



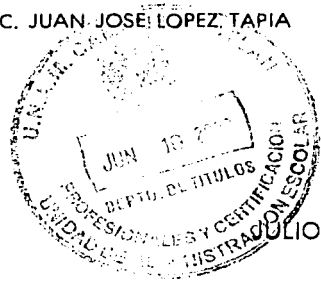
# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
CAMPUS ACATLAN

"LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS".

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
P R E S E N T A :  
**ANGELICA CHAVEZ MANRIQUEZ**

ASESOR: LIC. JUAN JOSÉ LÓPEZ TAPIA



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO JUNIO DE 2002

**TESIS CON FALLA DE ORIGEN**



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.

A Dios por haberme prestado la vida para lograr esta meta, y a quien le debo todo lo que soy y lo que tengo.

A mi madre Graciela Manríquez Ayala, quien ha sido amiga en todo momento y quien me ha apoyado en los mejores momentos de mi vida así como en las situaciones difíciles.

A mi esposo Lic. Victor Hugo Flores Urquiza Villanueva, quien ha estado a mi lado con amor, paciencia y ternura, y quien ha sido mi impulso para lograr esta meta, a él mi eterno agradecimiento y mi amor infinito.

A mi hija Jessica Mariana Flores Urquiza Chávez, quien es y será la ilusión de mi vida, por esa sonrisa y ternura que día a día me entrega, y para quien quisiera ser ejemplo en todo momento, para ella con mi más profundo amor.

A mi hermano Ismael Chávez Manríquez, de quien he aprendido que uno no debe vencerse en la vida y quien ha sido ejemplo de lucha y perseverancia, a él con todo mi corazón y mi cariño.

A mi hermana Norma Chávez Manríquez, así  
Como a su familia Juan, Daniela y Sebastián  
Con quien he convivido momentos increíbles,  
y a quienes les tengo un gran cariño.

A mi hermana Ivonne Chávez  
Manríquez, su familia Rafael y Paola,  
con gran cariño, por ser la hermana  
menor, a quien siempre trataré de cuidar.

A mi padre Ismael Chávez Gudiño  
a quien le tengo respeto y cariño,  
por haberme dado la vida.

Al Lic. Carlos A. Borges Contreras,  
quien ha sido un amigo, y quien siempre  
me apoyo en la realización de esta tesis,  
a él con todo mi respeto y admiración,  
por haberme dado la oportunidad de  
aprender un poco de la figura del  
fideicomiso.

# INDICE

## INTRODUCCIÓN.

### CAPITULO PRIMERO

#### ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO

		1
1.1	En el Derecho Romano.	1
1.2	En el Derecho Germánico	4
1.3	En el Derecho Anglosajón	6
1.4	En el Derecho Mexicano	16

### CAPITULO SEGUNDO

#### NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO

		26
2.1	Naturaleza Jurídica	26
2.2	Elementos del fideicomiso	40
2.2.1	Objeto	53
2.2.2	Materia	56
2.2.3	Fines.	56

### CAPITULO TERCERO

#### TIPOS DE FIDEICOMISO

		60
3.1	Fideicomiso de Inversión	62
3.2	Fideicomiso de Administración	64
3.3.	Fideicomiso de Garantía	65
3.4.	Fideicomisos traslativos de Dominio	71
3.5.	Testamentarios	72
3.6.	Por disposición de la ley.	76

## **APITULO CUARTO**

<b>OMITÉ TÉCNICO</b>	<b>78</b>
1 Antecedentes en el Derecho Norteamericano	82
2 Aparición y práctica en México	83
3 Normas que rigen el Comité Técnico en el Fideicomiso Privado.	89
4 Comité Técnico en los fideicomisos Públicos o Gubernamentales	89
5 Constitución del Comité Técnico	91
6 Facultades de Comité Técnico	94
7 Figuras afines al Comité Técnico fiduciario	101

## **APITULO QUINTO**

<b>ESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS FIDUCIARIAS, CLAUSULAS MITATIVAS O EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD.</b>	<b>105</b>
1 Reglas generales sobre los contratos	107
2 Consecuencias obligatorias que se derivan del contrato para las partes	109
3 Responsabilidad civil y sus elementos	111
4 Responsabilidad civil de las Instituciones Fiduciarias	113
5 Responsabilidad de las fiduciarias por acción y omisión	115
6 Responsabilidad de la fiduciaria y el buen padre de familia	117
7 Excluyente de responsabilidad de la fiduciaria cuando existe Comité Técnico.	119
8 Responsabilidad objetiva de la fiduciaria en cumplimiento del fideicomiso.	121
9 Responsabilidad del Delegado Fiduciario.	122
10 Las obligaciones derivadas del contrato de fideicomiso y las cláusulas limitativas o eximentes de responsabilidad.	125

## **ROPUESTA**

<b>spectos que pueden contemplarse en los contratos de fideicomiso para reducir los riesgos en la actuación de las Instituciones Fiduciarias.</b>	<b>141</b>
---	------------

<b>CONCLUSIONES</b>	<b>148</b>
---------------------	------------

<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>155</b>
---------------------	------------

## **INTRODUCCION.**

El presente trabajo, más que un amplio conocimiento teórico, es un estudio sencillo motivado por el deseo de conocer a fondo una de las figuras más amplias e interesantes de nuestro derecho, como es el Fideicomiso.

El tema de éste trabajo es "La Responsabilidad Civil de las Instituciones fiduciarias", y aunque a primera vista parece que se trata de un trabajo mas sobre el tema del fideicomiso, en realidad no lo es. . al menos no se trata de un trabajo tradicional sobre el fideicomiso , es un trabajo que pretende aportar soluciones a los problemas que actualmente se viven en dichas Instituciones.

Al iniciar nuestro trabajo, recordaremos los antecedentes de la figura del fideicomiso, por lo cual pasaremos del derecho Romano al Germánico y Anglosajón, para concluir con los antecedentes que le dieron origen a la figura del fideicomiso en nuestro País.

Es importante destacar que todas las Instituciones Fiduciarias han unificado criterios para la operación de los fideicomisos, ya que no existe una legislación para llevar a cabo el manejo de estos. Cabe señalar que dichos criterios se toman en cuenta en base a los usos y costumbres bancarios, así como en los acuerdos que se toman en los congresos fiduciarios celebrados anualmente.

Es necesario mencionar que existen diversos tipos de fideicomisos con el fin de poder celebrar estos instrumentos de acuerdo a las necesidades de cada cliente, razón por la cual la operación y administración de cada fideicomiso es diferente.

En el capítulo cuarto, estudiaremos la figura del comité técnico, así como su aparición y práctica en México. Será muy interesante revisar las facultades de éste órgano dentro del fideicomiso, así como la comparación con las figuras afines como lo es el Consejo de Administración.

Para poder obtener la información necesaria para la realización de este trabajo, fue necesario llevar a cabo la investigación directamente en las instituciones fiduciarias (bancarias), con el fin de poder estar en posibilidades de aportar soluciones a los problemas que actualmente se viven en estos centros financieros.

Cabe mencionar que uno de los puntos de particular interés de las instituciones fiduciarias al momento de negociar y formalizar los fideicomisos es el relativo a la delimitación de las responsabilidades que como fiduciarias asumen en el desempeño de su cargo, ya que por no hacer estas significativas observaciones, muchos fiduciarios se han visto en problemas frente a terceros, tal y como lo podremos observar en el capítulo quinto de este trabajo.

Finalmente y después de haber realizado la investigación de este trabajo podremos contemplar algunas cláusulas para delimitar la responsabilidad en la actuación del fiduciario.



## CAPITULO PRIMERO ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO

### 1.1 ROMA

#### 1.- EL FIDEICOMISSUM:

El maestro Guillermo Flores Margadants en su obra "El Derecho Romano"(1), establece que en Roma rigieron disposiciones cuyo espíritu era evitar que heredaran determinadas personas; entre estos estaban por ejemplo, los peregrinos que carecían de la TESTAMENTI FACTIO PASIVA o sea de la capacidad para poder ser considerados como herederos, también estaban los solteros, viudos o divorciados no vueltos a casar (caelibes); los casados sin hijos legítimos vivos o concebidos ( los orbi ) y los peregrinos (peregrinus) los que carecían del IUS CAPITENDI, o sea que no podían beneficiarse por una herencia o legado. El testador con frecuencia deseaba beneficiar a quienes por ley no podían heredar, razón por la cual, para lograr su finalidad buscaba un heredero o legatario aparente y en MORTIS CAUSA les suplicaba que los bienes que con motivo de su fallecimiento le iban a ser transmitidos, los entregase posteriormente y en forma adecuada a quien efectivamente debía ser su beneficiario.

El mecanismo anterior lo podemos resumir de la siguiente manera "..... surge como un encargo dado a una persona para que trasmita parte o la totalidad de los bienes que integran la sucesión de quien hace el encargo, a favor de un tercero (FIDEICOMISARIOS), cuyo cumplimiento depende únicamente de la buena voluntad de la persona que recibe la sucesión gravada por el Fiduciario (FIDUCIARIUS)".

La relación anterior la podemos ejemplificar de la siguiente manera, "A" en su testamento designa heredero a "B" pero en secreto le encarga que los bienes que va a recibir se los entregue a "C" que es a quien desea beneficiar. Vemos así que "C" es el heredero real de "A" pero frente a terceros "B" es el heredero el cual teniendo los bienes a su nombre no puede disponer de ellos sino para cumplir con el encargo que se le hizo y "C", quien es el heredero real no puede disponer de su caudal hereditario hasta que "B" no le entregue los bienes.

Derivado de lo anterior podemos observar que esta relación de hechos se encuentra basada en la confianza dado que el heredero real no tiene elementos jurídicos para exigirle al fiduciario el cumplimiento del encargo que el testador le había hecho y por otra parte, el fiduciario podía no hacer honor a la confianza que se le había depositado y mantener para sí mismo el legado apoyándose en el testamento.

Tal y como podemos apreciar en la historia el temor de una defraudación no era teórico pues había muchos fiduciarios que se aprovechaban de estas circunstancias especialmente en los fideicomisos tácitos, en los cuales, no podría haber prueba en contra del fiduciario, en otros casos, aún existiendo prueba en contra del fiduciario el beneficiario carecía de apoyo legal para exigir lo que le correspondía ya que el medio usado no tenía cabida en el derecho, motivo por el cual, se cometieron muchos abusos hasta que los cónsules tuvieron que intervenir para constreñir a los fiduciarios a proceder como debían y así. "...Augusto encargó a sus cónsules que vigilaran el cumplimiento de los fideicomisos y, desde Claudio dos pretores especiales se ocuparon de las cuestiones fideicomisarias".(2)

Con esta intervención el fideicomiso sufrió una serie de restricciones y en tiempo de Vespasiano, a fin de evitar se defraudara la Ley Falcidia se introdujo el principio de la misma en los fideicomisos y así, los incapaces de recibir herencias

y legados fueron también incapaces de recibir fideicomisos, razón por la cual, éste perdió elasticidad pero no totalmente ya que algunas personas que carecían de la TESTAMENTI FACTIO PASSIVA podían recibir fideicomisos, y por medio de las interpretaciones del Senado Consulto Pegasiano, interpretación que Justiniano atribuyó al Senado Consulto Trebeliano, el heredero fiduciario podía retener para sí una cuarta parte de la herencia (cuarta pegasiana). (3)

## 2. EL FACTUM FIDUCIAE:

El maestro Jors W. Kunel en su obra "Derecho Privado Romano ", nos habla de que "Es un negocio entre vivos, apoyado en la confianza y celebrado en intereses de una o de las dos partes que en el intervienen".

Establece que existían dos clases de FACTUM FIDUCIAE y que eran:

### a) FACTUM FIDUCIAE CUM CREDITORE.

Este se desarrollo cuando no estaban reglamentadas las operaciones prendarias e hipotecarias y también para evitar las penas corporales que acarreaaba el incumplimiento de las obligaciones civiles.

Por medio de esta operación, el deudor transmitía la propiedad de un bien (el que constituía la garantía) a su acreedor y éste se obligaba a devolvérselo si dentro del plazo convenido cobraba la deuda, de lo contrario el acreedor estaba autorizado para quedarse con los bienes de que se tratara.

### b) FACTUM FIDUCIAE CUM AMICO.

Por medio de esta figura, una persona transmite la propiedad de una cosa a una persona de su confianza a fin de liberarse de obligaciones o evitar el peligro de

perder sus bienes en confiscaciones, por ejemplo: el perseguido político trasmite sus bienes a un amigo obligándose éste a devolverlos al transmitente cuando termina el peligro. (4)

La utilización de esta figura no siempre correspondía a fines lícitos, sino a actos simulados en perjuicios de terceros.

Al igual que el FIDEICOMISSUM, estos pactos estaban basados en la confianza depositada en el Fiduciario, razón por la cual, existían fiduciarios deshonestos que disfrutaban, o incluso vendían para sí los bienes que les confiaban apoyados en que dentro del marco jurídico eran los legítimos propietarios. Al aumentar el número de abusos se creó el recurso que permitía exigir responsabilidades al fiduciario deshonesto, o sea que, "Después de la cancelación el deudor disponía por virtud del pacto de una acción personal restitutoria llamada ACTIO FIDUCIAE".

## **1.2 ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN EL DERECHO GERMANICO**

El Lic. Villagordoa Lozano nos menciona que son tres las instituciones del Derecho Germánico que pueden considerarse como antecedentes del fideicomiso: La Prenda Inmobiliaria, El Manustidelis y El Salmán o Treuhand. (5)

La Prenda Inmobiliaria era una figura en virtud de la cual el deudor transmitía la propiedad de un bien inmueble mediante la entrega de una carta al acreedor y éste, a través de la suscripción de una contracarta, se obliga a devolver el bien al deudor siempre que cumpliera puntualmente con su obligación.

Aunque esta institución se asemeja al "Pactum Cum Creditore" del Derecho Romano, se distingue del mismo, en virtud de que solo operaba a bienes inmuebles.

El Manusfidelis, fue otra figura que tuvo gran relevancia, en el desarrollo del Derecho Germánico de las Sucesiones, ya que se utilizó para salvar prohibiciones o limitaciones legales que se imponían para determinar la calidad de los herederos legítimos.

De esta manera, cuando una persona deseaba realizar una donación "inter vivos", transmitía la cosa materia de la donación a una persona llamada fiduciario, quien a su vez la retransmitía a un tercero beneficiario, reservando para el donante un derecho de goce sobre la cosa donada, para que pudiera disfrutarla mientras viviera.

En virtud de que esta institución exigía un alto grado de confianza, la persona que desempeñaba el cargo era seleccionada de entre los miembros del Clero, ya que las facultades que se les conferían eran amplias e ilimitadas.

Para finalizar este apartado, hay que resaltar que el Salman o Treuhand, fue una institución constituida por una persona, que desempeñaba el cargo de fiduciario y que a su vez, era una especie de intermediario, quien llevaba a cabo la transmisión de un bien inmueble, de su propietario original al adquirente definitivo.(6)

El Salmán conocido en el derecho germánico antiguo, recibía las facultades del enajenante y se obligaba frente a él a transmitir el inmueble a un tercero, mientras que en la utilidad del Salmán del derecho germánico moderno, su obligación se manifiesta frente al adquirente.

En el siguiente apartado trataremos los antecedentes del fideicomiso en el derecho anglosajón que a nuestro parecer, si son elementos que constituyen la esencia misma de la institución.

### 1.3 ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN EL DERECHO ANGLOSAJON

Tal y como podemos observar en la obra del autor Oscar Rebasá en su obra "El Derecho Angloamericano", antiguos comentaristas del derecho inglés como Francis Bacon, han creído que el Trust Anglosajón proviene del fideicomiso romano; pero en vista de sus orígenes históricos y de su naturaleza jurídica, la verdad es que el Trust es sucesor histórico de otra institución inglesa aun más antigua que es el "Use" (uso), tal como lo sostienen los autores modernos. (7)

Al respecto, otros tratadistas encabezados por George Gleason Bogert, sostienen que los Uses fueron creados tomando como base el Treuhand o Salman Alemán, y no al Fideicommissum romano como muchos afirman.(8)

No obstante, la historia nos ha enseñado que "...desde tiempos inmemoriales y por diversos motivos en Inglaterra comenzó la práctica de que el propietario de una tierra traspasara el dominio de ella a otra persona denominada "Feoffee to use" (sujeto del derecho de uso), con el entendimiento entre las partes de que aún cuando el cesionario sería el dueño legítimo de la cosa, una tercera persona llamada "Cestui que use" (el que tiene el uso de la cosa), a quien el autor del uso quería favorecer, tendría el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios y prerrogativas del verdadero propietario con respecto al mismo bien. Mediante esta operación, el cesionario recibía el dominio pleno de la cosa o título de propietario en derecho; pero no para que el la aprovechara en su propio beneficio, sino con el encargo confiado a su buena fe, de que lo poseyera para uso exclusivo del "Cestui que Use".

Lo hasta aquí expuesto, pone de manifiesto a decir de los expositores del derecho anglosajón, que tanto el Use, precursor del Trust, como el fideicomiso romano, frente a las restricciones en materia de sucesiones, fueron los instrumentos

creados por los ingleses para llegar a la consecución de una gran variedad de contratos, independientemente de que sus objetos fueren morales o inmorales.

Un ejemplo de ello, se observa durante las guerras dinásticas acaecidas en Inglaterra, como sucedió por ejemplo en la llamada Guerra de las Rosas, en la que los bienes de los vencidos estaban expuestos a ser confiscados por los vencedores, como un castigo impuesto al delito de traición, que se imputaba a los del partido contrario. Por lo que, para prevenir tal confiscación, los participantes de dichas contiendas entregaban sus bienes a una persona de su confianza, con el objeto de que el cesionario poseyera estos bienes para el uso exclusivo del propio otorgante o de sus herederos.

Sin embargo, otros historiadores consideran que el origen principal del Use, fue la práctica empleada por las corporaciones eclesiásticas en Inglaterra, para eludir restricciones que las leyes de manos muertas imponía a la Iglesia, en materia de propiedad sobre bienes raíces.

Lo anterior, en vista de que los derechos que se asignaban al beneficiario del Use, denominado "Cestui que Use", no eran protegidos ni regulados por la ley común británica, reconocida como "Common Law", toda vez que había ocasiones, en que como se trataba más bien de cuestiones morales, nadie reconocía el derecho de los beneficiarios al uso de los bienes afectados por esta figura, así los jueces sólo reconocían al titular del dominio, ignorando al titular del Use, por lo que apareció una nueva jurisdicción, encomendándose su aplicación al Canciller del Rey, quien era una persona que se encargaba de administrar justicia independientemente del rigorismo del "Common Law", que a final de cuentas acabó por regular a la institución del Use y posteriormente al Trust. Fue así que se crearon los Tribunales de Equidad (Court of Chancery), los cuales se encargaban de aplicar la rama jurídica separada del "Common Law, llamada "equity". (9)

De acuerdo a lo expuesto, en el Reino Unido ha existido un doble sistema de administración de justicia. Sus dos partes integrantes fueron en un principio llamadas "Equity" (Equidad) y "Common Law" (Derecho Comùn). La primera era aplicada por la "Court of Chacery", cuyas normas son actualmente esgrimidas por los Tribunales de Equidad; y la segunda por los más antiguos Tribunales de "Common Law". (10)

Así, la institución del Use vio evolucionar paulatinamente su contenido, transformándose de una obligación moral a un acto de naturaleza jurídica, creado y desenvuelto por el derecho de equidad, así como la jurisdicción de los jueces encargados de su aplicación, quienes adoptaron para los Uses, las disposiciones que establecía el "Common Law" en lo relativo a la transmisión de dominio entre vivos o por sucesión, así como a su nacimiento.

De esta manera se marca el comienzo distintivo de la competencia jurisdiccional entre los jueces comunes y los tribunales de equidad, los cuales tratan de resolver aquellos casos con sus propias reglas diferentes a las previstas por el "Common Law". Desde aquel entonces, el cumplimiento del "Use" ya no quedaba exclusivamente a la buena fe del "Feoffee to Use", pues en caso de incumplimiento de su parte, el Canciller estaba facultado para ordenar que se ejecutara materialmente, el cumplimiento de una obligación en sus términos; y aún, que se restituyera cualquier propiedad por medio de los mandamientos llamados "Writ of Injunction" y "Writ of Subpoena", cuyo incumplimiento estaba sancionado con la pena de prisión, hasta que el rebelde las obedeciera. (11)

La práctica tan extensa que alcanzaron los Uses en el año de 1534, así como los inconvenientes que dicha figura presentaba al rey y a los terratenientes del país, sobre sus cuantiosos privilegios que se les otorgaban durante el régimen feudal,



motivó al Parlamento Inglés a expedir durante el reinado de Enrique VIII, la "Ley Sobre Usos", que disponía lo siguiente:

"... quien gozara del Uso sería considerado en lo sucesivo como propietario de pleno derecho, dando como resultado que todo traspaso de un bien raíz a determinada persona para uso de otra, produciría el efecto jurídico de transmitir la propiedad tanto conforme al "Common Law" como conforme al "Equity Law" para con el beneficiario del Uso, por lo que se eliminaba al intermediario o al "Feoffee to Use". (12)

Como es de apreciarse, el objeto principal de esta ley era abatir la distinción entre la dualidad legal de dominios, conforme al "Common Law" y, beneficios según la "Equity Law".

Tiempo después, la aplicación de la ley de los Usos se limitó, quedando fuera de su órbita la aplicación, en virtud de las siguientes circunstancias:

1. No tuvo aplicación cuando el Use se refería únicamente a bienes muebles.
2. Tampoco fueron materia de esta Ley los Usos que implicaban una labor positiva y de administración, que debía realizar el "Feoffee to Use. Estos Usos activos recibían el nombre de "Trusts".
3. La ley no fue aplicada tampoco a los Usos que se constituían sobre otro anterior, es decir, aquellos Usos que se constituían en cadena llamados "Use limited upos Use". En este caso la Ley de 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 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 que aplicaban el "Common Law" decidieron negarle validez al segundo Use; pero en cambio, las Cortes de Equidad determinaron, que si bien la persona favorecida en 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. (13)

De ésta manera, los Tribunales de Equidad lograron restablecer la institución que la Ley de Usos intentó abatir, así como la dualidad de dominios que la misma ley pretendió suprimir, con la única modificación de que la expresión de "Use" fue cambiada por la de Trust. Lo anterior, se debió probablemente a que los Usos activos eran llamados Trusts; o bien porque las cortes de Equidad, queriendo evitar la expedición de esta nueva ley sobre la materia, hicieron que la expresión "Use" fuera desapareciendo.

Hay que mencionar, que el sistema inglés de equidad y jurisprudencia, del cual formaba parte el Use, fue adoptado por las colonias y por los trece Estados Americanos originales, y que actualmente constituye el fundamento jurídico sobre el cual se basa la actual ley de Trusts Norteamericana.

Más tarde, a finales del siglo XVII los Trusts tuvieron mucho auge en América, en virtud de que el sistema inglés se había desarrollado considerablemente y fue adoptado casi en su totalidad por los Estados Unidos de América y demás países americanos.

La contribución de los Estados Unidos de América en el desarrollo del Trust, consistió en el desempeño corporativo de las funciones de Trustee; en Inglaterra se disponía que ninguna corporación podía actuar como Trustee; sin embargo, en

Estados Unidos se crearon corporaciones con poder para administrar Trusts (Trust Companies), razón por la cual su utilización se hacía cada vez más frecuente.

El resultado de lo anterior fue que el Trustee en Estados Unidos comenzó a recibir compensación por su actuación, a diferencia de Inglaterra, en donde el Trustee, no recibía compensación económica alguna, a menos que estuviera pactado en el instrumento creador del Trusts.

Los antecedentes más remotos que se han registrado en cuanto a las primeras corporaciones del Trust llamadas "Trust Companies", que aparecieron en Estados Unidos, datan del 24 de Febrero de 1818, cuando la legislatura de Massachusetts, concedió a la sociedad denominada "Massachusetts Hospital Life Insurance Company de Boston", la autorización para celebrar toda clase de contratos relativos a riesgos de muerte y pérdidas pecuniarias en general, así como para otorgar los convenios, pólizas y demás instrumentos necesarios, según el caso lo ameritara. Entendiéndose que dentro de sus facultades para celebrar dicha clase de contratos, se incluía la aceptación de Trusts, lo cual fue confirmado cinco años después por la modificación que hizo la legislatura a la autorización antes señalada, al permitir expresamente a la sociedad, invertir el efectivo que retuviera en la compra de rentas vitalicias o en Trusts. (14)

El Trust que permitía la modificación aludida, no era un Trust en el significado estricto de la palabra, sino que este se podría asimilar a un depósito a plazo, que daba derecho al beneficiario para recibir una participación en un fondo integrado con los ingresos generales, derivados de todos los fondos depositados en la compañía que lo desarrollaba y no sólo los de su fondo individual.

Ha habido dudas respecto a si esa sociedad o Trust Company, al aceptar los Trust en los años anteriores a la modificación, actuaba en exceso de sus

facultades. Si asumimos que su actuación no rebasaba sus límites legales, sería entonces la primera institución de Trust constituida en los Estados Unidos; de lo contrario la de mayor antigüedad sería la sociedad denominada "Farmers Fire Insurance and Law Company", actualmente City Bank Farmers Trust.

Después de haber alcanzado su consolidación como una figura jurídica capaz de integrar su mecanismo a toda actividad u objeto lícito, el trust se definió como "una relación fiduciaria en la cual una persona es quien detenta la propiedad de un determinado bien, sujeto a la obligación de conservar o usar la propiedad para beneficio de otro. De acuerdo con las Cortes de Equidad, se trata de una relación fiduciaria en virtud de que, el beneficiario está obligado a depositar su confianza en el fiduciario, quien tiene un alto grado de control sobre los asuntos del beneficiario, debiendo por lo tanto actuar con un alto grado de honestidad".

Otros autores como Phillip H. Pettit definen al Trust como una obligación de equidad que obliga a una persona llamada "Trustee" (fiduciario) a ocuparse de alguna propiedad (trust property) sobre la cual tiene el control, para beneficio de alguna persona (beneficiario o cestui que trust). Dicha persona beneficiaria puede ser el mismo "Trustee", o cualquier otra persona capaz de obligarse.

Según el maestro Jors W. Kunkel, en todo Trust intervienen tres personas a saber:

1. "Settlor" o fideicomitente, que es la persona creadora del Trust.
2. "Trustee" o fiduciario, quien es el titular del bien o del derecho que se fideicomite. En el Trust, a diferencia del fideicomiso mexicano en que el Trustee o fiduciario deben ser necesariamente una institución financiera, dicho encargo puede recaer en una Trust Company o bien, en una persona física habilitada para ello legalmente.

3. "Beneficiario", "Cestui que Trust" o fideicomisario, que es la persona a quien se pretende favorecer con el Trust y que al igual que en nuestro derecho, puede tratarse del propio settlor o fideicomitente. (15)

Como puede apreciarse, las funciones de los elementos personales del Trust son muy semejantes a las de nuestro fideicomiso; sin embargo, consideramos que no son idénticas en virtud de la mayor amplitud de acción de dichos elementos en el fideicomiso mexicano.

En el Trust a diferencia del fideicomiso mexicano, el fideicomitente puede ser fiduciario a la vez, por lo que el Trust puede existir validamente con dos partes. Sin embargo, un individuo no puede reunir a la vez las tres calidades de fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, tal y como sucede en el Derecho Positivo Mexicano, en el que tampoco se puede tener el doble carácter de fiduciario y fideicomisario.

En algunos Trusts no hay Settlor, por lo que reciben el nombre de "Trusts Constructivos", y son aquellos que la ley implementa con el objeto de lograr y alcanzar la justicia, es decir las Cortes dan vida a estos Trusts como consecuencia del actuar de alguna persona.

Cualquier persona puede tener el carácter de Settlor siempre y cuando tenga la capacidad de hacer testamento, de contratar, de gozar y ejercitar sus derechos patrimoniales, y que pueda disponer de ellos a su arbitrio.

Por otra parte, para ser Trustee no sólo se requiere la capacidad de gozar de los bienes y derechos que constituyan su materia, sino que se necesita la capacidad

para ejercitar tales derechos, con el objeto de evitar los perjuicios que se pudieran ocasionar a los beneficiarios del Trust. Cualquier persona capaz de ser propietario por si mismo, puede ser el beneficiario de un Trust.

Los Trust en los Estados Unidos se dividen en dos grandes ramas:

1. Trusts que nacen por la voluntad de las partes.
2. Trusts que nacen por ministerio de la ley.

En virtud de lo extenso que resultaría hacer una explicación detallada de cada clase de Trust, procederemos a explicar brevemente cada uno de sus tipos genéricos.

De tal forma, se puede decir que existen dos categorías fundamentales de Trusts; el "Express Trust" y el "Implied Trust".

El "Express Trust" se constituye por la voluntad expresa del "Settlor" (fideicomitente) y, a su vez, se divide en "Executed Trust" y "Executory Trusts".

El Trust ejecutado, "executed", es aquel en el cual se conceden derechos al beneficiario, condicionados a la realización de ciertos actos por una tercera persona.

Asimismo, el "Express Trust" puede también ser instrumental, en el cual el Trustee debe seguir rigurosamente las instrucciones dadas, y puede ser "discretionary", en el cual el Trustee tiene un poder de apreciación que le habilita para actuar discrecionalmente.

Por último, cabe señalar que el "Express Trust" puede ser privado, cuando se establece a favor de personas determinadas o bien, público, que es aquél que interesa a la sociedad en general.

Al seguir en este orden de ideas, encontramos que el "Implied Trust" debe su existencia a los tribunales de equidad y se divide en dos clases: los "resulting trusts" y los "constructive trusts".

Los "resulting trusts" (presuntivos), son creados cuando el tribunal de equidad tiene presunción jurídica, a juzgar por ciertos actos, que una persona pretendió constituir un express trust pero por determinadas circunstancias no llegó a constituirse.

A su vez, los "constructive trusts" (forzosos), son creados por el propio tribunal con el objeto de evitar que alguna persona se enriquezca ilegítimamente en perjuicio de un tercero.

Para concluir con el estudio de los antecedentes angloamericanos de nuestro fideicomiso, expondremos las causas que motivan la extinción de los Trusts, misma que se observa, según lo establecido por el Lic. Batiza en su obra "El Fideicomiso Teoría y práctica" (16).

1. Por cesión del título legal de propiedad que haga el "Trustee" al "Cestui que Trust".
2. Por liberación del "Cestui que Trust" - si fuera sui juris - al "Trustee".
3. Por cesión de derechos hecha por el "Trustee" y por el "Cestui que Trust" si fuera sui juris - a una tercera persona.

4. Por el "Cestui que Trust" que hereda el título legal de "Trustee" o el "Trustee" que hereda el interés en equidad del "Cestui que Trust".
5. Por renovación, donde por términos de la creación del Trust la facultad de renovación ha sido reservada para el Settlor.
6. En algunas jurisdicciones, por estatuto, donde los fines de un Trust se han cumplido y el Trust se vuelve árido o pasivo, el título del Truste es transmitido por su propio derecho al "Cestui que Trust".

A manera de comentario, hay que anotar que aproximadamente unos 35 años antes de la adopción legislativa del fideicomiso en México, se había utilizado en nuestro país una variedad del Trust de importancia reconocida en el desarrollo de los Estados Unidos, como instrumento de garantía en emisiones de bonos destinados a financiar la construcción de ferrocarriles; y que el Código Civil de 1884 y la Ley de Ferrocarriles de 1889, permitieron que el Trust otorgado en el extranjero tuviera plenos efectos en México.

#### **1.4 ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN EL DERECHO MEXICANO.**

En nuestro país, es a partir del presente siglo en que surge la necesidad por parte de los legisladores y la doctrina, de regular adecuadamente esta figura tomada del sistema angloamericano, por lo que el 21 de Noviembre de 1905 el entonces Secretario de Hacienda, señor José Limantour, sometió un proyecto a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, por lo cual lleva su nombre y que facultaba al Ejecutivo para expedir la ley que permitiera la constitución, en la República Mexicana, de instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de "Agentes fideicomisarios". Dicho proyecto expresaba en su Exposición de Motivos entre otras cosas que en virtud del rápido desenvolvimiento de los negocios comerciales dado en el país, no podía pasar



desapercibida la necesidad de contar con ciertas organizaciones especiales que en los países anglosajones se denominaban Trust Companies, cuya función consiste en ejecutar actos y operaciones en los cuales no tienen interés directo, obrando como meros intermediarios en beneficio de las personas interesadas o de terceras personas y que desde el momento en que se trata de organizar instituciones especiales que realicen sistemáticamente estas actividades se hace necesaria su reglamentación, con el objeto de proteger los intereses de los particulares, así como para brindar una garantía adecuada y una mayor protección a los intereses confiados a esas instituciones. (17)

El proyecto consta de ocho artículos, de los que consideramos oportuno citar los siguientes:

Artículo Tercero.- El fideicomiso aportará un derecho real respecto de los bienes sobre los que se constituya. La ley definirá la naturaleza y efectos de ese derecho y los requisitos para hacerlo valer.

Artículo Octavo.- Se faculta al Ejecutivo para que modifique la legislación civil, mercantil y de procedimientos, en los puntos en que ello sea estrictamente necesario para asegurar la función de las instituciones fideicomisarias y la firmeza de los contratos y actos que estén autorizados a ejecutar.

Cabe hacer mención de que el término con que se denominó a este tipo de instituciones dentro del proyecto, era erróneo, al llamarlas fideicomisarias y no fiduciarias, que era lo correcto.

A este respecto, podemos mencionar que la denominación del fideicomiso en nuestra legislación, no obedece estrictamente a su significado etimológico, sino que más bien parecería ser meramente arbitraria ya que en la actualidad, los múltiples contratos de fideicomiso que celebran las instituciones financieras son

operaciones en ocasiones complejas y desde luego, más que simples encargos basados en la confianza y la buena fe.

Así pues, este proyecto nunca llegó a discutirse, probablemente por razones políticas de la época, a pesar de que se dio cuenta de él en sesión de la Cámara de Diputados el mismo día en que fue enviado. Sin embargo, merece ser citado en virtud de que su contenido fue el primer intento legislativo en el mundo para adaptar el Trust a un sistema de tradición romanista.

Aproximadamente 18 años después del proyecto anteriormente mencionado, se emitió otro proyecto denominado "Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro" cuyo autor fue Don Enrique C. Creel.

Este proyecto corregía la terminología empleada en el anterior, al cambiar la denominación de "Instituciones fideicomisarias" por la de "Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro", y proponía que se facultara al Poder Ejecutivo Federal, para expedir una ley que detallara las bases constitutivas y de operación de las compañías citadas.

Es de observarse, que el señor Creel trató de aplicar mediante su proyecto, más que la legislación, la práctica estadounidense de esta institución, estudiada por él durante más de nueve años de estancia en la Unión Americana.

Dentro de las operaciones que regulaba el proyecto en cita, se pueden mencionar entre otros, las de aceptación de hipotecas y contratos de fideicomiso de toda clase de propiedades, así como recibir bienes de viudas, huérfanos y niños.

En este proyecto se propusieron diecisiete bases, conforme a las cuales el Ejecutivo expediría una ley especial. Este proyecto, así como el de Limantour,

jamás fue sancionado, pero sentó otro precedente que indudablemente influyó en la legislación posterior.

De acuerdo con el maestro Jorge Piña Medina en su libro "Las Instituciones Fiduciarias y fideicomiso en México, menciona que años más tarde, el 24 de Diciembre de 1923, la Secretaría de Hacienda dirigió a los bancos, una convocatoria para reunirse con representantes del Estado. Como consecuencia de dicha convocatoria en el mes de Febrero de 1924 se celebró en la ciudad de Monterrey, N.L., la primera convención bancaria, en donde se propuso la reglamentación de las compañías bancarias del fideicomiso, que en los Estados Unidos se conocían como "trust companies". Así, en Diciembre de 1924 se expidió la Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 16 de Enero de 1925, cuyos antecedentes directos fueron los proyectos de Limantour y de Creel, así como la ley panameña de la materia, inspirada en las ideas de Ricardo Alfaro. (18)

Esta ley se refería a los bancos que desarrollaban fideicomisos, diciendo que son aquellos que sirven a los intereses del público en diversas formas, principalmente, administrando los capitales que se les confían. Sin embargo, dichos bancos no fueron reglamentados, sino que se previno que habrían de regirse por una ley especial, encomendando su estudio a la Comisión Permanente de la Convención Nacional Bancaria.

Posteriormente se promulgó la "Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926", publicada en el Diario Oficial de la Federación del "9 de Noviembre del mismo año, la cual abrogó a la ley anterior.

La característica distintiva de esta ley, era que se consideraba a los bienes y derechos entregados en fideicomiso, como salidos del patrimonio del

fideicomitente, en cuanto fuere necesario para la ejecución del fideicomiso o por lo menos, gravados a favor del fideicomisario.

Como se puede advertir, hubo un avance muy decidido del legislador al usar la frase "...como salidos del patrimonio del fideicomitente en cuanto fuere necesario para la ejecución del fideicomiso...", determinando así perfectamente una característica esencial de esta institución, pero al mismo tiempo dando muestras de tibieza, al concluir con la frase, "o por lo menos gravados a favor del fideicomisario". El ordenamiento en cita, reiteraba que en caso de que hubiere traslación de dominio en los fideicomisos constituidos sobre bienes inmuebles, éste se inscribiría en la sección de la propiedad del Registro Público.

Acerca de la tutela jurídica ejercida por la legislación en análisis, el maestro Rodolfo Batiza afirma que los primeros fideicomisos de garantía en México fueron celebrados bajo la vigencia de esta ley. (19)

De acuerdo con lo citado por el autor Jorge Piña Medina, después de diversos Decretos que modificaron, adicionaron y suprimieron diversas disposiciones de la Ley de 1926, se promulgó la "Ley General de Instituciones de Crédito de 1932", cuya exposición de motivos, en el apartado primero consideraba que:

"La orientación que definitivamente se ha dado al Banco de México, concibiéndolo como Banco Central y consiguientemente manteniéndolo alejado del crédito para permitirle cumplir con segura eficacia sus más elevadas funciones, ha impuesto la necesidad de una transformación en todo el régimen de crédito del país, tanto para integrar el sistema del Banco de México mismo, cuanto para lograr que las operaciones de crédito y las instituciones que a su práctica se dedican, ofrezcan, a la vez, la estabilidad necesaria de una buena técnica y la elasticidad exigida por las circunstancias y por las necesidades de la República.

La propia exposición de motivos de la ley en comento, se refería al fideicomiso como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario. (20)

Como se puede observar, esta ley precisa los efectos y naturaleza del fideicomiso, que la ley de 1926 consideraba absurdamente como un mandato irrevocable, destruyendo por lo tanto toda confusión entre el fideicomiso y los actos de administración o de representación de terceros; sin embargo, las instituciones fiduciarias quedaron facultadas para aceptar y desempeñar mandatos y comisiones de toda clase, así como encargarse de albaceazgos, sindicaturas y tutelas entre otras operaciones. (21)

Días después, al cumplirse apenas un mes de promulgada la ley de 1932, se promulgó la "Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito", el 26 de Agosto del mismo año, cuyo título segundo, en su capítulo quinto, regula sustantivamente al fideicomiso.

Nueve años más tarde, se promulga la "Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares" de 1941 (LGICOA), observándose que con esta última ley y la de Títulos y Operaciones de Crédito, se establece el estatuto legal del fideicomiso en México. (22)

Así, la regulación aludida perduraría hasta el mes de Septiembre de 1982, en que con motivo de la nacionalización de la banca y con el objeto de reordenar las disposiciones bancarias en general y en particular establecer una tutela adecuada para el fideicomiso, se promulgó la "Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito", publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de Diciembre de 1982. Pese a su denominación precisa, dicha ley coexistió con la "Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares" de 1941, hasta la abrogación de ambas en 1990, toda vez que desde la promulgación de la

primera, se sabía que estaba concebida como un ordenamiento transitorio, para adecuar a la banca a su nueva normatividad, en virtud de la nacionalización.

Dos años más tarde, el 28 de Diciembre de 1984 se expide una nueva "Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito"; publicada en el Diario Oficial de la Federación del 14 de Enero de 1985, que entrara en vigor el día siguiente, misma que derogó la "Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares" de 1941, y abrogó la "Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito" de 1982.

El sistema normativo de la nueva ley, reconocía sólo dos tipos de Instituciones de Crédito a saber: las que distinguían como Instituciones de Crédito de Banca Múltiple y las de Banca de Desarrollo, permitiendo que ambas clases de instituciones realizaran operaciones de fideicomiso.

Así, el ordenamiento en cita regulaba al fideicomiso en diversos preceptos, pero fue precisamente en su capítulo quinto, denominado "de los servicios", donde especialmente se establecían las reglas de operaciones.

Tiempo después, el 19 de Julio de 1990, entró en vigor la nueva "Ley de Instituciones de Crédito", promulgada el 16 de Julio de 1990 y publicada en el Diario Oficial de la Federación del 18 de Julio del mismo año, que abrogó a la "Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca de Crédito" de 1985 y definitivamente a la "Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares".(23)

Sin embargo, el contenido de la legislación vigente en cuanto a la regulación del fideicomiso, continúa sin modificación alguna; no obstante, cabe señalar que el ordenamiento aludido fue expedido con el fin de dar una nueva y adecuada

regulación a las Instituciones de Crédito, con motivo de su transformación, de Sociedades Nacionales de Crédito a Sociedades Anónimas.

Para concluir este apartado, vale la pena aclarar que si bien es cierto que nuestro fideicomiso tiene cierta analogía con el Trust Anglosajón así como la Fiduciaria Romana; y que el legislador en cierta forma se inspiró en dichas instituciones, también es cierto que nos encontramos frente a una figura a la que en México se le ha dado ya una mayor dimensión de la que sus antecedentes tuvieron; con luz propia y con independencia de estructura, así como con consecuencias jurídicas particulares; y que su evolución histórica seguramente no concluirá con la expedición de la nueva ley mencionada, puesto que como se ha visto a lo largo de la presente exposición, el fideicomiso mexicano poco a poco se ha ido configurando con características propias, que han originado una figura sui generis del sistema legal de nuestro país.

## CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 1.- Guillermo Flores Margadants, "El Derecho Romano", Editorial Esfinge S.A., tercera Edición , México 1968, pág. 489.
- 2.- Villagordoa Lozano J: Manuel. "Doctrina General del Fideicomiso". Primera Edición , Editorial Porrúa, S.A. México 1962. Pág. 321.
- 3.- Guillermo Flores Margadants . Obra Citada. Pág. 495.
- 4.- Jors W. Kunel. "Derecho Privado Romano", Editorial Labor, S.A. México 1965. pág. 221.
- 5.- Villagordoa Lozano: J. Manuel: Obra citada. Pág. 6.
- 6.- Idem. Pág. 6.
- 7.- Rebaso Oscar "El Derecho Angloamericano", Primera Edición, Editorial Porrúa, México 1982. Pág. 270.
- 8.- Idem. Pág. 271.
- 9.- Idem. Pág. 271
- 10.- Idem. Pág. 274, 275.
- 11.- Idem. Pág. 278.



12.- Alejandro Hernández de la Portilla. "Ciclo de Conferencias". Editado por el Banco de Comercio S. A. Primera Edición, México 1975, Pág. 4.

13.- Idem. Pág. 5.

14.- Idem. Pág. 5.

15.- Jors W. Kunel. Obra citada. Pág. 223

16.- Rodolfo Batiza. "El Fideicomiso Teoría y Práctica". Primera Edición, Editorial Porrúa S.A. , México 1980, Págs. 98, 99, 100, 101

17.- Alejandro Hernández de la Portilla. Obra citada. Pág. 6.

18.- Jorge Piña Medina. "Las Instituciones Fiduciarias y El Fideicomiso en México".. Primera Edición Editorial Libros de México, S.A. Pag. 112.

19.- Rodolfo Batiza. Obra Citada. Pág. 114.

20.- Jorge Piña Medina. Obra Citada. Pág. 112.

21.- Idem. Pág. 113.

22.- Idem. Pág. 113.

23.- Idem. Pág. 114.

## CAPITULO SEGUNDO

### NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO

#### 2.1. NATURALEZA JURIDICA

##### I.- FIDEICOMISO MANDATO

Alfaro, jurista panameño, fue el primero en intentar una adaptación del TRUST ANGLOSAJON a los sistemas jurídicos romanistas. Consideró al fideicomiso como especie de mandato basándose en que si el mandato es un contrato por el cual una persona presta un servicio o hace alguna cosa por cuenta o encargo de otra, y si el fideicomiso es la realización de algún acto por encargo de algún fideicomitente, podemos resumir que el fiduciario es un mandatario y el fideicomitente el mandante. (1)

Consecuentemente el fideicomiso en esencia es un mandato, el cual se puede definir de la siguiente manera: "... mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario".

Tomando en cuenta la transmisión de que son objeto los bienes fideicomitados, es suficiente para determinar que mandato y el fideicomiso son figuras diferentes, el mandatario no es dueño, lo es el mandante y en el fideicomiso los bienes forman una masa separada del patrimonio del fideicomitente, estos bienes se sujetan a un régimen nuevo muy diferente al producido por el mandato.

Estas figuras tienen en común que en el fideicomiso, el fiduciario obra más en nombre propio, por cuenta ajena, debido a las limitaciones en su dominio, situación similar a la del mandato en que el mandatario puede obrar a nombre del mandante, o en el mandato sin representación en que el mandatario obra de acuerdo a las instrucciones del mandante.

Nuestra Suprema Corte de Justicia, reconoció el efecto traslativo de dominio del fideicomiso en la ejecutoria siguiente; amparo civil directo No. 2064 de 1952 Sec. 2ª. Acosta Sierra Francisco Sem. Jud. de la Fed. T. CXVIII. Vol. 2, pp. 1082 - 1101, en el cual hizo las siguientes consideraciones "..... en el fideicomiso, a semejanza del mandatario que actúa en interés y por cuenta de su mandante, la fiduciaria actúa en interés del fideicomisario y por cuenta del fideicomitente"; "...entre el fideicomitente y la fiduciaria hay una relación de causahabientes dado que aquél transmite a éste el dominio de los bienes fideicomitados y al extinguirse el fideicomiso se opera la retransmisión del dominio de esos bienes de la fiduciaria al fideicomitente, por lo que resulta insuficiente la figura del mandato para explicar la capacidad jurídica de la fiduciaria para ejecutar los actos jurídicos que se le han encomendado por el fideicomiso, ya que la misma fiduciaria en el ejercicio del fideicomiso no actúa en nombre de otro, sino que ejerce un derecho propio, en virtud de que tiene el dominio sobre los bienes afectados al fideicomiso, sin perjuicio de su obligación de rendir cuentas al fideicomitente y de devolver los bienes que resulten a la terminación del fideicomiso" (Rodolfo Batiza, trabajo presentado en el Seminario sobre Servicios Fiduciarios, Organizado por el Comité de Fiduciarios del Centro Bancario de Monterrey, septiembre de 1971). (2)

El mismo Alfaro llegó a considerar que el concepto de mandato es insuficiente para caracterizar el trust proponiendo una nueva definición "El Fideicomiso es un acto en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada Fiduciaria, para que disponga de ellos conforme lo ordena la persona que los transmite llamada Fideicomitente a beneficio de un tercero llamado

Fideicomisario", "... quedan comprendidos en esta definición los tres elementos constitutivos del acto a saber": (3)

"1.- La transmisión del Patrimonio"

"2.- La destinación que se da al Patrimonio"

"3.- El encargo que debe ejecutar".

No podemos aceptar tampoco esta segunda definición porque al tercer elemento mencionado no lo define como "... la obligación del Fiduciario de ejercitar los derechos que se le han transmitido para el cumplimiento de los fines del Fideicomiso".

## **II.- EL FIDEICOMISO COMO PATRIMONIO SIN TITULAR.**

"Se define reiteradamente al patrimonio como un conjunto de derechos y obligaciones apreciables en dinero que pertenecen a una persona y que forman una unidad".

Para Brinz, existen dos tipos de patrimonio, personales e impersonales afectos a un fin o patrimonio de destino. Los primeros pertenecen a un sujeto de derechos y los segundos carecen de dueño y se encuentran adscritos al logro de un fin determinado, estos patrimonios tienen derechos que pertenecen a algo o sea al patrimonio mismo. (4)

Estas consideraciones han sido adaptadas para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso.

La presente teoría fue obra de Lepaulle, respecto del Trust y es representada en México por Landerreche Obregón, sin embargo las opiniones de este autor tuvieron gran influencia en el legislador de 1932. (5)

Para Lepaulle "...para que exista un Trust basta que haya bienes afectos al mismo, además, afectación prevista. El único ser esencial para el funcionamiento del Trust es el TRUSTEE (que equivale al Fiduciario), cuyos derechos y obligaciones varían en función de una sola cosa que es fundamental; la misión que debe realizar" "---- de que depende esta misión? de la afectación prevista de los bienes. Esta afectación puede ser determinada por voluntad del SETTLOR, por la ley o por la jurisprudencia, pero su fuente no es en realidad sino un elemento secundario. Para que haya Trust se necesita una RES, es decir, bienes y afectación prevista para los mismos, nada más es indispensable para la existencia jurídica de un Trust, el TRUSTEE solamente es un medio de realizar prácticamente esa afectación". (6)

Por lo tanto la afectación no se realiza por sí sola siendo indispensable un medio para realizarla y este medio es el TRUSTEE el único sujeto de derecho necesario para el funcionamiento del TRUST, puede no existir el SETTLOR ni CESTUI QUE TRUST.

El mismo autor propone la siguiente definición del TRUST "... Una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derechos que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que les sean útiles para cumplir dicha obligación".

Asimismo, este mismo autor considera que, "... si el Trust es una afectación de bienes, constituye una noción jurídica que no puede reducirse al derecho de

propiedad individual, sino se encuentra por decirlo así en el mismo plano que ese derecho". (7)

Se encuentran en el TRUST elementos que son "... totalmente extraños a la noción de propiedad y siempre hay en el TRUST la idea de un fin que realizar, lo que no ocurre en el caso de propiedad individual", pues se encuentra "... que el trust y el derecho de propiedad están fundados en Filosofías opuestas", y concluye afirmando que la teoría del TRUST se opone a la concepción de propiedad individual por su carácter social, y por lo mismo, se opone a las teorías individuales del derecho subjetivo.

En los mismos términos se expresa Landereche Obregón, cuando afirma que "resulta económica y jurídicamente fundada la formación de un patrimonio autónomo destinado a un fin lícito, sin que necesariamente tenga como requisito la existencia de un propietario determinado, sino como simple condición la de un órgano que realice el fin que se persigue", por tanto el fideicomiso, "Constituye un patrimonio autónomo, es decir, que no pertenece a ninguna de las personas que participan en el fideicomiso, y al cual quedan transferidos los derechos afectados por el Fideicomitente". (8)

Del patrimonio autónomo del fideicomiso se desprenden las siguientes consecuencias: "... constituye una unidad que se conserva en el tiempo mientras dure el fideicomiso, independientemente que los bienes que lo formulaban en su origen se substituyan por otros que quedan, como los sustituidos, afectos al fin del fideicomiso", "... respecto de los bienes de este (fideicomiso) no pueden ejercitarse sino los derechos y acciones que a su fin se refieran", y por último "... queda legalmente fuera de la quiebra del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario, en tanto que el patrimonio del fideicomiso como tal puede ser objeto de quiebra, sin que por ello su parte afecte al patrimonio del fiduciario".

Esta misma teoría es adoptada por Arrechea Alvarez, al afirmar que "... no necesariamente algunas de las partes que intervienen en el negocio ha de ser la propietaria del patrimonio fideicomitido." En consecuencia los bienes por encontrarse afectos a un fin carecen de dueño independientemente de los actos dominicales que sobre ellos pueda realizar el fiduciario. (9)

Rechazamos la teoría del patrimonio sin titular porque no podemos admitir la existencia de un derecho sin titular.

De acuerdo con la teoría del maestro Eduardo García Maynez "... todo derecho es AFORTIORI, facultad jurídica de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado. Hablar de derecho sin titular es contradecirse. La noción de deber encontrarse ligada inseparablemente al concepto de persona; entre ellos haya una relación del mismo tipo que la que existe entre las ideas de sustancia y atributo".

Respecto de la teoría de Brinz, el maestro García Maynez considera que aún los patrimonios personales se encuentran destinados a la consecución de determinadas finalidades por lo cual la división correcta sería entre patrimonios adscritos a un fin especial y patrimonios que no están adscritos a un fin determinado. Tomando en cuenta el primer caso, en que el patrimonio se encuentra destinado a un fin específico, esto no significa que sean sujetos de derechos sino que son patrimonios autónomos pero que forman parte del patrimonio general del sujeto. "Son patrimonios de afectación y sin embargo, no podemos considerarlos como sujetos jurídicos". (10)

En opinión de Vázquez Arminio el TRUSTEE (o el fiduciario en nuestro derecho), no es sólo el medio para lograr la afectación de bienes que se realiza en el TRUST o FIDEICOMISO, sino que es el titular de esos derechos para poder obtener la consecución de los fines propios de esta operación. (11)

"El derecho de propiedad no se debe entender como contradictorio del concepto de afectación de bienes; debe considerarse como un derecho que en múltiples casos se transmite al TRUSTEE o Fiduciario, para lograr la realización de las finalidades propuestas en el TRUST o en el FIDEICOMISO" opinión que encontramos acorde con el Artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Por su parte, Rodolfo Batiza, considera que el autor de esa teoría llegó a extremos inadmisibles "... por su excesivo simplismo y artificialidad, que no responden a la realidad de la Institución", "... lo que se ve más gráficamente cuando pretende demostrar que ninguna de las tres personas integrantes de la relación jurídica es esencial para su existencia, teniendo que recurrir a ejemplos en que mezcla especies diversas de TRUST (expreso interpretativo y honorario), y aún al sofisma fácilmente destructible de que la designación de TRUSTEE puede omitirse, sin que ello perjudique ni a la existencia ni a la validez del TRUST; por supuesto, pero el Juez hará la designación, lo que demuestra el carácter esencial del cargo". (12)

### **III. EL FIDEICOMISO COMO DESDOBLAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD.**

Esta teoría trata de explicar la naturaleza jurídica del Fideicomiso como un desdoblamiento del derecho de propiedad y como consecuencia de este se obtiene dos titulares de un determinado bien, el fiduciario que tiene la titularidad jurídica y el beneficiario la titularidad económica, "En resumen, concurre sobre una misma cosa dos derechos reales: el del fiduciario sin contenido económico y con todos sus efectos normales que le permiten reivindicar de un tercero que detente o posea sin justo título, y el del fideicomisario, por el contrario, con un



valor económico pero con efectos excepcionales que más bien tienden hacia la protección del fideicomiso contra los actos indebidos del fiduciario, aunque encuentra las limitaciones que impone la naturaleza de los fines objeto de la operación".

"Ahora bien, para regresar a aquel desdoblamiento del que habíamos partido, diremos que él se atribuye a dos sujetos diversos, al fiduciario (o TRUSTEE), por un lado, y al beneficio (CESTUI QUE TRUST) por el otro, y además se les otorga una tutela distinta, reconociéndose sobre la cosa fideicomitida (INTRUST), al primero de un señorío legal (LEGAL STATE) y al segundo de un señorío equitativo (EQUITABLE STATE)".

No podemos admitir esta teoría por que va en contra de la naturaleza de ese derecho real, ya que se trata de un derecho absoluto que excluye la posibilidad de dos titulares diferentes en el que la existencia de uno excluye necesariamente a cualquier otro.

"El sistema de derecho inglés se desarrolla en un doble orden jurídico: El Derecho Común y el Derecho de Equidad, ambos órdenes son contemporáneos, de tal manera, que pueden coexistir dos titulares diferentes a cerca de un mismo derecho.

No ocurre lo mismo en los regímenes jurídicos de ascendencia latina, donde el orden jurídico es único dentro del mismo, respecto de un derecho, sólo se puede reconocer a un titular; la existencia de cualquier otro titular respecto del mismo derecho.

#### **IV.- EL FIDEICOMISO COMO UNA TRANSMISION DE DERECHOS DE LOS QUE ES TITULAR EL FIDUCIARIO.**

Algunos autores tratan de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso conforme a esta teoría y entre nosotros el más destacado expositor es el Dr. Joaquín Rodríguez y Rodríguez, quien analiza al Fideicomiso desde un triple punto de vista "... el que se refiere a su configuración como negocio jurídico, el que atañe a su estructura como modalidad del derecho de propiedad, y el que concierne a su calificación como operación bancaria", puntos de vista que a continuación analizamos: (13)

##### **a).- COMO MODALIDAD DEL DERECHO DE PROPIEDAD.**

De acuerdo con los Artículos 387 y 388 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomiso implica una transmisión de propiedad en favor del fiduciario y esta debe reunir los requisitos correspondientes, traslación de dominio que produce efectos frente a terceros, apareciendo el fiduciario como dueño.

El dominio del fiduciario según este autor, tiene las siguientes limitaciones:

- 1 .-Todas las facultades se ejercen en función del fin a realizar y no en interés del fiduciario.
- 2 .-El beneficio económico del fideicomiso recae sobre el fideicomisario.
- 3 .-El fideicomisario puede impugnar los actos del fiduciario que salgan de los límites establecidos de antemano.

4.- Los bienes deben volver al Fideicomitente, con las excepciones que fija la ley.

Los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio autónomo, que cuenta con un titular jurídico que es el fiduciario por que él es el dueño, y como titular económico el fideicomisario o el fideicomitente por que para ellos son los beneficios de la propiedad al concluirse el fideicomiso.

#### **b).- EL FIDEICOMISO COMO OPERACION BANCARIA.**

Sostiene esta teoría con fundamento en el Artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito ya que el fideicomiso sólo puede ser practicado en México por instituciones de crédito debidamente autorizadas para ello.

A la vez, el fideicomiso como operación bancaria es un acto de comercio y relacionado con el Artículo 1º. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito es un acto de comercio como operación de crédito, y como tal, clasifica al fideicomiso dentro de los servicios bancarios.

#### **c).- EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO:**

Respecto de esta teoría únicamente enunciaremos la definición que propone el Dr. Rodríguez, ya que la misma será materia del siguiente apartado "... el fideicomiso debe considerarse como un negocio fiduciario en cuanto se trata de un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical de ciertos bienes con la limitación de carácter obligatorio, de realizar

sólo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan".

## **V.- EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO:**

La novedad del fideicomiso originó en México una serie de teorías encaminadas a determinar su naturaleza jurídica entre las cuales la más defendida ha sido la que sostiene que el fideicomiso es un negocio fiduciario.

Nuestro sistema jurídico está constituido por códigos y leyes que regulan casi en forma exclusiva las relaciones jurídicas entre los particulares y las instituciones públicas.

El sistema anglosajón esta constituido por normas consuetudinarias, las que después de ordenadas y recopiladas, adquieren fuerza legal dada su innovación uniforme.

Dada la rigidez del primero y a pesar de la flexibilidad del segundo, es imposible regular todas las situaciones que surjan por la evolución económica y social, y estas nuevas situaciones, habrá que regularlas mediante la creación de nuevas normas o la creación de precedentes.

De acuerdo con Barrera Graff se puede hablar de "laguna" cuando existe una situación completamente desconocida dentro del ordenamiento jurídico vigente, y no será tal, cuando se carece de una reglamentación especial cuando aún indirectamente el derecho haya previsto una determinada situación, y es aquí donde se aplica el principio de la autonomía de la voluntad y libertad por medio de la cual los particulares estructuran contratos y negocios no sujetos a una

reglamentación especial típica, cuando los esquemas reglamentados no solucionen sus pretensiones que sean lícitas. (14)

"Los negocios fiduciarios son atípicos e innominados. En ningún sistema jurídico han sido reglamentados, aunque sí, en algunos se han llegado a reglamentar formas de negocios fiduciarios".

Los negocios fiduciarios están constituidos por negocios indirectos, formados por finalidades propias de contratos típicos, y se acude a ellos por que los negocios típicos son insuficientes para alcanzar las finalidades buscada por el primero "... sin embargo, la tendencia de los juristas estriba en deducir de los modelos ya existentes las consecuencias lógicas necesarias para encuadrar las nuevas formas dentro de los viejos modelos, con lo que se pretende regular esa institución a base de principios y figuras tradicionales".

A este respecto existen dos teorías, la primera, sostiene la imposibilidad de admitir los negocios fiduciarios por que su naturaleza y aplicación constituyen violaciones a los actos o contratos que la integran y la segunda teoría afirma la inutilidad de construir tales negocios como figura autónoma e independiente ya que a sus resultados se llega utilizando los negocios típicos o haciendo uso de la autonomía de la voluntad de que gozan las partes.

Sobre la validez o invalidez de esta teoría, según lo afirma Barrera Graff las conclusiones "... tienen que tomarse con reservas en nuestro derecho, en el que existe la reglamentación positiva de una forma de negocio fiduciario, o sea el fideicomiso". (15)

## I.- CONCEPTO:

"Entendemos por negocio fiduciario aquel en virtud del cual una persona transmite a otra ciertos bienes o derechos, obligándose ésta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita determinada y, como consecuencia de dicha finalidad, a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o revertirlos a favor del transmitente". En el mismo sentido podría decirse que los negocios fiduciarios son "... aquellos por medio de los cuales una parte transmite a otra plena titularidad de un derecho, contra la promesa de quien adquiere, de retransmitir el derecho mismo al enajenante o a un tercero, con la modalidad de que se efectúe un cierto fin práctico".

Existen otros autores que tratan de conceptualizar al negocio fiduciario haciendo referencia a los medios empleados para alcanzar los fines perseguidos. Entre estos autores se encuentran Rodríguez y Rodríguez, y Serrano Trasviña, para quienes el negocio fiduciario es aquel constituido "...en virtud de un contrato por el cual un derecho invierte el modo de su ejercicio, que se transforma de potestativo en obligatorio" y para el primero, estos negocios "... se caracterizan por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo". (16)

En las definiciones enunciadas, encontramos que el negocio fiduciario se compone de tres elementos que son:

- 1.- Unidad del negocio.
- 2.- Transmisión plena de bienes y derechos.
- 3.- Afectación a un fin lícito.

## **2.- UNIDAD DEL NEGOCIO:**

El negocio fiduciario se encuentra constituido por dos relaciones, la primera real (erga homnes) y la segunda de carácter interno, obligatoria entre las partes (interpartes). La primera consiste en la transmisión de bienes y derechos al fiduciario y la segunda, en la obtención de un fin determinado.

Estas relaciones no constituyen contratos individuales, por lo contrario, forman parte de una unidad, o sea que considerando individualmente el aspecto real, se confundiría con otras figuras típicas causando una duplicidad inútil, y el aspecto interno solo opera cuando el fiduciario se ha obligado a la consecución de un fin determinado.

## **3.- TRANSMISION PLENA DE BIENES Y DERECHOS:**

La transmisión que se realiza en el negocio fiduciario es una transmisión plena de propiedad si se trata de bienes y de titularidad si se trata de derechos de crédito.

Algunos autores sostienen que en el negocio fiduciario se encuentra un tipo especial de propiedad a la que denominan propiedad fiduciaria en virtud de la limitación de dominio en función a la finalidad por cumplir.

La transmisión a favor del fiduciario es erga-homnes, valida frente a todos, incluso frente al fideicomitente quien pierde la propiedad o titularidad a favor del fiduciario. Sin embargo, se reconoce que existe una limitación en la propiedad del fiduciario, que consiste en destinar los bienes o derechos al cumplimiento de un fin determinado, limitación que no modifica la esencia del derecho de propiedad sino que se le atribuyen efectos diferentes ya que, "en los negocios

fiduciarios se da una transferencia temporal limitada solamente al cumplimiento de la finalidad prescrita.

## **2.2 ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO**

### **A) FIDEICOMITENTE**

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

Fideicomitente según Batiza es: "la persona que constituye un Fideicomiso por una manifestación expresa de voluntad" (17)

Por su parte, Acosta Romero señala que el Fideicomitente "es la persona titular de los bienes o derechos que transmite a la Fiduciaria para el cumplimiento de una finalidad lícita, y desde luego, debe tener la capacidad jurídica para obligarse y para disponer de los bienes". (18)

Pensamos pues, que es la persona física o moral que, mediante una manifestación expresa de su voluntad, y habida cuenta de la capacidad necesaria para ello, afecta la propiedad o titularidad de ciertos bienes al fiduciario para constituir el Fideicomiso a fin de que se realicen con ellos los fines para los que este se constituye.

En lo que se refiere a la LGTOC sobre el particular, el artículo 384 señala:

Artículo 384.-Solo pueden ser Fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el Fideicomiso implica y las autoridades judiciales o



administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que estas designen.

Creemos que es oportuno, analizar este artículo en cuanto a la capacidad legal del Fideicomitente.

La capacidad para García Maynez es la aptitud que una persona tiene de ejercitar los derechos cuyo disfrute le corresponde. (19)

Por lo anterior, cabe distinguir entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio. La capacidad de goce consiste en la aptitud de ser sujeto de dichas obligaciones y la capacidad de ejercicio consiste en la facultad de ejercitar, por si mismo, los derechos y obligaciones de los que se es titular.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 22 establece: La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código (capacidad de goce de las personas físicas).

Respecto a la capacidad de ejercicio de las personas físicas, los artículos 23 y 24 del mismo código establecen:

Artículo 23.-La minoría de edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por ley son restricciones a la personalidad jurídica pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

Artículo 24.-El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.

Ahora bien, si las personas físicas gozan de capacidad, lo mismo ocurre con las personas morales en las cuales también pueden encontrarse tanto capacidad de goce como de ejercicio.

Respecto a la capacidad de goce a las personas morales, se define y opera de la misma manera que de las personas físicas (salvo que en el caso de las personas morales, esta limitada en razón de su objeto, fines y naturaleza), pero en lo relativo a la capacidad de ejercicio se encuentran algunas diferencias de gran relevancia, a saber".

- a) La incapacidad de ejercicio solo puede presentarse en las personas físicas, las personas jurídicas consultivas no pueden tener incapacidad de esta clase.
- b) La capacidad de ejercicio de las personas físicas generalmente se ejerce directamente por estas, pero existe no obstante la posibilidad de que pueda ser ejercida por alguna otra persona con facultades bastantes para ello.

Por el contrario las personas morales toda vez que se integran mediante la unión jurídica de varias personas físicas, se ven en la necesidad de nombrar un representante, el cual puede ser una o varias personas, y cuyo nombramiento generalmente incide en la persona del gerente o del administrador de la persona moral.

La última parte del artículo 384 de la LGTOC señala "... las autoridades judiciales o administrativas competentes cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que estas designen".

De lo anterior Batiza argumenta, que es un error técnico al enunciar los propósitos para los cuales dichas autoridades pueden detentar bienes que, como Fideicomitentes, se les autoriza para afectar el Fideicomiso. Con la única posible salvedad del caso de la enajenación, todos los demás propósitos, o sea la guarda, conservación, administración, liquidación y el reparto, son jurídicamente insuficientes para permitir la constitución de un Fideicomiso, si se tiene en cuenta que para ello es condición indispensable que el Fideicomitente goce de la facultad y disposición sobre la cosa porque el Fideicomitente produce la transmisión de bienes a favor del Fiduciario. Es evidente que en las cinco hipótesis anteriores no puede existir dicha facultad. (20)

#### **OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE.**

El Fideicomitente está obligado a pagar al Fiduciario los honorarios que se hayan pactado a la fecha de constitución del Fideicomiso, así como a reembolsarle los gastos que este hubiera erogado por cuenta de aquel. Esta obligación puede corresponder también al Fideicomisario, y en caso de no ser cumplida faculta al Fiduciario para renunciar al desempeño de su cargo.

Tratándose de Fideicomisos de transmisión de dominio el Fideicomitente debe adquirir la obligación de responder del saneamiento para el caso de eyicción.

Serán obligaciones del Fideicomitente todas aquellas que adquiera al constituir el Fideicomiso o en sus reformas. Asimismo, el Fideicomitente tiene la obligación de colaborar con el Fiduciario para el cumplimiento de aquellos que así lo requieran.

## **DERECHOS DEL FIDEICOMITENTE.**

El Fideicomitente al constituir el Fideicomiso puede reservarse ciertos derechos, así lo advierte el artículo 386 de la LGTOC. Esta reserva de derechos es muy importante en aquellos Fideicomisos en los cuales el Fideicomisario es persona distinta del Fideicomitente, ya que la reserva que este haga, continúa vinculada con el Fideicomiso.

Cabe también mencionar que el Fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar Fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado (artículo 382 de la LGTOC), por lo que el Fideicomitente no tiene obligación en el momento de la constitución de señalar quien será el beneficiario del mismo.

El segundo párrafo del artículo 383 de la LGTOC señala que: "el Fideicomitente podrá designar varias instituciones Fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñe el Fideicomiso, establecido el orden y las condiciones en que hayan de substituirse. Este principio en la práctica no opera fácilmente ya que señalar un número excesivo de Fiduciarios perjudicaría la agilidad en los procedimientos y toma de decisiones.

El Fideicomitente puede reservarse el derecho de supervisar el Fideicomiso, es decir, tendrá la posibilidad de observar la buena marcha del mismo y de cerciorarse que sus instrucciones efectivamente se hayan cumplido. Asimismo, se puede reservar el derecho de solicitar al Fiduciario le de cuentas de su gestión.

El Fideicomitente puede conforme al artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, en el acto constitutivo del Fideicomiso prever la formación del Comité Técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución Fiduciaria obre ajustándose a los acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad.

El fideicomitente también tiene derecho de requerir cuentas al fiduciario, según lo establece el artículo 84 en su segundo párrafo de la Ley de Instituciones de Crédito, asimismo otro de los derechos que pueden reservarse el Fideicomitente al celebrar el Fideicomiso es la revocación del mismo, ya que el artículo 392 fracción VI de la LGTOC la contempla como una forma de extinguirlo.

Por último es pertinente señalar que el Fideicomiso puede terminar si se estableció como causa de terminación del mismo la muerte del Fideicomitente.

## **B) FIDUCIARIO**

Cervantes Ahumado lo define como "la persona a quien se encomienda la realización del fin establecido en el acto constitutivo del Fideicomiso y se atribuye la titularidad de los bienes fideicomitados". (21)

Acosta Romero señala que el Fiduciario es la institución de crédito que tiene concesión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Acorde con lo estipulado por el artículo 385 de la LGTOC solo pueden ser Fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello, conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito. La ley mencionada establece en su artículo segundo:

Que para dedicarse al ejercicio de la banca y del crédito se requiere concesión del Gobierno Federal, que compete otorgar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros y la del Banco de México.

En México podrán ser Fiduciarias las personas morales o colectivas constituidas en forma de sociedades anónimas de capital fijo o variable, con arreglo a la Ley General de Sociedades Mercantiles y que disfruten de concesión estatal.

La designación del Fiduciario es hecha por el Fideicomitente al constituir el Fideicomiso, no obstante, de acuerdo con lo señalado por el artículo 385 de la LGTOC, el cual expresa que aunque no se designe nominalmente la institución Fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el Fideicomisario, o el juez de primera instancia.

El artículo 391 de la LGTOC señala que la institución Fiduciaria no puede excusarse de aceptar el encargo o renunciar a él sino por causas graves juicio del juez de primera instancia del lugar de su domicilio. Este precepto ha originado fuertes controversias en el sentido de que debe respetarse la facultad del Fiduciario de tener la opción de contratar aquellos Fideicomisos que por sus condiciones específicas convengan a la institución, con la facultad de rechazar aquellos negocios que no le convenga contraer.

## **OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO**

La obligación primordial del Fiduciario consiste, conforme a lo estipulado en el artículo 391 de la LGTOC en cumplir el Fideicomiso conforme al acto constitutivo. Asimismo respecto de las operaciones que impliquen adquisición o sustitución de bienes o derechos, o inversión de dinero, o fondos líquidos en las que el Fiduciario deberá ajustarse estrictamente a las instrucciones del Fideicomitente.

Si se contempla la formación de un Comité Técnico, el Fiduciario tiene la obligación de cumplir fielmente las instrucciones que reciba de este, en la medida de las facultades que el mismo posea. Si el Fiduciario obra conforme a las instrucciones de dicho comité, quedará liberado de toda responsabilidad.

Cuando en un Fideicomiso, la totalidad o parte del patrimonio esté constituido por bienes inmuebles, se deberá inscribir el documento en que se haga constar la aportación en el registro público de la propiedad y del comercio del lugar en que se hayan ubicado los bienes, teniendo la obligación el Fiduciario de vigilar que tal inscripción se realice y en caso de que no se haga tomar las medidas necesarias para corregir la omisión. Asimismo, en el caso de aquellos Fideicomisos en los que participen o de los que se deriven derechos para extranjeros, el Fiduciario deberá de solicitar la inscripción ante el registro federal de inversiones extranjeras. El Fiduciario informará a dicho registro de las modificaciones, rescisión, revocación o extinción del Fideicomiso así como de la tramitación a favor de extranjeros de certificados de participación o de derechos para utilizar los bienes fideicomitados.

El Fiduciario tiene la obligación de registrar en su contabilidad y en una contabilidad especial que deben abrir para cada contrato de Fideicomiso, el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confien, así como los incrementos o disminuciones por los productos o gastos, por lo que pueden coincidir, los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la institución con las de las contabilidades especiales.

El artículo 391 LGTOC dispone que la institución fiduciaria será responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa. Si tales bienes se pierde , destruyen o disminuyen su valor, no queda sujeto el Fiduciario a responsabilidad, salvo que haya existido negligencia en el cumplimiento de su obligación. Tratándose de actos de administración y cuando quede a discreción del Fiduciario la manera de administrar o invertir, habrá de manejarse con extremo cuidado y pericia.

Por lo que hace a los impuestos, a primera vista el Fiduciario al tener la titularidad de los bienes, le corresponde el pago de las contribuciones. En la práctica las instituciones rara vez aceptan encargarse de gestionar por sí mismas los pagos por tales conceptos; prefieren establecerlo como obligación del Fideicomitente o del Fideicomisario reservándose la obligación de verificar periódicamente que tales pagos se hayan hecho.

El Fiduciario tiene la obligación de hacer productivos los bienes, cuando se hubiere dejado la determinación de la inversión a la discreción del Fiduciario aquella se realizará necesariamente, en los valores que determine el Banco de México.

La función encomendada al Fiduciario en virtud del Fideicomiso es indelegable. Principio que no se rompe y por el hecho de que existan delegados fiduciarios, estos delegados a su vez pueden contar con diversos auxiliares.

La fracción X del artículo 145 de la LGICOA establecía que: 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 enablados por el Fideicomitente o Fideicomisario, constituirá a la institución responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes.

No obstante que las instituciones fiduciarias adquieren el dominio de los bienes y que corresponde a ellos promover y defender acciones judiciales respecto de dichos bienes, en la práctica se establece desde el acto de constitución que se obligan a poner en conocimiento de los Fideicomitentes y Fideicomisarios, las demandas que en su contra se instauren y que se obligan así mismo a otorgar



poder suficiente a aquellos profesionales que los Fideicomitentes o los Fideicomisarios designen para realizar la defensa de los bienes.

La institución fiduciaria tiene la obligación cuando el patrimonio esté conformado por acciones de sociedades, a ejercitar el derecho de voto a que tales acciones den derecho.

## **DERECHOS DEL FIDUCIARIO.**

La LGTOC no señala concretamente cuales son las facultades que el Fiduciario puede celebrar, por lo que se entiende que el Fiduciario deberá seguir las instrucciones que al efecto reciba del Fideicomitente y Fideicomisario para ejercer actos de dominio.

El Fiduciario tendrá la facultad de gravar los bienes que forman el patrimonio del Fideicomiso, si al constituirse este se estableció para el Fiduciario tal facultad.

Para que el Fiduciario esté en aptitud de cumplir con los fines para los que se constituyó el Fideicomiso, es necesario que pueda en caso de urgencia, contar con facultades de transigir, comprometer en árbitros y desistirse.

El Fiduciario tendrá la facultad de administración de los bienes la cual se compone de varios actos por ejemplo, la facultad de arrendar, facultad de erogar, de enajenar, permutar y donar, así como de obtener créditos y gravar.

En el mismo orden de ideas el fiduciario, tiene derecho a percibir honorarios por el desempeño de su cargo.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares establecía como causa grave para que la institución fiduciaria renunciara al desempeño de

su cargo, el que el Fideicomitente o el Fideicomisario, se negaran a pagar las compensaciones a favor de la institución fiduciaria. Asimismo, en el artículo 45 de la citada ley establecía que el Banco de México estaba facultado para fijar el máximo de las percepciones que las instituciones recibían como Fiduciarias.

En la Ley de Instituciones de Crédito vigente este precepto fue omitido, sin embargo cabe mencionar que ello no significa que las instituciones de crédito en sus funciones como fiduciarias hayan perdido el derecho a renunciar a su cargo por adeudo de honorarios.

En otro punto cabe mencionar que al ser las instituciones Fiduciarias empresas mercantiles cuentan con la facultad de utilizar los medios publicitarios a fin de ofrecer los servicios de Fideicomiso.

Volviendo a la aceptación del Fideicomiso, sostenemos que aunque la ley dice que la excusa para la aceptación solo podrá basarse en causa grave, creemos que la aceptación es voluntaria y que ningún banco puede ser obligado a aceptar un Fideicomiso contra su voluntad.

### **C) FIDEICOMISARIO**

Para Acosta Romero: " es la persona que recibe el beneficio (no siempre existe), del Fideicomiso o la que reciben los remanentes una vez cumplida la finalidad.  
(23)

El artículo 383 de la LGTOC, pueden ser Fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el Fideicomiso implica.

En relación a la capacidad, el Fideicomiso presupone la existencia de una serie de beneficios que se establecen a favor del Fideicomisario, pudiendo ser transmisión de bienes, en tal caso la persona debe tener la capacidad necesaria para adquirirlos, a diferencia del Fideicomitente quien deberá tener capacidad para enajenarlos. Es necesario contar con capacidad de goce pero es posible contar además con capacidad de ejercicio, por ser factible para el beneficiario adquirir la titularidad o propiedad de bienes por medio de un representante legal.

Es pertinente mencionar un ejemplo como excepción a la capacidad que imposibilita a determinada persona o sector de personas para ser Fideicomisarias.

"Extranjeros" , estas personas son capaces de adquirir bienes por testamento o por intestado, pero su capacidad tiene las limitaciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por otro lado, en el último párrafo de la fracción I del artículo 27 constitucional, los extranjeros no podrán adquirir el dominio directo en una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en playas, por lo que no podrán adquirir tal propiedad en virtud de un fideicomiso en el cual tuvieran el carácter de Fideicomisarios, por lo que se limitaran a usar y disfrutar de tales bienes.

Cabe apuntar la prohibición legal y administrativa a efecto de que las instituciones especializadas no pueden tener simultáneamente el carácter de Fiduciarias y Fideicomisarias, para evitar posibles presiones y abusos indebidos contra el Fideicomitente, a parte del correcto razonamiento de que la personalidad es única e indivisible.

## **OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO.**

La obligación principal del Fideicomisario es pagar los honorarios de la institución fiduciaria así como los gastos que la misma hubiera erogado, y todos los impuestos y derechos que se pudieran generar por la ejecución del Fideicomiso.

El Fideicomisario puede dar por terminado el Fideicomiso cuando el Fideicomitente le otorgó tal liberalidad, por volverse su fin ilícito o porque se declare nulo el Fideicomiso, etc.

## **DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO.**

Conforme al artículo 390 de la LGTOC el Fideicomisario tendrá el derecho de exigir a la institución fiduciaria el cumplimiento del Fideicomiso, el debido cumplimiento de las instrucciones recibidas así como de todos los actos que hagan posible la consecución de los fines del Fideicomiso.

Conforme al artículo 390 de la LGTOC el Fideicomisario tendrá el derecho de atacar la validez de los actos que el Fiduciario cometa en su perjuicio de mala fe o exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo de la ley le correspondan. Podrá el Fideicomisario también reivindicar los bienes que a consecuencia de actos del Fiduciario hayan salido del patrimonio. Debe entenderse que el fin de esta acción por parte del Fideicomisario será obtener que la cosa vuelva al patrimonio fideicomitado.

Si el Fideicomiso se constituyó como irrevocable por el Fideicomitente, podrá el Fideicomisario efectuar las modificaciones que estime pertinentes, excepto cuando en los Fideicomisos se prohiban tales modificaciones o pudieran ir en contra de los fines.

Es válida la transmisión de los derechos del Fideicomisario cuando no exista en el Fideicomiso prohibición expresa o vaya en contra de la ley.

De acuerdo al artículo 84 de la LIC la institución fiduciaria deberá rendir las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días contados a partir de que éstas le sean requeridas.

### **2.2.1 OBJETO**

El artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que: "Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes o derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular. Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin que se destinan, y en consecuencia, solo 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 el 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.

El fideicomiso constituido en fraude de terceros podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados.

De acuerdo con Scott, "... un Trust no puede establecerse, a menos que al tiempo de su creación exista un bien que sea objeto, agregando que la creación no sería posible con respecto a bienes cuya propiedad no se tiene, aunque alguna vez se haya tenido o aunque se espere tenerla en el futuro. Es cierto, observa este autor, que puede celebrarse un contrato para crear un Trust en el futuro, siempre

que se llenen los requisitos para la existencia de un contrato; pero la creación de un Trust actual presupone la propiedad presente sobre una cosa". (24)

De acuerdo con el Artículo 1825 del Código Civil para el Distrito Federal. "La cosa objeto del contrato debe: primero existir en la naturaleza; segunda ser determinada o determinable en cuanto a su especie; tercera estar en el comercio"; el Artículo 748 del mismo Ordenamiento señala: "Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley". Y el Artículo 749 señala: "Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular".

En el Fideicomiso únicamente las cosas pueden constituir su objeto (Art. 381 y 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito) en los contratos pueden serlo también los hechos (Art. 1824 del Código Civil).

Los derechos también pueden constituir el objeto del fideicomiso salvo aquellos "... que, conforme a la Ley sean estrictamente personales de su titular" (Art. 386 L.G.T.O.C.) por ejemplo, los derechos de uso y habitación, de acuerdo con el Artículo 1049 y 1050 del Código Civil,

Por otra parte también pueden ser objeto del fideicomiso las cosas futuras, al permitirlo así el Artículo 1826 del Código Civil. "Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aún cuando ésta preste su consentimiento".

Para el maestro Raúl Cervantes Ahumada "Los bienes fideicomitidos salen del patrimonio del fideicomitente, para colocarse en situación de patrimonio de afectación, según antes indicamos. Por tanto, los acreedores del fideicomitente no podrán perseguir dichos bienes, salvo que el fideicomiso se haya constituido

en fraude de sus derechos, en cuyo caso lo podrán nulificar por medio de la acción pauliana". (25)

"El fiduciario, repetimos, tendrá la titularidad del patrimonio fideicomitido, es decir, el poder sobre dicho patrimonio en la medida que sea necesaria para la consecución del fin del fideicomiso".

Una distinción importante es la siguiente: "... entre objeto o patrimonio y fin del fideicomiso, términos que con frecuencia se emplean como sinónimos, sin serlo, ya que el objeto consiste en la cosa que es su materia, en tanto que el fin es el resultado que persigue con su constitución".

Consideramos que cualquier clasificación del fideicomiso en relación con el objeto fideicomitido o atendiendo a la función encomendada al fiduciario sería inútil, tomando en cuenta que el fideicomiso se puede constituir sobre cualquier clase de bienes o derechos y a la vez, las actividades encomendadas al fiduciario se determinan en cuanto a la finalidad del fideicomiso, razón por la cual la clasificación más adecuada deberá ser en cuanto a su finalidad.

Cabe mencionar que para los efectos del presente trabajo únicamente mencionaremos los siguientes tipos de fideicomisos, haciendo hincapié que se encuentran dentro de los fideicomisos privados de las instituciones fiduciarias.

- a) Fideicomiso de Inversión;
- b) Fideicomiso de Administración;
- c) Fideicomiso de Garantía;
- d) Fideicomiso Traslativos de Dominio
- e) Testamentario;
- f) Por Disposición de la Ley

### **2.2.2 MATERIA.**

Puede ser materia del fideicomiso cualquier clase de bienes que se encuentren dentro del comercio o cualquier clase de derechos que no sean de ejercicio personalísimo y por lo tanto intransmisibles. Es necesario que dichos bienes y derechos no se encuentren afectos a un derecho de tercero.

Hay bienes que están fuera del comercio por su propia naturaleza o por disposición de la ley. Lo están por su propia naturaleza, aquellos que no pueden ser poseídos exclusivamente por algún individuo, como lo es el aire, la luz, etc., y por disposición de la ley aquellos que son irreductibles a propiedad individual, como los que integran el patrimonio familiar, y que de acuerdo con la ley son inalienables.

Puede ser materia del fideicomiso cualquier especie de derechos, siempre y cuando no sean estrictamente personales de su titular como lo son las garantías individuales, los derechos de familia, el derecho político de voto, etcétera.

### **2.2.3 FINES**

Son las actividades jurídicas que realiza el fiduciario, por instrucciones del fideicomitente, a través del ejercicio obligatorio de los derechos que le transmite dicho fideicomitente.

Pueden ser fines del fideicomiso, cualquier actividad jurídica que sea lícita, posible y determinada.

Es ilícito el fin que es contrario a las leyes del orden público o a las buenas costumbres. Es imposible el fin que no puede existir por ser incompatible con las



leyes de la naturaleza o con la norma jurídica que debe regir necesariamente y que constituya un obstáculo insuperable para su realización. No será válido el fideicomiso si no se determina en forma concreta, el fin que se persigue a través de su constitución.

#### Formas del fideicomiso.

Los elementos formales constituyen la manifestación externa que debe revestir el fideicomiso.

Conforme a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomiso debe constar por escrito y revestir las formalidades especiales según se trate de un acto entre vivos o de un testamento. Cuando el fideicomiso es convencional, es decir cuando se establece por acuerdo expreso de las partes, debe ajustarse a los términos de la legislación común, sobre transmisión de los derechos de propiedad de los bienes que se den en fideicomiso.

Si el fideicomiso consta de un testamento, deberá ajustarse a las formalidades propias del tipo especial del testamento de que se trate. Por lo que se refiere a la aceptación del fiduciario en estos fideicomisos testamentarios, tal acto debe constar de un instrumento público, ya sea ante notario o ante la autoridad judicial que conozca de la sucesión del fideicomitente.

## CITAS BIBLIOGRAFICAS

1.- Jorge Alfredo Domínguez Martínez. "El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico", Editorial Porrúa .S. A., Primera Edición, México 1972, pág. 143, (se cita a Alfaro).

2.- Rodolfo Batiza. "El Fideicomiso Teoría y Práctica". Primera Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1980, Págs. 130

3.- Jorge Alfredo Domínguez Martínez. Obra citada. Pág. 144.

4.- Citado por R. Vázquez Armiño , "El Fideicomiso en México", Pág. 15

5.- Idem. Pag. 16

6.- Idem. Pág. 16

7.- Idem. Pág. 17

8.- Citado por J. A. Domínguez Martínez. Obra citada. Pág. 151

9.- - Citado por J. A. Domínguez Martínez. Obra citada. Pág. 153

10.- Eduardo García Maynez. "Introducción al Estudio del Derecho", Editorial Porrúa, S.A., 15ª Edición, México 1968, Pág. 283.

11.- R. Vázquez Armiño .- Obra citada, pág. 33

12.- Rodolfo Batiza, Obra citada. Pág. 131

- 13.- Joaquín Rodríguez y Rodríguez, "Derecho Mercantil", Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, México 1957; tomo II, pag. 119.
- 14.- Barrera Graf,, "Estudios de Derecho Mercantil", Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición, México 1958, pág. 331.
- 15.- Idem. Obra citada. Pág. 314
- 16.- Joaquín Rodríguez y Rodríguez. Obra citada. Pág. 119.
- 17.- Rodolfo Batiza, "Principios Básicos del Fideicomiso y la Administración Fiduciaria", Primera Edición, México 1977, Pág. 153.
- 18.- Acosta Romero Miguel, "Legislación Bancaria", Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1989, Pág. 337.
- 19.- Eduardo garcía Maynez. Obra citada. Pág. 414.
- 20.- Rodolfo Batiza. "El Fideicomiso", Cuarta Edición, Editorial porrua, S.A., México 1980, pág. 162.
- 21.- Cervantes Ahumada. Obra Citada, Pág. 292.
- 22.- Acosta Romero. Obra Citada. Pág. 337
23. Idem. Pág. 338
- 24.- Citada por Rodolfo Batiza, Obra Citada, Pág. 149
- 25.- Cervantes Ahumada. Obra citada, Pág. 294

## CAPITULO TERCERO

### TIPOS DE FIDEICOMISO

Al iniciar éste capítulo, es necesario hacer saber que la clasificación de los tipos de fideicomisos ha sido investigada de acuerdo a cada institución fiduciaria, por lo que se consulto a los siguientes fiduciarios a fin de poder generalizar dichos contratos, toda vez que no existe un manual o libro sobre la operación de dichos fideicomisos., razón por la cual los fiduciarios se reúnen una vez al año a fin de unificar criterios en los llamados "Congresos Fiduciarios".

Los fiduciarios consultados fueron los siguientes:

Bancomer S.A. y Promex S.A. (actualmente fusionado con B.B.VA)

Banamex S.A. (actualmente fusionado con Citibank S.A.)

Banco Nacional del Ejercito Fuerza Aérea y Armada S.N.C.

Inverlat S.A. (Actualmente Shcotiabank)

Serfin S.A.

Una vez analizados los diversos elementos del fideicomiso, esta situación nos permite fijar el punto de partida para la clasificación de la operación que nos ocupa.

En función de las personas que intervienen en el fideicomiso, sólo nos limitaremos al análisis del fideicomitente, por ser el elemento personal más importante, ya que es quien transmite al fiduciario los bienes que son materia del fideicomiso, señala los fines y tiene derecho a designar al fiduciario y al fideicomisario.

Es importante hacer notar que el fideicomitente constituye el fideicomiso por un acto de voluntad y en dicho acto se puede designar dos aspectos.

El primero relativo a la manifestación de voluntad, mediante el otorgamiento del contrato y el segundo que corresponde a la causa que impulsa dicha parte a constituir el fideicomiso.

Dentro de las causas que se pueden inclinar al fideicomitente para constituir un fideicomiso, nos encontramos aquellas que lo imponen sin obtener ningún provecho o bien de constituirlo como una contraprestación de algún beneficio obtenido o que se vaya a obtener, en esas condiciones el fideicomiso, de acuerdo con la clasificación tradicional, puede ser gratuito u oneroso.

Cuando el fideicomiso se constituye por causas que se equiparan a un contrato gratuito, el fideicomitente tiene la facultad de reservarse el derecho de revocar o modificar el fideicomiso, y por lo tanto, la revocabilidad es una consecuencia del acto gratuito.

Cuando los motivos provienen de causas que asemejan al fideicomiso a un contrato oneroso, o sea cuando el fideicomitente ha recibido o recibirá una contraprestación motivada por esa causa, dicho fideicomitente no tiene derecho a revocar o modificarlo porque lesionaría los derechos del fideicomisario. Por lo tanto, nos encontraríamos frente a los fideicomisos de carácter irrevocable.

Si se clasifica al fideicomiso en función de la materia, se llega a la conclusión de que se están clasificando a los derechos reales y personales, que pueden ser materia del mismo y que de acuerdo con lo expresado con anterioridad, sólo existen limitaciones mínimas al respecto.

La actuación del fiduciario en la realización de los fines se puede delimitar en las siguientes situaciones:

- a) El fiduciario recibe los bienes o derechos fideicomitados para transmitirlos al fideicomisario, cuando se hayan reunido los requisitos señalados por el fideicomitente.
- b) El fiduciario recibe los bienes o derechos fideicomitados, para que con ellos se garantice el cumplimiento de una obligación personal.
- c) El fiduciario recibe los bienes o derechos fideicomitados (dinero o bienes de fácil realización ) para proceder a efectuar las inversiones señaladas en el acto constitutivo del fideicomiso o para encargarse de la guarda, conservación o en general de cualquier otro acto de administración de los mismos.

De acuerdo con lo anterior podemos clasificar las clases de fideicomiso, en razón de sus fines, haciendo hincapié en que solamente mencionaremos algunos de la gran variedad que existe y enfocándonos a fideicomisos privados básicamente operados en instituciones bancarias, toda vez que fueron las instituciones en las que se llevo a cabo la investigación realizada:

### **3.1 FIDEICOMISO DE INVERSION:**

El Fideicomiso de inversión es aquel en el cual interviene el Fideicomitente, designándose también fideicomisario en primer lugar, quien afecta y entrega en Fideicomiso a una fiduciaria, una cantidad de dinero, con lo que se constituye el Fondo inicial del patrimonio, mismo que podrá ser incrementado en cualquier momento afectando otros bienes o derechos.

La Fiduciaria, por conducto de sus Delegados Fiduciarios, acepta el cargo que se le confiere protestando su leal y fiel desempeño y otorgando por medio del

contrato el recibo más amplio que en derecho proceda por la cantidad originalmente fideicomitada.

En este tipo de fideicomisos es muy común que el Fideicomitente se designa a sí mismo como Fideicomisario en primer lugar, y designa como Fideicomisarios en segundo lugar a quienes recibirán los beneficios del fideicomiso en los términos y condiciones que establezca el mismo contrato.

## **INVERSIONES.**

El Fiduciario invertirá el patrimonio que constituye el Fondo fideicomitado, (por ejemplo) en cualquiera de los valores que a continuación se indican:

1. En certificados emitidos por la Tesorería de la Federación (CETES), o en cualquier otro valor gubernamental.
2. En títulos de crédito o valores emitidos, aceptados o suscritos por Instituciones de Crédito.
3. En valores de renta fija o instrumentos del Mercado de Dinero o Capitales, emitidos por Sociedades Anónimas que estén inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y en la Bolsa Mexicana de Valores.
4. En cualquier otro título de crédito o valor que durante la vigencia del Contrato y posterior a la firma del mismo, aparezca en el Mercado de Valores y sea autorizado por la Comisión Nacional de Valores.
5. Las inversiones que realice el Fiduciario serán de acuerdo a las instrucciones que por escrito y para tal efecto le dirija el Fideicomitente y/o Comité Técnico.

El Fiduciario tiene la facultad para invertir en caso de no contar con una instrucción del fideicomitente y/o Comité Técnico, en cualquiera de los valores de renta fija antes mencionados que permitan el cumplimiento de los fines del fideicomiso, hasta en tanto no reciba instrucciones, en el entendido de que la cantidad mínima a invertir, deberá ajustarse a las políticas de inversión establecidas por la propia Institución fiduciaria. (1)

### **3.2 FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION.-**

Son aquellos en virtud de lo cuales se trasmite al fiduciario determinados bienes o derechos , para que dicho fiduciario proceda a efectuar las operaciones de guarda, conservación o cobro de los productos de los bienes fideicomitados que le señala el fideicomitente, entregando los productos o beneficios al fideicomisario.

Los fideicomisos de administración comprenden dos actividades fundamentales que pueden presentarse en la práctica:

- a) La actividad de inversión que consiste en que el fiduciario, con cargo al patrimonio Fideicomitado, adquiera los bienes que le señala el fideicomitente; y
- b) La actividad de administración propiamente dicha, que consta en que el fiduciario como titular del patrimonio del fideicomiso, se encargue de la guarda y administración de los bienes que integran dicho patrimonio, efectúa el cobro de productos y los entrega al fideicomisario.

A través de estos fideicomisos, se pueden resolver una serie de problemas que afrontan aquellas personas que requieren obtener los beneficios de un capital, pero carecen de la experiencia suficiente; esta carencia la suplen con la colaboración de una institución fiduciaria, quien realiza las inversiones y la



administración de acuerdo con los lineamientos generales establecidos en el contrato de fideicomiso por instrucciones expresas del fideicomitente, para garantizar la seguridad de la inversión en beneficio de los fideicomisarios.

Con el fin de que el fiduciario no se exceda en el ejercicio de la actividad de inversión el fideicomitente tiene la facultad de señalar el tipo de bienes o valores que deba adquirir con la suma de dinero que sea la materia del fideicomiso y en estos casos la responsabilidad del fiduciario, solo se circunscribe a la entrega de los productos y en su caso de los valores invertidos cuando concluye el fideicomiso.

### **3.3 FIDEICOMISO DE GARANTIA.- (actualmente regulado por la sección segunda del capítulo V del fideicomiso de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito) arts. 395 al 414**

En éste Fideicomiso intervienen tres partes, por una parte participa el fideicomitente, por una segunda parte el fideicomisario y por una tercera parte interviene la Institución fiduciaria, quien siempre estará representada por su delegado fiduciario.

El objeto de este Fideicomiso es que la Institución fiduciaria garantice a la fideicomisaria, con el patrimonio que se le transmite en titularidad las obligaciones contraídas por el fideicomitente.

Para el caso de que la garantía sea un bien inmueble, éste deberá estar libre de todo gravamen y limitación de dominio, acreditándose este acto mediante certificado expedido por el ciudadano Director del Registro Público de la Propiedad y de comercio de la localidad en donde se encuentre el inmueble

Asimismo, el inmueble no deberá reportar adeudo del impuesto predial y derechos por servicio de agua, esta constancia deberá ser expedida por las autoridades correspondientes, debiendo agregar igualmente fotocopia de dicha constancia a los testimonios del propio instrumento.

Para poder determinar el valor del inmueble, la Institución fiduciaria realiza un avalúo, mismo que es elaborado por un perito valuador en materia de inmuebles y que como requisito tenga sus registros vigentes de la Comisión Nacional Bancaria, así como de la Tesorería del Distrito Federal y del Estado de México. Este avalúo se lleva a cabo para demostrar que el bien inmueble es suficiente para garantizar las obligaciones contraídas por el fideicomitente, ya que como se desprende del artículo 412 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en caso de que el producto de la venta del bien o de los bienes objeto de la garantía no alcance para cubrir el importe total de las obligaciones garantizadas a cargo del deudor, este quedará liberado de cubrir las diferencias que resulten, considerándose extinguidos los derechos del acreedor de exigir las diferencias.

En el mismo orden de ideas es necesario mencionar que en caso de tratarse de una persona moral, el representante legal deberá acreditar que se encuentra debidamente facultado para celebrar el contrato de Fideicomiso, exhibiendo los poderes notariales mismo que conste que a la fecha no le han sido revocados o modificados en forma alguna.

Por otra parte el fideicomisario en primer lugar deberá comparecer a celebrar el contrato a fin de que se le garantice con el patrimonio fideicomitado las obligaciones de pago contraídas por la Fideicomitente.

En el mismo orden de ideas, tanto el fideicomitente como el fideicomisario, por conducto de sus representantes legales, constituyen el Fideicomiso de Garantía, otorgando a la Institución fiduciaria, la titularidad fiduciaria de los bienes inmuebles descritos en los antecedentes del mismo contrato, libres de todo gravamen, con todo cuanto de hecho y por derecho corresponda a dichos bienes, reservándose el derecho a la reversión de la propiedad por parte del Fiduciario de los bienes fideicomitados siempre y cuando el Fideicomitente haya cumplido con todas y cada una de las obligaciones a su cargo derivadas de las obligaciones contraídas.

El Fiduciario otorga en el acto de constitución el recibo más amplio que en derecho proceda por el patrimonio originalmente fideicomitado, el cual podrá ser incrementado o sustituido afectando otros bienes o derechos , previa conformidad de la Fideicomisaria.

El fiduciario, al aceptar el cargo que se le confiere, protesta su fiel y leal desempeño, recibiendo en ese acto instrucciones expresas de la Fideicomisaria en Primer Lugar para designar como Depositaria de los bienes inmuebles a que se refiere el párrafo anterior a la respectiva Fideicomitente, advirtiendo al representante legal de dicha Fideicomitente las responsabilidades que sobre la propia Depositaria recaen en caso de que haga mal uso o dispusiere de los bienes fideicomitados.

El Fiduciario recibe instrucciones expresas de la Fideicomisaria para otorgar a la Fideicomitente la posesión de los inmuebles fideicomitados, otorgando dicha Fideicomitente el recibo más amplio que en derecho proceda por la posesión en su favor de dichos inmuebles.

La Fideicomitente y Depositaria no podrá efectuar ningún tipo de operación civil o mercantil que pueda poner en peligro los bienes fideicomitidos, salvo que para ello tuviere autorización expresa de la Fideicomisaria mediante instrucción que por escrito le dirija al Fiduciario, si la Fideicomitente hiciera caso omiso de lo anterior, incurrirá en responsabilidad penal.

La depositaria se obliga a rendir cuentas de los bienes fideicomitidos al Fiduciario, en los plazos, términos y condiciones que por escrito y para tal efecto le instruya la Fideicomisaria. La Fideicomitente en su carácter de Depositaria Judicial asume todas las obligaciones que esto implica, sin derecho al cobro de honorarios, ni ninguna otra contraprestación con la obligación de entregar los inmuebles materia del presente fideicomiso libre de ocupantes al momento en que lo solicite el Fiduciario.

El depósito de que se trata se rige por lo dispuesto en los artículos 2,516, 2,522, 2,523 y demás relativos del Código Civil para el Distrito Federal, así como los artículos 332, 333, 335, 336 y demás relativos del Código de Comercio.

Asimismo y como ya quedo establecido el objeto del contrato de fideicomiso de garantía es que el Fiduciario garantice hasta donde alcance sin su responsabilidad personal con los bienes fideicomitidos a la Fideicomisaria, el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el fideicomitente. En caso de que durante la vigencia del contrato, previa autorización por escrito de la Fideicomisaria, la Fideicomitente le solicite la reversión de alguno de los bienes o derechos que constituyan el patrimonio del Fideicomiso, la Fideicomitente tendrá la obligación de entregar otros bienes o derechos que amparen un valor igual o mayor al que sustituye, sin que disminuya la proporción pactada entre la Fideicomitente y la Fideicomisaria.

En caso de que los bienes sustitutos sean recursos en efectivo, el Fiduciario los deberá invertir en instrumentos de renta fija de conformidad a las instrucciones que por escrito reciba de la Fideicomisaria. En el supuesto descrito en el párrafo que antecede, relativo a la sustitución de bienes fideicomitidos en garantía, el valor de éstos no podrá ser inferior a las obligaciones contraídas por la Fideicomitente, en cuanto al valor del financiamiento.

La Fideicomitente, previa conformidad por escrito de la Fideicomisaria, podrá solicitar al Fiduciario avalúos de los inmuebles fideicomitidos, a fin de actualizar su valor, base para la garantía otorgada en el fideicomiso.

Una vez cumplidas todas las obligaciones contraídas por la Fideicomitente, previa instrucción escrita que la Fideicomisaria gire al Fiduciario, este último revertirá los bienes fideicomitidos en favor de la Fideicomitente, extinguiéndose así totalmente el contrato de Fideicomiso.

Generalmente en esta clase de contratos queda expresamente convenido que la Fideicomitente se reserva el derecho de reversión de los bienes fideicomitidos, siempre y cuando se hubiere dado debido cumplimiento a todas y cada una de las obligaciones garantizadas con el Fideicomiso.

La afectación de los bienes fideicomitidos, así como el derecho de reversión de la Fideicomitente, una vez cumplidas las obligaciones de pago garantizadas en el presente contrato, en materia fiscal, será regulada conforme a la legislación vigente sin responsabilidad para el Fiduciario.

En caso de que la Fideicomitente no cumpla con alguna de las obligaciones contraídas con la Fideicomisaria, el Fiduciario procederá a la adjudicación o venta del patrimonio fideicomitado, conforme a lo estipulado en las cláusulas

establecidas en el propio fideicomiso, previas instrucciones que por escrito y para tal efecto le dirija la Fideicomisaria.

La duración del Contrato de Fideicomiso será la necesaria para el cumplimiento de sus fines y se extinguirá por cualquiera de las causas establecidas en el artículo 392 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en lo que sean compatibles con las estipulaciones del contrato, a excepción de lo que establece la fracción cinco y seis, de dicho ordenamiento, por tratarse de un Fideicomiso de naturaleza irrevocable, mismas que a la letra dicen:

Artículo 392. El fideicomiso se extingue:

Fracción V.- " Por convenio expreso entre fideicomitente y el fideicomisario;

Fracción VI.-" Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso.

En caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas por la Fideicomitente, la Fideicomisaria en Primer Lugar girará instrucciones al Fiduciario para que de inmediato proceda a la enajenación o, en su caso, adjudicación de los bienes fideicomitados, para que con el producto de la venta se cumplan con todas y cada una de las obligaciones pendientes a cargo de la Fideicomitente, en virtud de que el Fideicomiso se constituye para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas con la Fideicomisaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito, las partes acuerdan expresamente que la ejecución del Fideicomiso se sujetará al procedimiento a que se refiere el propio contrato.

Dentro de este fideicomiso es muy importante la constitución de un Comité Técnico, toda vez que resulta necesaria la participación de un Organó de Vigilancia.

### **3.4 FIDEICOMISO TRASLATIVO DE DOMINIO**

Estos fideicomisos tienen como fin que el fiduciario transmita la titularidad de los bienes o derechos fideicomitados al fideicomisario o a la persona que este señale, una vez que se hayan reunido los requisitos previamente establecidos.

Operan los fideicomisos traslativos de dominio en aquellos casos en que se presentan algunas dificultades de carácter legal o de tipo práctico para que se pueda realizar la transmisión mediante las formas tradicionales en los negocios jurídicos relativos, tales como la compraventa, la donación o la aportación de un socio a una sociedad.

Esta clase de fideicomisos pone de manifiesto el carácter de negocio fiduciario que tiene el fideicomiso mismo, pues transitoriamente se requiere de este medio para suplir las deficiencias que se presentan, para que se celebren los contratos o los actos jurídicos tradicionales

Cabe señalar que en los años setentas la mayoría de los bancos captaba recursos a través de este tipo de fideicomisos, ya que existieron empresas "constructoras" que adquiría terrenos a fin de poder construir zonas habitacionales, fraccionamientos, y centros comerciales, para después transmitirlos a terceras personas denominadas "adquirentes" o "fideicomisarios en segundo lugar", siendo estos los obligados a pagar el impuesto correspondiente por la compraventa.

En virtud de lo anterior muchos de los adquirentes no regularizo su propiedad por el impuesto a que estaba obligado a pagar, por lo cual únicamente se quedo con su contrato de compraventa privado, sin protocolizarlo ante notario publico, dando como resultado que dicha propiedad permaneciera irregular.

Lo anterior dio como resultado que en dichos bancos existieran un promedio de 5000 fideicomisos irregulares, toda vez que perdieron el control de los negocios fiduciarios, contratando así despachos jurídicos especializados en la materia para poder determinar el patrimonio actual de dichos fideicomisos.

Otros de los casos que podemos observar de este tipo de fideicomisos son los constituidos por extranjeros en zona restringida, toda vez que estos no pueden adquirir directamente dicha propiedad, recurriendo así a este tipo de negocios fiduciarios, para así tener los derechos de uso, disfrute y explotación de las propiedades sin detentar la propiedad fiduciaria.

### **3.5 FIDEICOMISO TESTAMENTARIO**

El Diccionario Jurídico Mexicano nos define al testamento como "acto Jurídico Unilateral, personalísimo, revocable, libre y formal por medio del cual una persona física capaz, dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte".

En la práctica se califican como testamentarios aquellos fideicomisos cuya constitución, efectos y cumplimiento están condicionados al fallecimiento del fideicomitente o testador.

De esta forma, la persona logra que a su fallecimiento los bienes de su propiedad sean conservados, administrados, distribuidos, o entregados por una institución



fiduciaria, en la forma, términos y condiciones establecidos por aquélla, a favor de las personas, físicas o morales que designó como beneficiarios, en este caso los fideicomisarios.

Existe controversia respecto a cómo constituir este tipo de fideicomiso, ya que la Ley Cambiaria en su artículo 387 señala que este fideicomiso puede constituirse por acto entre vivos o por testamento.

La forma más adecuada consiste en el fideicomiso constituido en ejecución de un testamento, ya que, en estricto sentido jurídico, el fideicomiso testamentario se constituye cuando fallecido el testador, el albacea de la sucesión en cumplimiento de la voluntad de aquél, celebra el fideicomiso, transmitiendo al fiduciario los bienes de que se trata, quien los administrará y entregará a los beneficiarios de acuerdo a los fines contenidos en el clausulado inserto en el propio testamento.

Si se analiza este fideicomiso desde el punto de vista de sus finalidades, encontramos que se trata de un fideicomiso de administración porque el fiduciario, con la titularidad de los bienes y derechos, procede a la inversión del dinero en efectivo que forma parte del acervo en el fideicomiso, así como a la guarda y conservación de los demás bienes hasta que proceda a la transmisión de los mismos a los fideicomisarios que, en suma, son los herederos.

De esta manera, el testador asegura una correcta inversión y una eficiente administración sobre todo cuando los herederos son personas incapaces o carecen de la experiencia suficiente para efectuar tal administración e inversión.

A partir de la muerte del fideicomitente, surtirán los efectos en este tipo de fideicomiso, es entonces cuando la institución fiduciaria recibe la titularidad del derecho de propiedad sobre los bienes afectados para que, a través de la

titularidad que tiene sobre los mismos, pueda realizar y cumplir los fines señalados, el procedimiento de la aceptación del cargo de fiduciario, deberá darse dentro del juicio sucesorio que se siga.

En el fideicomiso constituido por testamento, si bien no tiene exactamente la configuración de un contrato, es indispensable una ocurrencia de voluntades entre el testador y la institución fiduciaria pues de lo contrario no es posible su existencia.

Para facilitar el trámite de la sucesión, puede en la práctica designarse como albacea a la institución fiduciaria, desde el momento mismo de otorgar testamento.

Los fines de este tipo de fideicomiso son:

- a) que el fiduciario adquiera la titularidad del patrimonio Fideicomitado y mantenga invertido en fondo en los términos establecidos por el fideicomitente, o bien por acuerdo de las instrucciones que por escrito reciba del comité técnico.
- b) que el fiduciario entregue al fideicomisario en primer lugar, o bien a cualquier persona física o moral, previamente designada para tal, las cantidades que éstos soliciten por escrito.
- c) En la practica se estila que a cada uno de los fideicomisarios les sea entregado el porcentaje del capital total de sus subcuentas en el momento en que acrediten haber alcanzado la mayoría de edad, o bien haber obtenido un titulo universitario y en su defecto haber cumplido 25 años de edad.

## **DEL FALLECIMIENTO DE ALGUNO DE LOS FIDEICOMISARIOS:**

En estos contratos, también se contempla la posibilidad del fallecimiento de alguno de los Fideicomisarios antes de recibir total o parcialmente el capital que les correspondiera, para lo cual el Fiduciario procederá a entregar el saldo total del capital que constituya el fondo de la subcuenta respectiva del Fideicomisario fallecido en partes iguales a sus hijos en caso de que los hubiera, en forma directa si son mayores de edad y en caso contrario a su representante legal.

En caso de que el Fideicomisario fallecido no tuviera hijos, el Fiduciario procederá a traspasar el saldo total de capital que constituya el fondo de la subcuenta del Fideicomisario fallecido a la subcuenta del Fideicomisario supérstite.

Para el supuesto del fallecimiento de los Fideicomisarios del capital y productos en Segundo Lugar y sólo una de ellos tuviere hijos, el total de cada una de las subcuentas se entregará a estos, por partes iguales.

En caso de fallecimiento de los Fideicomisarios en Segundo Lugar antes de recibir parte o la totalidad del capital que les correspondiera y ninguna tuviere descendientes, el Fiduciario procederá a entregar el saldo total de cada una de las subcuentas a la sucesión legítima o testamentaria.

Este fideicomiso se extingue cuando el fiduciario da el debido cumplimiento a los fines que se establecieron en el fideicomiso testamentario, es decir de conformidad con la fracción I, del artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. "por la realización del fin para el cual fue constituido.

### **3.6 FIDEICOMISOS POR DISPOSICIÓN DE LA LEY.**

No siempre se constituye el fideicomiso por la expresa voluntad del fideicomitente, ya sea en un acto contractual o en su testamento, sino por disposición expresa de la ley, cuando este medio se crea un patrimonio que venga a satisfacer las necesidades de un determinado grupo o clase social.

Así, el fideicomiso deja de ser una simple forma contractual y a través de una disposición legislativa, desempeña una función social para proteger los intereses de ciertas clases o grupos sociales que se encuentran impedidos de llevar adelante su normal desenvolvimiento, como miembros de una comunidad.

Estos fideicomisos se constituyen generalmente por el estado a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien aporta los fondos o en su caso los bienes que constituyan el patrimonio del fideicomiso; se señalan los fideicomisarios, o se precisan las bases para su designación, y también se constituyen comités técnicos que regularan la inversión de los bienes fideicomitados, para que el fiduciario pueda dar fiel cumplimiento a las finalidades previstas en la ley que crea el fideicomiso correspondiente.

## BIBLIOGRAFÍA DEL CAPITULO TERCERO

- 1.- Manual emitido por el Banco Nacional del Ejercito Fuerza Aérea y Armada S.N.C.
- 2.- Actualidad y Futuro del Fideicomiso en México.- Editado por Bancomer S.A. Dirección Fiduciaria.- 1998.
- 3.- Notas del congresos fiduciario de 1998, celebrado en cancún.

## CAPITULO CUARTO

### COMITÉ TÉCNICO

El comité técnico en el fideicomiso es un tema poco explorado; tanto en la doctrina como en la práctica los esfuerzos se han encaminado a otros objetivos como el estudio de los elementos personales y formales del fideicomiso, la responsabilidad del fiduciario, la naturaleza jurídica de la figura y demás características de la relación fiduciaria.

Los tratadistas se han abocado al análisis de otros aspectos relevantes tanto de la normatividad como de la operación fiduciaria, y más recientemente a conocer y desarrollar la informática aplicable a la administración fiduciaria.

Ante la conveniencia de conocer tanto el significado como el alcance de esta figura fiduciaria, su origen, sus facultades, funciones, utilidad y aplicabilidad; al igual que su integración como cuerpo colegiado, quizá de apoyo o complemento para el fiduciario, es prudente presentar algunas ideas sobre los antecedentes, definiciones, opiniones, y practicas en torno a la figura del comité técnico, las reglas que se deben considerar para su integración y funcionamiento, así como para la regulación con los fines del fideicomiso.

El derecho anglosajón se preocupa porque la administración del trust quede en manos de un trustee íntegro y competente, que sancione la buena gestión del patrimonio afectado gracias a una serie de medios eficaces como los órganos de colaboración y vigilancia; pero esto no es todo, pues rodea también al trustee de órganos de colaboración y de control. Y es que, en este punto, no es necesario una gran experiencia para saber que los más juiciosos cometen grandes errores

de apreciación y que los mas honrados tienen en ocasiones sus flaquezas. El principal de todos esos órganos es el tribunal.

Se les encuentra en todos los *express trusts*, privados o públicos el *trusts* vive a la sombra del Palacio de Justicia que le aporta a la vez consejo y control. Este papel de consejero del derecho anglosajón un trato sorprendente para el jurista francés, es constante en cuanta ocasión tiene el *trustee* una duda legítima acerca de lo que debe hacer, puede y aun debe pedir al tribunal las instrucciones necesarias para dirigir su conducta y poner a salvo su responsabilidad. Los consejos que puede dar entonces el tribunal son de una variedad infinita y de ninguna manera limitados al terreno jurídico.

Además, el tribunal ejerce un control. En efecto, en ciertos casos, el *trustee* debe pedir autorización previa al tribunal; en otros, tiene que obtener su aprobación posterior.

En Inglaterra el tribunal también puede entrar más a fondo en la administración efectiva del *trust* designado a un *trustee* judicial; en tal caso, sigue muy de cerca la administración del patrimonio, da ordenes o reglas de conducta al *trustee*, toma iniciativas y exige cuentas.

Por fin, rebasando esas funciones de vigilancia, toma parte activa de la gestión del *trust*; de ese modo, puede aceptar ser el depositario de los fondos del *trust* y aun desempeñar el papel de *trustee* en ciertas hipótesis, entre las que se indican ahora las principales: a) cuando los *trustees* no logran ponerse de acuerdo; b) cuando las dificultades que sólo el tribunal puede decidir, hayan de surgir en ciertos intervalos; c) cuando hay dudas respecto a la buena fe de un *trustee*.

Al lado del tribunal, el beneficiario tiene mas frecuentemente un papel de colaborador y siempre cuenta con medios de control si es un sujeto de derecho.

Efectivamente, en todos los *trusts* privados, el beneficiario es el objetivo final de la institución: para él se ha creado y es natural que tenga el derecho de opinar.

Además, el *settlor* puede, en el acto constitutivo, adjuntar al *trustee*, cualquier colaborador que juzgue necesario y reservarse para sí o para un tercero, la parte que estime necesaria en la administración del patrimonio.

Las cláusulas que especifican que ninguna inversión podrá hacerse sin el asentamiento del *settlor*, son, por ejemplo, frecuentes en los *living trusts*, constituidos total o parcialmente en beneficio del mismo *settlor*.

Pero la experiencia comprueba que en la mayoría de los casos, quienes constituyen un *trust* no ven más allá en tal dirección y estiman, con razón, que la ley ha asegurado suficientemente la buena marcha del *trust*.

El tribunal mismo puede por lo menos en Inglaterra, designar al *trustee* un colaborador obligatorio.

Parece que en éste punto, el derecho anglosajón ha logrado el justo medio: el *trustee* queda suficientemente apoyado y a la vez vigilado, de tal suerte que los *settlers* y los beneficiarios queden tranquilos; pero esto tampoco es excesivo y conserva al "*trustee*" suficiente libertad para obrar en forma directa, activa y eficaz; como decimos en la legislación mexicana "como buen padre de familia".

La Ley Bancaria de 1941 establecía que "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 o acuerdos de ese comité, estará libre de toda responsabilidad", artículo 45 fracción



IV. La reproducción anterior fue reproducida casi literalmente en el artículo 61 de la Ley Reglamentaria de 1984, que suprimió las palabras "o de distribución de fondos". La vigente Ley de Instituciones de Crédito de 1990, adoptó que en forma literal la disposición de la Ley Reglamentaria anterior. (1)

Durante la vigencia de la anterior Ley de Instituciones como se llamaba comúnmente, se discutió en la práctica fiduciaria si en realidad el legislador quiso establecer una dualidad de comités, uno técnico y otro de distribución de fondos; se resolvió éste problema al momento de dar al comité sus reglas de funcionamiento y facultades teniendo éste atribuciones para la distribución de los fondos del fideicomiso, durante el cumplimiento de sus finalidades.

Nada decían las leyes anteriores, como tampoco la Ley vigente, en cuanto a la responsabilidad en cuanto pudiera incurrir el propio comité técnico.

Es indudable, que ya en forma colectiva o individual de sus miembros, según el caso, uno y otros están sujetos a las responsabilidades civiles y personales por actos realizados con culpa, mala fé, dolo, o fraude. Sin embargo, el cuidado con que se designa a los integrantes de esos comités hace esa posibilidad más bien remota. A este respecto es de interés lo que dispone al artículo 44, párrafo segundo, de la Ley Federal de Entidades Paraestatales:

"la Institución fiduciaria deberá abstenerse de cumplir las resoluciones que el comité técnico dicte en exceso de las facultades expresamente fijadas por el fideicomitente, o en violación a las cláusulas del contrato de fideicomiso, debiendo responder de los danos y perjuicios que se causen en caso de ejecutar actos en acatamiento de acuerdos dictados en exceso de dichas facultades o en violación del citado contrato".

A disposición anterior es omisa en cuanto a la responsabilidad del comité técnico, colectiva o individualmente, que es procedente.

En las instituciones norteamericanas normalmente funciona un *trust committee* cuya misión consiste en determinar las inversiones que deban hacerse y revisar en forma periódica los diversos *trusts* a fin de efectuar los cambios aconsejables según las circunstancias; sin embargo, sus decisiones no pueden, en manera alguna, eliminar la responsabilidad de la institución.

#### **4.1 ANTECEDENTES EN EL DERECHO NORTEAMERICANO**

No encontramos antecedentes en nuestro país, de cuerpos colegiados similares a la del comité técnico.

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.

Esta práctica ha sido usual en los Estados Unidos, desde principios de siglo y, en la doctrina, no es frecuente encontrar comentarios sobre esta clase de comités.

En la obra de Pierre Lepaulle se afirma que existen en cierto tipo de trusts los comités de distribución, a cuya función y constitución les da un carácter original. Se comenta que esta práctica es relativamente reciente; se cita el más antiguo, formado en 1914 y que, se han desarrollado considerablemente. (2)

En la práctica norteamericana estos comités se llaman trust committees, y son establecidos, sobre todo, en fideicomisos que tienen necesidad de invertir en acciones, en bonos, en valores, etc.; 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, los trust companies acostumbran nombrar trust committees, para orientar su inversión de manera que obtengan un consejo prudente de personas concedoras.

#### **4.2 APARICION Y PRACTICA EN MEXICO.**

El origen del comité técnico, en nuestra ley, es desconocido. Su estructuración, en la práctica, como órgano del fideicomiso, según aparece en diversos contratos, por su organización, facultades y funcionamiento, lo hacen asemejarse a los consejos de vigilancia y de administración de las sociedades anónimas.

Como ya se afirmó, el comité técnico del fideicomiso fue introducido, por primera vez en nuestra legislación, en la Ley Bancaria de 1941. La actual Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 80, tercer párrafo dice: "En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prevenir 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 éste comité, estará libre de toda responsabilidad". (3)

Hay quienes sostienen que la designación de un grupo de personas en "comité" atañe a una asamblea, lo que da idea de autoridad que se delega, y que por tal razón la antigua legislación bancaria de 1941 se refería acertadamente a que sólo los fideicomitentes, en plural, y no el fideicomitente en singular, podrán prever la formación de un comité.

Es notoria la diferencia en la redacción entre el artículo actual en la parte relativa, y el artículo 45 de la Ley Bancaria anterior; ahora no se deja a la pluralidad de los fideicomitentes la formación del comité técnico, por lo que no se debe considerar una atribución de aquellos; más aún, la decisión está en el fideicomitente como creador del fideicomiso, aunque ya no lo diga la ley, y puede corresponder al fideicomisario al momento de reformarse o modificarse el fideicomiso en tal sentido, siempre que no exista ya el fideicomitente o que este no se haya reservado tal derecho.

En la realidad la cotidiana práctica fiduciaria nos muestra que un solo fideicomitente constituye o prevé la integración del comité técnico, determinando sus facultades y funciones, a veces demasiado amplias, siendo raro el caso de la formación de este cuerpo colegiado al reformarse el fideicomiso, aunque no hay disposición reglamentaria que lo impida.

En los fideicomisos privados, esta es la única norma que regula su constitución y funcionamiento y, si se interpreta el texto transcrito, veremos que el mismo, como primera característica, establece que prever su formación es potestativo o discrecional, por parte del fideicomitente.

Tal como está redactado el precepto, en el acto constitutivo se darán las reglas para el funcionamiento del comité y fijaran sus facultades.

La Ley es totalmente omisa y la jurisprudencia de nuestro país, hasta la fecha, no ha fijado los límites que pudieran darse, mediante interpretación jurisprudencial a estas cuestiones, es en los contratos de fideicomiso que celebran los particulares con las instituciones fiduciarias en donde se establece el comité técnico, se dan las reglas de funcionamiento, se fijan sus facultades, su membresía, la posibilidad de establecer nombramientos de miembros propietarios y suplentes, las entidades que nombrarán representante; se fijan para tomar decisiones, la forma de

votación y la conveniencia de que, de sus sesiones, se levanten actas, las que deberán firmar quienes en ellas intervengan o, en su caso, quienes conforme al uso bancario mercantil, ocupen el cargo de presidente y de secretario de dicho comité.

Ahora bien, el fideicomiso al formalizarse mediante un contrato, el fideicomitente tiene la facultad de establecer el comité técnico, y tendrá, necesariamente, que contar con la voluntad y el consentimiento del fiduciario; el que deberá introducir en las normas creadoras del comité técnico, todos aquellos principios que estime pertinentes, precisamente en función de que su responsabilidad esté siempre bien resguardada y de no dejar a las decisiones de este comité, muchos aspectos que son fundamentales; más adelante veremos la cuestión de la responsabilidad del fiduciario por acatar decisiones del comité técnico.

¿Porqué se llama comité técnico y cuál es su función?

La Ley no menciona nada, no dice en ningún momento cuál fue la razón por la que le dio la calidad de técnico, si ya de por sí se sobrentiende que el fiduciario es una institución que cuenta con personal técnico y calificado para administrar los fideicomisos. ¿cuál será la función, aún más técnica del comité? La Ley no lo ha señalado, y la doctrina, por lo menos la mexicana, tampoco.

#### LA COSTUMBRE.

Esta figura se ha conformado de acuerdo con una costumbre bancaria, como un cuerpo colegiado, representativo de los intereses involucrados, auxiliar en aspectos técnicos, muchas veces se incorporan representantes o asesores de otras áreas de la propia institución fiduciaria, y es práctica que también figure el fiduciario, alguna vez con voz pero sin voto.

La práctica ha sido que conjunta o independientemente, el fideicomitente o el fideicomisario sean miembros del comité.

Es un auxiliar del fiduciario en la toma de decisiones para ejecutar los fines del fideicomiso. Sus funciones y facultades deben quedar claramente establecidas.

Se debe cuidar el uso injustificado del comité, puede ser ociosa o innecesaria su constitución y además retardar las decisiones del fiduciario. Es conveniente cuando hay varios fideicomitentes, en los fideicomisos testamentarios, los relacionados con el otorgamiento de becas, beneficencia, caridad, presentación de trabajos literarios o científicos; para el desarrollo de proyectos de vivienda, cuando son muchos y diversos los recursos patrimoniales; en los que tiene que ver con la bursatilización de empresas, desarrollos de proyectos de infraestructuras, etcétera.

El comité técnico no tiene personalidad jurídica propia, ni capacidad para obligarse. Es un órgano colegiado deliberante, decisorio pero no ejecutivo.

No debe contar con personal propio bajo sus órdenes, ni adquirir bienes.

Es el fiduciario quien realiza los actos jurídicos y materiales en relación con el fideicomiso y con los bienes que forman el patrimonio.

El comité puede tomar a su cargo todas las decisiones que correspondan a los fines del fideicomiso, pero la ejecución corresponde al fiduciario.

Puede reservarse el comité conocer la actuación del fiduciario y sancionarla.

El secretario o presidente del comité pueden tener a su cargo comunicar al fiduciario los acuerdos que dice el comité técnico: Ni uno ni otro son funcionarios permanentes ni se justifica que tengan personal ni oficinas propias.

Entre las reglas aplicables al comité técnico en el fideicomiso, están las de cualquier otro cuerpo colegiado; deben figurar las que se refieren a la frecuencia, duración, lugar, clases de sesiones, ordinarias o extraordinarias, remuneración de los miembros del comité, hace los citatorios, quórum y votación, etc. Se debe resolver cómo cubrir las faltas o ausencias temporales o definitivas de los miembros del comité, pudiéndose hacer la designación de ellos por la resolución del propio comité.

Es claro que las facultades del comité técnico tiene que ver con el fin o la clase del fideicomiso, pero en general se refieren a las facultades de aprobar los programas de trabajo; autorizar las inversiones del patrimonio; los precios y condiciones de venta de los bienes; conocer y aprobar los estados financieros del fideicomiso; aprobar las reglas de funcionamiento del comité; designar al presidente y secretario; aprobar el presupuesto de gastos del fideicomiso, la designación y remuneración del personal que preste sus servicios al fideicomiso, etcétera.

Existe una función importante que es la designación de los fideicomisarios, y es el caso cuando así se establece en el acto constitutivo o en sus modificaciones. Esta es un práctica muy frecuente, sobre todo en los fideicomisos para fines culturales, asistenciales, de educación, caridad, para fomento del deporte, entre otros.

Se puede estimar que no se contraría el texto legal del artículo 383 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pues siendo facultad del fideicomitente designar fideicomisario, en realidad la está delegando en el comité

técnico. El artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece el procedimiento cuando el fideicomisario es indeterminado disponiendo que sea el Ministerio Público, o si son incapaces, quien ejerza la patria potestad, el tutor o el propio Ministerio Público. Puede entenderse que rigen estas reglas cuando el fideicomitente no ha señalado otras formas de determinación, y es cuando esa función se le asigna al comité técnico.

Existe otra función muy importante que es resolver sobre la extinción de fideicomiso, cambiar o ampliar su objeto, revocar o cambiar al fiduciario. Se puede considerar que es dudoso que sea competente el comité para la ampliación del objeto, y en cuanto a la extinción que tiene que ver con que se ha cumplido con su finalidad, habrá de estar debidamente apoyada la decisión y en todo caso el fiduciario debería coincidir con esa apreciación. La decisión del cambio o remoción debiera ser fundada, pero la práctica es que sea hasta sin expresión de causa.

En el aspecto de la creación del comité mediante una modificación al acto constitutivo parece razonable pensar que se requiere la conformidad del fideicomisario designado. Por supuesto si consideramos el fideicomiso como un contrato, se requiere el consentimiento del fideicomisario, ya que no podría el fideicomitente modificar unilateralmente el contrato.

Se rompe también con el principio de que siempre se obre a nombre y por cuenta del representado, siempre queda como responsable el propio representado, o sea, ese comité.



### **4.3 NORMAS QUE RIGEN EL COMITÉ TÉCNICO EN EL FIDEICOMISO PRIVADO**

Las reglas para su funcionamiento, sesiones, fechas, convocatorias y demás, deben preverse en el acto constitutivo, las que además habrán de contener principios acerca de su duración, su permanencia, las facultades de sus integrantes, cuestiones de voto de calidad y pensamos que, en cierto momento, pudiera presentarse a que el fideicomitente o el fideicomisario, en su caso, establezcan, con cierto capricho, si el fiduciario no tiene el buen criterio de orientar al fideicomitente, y a su arbitrio las normas que habrán de regular al comité técnico, de donde, también por este aspecto, se hace difícil y problemático su estudio.

La integración del comité técnico en los fideicomiso privados, se hace de acuerdo con lo que convienen las partes en el acto constitutivo y, como ya se dijo, la única norma expresa que los regula es el artículo 80, tercer párrafo, de la Ley Bancaria, en vigor que, por su redacción tan genérica, prácticamente sólo sirve como base para su establecimiento, pero no para fijar sus facultades y su funcionamiento que, en realidad, están contenidas o en los contratos o en los usos y costumbres de las instituciones fiduciarias que, en este caso, han sido generalmente de derecho.

### **4.4 COMITÉ TÉCNICO EN LOS FIDEICOMISOS PUBLICOS O GUBERNAMENTALES**

La práctica del gobierno federal en los fideicomiso que han constituido a través del tiempo, es la de establecer, invariablemente, comités técnicos en cada uno de ellos.

No obstante, esta costumbre administrativa, las normas relativas al comité técnico en los fideicomiso públicos, federales o estatales, durante mucho tiempo fueron consuetudinarias, y estimamos que es a partir de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en que se hace referencia aún cuando en forma muy general, a este órgano.

Este uso en el sentido de regular el comité técnico en cada contrato, que también se aprecia en los fideicomiso gubernamentales hace muy difícil el estudio de sus características, por cuanto que las fuentes de información resultan poco accesibles.

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal no dice a quién corresponde la designación del comité técnico, pero ésta se hace, generalmente, o bien en el acuerdo presidencial respectivo, o en los contratos que celebra la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, u otras dependencias, con la institución fiduciaria, en donde se establecen las reglas que rigen al comité técnico, sus facultades y las que se otorgan al director general del fideicomiso, o bien delegado fiduciario especial. Asimismo habrá que tomar en consideración lo que determinan los artículos 40 y 41 de la Ley comentada. (4)

En realidad el comité técnico del fideicomiso viene funcionando como un verdadero consejo de administración que toma decisiones, acuerdos, sesiona regularmente y es un órgano de administración permanente.

La Ley Federal de las Entidades Paraestatales, en sus artículos 40 a 45 establece las bases para la constitución, incremento, organización, estructura, modificación y extinción de los fideicomisos establecidos por el gobierno federal, sin que tampoco se defina al comité técnico, ni se aclaran sus facultades, sin embargo, se hace referencia a él. (5)

La Ley mencionada no aporta mayores luces para la integración y funcionamiento del comité técnico de los fideicomiso públicos, pues únicamente determina que debe haber un representante del coordinador sector, uno de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, uno del fiduciario, éste sin voto y, en cuanto a sus facultades, remite de nuevo al acto constitutivo.

En los fideicomiso privados, el comité técnico sólo existe en casos muy especiales, por la cuantía, por la complejidad del negocio o por la naturaleza del objeto o fin del fideicomiso.

En los fideicomiso públicos es obligatorio, tanto por razones administrativas como de índole política.

En la doctrina, se han expresado opiniones de que, en cierto sentido, el comité técnico actúa en realidad como un consejo de administración de una sociedad anónima.

#### **4.5 CONSTITUCION DEL COMITÉ TÉCNICO.**

La facultad de instaurar un comité técnico dentro de un fideicomiso, conforme a la legislación mexicana, asiste al fideicomitente, quién podrá implantarlo bien sea en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas.

La instauración del comité técnico por el fideicomitente, en las reformas del fideicomiso requiere la conformidad del fideicomisario si lo hubiere, caso en el cual, dada la naturaleza del fideicomiso, el fideicomisario podrá oponerse, si así lo estima conveniente, a tal constitución pero, además, hay que tomar en cuenta si el fideicomitente se reservó tal facultad al constituir el fideicomiso; pues, resulta obvio que si el fideicomitente no se reservó esa facultad no podrá hacerla valer

jurídicamente en ningún tiempo, salvo que obtenga la conformidad del fideicomisario y del fiduciario en tal sentido.

Al tratarse el tema de los derechos del fideicomitente, Sergio Rodríguez Azuero en su obra *Contratos Bancarios*, su significación en América Latina, menciona que:

El fiduciario, al igual que el fideicomisario, no sólo puede, sino está obligado a oponerse a la constitución de un comité técnico, por parte del fideicomitente o fideicomisario, si considera que la constitución de dicho comité en uso de las funciones y facultades que le son conferidas rebasa las finalidades del fideicomiso; o bien, con su actuación puede dar lugar a prácticas fiduciarias poco ortodoxas que puedan afectar el cumplimiento de los fines del fideicomiso, cuya realización por la ley ha sido encomendada exclusivamente al fiduciario.

#### INSTITUCION POR EL FIDEICOMISARIO

Si el fideicomitente no se reservó ningún derecho en relación a los bienes o fines del fideicomiso, pues constituyó el fideicomiso en beneficio exclusivo del fideicomisario, este último tiene plenas facultades jurídicas para constituir un comité técnico, con las funciones y facultades que juzgue convenientes siempre y cuando se respeten los principios normativos que rigen la constitución y operación del comité técnico y no encuentre oposición del fiduciario o del fideicomitente, si a éste último le asisten derechos respecto del fideicomiso.

#### INSTAURACIÓN POR EL FIDUCIARIO

No existe impedimento legal alguno para que el comité técnico pueda ser designado por la institución fiduciaria, si esta facultad se la confieren, el fideicomitente o el fideicomisario, en atención a la confiabilidad que le han

depositado al designarlo como propietario fiduciario de los bienes y ejecutos de los fines del fideicomiso.

Es conveniente pues, prever en los contratos de fideicomiso esta posibilidad, sobre todo para preservar al fiduciario de responsabilidades que por desacuerdos de las partes, se pudieran presentar.

#### **SUJETOS INTEGRANTES DEL COMITÉ TÉCNICO.**

Los miembros de un comité pueden ser indistintamente tanto personas físicas , como personas morales, las que inclusive pueden tener distintas nacionalidades.

Por regla general la determinación, o la elección de los miembros de un comité técnico se efectúa principalmente en atención a las cualidades de los sujetos seleccionados, tales como: capacidad, conocimientos, experiencia, representatividad, prestigio y solvencia moral que, se supone, harán valer el desempeño de las funciones y facultades que están llamados a desempeñar como miembros de un organismo de asesoría y auxilio técnico de la institución fiduciaria.

Los usos fiduciarios han consagrado ya, como práctica usual, la política de permitir que, en forma conjunta o independientemente, tanto el fideicomitente, como el fiduciario y el fideicomisario o sus representantes legales, frmen parte integrante del comité técnico.

#### **PARTICIPACIÓN DEL FIDUCIARIO EN EL COMITÉ TÉCNICO.**

En cuanto se refiere a la práctica de que el fiduciario o sus funcionarios sean designados como miembros del comité técnico, cabe hacer los siguientes comentarios:

Si exclusivamente se designa como miembro del comité a la institución fiduciaria esta debe conferir un poder específico o designar a uno de los directivos o funcionarios para que asista a las sesiones del comité, con su representación.

Esta designación normalmente recae sobre uno de sus delegados fiduciarios o funcionario calificado de su departamento fiduciario.

En casos especiales la designación puede recaer sobre otro de sus funcionarios asignados a otros departamentos de la propia institución fiduciaria, que se estima está mejor capacitado para efectos de prestar sus servicios , al comité en materias específicas.

La institución fiduciaria debe procurar abstenerse de aceptar el cargo de miembro de comités técnicos en los fideicomisos que tengan confiados a su administración. No obstante, si se considera útil y necesaria su participación, esta puede aceptarse en la inteligencia de que sólo debe permitir que se le confiera el derecho de ser oída en las deliberaciones, resoluciones, dictámenes y acuerdos del comité, pero si ejercer el derecho de voto.

#### **4.6 FACULTADES DEL COMITÉ TÉCNICO**

las facultades del comité técnico de un fideicomiso compete fijarlas al fideicomitente, bien sea en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas.

También tanto al fiduciario como al fideicomisario, les puede asistir el derecho de constituir un comité técnico y determinar el alcance de sus funciones y facultades.

Estas afirmaciones parecerán audaces y sin fundamento legal especialmente, la referente a que el fideicomisario pueda constituir un comité técnico y fijar sus facultades.

Sin embargo, también existe un principio general del derecho que reza así: "El que puede lo más, puede lo menos". En consecuencia, si al fideicomisario le asisten todos los derechos, beneficios y provechos del fideicomiso, no se encuentran razones de peso que impidan que éste pueda constituir un comité técnico que auxilie al fiduciario en la óptima realización de los fines del fideicomiso y además si tal comité es constituido por el fideicomisario precisamente en su beneficio, cuando el fideicomitente ya dejó de tener derechos sobre el fideicomiso.

#### CLASIFICACION DE LAS FACULTADES.

Veamos a continuación diversas facultades genéricas y específicas que asisten al comité técnico, según el tipo del fideicomiso en que este opere.

Como facultades genéricas podemos mencionar las siguientes:

a) Políticas

El comité dada la alta calidad técnica o especialidad de sus representantes, debe establecer y determinar los principios rectores bajo los que el fiduciario debe actuar conforme los programas y procedimientos más adecuados a la consecución de las finalidades del fideicomiso.

b) Vigilancia

Se relacionan con la correcta administración del patrimonio Fideicomitado por parte del fiduciario y también en cuanto se refiere a una exacta realización de los fines del fideicomiso.

c) Dictámenes

El comité debe de aconsejar y proporcionar asesoría al fiduciario cuando éste le presente planes o estrategias para la realización de los fines del fideicomiso y determinar lo conducente.

d) Acuerdos

El comité realiza su principal función cuando considera, analiza, debate y decide sobre un problema que se puede presentar en el desarrollo de la operación fiduciaria

e) Asesorías

El comité puede expedir guías, orientaciones y sugerencias técnicas o teóricas para que las acciones del fiduciario se realicen en la forma más eficiente posible.

Como facultades específicas, que se pueden conferir al comité técnico, encontramos las siguientes:

a) Recomendar, o en su caso, ordenar al fiduciario la realización de inversiones del capital Fideicomitado en valores de renta fija o variable, inscritos en el Registro Nacional de valores e Intermediarios, autorizados para inversión de las instituciones fiduciarias.

b) Revisar los informes y estados contables que presente la institución fiduciaria y tomar los acuerdos y dictámenes que procedan



- c) Recomendar la sustitución patrimonial de bienes del fideicomiso por otros que considere de mayor valía y productividad.
- d) Autorizar al fiduciario para la adquisición de bienes con cargo al patrimonio Fideicomitado.
- e) Instruir al fiduciario para otorgar prestaciones o beneficios a distintos fideicomisarios.
- f) Establecer, aprobar sus reglamentos o procedimientos de operación y funcionamiento.

#### DETERMINACIÓN DE FIDEICOMISARIOS.

El derecho de designar uno o varios fideicomisarios asiste exclusivamente al fideicomitente; no obstante que el fideicomiso se constituya sin señalar o sin determinar fideicomisarios; pues tal determinación podrá efectuarse en acto posterior por el propio fideicomitente o por el comité técnico del fideicomiso, si se le confiere esta facultad.

Para fundamentar la anterior aseveración podemos mencionar que el derecho común, supletorio en materia fiduciaria, consagra el artículo 1390 del vigente Código Civil para el Distrito Federal, que : "Toda disposición a favor de persona incierta o sobre cosa que no pueda identificarse será nula, a menos que por algún evento puedan resultar ciertas".

La práctica y los usos bancarios que, al igual que la costumbre, han consagrado dentro de las instituciones fiduciarias, la facultad que en algunos fideicomisos se confiere a los comités técnicos para la determinación de fideicomisarios; tal designación, como comentamos anteriormente, corresponde en exclusiva al fideicomitente, no obstante que los designe en forma indeterminada e imprecisa,

veamos un ejemplo: "los cinco deportistas más destacados en atletismo de la Universidad Autónoma de México que siendo alumnos de la máxima Casa de Estudios, obtengan su título profesional, cada año".

Las funciones y facultades del comité técnico, en el equipo citado, estarán encaminados a determinar cuáles son las personas y los requisitos que estas deben reunir para ser acreedores a merecer la determinación de fideicomisarios y así obtener los beneficios del fideicomiso.

#### EXTINCIÓN DE LAS FACULTADES DEL COMITÉ TÉCNICO.

Las facultades del comité técnico se extinguen cuando se dan las causas de extinción del propio comité y estas pueden ser, entre otras:

- a) Porque el fideicomitente o fideicomisario en su caso, haya decidido extinguir al comité, por considerarlo innecesario o inoperante, o porque cumplió con sus fines y ya no es necesario.
- b) El comité formalmente debe extinguirse por cumplimiento de las finalidades del fideicomiso por las cuales fue constituido.
- c) El comité técnico deja de existir en el momento mismo en que se dé cualesquiera de las causas de extinción del fideicomiso.

#### LIBERACIÓN DE RESPONSABILIDAD FIDUCIARIAS

El tema es uno de los que mayor significación tiene . el tercer párrafo del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, consigna textualmente la siguiente

aseveración : "Cuando la Institución de Crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad".

Sin embargo existen opiniones en contrario, los tratadistas mexicanos que han referido en sus estudios al comité técnico han expresado sus temores por la absoluta liberación de responsabilidad que la Ley Bancaria otorga al fiduciario por obrar en acatamiento de los términos de los acuerdos y dictámenes del comité técnico.

Al tratar ese tema en particular, el Lic. Jorge E. Beyer Esparza, en su obra El Fideicomiso expresa lo siguientes: (6)

La circunstancia anterior ha acarreado una progresiva deformación en la esencia del fideicomiso mexicano, pues, por un lado la fiduciaria actúa invariablemente de conformidad con las recomendaciones del comité técnico y se anula así en cierta forma y en ciertos casos, la experiencia o buen criterio de la Institución, cualidades que en un momento fueron factores determinantes de su contratación y, por el otro lado el fideicomitente no se desvincula de hecho, de los bienes objeto del fideicomiso, ya que normalmente se autodesigna miembro del comité técnico. Esta última circunstancia, sólo luce justificable en el caso de que el fideicomitente sea el fideicomisario, en el de fideicomisos onerosos, cuando la prestación a cargo del fideicomisario esté sujeta a término, y en el de fideicomisos de interés social".

Asimismo, en la obra conjunta denominada Manual del Fideicomiso Mexicanos", sus autores comentan:

En su apresuramiento por liberar a los fiduciarios de responsabilidades, el legislador olvido:

- a) Que el comité técnico puede obrar en exceso de las facultades que se le hayan otorgado.

- b) Que puede tomar acuerdos cuya ejecución sea contraria a los fines del fideicomiso.
- c) Que puede tomar resoluciones cuyo cumplimiento pueda conducir a la comisión de delitos por parte de la Institución Fiduciaria.

En estos casos, el fiduciario no queda liberado de responsabilidad si sigue los dictados de un comité que actúa antijurídicamente. Por el contrario, en la medida en que actúe en cumplimiento de sus instrucciones ilegítimas, asumirá la parte de responsabilidad que le corresponda. Aquí el principio consignado en el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en el sentido de que el fideicomiso, el fin debe ser lícito y determinado.

Por ello, tal vez convendría considerar en ese precepto que el fiduciario quedará liberado de responsabilidad cuando siga las instrucciones del comité técnico, "si éstas están dictadas dentro de la esfera de competencia atribuida al comité, y están orientadas hacia la realización del fideicomiso".

Si el fiduciario considera que las decisiones del comité técnico caen en alguno de estos supuestos, podrá negarse a cumplirlas y demandar su nulidad ante el juez de primera instancia de su domicilio.

Sobre este mismo tema el maestro Rodolfo Batiza, en su obra "Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria", expresa que: "Esta liberación de responsabilidades puede ir demasiado lejos. En todo caso, será entonces el comité técnico el que debe asumir las responsabilidades 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".(7)

Tal como está redactado el texto de la referida Ley Bancaria, se debería reconocer que el fiduciario efectivamente queda liberado de toda responsabilidad,

pero exclusivamente , cuando obra cumpliendo los acuerdos o dictámenes del comité técnico. En consecuencia, las instituciones fiduciarias no pueden, en estricto derecho invocar dicha liberación de responsabilidades, cuando lesionan el patrimonio Fideicomitado o los fines del fideicomiso, por obrar en acatamiento de acuerdos o dictámenes del comité técnico.

#### **OPOSICIÓN A LA RESOLUCIÓN.**

Si los acuerdos o dictámenes del comité no son adecuados conforme al recto juicio del fiduciario; o inclusive, son contrarios a las finalidades del fideicomiso, éste no sólo tiene el derecho , sino la obligación de oponerse a tales acuerdos o dictámenes e inclusive negarse a actuar en la forma en que se le indica.

#### **4.7 FIGURAS AFINES AL COMITÉ TÉCNICO**

La comparación entre figuras jurídicas, que se suponen afines, nos sirven para entender la concepción jurídica de cada una de ellas, sus semejanzas y diferencias.

#### **CONSEJOS CONSULTIVOS**

Puede compararse la figura del comité técnico a los consejos consultivos que, como han afirmado los tratadistas son:

"Grupos expertos o representantes del público general, o ambas cosas, nombrados como grupo consultor. Su eficiencia depende de su propia influencia en la comunidad, la habilidad del administrador para saber cuándo consultar al grupo, el valor de su consejo a los funcionarios públicos y la extensión que la junta hace conocer objetivos justos"

#### **CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE SOCIEDADES.**

Los autores mexicanos en la materia lo asemejan al Congreso de administración de las Sociedades Anónimas.

Batiza comenta lo siguientes: "Su estructuración en la práctica como órgano del fideicomiso; según aparece en diversos contratos, por su organización, facultades y funcionamiento, la hacen asemejarse a los consejos de vigilancia y de administración en las sociedades mercantiles". (8)

Sobre todo en los fideicomisos oficiales o públicos, se observa la semejanza entre el comité técnico y el consejo de administración ; por lo general, el comité está integrado por un presidente, vicepresidente, secretario, representante de diversas secretarías de estado y otras dependencias del Ejecutivo que sesionan periódicamente, además de un delegado fiduciario especial que tiene el carácter de director del fideicomiso. De hecho, el comité técnico actúa como órgano ejecutivo y el fiduciario como ejecutor de sus resoluciones.

Sobre este mismo tema, el Lic. Jorge E. Beyer Esparza, en su estudio "el fideicomiso", publicado en la revista Anales de Jurisprudencia. Estudios Jurídicos, Tomo 165, menciona lo siguiente: (9)

En algunas ocasiones se han equiparado al comité técnico con el congreso de administración de una sociedad. El ejemplo, que, a primera vista, luce afortunado, puede acarrear consecuencias peligrosas porque existen hondas diferencias entre uno y otro órgano, tales como:

- A) la función del comité técnico de un fideicomiso es una mera asesoría, es decir, que la fiduciaria puede o no acatar, discrecionalmente, las recomendaciones que éste órgano le haga, en tanto que por mandamiento

de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el consejo de administración es el órgano permanente de administración de una persona moral.

- B) La existencia del comité técnico de un fideicomiso está regulada por la Ley de Instituciones de Crédito, en tanto que, la de un consejo de administración está sujeta a la reglamentación de la Ley de Sociedades Mercantiles.
- C) La designación de un comité técnico en un fideicomiso no es esencial para la existencia de éste, en tanto que el órgano de administración de una sociedad es indispensable para ésta porque se trata del órgano en que se forma la voluntad de la Asamblea General de Accionistas.
- D) La existencia de un comité técnico en un fideicomiso, no se liga a la existencia de una persona moral, en tanto que, por cada Consejo de Administración, en materia de sociedades, existe una persona moral distinta.
- E) De acuerdo con la ley, los miembros de un comité técnico no guardan ninguna relación de mandato con la Institución Fiduciaria.
- F) Los miembros de un comité técnico de un fideicomiso, no incurren en responsabilidades civiles ante la fiduciaria o ante el fideicomitente o fideicomisarios en tanto que, en contra de los miembros de un Consejo de Administración se puede ejercitar la acción de responsabilidad que se deduce a los Artículos 161 y 163 fracción I, de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

## CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 1.- Apuntes de conferencias, celebrada por Directores más destacados del medio fiduciario en 1999.
- 2.- Actualidad y Futuro del Fideicomiso en México. Editado por Miguel Angel Lucero. Primera Edición 1998. Pág. 326.
- 3.- Idem. Pág. 327
- 4.- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Editorial porrua. 1999
- 5.- Ley Federal de las Entidades Paraestatales. Editorial porrua. 1999.
- 6.- Citado por Jesús Roalandini en su manual "el comité Técnico en el fideicomiso", editado por Bancomer. Pág. 338
- 7.- Idem. Pág. 338
- 8.- Idem. Pág. 340.
- 9.- Idem. Pág. 341.



## **CAPITULO QUINTO**

### **RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS FIDUCIARIAS, CLAUSULAS LIMITATIVAS O EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD.**

En los años recientes las instituciones de crédito de nuestro país han experimentado un cambio notable en las relaciones con sus clientes.

Hoy se cuenta con nuevas herramientas de la más avanzada tecnología, gran variedad en instrumentos de inversión , sofisticados esquemas de ingeniería financiera, tarjetas de plástico como medio de pago y, en general, con un público usuario cada vez mejor informado. El entorno, sin embargo, no ha sido el más favorable: crisis económica nacional, altas tasas de interés, deterioro del patrimonio familiar y personal, problemas financieros de las empresas e incumplimiento de los deudores.

El resultado de todo lo anterior, decíamos, ha sido el surgimiento de un nuevo estilo de dar y recibir el servicio bancario.

Las áreas fiduciarias de los bancos no podían permanecer ajenas a este fenómeno del cambio. Por el contrario, han desempeñado un importante papel.

Los servicios fiduciarios, particularmente el fideicomiso, han sido elementos clave para desarrollar una gran variedad de operaciones. Proyectos de infraestructura, privatización de empresas públicas, inversión extranjera, son solo algunos de los muchos esquemas que han requerido para su instrumentación de estos servicios.

Los contratos de fideicomiso por su parte, se han tornado poco a poco más complejos, debido a que se tienen que apegar a un marco jurídico cada vez más

amplio y contemplar planeamientos novedosos derivados de operaciones atípicas para los fiduciarios.

Lo anterior, aunado a las demandas que se han presentado en contra de varias instituciones, por supuestos malos manejos de los patrimonios fideicomitidos, han motivado la inclusión en los contratos de cláusulas relativas a la responsabilidad de los contratantes.

Esto ha sorprendido en algunos usuarios de los servicios fiduciarios que saben que la buena fe y la confianza entre las partes son el fundamento y razón de ser de éstos servicios. Pero entienden igualmente que hay quienes desde su posición de clientes pretenden aprovecharse de las instituciones de crédito para enriquecerse en forma ilícita.

Por la estrecha relación que tiene el presente tema con las obligaciones civiles, conviene desde ahora recordar algunas definiciones y conceptos que la ley y la doctrina contemplan y que constituyen el mejor marco de referencia para nuestro estudio.

### CONCEPTO DE OBLIGACIÓN.

Paniol, define la obligación como una relación jurídica entre dos personas de la cual una de ellas llamada acreedor tiene derecho de exigir de otra llamada deudor, cierta prestación (hecho o abstención). Entre los dos sujetos, el acreedor, y el deudor, existe un vínculo de derecho, por virtud del cual el sujeto activo puede apremiar a su deudor a que cumpla con la obligación contraída, y a su vez, el sujeto pasivo está sometido a una necesidad jurídica, esto es, cumplir con su obligación.

Conviene mencionar , que si bien el fideicomiso es un acto mercantil, lo referente a las obligaciones mercantiles esta regulado en forma limitada en los artículos 77 al 88 del Código de Comercio, por lo que se aplican supletoriamente, las disposiciones sobre obligaciones civiles, siendo aplicable el Código Civil del Distrito Federal (C.C. de D.F.)

Para efectos de nuestro de nuestro estudio nos concentraremos en dos fuentes de las obligaciones como son el contrato y los hechos ilícitos.

### **5.1 REGLAS GENERALES SOBRE LOS CONTRATOS.**

El Código Civil del Distrito Federal en su artículo 1794 establece que para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento; II. Objeto que puede ser materia del contrato.

Se señala también un tercer elemento de existencia como lo es la solemnidad, sin embargo, en nuestro derecho, no existe ningún contrato de tipo patrimonial que revista la característica de solemne.

Cuando falta uno de los elementos esenciales, esto es, un elemento de existencia como el consentimiento; o bien, cuando falta el objeto que pueda ser materia del contrato, el acto jurídico es inexistente por falta uno de los elementos de definición.

Si al acto jurídico le falta uno de los elementos de validez, decimos que dicho acto ha nacido a la vida jurídica, pero de una manera imperfecta.

Los requisitos que nos señala la ley para que el acto jurídico tenga eficacia son: I) capacidad legal de las partes; II) ausencia de vicios del consentimiento; III) licitud

en el objeto; y, en su caso, IV) que el acto revista la forma exigida por la ley. (artículo 1795 del Código Civil Para el Distrito Federal, a contrario sensu).

En todo contrato se deben distinguir las cláusulas esenciales: las naturales y las accidentales. Las cláusulas esenciales no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes en el contrato, dado que determinan la esencia de la operación. Así, las partes no pueden alterar el sistema traslativo de dominio de una compraventa, estipulando que sólo se transmitirá el uso y no la propiedad; ello va contra la esencia misma del contrato de compraventa.

Podemos decir que el sistema legal contiene una serie de normas que se imponen a la voluntad de los particulares de manera jerárquica, en la misma forma que las leyes ordinarias se subordinan a la Constitución.

Consecuentemente, la autonomía de la voluntad tiene aplicación tan solo, en las cláusulas naturales y en las accidentales; esto es, en donde las particulares pueden modificar las disposiciones legales, es en las cláusulas naturales, siempre y cuando no vayan en contra de una disposición de orden público; y en las cláusulas accidentales, en donde las partes regulan libremente los aspectos especiales de cada operación.

En consecuencia, es lícito establecer dentro de los contratos cláusulas que limiten la responsabilidad de las partes, pues las mismas tienen el carácter de naturales. (artículo 2117 del Código Civil para el Distrito Federal.)

## **5.2 CONSECUENCIAS OBLIGATORIAS QUE SE DERIVAN DEL CONTRATO PARA LAS PARTES**

Dentro de las obligaciones que se derivan de los contratos resalta lo establecido en el artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra señala:

“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquéllos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley”.

El hecho de que el contrato deba cumplirse conforme a la ley es una consecuencia de la subordinación que tienen todas las normas jurídicas respecto de la norma suprema que es la Constitución. No debemos olvidar que las partes al momento de celebrar un contrato, están legislando para ellas mismas, esto es, están creando una norma de carácter particular, que por ser la norma más pequeña de todas debe subordinarse a todo el ordenamiento legal del país.

Además, el contrato debe cumplirse de acuerdo con los usos del lugar donde se celebra. En materia mercantil los usos tienen el carácter de fuentes del derecho. Mantilla Molina, distingue entre usos generales y especiales, y nos dice que los primeros son practicados por todo el comercio, en tanto que los segundos, se siguen tan sólo en determinados ramos y agrega que, en caso de conflicto entre dichos usos, prevalece el uso especial sobre el general, regla que es un reflejo de la aplicable en casos análogos a las leyes.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, declara aplicables al fideicomiso en primer término los usos bancarios, esto es el uso especial y en segundo término el general, esto es el mercantil.

El propio Mantilla Molina nos dice que entre nosotros sería procedente el amparo por violación al uso, cuando en un juicio determinado se haya demostrado la existencia de un uso, y los tribunales omitan aplicarlo o lo apliquen inexactamente, pues tal sentencia viola la ley que manda aplicar dichos usos (1)

Por lo que se refiere al cumplimiento conforme al uso, de este hecho derivan consecuencias obligatorias, no solamente de lo expresamente pactado y de lo que dispone la ley, sino también del uso.

El uso, puede considerarse como una cláusula tácita en un convenio, por la cual las partes arreglan sus relaciones según la práctica establecida.

Dada la importancia que tienen los usos en derecho mercantil, podemos considerar a los mismos como una cláusula sobreentendida en los contratos mercantiles, por la cual las partes deciden someter sus relaciones a la práctica establecida.

#### **EL HECHO ILICITO COMO FUENTE GENERADORA DE OBLIGACIONES.**

Concepto. El Licenciado Ernesto Gutiérrez y González, define al hecho ilícito como "toda conducta humana culpable, por dolo o negligencia, que pugna con un deber jurídico, lo acordado por las partes, con una manifestación unilateral de voluntad sancionada por la ley, o abusa de un derecho. (2)

A su vez el Licenciado Manuel Bejarano Sánchez, nos dice que el hecho ilícito "es una conducta antijurídica culpable y dañosa, la cual impone a su autor la obligación de reparar los daños y engendra a su cargo una responsabilidad civil" (3)

El Código Civil para el Distrito Federal no define el hecho ilícito, sin embargo el artículo 1910 de dicho ordenamiento legal establece que: "el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro esta obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

### **5.3 RESPONSABILIDAD CIVIL Y SUS ELEMENTOS.**

De lo antes expuesto, tenemos que la persona que realiza un hecho ilícito y como consecuencia causa un daño a otro, está obligado a reparar los daños y perjuicios causados, constituyendo esto la responsabilidad civil.

Como elementos de la responsabilidad civil podemos señalar los siguientes:

a) Una acción o una omisión

Cuando la ley o el contrato o una declaración unilateral de voluntad preceptúan que se haga o se deje de hacer una cosa determinada, y se hace lo contrario a la acción o abstención que ordena la ley o el contrato, se comete un hecho ilícito.

b) Que se cause un daño o un perjuicio.

Los artículos 2108 y 2109 del Código Civil para el Distrito Federal definen al daño y al perjuicio en los términos siguientes:

Art. 2108. Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

Art. 2109. Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

- c) Que exista una relación de causalidad entre la conducta de acción u omisión y el daño o el perjuicio. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 2110 del Código Civil para el Distrito Federal, los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación.
- d) Que la conducta dañosa sea imputable al autor de la acción u omisión. Dentro del proceso civil se deberá acreditar que la conducta dañosa es imputable al autor del hecho ilícito para que sobre él recaiga la responsabilidad de reparar los daños, salvo que exista una causa que lo libere de tal responsabilidad.
- e) Se requiere además, que la acción u omisión sea de hecho propio, de personas que tienen a su cuidado o de cosas o animales que posee. Cuando el hecho delictuoso lo comete una persona capaz, será éste quien deba responder de tal conducta. Si por el contrario se trata de una persona incapaz, la responsabilidad civil deberá exigirse a la persona que ejerce la patria potestad o la tutela sobre el incapacitado. La ley civil establece también la responsabilidad por los hechos delictuosos que pueden cometer terceras personas, y así tenemos que se establece una responsabilidad a cargo de los patrones por lo hechos ilícitos que cometan sus empleados o dependientes en el desempeño de sus funciones; de igual forma, responden los jefes de casa por los hechos ilícitos de sus sirvientes; las personas morales responden por los hechos ilícitos que lleguen a cometer sus representantes y directivos, y el Estado responde por los actos de los funcionarios públicos, en la medida que se establece en la propia ley.
- f) Tratándose de obligaciones contractuales o provenientes de una declaración unilateral de voluntad, se requiere un elemento más para determinar la responsabilidad civil, esto es, que haya mora. Esta se define



como el retraso culpable en el cumplimiento de la obligación, cuando la ley toma en cuenta dicho retardo para apreciar la responsabilidad del autor del hecho ilícito.

A efecto de determinar la mora en los contratos mercantiles, se debe tomar en cuenta las disposiciones del Código de Comercio, dado que el sistema de dicho ordenamiento legal es distinto al de la ley civil. El artículo 84 del Código Mercantil establece claramente que en los contratos mercantiles no se reconocerán términos de gracia o cortesía.

#### **5.4 RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS**

Ante todo, hay que destacar que las personas morales, como entes jurídicos ideales que son, no pueden cometer hechos ilícitos, sin embargo, dichas personas obran y se obligan por medio de los órganos que las representan. En consecuencia, los actos jurídicos ejecutados por las personas físicas que actúan como representantes de la persona moral repercuten necesariamente en esta.

El del Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1918 establece que "Las personas morales son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en ejercicio de sus funciones".

Esta responsabilidad general que establece el Código Civil para el Distrito Federal debe ceder ante las disposiciones especiales que se contengan en las leyes mercantiles, pues no hay que perder de vista que el fideicomiso es un contrato de naturaleza mercantil, según se desprende del artículo 1º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Consecuentemente, cuando exista un acto ilícito cometido por funcionarios de una institución fiduciaria, deberá acudirse primeramente a las normas que sobre el particular establece la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pues es un principio universalmente aceptado en derecho que la ley especial prevalece sobre la norma general.

Al respecto la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece en diversos dispositivos responsabilidad para la fiduciaria como en el artículo 390 que trataremos en el siguiente apartado. Por su parte la Ley de Instituciones de Crédito establece en el artículo 84 que: "cuando la institución de crédito, ... 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".

Asimismo los artículos 80 y 91 de la Ley de Instituciones de Crédito establecen que:

Artículo 80. En las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta ley, las instituciones desempeñarán 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.

Artículo 91. Las instituciones de crédito responderán directa e ilimitadamente, de los actos realizados por sus funcionarios y empleados en el cumplimiento de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que ellos incurran personalmente.

## 5.5 RESPONSABILIDAD DE LAS FIDUCIARIAS POR ACCION Y OMISIÓN.

La responsabilidad de la fiduciaria por acción implica que está actuando en exceso de sus facultades, pues si su conducta se ajusta a los términos del contrato de fideicomiso no incurrirá en responsabilidad alguna.

Con apoyo en el artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la fideicomisaria puede ejercer una acción judicial en contra de la fiduciaria cuando ésta le ocasione un daño, actuando en exceso o en defecto de sus atribuciones y facultades. El texto del artículo señala que: "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 de exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso".

Respecto del derecho de reivindicación de que habla el artículo antes citado, Batiza, (4) señala que: "Este derecho es excesivo cuando se concede a quien no es propietario, sino sólo acreedor, y el recto alcance de su ejercicio es nada más para el efecto de restituir la cosa al patrimonio del fideicomiso".

Cuando la ley o el contrato obligan a la fiduciaria a que haga una cosa determinada y se abstiene de hacerla, comete un hecho ilícito, y consecuentemente, queda obligado a cubrir la responsabilidad civil. Tal sería el caso de que la fiduciaria no inscribiera en el Registro Público de la Propiedad un fideicomiso traslativo de dominio sobre bienes inmuebles que por actos posteriores a la celebración del mismo, resultaran gravados por un tercero. En

este supuesto, la fiduciaria será responsable de los daños y perjuicios de que, en su caso, pueda aquélla repetir en contra del fideicomitente.

Se deberá analizar, además, que la omisión en que incurrió la fiduciaria por no inscribir oportunamente el contrato de fideicomiso fue la causa directa de los daños y perjuicios que sufrió la fideicomisaria, con lo que se demuestra la relación de causalidad entre el hecho ilícito cometido por la fiduciaria y el daño sufrido por la fideicomisaria.

Una vez que se acredite dentro del proceso que la conducta ilícita es imputable al fiduciario, éste deberá asumir la responsabilidad civil a su cargo, estableciéndose que hay una responsabilidad de la fiduciaria por la acción u omisión de su funcionarios o empleados, por cuyos actos deberá responder, por lo cual se deberá determinar el monto del daño para cubrir la indemnización.

Al respecto, el segundo párrafo del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito señala que : "...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, comisión o la Ley".

Consideramos que en el ejemplo citado, la fiduciaria queda obligada a pagar íntegramente el precio del bien inmueble que haya cubierto la fideicomisaria, por éste daño directo sufrido por aquél, mas los perjuicios que se acrediten dentro del juicio.

A continuación, transcribimos en la parte relativa, una tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que confirma lo antes expuesto:

**"FIDEICOMISO, RESPONSABILIDAD CIVIL EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL FIN DEL.** La ley y la doctrina, en seguridad del fin perseguido en el

fideicomiso, consagra el principio de que la causación de daños y perjuicios en el patrimonio del fideicomitente, originada por exceso o defecto de las funciones de la fiduciaria para la consecución del fin encomendado, da lugar por su propia naturaleza a que se finque en contra de ésta la correspondiente responsabilidad civil....".

Amparo directo 45/71 Crédito Algodonero de México, S.A. 16 de marzo de 1917 5 votos. Ponente Gloria León Orantes.

Lo anterior, se confirma con lo dispuesto por el artículo 91 de la Ley de Instituciones de Crédito que obliga a la Institución fiduciaria a responder de los actos de sus funcionarios y empleados en ejercicio de su facultades con todo su patrimonio.

## **5.6 RESPONSABILIDAD DE LA FIDUCIARIA Y EL BUEN PADRE DE FAMILIA.**

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 391, señala que las Instituciones fiduciarias "deberán obrar siempre como buen padre de familia". Esta expresión un tanto coloquial, permite a las fiduciarias, en ciertas circunstancias, decidir discrecionalmente cualquier asunto relacionado con el fideicomiso.

En el derecho romano encontramos el antecedente de este concepto, cuando se afirma que un buen padre de familia es aquél que tiene una forma prudente de proceder. Habría que añadir que la prudencia, es una cualidad que se atribuye a quienes atienden los asuntos que se les confieren, con el mismo cuidado que pondrían en sus propias cosas.

Al reflexionar sobre este tema, mencionaremos una anécdota ocurrida en el fiduciario Bancomer, y que compartiremos en el presente trabajo, relacionada con un fideicomiso que se extinguió hace muchos años, y que a pesar de haberlo cancelado en contravención a una disposición testamentaria del fideicomitente, tenemos la convicción de que se obró como buen padre de familia.

"Un abuelo aportó a un fideicomiso una suma de dinero para que a su fallecimiento se mantuviera invertida, y en su oportunidad, se entregara a su nieto una vez que éste demostrara a la fiduciaria haber cumplido los 21 años.

El patrimonio original se incrementó con los rendimientos de la inversión, que en esas épocas otorgaba tasas de interés muy elevadas.

Pocos días antes de que el menor cumpliera 18 años de edad, se presentó en el banco su madre: una mujer viuda que se acreditó a la vez como hija del fideicomitente.

Expuso que su situación económica le impedía comprar un automóvil para que el hijo se desplazara a la Universidad e hiciera frente a los compromisos de trabajo que en breve adquiriría. El dinero Fideicomitado era suficiente para adquirir un auto de mediano uso, el más sencillo del mercado.

Aunque estaba consciente de que el abuelo había dispuesto la entrega de los fondos hasta que el muchacho cumpliera los 21 años, apelaba al buen juicio y comprensión de la fiduciaria para anticipar el pago.

Después de que los funcionarios y delegados fiduciarios analizaron el expediente se observó que el fideicomiso se había formalizado en una fecha en que el Código Civil del Distrito Federal, establecía la mayoría de edad a los 21 años; sin

embargo, dicho precepto se había reformado para señalar como nuevo límite los 18 años.

Aún cuando no se señaló expresamente en el contrato, cabía la presunción de que el abuelo hubiera pensado en la "mayoría de edad", como el momento oportuno para recibir el patrimonio. En todo caso, la interpretación en ese sentido de la cláusula testamentaria, beneficiaba al nieto en las circunstancias del momento.

Se decidió que una vez cubiertos los trámites y las formalidades del caso, se "liberara" el fondo a favor del fideicomisario.

Al margen de cualquier consideración relacionada con la responsabilidad contractual, es indudable que la fiduciaria de la anécdota, aún cuando obró en exceso, actuó frente al fideicomisario como buen padre de familia.

## **5.7 EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD DE LA FIDUCIARIA CUANDO EXISTE COMITÉ TÉCNICO.**

En materia civil se consideran como excluyentes de responsabilidad las siguientes:

- I) caso fortuito o fuerza mayor
- II) culpa grave de la víctima
- III) cláusula penal
- IV) cláusula de no responsabilidad.

Consideramos que otra excluyente de responsabilidad, en este caso para la fiduciaria, será cuando se establece un Comité Técnico y la institución se ajusta a las instrucciones, según establece el artículo 80 de la Ley de Instituciones de

Crédito. Aunque ésta disposición plantea la exoneración de la fiduciaria, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se encarga de matizarla cuando señala en su artículo 391 que "... estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo... y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa".

En caso de que la fiduciaria reciba del comité técnico una instrucción que contravenga lo dispuesto en la ley o en acto constitutivo, pensamos que dicha instrucción no deberá ser cumplida, debiendo la fiduciaria fundar y motivar las razones por las que se abstiene de ejecutarla.

En efecto, en caso de acatar una instrucción contraria en lo dispuesto en el contrato de fideicomiso, la fiduciaria incurre en responsabilidad civil.

El decreto por el que se establecen bases para la constitución, incremento, modificación, organización funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que Establezca el Gobierno Federal confirma este criterio al señalar:

La Institución fiduciaria deberá abstenerse de cumplir las resoluciones que el comité técnico dicte, en exceso de las facultades expresamente fijadas por el fideicomitente, o en violación a las cláusulas del contrato de fideicomiso, debiendo responder de los daños y perjuicios que se causaren, en caso de ejecutar actos en acatamientos de acuerdos dictados en exceso de dichas facultades, o en violación del citado contrato.

Finalmente, consideramos que en lo no previsto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando las instrucciones del comité técnico no sean contrarias a los



fines previstos en el contrato y la fiduciaria actúa en cumplimiento de las mismas, estamos en presencia de otra excluyente de responsabilidad.

## **5.8 RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA FIDUCIARIA EN CUMPLIMIENTO DEL FIDEICOMISO.**

La responsabilidad objetiva o teoría del riesgo creado es una fuente de obligaciones reconocida en nuestra legislación, por virtud de la cual, el que hace uso de cosas o mecanismos peligrosos, debe reparar los daños que cause, aún cuando haya procedido lícitamente.

Nuestra ley distingue como cosas peligrosas las que lo son por sí mismas de las que lo son por la velocidad que desarrollan, o por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan, o por su naturaleza explosiva o inflamable o por causa semejante. (artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal).

Ejemplificado lo anterior, si la fiduciaria recibe en fideicomiso una aeronave para garantizar el cumplimiento de una obligación y como consecuencia de un accidente se causan daños a personas o cosas, la fiduciaria estará obligada a responder civilmente de los mismos, aún cuando no haya obrado con culpa.

Hay que hacer notar que, en este caso, la responsabilidad de la fiduciaria estaría limitada al monto del patrimonio del fideicomiso, según lo dispuesto por el artículo 82 de la Ley de Instituciones de Crédito que establece o siguiente:

"... Sin embargo, cualesquiera derecho que asista a esas personas conforme a la ley, lo ejercitarán contra la institución de crédito, la que, en su caso, para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte afectará, en la medida que sea necesaria, los bienes materia del fideicomiso".

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido el criterio anterior en la tesis que a continuación se transcribe:

**FIDEICOMISO.- PATRIMONIO FIDEICOMITIDO.-** El fiduciario es titular de la propiedad fideicomitida, es decir, de cuantos patrimonios separados o autónomos de afectación se hubieren constituido con su intervención (fracción III del artículo 45 de la anterior Ley General de Instituciones de Crédito y organizaciones auxiliares) (5), pero cada patrimonio Fideicomitido y el general o propio de la institución fiduciaria, deben 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 IX y XIV del mismo artículo (6), 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" (7).

Amparo Directo 5567-74 Banco Internacional Inmobiliario, S.A. 15 de junio de 1979, Mayoría de 3 votos. Ponente: José Alfonso Arbitia Arzapalo. 7ª Época . VOL. 121-126, Pág. 74.

## **5.9 RESPONSABILIDAD DEL DELEGADO FIDUCIARIO**

Respecto a los nombramientos de los delegados fiduciarios, la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (8) establecía en la fracción IV del artículo 45 que:

Las instituciones fiduciarias desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de uno o más funcionarios que se designen especialmente al efecto, y en cuyos actos responderá directa o ilimitadamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que ellos incurran personalmente. La Comisión Nacional Bancaria y de Seguros (actualmente

Comisión Nacional Bancaria y de Valores) podrá, en todo tiempo, vetar la designación de los funcionarios que hubiere hecho la institución; o acordar que se proceda a la remoción de los mismos.

Como se aprecia en lo antes expuesto, la ley bancaria de 1941 establecía en la fracción IV lo dispuesto actualmente en los artículos 80 y 91 de la Ley de Instituciones de Crédito, además de que se otorgaba a la Comisión Nacional Bancaria la facultad de vetar el nombramiento de los delegados fiduciarios.

Adicionalmente, la propia Comisión giró la circular 274 de 26 de junio de 1944 que le otorgó mayores facultades de supervisión en el nombramiento de los delegados fiduciarios, disponía que: "tan pronto como se nombre a los delegados fiduciarios se dará aviso a la Comisión para que resuelva si ejercita o no, el derecho de veto que la ley le concede...." Señalaba así mismo, que a fin de contar con elementos para fundar su decisión, se debería informar respecto a nacionalidad, edad, experiencia, e ingresos. (9).

Por otra parte, mediante circular No. 547 fechada el 16 de noviembre de 1966, la Comisión Nacional Bancaria dio a conocer a las instituciones de crédito, un criterio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público respecto a los actos que los delegados fiduciarios podían delegar y cuáles no, que consideramos interesante mencionar, pues demuestra el interés que ha tenido la autoridad de atribuir a los delegados fiduciarios, la responsabilidad de los actos jurídicos que puedan comprometer a las instituciones de crédito.

El criterio en cuestión decía que: "Los actos mediante los que se tomen resoluciones de carácter discrecional, indelegables, que implican voluntad de mando o decisión deberán ser realizados por los delegados fiduciarios; las funciones secundarias o auxiliares, que no tienen tales características, sino

simplemente se reducen a formalidades o trámites, podrán ser desempeñadas por dependientes".

Por lo antes señalado, el nombramiento de los delegados fiduciario por parte del Consejo de Administración de los bancos, es una gran responsabilidad por los efectos que pueden derivar para la institución los actos que formalicen estas personas en ejercicio de su nombramiento. Al respecto, el artículo 91 de la Ley de Instituciones de Crédito establece que: " Las instituciones de crédito responderán directa e ilimitadamente de los actos realizados por sus funcionarios y empleados en el cumplimiento de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que ellos incurran personalmente".

Vale la pena observar que la institución responderá frente a los terceros perjudicados en la reparación del daño, pero el funcionario no está, en su caso, exento de sanción por sus actos, de los que tiene que responder. En el caso de que en un fideicomiso en el que en ejecución parcial del mismo se transmiten inmuebles, el delegado fiduciario transmite un inmueble sin la autorización del fideicomisario y a un precio menor al comercial. La institución responderá frente al fideicomisario afectado, resarciendo el daño, esto es, pagando la diferencia entre el valor comercial y el valor recibido por la fideicomisaria, pero el funcionario deberá responder penalmente, en caso de comprobarse en que su actuación hubo dolo.

Algunas instituciones de crédito consientes de lo anterior, limitan el acto del nombramiento, a los actos jurídicos que realicen en ejercicio de sus facultades, cuando la fiduciaria adopta ésta política, los testimonios notariales en que consta la personalidad de sus delegados, señalan expresamente dicha condicionante, pues es un elemento de validez para que los actos en que intervienen surtan sus efectos conforme a derecho.

Por lo que respecta a los delegados fiduciarios especiales, es decir aquellos que reciben el nombramiento para representar a un fideicomiso específico de la administración pública, son objeto de una regulación particular contenida en el artículo 110 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al considerar que los Directores Generales de los fideicomisos públicos podrán ser sujetos de juicio político.

#### **5.10 LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO Y LAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS O EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD.**

Como se comentó anteriormente, las partes en el fideicomiso pueden incorporar al texto del contrato una cláusula que limite la responsabilidad del fiduciario en sus obligaciones respecto de ellas y frente a terceros.

Se ha señalado igualmente, que las leyes de la materia marcan la pauta a las instituciones de crédito para conducirse con propiedad en el cumplimiento de sus obligaciones.

Con base en las anteriores premisas, es conveniente incluir en el cuerpo del fideicomiso las correspondientes cláusulas limitativas de responsabilidad de acuerdo con la naturaleza y fines del fideicomiso de que se trate.

A continuación analizaremos algunas normas que constituyen el marco de referencia o "reglas de oro", de una adecuada actuación, así como las cláusulas limitativas de responsabilidad que debe contemplar la fiduciaria en sus contratos.

#### **AJUSTARSE A DISPOSICIONES DEL ACTO CONSTITUTIVO.**

De acuerdo con el artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la institución fiduciaria está obligada a cumplir los fines del fideicomiso

conforme al acto constitutivo. En caso de que la fiduciaria no cumpla con lo expresamente señalado en el fideicomiso, la institución responderá civilmente por los daños y perjuicios que cause su incumplimiento, según estipula el segundo párrafo del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Toda vez que en el contrato de fideicomiso se especificarán las facultades y atribuciones de la fiduciaria para dar cumplimiento a los fines del mismo, ésta deberá prever en el clausulado diversos aspectos relacionados con la administración de los bienes y su transmisión a terceros.

Tratándose de fideicomisos de garantía, la fiduciaria tendrá que recibir y conservar el patrimonio Fideicomitado para garantizar el cumplimiento oportuno de las obligaciones de dar, hacer o no hacer a favor de la fideicomisaria. Sin embargo, dependiendo del tipo de bienes que se aporten al fideicomiso, podrá pedir a los fideicomitentes y fideicomisarios la designación de un depositario que se encargue de la guarda y custodia del o de los bienes en cuestión.

En caso de que el fideicomitente no cumpla con sus obligaciones y la fideicomisaria solicite a la fiduciaria la ejecución del fideicomiso, el delegado fiduciario deberá vigilar todos los trámites del procedimiento de ejecución, entre ellos, que se observen las formalidades en las notificaciones, que se respeten los términos, que en su caso, se publiquen correctamente las convocatorias y, en general, que se sigan todos los pasos que señala el acto constitutivo para el remate o venta de los bienes. En las convocatorias de subasta de los bienes, regularmente se señala que los trámites legales para obtener la posesión de los mismos serán a cargo del postor ganador, sin responsabilidad para el banco.

Asimismo, si durante la ejecución iniciada por la fiduciaria, ésta fuera notificada de la existencia de un juicio relacionado con el fideicomiso, su patrimonio o las partes que lo integran, actuará de acuerdo a las siguientes dos hipótesis:

- a) Si el juez le ordena suspender el procedimiento de ejecución, deberá acatar dicha resolución.
- b) Si la notificación no contempla la orden de suspender el procedimiento de ejecución, entonces la fiduciaria continuará con el mismo hasta su conclusión, con la recomendación de advertir esta circunstancia a los interesados en adquirir los bienes.

Por lo que respecta a los fideicomisos testamentarios y a los de administración con cláusula testamentaria, hay que tomar en cuenta que en la mayoría de los casos, los fideicomisarios son menores de edad, incapacitados o personas de edad avanzada, por ello es conveniente que la fiduciaria procure la designación, en cláusula expresa, de representantes legales.

En los fideicomisos de inversión, la fiduciaria deberá establecer en una cláusula específica que será la fideicomitente o los fideicomisarios quienes instruyan respecto a los valores que se adquieran, y que solamente a falta de instrucciones, o si las mismas no fueren suficientemente precisas, aquélla podrá discrecionalmente invertir en valores de los autorizados por el banco de México y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, para inversiones en fideicomiso. En éste último caso, la fiduciaria deberá procurar instrumentos que ofrezcan tasas de interés competitivas y del menor riesgo posible, lo cual habrá que mencionar en el contrato para evitar cualquier responsabilidad.

En los fideicomiso de previsión social, es decir, aquellos en que se reciben recursos de las empresas para cubrir a sus empleados de confianza y de base, diversas prestaciones como primas de antigüedad o pensiones por jubilación, la fiduciaria deberá vigilar que se cumpla con el régimen de inversión para este tipo de fondos en el artículo 28 de la Ley de Impuesto sobre la Renta. Cabe reconocer

sin embargo, que en caso de incumplimiento a dicho precepto, la responsabilidad que pudiera exigirse, recaerá en última instancia, en las empresas fideicomitentes, ya que la práctica demuestra que quienes toman las decisiones de inversión en estos patrimonios, son los directores de finanzas, los tesoreros, o en su caso, los comités técnicos designados por las propias empresas.

Se pueden presentar excepciones a lo anterior, y lo recomendable en estos casos es que la fiduciaria convenga expresamente el alcance de su participación. El planteamiento es muy claro: a mayor intervención en la toma de decisiones, mayor será su responsabilidad frente al cliente; y a la vez, mientras más elevados sean los rendimientos del fondo, mejor será su retribución por concepto de comisión fiduciaria.

En este tipo de fideicomisos, hay otra circunstancia que puede dar lugar a tener que responder frente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y es que se utilicen parte o la totalidad de los recursos del fondo para fines diversos a los establecidos. Como en el caso de incumplimiento del régimen de inversión; en este supuesto, la responsabilidad también recae en la fideicomitente.

Cuando los fiduciarios reciben en fideicomiso inmuebles ubicados en la denominada zona restringida, generalmente lo hacen para permitir uso o goce de los mismos a extranjeros que están impedidos por la ley para adquirirlos directamente. Cuando esto ocurre, se dice que las personas físicas o morales de que se trate, reciben derechos fideicomisarios que pueden conservar, gravar, ceder o enajenar a favor de terceros.

En estos casos, la cláusula liberadora de responsabilidad para la fiduciaria debe incluir un párrafo que establezca: "para que las cesiones de derechos sean válidas y surtan efectos entre las partes y respecto de terceros adquirentes de buena fe, la fiduciaria tendrá que comparecer al acto de la cesión para darse por



notificada y registrar al nuevo fideicomisario". Si la fideicomisaria cede incumple con lo pactado en dichos términos, las consecuencias serán por una parte, que la fiduciaria perderá el control sobre la persona que detenta los derechos fideicomisarios, y por otra, que no se podrá actualizar el registro de los adquirentes en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras; en consecuencia, los fideicomisarios cesionarios no podrán acreditar sus derechos. La fiduciaria, en todo caso, estará libre de responsabilidad.

#### CUIDADOS EN RELACION CON LA MATERIA FIDEICOMITIDA.

En la constitución de cualesquiera de los diversos tipos de fideicomiso, la fiduciaria deberá prever varios aspectos relativos a la materia del fideicomiso, a saber:

- a) Si se trata de bienes inmuebles deberá solicitar la verificación de la inscripción en el Registro público a nombre del fideicomitente, y que se obtenga el correspondiente certificado de libertad de gravámenes.
- b) Si se trata de bienes muebles, deberá recibirlos físicamente, a fin de que el fideicomiso surta efectos contra terceros, en los términos del artículo 354 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- c) Si se trata de un crédito no negociable o de un derecho personal, se deberá hacer la notificación al deudor en forma inmediata, pues de acuerdo con el artículo 2940 del Código Civil del Distrito Federal. Si se omite este requisito legal el deudor se libera pagando al acreedor primitivo. Esta situación podría ocasionar perjuicio al fideicomisario, y en consecuencia, repercutir en responsabilidad para la fiduciaria.
- d) Si se trata de títulos nominativos, se deberá observar la continuidad en los endosos, y en el caso de acciones de sociedades que no cotizan en bolsa, vigilar que se haga la anotación correspondiente en los registros del emisor, según lo dispuesto en la fracción II del artículo 354 arriba

comentado. Tratándose de acciones que cotizan en bolsa, estas deberán inscribirse en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y, en su caso, depositarse en el Instituto Nacional para el Depósito de Valores.

Cabe mencionar que siempre que se reciban documentos que acrediten la propiedad de bienes o derechos, se pacte una cláusula por virtud de la cual los fideicomitentes se responsabilicen de la autenticidad y legitimidad de dichos documentos y de las firmas en que los mismos consten, obligándolos a responder del saneamiento para el caso de evicción ante el propio fiduciario y los futuros adquirentes.

#### VIGILAR EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS CORPORATIVOS DE LAS ACCIONES FIDEICOMITIDAS.

Por regla general, en los fideicomisos con acciones, la fideicomitente se reserva el derecho de voto en las asambleas de accionistas, y cuando es así, la fiduciaria sólo está obligada a otorgar poder a quien el propio fideicomitente o fideicomisario le indica. Por ello, la fiduciaria puede pactar válidamente que no será responsable de la falta de asistencia a una asamblea o por el sentido en que los apoderados ejerzan el voto.

#### CUMPLIR LAS INSTRUCCIONES DEL COMITÉ TÉCNICO.

En los fideicomisos donde se instruye un comité técnico, la fiduciaria deberá apegarse a las instrucciones que reciba del mismo, siempre que dichas instrucciones no sean contrarias a los fines del propio fideicomiso, pues como ya mencionamos anteriormente, cuando la fiduciaria actúa por instrucciones del comité técnico, queda exonerada de toda responsabilidad.

#### OBLIGACIÓN DE SUMINISTRAR INFORMES.

La fiduciaria deberá establecer con precisión la forma y términos de cumplir con esta obligación.

Consideramos que un fiduciario debe contar con los sistemas automatizados que permitan emitir estados financieros que contengan al menos los siguientes reportes: estado de resultados; integración de la cartera; reporte de movimientos y balance.

Cualquier información adicional a la proporcionada por el sistema conviene que sea objeto de una negociación particular y que preferentemente, se incorpore al clausulado del contrato.

#### **PRESTAR EL SERVICIO CON CUIDADO Y PERICIA.**

La fiduciaria de acuerdo a lo que establece el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito deberá obrar como buen padre de familia.

Lo anterior, significa que la fiduciaria deberá poner en su actuar el cuidado que cualquier hombre prudente pondría en sus asuntos. En caso de que la fiduciaria no obre cuidadosamente, será responsable de los daños y perjuicios que se causen por su culpa.

#### **EVICCIÓN.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2120 del Código Civil del Distrito Federal., todo el que enajena está obligado a responder de la evicción , aunque nada se haya expresado en el contrato.

En el acto constitutivo del fideicomiso, esta obligación es a cargo del fideicomitente, y se deberá pactar que en caso de que la fiduciaria transmita la propiedad a un tercero, dicha obligación seguirá a cargo del propio fideicomitente.

En ningún caso la fiduciaria será responsable de la evicción y así deberá pactarse en el acto constitutivo. El fundamento de dicho pacto es el artículo 2121 de Código Civil del Distrito Federal, que señala "Los contratantes pueden aumentar o disminuir convencionalmente los efectos de la evicción y aún convenir en que ésta no se preste en ningún caso"

### SECRETO FIDUCIARIO

El artículo 118 de la Ley de Instituciones de Crédito regula este aspecto y señala que:

Con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria, la violación del secreto propio de las operaciones a que se refiere en la fracción XV del artículo 46 de esta ley, incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que no sean aquellos establecidos por el fideicomitente o fideicomisario, comitente o mandante, contra la institución o viceversa, constituirá a esta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales correspondientes.

El anterior dispositivo prohíbe tácitamente a la fiduciaria proporcionar cualquier información a personas o entidades ajenas a las partes del fideicomiso, bajo pena de incurrir el delegado fiduciario en responsabilidad penal y la institución, en responsabilidad civil. En los fideicomisos que se constituyan resulta por demás conveniente reglamentar el alcance del secreto fiduciario y limitar la responsabilidad de la fiduciaria.

## OBLIGACIÓN DE CUMPLIR CON LAS DISPOSICIONES DEL ORDEN PUBLICO.

La fiduciaria debe observar escrupulosamente todas las disposiciones legales aplicables a las actividades sobre las que verse el fideicomiso.

Veamos algunos ejemplos.

### INVERSIÓN EXTRANJERA.

En caso de que el fideicomiso se refiera a inversión extranjera, deberá cuidar los porcentajes de participación señalados en la ley correspondiente y no intervenir en fideicomisos en donde los extranjeros desean participar, si dicha actividad esta reservada a la nación mexicana o a mexicanos exclusivamente. Asimismo, obtener permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para celebrar fideicomisos respecto de inmuebles en zona restringida.

### INSCRIBIR EL FIDEICOMISO EN LOS REGISTROS QUE CORRESPONDAN.

- A) Registro Público de la Propiedad. Aun cuando las leyes civiles no obligan a registrar la propiedad inmueble, el no inscribir es una omisión que puede resultar en perjuicio para el adquirente. Tratándose de fideicomisos sobre inmuebles, el perjuicio se causaría al fideicomisario, por lo que la fiduciaria incurriría en una causa de responsabilidad al no vigilar que la escritura de fideicomiso se inscriba debidamente en el Registro Público que Corresponda.

Bernardo Pérez Fernández del Castillo. (10), al respecto dice "el registro público de la propiedad, mediante la publicidad de sus inscripciones, es una institución encaminada a dar seguridad jurídica al adquirente tercero de buena fe. Deroga el

principio general "el primero en tiempo es primero en derecho". sustituyéndolo por el de "el primero en registro es primero en derecho".

B) Registro Nacional de Inversiones Extranjeras. El artículo 32 de la Ley de Inversión Extranjera, los fideicomisos de acciones o partes sociales, de bienes inmuebles y de inversión neutra, por virtud de los cuales se deriven derechos a favor de la inversión extranjera. Añade que la inscripción deberá realizarse dentro de los cuarenta días hábiles, contados a partir de la fecha de constitución del fideicomiso u otorgamiento de derechos a favor de la inversión extranjera.

C) Registro de los fideicomisos y mandatos de administración pública federal. De acuerdo con el manual de normas para el ejercicio del gasto público en la Administración Pública Federal, publicado en el Diario Oficial del 28 de diciembre de 1996, los fideicomiso y mandatos que celebran las dependencias y entidades mencionadas en el mismo, deben inscribirse en el Registro que al efecto lleva la Unidad de Política y Control Presupuestal de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

El plazo para el registro de nuevos fideicomisos, es de 15 días a partir de la fecha de celebración, según se indica en la tercera disposición transitoria del Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 1997, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de diciembre de 1996.

Al respecto, conviene señalar que aun cuando dicha obligación recae en las propias dependencias y entidades, las fiduciarias deben vigilar que se cumpla en forma oportuna. Ello, no sólo por estar previsto en una disposición de orden público que sería razón suficiente, sino por el interés que representa para las instituciones de crédito el manejo de patrimonios generalmente cuantiosos, ya que el Manual de Normas para el Ejercicio del Gasto prevé en su sección VI,

punto 609, la extinción de los fideicomisos y mandatos que no cuenten con el registro de mérito.

D) Otros registros. En el caso de que se reciban en fideicomiso bienes que por su naturaleza deban inscribirse en registros especiales, tales como buques, aeronaves y derechos derivados de concesiones sobre pozos de agua, derechos de autor, etc., se deberá pactar en el contrato de fideicomiso a cargo, de quién es la obligación de inscribir en el registro correspondiente.

Cuando la fiduciaria acepte esta obligación, deberá observar las disposiciones que establezca la ley de la materia y realizar los trámites dentro de los plazos establecidos.

#### **CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES FISCALES.**

El artículo 13º de la Ley de Impuestos Sobre la Renta (en adelante LISR) señala que:

Art. 13º. Cuando a través de un fideicomiso se realicen actividades empresariales, la fiduciaria determinará en los términos del título II de ésta ley, la utilidad o la pérdida fiscal de dichas actividades y cumplirá por cuenta del conjunto de los fideicomisarios las obligaciones señaladas en esta ley, incluso la de efectuar pagos provisionales...

En la celebración de estas operaciones se recomienda que la institución fiduciaria obtenga la conformidad de su cliente para contratar los servicios de un despacho de especialistas en materia fiscal, con cargo al patrimonio, con el objeto de efectuar auditorías periódicas tanto de la contabilidad del fideicomiso como del correcto cumplimiento de las obligaciones señaladas en la ley, incluyendo entre

éstas, la de prestar correcta y oportunamente las declaraciones de ingresos y los pagos provisionales que correspondan.

Para las personas físicas o morales que utilizan la figura del fideicomiso al realizar actividades empresariales, es muy importante vigilar en estrecha coordinación con la fiduciaria, la buena marcha de los fideicomisos, ya que el artículo 9º mencionado establece en su último párrafo que "Los fideicomisarios o, en su caso, el fideicomitente responderá por el incumplimiento de las obligaciones que por su cuenta deba cumplir la fiduciaria".

#### CUMPLIR CON LO DISPUESTO EN LA FRACCIÓN XIX DEL ARTÍCULO 106 DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO.

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

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

- c) 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 391 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 al fideicomisario, según el caso, o al mandante o comitente, absteniéndose de cubrir su importe.



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

En los contratos de fideicomiso, mandato o comisión se insertará, en forma notoria los párrafos anteriores de este inciso y en 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.

La estricta observancia de esta disposición es de gran utilidad para prever posibles conflictos entre las instituciones fiduciarias y sus clientes. Es recomendable no sólo transcribir en el contrato el precepto en comentario para cumplir con una exigencia legal, sino que además, conviene a la fiduciaria explicar en forma clara a sus clientes los riesgos que tienen los valores susceptibles de ser adquiridos por el fideicomiso. Es importante, porque entre algunos usuarios del servicio fiduciario, persiste la creencia de que los instrumentos de deuda que ofrecen las instituciones bancarias no implican riesgo alguno para los inversionistas, y experiencias recientes han demostrado que ante movimientos bruscos en las tasas de interés, eventualmente se pueden presentar pérdidas del capital. Es por esta razón que los valores anteriormente denominados "de renta fija" ahora se conocen como instrumentos de deuda.

Asimismo, el cliente debe ser informado del riesgo del incumplimiento por falta de liquidez o insolvencia del emisor de los valores.

En ambos casos, queda claro que no hay obligación para la fiduciaria de responder del incumplimiento de los emisores o deudores.

**CUMPLIR CON LAS DISPOSICIONES SOBRE EL LAVADO DE DINERO.**

El artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito dispone en su párrafo tercero que:

"La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, dictará disposiciones de carácter general para prevenir y detectar en las instituciones de crédito y sociedades financieras de objeto limitado, actos u operaciones con recursos, derechos o bienes que procedan o representen el producto de un probable delito. Estas disposiciones deberán ser observadas por los empleados y funcionarios de los citados intermediarios"

El día 10 de marzo de 1997 fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación, para entrar en vigor el día 02 de mayo del mismo año, las disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito.

En relación con este tema cabe recomendar , como en el punto precedente, la importancia de informar al o a los fideicomitentes la obligación de la fiduciaria de cumplir con las mencionadas "disposiciones de carácter general", ya que de lo contrario, el cliente puede sentirse sorprendido cuando aquélla, durante la vigencia del fideicomiso, reporte a la Procuraduría Fiscal de la Federación, las operaciones relevantes o aquéllas que considere sospechosas, realizadas en el patrimonio del mismo.

Cabe aclarar que en el supuesto previsto en el párrafo anterior, la fiduciaria no incurre en responsabilidad frente al fideicomitente o a los fideicomisarios por violación al secreto fiduciario, toda vez de que la información de que se trate la entregará por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, y lo hará fundamentalmente en cumplimiento a una disposición de orden público.

Lo grave sería, por el contrario, omitir cualquier referencia a este tipo de operaciones, puesto que las disposiciones décima cuarta y décima quinta del ordenamiento en contrario, contemplan sanciones por la falta de cumplimiento o el incumplimiento parcial o extemporáneo a lo dispuesto en las mismas, de conformidad con los artículos 108 y 115 de la Ley de Instituciones de Crédito y en términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

## CITAS BIBLIOGRAFICAS.

- 1.- Roberto Mantilla Molina, Derecho Mercantil, Novena Edición , Editorial porrúa, México 1965, pág. 47.
- 2.- Citado por Renan Rodríguez Tolentino. Manual fiduciario. Editado por Bancomer S.A. México 1998. pág. 239.
- 3.- Manuel Bejarano Sánchez, Obligaciones Civiles, Tercera Edición, Editorial Harla, México 1979, Págs. 221-222.
- 4.- Rodolfo Batiza. "El Fideicomiso, Teoría y Práctica", Primera Edición, Editorial Porrúa. México 1980, Pag. 407
- 5.- Actualmente artículo 79 de la Ley de Instituciones de Crédito.
- 6.- La Fracción IX fue eliminada y la XIV, es actualmente el artículo 82 de la ley de Instituciones de crédito.
- 7.- La Fracción IV es similar a la fracción primera del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito y la Fracción XII corresponde a la fracción segunda del mismo artículo.
- 8.- Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de mayo de 1941.
- 9.- Rodolfo Batiza. Obra citada. Pág. 254.
- 10.- Bernardo Pérez Fernández del Castillo. Contratos Civiles, Editorial Porrúa, México 1993. Pág. 96.

## **ASPECTOS QUE PUEDEN CONTEMPLARSE EN LOS CONTRATOS DE FIDEICOMISO PARA REDUCIR RIESGOS EN LA ACTUACIÓN DE LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS.**

### **COMITÉ DE ACEPTACIÓN DE LOS FIDEICOMISOS.**

La sofisticación de ciertas operaciones ha propiciado que en algunas instituciones se integren comités de aceptación de negocios, con reglas de operación y facultades claramente establecidas, con el fin de valorar el riesgo para la institución y consecuentemente su responsabilidad.

Dependiendo de la naturaleza, fines, cuantía, riesgos, complejidad operativa y cargas de trabajo de un fideicomiso, las políticas internas de los bancos otorgan a las divisiones fiduciarias y a sus delegados, facultades para recibir negocios. Sin embargo, cuando un negocio tiene que pasar por el filtro de un comité, por regla general se presenta con apoyo de un formato preestablecido, en el que incluyen elementos de juicio que permitan tomar una adecuada decisión,

Por lo que respecta a las áreas que deben estar representadas en éstos órganos, conviene que asistan funcionarios de banca corporativa y empresaria, jurídico, operación bancaria y crédito. También deben estar presentes los funcionarios de la división fiduciaria que estudiaron previamente el negocio, y que tienen a su cargo la exposición de los casos.

Cabe aclarar que en el comité de aceptación de fideicomisos se puede presentar cualquier consulta relacionada con prospectos de negocios, pero también con fideicomisos ya constituidos. En este sentido, el comité representa una valiosa instancia institucional para compartir decisiones importantes que pueden ayudar a eliminar riesgos.

La esencia del "negocio fiduciario" es controlar los riesgos de los participantes al encomendar un fin lícito y posible a un protagonista de confianza (fiducia), es decir, a una institución fiduciaria. En consecuencia, el comité de aceptación de negocios fiduciarios deberá estudiar el control de riesgos con el fin de ser ejercido por la institución fiduciaria en beneficio de los intereses de los fideicomitentes, fideicomisarios e inclusive, de la propia fiduciaria.

Si bien es cierto, la institución fiduciaria se obliga frente a terceros hasta donde alcance el patrimonio Fideicomitado, por lo que no responderá con su patrimonio propio; también es indispensable tener presente que, en aquellos casos que por su culpa los bienes afectados en fideicomiso sufran pérdidas o menoscabos, deberá responder con su propio patrimonio, razón por la cual, un adecuado control de riesgo redundará en su propio beneficio.

En materia fiduciaria , el control de riesgo se realiza desde el nacimiento del negocio (formalización), hasta la muerte (extinción), sin embargo, una gran parte de éste reside en la administración fiduciaria, función que creemos debe perseguir fundamentalmente lo siguiente:

1.- Que la actuación de la fiduciaria en el ejercicio de su cargo, logre su cometido, y como resultado, la satisfacción y conformidad del cliente para que en última instancia, se logre la extinción del negocio sin mayor trámite y se obtenga la liberación de responsabilidad del fiduciario así como el finiquito más amplio por la rendición de cuentas.

2.- Asegurarse de contar con todos los documentos que hayan generado con motivo de su gestión, para que en caso de controversia judicial, se facilite presentar pruebas concluyentes que permitan obtener una sentencia definitiva favorable.

3.- La eficiente administración constituye la mejor promoción para la captación de nuevos negocios fiduciarios.

El control de riesgos en la actividad fiduciaria se inicia desde la concepción y formalización del negocio fiduciario, por lo que, independientemente de las funciones que se desarrollen en su administración, será necesario determinar la viabilidad por cuanto se refiere a la licitud y posibilidad de llevar a cabo el cumplimiento de los fines.

Consideramos que un primer riesgo a controlar la institución fiduciaria, es conocer e identificar plenamente a los clientes, sean personas físicas o morales, nacionales o extranjeras, integrando expedientes que contengan la documentación comprobatoria que permita tener un amplio conocimiento y seguridad de los participantes en los proyectos de negocios.

Asimismo la institución fiduciaria deberá constatar que en el contrato de fideicomiso se establezcan claramente los derechos y obligaciones de las partes y, vigilar que su responsabilidad quede debidamente delimitada de manera concordante con la legislación, usos y costumbres aplicables en cada caso, y con ello, evitar incurrir en riesgos que pudieran afectar su imagen y patrimonio.

En el mismo sentido, el fiduciario debe asegurarse de que cuenta con la infraestructura necesaria para proporcionar los servicios derivados del control del fideicomiso : personal, sistemas informáticos, oficinas y equipos , entre otros.

Formalizado el negocio fiduciario, (es decir una vez que el comité de aceptación de negocios fiduciarios, haya dado su visto bueno), el administrador deberá analizar su contenido contractual y demás documentación para integrar el expediente y registrarlo contablemente, toda vez que en caso dado, es la

oportunidad más idónea para subsanar cualquier situación que pudiere presentarse; asimismo, permitirá calificar y dimensionar las actividades que se realizará, en el ejercicio del cargo fiduciario.

Con ello, el responsable de la administración del negocio fiduciario estará en posibilidad de iniciar el desempeño de su encomienda fiduciaria, con base en los manuales de operación , políticas y procedimientos, sin menoscabo de que, en virtud del tipo de negocio que administre, dicte reglas de operación propias para éste fideicomiso en lo particular.

En otro aspecto, consideramos necesario destacar que para la elaboración del contrato de fideicomiso es fundamental incluir cláusulas con las que se puede eximir de responsabilidad a la fiduciaria, razón por la cual creemos conveniente que todo negocio fiduciario deberá ser aprobado como ya mencionamos anteriormente por un comité de aceptación de negocios fiduciarios, mismo que sólo en algunas instituciones ha sido manejado, por lo que proponemos que en los congresos fiduciarios celebrados cada año con todos los delegados y funcionarios del ramo a nivel nacional, se unifique este criterio a fin de que sea implementado en dichas instituciones de una manera general., reduciendo así riesgos y en consecuencia responsabilidad fiduciaria para las instituciones correspondientes.

Nuestra propuesta en relación con el clausulado del contrato de fideicomisos es que se incluyan cláusulas con el fin de reducir los riesgos para el fiduciario, como podrían ser las siguientes:

1.- Todas las obligaciones, responsabilidades y deberes de la fiduciaria que asuma en ejecución de las instrucciones recibidas; por dicha razón, no la obligará a responsabilidad alguna respecto a su patrimonio, siempre y cuando haya actuado de acuerdo a las instrucciones señaladas. En caso de ocurrir un evento



en el que el fideicomiso tenga que responder frente a terceras personas, se afectará, en la medida que se necesite y hasta donde alcancen los bienes patrimonio del fideicomiso.

2.- La fiduciaria no tendrá responsabilidad alguna cuando actúe siguiendo las instrucciones de comité técnico del fideicomiso, en los términos de los párrafos segundo y tercero del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito en vigor.

3.- La fiduciaria salvo lo establecido en la parte final del artículo 391 de la Ley General de títulos y Operaciones de Crédito, no será responsable de hechos, actos u omisiones de los fideicomitentes, fideicomisarios, comité técnico, autoridades o de terceras personas que impidan o dificulten el cumplimiento de los fines contenidos en el clausulado del contrato.

4.- Cuando la fiduciaria sea emplazada o reciba alguna notificación, demanda judicial o cualquier información relativa al patrimonio Fideicomitado, lo hará del conocimiento del comité técnico dentro de las 48 horas siguientes a su recepción, con lo cual cesará su responsabilidad.

5.- En caso de defensa de los bienes que integran el patrimonio del fideicomiso ante cualquier autoridad o del ejercicio de acciones tendientes al cumplimiento de las finalidades del fideicomiso, la fiduciaria solo estará obligada a otorgar un poder especial a las personas que designe por escrito el comité técnico, sin que asuma responsabilidad alguna por las actuaciones del apoderado designado, estipulación que se transcribirá en el documento en donde conste el poder conferido y siempre que el apoderado acepte que los gastos y honorarios que cause su gestión le sean cubiertos directamente por la fideicomitente, sin que la fiduciaria sea responsable por estos conceptos.

Esta disposición se transcribirá en los poderes que al efecto se otorguen. En caso de condenas en los juicios respectivos, estas serán a cargo del patrimonio fideicomitido.

6.- Queda entendido que las obligaciones y responsabilidades que la fiduciaria asuma en el desempeño del fideicomiso, serán siempre con cargo al patrimonio Fideicomitido, sin que por ello asuma responsabilidad directa alguna; y, no estará obligada a realizar acto alguno que implique erogaciones si no existen fondos suficientes en el patrimonio del fideicomiso para cubrirlos. Asimismo, la fideicomisaria se compromete a sacar en paz y a salvo a la fiduciaria en caso de cualquier reclamación en su contra por parte de la fideicomitente, con motivo del cumplimiento fiel y leal de los fines contenidos en el fideicomiso.

7.- En caso de que por virtud de los términos del contrato de fideicomiso de garantía, los bienes patrimonio del mismo deban ser vendidos, rematados o subastados, la fiduciaria solo estará obligada a realizar los actos previstos en el contrato de fideicomiso.

8.- la fiduciaria estará obligada a entregar solamente los reportes e informes a que se hubiere comprometido en el clausulado del contrato, por lo que estará libre de responsabilidad si cumple con lo antes señalado.

9.- La fiduciaria en ningún caso estará obligada a responder del caso de evicción, incluso cuando los bienes sean transmitidos a un tercero, ya que esta obligación en todo caso será a cargo del fideicomitente.

10.- la fiduciaria no será responsable de los arreglos y compromisos que la fideicomitente o fideicomisaria contraigan en los contratos de cualquier índole que celebre con terceros respecto de los bienes Fideicomitidos, y para su validez, será necesario que cuente con la autorización expresa del fideicomisario para

esos efectos. Igualmente, estará liberada de responsabilidad por las obligaciones que la fideicomitente adquiera derivadas de los contratos de cualquier tipo que éste celebre para el desarrollo de sus actividades.

Si todos los fiduciarios tomaran en cuenta estas simples pero significativas recomendaciones, estamos seguros que la calidad del fiduciario en México se elevaría considerablemente, y no existirían tantos fraudes de empresas que utilizan a las instituciones fiduciarias para llevar a cabo negocios con apariencia lícita, que en realidad son fraudes a personas que no tienen conocimiento de la figura del fideicomiso.

Parece mentira lo anterior, sin embargo derivado de la práctica bancaria, hemos podido observar que existen fideicomisos constituidos con sindicatos, empresas etc., que únicamente utilizan los fondos del fideicomiso para fines propios, sin embargo por las lagunas que existen en el propio contrato de fideicomiso desde su constitución, el fiduciario no ha podido manejar adecuadamente estos problemas, por lo que actualmente existen situaciones jurídicas en contra de los mismos por parte de los fideicomisarios respectivos.

## CONCLUSIONES:

1.- Como pudimos observar, la figura del fideicomiso surgió en Roma con la "fiducia", de la que derivaron el "fideicommissum" y el "pactum fiduciae", los cuales pasaron por los remotos antecedentes de los derechos germánico e inglés antiguos a través del "use" al moderno "trust", anglosajón, que es su antecesor inmediato.

2.- En México, no obstante que a fines del siglo pasado se utilizaba una variedad llamada "trust deed", reconocida a la luz del Código Civil de 1884, como una forma de contrato de préstamo, mandato e hipoteca y que el término "Fideicomiso", apareció por primera vez en un proyecto del lic. Jorge Vera Estañol llamado "proyecto limantour", por que fue éste quien como Secretario de Hacienda lo presentó al congreso en 1905 como iniciativa, en la que se facultaba al Ejecutivo para expedir una Ley que permitiera constituir en la República Mexicana Instituciones Comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fiduciarios, el primer ordenamiento jurídico que incluyó al mismo y reguló la actividad fiduciaria fue la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 24 de diciembre de 1924 y donde se implantó el fideicomiso y definitivamente fue en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito del 26 de agosto de 1932, quien lo reguló sustantivamente y la Ley de Instituciones de Crédito, la cual reglamenta la actividad de las instituciones Fiduciarias.

3.- Una característica especial del fideicomiso mexicano, es que desde su nacimiento se reservó a las Instituciones financieras exclusivamente, no como instituciones de derecho civil, sino como operación de crédito, un acto de

comercio que se introdujo en la legislación sin considerar siquiera como el "trust" anglosajón la posibilidad de que las personas físicas actúen como fiduciarias.

4.- Como ya se estudio anteriormente la definición del fideicomiso según la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito nos dice " En virtud del Fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes o derechos a un fin licito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria", será valido aunque se constituya sin señalar fideicomisario y puede constituirse por acto entre vivos o por testamento, debiendo siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o de la propiedad de las cosas que se afecten en fideicomiso. En el mismo intervienen como elementos personales el "fideicomitente y el fideicomisario", el cual no es siempre necesario, por lo que como en todo acto jurídico, la manifestación de voluntad es un requisito para su nacimiento y existencia junto con el objeto presentado por el patrimonio fideicomitado. Pero no bastan estos elementos para que nazca y exista, sino que es necesario que el fideicomitente instruya sobre el patrimonio fideicomitado encaminadas a la finalidad o propósito del fideicomiso, ya que si se omite este requisito, de los otros dos surgiría cualquier otro negocio jurídico pero no un fideicomiso.

5.- En otro sentido encontramos que el fideicomiso cuenta con un patrimonio cuyo titular es el fiduciario; por lo que éste es el encargado del manejo de dicho patrimonio, rendir cuentas a los fideicomitentes y/o fideicomisarios y en su caso al Comité Técnico, que como ya analizamos funge como órgano de vigilancia en el buen desarrollo del propio fideicomiso.

En el mismo sentido el fiduciario es el encargado de llevar a cabo todos los fines, para los cuales fue constituido el fideicomiso, hasta donde le sea posible, por lo que la ley nos establece que el Fiduciario actuara como buen padre de familia.

6.- La enorme elasticidad del fideicomiso ha originado una infinita variedad de fideicomisos comunes, simples, extraordinarios y complejos con finalidades muy variadas como lo vimos en el capítulo tercero de este trabajo, producto de la libre intervención del hombre en busca de la cabal satisfacción de sus necesidades; por ello no ha sido posible hasta la fecha elaborar un concepto de fideicomiso mexicano de aceptación unánime ni una clasificación que encierre como un catálogo rígido todos los casos hipotéticos que puede comprender. Precisamente esa elasticidad del fideicomiso ha sido la causa principal del éxito que ha tenido en su evolución en nuestro medio, aunada a la alta capacidad y solvencia moral de las Instituciones Fiduciarias y la estrecha vigilancia de las autoridades sobre las operaciones fiduciarias, convirtiéndolo en un instrumento sumamente dúctil y eficiente para alcanzar cualquier finalidad humana siempre y cuando sea lícito.

7.- Hemos citado que la figura del fideicomiso es compleja y extensa, y nos referimos a esto porque para que dicha figura se adapte a las necesidades de cada fideicomitente y/o fideicomisario, las Instituciones fiduciarias han creado diversos tipos con los cuales cualquier situación prevista o no prevista se puede solucionar, tal es el caso de los fideicomisos de administración, inversión, garantía, testamentarios, traslativos de dominio, etc.

8.- Lo anteriormente señalado nos pone en el entendido de que en el fideicomiso podemos plasmar cualquier situación ya sea para proteger los intereses de los fideicomitentes (en el caso de los fideicomisos de inversión y administración) o

intereses de los fideicomisarios (en el caso de un fideicomiso testamentario o de garantía).

9.- Después de haber analizado el capítulo cuarto, relativo al comité técnico, es indiscutible que éste órgano de vigilancia, es indispensable para la constitución del fideicomiso, pero sobre todo para liberar de responsabilidad al fiduciario, ya que como se menciona el artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito "cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de éste comité, estará libre de toda responsabilidad.

10.- Cabe mencionar que las instrucciones de comité técnico nunca deben ir en contra de los fines del propio fideicomiso, por lo que en caso de que esto ocurra, el fiduciario deberá apearse a los fines establecidos en el contrato, y actuar como buen padre de familia.

11.- Los usos fiduciarios se han consagrado ya, como una practica usual, la política de permitir que, en forma conjunta o independiente, tanto el fideicomitente y fideicomisario o sus representantes legales formen parte integrante del comité técnico.

12.- Como ya vimos en el capítulo cuarto, la clasificación de las facultades de comité técnico pueden ser: políticas, de vigilancia, dictámenes, acuerdos o simplemente asesorías.

13.- Se ha comparado al comité técnico con el consejo de administración de una Sociedad, sin embargo la función del comité técnico de un fideicomiso es una mera asesoría, es decir, que la fiduciaria puede o no acatar, discrecionalmente, las recomendaciones que éste órgano le haga, en tanto que por mandamiento de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el consejo de administración es el órgano permanente de administración de una persona moral.

14.- Podemos observar en el capítulo quinto, que para poder disminuir la responsabilidad de la fiduciaria en los contratos de fideicomiso, esta se debe basar en diversas políticas internas de la propia institución financiera. Tal es el caso de la creación de comités de aceptación de negocios, el cual en todo momento, debe fundarse en una serie de premisas. En primer lugar, la observancia de los ordenamientos vigentes y el apego del negocio a dichos ordenamientos, para ello, se debe determinar si el negocio en sus orígenes cumple con los estándares de legalidad y si existen elementos para determinar que el negocio se mantendrá durante su vida respetando la normatividad vigente, evitando que el cliente utilice el fideicomiso como vehículo para evadir la aplicación de cierta normatividad, particularmente, la de carácter fiscal o bien, utilizar la figura para propósitos que no reflejan transparencia frente al fiduciario. En segundo lugar la decisión de contratar deberá estar basada en la seriedad, buen nombre y prestigio del cliente que requiera los servicios fiduciarios; para ello se debe determinar con precisión los orígenes del cliente, tanto su status legal como financiero, aplicando ciertos estándares preestablecidos de revisión para determinar en primer lugar si se desea o no al cliente, si el cliente cuenta con la infraestructura técnica y financiera para hacer frente a sus obligaciones establecidas en el contrato de fideicomiso. Ello en muchas ocasiones, se deberá determinar en base a opiniones o dictámenes de terceros, que en la mayoría de los casos se presentan por parte de especialistas contratados por los fideicomitentes o fideicomisarios.

15.- Lo anterior con el fin de dar un mejor estudio a los negocios que puedan constituirse en dichas instituciones, ya que la práctica bancaria nos ha demostrado que por no existir este tipo de organizaciones, se han filtrado negocios con fines ilícitos como en el caso de lavado de dinero.



16.- Lo mencionado anteriormente es muy importante, ya que en los últimos años, las instituciones fiduciarias se han enfrentado a personas físicas y supuestas entidades financieras del exterior, sin ningún antecedente crediticio, comercial o empresarial, presentando proyectos y esquemas de desarrollo de infraestructura para el país, sin que se logre determinar con precisión el origen y ruta de los recursos, operaciones que se presentan principalmente en dólares.

Se propone continuamente la constitución de fideicomisos mediante los cuales se pretende afectar y transmitir la propiedad de bienes inmuebles (grandes extensiones de terreno) en forma irrevocable, generalmente de nacionales, si un fin o proyecto específico, real o viable, designando como fideicomisario a persona física o moral extranjera, con la obligación por parte del fiduciario de generar documentos que le denominan "cartas de bloqueo", respecto de tales bienes, con el objeto de recibir fondos de agrupaciones y entidades financieras del exterior de las que se oculta su antecedente o bien, de sociedades o grupos de personas no identificadas plenamente para el pago de la contraprestación correspondiente a dichos bienes. Esto ha motivado generar una serie de políticas y procedimientos especiales que permitan detectar rápidamente este tipo de operaciones con independencia de las disposiciones jurídicas que de carácter general deben ser observadas por las instituciones de crédito y funcionarios; tal es el caso de la identificación y conocimiento del cliente, reporte de operaciones sospechosas, reporte de operaciones relevantes etc.

17.- El papel de buen padre de familia que otorga la Ley a las instituciones fiduciarias, reside fundamentalmente, en la función de la administración fiduciaria, al tener ésta misión primordial, el cumplimiento de los fines a que se obligó, para lo cual deberá actuar dentro de un marco de riegos controlados que le permitan alcanzarlos de manera eficiente y eficaz.

18.- Como pudimos observar en la propuesta de este trabajo, la esencia del "negocio fiduciario" es controlar los riesgos de los participantes al encomendar un

fin lícito y posible a un protagonista de confianza (fiducia), es decir a una Institución fiduciaria. En consecuencia, dicho control de riesgos debe ser ejercido por la institución fiduciaria en beneficio de los intereses de los fideicomitentes, fideicomisarios, e inclusive, de la propia fiduciaria.

19.- Si las Instituciones fiduciarias unificaran criterios en los congresos anuales, y tomaran en cuenta todas y cada una de las propuestas señaladas en este trabajo, estamos seguros que el factor riesgo disminuiría así como la responsabilidad civil del propio fiduciario.

20.- Cabe señalar que en la actualidad muchas de las fiduciarias han llevado a cabo la creación de políticas internas para prever los problemas que ya hemos mencionado, sin embargo todavía faltan muchas instituciones que no se han actualizado en este problema, razón por la cual actualmente se están llevando a cabo juicios civiles e inclusive penales en contra de los funcionarios de dichas instituciones, por no haber tomado una decisión adecuada frente los problemas que conlleva un factor de riesgo para la institución financiera.

## **BIBLIOGRAFIA:**

Acosta Romero Miguel.- "Legislación Bancaria". Segunda Edición, editorial Porrúa, S.A. México, 1989.

Batiza Rodolfo. "Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria". Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1980.

Batiza Rodolfo. "El Fideicomiso, Teoría y Práctica". Primera Edición, - editorial Jus, S.A. de C.V. México 1980.

Barrera Graf. "Estudios de Derecho Mercantil. Primera Edición, editorial Porrúa S.A., México 1958.

Bejarano Sánchez Manuel. "obligaciones Civiles ". Tercera Edición, editorial Harla, S.A., México 1979.

Dominguez Martínez Jorge Alfredo. "El Fideicomiso Ante la Teoría General del Negocio Jurídico". Primera Edición, editorial Porrúa.- S.A. . México1972.

Dominguez Martínez Jorge Alfredo. "Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso Mexicano". Primera Edición, editorial Porrúa.-S.A. .-1994.

Flores Margadants Guillermo. "El Derecho Romano". Tercera Edición, editorial Esfinge, S.A., México 1968.

García Maynez Eduardo. "Introducción al Estudio del Derecho". Trigésimo Primera Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1980

Hernández de la Portilla Alejandro. "Ciclo de Conferencias", Primera Edición, Editado por Banco de Comercio, S.A. Mexico 1975.

Kunel Jors W. "el Derecho Privado Romano" Segunda Edición, Editorial Labor, S.A. México 1975.

Krieger Emilio. "Manual del Fideicomiso Mexicano". Quinta edición. Editorial Dimensión, S.A. de C.V.- 1989.

León León Rodolfo.- "El Fideicomiso y las Casas de Bolsa". Primera Edición, editado por la Academia Mexicana de Derecho Bursátil.-A.C. México 1991.

Mantilla Molina Roberto.- Derecho Mercantil.- Novna Edición,, Editorial Porrúa, México 1965.

Olvera de Luna Omar.- Contratos Mercantiles.- Editoral Porrúa S.A. - 1991.

Peñaloza Santillan David.-El Fideicomiso Publico Mexicano.- Editorial Cajica.- S.A. México.- 1991.

Pérez Fernández del Castilla Bernardo.- Contratos Civiles.- Editorial Porrúa, México 1993.

Piña Medina Jorge.- Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México.- Editorial libros de México S.A. Primera edición

Rabasa Oscar.- El Derecho Angloamericano, Editorial Porrúa.- S.A. -1982.

Rodríguez y Rodríguez Joaquín.- Derecho Mercantil.- Tomo II, Editorial Porrúa, S.A. 1983.

Villagorda Lozano José Manuel , Doctrina General del Fideicomiso.- Editorial Porrúa S.A. 1982.

## **LEYES Y CODIGOS**

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.- Editorial Porrúa. S.A.,- 2002.

Ley de Instituciones de Crédito.- Editorial Porrúa , S.A. - 2002

Ley de Sociedades Mercantiles.- Editorial Porrúa S.A. - 2002

Código de Comercio.- Editorial Porrúa, S.A. de - 2002.-

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Editorial Porrúa, 1999.

Ley Federal de las Entidades Paraestatales. Editorial Porrúa, 1999

## OTRAS FUENTES

Manual emitido por el Banco Nacional del Ejercito Fuerza Aérea y Armada S.N.C.

Actualidad y Futuro del Fideicomiso en México.- Editado por Bancomer S.A., Dirección fiduciaria.- 1998.

Notas del Congreso Fiduciario celebrado en Cancún en 1998.

Manual emitido por Jesús Roalandini denominado "El comité técnico en el fideicomiso" Editado por Bancomer S.A, en 1998.

Apuntes de conferencias, celebradas por Directores destacados del medio Fiduciario.

Manual Fiduciario.- Editado por Bancomer S.A., 1998