a cabo un testamento de la misma forma será para el fideicomiso testamentario.

El artículo 390 de la multicitada ley establece:

“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 fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la Ley que corresponda, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de esos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.

Cuando no exista fideicomisario determinado o cuando éste sea incapaz, los derechos a que se refiere el párrafo anterior corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público, según el caso.”

En este artículo podemos observar la importancia que tiene el designar un comité técnico desde la constitución del fideicomiso, contemplando en él al fideicomisario, o dándole la facultad de que éste lo designe con posterioridad. De esta forma el fideicomisario

podrá vigilar las actuaciones del fiduciario y evitar conflictos posteriores.

El artículo 391 de la Ley en cuestión establece:

“La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o 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.”

De alguna manera el legislador tenía que amparar contra los excesos de las fiduciarias a los fideicomisarios y lo logro en parte, es cierto que el fideicomiso es una figura específica y única en la legislación mexicana, que conlleva en sí el germen del desarrollo liberal de las cuestiones filosóficas de principios de siglo; pero se necesitan instituciones financieras confiables en el país que lleven a cabo la ejecución de los fideicomisos dando buenos resultados, para dar fomento a esta figura y poderle dar aplicaciones en las que en realidad se fomenta la economía del México.

Del artículo 392 de la ley en estudio se desprende:

“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 veinte 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 el fideicomisario;
- 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 386.”

Y dentro de la misma temática el artículo 393 del mismo ordenamiento legal señala:

“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, bastara 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 aquél hubiere sido inscrito.”

Como hemos estudiado, toda relación jurídica se extingue, cualesquiera que sea su origen, nunca se tendrá la certeza de que el fin de dicha relación será en buenos términos, nadie puede predecir cuando nace una relación, como y de que manera terminará, lo que sí es eminente, es que termine como todas las relaciones existentes entre los seres humanos, la ley citada trata de terminar la relación jurídica del fideicomiso con los supuestos que ella misma establece y es de vital importancia cada una de las VII fracciones del artículo 392, en donde se prevee la forma en que se termina o concluye el fideicomiso.

Al mismo tiempo el artículo 393 de la ley en materia menciona lo que pasa cuando se extingue el fideicomiso, ya es importante que al extinguirse él mismo, se asiente en el Registro Público de la Propiedad esta ejecución, la extinción y en su caso la transmisión de propiedad, para que los terceros de buena fe puedan saber que dicho fideicomiso ha concluido.

Para finalizar con este capítulo, el artículo 394 de dicha ley señala:

“Quedan prohibidos:

- I.- Los fideicomisos secretos;
- II.- Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo

el caso de que la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente; y

III.- Aquellos cuya duración sea mayor de treinta 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 treinta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.”

Al respecto es importante señalar que los fideicomisos pueden ser de vital importancia para la manutención y sostenimiento de museos, zonas arqueológicas, áreas de reserva ecológica, templos o construcciones antiguos, etc. ya que esta figura brinda una protección jurídica y económica en el tiempo que es otorgada por la ley. Pudiendo un fideicomiso bien ejecutado subsistir por décadas, sosteniendo proyectos altruistas con contribuciones constantes.

En las reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, publicadas en el Diario Oficial, el 23 de Mayo del 2000, se adicionaron al TITULO SEGUNDO, DE LAS OPERACIONES DE CREDITO, CAPITULO V, DEL FIDEICOMISO, una SECCION SEGUNDA, titulada DEL FIDEICOMISO DE GARANTIA, en donde se añadió a la ley 20 artículos más, que van del artículo 395 al 414.

En el artículo 395 se da una descripción del fideicomiso de garantía, parecida a la del artículo 381, es decir, igual de ambigua, sin contemplar nada novedoso, simplemente describiendo un fideicomiso ya existente y manejado en el sistema financiero.

“Artículo 395.- En virtud del fideicomiso de garantía, el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago...” .

En este artículo podemos observar que se prevee que el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria la propiedad de los bienes en la constitución del fideicomiso, dando un giro total a esta figura, ya que se supone que la transmisión de propiedad de los bienes en un fideicomiso se da hasta su ejecución. Y reafirmando esta misma posición señala en el:

“Artículo 401.-....Los bienes y derechos que se den en fideicomisos serán propiedad de la institución fiduciaria,...”

En el artículo 399 de la misma ley, se contemplan las nuevas entidades que podrán actuar como fiduciarias exclusivamente en los fideicomisos de garantía:

- I. Instituciones de crédito;
- II. Instituciones de seguros;
- III. Instituciones de fianzas;
- IV. Sociedades financieras de objeto limitado, y
- V. Almacenes generales de depósito.”

Al autorizar a estas nuevas instituciones como fiduciarias en la ley, obviamente se pretende que participen dentro de los créditos y actividades a las que están destinadas, cubriendo o garantizando el cumplimiento de las obligaciones con los bienes transmitidos en garantía con anterioridad, simplificando así los procedimientos de ejecución extrajudicial, que por lo regular se estipulan en el cuerpo del fideicomiso, que en sí se trata de un contrato de adhesión para los deudores, en el cual el fiduciario que es acreedor y fideicomisario al mismo tiempo, se convierte por sí fuera poco en juez y parte de un proceso poco convencional, dándose todas las ventajas que la ley le confiere y dejando al deudor en completa indefensión.

Estas reformas a la ley son muy criticables, como ya lo he hecho en el transcurso de la presente tesis, ya que su aparente fin es el de rehabilitar a las instituciones financieras del país, garantizándoles en caso de incumplimiento por parte del deudor, la recuperación rápida de los bienes otorgados en garantía y su remate. Pero esta no es, definitivamente una de las soluciones que necesitamos para reactivar la economía en el país.

3.2.3. LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.

Esta Ley se encarga de dar la oportunidad de llevar a cabo la formación de una empresa comercial o mercantil y es básica para el fideicomiso; así su artículo 1º menciona:

“Esta Ley reconoce las siguientes especies de sociedades mercantiles:

- I.- Sociedad en nombre colectivo;
- II.- Sociedad en comandita simple;
- III.- Sociedad de responsabilidad limitada;
- IV.- Sociedad anónima;
- V.- Sociedad en comandita por acciones, y
- VI.- Sociedad cooperativa.”

Se tienen contempladas en las seis formas de creación de una empresa, siendo las más comunes las Sociedades Anónimas, las cuales dan las bases para la creación de la mayoría de las instituciones fiduciarias.

El artículo 2º de la misma ley establece:

“Las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio, tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios.”

Y en su artículo 4 se regula:

“Se reputaran mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas reconocidas en el artículo 1 de esta ley.”

Lo importante aquí es el nacimiento y desarrollo de las empresas comerciales o mercantiles, y aunque la institución de crédito forma un capítulo aparte y se regula en otra ley, funciona como una sociedad, por estar incluida dentro del ámbito mercantil, es decir en el ámbito del comerciante y para los comerciantes y en las regulaciones de la empresa para los empresarios.

Todas las sociedades incluyendo las Instituciones de Crédito, se regirán por los ordenamientos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en donde se especifican los requisitos que deberá cubrir

para su constitución, su capital, su objeto, los socios y sus acciones, los órganos de vigilancia y administrativos de la sociedad, y demás puntos importantes que se regirán el desarrollo de una sociedad.

3.2.4. LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO.

Esta Ley es de gran trascendencia, por que regula a las Instituciones de Crédito las cuales serán usualmente los principales fiduciarios dentro de los fideicomisos, dándonos a conocer los muchos requisitos para constituirse como una institución de crédito, sus lineamientos, sus órganos y funciones, etc.

En su título Primero, marca las disposiciones preliminares y en su artículo 1º indica:

“La presente Ley tiene por objeto regular el servicio de banca y crédito; la organización y funcionamiento de las instituciones de crédito; las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar; su sano y equilibrado desarrollo; la protección de los intereses del público; y los términos en que el Estado ejercerá la rectoría financiera del Sistema Bancario Mexicano.”

De lo anterior se trata de fijar las normas necesarias para lograr que la banca cumpla con parte de su cometido de económico-social, en el país.

El artículo 2º de la misma se menciona las instituciones que, hasta hace unos meses, solo podían fungir como fiduciarias dentro de los fideicomisos en México

“El servicio de banca y crédito sólo podrá prestarse por instituciones de crédito que podrán ser:

- I.- Instituciones de banca múltiple, y
- II.- Instituciones de banca de desarrollo.”

Por lo tanto queda entendido que el “SERVICIO DE BANCA” que deberán prestar las instituciones, será realmente en beneficio de sus

clientes y solo podrá otorgarse por las figuras contempladas por esta ley.

El servicio a que se refiere la ley es fungir como intermediaria en la transacción comercial o mercantil, entre la banca y los usuarios de ésta.

El artículo 3 de la ley de Instituciones de Crédito señala:

“El Sistema Bancario Mexicano estará integrado por el Banco de México, las instituciones de banca múltiple, las instituciones de banca de desarrollo, el Patronato del Ahorro Nacional y los fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico, así como aquellos que para el desempeño de las funciones que la ley encomienda al Banco de México, con tal carácter se constituyan.”

Del lo cual se puede deducir, que el ejecutivo federal en el país tiene poder absoluto en cuestión económica y financiera por medio del Banco de México, el cual se encarga de la emisión de moneda y de otras actividades económicas, entre ellas la creación de fideicomisos.

El artículo 6 de la ley en cuestión indica:

“En lo previsto por la presente Ley y por la Ley Orgánica del Banco de México, a las instituciones de banca múltiple se les aplicarán en el orden siguiente:

- I.- La legislación mercantil;
- II.- Los usos y prácticas bancarios y mercantiles, y
- III.- El Código Civil para el Distrito Federal,
- IV.- El Código Fiscal de la Federación, para efectos de las notificaciones y los recursos a que se refieren los artículos 25 y 110 de ésta Ley.”

Es importante mencionar que la legislación mercantil en nuestro país es muy atrasada con relación al comercio y lo que priva son los usos y las costumbres bancarios y mercantiles, pero en México desgraciadamente, se ha abusado por parte de los bancos, por este atraso y falta de legalidad.

Dentro del título Segundo, en cuestión de las Instituciones de Crédito, en su Capítulo I, de las Instituciones de Banca Múltiple, se encuentran los siguientes artículos:

En su artículo 8º se regula:

“Para organizarse y operar como institución de banca múltiple se requiere autorización del Gobierno Federal, que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria. Por su naturaleza, estas autorizaciones serán intransmisibles.”

Las autorizaciones son importantes en un clima de amplia competencia bancaria y más aun por la intervención de la iniciativa privada y las constantes fusiones sobre todo con bancos extranjeros.

El artículo 9º de la ley en cuestión indica:

“Solo gozarán de autorización las sociedades anónimas de capital fijo, organizadas de conformidad con lo dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles, en todo lo que no este previsto en esta ley y particularmente, con lo siguiente:

- I.- Tendrán por objeto la prestación del servicio de banca y crédito, en los términos de la presente Ley;
- II.- La duración de la sociedad será indefinida;
- III.- Deberán contar con el capital social y el capital mínimo que corresponda conforme a lo previsto en esta Ley, y
- IV.- Su domicilio social estará en el territorio nacional.

La escritura constitutiva y cualquier modificación de la misma, deberá ser sometida a la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Una vez aprobadas la escritura o sus reformas deberán inscribirse en el Registro Público de Comercio sin que sea preciso mandamiento judicial.”

Los requisitos mínimos para conformar un banco son indispensables para su sano desempeño, deberán ser estrictos e inviolables ya que en esta Institución se va a depositar la confianza del

público en general y sus ahorros, de los cuales son responsables los administradores de los bancos, ya que cuando un banco anda mal el responsable es el consejo de administración o el administrador, funcionarios que deberán ser seleccionados de acuerdo a la ley y con el mayor cuidado posible.

Dentro del Título Tercero, de las Operaciones, en su Capítulo I, de las Reglas Generales, se encuentran los siguientes artículos relacionados con el fideicomiso para su interpretación.

En su artículo 46 se establece:

“Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

...XV.- Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y operaciones.”

Considero que el fideicomiso viene a resultar un mandato en general de una voluntad expresa, que tiene que satisfacerse en su totalidad, pero difiere en algunos aspectos de carácter técnico y mecánico en el transcurso de su ejecución.

El artículo 53 de la misma ley señala:

“Las operaciones con valores que realicen las instituciones de crédito actuando por cuenta propia, se realizarán en los términos previstos por esta ley y por la Ley del Mercado de Valores, y se sujetarán a la inspección y vigilancia de la Comisión Nacional de Valores en coordinación con la Comisión Nacional Bancaria.”

La idea de vigilar el sano comportamiento de una institución tan importante como son los bancos es primordial, pero en la práctica muy pocos pueden acudir a la Comisión Nacional Bancaria para resolver sus conflictos, en primer lugar por desconocimiento y en segundo lugar porque no resuelven muchas veces los problemas inherentes al mismo y esto lo vemos casi a diario por medio de los periódicos de los fraudes que han cometido infinidad de banqueros que al amparo del ejecutivo han dejado en la miseria a muchísimas personas.

En el Capítulo IV, de la Ley de Instituciones de Crédito, con relación a los Servicios que prestan estas instituciones, se pueden encontrar los siguientes artículos que se consideran importantes para el presente trabajo.

“Artículo 77.- Las instituciones de crédito prestarán los servicios previstos en el artículo 46 de esta Ley, de conformidad con las disposiciones legales y administrativas aplicables, y con apego a las sanas prácticas que propicien la seguridad de esas operaciones y procuren la adecuada atención a los usuarios de tales servicios.”

Y el artículo 79 de la misma ley señala:

“En las operaciones de fideicomiso, mandato, comisión, administración o custodia, las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la institución de crédito, con los de las contabilidades especiales.”

Estos dos artículos hablan de un servicio que tiene que ser bien prestado, pero en cuestión de contabilidad, ¿porque se trata decidir como realizarla?, se convierte en complicado este precepto a la par de oscuro, la contabilidad en si es una obligación de los comerciantes, y el banco es un comerciante, que no intercambia productos ni bienes, sino solamente la moneda y servicios autorizados, pero entonces ¿porque ese afán de llevar una contabilidad, aparte de la obligatoria?, ¿será acaso que no se confía en las instituciones de crédito denominadas bancos?.

El artículo 80 de la misma ley da la tan citada pauta para la designación del comité técnico en la constitución del fideicomiso, estableciendo:

“En las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta Ley, las instituciones desempeñaran su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios.

La institución responderá civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, mandato o comisión, o la ley.

En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad.”

Aquí está identificada la designación del comité técnico en la constitución del fideicomiso y que en pocas ocasiones se lleva a efecto, ya que las instituciones fiduciarias prefieren trabajar sin auxilio ni supervisión de un órgano como lo es el comité técnico. También se otorga la facilidad de dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades.

Al respecto en México se tiene la idea de que la intervención del comité técnico, es solo y exclusivamente como un órgano de vigilancia y supervisión, pero es hora de cambiar estas facultades, designándosele intervenciones importantes como la de asesorar y aconsejar al delegado fiduciario en decisiones importantes en el desarrollo del fideicomiso.

Dentro de las reformas a la Ley de Instituciones de Crédito publicadas en el Diario Oficial el 23 de Mayo del 2000, se reformo el primer párrafo del artículo 83 y se derogo el segundo, para quedar como sigue:

“A falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicarán los procedimientos establecidos en el Título Tercero Bis del Código de Comercio, a petición del fiduciario.”

Con esto se subsana la deficiencia en la constitución del fideicomiso cuando no se haya establecido un proceso extrajudicial para ejecutar la garantía de los fideicomisos, protegiendo a los acreedores notablemente.

El artículo 84 de la misma ley señala:

“Cuando la institución de crédito, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días hábiles, o cuando sea declarada por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabo por negligencia grave, procederá su remoción como fiduciaria.

Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y para pedir la remoción, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales, y a falta de éstos al ministerio público, sin perjuicios de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción.”

La imagen que da este artículo es que el fideicomiso es una oportunidad de desarrollar una voluntad previamente establecida por medio de dejar una cierta cantidad de bienes para su desarrollo, si existe o no fideicomisario no es importante, pero si es importante que esos bienes sea bien utilizados por medio de la fiduciaria o banco, el cual para su desempeño, necesita por fuerza que lo estén vigilando para ver si cumple la función para lo cual se le pagan sus honorarios y si no, se tiene que pedir su remoción.

También podemos ver un punto muy importante, que es la oportunidad que se le da al fideicomitente de que en el acto constitutivo del fideicomiso se reserve el derecho de pedir cuentas al fiduciario, pero y ¿si no es así?, la ley debería mantener vigente este derecho ya que se puede constituir un fideicomiso sin fideicomisario y en ese caso ¿quien pedirá cuentas al fiduciario?.

Dentro de las ya mencionadas reformas a la Ley de Instituciones de Crédito, se añadieron también los artículos 85 bis y 85 bis 1, en donde se preven casos específicos de las nuevas instituciones fiduciarias para los fideicomisos de garantía.

“Artículo 85 bis.- Para poder actuar como fiduciarias en los fideicomisos de garantía las instituciones a que se refieren las fracciones II y V del artículo 398 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, deberán contar con el capital mínimo

adicional que para el efecto, determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público,..."

"Artículo 85 bis 1.- La Comisión Nacional Bancaria y de Valores y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, según corresponda, podrán suspender, por un período no menor de seis meses, la contratación de nuevas operaciones de fideicomisos de garantía, a las entidades que sean condenadas a pagar en más de una ocasión las indemnizaciones a que se refiere el artículo 410 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito."

3.2.5. LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.

En el año de 1996 se autorizó a las instituciones de fianzas para intervenir como fiduciarias en fideicomisos de garantía, con el objeto de recuperar un poco la certeza del cumplimiento de obligaciones respecto al otorgamiento de diversos créditos, garantizando el pago de la obligación con fianzas y mediante contratos de fideicomisos de garantía, por medio de los cuales se asegura la recuperación pronta del o los bienes dados en garantía sin necesidad de someterse a un juicio o procedimiento largo y costoso.

Mediante el Artículo 16 de la ley en cuestión, se autoriza a las Instituciones de Fianza como excepción, a intervenir como fiduciarias dentro de fideicomisos de garantía de la siguiente forma:

"Artículo 16.- Las Instituciones de Fianzas sólo podrán realizar las operaciones siguientes: ...

XV. Actuar como institución fiduciaria sólo en el caso de fideicomisos de garantía, los cuales podrán o no estar relacionados con las pólizas de fianza que expidan..." Y continua afirmando: "Las instituciones de fianzas, en su carácter de fiduciarias, podrán ser fideicomisarias en los fideicomisos en los que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitidos y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de fianzas otorgadas por las mismas instituciones..."

En el mismo artículo y fracción se contemplan incisos en los cuales se dan los lineamientos comunes de aplicación a los

fideicomisos en los que las instituciones de fianzas intervengan; puntos ya reglamentados y prácticamente copiados de la Ley de Instituciones de Crédito y de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En el artículo 29 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas encontramos un punto muy interesante, en el que principalmente se da la pauta para que la institución de fianza que intervenga como fiduciaria, pueda proceder a enajenar los bienes afectados en el fideicomiso para cubrir con la obligación contraída y no cumplida. En este mismo artículo se le da la libertad a las partes de establecer el procedimiento de ejecución para recuperar y rematar los bienes fideicomitados, dando todas las facilidades a las afianzadoras, ya que en la práctica éstas son las que elaboran los contratos de fideicomiso que ellas mismas ejecutan.

“Artículo 29.- El fideicomiso sólo se aceptará como garantía cuando se afecten bienes o derechos presentes no sujetos a condición. En lo conducente, se aplicarán al fideicomiso las proporciones y requisitos exigidos por esta ley para las demás garantías.

En la constitución del fideicomiso podrá convenirse el procedimiento para la realización de los bienes o derechos afectos al mismo, cuando la afianzadora deba pagar la fianza, o habiendo hecho el pago al beneficiario de la misma, tenga derecho a la recuperación correspondiente. Para estos efectos, las partes pueden autorizar a la institución fiduciaria para que proceda a la enajenación de los bienes o derechos que constituyan el patrimonio del fideicomiso y para que con el producto de esa enajenación se cubran a la afianzadora las cantidades a que tenga derecho, debidamente comprobadas.”

3.3. USOS Y COSTUMBRES MERCANTILES Y BANCARIOS.

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

Los usos bancarios se pueden implantar o seguir cuando hay defecto en el régimen legal de cierta operación tipificada y no cuando, como en el fideicomiso, se está en presencia de 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.

Tales circunstancias dan lugar a que el cumplimiento de los fines del fideicomiso, su satisfacción por el fiduciario, de acuerdo con la encomienda recibida, deba sujetarse a leyes y principios numerosísimos, según el contenido de dicho fin, pudiendo ser esos dispositivos de carácter civil, mercantil, administrativo, fiscal, etcétera.

Tratándose del fideicomiso el régimen jurídico es más estricto y, por tanto, están más limitados los usos como fuente del derecho en las operaciones fiduciarias. Esto no quiere decir que el fiduciario no haya de respetar ciertos usos al celebrar contratos que, como en las hipótesis de excepción señaladas, den lugar a la aplicación de los usos del lugar.

Por otra parte, un uso, para ser calificado como bancario, tiene que ser practicado y acatado por las personas que disfrutan de concesión para operación en el campo fiduciario, lo que constituye un factor más de limitación de los usos en este ramo.

3.4. CIRCULARES.

La Comisión Nacional Bancaria y de Valores es un organismo autorizado y creado por la Ley de Instituciones de Crédito el cual disfruta de diversas facultades principalmente de inspección y vigilancia sobre las actividades desarrolladas por las instituciones de crédito. Forma parte importante de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de la cual depende y por esta razón su ámbito de acción lo fijan las disposiciones que expresamente le permiten ejecutar ciertos actos, iniciar algunos procedimientos o tomar decisiones determinadas.

La Comisión citada es un órgano desconcertado, una unidad administrativa integrante de la administración pública federal, desintegrada y separada de su control que tiene ciertas facultades de decisión y ejecución, aunque limitadas para actuar con mayor eficacia y rapidez. Interviene directamente en las actividades desarrolladas por las instituciones de crédito y entre éstas se encuentran las actividades fiduciarias que las mismas ejecutan.

Dentro de algunas de las facultades que goza la Comisión se encuentran las siguientes:

- a) Interviene en la formación de los reglamentos internos de las instituciones de crédito.
- b) Resuelve las consultas de la Secretaría de Hacienda.
- c) Establece las normas de aplicación de la ley y de los reglamentos que para su cumplimiento dicta la Secretaría.
- d) Opina sobre la interpretación de la ley y de más disposiciones en caso de duda.
- e) Verifica la legalidad de las operaciones.
- f) Dicta medidas necesarias para normalizar las actividades de las instituciones de crédito.
- g) Ordena la suspensión de las operaciones contrarias a la ley.
- h) Decreta su intervención en las instituciones.
- i) Designa interventor gerente en caso de intervención, con facultades de órgano administrativo.
- j) Emite disposiciones mediante oficios circulares.

“Las disposiciones que emite la Comisión no son generales, permanentes, impersonales ni abstractas, como las leyes, como tampoco tiene funciones de interpretación sustancial ni procesal, por estar reservadas éstas a la autoridad judicial.”⁷⁷

La Comisión ejerce sus funciones por medio de oficios-circulares, dentro de las cuales se encuentran algunas de importancia en el ramo del fideicomiso y se presentan sintetizadas a continuación.

Número 286, expedida el 13 de febrero de 1945 “el fiduciario no está obligado a obtener autorización de libros auxiliares de la contabilidad general, pero sí de los que lleven en sustitución de los fideicomitentes y cuando el servicio consista en llevar la contabilidad”.

Número 382, expedida el 9 de junio de 1951 “No siendo facultad del fiduciario la designación de fideicomisario, y dado que en las operaciones de crédito que efectúan las instituciones fiduciarias con fondos fideicomitados, el deudor tiene el carácter de fideicomisario, dichas instituciones se abstendrán en lo sucesivo de celebrar contratos de fideicomiso que tengan por objeto el otorgamiento de crédito cuando la designación del deudor quede a juicio de la institución fiduciaria.

En todo caso en, en las operaciones de préstamo en las que lleguen a intervenir las referidas instituciones, se requerirá que comparezcan en el contrato relativo, el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario”.

Número 389, expedida el 31 de diciembre de 1951 “Los fiduciarios deben retener el importe del impuesto sobre productos de capitales cuando figuren como mandatarios de causantes del mismo. La Comisión Nacional Bancaria y de Seguros no aprobará balances generales que carezcan de la certificación del fiduciario de haberse conducido así”.

Número 474, expedida el 6 de mayo de 1957 “Los depósitos que pueden admitir los fiduciarios deben guardar relación estrecha con su función fiduciaria, pues de lo contrario invadirían las actividades de los almacenes generales de depósito”.

⁷⁷ Banco Mexicano Somex. *Op. Cit.*, pág. 432.

Número 475, expedida el 6 de mayo de 1957 “Los departamentos fiduciarios pueden comprar y vender valores para inversiones fiduciarias a otros departamentos de la misma institución, si los valores son del Estado o se emitieron por instituciones nacionales de crédito, y los actos se celebran a los tipos corrientes en el mercado”.

Número 520, expedida el 19 de noviembre de 1964 “El fiduciario en régimen de condominio puede fijar las cuotas por servicios generales y de administración, y por las cargas fiscales que se causen; recaudarlas, atender los servicios generales, designar y removerlo libremente a los prestatarios, y mantener el orden.”

Número 17141-587, expedida el 29 de abril de 1996 “Anualmente deberán proporcionar datos en relación con el pago del Impuesto Sobre la Renta por ingresos provenientes de productos de capital de los causantes con quienes hubiera operado.”

Número 547, expedida el 16 de noviembre de 1966 “Las operaciones fiduciarias deben realizarse por conducto de los delegados fiduciarios, quienes deben ejecutar personalmente los actos discrecionales, indelegables, que implican voluntad de mando o decisión pero pueden emplear auxiliares -dependientes- en el desarrollo de funciones secundarias que se reduzcan a formalidades ó tramites.”

Número 573, expedida el 15 de julio de 1969 “La prohibición legal anotada no distingue si las operaciones se efectúan con recursos propios o si se hacen por cuenta de terceros, pues simplemente ordena que los certificados financieros no podrán ser tomados por las instituciones de crédito, salvo aquellos para cuya redención falte plazo no mayor de un mes; ahora bien, en las operaciones de guarda y administración de valores, mandatos y fideicomisos de inversión y administración o en beneficio de terceros que requieran protección, como en estos casos las fiduciarias adquirirían derecho de disposición cambiaría sobre los títulos, los estarían tomando jurídicamente, que es precisamente lo que la ley prohíbe, por lo cual la operación es improcedente.”

De lo anterior se infiere que las circulares forman parte importante del estudio y aplicación de fideicomiso y en especial del comité técnico.

3.5. JURISPRUDENCIA.

Para empezar a encuadrar el estudio de la jurisprudencia nada mejor que mencionar la Ley de Amparo en lo referente a la materia que nos ocupa.

Los artículos **192, 193 y 193 bis de la Ley de Amparo**, indican que las ejecutorias del Pleno o de las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o de los tribunales colegiados de circuito, en materia de su competencia exclusiva, constituyen jurisprudencia si lo resuelto en ellas se sustenta en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, aprobadas por un mínimo de catorce y cuatro ministros, y por la totalidad de los magistrados, respectivamente.

La jurisprudencia en cuanto al fideicomiso se refiere no es muy extensa, pero se encuentran algunas posiciones que pueden servir de base para aclarar la opinión de los tribunales federales sobre casos o situaciones concretas.

A continuación se presentan algunas jurisprudencias que de acuerdo a su enfoque o contenido resuelven algunas lagunas del fideicomiso, para facilitar su comprensión.

JURISPRUDENCIAS QUE VERSAN SOBRE LA NATURALEZA DEL FIDEICOMISO

AMPARO DIRECTO 171/1965, promovido por José Refugio Dévora Mojarro, ante la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“Entre el fideicomitente y fideicomisario hay una relación de causa-habiencia, dado que aquel transmite a este dominio de los bienes fideicomitidos y al extinguirse el fideicomiso se opera la retransmisión del dominio de esos mismos bienes de la fiduciaria al fideicomitente, por lo que no es suficiente la figura del mandato para

explicar la capacidad jurídica del fiduciario para ejecutar los actos jurídicos que se le han encomendado, ya que no actúa en nombre de otros sino que ejecuta un derecho propio, en virtud de que tiene dominio sobre los bienes afectos al fideicomiso, sin perjuicio de su obligación de rendir cuentas al fideicomitente y de devolver los bienes que resulten a la terminación del fideicomiso.

Semanario Judicial de la Federación de fecha 13 de Abril de 1967, mayoría de Cuatro Votos, Ponente: Mariano Azuela, Volumen CXXVI Cuarta Parte, pág. 21, Sexta Epoca, Tercera Sala.”

AMPARO DIRECTO 1355/1967, promovido por Jesús Galindo Galarza, ante la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“Conforme a los artículos 346 y 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se concibe al fideicomiso como una afectación patrimonial a un fin cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, afectación por virtud de la cual el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicomitados, de los cuales pasa a ser titular la institución fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito encomendado.

Semanario Judicial de la Federación de fecha 30 de septiembre de 1968, unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mariano Azuela, Volumen CXXXV, Cuarta Parte, pág. 77, Sexta Epoca, Tercera Sala.”

AMPARO DIRECTO 4391/1969, promovido por Banco Hipotecario, Fiduciario y de Ahorros, S.A., ante la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“Según puede advertirse de los artículos 346, 351 y 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en nuestra legislación se concibe el fideicomiso como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, afectación por virtud de la cual el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicomitados, de los que pasa a ser titular la institución fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito encomendado.

Semanario Judicial de la Federación de fecha 6 de Noviembre de 1970, Cinco Votos. Ponente: Mariano Azuela, Sec. Roberto del Carmen Gómez, Volumen 23, Cuarta Parte, pág. 27, Séptima Época, Tercera Sala. ”

AMPARO DIRECTO 398/1974, promovido por Evangelina Escárcega de Cañedo, ante el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

“En términos de las diversas disposiciones contenidas en el Capítulo Quinto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, debe decirse que el fideicomiso es un acto unilateral de voluntad por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo cuya titularidad la transmite al fiduciario para la realización de un fin determinado. Ahora bien, por patrimonio autónomo debe entenderse un patrimonio distinto de otros y distinto sobre todo de los patrimonios propios de quienes intervienen en el fideicomiso, o sea, dicho de otra forma, ni al fideicomitente, ni fideicomisario, ni al fiduciario puede ser atribuible el patrimonio constituido por los bienes fideicomitados, sino que debe conceptuarse que se trata de un patrimonio afectado a un fin determinado, por lo que se concedió al fiduciario la facultad de emitir títulos de crédito con cargo al patrimonio fiduciario, dicho patrimonio debe responder en su totalidad de conformidad con lo dispuesto por el artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Semanario Judicial de la Federación de fecha 15 de Junio de 1979, mayoría de Tres Votos. Ponente: José Alfonso Abitia Arzapalo, Volumen 121-126, Cuarta Parte, pág. 43, Séptima Época, Tercera Sala.”

AMPARO DIRECTO 45/71, promovido por Crédito Algodonero de México, S.A., ante la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“El fideicomiso es un acto jurídico que debe constar por escrito, u por el cual una persona denominada fideicomitente, destina uno o varios bienes a un fin lícito determinado, en beneficio de otra persona llamada fideicomisario; encomendando su realización a una institución bancaria llamada fiduciaria, recibiendo ésta la titularidad de los bienes, únicamente con las limitaciones de los derechos adquiridos con

anterioridad a la constitución del mismo fideicomiso, por las partes o por terceros; y con los que expresamente se reserve el fideicomitente y los que para él se deriven del propio fideicomiso. De otro lado, la institución bancaria adquiere los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fin, y la obligación de solo dedicarlos al objetivo que se establezca al respecto, debiendo devolver los que se encuentran en su poder al extinguirse el fideicomiso, salvo pacto válido en sentido diverso.

Semanario Judicial de la Federación de fecha 16 de Marzo de 1977, mayoría de Cinco Votos, Ponente: Gloria León Orantes, Volumen 97-102 Séptima Parte, pág. 71, Séptima Época, Sala Auxiliar.”

AMPARO DIRECTO 5567/74, promovido por Banco Internacional Inmobiliario, S.A., ante la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“El fideicomiso es un negocio por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio fiduciario autónomo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria, para la realización de un fin determinado; pero al expresarse que es un patrimonio fiduciario autónomo, con ello se señala particularmente que es diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el fideicomiso, o sea, es distinto a los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario. Es un patrimonio autónomo, afectado a un cierto fin, bajo la titularidad y ejecución del fiduciario, quien se haya provisto de todos los derechos y acciones conducentes al cumplimiento del fideicomiso, naturalmente de acuerdo con sus reglas constitutivas y normativas. Los bienes entregados en fideicomiso, salen, por tanto, del patrimonio del fideicomitente, para quedar como patrimonio autónomo o separado de afectación, bajo la titularidad del fiduciario, en la medida necesaria para la complementación de los fines de la susodicha afectación; fines de acuerdo con los cuales (y de conformidad con lo pactado), podrá presentarse dicho titular a juicio como actor o demandado, así como vender, alquilar, ceder, etcétera.

Semanario Judicial de la Federación de Fecha 15 de Junio de 1979, mayoría de Tres Votos, Ponente: José Alfonso Abitia Arzapalo, Volumen 121-126 Cuarta Parte, pág. 43, Séptima Época, Tercera Sala.”

JURISPRUDENCIAS EMITIDAS SOBRE LOS VINCULOS QUE PRODUCE EL FIDEICOMISO.

Ejecutoria que obra a fojas 139 del tomo CXX del Semanario Judicial de la Federación, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“Este es uno de los casos en que nuestro antiguo derecho civil ha sufrido las modificaciones resultantes de la adopción de una institución angloamericana como lo es el fideicomiso. El fideicomitente que consigna en fideicomiso para su venta un bien, crea una propiedad fiduciaria, muy distinta a la romana del *jus utendi, fruendi, et abutendi*. El fiduciario tiene la encomienda de realizar un fin lícito determinado; pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes y derechos; salvo excepciones legales los bienes que se dan en fideicomiso quedan afectos al fin a que se destinan y sólo pueden ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieren (artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); el fideicomisario tiene, además de los derechos que se le conceden por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria (artículo 355); ésta se halla obligada a cumplir el fideicomiso conforme al acto constitutivo (artículo 356). Por virtud del Registro Público, queda la institución fiduciaria obligada ante terceros, no es extraña al contrato que el fideicomitente celebre con éstos. En nuestro derecho común por regla general rige el proloquio “*res inter alios*”; pero a pesar de ello conocemos algunos casos de terceros obligados en su calidad de causahabientes, como son, por ejemplo, los herederos frente a tercera persona, por contratos celebrados por el *de cujus*. Pues bien, este es otro caso en el que un tercero (el fideicomisario) sin que pueda invocar el repetido principio “*res inter alios acta aliis neque necesre seque processe potest*”, porque no es un tercero extraño; es un tercero ligado por el fideicomiso a la relación contractual de las partes de este litio.”

AMPARO DIRECTO 1573/1971, promovido por Fomento de Crédito Mexicano, S.A. ante la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“El artículo 2269 del Código Civil previene que: "ninguno puede vender lo que no es de su propiedad"; es procedente deducir de esta regla que nadie puede gravar un bien si no es de su exclusiva propiedad, salvo en el caso que se obtenga el consentimiento de tercero que tenga dominio sobre el mismo. Tan es así, que el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dispone que: en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria. Lo que presupone que el fideicomitente tiene pleno dominio de los bienes que señala para la institución fiduciaria pueda realizar los actos que le corresponden sin ningún entorpecimiento posterior. Si pues la propia quejosa expresó que respecto de los bienes cuestionados, sus respectivos propietarios o sea los terceros perjudicados celebraron contratos preliminares de compraventa; y que el valor de la operación se garantizó, por los promitentes compradores, con títulos de crédito, que se entregaron y obran en poder de ella, es cuestionable que los promitentes compradores tengan un interés directo en el futuro de los inmuebles afectos a sus respectivos contratos, en atención a lo cual debieron ser oídos en el juicio para los efectos que indica el artículo 92 del Código de Procedimientos Civiles, que preceptúa: "La sentencia firme conduce acción y excepción contra los que litigaron y contra terceros llamados legalmente al juicio; dispositivo que encuentra a su vez fundamento en la norma del artículo 14 constitucional

Semanario Judicial de la Federación de fecha 29 de Junio de 1972, unanimidad de Cuatro Votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa, Volumen informe 172, Parte II, pág.35, Séptima Epoca, Tercera Sala."

AMPARO DIRECTO 3285/1970, promovido por Guillermo Hernández Hurtado, ante la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“Una vez constituido y registrado un fideicomiso de garantía, el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicomitados.

Seminario judicial de la Federación de fecha 9 de Marzo de 1973, mayoría de Tres Votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas. Disidentes: Mariano Ramírez Vázquez y Ernesto Solís López, Volumen Cincuenta y uno, Cuarta Parte, pág. 29, Séptima Época, Tercera Sala.”

AMPARO EN REVISION 155/1969, resuelto por el Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil.

“Es cierto que la fracción I del artículo 45 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares impone a los bancos fiduciarios el deber de guardar el secreto propio de la clase de operaciones a que el invocado precepto alude; según el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio autónomo afecto a un fin determinado, o sea al fideicomiso; esto significa que dichos bienes salen del patrimonio del fideicomitente para constituir el de afectación y por ello los acreedores del fideicomitente no pueden perseguir tales bienes, salvo el caso de fideicomiso constituido en fraude de acreedores, según el artículo 351 de la Ley últimamente invocada; y por tanto resulta evidente que si no existe el aludido derecho de persecución, como es el caso de quien no es fideicomitente o fideicomisario, menos puede existir el de embargar al fideicomitente los bienes materia del fideicomiso.

Semanario Judicial de la Federación de fecha 6 de Noviembre de 1970. Ponente: Mariano Azuela, Sec. Roberto del Carmen, Volumen Veintitrés, Cuarta Parte, pág. 27, Séptima Época, Tercera Sala.”

AMPARO DIRECTO 5567/74, promovido por Banco Internacional Inmobiliario, S.A., ante la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“El fiduciario es titular de la propiedad fideicomitada, es decir, de cuantos patrimonios separados o autónomos de afectación se hubieran constituido con su intervención (fracción III, del artículo 45 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares); pero cada patrimonio fideicomitado y el general o propio de la institución fiduciaria, debe ser administrados con reglas propias, y especialmente cada patrimonio responde de sus propias deudas, las cuales permanecen ajenas y sin influencia ni afectación de cada uno

de ellos en los otros (fracciones XI y XIV del mismo artículo), naturalmente salvo los casos excepcionales que la ley prevé, en que la institución fiduciaria responde con su capital propio en el fideicomiso, como sucede particularmente en las hipótesis a que se refieren las fracciones IV y XII del citado artículo 45.

Semanario Judicial de la Federación de fecha 15 de junio de 1979, mayoría de Tres Votos, Ponente: José Alfonso Arbitia Arzapalo, Volumen 121-126 Cuarta Parte, pág. 43, Séptima Epoca, Tercera Sala.”

JURISPRUDENCIAS QUE ADVIERTEN LAS FACULTADES Y LIMITACIONES DE LA FIDUCIARIA.

AMPARO DIRECTO 1822/54, promovido por Acosta Sierra Francisco, ante la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“De acuerdo con el artículo 356 de la ley de la materia, en todo fideicomiso se transmiten a la fiduciaria aquellos derechos que se requieren para el cumplimiento del fideicomiso y si en las cláusulas de la escritura respectiva se faculto a la fiduciaria para vender, es obvio que para la realización de esa finalidad tuvo que habersele transmitido forzosamente el dominio de los bienes que iban a venderse en el fideicomiso, la fiduciaria actúa en interés del fideicomitente, en ejercicio de las facultades que se le han conferido y es por esa traslación de determinados derechos sobre los bienes dados en fideicomiso, por lo que el fideicomitente no puede modificar ni desconocer lo que la fiduciaria ha hecho dentro de las facultades conferidas para la realización del fin perseguido.

Seminario Judicial de la Federación de fecha 1 de Julio de 1955, mayoría de tres Votos. El Ministro José Castro Estrada no voto por habersele aceptado la excusa que presento; Disidente: Gabriel Garcia Rojas. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez, Tomo CXXV, pág.25, Quinta Epoca, Tercera Sala.”

AMPARO DIRECTO 1822/54, promovido por Acosta Sierra Francisco ante la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“Las únicas limitaciones que pueden imponer por el fideicomitente a la institución fiduciaria deben constar en el acto constitutivo del fideicomiso y no en actos posteriores, porque de lo contrario, podría hacerse imposible la consecución del fin que se pretende alcanzar.

Seminario Judicial de la Federación de fecha 1 de Julio de 1955, mayoría de tres Votos. El Ministro José Castro Estrada no voto por habérsela aceptado la excusa que presento, Disidente: Gabriel Garcia Rojas. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez, Tomo CXXV, pág.25, Quinta Epoca, Tercera Sala.”

JURISPRUDENCIAS QUE CONTEMPLAN LOS ASPECTOS PROCESALES DEL FIDEICOMISO.

Ejecutoria que obra a fojas 51 y 52 del tomo CXXXIII del Semanario Judicial de la Federación, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“En efecto, el artículo 45 de la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares establece que: “La actividad de las Instituciones Fiduciarias, se someterá a las siguientes reglas: ... X. Con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria, la violación del secreto propio de esta clase de operaciones, incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que no sean aquellos entablados por el fideicomitente o fideicomisario, comitente comandante, contra la institución o viceversa, constituirá a esta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes”. Pues bien en el caso que hoy se falla la situación que se contempla no encuadra dentro de este supuesto, en virtud de que el demandante no es fideicomitente, fideicomisario, comitente o mandante. De acuerdo con lo anterior, el Banco puede válidamente con apoyo en el precepto en cita, negarse a acatar lo ordenado, en cumplimiento de lo establecido en las disposiciones que regulan el funcionamiento de las instituciones

fiduciarias, cuya finalidad evidente es la de salvaguardar los principios en que se sostenga tal actividad: el secreto fiduciario.”

Ejecutoria que obra a foja 53 del tomo CXXXIII del Semanario Judicial de la Federación, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“Como el fideicomitente puede ser al mismo tiempo fideicomisario, o sea, la persona que tiene derecho a recibir los beneficios del fideicomiso, resulta evidente que aun siendo cierto, como lo es, que la fracción X del artículo 45 de la Ley de Instituciones de Crédito, impone a éstas el deber de no violar el secreto fiduciario, no es menos cierto que nada autoriza a desprender de esta disposición que los acreedores del fideicomisario no puedan embargar a éste los beneficios del fideicomiso salvo, naturalmente, que tales beneficios sean inembargables, como por ejemplo, en el caso de aquel que hubiera puede desprenderse de tal disposición que los acreedores no puedan ejercitar el derecho de embargo contra los propios fideicomitentes, no propiamente en lo que ve a los bienes fideicomitidos que ya se dijo salen de su patrimonio personal para constituir el autónomo de afectación, pero sí en lo que toca a los derechos que los fideicomitentes se hayan reservado expresamente al construir el fideicomiso y, también en lo que hace al derecho de revisión de los bienes al extinguirse dicho fideicomiso (artículo 358 de la citada Ley de Títulos).

AMPARO DIRECTO 1355/1967 promovido por Jesús Galindo Garza, ante la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“El interdicto de retener la posesión, en cuanto medida cautelar, no puede prosperar jurídicamente cuando el fideicomitente y el fiduciario están vinculados por una relación de causahabencia, conforme a la cual el primero afectó el bien fideicomitado para la realización del fin, autorizándole para ejercitar con exclusión de él, todas las acciones y derechos inherentes al propio bien.

Semanario Judicial de la Federación de fecha 30 de septiembre de 1968, unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mariano Azuela, Volumen CXXXV, Cuarta Parte, pág. 77, Sexta Epoca, Tercera Sala.”

AMPARO DIRECTO 171/1965, promovido por José Refugio Dévora Mojarro, ante la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“Si el fideicomiso sobre un bien inmueble se constituyó y se inscribió en el Registro, con anterioridad a la instauración del juicio sumario hipotecario relativo al propio inmueble, seguido en contra del fideicomitente, debe estimarse que habiendo adquirido la institución fiduciaria los derechos de dueña y poseedora del bien, antes de la fecha en que se inició el juicio hipotecario, la misma institución debió ser citada a éste, sin que obste que el fideicomiso se hubiera constituido con posterioridad a la hipoteca, pues ello solo significa que esta conserva su prelación en cuanto al pago, pero nada tiene que ver con la garantía procesal de previa audiencia y emplazamiento a juicio, para que no se privara a la fiduciaria de sus derechos adquiridos sobre el inmueble, sin respetar esa garantía, el artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales establece que “cuando después de fijada y registrada la cédula hipotecara y contestada la demanda, cambiase el dueño y poseedor jurídico del predio, con éste continuará el juicio”. Por lo tanto, si el cambio en cuanto al dominio y posesión ocurrió antes de iniciarse el juicio, por mayoría de razón debe estimarse que era necesario, para no violar la garantía del artículo 14 constitucional, que se emplazará a juicio a la institución fiduciaria, que adquirió, además de su carácter de dueña fiduciaria del inmueble la posesión del mismo.

Semanario Judicial de la Federación de fecha 13 de Abril de 1967, mayoría de Cuatro Votos, Ponente: Mariano Azuela, Volumen CXXVI Cuarta Parte, pág. 21, Sexta Epoca, Tercera Sala.”

AMPARO DIRECTO 3756/75, promovido por Compañía Administradora y Realizadora del Inmuebles, S. A., ante la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“Si en la escritura constitutiva del fideicomiso no se estipuló que en la venta del inmueble fideicomitado la subasta se hiciera en los términos establecidos por el Código de Procedimientos Civiles, es decir, ante la autoridad judicial, sino que se convino expresamente que dicha venta se haría conforme a las bases establecidas en las cláusulas respectivas del contrato de fideicomiso, y en las mismas se pactó que la parte fideicomitente aceptaba como precio de la venta la

cantidad al efecto con diez días de anticipación mediante aviso publicado en un periódico de mayor circulación a elección del fiduciario, resulta que los actos tendientes a la subasta pública del inmueble, realizados por el propia cumplimiento no puede dejarse a voluntad de una de las partes, máxime sino únicamente los actos de ejecución derivados de aquél. Las operaciones de fideicomiso están regidas por la Ley de Título y Operaciones de Crédito, y las instituciones que llevan a la práctica esas operaciones lo están por la Ley de Instituciones de Crédito, pero no por esto se debe de aplicar al fideicomiso las reglas que establece el artículo 141 de la última ley mencionada para el cobro de créditos hipotecarios, créditos de habilitación o avío o refaccionarios que tengan como garantía bienes inmuebles, pues el fideicomiso tiene diversa naturaleza. Debe prevalecer, en cuanto a la venta o remate del bien fideicomitado, lo convenido por los contratantes pues su voluntad es la suprema ley, y el procedimiento convencional es el preferente según lo dispone el Código de Comercio.

Semanario judicial de la Federación de fecha 20 de Marzo de 1985, Cinco Votos. Ponente: Víctor Manuel Franco Pérez, 193-198, Séptima Parte, pág. 497, Séptima Epoca, Sala Auxiliar.”

AMPARO DIRECTO 5567/74, promovido por Banco Internacional Inmobiliario, S.A., ante la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, se estableció:

“Si el Banco demandado se comprometió a cubrir los pagarés que suscribió, únicamente en su carácter de fiduciario, es decir, no en lo personal, se sigue de ello, como bien lo aduce el Banco quejoso en sus conceptos de violación, que como se está en presencia de documentos estrictamente literales, con esa forma de proceder, única y exclusivamente pudo, conforme a derecho, obligar los bienes afectos al fideicomiso de que se trata y no otros, deduciéndose, entonces, que fue jurídicamente indebido que la responsable, al decidir la apelación, no modificara el fallo del acto, para determinar claramente, en las decisiones, que el pago de las prestaciones objeto de la condena dictada en contra del banco quejoso, debía ejecutarse únicamente en los bienes objeto del fideicomiso.

Semanario Judicial de la Federación de fecha 15 de Junio de 1979, mayoría de tres Votos, Ponente: José Alfonso Abitia Arzapalo, Volumen 1221-126 Cuarta Parte, pág. 74, Séptima Época, Tercera Sala.”

Las anteriores jurisprudencias reflejan el aspecto motriz de la ley de amparo en relación con los sucesos que lleva a efecto la Suprema Corte de Justicia con el fideicomiso.

CAPITULO CUARTO: PROPUESTAS Y SUGERENCIAS.

**4.1.- EL COMITE TECNICO Y SU APARICION DENTRO DEL ACTO
CONSTITUTIVO DEL FIDEICOMISO**

4.1.1.- DENTRO DE LOS FIDEICOMISOS PUBLICOS

4.1.2.- DENTRO DE LOS FIDEICOMISOS PRIVADOS

4.2.- LA INTERVENCION DEL COMITE TECNICO DENTRO DEL FIDEICOMISO

4.2.1.- DENTRO DE LOS FIDEICOMISOS PUBLICOS

**4.2.1.1.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL COMITE
TECNICO**

4.2.2.- DENTRO DE LOS FIDEICOMISOS PRIVADOS

**4.2.2.1.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL COMITE
TECNICO**

**4.3.- LA IMPORTANCIA DE LA DESIGNACION DEL COMITE TECNICO EN LA
CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO**

4.1. EL COMITE TECNICO Y SU APARICION DENTRO DEL ACTO CONSTITUTIVO DEL FIDEICOMISO.

Una vez estudiada la naturaleza jurídica del fideicomiso y llegando a la conclusión de que se trata de un acto jurídico voluntario del tipo “declaración unilateral de la voluntad” específicamente en su constitución; se puede afirmar que la voluntad del fideicomitente es la que da nacimiento a las principales obligaciones y derechos contenidos en un fideicomiso, es decir que la naturaleza misma del fideicomiso permite la autorregulación del acontecimiento y consecuencias jurídicas, por lo tanto el fideicomitente es el responsable de designar o no, un comité técnico dentro de la constitución del fideicomiso, establecer sus funciones, obligaciones y derechos, de esta forma puede dar nacimiento a un órgano de mucha ayuda para el desarrollo del fideicomiso, esto es posible teniendo la información suficiente y la asesoría adecuada al momento de constituir el fideicomiso.

Durante el desarrollo del presente trabajo se ha podido observar que el comité técnico es un órgano que puede facilitar la ejecución del fideicomiso y es de gran importancia tenerlo presente en toda constitución de un fideicomiso, por lo tanto es innegable la importancia de conocer su estructura y la ley que lo reglamenta.

La importancia que tiene el comité técnico en los fideicomisos depende del tipo de fideicomiso que se vaya a ejecutar y la persona más indicada para asesorar y dar un consejo acerca la designación de un comité técnico en la constitución del fideicomiso es un experto en la materia y de preferencia ajeno al mismo, ya que si se recurre a la misma institución fiduciaria para que brinde esta ayuda, lo más seguro es que no lo recomiende por facilitarse el trabajo, no dependiendo así de ninguna decisión externa. Es trascendental dar a conocer esta figura desde antes de constituir el fideicomiso; conocer sus ventajas y aplicación pueden lograr un desarrollo más armonioso y eficaz del fideicomiso.

Es recomendable por lo menos, dejar la posibilidad que en las reformas del fideicomiso se pueda designar esta figura por el fideicomisario o el mismo fideicomitente. Por estos motivos es tan importante la designación de un comité técnico en el acto constitutivo

del fideicomiso o el contemplar su designación posterior en este mismo momento.

En los fideicomisos estudiados, la principal clasificación puede ser: públicos y privados; a continuación se analizará la designación del comité técnico en cada caso y su importancia.

4.1.1. DENTRO DE LOS FIDEICOMISOS PUBLICOS.

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en el apartado correspondiente, contempla la obligatoriedad de designar un comité técnico en todos los fideicomisos creados por el Gobierno Federal a través del Banco de México, con el fin y propósito de cuidar y vigilar que el dinero empleado y de interés público, sea bien administrado y que el manejo de sus fondos sea lo más transparente posible y cumplan el objeto o fin para lo que fueron constituidos.

Sin más función que la que la ley en su contenido contempla para los fideicomisos públicos; la obligatoriedad de designar un comité técnico desde la constitución de un fideicomiso, se limita al crear un órgano exclusivamente de supervisión y vigilancia; sin facultar al comité técnico a ser un órgano de asesoría y apoyo para la ejecución del fideicomiso, limitándose exclusivamente a su utilidad clásica, sin buscar nuevas aplicaciones.

Solo cabe agregar al respecto, que sería importante se considerara en el nombramiento de las personas que integran el comité técnico en los fideicomisos públicos, a peritos en la materia en que valla a versar el objeto y fin del fideicomiso, para que más que un órgano de supervisión y vigilancia, fuera de asesoría y apoyo a la institución fiduciaria en el desempeño de sus facultades claro, con la designación de sus funciones por el fideicomitente y por supuesto la regulación legal correspondiente por parte de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, logrando así obtener mejores beneficios del fideicomiso.

4.1.2. DENTRO DE LOS FIDEICOMISOS PRIVADOS.

La cuestión privada dentro del derecho refleja el estudio de lo que han querido llevar los particulares en sus relaciones sociales y económicas, que se traducen en jurídicas y nada más como muestra esta el fideicomiso privado que en si es una gama o un mosaico en el cual se pueden llevar a efecto finalidades y objetos de diferentes formas y modos; se diría a gusto del cliente o de acuerdo a las situaciones y circunstancias requeridas en cada caso específico, debido a la maleabilidad del fideicomiso privado, se contemplan multitud de situaciones a las cuales puede dar cabida esta figura.

Dentro de lo relativo a la intervención del comité técnico en los fideicomisos privados, pueden quedar como ejemplo los fideicomisos de inversión, en donde se designe un comité técnico integrado por financieros, analistas, contadores y representantes de casas de bolsa para que con su experiencia aporten ideas y abran oportunidades de inversión al delegado fiduciario, auxiliando a desempeñar su función de la manera más eficaz, ya que por lo general los delegados fiduciarios suelen ser abogados los cuales no tienen una gran experiencia en el manejo de capital, a diferencia de un experto financiero, el cual puede orientar al delegado de la manera más idónea para invertir o manejar capital, que es la base del fideicomiso, logrando los mayores beneficios posibles para el cumplimiento del fin a que fue creado el citado fideicomiso. Es decir que ratificamos la idea de que el comité técnico no solo vigile el cumplimiento del fideicomiso, sino que también intervenga orientando al delegado fiduciario para el mejor desempeño de su función.

Se puede también tener la imagen de un fideicomiso de administración, en el cual dependiendo del objeto y el fin del fideicomiso se pueden nombrar diversos profesionistas dentro del mismo comité para dar un asesoramiento al delegado fiduciario, con la finalidad de un buen desarrollo del fideicomiso. De esta forma se considera pertinente el contemplar la designación del comité en la constitución del fideicomiso o dejar abierta la posibilidad de que en un futuro sea designado por el fideicomisario.

4.2. LA INTERVENCION DEL COMITE TECNICO DENTRO DEL FIDEICOMISO.

Después del análisis del funcionamiento del fideicomiso, su desarrollo, distintos usos y costumbres relativos al mismo; ¿Cómo podemos lograr tener un comité técnico que facilite la conservación y desarrollo del fideicomiso?.

Es de vital importancia para el comercio y en particular para el abogado mercantilista el conocimiento y la exacta aplicación del fideicomiso; y al mismo tiempo es de gran importancia el estudio y la forma que se lleva a cabo la intervención del comité técnico en los fideicomisos. La cuestión mercantil dentro de su practica ha sufrido determinados altibajos desde que México se independizo y en la actualidad debido a los constantes cambios que ha sufrido el país y el adelanto de la tecnología, es clave para el avance de la ley el correcto funcionamiento de los distintos ordenamientos jurídicos y en el caso concreto del fideicomiso.

El comercio en su forma más elevada implica una tecnología "techne de la techne" la técnica al servicio de la técnica, que en nuestro país a sufrido grandes atrasos y sobre todo a raíz de tener un Código de Comercio del siglo pasado y no contar con aquellos lineamientos acordes a la era que se esta viviendo.

Por lo tanto el conocer cuando y de que forma el fideicomiso es oportuno y al mismo tiempo y de la misma manera ver cuando es posible y viable el comité técnico; no solo estudiar la teoría y ver en forma aislada y sin relación el comité técnico con el fideicomiso, sino observar la practica y de que forma puede ir incluida la teoría, para lo cual es básica la importancia de la intervención del comité técnico quedando de manifiesto bajo los siguientes rubros:

PRIMERO.- El comité técnico es importante porque permite mantener la vigilancia del desarrollo del fideicomiso.

SEGUNDO.- Porque permite la intervención tanto del fideicomitente como del fideicomisario dentro del desarrollo del fideicomiso.

TERCERO.- Se podría regular la colaboración de profesionistas expertos en la toma de decisiones de acuerdo con el fin u objeto del fideicomiso; y

CUARTO.- Permite la observancia y vigilancia en la actuación y desempeño de la institución fiduciaria.

Por estos puntos consideramos importante una reforma a las actividades del comité técnico dentro de los fideicomisos, permitiéndole intervenir como un órgano versátil y activo en el desarrollo del fideicomiso.

4.2.1. DENTRO DE LOS FIDEICOMISOS PUBLICOS.

Dentro de los fideicomisos públicos es obvia la intervención del comité técnico ya que este órgano regularmente formado por representantes de diversas dependencias y secretarías de gobierno, vigila, regula y controla constantemente las actuaciones y el desempeño de las fiduciarias protegiendo así el objeto y fines del fideicomiso que por ser de carácter público, es de carácter social, por tal razón la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal contempla este supuesto y lo hace obligatorio en la constitución de cualquier tipo de fideicomiso creado por el Gobierno Federal.

De lo anterior se desprende que la intervención dentro de los fideicomisos públicos aparte de llevarse por "oficio" reviste la importancia no solamente de lo que marca la ley sino primordialmente el cuidar y proteger los ingresos y egresos de la nación mexicana. Y el convertir al comité en un órgano de asesoría especializado, podría ser una ventaja para en el provecho de los recursos a él asignados y obtener así un mayor beneficio.

4.2.1.1. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL COMITE TECNICO.

En cuanto a los derechos y obligaciones que puede tener un comité técnico dentro de los fideicomisos públicos podemos mencionar que: con relación a la “Res Publica”, cosa pública o derecho público, tenemos el derecho privado, que es en sí mismo una imagen y trascendencia del público por que “todo lo público es privado y todo lo privado se hace público”.

De esta forma los derechos y obligaciones del comité técnico dentro de los fideicomisos públicos y privados son los mismos, ya que el fideicomitente es el encargado de señalar las facultades de este órgano, dentro de la constitución del fideicomiso y la fiduciaria de acuerdo a estos lineamientos, se tendrá que sujetar a lo dispuesto en el contrato.

Principalmente, la única diferencia son las disposiciones legales que regulan la obligatoriedad de la figura del comité técnico dentro de los fideicomisos públicos, siendo de gran trascendencia el regular dentro de la Ley los puntos generales en cuanto a su operatividad y facultades, contemplando su intervención como asesor del fiduciario para el desempeño de sus funciones; pero en sí sus derechos y obligaciones los decide el fideicomitente en la constitución del fideicomiso, dando así la oportunidad de que sea éste quien faculte al comité para participar en el fideicomiso de una manera distinta a la común.

4.2.2. DENTRO DE LOS FIDEICOMISOS PRIVADOS.

La intervención del comité técnico dentro de los fideicomisos privados es un punto muy importante, ya que puede servir como una figura no solo de vigilancia, como se a expuesto con anterioridad, sino también como un órgano de asesoría para el desempeño del fideicomiso.

En cuanto al papel de supervisión y vigilancia, es recomendable la figura del comité técnico, ya que permite la intervención del fideicomitente y fideicomisario en el desarrollo del fideicomiso. Y por otro lado crea una participación de estos sujetos en las decisiones

importantes que tome la fiduciaria, puesto que estas decisiones van a afectar o beneficiar directamente a los mismos.

Por otro lado el papel de asesoría que puede jugar un comité técnico integrado por expertos en la materia a desarrollar, puede ser de gran provecho en los resultados del fideicomiso, obteniendo mejores rendimientos de un negocio que se crea con la finalidad de beneficiar a alguien.

4.2.2.1. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL COMITE TECNICO.

A partir de lo estudiado con anterioridad con respecto a la autorregulación que existe en la constitución del fideicomiso, se puede concluir que dentro de los derechos otorgados por el fideicomitente al comité técnico se pueden establecer mecanismos de vigilancia y más aun de asesoría que nutran el objeto y lo posibiliten para el fin a que fue creado, estableciendo estas facultades tanto el fideicomisario como el fideicomitente, ya sea en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas.

Y en relación con las necesidades u obligaciones a las que está sujeto el comité técnico, la mayoría son de índole estrictamente formales porque se encuentran contenidas en la constitución del fideicomiso, ya que la ley no regula las obligaciones y derechos del comité técnico. Estos derechos y obligaciones derivan principalmente del acto de constitución del fideicomiso en el cual el fideicomitente regula como en todo negocio jurídico, la función y desempeño de este órgano, otorgándole las facultades y obligaciones necesarias para cumplir cabalmente la función para la que fue creado.

4.3. LA IMPORTANCIA DE LA DESIGNACION DEL COMITE TECNICO EN LA CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO.

Como ya se ha estudiado a lo largo de la presente tesis, la constitución del fideicomiso es un acto jurídico voluntario importantísimo, del cual emanarán todas las consecuencias jurídicas posteriores al mismo, así como la organización y funcionamiento del fideicomiso. En el mismo momento existe la opción de prever la formación de un comité técnico o dejar abierta su integración en sus reformas, estableciendo sus reglas de funcionamiento y fijando sus facultades. Y es precisamente en esta constitución del fideicomiso, el momento exacto en el que se decide si se va a emplear o no este órgano, perdiendo toda oportunidad en lo posterior.

De aquí la importancia de aprovechar el momento exacto de contemplar esta figura, siendo la constitución del fideicomiso un momento importantísimo y primordial, ya que en esta etapa se definen los objetos y finalidades para los que se destinarán los bienes, también dentro de esta misma, se regulan las bases y lineamientos principales que regirán el desarrollo del fideicomiso.

En el momento de la constitución, el fideicomitente que de acuerdo con la Ley General de Instituciones de Crédito es el único que puede prever la existencia de un comité técnico, debe designar este órgano tan importante o bien facultar a una persona para que en el momento en que se necesite esta figura, sea designada por el fideicomitente o por el fideicomisario. También es importante regular el ámbito de desarrollo o de colaboración del comité técnico, de tal forma que se le den las facultades suficientes para vigilar al fiduciario sin que pueda abusar de estas mismas, entorpeciendo así el desempeño sano del mismo fideicomiso.

La primera etapa que es la constitución, es el acto jurídico en donde se debe dar nacimiento a un contrato sano, si el fideicomiso es constituido correctamente, con las autorregulaciones y órganos correctos dará buenos resultados y se alcanzara el fin deseado; pero si desde su constitución carece o adolece de las suficientes reglas de funcionamiento o no se prevén los órganos necesarios para su buen funcionamiento, se puede enfrentar un contrato defectuoso que acarreará muchos problemas que pudieron evitarse con una correcta constitución.

Por lo tanto se debe definir claramente, desde su constitución, el fin para el que es creado y en base a esto se darán las reglas básicas para su funcionamiento, asesorándose adecuadamente con un perito en la materia y con la opinión adecuada de un experto en la materia sobre el objeto y fines del fideicomiso, para alcanzar así la finalidad deseada y obtener los mayores beneficios del fideicomiso.

De la misma forma se deben prever situaciones futuras, que puedan obstaculizar el desarrollo del fideicomiso o presentar cualquier impedimento para el cumplimiento del fin.

Para estas situaciones también puede intervenir un comité técnico, colaborando con la solución de cualquier imprevisto y más aún, previendo dentro del desarrollo del fideicomiso cualquier falla en su funcionamiento, proponiendo en el momento de detectar cualquier falla, la modificación más pertinente al contrato.

CONCLUSIONES:

De acuerdo a lo estudiado en el presente trabajo y a los fundamentos que en orden trascendental se han analizado, se puede concluir lo siguiente:

PRIMERO.- La aplicación y desarrollo del fideicomiso es de tal manera trascendente en nuestro sistema de derecho, que se tienen que formular las condiciones suficientes para que el público en general las pueda interpretar de manera simple y eficaz, dejando al alcance de todos las ventajas prácticas que esta figura ofrece.

SEGUNDO.- La importancia de conocer y aplicar el comité técnico no solo en los fideicomisos públicos si no en los fideicomisos privados es vital, ya que el desarrollo del fideicomiso tanto público como privado debería de darse en un clima de extrema confianza, puesto que la confianza en cuestiones de dinero es lo fundamental, pero desgraciadamente no es así y existe la preferencia de un órgano de vigilancia y supervisión, que permita tener acceso a las decisiones de la fiduciaria previamente a un conflicto, evitando procesos judiciales.

TERCERO.- Actualmente la trascendencia de la aplicación del comité técnico, radica en vigilar y supervisar el desempeño del fiduciario en la ejecución de los fideicomisos; pero consideramos relevante la asesoría especializada que puede brindar éste órgano en el desarrollo o ejecución los fines del fideicomiso, permitiendo la participación de profesionales capacitados en la materia que verse el fideicomiso, no solo estableciendo los parámetros de acción del delegado fiduciario sino asesorándolo en el desempeño de sus funciones.

CUARTO.- De acuerdo a su naturaleza jurídica, en la constitución del fideicomiso se dan las normas básicas para su funcionamiento; en esta misma constitución se designa un comité técnico y se le otorgan las facultades necesarias a arbitrio del fideicomitente, para que éste órgano intervenga en el desarrollo del fideicomiso con esas funciones preestablecidas. Consideramos pertinente éste momento de constitución para crear un comité técnico con nuevas funciones de asesoría y apoyo técnico, que orienten el

desempeño del delegado fiduciario, agilicen la toma de decisiones, prevean y resuelvan los problemas que enfrente un fideicomiso a través de su desarrollo.

QUINTO.- Es necesario recalcar la necesidad de cambiar la figura del comité técnico en México y que no solo sirva como órgano de vigilancia, si no también, como un órgano de participación en las decisiones del fiduciario, debiendo integrar este órgano, como ya se ha mencionado, con expertos en la materia en la que se valla a desarrollar el fideicomiso, para que de esta forma exista un órgano de asesoría técnica en cada caso específico.

SEXTO.- Expuesta la importancia del comité técnico, se debería facultar al fideicomisario dentro de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito para que pudiera designar a este órgano en todo momento, siendo esta facultad otorgada por ministerio de ley sin necesidad de estar contemplada en el acta constitutiva.

SEPTIMO.- Se debería habilitar en la ley a las casas de bolsa para que funcionen como fiduciarias, ya que son instituciones financieras experimentadas en inversión y administración. Del mismo modo debería darse esta autorización a instituciones como las de seguros, fianzas, almacenes generales de depósito, sofoles, etc.; permitiéndoles participar en todo tipo de fideicomisos y no solo en los de garantía.

OCTAVO.- Existen grandes lagunas en la ley y más tratándose de los fideicomisos. Cada vez que los legisladores reforman las leyes, confunden más los términos y la figura del fideicomiso, en lugar de hacerla más sencilla. En las últimas reformas publicadas el 23 de Mayo del 2000, el legislador confunde el momento de la transmisión de la propiedad de los bienes fideicomitados que se da hasta la ejecución del fideicomiso, con la enajenación de un bien en un fideicomiso, que es la destinación de un bien, a un fin lícito determinado, la cual se da en su constitución.

NOVENO.- Al respecto de las últimas modificaciones a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se confirma el deseo y finalidad del Gobierno Federal de apoyar y rehabilitar no solo a las Instituciones de Crédito, sino también a las de Seguros, Fianzas,

Sociedades Financieras de Objeto Limitado y Almacenes Generales de Deposito, permitiéndoles actuar como fiduciarias en fideicomisos de garantía que les garanticen la recuperación y remate inmediato de los bienes otorgados en garantía, motivándolas así a autorizar y otorgar créditos y recuperar su actividad financiera, ¿pero a que precio?. No solo se debe garantizar la recuperación de carteras vencidas a las instituciones financieras del país por medios de remates expeditos de los bienes dados en garantía; si no que se debe reactivar la economía generando empleos, créditos con buenas tasas de interés, apoyando realmente a los deudores y a las instituciones financieras; no hay necesidad de crear leyes ventajosas que únicamente inclinen la balanza a un lado, desprotegiendo a los deudores del país.

DECIMO.- En las recientes reformas de los procedimientos de ejecución de los fideicomisos de garantía hechas al Código de Comercio, nos podemos dar cuenta que no se toman en cuenta los derechos de los deudores, dejándolos nuevamente desprotegidos y beneficiando una vez más a las clases poderosas del país, surgiendo así varias interrogantes ¿donde quedo la equidad y la justicia?, ¿con este tipo de créditos pretende el estado fomentar la actividad económica del país?, ¿es conveniente rehabilitar las actividades de las empresas con este tipo de garantías? y más aun, ¿piensa el estado aplicar a los créditos hipotecarios para adquisición de viviendas de interés social, este tipo de fideicomisos de garantía?.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA ROMERO MIGUEL, TEORIA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO; EDITORIAL PORRUA, S.A., CUARTA EDICION, MEXICO 1981.

ACOSTA ROMERO MIGUEL Y ALMAZAN ALANIZ PABLO ROBERTO, TRATADO TEORICO PRACTICO DE FIDEICOMISO; EDITORIAL PORRUA, S.A., PRIMERA EDICION, MEXICO 1997.

BANCO MEXICANO SOMEX S.A., LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y EL FIDEICOMISO EN MEXICO; FOMENTO CULTURAL DE LA ORGANIZACION SOMEX, A.C., PRIMERA EDICION, MEXICO 1982.

BATIZA RODOLFO, EL FIDEICOMISO; EDITORIAL JUS, SEGUNDA EDICION, MEXICO 1992.

BATIZA RODOLFO, EL FIDEICOMISO TEORIA Y PRACTICA; EDITORIAL JUS, TERCERA EDICION, MEXICO 1995.

BATIZA RODOLFO, PRINCIPIOS BASICOS DEL FIDEICOMISO Y DE LA ADMINISTRACION FIDUCIARIA; EDITORIAL PORRUA, S.A., SEGUNDA EDICION, MEXICO 1985.

BATIZA RODOLFO, TRES ESTUDIOS SOBRE EL FIDEICOMISO; IMPRENTA UNIVERSITARIA, UNAM, MEXICO 1954.

BERNAL MOLINA JULIAN, PRACTICA Y TEORIA JURIDICA DEL FIDEICOMISO; EDITORIAL MIGUEL ANGEL PORRUA, PRIMERA EDICION, MEXICO 1988.

CERVANTES AHUMADA RAUL, TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO; EDITORIAL HERRERO, DECIMA CUARTA EDICION, MEXICO 1988.

DAVALOS MEJIA CARLOS, TITULOS Y CONTRATOS DE CREDITO, QUIEBRAS; EDITORIAL HARLA, TERCERA EDICION, MEXICO 1990.

DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE ALFREDO, DOS ASPECTOS DE LA ESCENCIA DEL FIDEICOMISO MEXICANO; EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO 1996.

DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE ALFREDO, EL FIDEICOMISO; EDITORIAL PORRUA, S.A., QUINTA EDICION, MEXICO 1995.

DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE ALFREDO, EL FIDEICOMISO ANTE LA TEORIA GENERAL DEL NEGOCIO JURIDICO; EDITORIAL PORRUA, S.A., TERCERA EDICION, MEXICO 1982.

FLORIS MARGADANT GUILLERMO, DERECHO ROMANO; EDITORIAL ESFINGE, VIGECIMO QUINTA EDICION, MEXICO 2000.

KEENTON GEORGE W., THE LAW TRUST; SR. ISSAC PITMAN AND SONS, LTD., NINTH EDITION, LONDON 1968.

LEPAULLE PIERRE, TRATADO TEORICO Y PRACTICO DE LOS TRUST; EDITORIAL PORRUA, S.A., PRIMERA EDICION, MEXICO 1975.

LEPAULLE PIERRE, TRATADO TEORICO Y PRACTICO DE LOS TRUST EN DERECHO INTERNO, EN DERECHO FISCAL Y EN DERECHO INTERNACIONAL; TRADUCCION Y ESTUDIO SOBRE EL FIDEICOMISO MEXICANO, POR PABLO MACEDO, EDITORIAL PORRUA, S.A., PRIMERA EDICION, MEXICO 1975.

LICON BACA CLEMENTE, BERNAL ITURRIAGA JULIAN, MORENO FERNANDEZ JESUS, FIDEICOMISO PUBLICO, UNA ALTERNATIVA DE LA ADMINISTRACION; SERVICIOS TECNICOS DE DISEÑO E IMPRESION, S.A., MEXICO 1982.

MACEDO PABLO, EL FIDEICOMISO MEXICANO; EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO 1975.

MOLINA PASQUEL ROBERTO, LOS DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO; EDITORIAL JUS, PRIMERA EDICIÓN, MEXICO 1946.

MUÑOS LUIS, EL FIDEICOMISO; EDITORIAL CARDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR, SEGUNDA EDICIÓN, MEXICO 1980.

RABAZA OSCAR, EL DERECHO ANGLO AMERICANO; EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO 1982.

ROCCO ALFREDO, PRINCIPIOS DE DERECHO MERCANTIL; EDITORA NACIONAL, PRIMERA EDICION, MEXICO 1981.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ JOAQUIN, DERECHO MERCANTIL; EDITORIAL PORRUA, S.A., VIGECIMO CUARTA EDICION, TOMOS I Y II, MEXICO 1999.

SANCHEZ MEDAL RAMON, DE LOS CONTRATOS CIVILES; EDITORIAL PORRUA, S.A., CUARTA EDICION, MEXICO 1995.

SANCHEZ SODI HORACIO, EL FIDEICOMISO EN MEXICO; EDITORIAL GRECA, PRIMERA EDICION, MEXICO 1996.

VILLAGORDOA LOZANO JOSE MANUEL, DOCTRINA GENERAL DEL FIDECIOMISO; EDITORIAL PORRUA, S.A., SEGUNDA EDICION, MEXICO 1982.

LEGISLACION.

CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL, EDITORIAL THEMIS, CUARTA EDICION, MEXICO 1996.

CODIGO DE COMERCIO, EDITORIAL MC GRAW-HILL, MEXICO 1998.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA 23 DE MAYO DEL 2000.

LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO, EDITORIAL MC GRAW-HILL, MEXICO 1998.

LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES, EDITORIAL MC GRAW-HILL, MEXICO 1998.

LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO, EDICIONES DELMA, MEXICO 1998.

LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS, EDICIONES DELMA, MEXICO 1998.

LEGISLACION DE BANCA, CREDITO Y ACTIVIDADES CONEXAS, EDICIONES DELMA, MEXICO 1998.

ENCICLOPEDIAS JURIDICAS.

DE PINA VARA RAFAEL, DICCIONARIO DE DERECHO; EDITORIAL PORRUA, S.A., DECIMA OCTAVA EDICION, MEXICO 1992.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, EDITORIAL PORRUA, S.A., QUINTA EDICION, MEXICO 1992.

DOCUMENTOS Y REVISTAS.

ADAME GODDARD JORGE, UNAM, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS.

BATIZA RODOLFO, UNA NUEVA ESTRUCTURA DEL FIDEICOMISO EN MEXICO; REVISTA EL FORO, CUARTA EPOCA, NUMERO 1, JULIO A SEPTIEMBRE DE 1953.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL, EL FIDEICOMISO Y SU APLICACION EN EL AMBITO FAMILIAR, AÑO XV, NUMERO 45, MEXICO 1975.