



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"ACATLÁN"



**"LA RESPONSABILIDAD FIDUCIARIA EN
EL CONTRATO DE FIDEICOMISO".**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

HORACIO MONTOYA KEY



ASESOR:

LIC. JAVIER SIFUENTES SOLÍS.

DICIEMBRE DEL 2004



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.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

A PAPA Y MAMA

COMO UNA PEQUEÑA
MUESTRA DE MI GRAN AMOR
HACIA USTEDES Y DE MI
RESPECTO, AGRADECIMIENTO
Y ADMIRACION. GRACIAS POR
QUERERME, APOYARME Y
CONFIAR EN MI.

Permiso a la Dirección General de Bibliotecas de la
UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el
contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Horacio Montoya Res

FECHA: 21-Enero-2004

FIRMA: [Firma manuscrita]

INDICE

PARTE I **EL FIDEICOMISO MEXICANO**

CAPITULO 1 ***ANTECEDENTES***

	PAG
1.1 DERECHO ROMANO	3
1.2 EL TRUST ANGLOSAJON	6
1.3 EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO	12

CAPITULO 2 ***NATURALEZA CONTRACTUAL DEL FIDEICOMISO***

2.1 EL ACTO JURIDICO Y LA DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD	15
2.1.1 EL ACTO JURIDICO	15
2.1.2 LOS ELEMENTOS DEL ACTO JURIDICO	17
2.1.3 LA DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD	22
2.2 EL NEGOCIO FIDUCIARIO	24
2.2.1 NOCION DE NEGOCIO JURIDICO	24
2.2.2 NOCION DE NEGOCIO FIDUCIARIO	26
2.3. CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO	30
2.3.1 EL FIDEICOMISO COMO DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD	30
2.3.2 EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO	33
2.3.3 EL FIDEICOMISO COMO CONTRATO	36
2.3.4 CONCEPTO DE FIDEICOMISO	38

PARTE II
RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE FIDEICOMISO

CAPITULO 3
EL CONTRATO DE FIDEICOMISO

3.1 ELEMENTOS PERSONALES	40
3.1.1 FIDEICOMITENTE	40
3.1.1.1 DERECHOS DEL FIDEICOMITENTE	41
3.1.1.2 OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE	43
3.1.2 FIDUCIARIO	44
3.1.2.1 NOCION DE FIDUCIARIO	44
3.1.2.2 DERECHOS DEL FIDUCIARIO	47
3.1.3 FIDEICOMISARIO	49
3.1.3.1 DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO	50
3.1.3.2 OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO	52
3.2 ELEMENTOS REALES	53
3.2.1 OBJETO DEL FIDEICOMISO	53
3.2.2 FINES DEL FIDEICOMISO	54
3.2.3 PROPIEDAD FIDUCIARIA	56
3.3 ELEMENTOS FORMALES	58
3.3.1 REQUISITOS LEGALES	59
3.3.2 ESQUEMA DE UN CONTRATO DE FIDEICOMISO	61
3.4 TERMINACION DEL FIDEICOMISO	63
3.4.1 CAUSAS DE TERMINACION	63
3.4.2 EFECTOS DE LA TERMINACION DEL FIDEICOMISO	63
3.4.3 NULIDAD DEL FIDEICOMISO	68

CAPITULO 4
LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CONTRATO DE FIDEICOMISO

4.1 LA RESPONSABILIDAD CIVIL	72
4.1.1 RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL	74
4.1.2 RESPONSABILIDAD CIVL CONTRACTUAL	76
4.1.3 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA	78
4.2 RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS	80

4.2.1 RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA INSTITUCION FIDUCIARIA	80
4.2.1.1 LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO	81
4.2.1.2 LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO	86
4.2.2 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LA INSTITUCION FIDUCIARIA	97
4.2.2.1 CLAUSULAS DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO	98
4.2.2.2 ALCANCE E IMPORTANCIA DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO EN CUANTO A LA RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO	103
4.3 PROPUESTA DE REFORMAS LEGALES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD FIDUCIARIA	107
4.3.1 LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO	108
4.3.2 LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO	111
CONCLUSIONES	114
BIBLIOGRAFIA	116

INTRODUCCION

Consideramos que el fideicomiso es una figura jurídica atractiva en cuanto a su estudio y su práctica, ya que la falta de una postura doctrinaria uniforme, así como la ausencia de conceptos precisos en la legislación genera confusión y a la vez interés por comprenderlo.

Cabe señalar que hemos tenido contacto en repetidas ocasiones con operaciones de fideicomiso, tanto en nuestro desempeño laboral en el sector público como en el privado, y a partir de dichas experiencias, así como por lo comentado en el párrafo anterior, surgió la inquietud de desarrollar este trabajo recepcional en la materia fiduciaria, en particular en torno a la responsabilidad que las instituciones encargadas de realizar operaciones de fideicomiso tienen frente a sus clientes.

Debe comentarse que se ha percibido que en los contratos de fideicomiso las instituciones fiduciarias son renuentes a aceptar ciertos aspectos relacionados con su responsabilidad en la ejecución del contrato, ya que los mismos no fueron establecidos en la legislación en la materia. No obstante, dichos aspectos, en la práctica hemos observado que pueden resultar en daño para las otras partes del contrato de fideicomiso, por tal motivo decidimos abordar en este texto la responsabilidad fiduciaria.

Por lo anterior en primer término analizaremos la naturaleza contractual del contrato de fideicomiso, a la luz de las disposiciones legales en la materia y de las diversas posturas que los tratadistas han emitido. Posteriormente se analizará el concepto de responsabilidad civil procediéndose a su aplicación al ámbito del contrato de fideicomiso. Asimismo, se realizará una propuesta de modificaciones legales con el propósito de subsanar las lagunas que en el caso de responsabilidad de las instituciones fiduciarias, se estima tiene nuestra legislación.

PARTE I

EL FIDEICOMISO MEXICANO

CAPITULO I

ANTECEDENTES

1.1 DERECHO ROMANO.

La palabra fideicomiso se deriva etimológicamente de la palabra latina *Fides* (Fe), ya que el origen de la institución residía en la confianza que tuvo el ciudadano romano (fideicomitente) al encargar a otra persona (fiduciario) el cumplimiento de un fin específico en favor de un tercero o beneficiario (fideicomisario). Para el cumplimiento de dicho encargo el testador transmitía bienes de su patrimonio al fiduciario y le solicitaba o suplicaba que a su muerte transmitiera tales bienes o se ejecutara una acción específica en favor de un tercero.

La aparición de esta clase de disposiciones testamentarias se debió a la intención de evadir diversas normas de derecho que impedían que cierto tipo de personas adquirieran algún bien por la vía sucesoria, ya que no se encontraban capacitados para ejercer este derecho por carecer de la llamada “testamenti factio”, o bien, porque la ley establecía ciertos límites a dichos derechos.

“... de nuevo intervino el legislador, mediante la Lex Falcidia de 40 a. de J.C. decretando que el heredero no podría ser constreñido a entregar legados por mas del setenta y cinco por ciento del valor neto de la herencia. En caso de infracción a este principio, todos los legados debían sufrir una reducción proporcional, hasta que el total de los legados fuera el setenta y cinco por ciento del patrimonio sucesorio”¹.

Como podemos observar la intención de la Lex Falcidia fue proteger el patrimonio que recibiría el heredero testamentario, ya que prohibía que toda la masa sucesoria se repartiera en legados. Sin embargo, el fideicomiso fue un medio para burlar esta

¹MARGADANT, Guillermo F. Derecho Privado Romano. Edit Esfinge, México, 1994; pág. 504

disposición, ya que el testador podía designar como fiduciario a su heredero y encargarle que entregara los bienes que formaban parte de la masa hereditaria a determinadas personas, entre las que se podía incluir a quienes no estaban facultados para heredar legalmente o aquellos que no podrían recibir los bienes por alguna otra vía.

No obstante lo anterior, con el paso del tiempo la intención de depender de la buena fe del fiduciario para el cumplimiento de la disposición testamentaria resultó inoperante. Aunado a la falta de consecuencias jurídicas, el interés y el dinero dieron lugar al incumplimiento de los fideicomisos, ya que la obligación de cumplir con ellos residía únicamente en la conciencia del fiduciario sin consecuencias de derecho, por lo que surge la necesidad de regularlos y vigilarlos.

Es así que, durante el reinado de Claudio surge la figura del *praetor fideicomisarii*. Anteriormente Augusto ya había encargado la vigilancia de estas disposiciones a los cónsules de cada región. De esta forma, la reglamentación de los fideicomisos se tornó cada vez más estricta hasta que con Vespasiano se utilizaron los mismos principios que la *Lex Falcidia* disponía para los legados, por lo que el heredero y fiduciario podía retener para sí la *quarta Trebelliana*, es decir, una cuarta parte de la masa hereditaria o del patrimonio fiduciario que no debía transmitirse ni por legado o fideicomiso (*senadoconsulto Pegasiano*), repartiéndose además, entre el fiduciario y el fideicomisario, las cargas que pudieran corresponder a la masa fideicomitada, ya que anteriormente era el heredero quien cargaba con el pasivo de la sucesión, entregando de este modo al fideicomisario bienes sin ninguna deuda.

El *senadoconsulto Trebeliano* de 55 A de C. estableció que al transmitirse un patrimonio al fideicomisario, éste recibiría todas las acciones que civilmente se derivaran en contra y en favor del heredero y/o del fiduciario. En tiempos de Adriano también las personas que eran incapaces para recibir herencias de acuerdo a las disposiciones del *ius civile*, lo fueron en relación con los fideicomisos, como es el caso de los peregrinos, ya que si se transmitían bienes en su favor, estos serían incorporados al fisco.

Otra figura que presenta similitud con el fideicomiso, considerando que se basaba en el mismo principio (buena fe), fue la denominada *fiducia*. Esta figura presentó dos variantes, una denominada *fiducia cum creditore* y otra conocida como *fiducia cum amico*.

La *fiducia cum creditore* era una garantía que otorgaba un deudor a favor de su acreedor, consistiendo el objeto de la garantía en algún objeto propiedad de el primero. La similitud de esta institución con la "*pignus*" ocasiona que no se cuente con información suficiente, dificultando con ello su estudio.

Por medio de la *fiducia* se transmitía la propiedad de una cosa, ya fuera ejerciendo la *mancipatio* o la *in iure cesio*, obligándose así el receptor de la cosa a devolverla a su propietario al liquidarse el crédito. El Doctor Margadant asimila esta operación con un pacto de retroventa donde el que adquiría se obligaba mediante un *pactum fiduciae* a vender en favor del deudor al pagarse el crédito. Esta operación resultaba peligrosa, ya que se permitía que el acreedor prestara la cosa al deudor durante la vigencia de la garantía, y éste, de mala fe, podía utilizarla para contraer nuevos créditos garantizándolos con el mismo bien, en perjuicio del o los nuevos acreedores.

La *fiducia cum amico* se empleaba para que aquella persona que recibía el bien transmitido, pudiera usarlo y disfrutarlo gratuitamente y en su propio provecho. Una vez realizados los fines del contrato, quien había recibido los bienes, como consecuencia del *pactum fiduciae*, debía retransmitirlos al *tradens*. Esta operación se asimilaba al comodato.²

La *fiducia* no fue utilizada sólo para garantizar créditos, también lo fue con el fin de otorgar la libertad a un esclavo, ya que el amo lo transmitía en favor de una persona que se comprometía a manumitirlo cumpliendo con las condiciones establecidas en el pacto.

Otra utilización que se dio al fideicomiso tuvo su máxima expresión durante la Edad Media y fue conocida como mayorazgo. Esta figura se deriva de la denominada sustitución fideicomisaria, que permitía al testador (fideicomitente) designar a los que habrían de recibir sus bienes con posterioridad a la muerte de su heredero, mandando a éste que transmitiera en favor de quien el primero dispusiera.

El mayorazgo consistió en la súplica que el testador hacía a su heredero, para que a la muerte de éste, se estableciese la transmisión del patrimonio en favor de una persona determinada, siempre y cuando fuera miembro de la familia, generalmente el hijo del heredero, y así sucesivamente. De esta manera se aseguraba que los bienes permanecieran en el patrimonio de alguna familia o dinastía, ya que generalmente el fideicomisario

²Loc. Cit.

volvería a disponer del patrimonio en forma similar. En tiempo de Justiniano la sustitución fideicomisaria se permitió hasta cuatro generaciones, pero durante el medioevo no existió restricción en cuanto a los alcances de esta forma de transmisión. Fue hasta la revolución francesa que se presentó una limitación al mayorazgo debido a que no permitía la libre circulación de los bienes, permitiéndose sólo la primera designación de fideicomisario.

La gran popularidad que llegaron a tener los fideicomisos en el derecho romano se debió a las ventajas que presentaban en relación con los legados. Por ejemplo, el legado debería ser instituido por vía testamentaria y siguiendo las formas establecidas para los testamentos, mientras que para la constitución de un fideicomiso no se establecía regla expresa, incluso en la forma de ser reclamados o ejecutados presentaban grandes diferencias, ya que los legados podían ser reclamados según el procedimiento formulario, primero ante el magistrado o pretor (*in iure*), y posteriormente ante el juez, (*in iudicio*). Al contrario, los fideicomisos contaban con un procedimiento especial o extraordinario utilizando la *cognitio extraordinem*, esto es, un procedimiento donde la división de dos instancias desaparecía, recurriéndose a una sola a cargo del juez.

Con el paso del tiempo el fideicomiso se asimiló a los legados. Debido a factores que favorecieron esta fusión progresiva, como son las disposiciones del senadoconsulto Neroniano, que ayudaron a atenuar la distinción entre los distintos tipos de legado, la abolición de las formas para los legados, el uso que se difundió entre los testadores de efectuar una misma disposición conjuntamente bajo forma de legado y de fideicomiso, la desaparición del procedimiento formulario y la consolidación única del procedimiento extraordinario que los igualaba. De esta forma el fideicomiso romano cayó en desuso.

1.2 “EL TRUST” ANGLOSAJON.

La Gran Bretaña fue una provincia del Imperio Romano hasta el siglo V. Posteriormente se establecieron diversas tribus de origen germánico, como los anglos, los sajones y los daneses. Cada uno de estos grupos contaba con su propio sistema de normas hasta que en 878, fueron unificados bajo el reinado de Alfredo el Grande.

En este periodo se instituyó el sistema de los “sheriffs”, encargo que se transmitía en forma hereditaria. Dentro de esta división administrativa-judicial, los funcionarios

titulares eran los encargados de impartir justicia en los tribunales de la localidad, así como de recibir los tributos que se debían al rey.

Con posterioridad, durante el siglo XI de nuestra era, una nueva invasión danesa derrocó al régimen impuesto. Los nuevos conquistadores de origen germánico conservaron las antiguas costumbres y tradiciones jurídicas del reino, incluyendo la división territorial de los Shires, donde al frente se encontraba un Sheriff cuyo encargo ya no se transmitiría de forma hereditaria.

“... Los democráticos tribunales locales (hundred-courts) y estos sheriffs perdieron, en los siglos siguientes, gran parte de su importancia en materia judicial en beneficio de los tribunales del rey (curia regis), esta justicia del rey con jueces itinerantes, empezó a comparar las costumbres locales entre sí, escogiendo lo mejor y tratando de formar sobre esta base un derecho común unificado: el COMMON LAW...”³

De esta forma, surge el derecho consuetudinario inglés, que está basado en la recopilación y codificación a través de los siglos de las diversas costumbres y procesos jurídicos de cada una de las regiones de la isla británica.

Con el paso del tiempo el derecho consuetudinario inglés (Common Law) se convirtió en un sistema demasiado rígido y no acorde con la realidad. Por tal motivo, las resoluciones dictadas por los tribunales que aplicaban el Common Law eran injustas o alejadas de la realidad, por lo que surge la necesidad de recurrir a una instancia superior que pudiera dar solución a las controversias. Así, el rey fue el encargado de impartir una nueva justicia, la cual se delegaba en un canciller, quien generalmente era un clérigo, que a su vez delegaba esta facultad en magistrados, quienes emitían resoluciones supuestamente más justas. Esta nueva labor jurisdiccional da lugar al nacimiento de un compendio de disposiciones jurisprudenciales que habrían de ser atendidas en la misma medida que el derecho común por todos los tribunales del reino al emitir sus resoluciones. Dicho sistema se denominó sistema de igualdad o “Equity”.

Diversas instituciones jurídicas fueron instauradas en el marco de ambos sistemas jurídicos, unos dentro del Common Law, otros como resultado de la impartición de justicia por parte del sistema de igualdad, es así como surgen el “Use” y posteriormente el “Trust”.

³MARGADANT, Guillermo F; Panorama de la Historia Universal del Derecho, Edit. Miguel Ángel Porrúa, México, 1991, pág. 180

El Use se presentaba cuando algún propietario de bienes, ya fueran muebles o inmuebles, transmitía sus propiedades a cierta persona a quien se le encargaba que dispusiera de dichos bienes en favor de un tercero, o bien que los retransmitiera en favor del propietario original, debido a que el tercero o beneficiario se encontraba limitado para acceder a los beneficios del patrimonio afectado.

"...conforme al Common Law, por otra parte, el marido no podía legalmente transmitir bienes a la esposa, prohibición que se eludía "ensefudando a otras personas que, a su vez, enseñudarían en favor de ambos cónyuges, quienes así, poseerían para sí mismos y sus herederos". Entre las prácticas fraudulentas encontrábase las transmisiones en uso para defraudar acreedores y burlar acciones reivindicatorias. La tercera categoría considerada por Keeton en una posición intermedia entre las dos extremas indicadas, comprendía los casos de evasión a las leyes de manos muertas, que venían a hacer posible la donación de tierras a las fundaciones eclesiásticas, en especial la orden franciscana, que por su voto de pobreza estaba impedida para adquirir la propiedad, mas no para recibir su provecho económico..."⁴

Cabe señalar, que el cumplimiento del fin encomendado al Use se encontraba a merced de la buena o mala fe del "feoffe"(fiduciario), ya que para el Common Law, era éste quien detentaba la titularidad o propiedad de los bienes afectados al Use, y si su deseo era no cumplir la voluntad del settlor (fideicomitente) en favor del "cestui que use", no existía consecuencia jurídica reconocida, sino sólo razones morales o religiosas que constriñieran al cumplimiento.

La incapacidad del Common Law para resolver en forma justa este conflicto de intereses fue atendido por *"... una nueva instancia, que era la del canciller del rey, implorando, por el amor de Dios, la justicia que les había sido denegada por los tribunales comunes, sin más motivo que simplemente porque a estos les competía aplicar únicamente el derecho común"*.⁵

"Si los jueces del Common Law, en lugar de los cancilleres, hubieran ejercido la jurisdicción sobre los usos, quizá los habrían asimilado a pactos o condiciones

⁴BATIZA, Rodolfo; El Fideicomiso. Teoría y Práctica; Edit. Porrúa; Tercera Edición; México, 1976; página 34.

⁵DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo; El Fideicomiso. Edit. Porrúa; Sexta Edición; México, 1996; página 141

declarándolos inválidos como contrarios al espíritu de la ley, muchos de sus propósitos; pero durante esa crítica etapa de su desarrollo, por fortuna, los usos fueron de la exclusiva competencia de la equidad y vistos con actitud liberal. Para efectos prácticos diversos los cancilleres consideraban a los usos como derechos reales de equidad y no como simples derechos de crédito, aplicándoles por analogía a algunas de las reglas del Common Law relativas a la propiedad, y se sostuvo así que el interés o derecho del beneficiario se transmitía a su muerte en favor de los herederos conforme a las normas del Common Law aplicables a la transmisión hereditaria de los inmuebles; a diferencia de los derechos de crédito, se estimó que los usos eran susceptibles de cesión, estableciéndose, además que quienes reclamaran los bienes invocando el derecho legal de feoffe, tales como el comprador con conocimiento del uso, el albacea, el heredero y cualquier adquirente a título gratuito quedaban subordinados al uso”⁶.

Debido a los reclamos de la sociedad acerca de que los usos constituían una excelente forma para ejecutar un fraude de acreedores, Enrique VIII promulgó el “Statue of Uses” de 1536, que fue la primera legislación en la materia. “...*el despojo de los herederos de sus legítimos derechos; las cesiones secretas en fraude de acreedores y adquirentes; la privación de los señores de sus derechos de guarda, matrimonio, ayuda, reversión y confiscación; la pérdida para el marido de su tenencia pro cortesía y para la esposa la del usufructo sobre un tercio de las tierras de aquel, la burla al rey a su derecho a los bienes de los condenados por felonía usurpación del goce de las tierras inglesas por extranjeros...*”.⁷ Con ésta nueva disposición legal se estableció que el Cestui que Use (fideicomisario) gozaría de la titularidad legal de los bienes afectados en Use.

Algunos autores han considerado que la intención principal de la Ley de Usos era en un principio desaparecerlos. Sin embargo, no fue posible suprimir una institución tan arraigada y que había desempeñado un papel tan importante dentro de la sociedad inglesa, por el contrario, sólo se consiguió darles una verdadera reglamentación, evitando de esta manera, que se continuase con los constantes abusos por parte del “feoffee”, consagrando un marco de seguridad jurídica hacia el beneficiario del Uso y también para todos aquellos que se veían afectados en su esfera jurídica por la aportación de los bienes al Use. Algunos

⁶BATIZA, Rodolfo; Op. Cit. Pag 39

⁷Loc. Cit.

ejemplos de las inconveniencias que se presentaban en la ejecución de los usos fueron plasmados en la propia ley, problemas tales como falta de seguridad jurídica en cuanto a la propiedad del bien afectado, ya que los usos no tenían ninguna publicidad en cuanto a su constitución.

Al considerar como titular de derechos sobre los bienes afectados en Use, única y exclusivamente al beneficiario (Cestui), se daba “pleno efecto” a la intención del “settlor”. Sin embargo, la ley de usos fue objeto de diversas interpretaciones que permitieron que esta institución continuara utilizándose como medio para defraudar al “statue”, ya que existían casos que no quedaban comprendidos dentro del nuevo dispositivo legal. Como ejemplo se tienen aquellos usos en que los bienes afectados eran muebles; cuando se constituía un uso de administración, y cuando se establecía un doble uso. Esta interpretación dio lugar a un resurgimiento en la utilización de los Usos. La antigua institución se renovó y cambió su nombre dando origen al Trust.

Según Lapaulle el trust es “...una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y cuya unidad está constituida por una afectación libre, en los límites de las leyes en vigor y del orden público”.⁸ Para Domínguez Martínez “... Trust es un estado de relación fiduciaria respecto a bienes, que sujeta a la persona por quien dichos bienes son poseídos, a deberes de Equidad al manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, lo cual se origina como resultado de la manifestación de crearlo...”⁹.

El Trust se encuentra constituido por tres partes fundamentales: El settlor, que en nuestro derecho sería el equivalente al fideicomitente, y quien es aquella persona ya sea física o moral que hace una declaración de voluntad por la cual afecta diversos bienes de su propiedad en favor de un tercero, conservando, si así lo desea ciertos derechos sobre el patrimonio fideicomitado, tales como la revocación. Esta persona debe gozar de la capacidad para hacer una libre disposición de su patrimonio.

El segundo elemento del Trust es el “trustee” que en nuestra legislación es equivalente al fiduciario. Es esencial para el funcionamiento de la institución ya que se requiere de alguien que ejercite los derechos y obligaciones derivadas del patrimonio

⁸LEPAULLE, Pierre; Tratado Teórico Práctico de los Trusts; Edit. Porrúa, México 1975. (Investigar página).

⁹DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo; pag. 140

afectado. Para Lapaulle la designación expresa del trustee desde la constitución misma del Trust no es necesaria ya que en cualquier momento lo puede realizar un tribunal. Asimismo, pueden nombrarse uno o varios "trustees". Si seguimos las definiciones del Trust que mencionamos en líneas anteriores, nos encontraremos con que la institución existe por la mera declaración unilateral de voluntad por parte del Settlor, y se constituye únicamente en relación con un patrimonio afectado, dejando de lado, o no tomando en cuenta los elementos personales, o la importancia de la participación de sujetos de derecho dentro del funcionamiento del Trust. Sin embargo, la institución no podría existir por sí misma si no fuese en función de sujetos de derecho. Pierre Lepaulle considera que el trustee no es necesariamente un sujeto de derecho, debido a que no sólo los sujetos pueden tener derechos y obligaciones, sino que también un patrimonio puede tenerlo, y al ser el Trust un patrimonio, podría administrarse por sí solo: "... *En consecuencia un trust puede ser trustee;*..."¹⁰. La jurisprudencia anglosajona no coincide con esta posición al considerar que pueden ser trustee todos aquellos sujetos de derecho que gocen de capacidad para administrar un patrimonio recibido en afectación, desempeñando esta función sociedades mercantiles dedicadas a la administración de trust.

El tercer elemento fundamental del Trust es el beneficiario o "cestui que trust", quien tiene derecho ante el trustee para exigirle el cumplimiento del objeto del Trust, así como reintegrar los bienes a la masa del patrimonio afectado en caso de que se encuentren en terceras manos por algún acto no correcto por parte del trustee. Pueden ser beneficiarios todos aquellos que tengan capacidad de goce, inclusive los menores de edad o los impedidos conforme a derecho.

Indudablemente la existencia de esta institución no se justifica sin la de sus elementos personales, pero aún menos si no se tiene un objeto claro que constituya el patrimonio que ha de afectarse, y esto tampoco se justificaría si el Trust se encontrara carente de algún fin específico. En este sentido cualquier bien puede ser afectado en Trust siempre y cuando no exista restricción legal expresa. Pueden ser afectados tanto bienes materiales como derechos, pero en el primer caso son principalmente bienes raíces y acciones de sociedades.

¹⁰LEPAULLE, Pierre; Op. Cit. Pag. 15

1.3 EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

El fideicomiso llegó a la legislación mexicana, en la década de 1920 cuando el país necesitaba instituciones firmes y sólidas que lo dirigiesen al desarrollo. Sin embargo, con anterioridad se hicieron intentos de adaptar el trust anglosajón a nuestro medio jurídico.

Los autores consideran que el primer caso práctico de un negocio de fideicomiso en nuestro país se presentó durante la primer década del siglo pasado. Con el objeto de incrementar la extensión y funcionamiento de las líneas de ferrocarril que cubrían el territorio nacional, el Gobierno de la República recurrió a la colocación de bonos del Ferrocarril Mexicano en el extranjero, a fin de obtener recursos financieros a través de garantías constituidas por medio de un Trust Deed sobre los diversos bienes de las empresas ferroviarias. El Trust fue celebrado con diferentes instituciones fiduciarias norteamericanas.

Por otra parte, el primer intento para introducir el fideicomiso a la legislación mexicana lo hizo el Gobierno Federal a través de un proyecto enviado al Congreso de la Unión en 1905 por el entonces secretario de Hacienda José Y. Limantour. Dicho proyecto fue denominado "Proyecto Limantour", y en él se propuso al Poder Legislativo la creación de instituciones mercantiles con la capacidad de actuar como "agentes fideicomisarios".

Superada la turbulenta época revolucionaria, la necesidad de dotar de una mayor estructura al sistema financiero mexicano, originó la creación de diversos dispositivos legales encaminados a normar la actividad bancaria y de crédito en nuestro país. En estos nuevos ordenamientos se retoma la idea de principios de siglo y se intenta adaptar por primera vez a un sistema de derecho romano una institución originada en el derecho anglosajón.

En 1924 se promulgó la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, que abrogó a la vigente desde 1897. La función de esta Ley fue adaptarse a las nuevas necesidades y figuras de la banca en México, mediante la introducción de figuras y funciones bancarias, tales como los bancos de depósito y los bancos de fideicomisos. Esta última clase de instituciones de crédito se encontraría regida por una ley especial posterior en cuanto a su funcionamiento.

La ley que reguló el funcionamiento de los bancos de fideicomisos fue promulgada en 1926 y sólo se concretó a indicar el funcionamiento de las nuevas entidades. Cabe mencionar, que esta nueva ley otorgó al fideicomiso el carácter de mandato irrevocable al definirlo como: *"...un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco, con carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario"*. Esta consideración a la naturaleza del fideicomiso fue resultado de la influencia de diversas corrientes de pensamiento jurídico de la época, principalmente la de Don Joaquín Alfaro, uno de los principales impulsores de la adaptación de la figura del trust a los sistemas romanistas.

Se estableció que el capital mínimo para la operación de los bancos de fideicomiso sería de \$500,000.00 en el Distrito Federal reduciéndose a la mitad en las entidades del interior de la República. Además, se prohibió el establecimiento de sucursales de bancos extranjeros para que desempeñaran las funciones de bancos de fideicomiso.

Para esta ley, el objeto de los bancos de fideicomiso era la celebración de operaciones por cuenta ajena, y en favor de terceros, así como de otras operaciones autorizadas por la ley, cuya ejecución se confiaba a la honradez y buena fe de la institución. Como objeto secundario tenía el establecimiento de departamentos de ahorros y la práctica de las operaciones de la banca de depósito y descuento con ciertas limitaciones.

En 1926 fue promulgada una nueva Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios que integró el articulado de la Ley de Bancos de Fideicomiso. Este ordenamiento fue abrogado en 1932 cuando se promulgó la Ley de Instituciones de Crédito y la hasta hoy vigente Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En la exposición de motivos de la LGTOC se contempla que: *"... Los motivos de la ley hacían la advertencia de que aún cuando ello ofrece los peligros inherentes a la implantación de instituciones jurídicas extrañas, reglamenta al fideicomiso porque ya desde 1926 la Ley General de Instituciones de Crédito lo había aceptado y porque su implantación sólida en México, dentro de los límites que nuestra estructura jurídica general permite, significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía"*

La Ley de Instituciones de Crédito de 1932, estuvo vigente hasta 1941 año en que se promulgó la nueva Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, cuya vigencia se extendió hasta el año de 1982. En 1990 se dictó una nueva Ley de Instituciones de Crédito que actualmente rige al sistema bancario de nuestro país.

Cabe señalar que con motivo de la modernización del sistema financiero mexicano, el 23 de mayo de 2000 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación una serie de reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y a la Ley de Instituciones de Crédito. En dichas reformas se incorporó la figura del fideicomiso de garantía.

CAPITULO II

NATURALEZA CONTRACTUAL DEL FIDEICOMISO

Diferentes interpretaciones se han vertido respecto de la naturaleza jurídica y del concepto del fideicomiso. Algunas se han inclinado por considerarlo como un acto jurídico, otras como negocio jurídico, o bien un negocio fiduciario, algunas más como una declaración unilateral de voluntad. Lo anterior genera confusión para aquellos que deciden adentrarse en la materia de los fideicomisos.

Por tal motivo, en el presente capítulo trataremos de mostrar una idea más clara respecto del concepto y la naturaleza jurídica del fideicomiso a partir de la confrontación y valoración de los argumentos vertidos por diversos tratadistas.

2.1 EL ACTO JURÍDICO Y LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD

2.1.1 EL ACTO JURIDICO

El maestro Rojina Villegas nos dice citando expresamente a Planiol que la palabra acto jurídico se puede entender en dos sentidos: “... *en ocasiones una operación jurídica, correspondiendo entonces a la palabra latina negotium, y otra designa a un instrumento probatorio llamada instrumentum*”.¹¹

Un acto jurídico no obtiene ese carácter por el hecho de ser un instrumento probatorio. Hablamos, en este caso, de un instrumento público como una escritura pública, un acta de registro civil, o cualquier documento oficial similar. Este documento es sólo un medio de prueba, una constancia de la existencia de un acto en él contenido, un requisito de forma para el perfeccionamiento de una declaración de voluntad.

Antes de definir al acto jurídico, conviene comprender que es aquello que lo origina.

Los autores se refieren a la existencia de un supuesto jurídico como antecedente de la creación de un hecho jurídico y/o acto jurídico.

Se entiende como supuesto jurídico aquella hipótesis que la norma establece de cuya verificación se originarán consecuencias de derecho. Puede ser que el supuesto se

¹¹ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil Tomo I; Edit. Porrúa; 20ª México 1984. Página 325.

encuentre dentro de una norma moral, o bien, que se trate de un convencionalismo social. Para que dicho supuesto adquiera el adjetivo “jurídico” debe encontrarse establecido en una norma de derecho.

La realización del supuesto jurídico depende en ocasiones de la exteriorización de voluntad de un sujeto, ya sea a través de una acción o una omisión. Cuando esta manifestación de voluntad encuadra con la hipótesis contenida en la norma, se generan las consecuencias que la propia norma contempla. Cuando la voluntad se manifiesta para que el supuesto se cumpla nos encontramos ante un acto jurídico, cuando no es así, estamos en la presencia de un hecho jurídico.

“Los hechos jurídicos pueden consistir en hechos o estados de hecho independientes de la actividad humana, o en acciones humanas voluntarias o involuntarias. Como ejemplos de hechos o estados de hecho podemos citar el nacimiento, la mayoría de edad o la muerte de las personas”

*En sentido general la doctrina francesa habla de hechos jurídicos comprendiendo todos aquellos acontecimientos naturales o del hombre que originan consecuencias de derecho. Considera que hay hecho jurídico cuando por un acontecimiento natural o por un hecho del hombre en el que no interviene la intención de originar consecuencias de derecho, se originan, no obstante, éstas”.*¹²

Así, tenemos como primer punto que un hecho jurídico “latu sensu” implica la realización de aquel supuesto contenido en la norma y que se verifica con o sin la participación de la voluntad del individuo en la realización de la acción u omisión correspondiente. Este hecho forzosamente implica la aparición de consecuencias de derecho en la esfera jurídica del sujeto e inclusive en las de algún tercero. “... bajo la expresión de hechos jurídicos los autores franceses comprenden los puramente materiales, los de un tercero y los ilícitos”.¹³

La diferencia entre un hecho jurídico en sentido estricto y hecho jurídico en sentido amplio radica “... en la participación humana en el suceso, pero como un simple hacer, ausente y desconocedor de las consecuencias que este producirá. Caminar por ejemplo, es un hecho privativo del ser humano, pero no jurídico, porque no está previsto en una

¹²GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 44ª Edición, Edit. Porrúa, México 1992. Página 183.

¹³Loc. Cit.

hipótesis normativa; pero tropezar al caminar y romper un cristal, es un hecho otro tanto humano, que sí es hecho jurídico, por los derechos que se abren en favor del afectado”¹⁴

La realización de un hecho jurídico en sentido amplio implica el surgimiento de consecuencias de derecho, ya sea por virtud de algún acontecimiento natural, o bien por la acción humana. En el hecho jurídico en sentido estricto, sí se presenta la participación de la actividad humana, pero ésta es ajena a la voluntad del individuo.

Lo que determina el nacimiento de un acto jurídico es el deseo o intención que tiene el sujeto de que su acción u omisión tenga consecuencias de derecho. El emisor de la voluntad desea expresamente que la acción que se realiza, produzca efectos dentro de su esfera de derechos y obligaciones, por encontrarse dichos efectos previamente considerados en una norma jurídica, a los que acepta sujetarse cuando el supuesto tenga verificativo. Entendemos las consecuencias o efectos anteriormente mencionados como todas aquellas situaciones jurídicas concretas que sobrevienen por virtud de la realización de los distintos supuestos previstos en las normas jurídicas.

“... acto jurídico es una manifestación exterior de voluntad bilateral o unilateral, cuyo fin directo consiste en engendrar con fundamento en una regla de derecho o en una institución jurídica, a cargo o provecho de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general o, por el contrario, un efecto de derecho limitado, relativo a la formación, modificación o extinción de una relación jurídica”¹⁵.

2.1.2 LOS ELEMENTOS DEL ACTO JURIDICO

En nuestra legislación, el derecho civil establece los requisitos de existencia de un acto jurídico. Al respecto, es conveniente mencionar que el artículo 1859 del Código Civil Federal dispone que todas las normas que para los contratos establece el propio Código serán aplicables a los convenios y demás actos jurídicos que no se opongan a la naturaleza de los mismos y a la propia ley.

El primer elemento de existencia de un acto jurídico es el consentimiento de las partes que en él intervienen, es decir, la libre emisión de voluntad orientada a obtener las consecuencias de derecho que la norma establece. *“La voluntad como acto psíquico en el*

¹⁴DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe; Titulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Tomo II (Derecho Bancario y Contratos de Crédito). 2ª Edición. Edit. Harla. México 1992. Página 851.

¹⁵GARCIA MAYNEZ, Eduardo: Op. Cit. Página 184.

*interior del sujeto no basta. Es necesario que la voluntad de las personas se manifieste, pues se requiere que la voluntad pueda ser comprobada por las instancias competentes para aplicar el derecho".*¹⁶

La voluntad se manifiesta con el fin de obtener un resultado, es decir un objetivo, lo que constituye el segundo elemento de existencia de un acto jurídico, esto es un objeto. El Doctor Luis Muñoz sostiene que el objeto del contrato son los intereses privados que se regulan, agregando que sería conveniente considerarlo como una prestación o una abstención.¹⁷

Por su parte, el Maestro Rafael Rojina Villegas distingue al objeto en dos clases, por un lado, se refiere a la existencia de un objeto directo consistente en la creación, modificación, transmisión y extinción de derechos y obligaciones. Además, existe un objeto indirecto del acto el cual se refiere a la cosa u hecho que son materia del acto. Según dicho autor, éste último objeto solo se presenta en contratos y convenios.

Si nos apegamos al criterio sostenido por nuestra legislación el objeto consiste en la cosa, acción u omisión a cargo del obligado, y dicho objeto debe, en cuanto a cosa se refiere, existir en la naturaleza, ser determinado o determinable y estar dentro del comercio.

No se puede celebrar acto respecto de algo que no existe, por ejemplo, no podemos celebrar contrato de compraventa de un unicornio, ya que estos animales son imaginarios y por tanto no son susceptibles de existir en la realidad.

El objeto también debe ser determinado al momento de celebrar el acto. Por obvias razones no podríamos celebrar un acto respecto de algo que no conocemos o identificamos en forma específica.

Además, el objeto debe encontrarse en el comercio. El artículo 749 del Código Civil, establece que están fuera del comercio aquellas cosas que por su naturaleza no puedan ser propiedad de un individuo, y las que la ley declara como irreductibles a propiedad particular.

Ahora bien, en cuanto a acción u omisión a cargo del obligado, el objeto debe ser posible y lícito. Un objeto debe ser física y jurídicamente posible, esto es, no ir en contra de una ley de la naturaleza o de una norma jurídica que le sea aplicable. Por otro lado, el

¹⁶KELSEN, Hans. El Contrato y el Tratado. 1ª Edición. Edit. Colofón. México 1994. Página 15.

¹⁷MUÑOZ, Luis; Doctrina General del Contrato. Primera edición. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1992. Página 180.

objeto debe ser lícito, esto es, no ser contrario a las disposiciones legales existentes ni a las buenas costumbres.

Una vez reunidos los dos elementos mencionados anteriormente se considera que el acto existe.

Por otra parte, el artículo 1795 del Código Civil establece los requisitos de validez del acto jurídico. Dichos requisitos son necesarios para garantizar la validez del acto y su plena vigencia. Sin ellos el acto jurídico será nulo.

El primer requisito de validez del acto jurídico es la capacidad, entendiéndose por esta la aptitud de todo sujeto para adquirir derechos y obligaciones.

La ausencia de vicios en el consentimiento constituye el segundo requisito de validez del acto jurídico. Como mencionamos anteriormente, el consentimiento de las partes para la celebración del acto jurídico debe estar debidamente tutelado, a fin de evitar injusticias y abusos, que impliquen el deterioro de los derechos y del patrimonio de los celebrantes en el acto jurídico. Los vicios del consentimiento son acciones u omisiones tipificadas por la ley que originan que el consentimiento emitido por las partes no corresponda con la verdadera voluntad del emisor.

*“Entendemos por vicios de la voluntad, aquellas causas extrañas a la persona que impelen a ésta a hacer una declaración de voluntad que de buen agrado y conscientemente no hubiera hecho. El derecho, al exigir la voluntad y su manifestación como condición obligada para la existencia de un negocio jurídico, quiere que la voluntad sea espontánea y que la persona capacitada para hacerla se produzca de un modo libre y concorde con su tendencia volitiva. Si esto no acontece la voluntad manifestada carece de valor ante el derecho, como generadora de relaciones jurídicas y, mucho menos, como elemento válido del negocio jurídico”.*¹⁸

La lesión, es una de las acciones que vician la voluntad del emisor a la celebración del acto jurídico. La lesión es la desproporción en los beneficios obtenidos por una de las partes, por encontrarse ésta en una situación de ventaja respecto de la otra, ya sea por suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria. Cuando en un acto el consentimiento se encuentra viciado por motivo de la lesión, el acto será nulo, teniendo la parte afectada la

¹⁸MUÑOZ, Luis. Op. Cit. Página 322.

opción de solicitar nulidad del acto, la reducción equitativa de su obligación, así como el pago de daños y perjuicios.

El error es otro vicio del consentimiento. Consiste en una falsa apreciación de la realidad, es decir un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad o con la exactitud que nos aporta el conocimiento científico. En términos generales, el error es una situación de hecho que provoca una falsa apreciación sobre el objeto del acto jurídico. Dicha apreciación influye sobre el fin determinante de la voluntad de las partes que celebran el acto, derivando en una imperfecta emisión del consentimiento.

El dolo y la mala fe son vicios de la voluntad. El dolo consiste en un engaño cometido con la finalidad de influir en la voluntad de una de las partes con consideraciones falsas, ya que de haberse conocido las verdaderas circunstancias en torno a la celebración del acto, alguna de las partes no hubiera emitido su voluntad para verificar el contrato. *“Se entiende por dolo en los contratos cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener a él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido” (art. 1815 Código Civil).*

La mala fe se presenta cuando alguna de las partes tiene conocimiento de alguna circunstancia en virtud de la cual, la otra parte no celebraría el acto al tener conocimiento de dicha circunstancia. La mala fe es ocultar información trascendental para la realización del acto jurídico y cuyo conocimiento influiría sin duda en la aceptación del acto por parte de los celebrantes. Si el dolo o la mala fe provienen de una de las partes o de terceros y además han influido en forma determinante en la voluntad pueden provocar la nulidad del acto jurídico, pero cuando ambas partes proceden con dolo o mala fe, ninguna de ellas puede invocar la nulidad del acto.

La violencia es otro vicio de la voluntad y se entiende como el empleo de la fuerza física o amenazas que impliquen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales en segundo grado (art. 1819 C.C.).

La ilicitud en el objeto del acto también es considerada por la Ley como causa de invalidez del acto jurídico. Al respecto conviene recordar que uno de los elementos de existencia del acto es el objeto que debe ser, en cuanto a acción u omisión se refiere, física

y jurídicamente posible y a demás ser lícito, esto es, no ser contrario a alguna norma de derecho que expresamente prohíba la celebración de tal acto jurídico.

El último elemento de validez del acto es la formalidad. Se puede entender por forma como *"... signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o de los agentes de un acto jurídico o del contrato"*.¹⁹

La voluntad de las partes requiere de medios para ser exteriorizada, los que servirán en su momento como prueba o testimonio de que el acto en verdad fue celebrado por las partes y en los términos en que quisieron obligarse. Tales medios o signos como menciona el maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo son lo que denominamos como forma de los actos jurídicos. Este último autor distingue a su vez entre forma y formalidades considerando a éstas como el conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan como se debe exteriorizar la voluntad, para la validez del acto jurídico.

El ejemplo típico del acto jurídico es el contrato. *"El contrato es un instrumento para el tráfico jurídico por ser aplicable a todas las relaciones de derecho.*

Como instrumento el contrato se utiliza para la composición de intereses privados entre partes opuestas o contra puestas, al menos incidentalmente, en su consecuencia es el contrato un fenómeno económico que prácticamente realiza las más variadas funciones de la vida económica y además una institución jurídica pues las partes lo utilizan para autodeterminarse, autolimitarse, autoobligarse en virtud del reconocimiento por el derecho de la autonomía privada".²⁰

Por su parte Borja Soriano considera: *"El contrato o convenio es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos"*.²¹

"El contrato tiene como su función principal ser el instrumento jurídico que posibilita el comercio entre los individuos, reglamentando la circulación de la riqueza económica o de los valores susceptibles de reducirse a una apreciación pecuniaria, de acuerdo a los intereses de las partes que intervienen".²²

¹⁹PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Derecho Notarial. Edit. Porrúa. México. Página 66

²⁰MUÑOZ, Luis. Op. Cit. Página 16

²¹BORJA SORIANO, Manuel. Op. Cit. Página 113.

²²AZUA REYES, Sergio T.; Teoría General de las Obligaciones. 2ª Edición, Edit. Porrúa, México 1997.

Página 49.

El artículo 1792 del Código Civil establece que el acuerdo de voluntades para crear, modificar, transferir o extinguir obligaciones es denominado convenio, sin embargo existe una especie de éste, denominado contrato que en términos del artículo 1793 del código es el convenio por el que se crean o transfieren derechos y obligaciones.

2.1.3 LA DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD

La declaración unilateral de voluntad es la exteriorización que un individuo hace de su propia voluntad, aceptando expresamente la creación de derechos u obligaciones a su cargo. La declaración de voluntad representa la falta de aceptación expresa en principio de una persona distinta al oferente al momento de que éste manifiesta sus intenciones.

La doctrina ha discutido si dicha declaración puede considerarse como fuente de obligaciones, es decir que por su propio dicho el oferente puede obligarse a cumplir lo ofrecido, sin que exista un acreedor que previamente hubiese aceptado la oferta. Al respecto, los tratadistas han polarizado sus consideraciones en torno a dos posturas, la primera establece que una declaración unilateral de voluntad no puede ser considerada como una fuente de obligaciones salvo en los casos en que la ley le otorga expresamente esa posibilidad. La segunda postura considera que, en efecto una declaración unilateral de voluntad puede ser considerada en forma general como una fuente de obligaciones, siempre y cuando reúna los requisitos que la ley impone para los actos jurídicos.

La teoría tradicional no concede a la declaración unilateral de voluntad la posibilidad de originar obligaciones, ya que según sus autores, esta posibilidad se encuentra restringida únicamente a los contratos. *“ En el derecho italiano y francés no se acepta como fuente a la declaración unilateral de voluntad. A ese respecto el eminente jurista Roberto de Ruggiero considera que la teoría que atribuye obligatoriedad a la manifestación de voluntad es inadmisibile, se reconocen únicamente como causa la ley o el hecho del hombre, pudiendo ser éste un hecho ilícito o un hecho lícito ”*²³

Por su parte la doctrina alemana considera que, una declaración unilateral de voluntad puede crear derechos y obligaciones, pero no en forma genérica, sino solo en los casos en que la ley expresamente lo permite. *“ En nuestro código vigente, no existe un*

²³ADELINA ELIZA URBINA SOLORZANO El Fideicomiso y la Declaración Unilateral de Voluntad;, Tesis Profesional, UNAM, 1989, página 74

precepto general que reconozca que siempre que una persona declare que quiere obligarse nacerá una obligación, de manera que la voluntad unilateral en nuestro derecho, no es fuente general de obligaciones. En efecto ya sabemos que para la creación de una obligación no basta la voluntad sino que se requiere además la regla de derecho en que se funde, y esa regla de derecho es la que no existe en el caso de declaración unilateral de voluntad”²⁴.

En resumen, la doctrina alemana considera que la declaración unilateral de voluntad no puede ser una fuente general de obligaciones, ya que esta característica queda limitada tan solo a los contratos y demás actos jurídicos bilaterales. Sin embargo, una persona podría obligarse por sí misma sólo en los casos en que la ley expresamente conceda esa posibilidad.

En contraposición a esta postura surge aquella que sostiene que una declaración unilateral de voluntad sí puede ser fuente genérica de obligaciones: *“Hay fuentes nominadas de declaración unilateral de voluntad, las que regula el Código Civil, y además también existen formas innominadas que tienen que constituirse por un procedimiento análogo. Por consiguiente, en aquellos casos en que la voluntad unilateral se proponga un fin lícito y posible y que no requieran necesariamente el consentimiento de las partes, podrán crearse obligaciones”²⁵*

“La teoría que considera que la declaración unilateral de voluntad puede ser fuente de obligaciones ha originado tres corrientes la primera de ellas, sustentada por juristas como Roberto de Riggiero niegan que la manifestación de voluntad pueda originar obligaciones toda vez que se considera que se requiere la aceptación del acreedor para que se genere la obligación debiendo por tanto pensarse que la declaración unilateral es una oferta contractual; la segunda corriente, aceptada por estudiosos como Baudry-Lacantiniere y Demogue admite que el legislador puede atribuirle un poder semejante al consentimiento en casos especiales; la última tendencia considera que es posible crear obligaciones con la simple manifestación de voluntad, siempre que el fin sea lícito y posible...”²⁶

²⁴BORJA SORIANO, Manuel. Op. Cit. Página 300.

²⁵ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo; Edit. Porrúa. México 199. Página 421

²⁶ADELINA URBINA SOLORZANO, Op. Cit. Página 76

En su momento el máximo órgano jurisdiccional de nuestro país consideró a dicha manifestación como una fuente de obligaciones:

“DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD, ES UNA FUENTE GENERICA DE OBLIGACIONES. Los casos en que una declaración unilateral de voluntad produce consecuencias jurídicas no e stán limitativamente e nunciados p or l a legislación Civil, pues si las disposiciones del Código Civil se refieren expresamente a los casos de oferta al público, promesas de recompensa, estipulaciones a favor de tercero y emisión de títulos, con ello no se significa que tales casos sean los únicos posibles y podría afirmarse la existencia de una regla jurídica contraria, o sea, que la declaración unilateral de voluntad, si es una fuente genérica de obligaciones, salvo los casos de limitaciones expresas del propio texto legal. Instancia: Tercera Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Parte CX, Cuarta Parte; Página 32.

2.2 EL NEGOCIO FIDUCIARIO

2.2.1 NOCION DE NEGOCIO JURIDICO

El acto jurídico implica la manifestación de voluntad para la celebración de alguna acción u omisión con sus correspondientes efectos legales. “ *Los actos jurídicos son la fuente más fecunda de las relaciones de derecho, son causa de la mayor parte de las relaciones, producen los efectos de derecho. El elemento esencial de todo acto jurídico es la voluntad de su autor de ella derivan directamente los efectos jurídicos*”.²⁷

De acuerdo con la doctrina pandectista alemana, el acto jurídico podría a su vez subdividirse dando lugar a la figura denominada negocio jurídico; “*....contrariamente a la noción de acto jurídico producto de la corriente tradicional, concepto que como hemos*

²⁷BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Edit. Porrúa, México 1997. Página 86.

visto, es toda manifestación de voluntad para dar lugar al nacimiento de consecuencias de derecho, sin distinguir los actos en sus diversas especies existentes según el papel que en ellos juega la voluntad, las doctrinas más recientes sí admiten esa distinción en subespecies de actos”²⁸

En este contexto, un acto jurídico implica la realización de una acción encaminada a la obtención de consecuencias legales. Dichas consecuencias ya se encuentran establecidas en el ordenamiento jurídico respectivo, quedando la voluntad del individuo circunscrita a la realización del acto.

Por su parte en el negocio jurídico la manifestación bilateral de voluntad está orientada a la generación de consecuencias de derecho que a su vez las partes establecen, con respeto a los límites que la ley en la materia fija para tal clase de actos. *“Es así como el negocio jurídico viene a ser el acontecimiento cuya esencia consiste en que el particular dicte y se dé normas”*.²⁹

Para Villagordoa, el negocio jurídico es *“un acto de voluntad libre, que tiende a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico y que produce como consecuencia de tal tutela, determinados efectos jurídicos”*³⁰.

*“Para Castan, el negocio jurídico es un acto integrado por una o por varias declaraciones de voluntad privada dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece. Para Winscheid, el negocio jurídico es la declaración de voluntad de una persona; en virtud de la cual quien la hace se propone crear, modificar o extinguir un derecho o una relación jurídica”*³¹:

“Si bien, tanto el acto jurídico en sentido estricto, como el negocio jurídico, conforme a la teoría alemana, tienen la característica común de que en ambos interviene la voluntad al verificarse su celebración, de las ideas vertidas líneas atrás respecto a uno y otro, podemos advertir con claridad la diferencia habida entre ellos, a saber: en los primeros, los efectos no son obra de la voluntad que lo realizó; los segundos, en cambio

²⁸DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. Op. Cit. Página 21

²⁹Ibidem. Página 24

³⁰VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. Op. Cit. Página 64

³¹ACOSTA ROMERO, Miguel. Tratado Teórico Practico del Fideicomiso. Edit. Porrúa. México 1997.

*constituyen, insistimos, manifestaciones de voluntad destinadas precisamente a crear determinadas consecuencias de contenido jurídico”.*³²

Para el Doctor Carlos Dávalos *“el negocio jurídico es aquel en el que la voluntad del actor no solo se manifiesta en el sentido de realizar el acto, sino también en el sentido de que las características de sus consecuencias sean las deseadas, respecto de cuya amplitud, por lo mismo, tiene un grado de libertad que sólo está limitado por la ley; es decir, deben ser consecuencias, si bien diseñadas por el actor, lícitas para no contrariar la ley”.*³³

Por su parte, Rafael de Pina conceptualiza al negocio jurídico como *“Especie de acto jurídico cuyo concepto ha sido elaborado por la doctrina extranjera, especialmente la alemana, siendo definido en términos generales, como la situación jurídica que el derecho valora como creada y reglamentada por la voluntad declarada de las personas”.*³⁴

Es necesario aclarar que la doctrina del negocio jurídico es contraria a la doctrina francesa (Bonnetcase, Planiol), que considera al acto jurídico como la manifestación de voluntad del individuo orientada a la obtención de consecuencias de derecho. Dicha doctrina inspiró a los autores de nuestra legislación civil.

2.2.2 NOCION DE NEGOCIO FIDUCIARIO

Siguiendo el concepto de negocio jurídico se contempla la existencia de una subespecie de éste. Así, surge la noción de negocio fiduciario. Al respecto, el maestro Villagordoa Lozano escribe: *“En la actualidad se hace cada día más evidente la insuficiencia de la legislación para preveer y reglamentar todas las formas contractuales que las personas emplean en sus relaciones. Por esta razón, junto a las normas tradicionales de los contratos, se van desarrollando nuevas formas contractuales previstas en la legislación actual y que contrastan notablemente con los contratos tradicionales por su simplicidad y carencia de complicados formalismos jurídicos que caracterizan estos contratos. El empleo de estas nuevas formas contractuales se realiza sin estar*

³²DOMINGUEZ MARINEZ, Jorge Alfredo. Op. Cit. Página 26

³³DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe. Op. Cit. Página 852

³⁴DE PINA, Rafael. Op. Cit. Página 380

*expresamente reglamentado en la legislación vigente. El problema anterior se resuelve de diferente manera en los regímenes jurídicos anglosajones y en los regímenes de origen latino. En los primeros se acude a la integración jurídica que se efectúa por medio de la costumbre y de la jurisprudencia, y en cambio, en los otros regímenes como el nuestro, dicho problema encuentra solución a través de la autonomía de la voluntad o de la libertad de los contratantes, para recoger formas contractuales innominadas. Es así como surge el empleo de negocios atípicos e innominados y muy especialmente de negocios fiduciarios. Estas atípicas formas contractuales van siendo poco a poco materia de una reglamentación especial: el empleo de estas nuevas formas contractuales va desplazando a las formas tradicionales por insuficientes o complicadas*³⁵.

Se denomina negocio fiduciario a la “manifestación de voluntad con la cual se atribuye a otro una titularidad de derecho a nombre propio pero en el interés del transmitente o de un tercero”³⁶

El maestro Barrera Graf considera: “...que el negocio fiduciario es aquel en virtud del cual una persona transmite plenamente a otra ciertos bienes o derechos, obligándose ésta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita y determinada y, como consecuencia de dicha finalidad, obligándose a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o revertirlos en favor del transmitente”.

Por su parte, Luis Muñoz sostiene que “...se dá el negocio fiduciario cuando el fiduciante tradita efectivamente un derecho que le es propio, y para fines determinados a otra persona llamada fiduciario, que obra en nombre propio y en consideración a la confianza que éste merece a aquel, quien hace la atribución patrimonial. No cabe hablar de simulación ya que el traspaso del derecho es efectivo, y deberá volver al patrimonio del fiduciante que lo traspasó, o salir del patrimonio del fiduciario, o éste darle un determinado empleo”.³⁷

Domínguez Martínez considera que por negocio fiduciario debe entenderse “... aquel acuerdo mediante el cual, un sujeto transmite la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho a otro y éste se obliga destinar lo transmitido a una finalidad

³⁵VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. Op. Cit. Página 64

³⁶Loc. Cit.

³⁷MUÑOZ, Luis. Op. Cit. Página 300

determinada que aquel le señaló, con lo que corresponderá a la confianza que para ello tuvo el primero”³⁸

Cabe señalar que han surgido posturas que generan confusión, como es el caso del maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez quien considera que en el negocio fiduciario se presenta una discrepancia entre el fin perseguido y el acto realizado. *“Con otras palabras, el negocio fiduciario se caracteriza en que se elige por las partes una forma jurídica, los efectos de la cual exceden con conocimiento de las partes, de los exigidos para el fin práctico que se persigue” “... en los negocios fiduciarios existe un aspecto real, traslativo de dominio, que opera frente a terceros, y un aspecto interno, de naturaleza obligatoria, que restringe los alcances de la transmisión anterior, pero sólo con efectos inter partes”*.³⁹

La doctrina y el concepto de negocio fiduciario, surgen según el Doctor Acosta Romero, en aquellos sistemas jurídicos en los que no se han implantado figuras como el Trust o el fideicomiso.

Los negocios fiduciarios llenan la laguna existente al permitir la realización de un acto de voluntad de las partes cuyo fin, siendo lícito, no es congruente con los actos jurídicos típicos para formalizar la emisión de voluntad, por no existir una figura legal expresa que regule tal deseo, operando, entonces, una transmisión de bienes, por parte de una persona en favor de otra quien se obliga a cumplir con los deseos del primero. *“Lo que llamamos negocio fiduciario y que consiste en aquel acto celebrado por particulares no previsto expresamente en la ley con la intención aparente de celebrar un acto diferente de la finalidad querida por las partes, y que consiste en que una de ellas entrega bienes a otra para que ésta última cumpla con ellos una finalidad, y que ésta sólo será efectiva si aquél que recibe los bienes, obra de estricta buena fe y cumple moral y jurídicamente su obligación”*⁴⁰.

“El negocio fiduciario no es simulado; es un negocio querido por las partes, y en su consecuencia no es mera apariencia sino realidad, aunque persigue fines económicos diversos al efecto o efectos jurídicos que produce”.⁴¹

³⁸ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. Op. Cit. Página 167.

³⁹ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquin; Curso de Derecho Mercantil tomo II, Edit. Porrúa, 19ª edición, México 1988. Página 119,

⁴⁰ ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. Cit. Página 174.

⁴¹ MUÑOZ, Luis. Op. Cit. Página 300

*“La solución del problema planteado no se encuentra en que la estructura del negocio fiduciario contenga una obligación conocida solo inter partes, lo cual, en suma, es intrascendente por su licitud o antijuridicidad. La materia a observarse, como en cualquier otro negocio jurídico, es su objeto, fin, motivo o condición y con base en ellos, determinar si están apegados o por el contrario, pugnan con las leyes de orden público y las buenas costumbres”.*⁴² Para el maestro Domínguez Martínez, los negocios fiduciarios no necesariamente implican antijuridicidad a pesar de que la voluntad de las partes no es expresada de acuerdo a la naturaleza del acto que celebran, ya que dicha voluntad puede estar orientada a un acto no contrario a las leyes o a las buenas costumbres.

⁴²Loc. Cit.

2.3 CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO

2.3.1 EL FIDEICOMISO COMO DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD

Por la redacción de los artículos 385 y 387 de la LGTOC, se ha considerado que el fideicomiso se constituye por una declaración unilateral de voluntad.

Al efecto, el artículo 385 establece que: *“Solo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito.*

En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario o, en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la ley.

El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya. Si no fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso”.

El contenido del segundo párrafo del artículo parece establecer que no es necesaria la comparecencia del fiduciario en el acto de creación del fideicomiso. En tal entendido, el fideicomiso surtiría efectos desde el momento en que el fideicomitente manifieste expresamente su intención de afectar determinados bienes de su propiedad.

Ante esta aseveración el Dr. Acosta Romero ha manifestado abiertamente su oposición, ya que el fideicomiso representa una transmisión de bienes, ya sean muebles o inmuebles, en favor de la fiduciaria, que al momento de la celebración del acto se convierte en titular de los bienes afectados, por lo que no podría asumirse que dicha transmisión

operase sin la comparecencia de una de las partes, en este caso, aquella que recibe en su patrimonio los bienes del fideicomiso.

“La simple manifestación unilateral de voluntad no transmite los bienes o derechos, pues para que esta transmisión se realice, es necesaria la aceptación de aquella persona que va a recibir tales bienes.

En consecuencia la afirmación de que la simple manifestación unilateral de voluntad constituye y perfecciona el fideicomiso resulta totalmente ilógica, pues mientras no haya aceptación de la fiduciaria, no habrá transmisión de bienes y no habrá perfeccionamiento del contrato.

La defectuosa redacción del párrafo tercero del artículo 350 de la LGTOC lleva a esta interpretación sofisticada, cuando habla de que el fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias, para que, conjunta o sucesivamente, desempeñen el fideicomiso estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse.

La experiencia ha demostrado que solamente se substituyen cuando por alguna causa el fiduciario no pueda cumplir el fideicomiso, o bien, por acuerdo entre las partes fideicomitentes y fideicomisarios o, como en el caso de establecimiento de la banca múltiple, en que con motivo de las fusiones de diversas instituciones de crédito, la fusionante adquirió al mismo tiempo el carácter de fideicomitente y beneficiario, en ciertos fideicomisos de garantía”.⁴³

El artículo 387, por su parte contribuye en la confusión, en cuanto menciona que: *“ARTICULO 387.- El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso, deberá constar siempre por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso”.*

Por lo anterior conviene hacer las siguientes consideraciones:

- a) El hecho de que el artículo 387 establezca que el fideicomiso se constituye por testamento, siendo éste último la declaración unilateral por excelencia, no implica que al momento de que el fideicomitente manifieste su voluntad de afectar ciertos bienes en fideicomiso, éste quede perfeccionado

⁴³ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. Cit. Página 180.

instantáneamente, ya que se requerirá la aceptación por parte de la fiduciaria para que los bienes afectados queden bajo su titularidad.

- b) El testamento en términos de la legislación civil es una disposición que un individuo hace de sus bienes y derechos para después de su muerte. En dicha declaración, el *de cujus* puede disponer que ciertos bienes sean afectados en fideicomiso en favor de algún tercero, sin embargo, para cumplir con la voluntad del testador, la persona que se encuentre encargada de la administración de la masa hereditaria o de cumplir con las disposiciones del testamento, deberá concurrir ante una institución autorizada para celebrar un acto jurídico con ésta, quien aceptará que esos bienes se afecten en fideicomiso. De no verificarse esta condición el fideicomiso no existiría, ya que la sola manifestación de la voluntad lo constituiría por sí misma.
- c) Los bienes que se afectan en fideicomiso salen del patrimonio del fideicomitente, integrándose al de la fiduciaria, y ya no podrán verse afectados por alguna acción en contra del patrimonio del primero, salvo que hubiese sido constituido en fraude a terceros debidamente comprobado, en cuyo caso será nulo; en cambio aquellos bienes de los que se dispone vía testamento permanecen en el patrimonio del testador, hasta el momento de su muerte.

“La disposición de bienes por testamento está sujeta a la aleatoriedad de que los bienes permanezcan dentro del patrimonio del testador, durante el lapso que corre entre la fecha del testamento y la muerte de aquel; el patrimonio puede desaparecer por muy diversas causas: que el testador disponga de sus bienes, los enajene, que los expropien, que se los embarguen y rematen, que los bienes perezcan o desaparezcan, o por cualquier otra circunstancia salgan del patrimonio; en este supuesto, al fallecer no habrá materia de sucesión...”⁴⁴.

El maestro Rodolfo Batiza se ha sumado a la postura que considera que el fideicomiso no es una declaración unilateral de voluntad con el siguiente comentario: *“El artículo 352 es copia del artículo 18 del Proyecto Alfaro que disponía que el fideicomiso puede ser constituido por testamento para que tenga efectos después de la muerte del fideicomitente o por acto entre vivos. Al precisar la naturaleza jurídica de la institución*

⁴⁴ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. Cit. Página 187.

por él construida, manifestaba Alfaro que el fideicomiso según el espíritu del proyecto es, ni más ni menos, un contrato tripartito cuya consumación depende del consentimiento que a su debido tiempo deba dar cada una de las partes.

*La pretendida naturaleza del acto unilateral que se quiere dar al fideicomiso carece de base jurídica y la declaración correspondiente no pasa de ser una simple oferta o policitud, que puede tener carácter de irrevocable, modalidad que no altera en forma radical los principios del derecho común en la materia”.*⁴⁵

*“El fideicomiso no se constituye por la sola voluntad del fideicomitente, los términos del fideicomiso y la ejecución del fin para el cual se crea, únicamente pueden realizarse como resultado del acuerdo entre el fideicomitente y el fiduciario”.*⁴⁶

Podemos afirmar que no basta la sola declaración del fideicomitente donde manifieste su decisión de constituir un fideicomiso, al mismo tiempo se requiere de la comparecencia del fiduciario, a efecto de celebrar un acto jurídico del cual se derivarán derechos y obligaciones para las partes, incluyéndose la transmisión del patrimonio fideicomitado hacia el fiduciario. Por tal motivo, la constitución de un fideicomiso surge a partir de la celebración de un acto jurídico bilateral.

2.3.2 EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO

Diversos autores se han inclinado en favor de la postura que sostiene que el fideicomiso es un negocio jurídico. Jorge Alfredo Domínguez Martínez considera que el fideicomiso es *“...un negocio jurídico como especie de los acontecimientos jurídicos voluntarios y en oposición a los actos jurídicos en sentido estricto. Además, tal y como comentamos en alguna parte del capítulo segundo, la estructura del negocio jurídico es compleja, es decir, en cuanto se refiere a su constitución implica un negocio unilateral y respecto de su ejecución, es de naturaleza contractual; por ende, y tomando en cuenta los elementos personales de ambos actos, podemos afirmar por el momento que el fideicomiso es un negocio jurídico que se constituye mediante la manifestación unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud de la cual, éste destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de*

⁴⁵BATIZA, Rodolfo. Op. Cit. Página 135.

⁴⁶ADELINA URBINA SOLORZANO, Op. Cit. Página 95.

ese fin, deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello⁴⁷

En esta misma postura podemos encontrar autores como Octavio Hernández, Mario Bauche Garciadiego y Joaquín Rodríguez Rodríguez.

Por nuestra parte, consideramos que el fideicomiso no es un acto que se constituya en dos momentos diferentes. No basta la sola manifestación de voluntad del fideicomitente para que se entienda que el fideicomiso ya se encuentra perfeccionado, se requiere la participación del segundo elemento dentro del acto, el fiduciario, quien debe aceptar expresamente el encargo que se le hace en el acto constitutivo del fideicomiso.

Como se considera que el negocio fiduciario es una especie dentro del negocio jurídico, algunos autores han definido el fideicomiso como un negocio jurídico fiduciario, tal como acontece con Joaquín Rodríguez Rodríguez: *"... se admite que en los negocios fiduciarios existe un aspecto real, traslativo de dominio, que opera frente a terceros, y un aspecto interno, de naturaleza obligatoria, que restringe los alcances de la transmisión interior, pero sólo con efectos inter partes"*

"Por eso sería evidente que 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 sobre 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".⁴⁸

Cabe mencionar, que la mayoría de los autores que consideran que el fideicomiso es un negocio fiduciario coinciden en que ambas figuras participan de los mismos elementos, a saber:

- a) Presencia de dos sujetos;
- b) Traslación de derechos de uno a otro como relación real;
- c) Obligación personal del adquirente para con el enajenante de destinar lo transmitido a un fin determinado, debido a una afectación.

Villagordoa Lozano considera que *" El fideicomiso es un negocio fiduciario por medio del cual el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes y derechos al*

⁴⁷Ibidem, página 188

⁴⁸Loc. Cit.

*fiduciario, quien está obligado a disponer de los bienes y ejercer los derechos para la realización de los fines establecidos en beneficio del fideicomisario*⁴⁹

Por el contrario, el maestro Cervantes Ahumada sostiene la siguiente postura: “... el fideicomiso no es un negocio fiduciario ni tiene elementos de tales negocios. No sólo se encuentra tipificado en la ley, reglamentado por ella, sino que no es un negocio compuesto de dos negocios de efectos contrarios, ni al practicarse se lleva al cabo para llenar un vacío en el orden jurídico; ni es un negocio cuyos efectos vayan más allá del fin querido por las partes, sino que sus consecuencias pueden preverse y estipularse al celebrar el acto jurídico respectivo. Además, las obligaciones del fiduciario no son de buena fe, sino en el sentido de que son de buena fe, todas las obligaciones; las del fiduciario son derivadas rigurosamente del fideicomiso mismo o de la ley”.⁵⁰

Acosta Romero considera que “la doctrina del negocio fiduciario, ilícito, atípico, simulado creemos que no tiene ninguna relación con el fideicomiso, pues mediante este, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria, con los efectos, modalidades, límites y consecuencias que el régimen jurídico establece. Por tanto, el fideicomiso es una figura típica, lícita, legal y perfectamente reglamentada y, en consecuencia, no parece lógico, compararla con actos simulados ni con figuras que en otros países, en los cuales no se ha adoptado legalmente una institución similar al trust ni al fideicomiso. Al hacer, el estudio paralelo del llamado negocio fiduciario con el fideicomiso, a lo único a lo que se contribuye es a la dispersión de conceptos y su imprecisión. Ahora bien, si por típico se entiende un acto jurídico definido por las leyes, precisado por las mismas y con modalidades, requisitos y circunstancias que el propio régimen jurídico va determinando, el contrato de fideicomiso en México es típico porque está delineado y determinado por el orden jurídico”.⁵¹

Por último para el Dr. Rodolfo Batiza: “... la construcción doctrinal del negocio fiduciario, a pesar del atractivo intelectual que pueda tener, no siendo idónea para explicar la naturaleza jurídica del trust, tampoco lo es para explicar la del fideicomiso que, como a quel, es también una figura regulada por el derecho positivo. Tiene con el

⁴⁹VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. Op. Cit. Página 141.

⁵⁰CERVANTES AHUMADA, Raúl

⁵¹ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. Cit. Página 175.

negocio fiduciario una diferencia radical de estructura: el fideicomiso es un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo, un vínculo único con validez y eficacia idénticas entre las partes y frente a terceros".⁵²

Para nosotros el fideicomiso no puede ser considerado como un negocio fiduciario, ya que como se indicó en su momento el negocio jurídico como concepto no existe en nuestro derecho positivo.

Conviene mencionar que los negocios fiduciarios llenan un vacío en aquellas legislaciones donde no se encuentra expresamente establecida una figura que cumpla con las funciones inherentes a ellos, por lo que son figuras atípicas. En el derecho mexicano, bien el fideicomiso reúne características propias del negocio fiduciario, pero encuentra su definición y toda una reglamentación en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y en la Ley de Instituciones de Crédito.

El negocio fiduciario coincide con el fideicomiso en la manifestación de voluntad de un individuo dirigida a la transmisión de bienes de su propiedad a otra persona. Asimismo, coincide en que la transmisión de los bienes se realiza por un deseo o disposición especial establecidas por el transmitente o fiduciante. El fiduciario debe cumplir con dicha disposición especial.

2.3.3 EL FIDEICOMISO COMO CONTRATO

Consideramos que el fideicomiso es un contrato en atención a los siguientes razonamientos:

(a) Todo contrato es un acto jurídico en el cual los celebrantes otorgan su libre consentimiento a fin de que, a partir de dicho acto surjan derechos y obligaciones que las partes se comprometen a aceptar por ser así el contenido de su voluntad previamente manifestada, y porque conocen las consecuencias de su acción, ya que dichas consecuencias se encuentran establecidas en el ordenamiento legal aplicable.

En este sentido, las partes que comparecen a la celebración de un contrato de fideicomiso, conocen los efectos y consecuencias de su conducta por encontrarse tales efectos establecidos dentro de los ordenamientos legales relativos. Asimismo, la propia ley

⁵²BATIZA, Rodolfo. Op. Cit. Página 133

establece las obligaciones que las partes contraen en la celebración del acto, como ocurre con la obligación del fiduciario de conducirse como buen padre de familia en cuanto a la administración del fideicomiso

(b) Para la existencia de un contrato se requiere la comparecencia de dos o más voluntades, ya que de otro modo nos encontraríamos ante una declaración unilateral de voluntad.

Para el perfeccionamiento del fideicomiso se requiere la participación de al menos dos personas, por una parte el fideicomitente que es la persona que dispone de bienes o derechos de propiedad en favor del fiduciario, que es a quien se transmiten dichos bienes o derechos, los cuales debe de aceptar para que ingresen bajo su titularidad, a efecto de destinarlos al fin lícito y determinado y en favor de un tercero denominado fideicomisario.

(c) En la práctica, los fideicomisos se constituyen a partir de la celebración de contratos entre el fideicomitente y la institución fiduciaria. De esta forma coincidimos con las consideraciones de Acosta Romero: *"Es más, en el uso bancario normal, en la experiencia mexicana, ya lo hemos afirmado, se utiliza el término contrato de fideicomiso.*

*El uso bancario es generador de principios de derecho complementarios de la ley, con base en lo cual consideramos que el fideicomiso es un contrato, ya que la LGTOC no señala qué tipo de acto es, y por lo que se refiere al uso bancario es aplicable el principio establecido en el artículo 2º fracción III de la LGTOC, de lo que se puede calificar como uso interpretativo en el sentido de que el fideicomiso es un contrato".*⁵³

(d) En diversas disposiciones legales se menciona al fideicomiso como un contrato, tal es el caso de la Ley Federal de Entidades Paraestatales que considera en su artículo 45º: *"..en los contratos constitutivos de fideicomisos de la Administración Pública Centralizada..."*

"El fideicomiso se crea por el acuerdo de voluntades entre las partes que en él intervienen y por lo tanto tendrá efectos jurídicos hasta entonces, y es así como surgen derechos y obligaciones para las partes, tan es así que se demuestra al limitarse el fideicomiso a lo expresamente establecido por las partes en acto constitutivo. Basta

⁵³ACOSTA ROMERO, Op. Cit. Página 191.

*señalar que el fideicomitente puede reservarse en dicho acto determinados derechos por medio de los cuales se convierte en titular de acciones frente a la fiduciaria”.*⁵⁴

2.3.4 CONCEPTO DE FIDEICOMISO

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito promulgada en 1932 no aporta un concepto claro del fideicomiso, tan sólo nos dice que:

“ Artículo 381.- En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria”.

Para el maestro Oscar Vázquez del Mercado, el fideicomiso es un contrato por virtud del cual se confieren facultades a un sujeto para que realice actos respecto a determinados bienes a efecto de lograr un fin específico, en provecho de quien designa aquel que otorga las facultades.⁵⁵ Por su parte, el maestro Rodolfo Batiza, se suma a la postura contractual del fideicomiso.

En vista de lo analizado en el presente capítulo y para efectos de nuestro estudio consideramos que el fideicomiso es un **contrato por virtud del cual, una persona denominada fideicomitente, dispone de ciertos bienes y derechos de su propiedad, en el cual se establecen ciertos fines lícitos y determinados a los cuales habrá de ser destinado el patrimonio afectado, encargando el cumplimiento de dichos fines a una institución fiduciaria.**

Conviene señalar que los juicios anteriormente vertidos tienen por objeto ayudar a la mejor comprensión de la naturaleza jurídica del fideicomiso, sin que pretendan desplazar las respetables teorías y posiciones vertidas por distinguidos estudiosos del derecho y del fideicomiso, llevadas a cabo a través de los más de setenta años que esta institución tiene de existir en el derecho positivo mexicano.

⁵⁴ ROMO SARMIENTO, Soraya del Rocío; Análisis de la Iniciativa de Reforma a la LGTOC en Relación al Procedimiento de Ejecución de Fideicomiso de Garantía. Tesis Profesional, UNAM 1998. Página 75.

⁵⁵ VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar; Contratos Mercantiles. Edit. Porrúa. México. Página 515.

PARTE II
RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CONTRATO DE
FIDEICOMISO

CAPITULO III
EL CONTRATO DE FIDEICOMISO

Como mencionamos en el capítulo anterior, el fideicomiso es un acto jurídico, ya que surgen derechos y obligaciones entre las partes. Es de carácter mercantil ya que se fundamenta en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y es un contrato porque crea y transmite derechos y obligaciones.

*“El fideicomiso es un acto jurídico que implica una operación mercantil mediante la cual una persona física o moral, fideicomitente, afecta y destina ciertos bienes a la realización de un fin lícito determinado, encomendado ésta a una institución fiduciaria”.*⁵⁶

La legislación aplicable dispone características específicas para cada tipo de contrato, como pueden ser sanciones para el caso de que en el contrato no se respeten las disposiciones legales correspondientes; la denominación que se dará a las partes que celebran el contrato, la forma en como deben obligarse, así como los efectos y alcances del propio contrato.

No obstante, como resultado de diversas lagunas legales existentes, el contrato de fideicomiso es de suma importancia, ya que se constituye en el principal medio regulador de la relación contractual entre las partes celebrantes.

Por tal motivo, procederemos en el curso del presente capítulo a analizar sus elementos.

⁵⁶ ROALANDINI, Jesús.- El Fideicomiso Mexicano.- Edit. Instituto Fiduciario Bancomer, México, Pág. 140

3.1 ELEMENTOS PERSONALES.

El artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala las partes del fideicomiso, a saber, el fideicomitente quien realiza una disposición de bienes y derechos para un fin lícito y determinado, y una institución fiduciaria.

Por su parte, el artículo 382 de la propia Ley menciona al tercer elemento personal de un fideicomiso, cuya existencia no es requisito para el perfeccionamiento del contrato. El fideicomisario o beneficiario de los fines del fideicomiso podrá ser nombrado con posterioridad a la celebración del acto constitutivo.

3.1.1 FIDEICOMITENTE

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no define al fideicomitente, sin embargo, éste es aquella persona, ya sea física o moral, que dispone de sus bienes para un fin lícito determinado a través de la afectación que hace en fideicomiso.

En términos del artículo 384 de la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito: *"Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes cuando se trata de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen"*

El fideicomitente debe contar con capacidad para contratar y los bienes que se afectan deben ser de su propiedad o estar legalmente a su cargo. Las personas morales también pueden ser fideicomitentes.

En el caso de las dependencias de la Administración Pública Federal, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal dispone que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público actuará como fideicomitente único de la administración central.

Por su parte, las entidades paraestatales cuentan con personalidad jurídica y patrimonio propios otorgados por ley o decreto, por lo que sí pueden ser fideicomitentes.

En resumen, fideicomitente es la persona física o moral que, mediante una manifestación expresa de su voluntad y teniendo la capacidad legal para ello, transmite la

propiedad o titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario para constituir el fideicomiso, a fin que se realicen con ellos los fines para los que éste se constituye.

3.1.1.1 DERECHOS DEL FIDEICOMITENTE.

a) Designar fideicomisarios.

El fideicomitente tiene la facultad de designar uno o varios fideicomisarios para recibir los beneficios del fideicomiso. *“El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 394”.*

El fideicomitente no necesariamente debe designar fideicomisarios al momento de la celebración del contrato, puede reservarse el derecho para hacerlo posteriormente, o bien delegar en un Comité Técnico la facultad para hacerlo.

Cabe señalar que tratándose de un fideicomiso de garantía el fideicomitente puede designar uno o varios fideicomisarios estableciendo el orden de prelación entre ellos, o en su caso, el porcentaje que de los bienes corresponda a cada uno (Artículo 397).

b) Reservar derechos respecto del patrimonio.

El fideicomitente puede reservarse expresamente algún derecho en relación con la ejecución del fideicomiso:

“Artículo 386.-...

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

Cabe señalar que el segundo párrafo del artículo 401 menciona de igual forma la reserva de derechos por parte del fideicomitente.

c) Constituir un comité técnico.

El fideicomitente puede prever en el acto constitutivo del fideicomiso la formación de un Comité Técnico, el cual actuará de acuerdo con las facultades que se le otorguen en el propio contrato o en sus reformas. El Comité Técnico puede estar formado por el número de personas que el fideicomitente libremente decida.

d) Modificar el fideicomiso.

*“El derecho del fideicomitente de modificar o reformar al fideicomiso se desprende del texto del tercer párrafo del artículo 80 y del segundo párrafo del artículo 84, de la LIC. Debe señalarse que este derecho lo tendrá el fideicomitente sólo en aquellos casos en los que se lo reservó expresamente”.*⁵⁷

Cabe mencionar que estimamos que si existe fideicomisario designado, el fideicomitente deberá recabar su consentimiento para modificar el fideicomiso, debido a que como consecuencia de las modificaciones que haga el fideicomitente, pueden afectarse los derechos de aquel.

e) Solicitar rendimiento de cuentas y la remoción del fiduciario.

El artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito dispone que las acciones para pedir cuentas, exigir responsabilidad del fiduciario y para pedir la remoción de este último corresponden al fideicomisario. Sin embargo, el fideicomitente puede reservarse dichos derechos en el acto constitutivo del fideicomiso o bien en las modificaciones del mismo. Tales facultades permiten al fideicomitente supervisar el correcto cumplimiento de los fines del contrato, salvo que dichas facultades se le otorguen al Comité Técnico.

f) Solicitar la reversión de bienes.

El artículo 393 de la LGTOC dispone que si al extinguirse el fideicomiso quedan bienes dentro del patrimonio fideicomitado, dichos bienes serán restituidos al fideicomitente o a sus herederos. El fideicomitente puede señalar el procedimiento a seguir cuando existe remanente al concluir el fideicomiso.

⁵⁷LOC. CIT.

g) Poseer los bienes, y en su caso enajenarlos (fideicomiso de garantía)

En el fideicomiso de garantía, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 402, el fideicomitente podrá conservar la posesión de los bienes afectos en fideicomiso, hacer uso de los mismos, incluso combinarlos con otros; percibir y utilizar sus frutos y en su caso, enajenarlos sin responsabilidad para el fiduciario, quedando afectos al fideicomiso los bienes que el fideicomitente reciba o tenga derecho a recibir en pago por la enajenación de los referidos bienes.

3.1.1.2 OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE

a) Entregar los bienes.

Por virtud del fideicomiso los bienes o derechos afectados salen del patrimonio del fideicomitente, quedando bajo la titularidad del fiduciario. Esta transmisión deriva de la naturaleza propia del fideicomiso. Por tal motivo, la principal obligación del fideicomitente consiste en entregar a la fiduciaria, física o virtualmente los bienes afectados.

b) Pagar los honorarios fiduciarios.

Nadie se encuentra obligado a prestar un servicio no retribuido. De ahí que por regla general la fiduciaria puede percibir una remuneración por sus servicios en el fideicomiso. Dicha remuneración es conocida como honorario fiduciario.

La obligación de dicho pago surge de las cláusulas del contrato de fideicomiso, pudiendo recaer en el fideicomitente, en el fideicomisario, o en alguna otra persona que comparezca a la celebración del contrato.

c) Responder por el saneamiento para el caso de evicción.

En los contratos de fideicomiso, generalmente el fideicomitente se obliga a responder por el saneamiento en caso de evicción. Recordemos que la evicción se presenta cuando el que adquirió alguna cosa fuere privado del todo o parte de ella por sentencia que cause ejecutoria, en razón de algún derecho anterior a la adquisición, siendo ésta una obligación de todo aquel que enajena aún y cuando no se pusiere en el contrato.

*“Por implicar la constitución del fideicomiso un acto traslativo de dominio, es incuestionable que el fideicomitente está obligado a responder del saneamiento para el caso de evicción, sobre todo en el llamado fideicomiso de garantía. Aquí también resulta de importancia la clasificación del fideicomiso según sea oneroso o gratuito, ya que en éste caso, siguiendo con la regla paralela de la donación, el fideicomitente sólo sería responsable de la evicción de la cosa si expresamente se hubiera obligado a prestarla”.*⁵⁸

d) Preservar los bienes cuando se encuentren en su posesión (fideicomiso de garantía)

De conformidad con el artículo 405, cuando corresponda al fideicomitente la posesión material de los bienes fideicomitados, estará obligado a conservarlos como si fueran propios, a no utilizarlos para objeto diverso de aquél que al efecto hubiere pactado con el fideicomisario y a responder de los daños que se causen a terceros al hacer uso de ellos. Asimismo tiene la obligación de erogar los gastos necesarios para la conservación, reparación, administración y recolección de los bienes fideicomitados.

En caso de que los bienes fideicomitados se pierdan o deterioren, el fideicomisario tiene el derecho de exigir al fideicomitente la afectación de otros bienes o bien el pago de la deuda aún antes del plazo convenido.

3.1.2 FIDUCIARIO.

3.1.2.1 NOCION DE FIDUCIARIO.

Fiduciario es una institución que tiene autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para actuar como tal.

“El fiduciario es el administrador del patrimonio que constituye el objeto o materia del fideicomiso. Suele también llamarse ejecutor del fideicomiso dada su naturaleza de propietario fiduciario de ese patrimonio, pues lo es, si bien en forma temporal y tan sólo

⁵⁸BATIZA, Rodolfo, Op Cit. Página 312

*para realizar con este patrimonio llamado también capital o principal, la finalidad o el propósito deseado por el fideicomitente*⁵⁹

El fiduciario es la institución encargada del cumplimiento de los fines del fideicomiso, y a la cual se entrega el dominio de los bienes afectados en el contrato.

Al contrario de lo que ocurría en el fideicomiso romano, donde el papel del fiduciario era conferido a cualquier persona física, o en el Trust de derecho anglosajón, en donde se faculta a cualquier persona moral denominada "*Trust Companies*", en nuestra legislación sólo se permite tal encargo a ciertas personas morales que cumplan los requisitos y cuenten con la autorización que establece la Ley para desempeñar la actividad fiduciaria.

De acuerdo con la legislación vigente pueden actuar como fiduciarios las siguientes personas morales:

- a) Las Instituciones de Crédito en términos del artículo 46, fracción XV de la Ley de Instituciones de Crédito.
- b) Las Instituciones de Fianzas, de acuerdo con el artículo 16 fracción XV de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas..
- c) Las Instituciones de Seguros según el artículo 34 fracción IV de la Ley de Sociedades Mutualistas y de Seguros.
- d) Las Casas de Bolsa de acuerdo con el artículo 22 fracción IV de la Ley del Mercado de Valores.
- e) Las Sociedades Nacionales de Crédito de conformidad con lo dispuesto en sus respectivas leyes orgánicas.
- f) Las Sociedades Financieras de Objeto Limitado de conformidad con el artículo 85 bis de la Ley de Instituciones de Crédito.
- g) El Banco de México, de acuerdo con el artículo 7º fracción XI, de su Ley.

La importancia de que una institución fiduciaria sea sólo aquella persona moral autorizada expresamente por el Estado radica en la trascendencia del fideicomiso. Recordemos que el fideicomiso y el Trust, fueron regulados debido a las conductas deshonestas de los fiduciarios quienes se veían movidos por sus propios intereses dejando

⁵⁹RODRIGEZ RUIZ, Raúl. Op. Cit. Página 33

de lado los del fideicomitente y del fideicomisario, ya que tenían la posibilidad de disponer del patrimonio fideicomitado.

Por tal motivo, la intención del legislador en nuestro país es entendible, y dota al fideicomiso de un ámbito de seguridad jurídica para el fideicomitente y para el fideicomisario, al asegurarse que el cumplimiento de los fines del fideicomiso será realizado por personas capaces que cuentan con los recursos y la preparación necesaria para tal encomienda.

"... el encargado de llevarla al cabo puede presentar los contrastes más marcados en cuanto a conocimientos y experiencias, como en el caso de un pariente de confianza sin mayor preparación, frente a un equipo de experimentados y agresivos institucionales; la administración requerida quizá varíe desde la simple liquidación y adjudicación de un pequeño capital hasta el manejo detallado y minucioso de un patrimonio complejo durante muchos años...".⁶⁰

"No obstante la pluralidad ahora habida, de escasa positividad por cierto, habrá que tener en cuenta que aún cuando el desempeño del fiduciario no se limita a las instituciones de crédito autorizadas para ello, de todos modos, como podrá observarse, está circunscrito a los sujetos que expresamente el cuerpo de leyes correspondientes autoriza; por ello, no cualquier persona puede desempeñar ese cargo y fungir como tal.

La limitación indicada redundará en la seguridad de quienes recurren al fideicomiso para regular sus transacciones jurídico-comerciales, pues independientemente de cualquier otra consideración invariablemente tratará con una fiduciaria establecida y profesional".⁶¹

A continuación revisaremos los derechos que tiene una institución de fideicomiso por virtud de la Ley o bien del propio contrato de fideicomiso. Cabe señalar que no se analizarán las obligaciones de la institución ya que consideramos que el incumplimiento de las mismas son las fuentes generadoras de la responsabilidad del fiduciario. Por tal razón dicho tema será analizado en el capítulo que se referirá en particular a la responsabilidad fiduciaria.

⁶⁰BATIZA, Rodolfo. Op. Cit. Página:

⁶¹DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge A. Op. Cit. Página 332

3.1.2.2 DERECHOS DEL FIDUCIARIO

a) Ser designado como fideicomisario

A partir de diversas reformas realizadas durante el año de 1996 a la LGTOC se permitió que los fiduciarios reciban los beneficios del fideicomiso siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos.

Al efecto, el artículo 383 señala que serán nulos los fideicomisos que se constituyan en favor del fiduciario, salvo que en el fideicomiso se transmita la propiedad de los bienes fideicomitados y tengan como fin servir de instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de las actividades empresariales. En dicho supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso de que surgiera un conflicto de intereses entre las mismas.

Otro requisito para el nombramiento del fiduciario como beneficiario del fideicomiso, estriba en que los bienes afectados deben servir como instrumento de pago en el caso de créditos otorgados por la institución de crédito para la realización de actividades empresariales.

b) Ejercitar los derechos y acciones necesarias para el cumplimiento del fideicomiso.

El artículo 391 de la LGTOC, establece que el fiduciario tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto.

Es indudable que dichos derechos corresponden al fiduciario por el hecho de ser el titular de los bienes fideicomitados, ya que puede ejercer toda clase de actos respecto de ellos, con las limitaciones que le impongan la ley, las estipulaciones del contrato de fideicomiso y las instrucciones del comité técnico en caso de que éste se hubiere constituido.

Sin embargo, los derechos arriba mencionados no constituyen solamente derechos del fiduciario, sino que son facultades que se le conceden por virtud de la ley o del contrato constitutivo para que cumpla con los fines del mismo o conserve los bienes afectados en

fideicomiso, por lo que a la par de derechos se podría considerar que ejercitar dichas acciones constituye una obligación del fiduciario.

c) Recibir el pago de honorarios por los servicios prestados.

Los honorarios son una contraprestación económica recibida por aquel que presta un servicio. Tomando en cuenta que las operaciones de fideicomiso son servicios que proporcionan las instituciones fiduciarias podemos entonces concluir que éstas tienen derecho a recibir un pago por su labor como administradores del patrimonio fideicomitado. Sin embargo, el marco legal vigente no contempla dicho pago, por lo que en principio, se remite al contrato constitutivo del fideicomiso la fijación de la retribución al fiduciario.

Anteriormente la legitimidad de los honorarios fiduciarios encontraba su apoyo en dos artículos de la LGICOA; el 45 bis y el 137 que establecieron:

“El Banco de México está facultado para fijar el máximo de las percepciones que las instituciones reciban como fiduciarias, comisionistas o mandatarias...”

*Sólo se estimará como causas graves para admitir la renuncia de la institución fiduciaria al desempeño de su cargo en un fideicomiso, que el fideicomitente, sus causahabientes o el fideicomisario, en su caso, se nieguen a pagar las compensaciones estipuladas a favor de la institución fiduciaria; o que los bienes o derechos dados en fideicomiso, en su caso, no rindan productos suficientes para cubrir estas compensaciones”.*⁶²

Actualmente no existe fundamento legal para justificar el pago de honorarios fiduciarios. Sin embargo, todas las instituciones de crédito cobran por los servicios que prestan, en atención a disposiciones de carácter general emitidas por autoridades como la Comisión Nacional Bancaria y de Valores o el Banco de México. En dichas disposiciones se establecen las tarifas y procedimientos para calcular los honorarios que cobran las instituciones fiduciarias.

En la generalidad de los contratos de fideicomisos se pacta que los honorarios a pagarse a la fiduciaria serán los siguientes: honorarios iniciales por el análisis, elaboración del contrato y aceptación del cargo; honorarios periódicos por la administración del patrimonio fideicomitado y por la ejecución de los fines del contrato. Al efecto, estos

⁶²ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. Cit. Página 313.

honorarios se fijan generalmente ya sea por una cuota fija, por el resultado de la aplicación de cierto factor respecto del valor de los bienes afectados en fideicomiso o con cargo a los productos o rendimientos del patrimonio.

3.1.3 EL FIDEICOMISARIO

El fideicomisario es aquella persona designada como beneficiario de los fines del fideicomiso. Su designación no es indispensable en el momento de constituirse el fideicomiso sino que puede ser posterior. En términos del artículo 382 de la LGTOC, la existencia del fideicomiso no se encuentra supeditada a la designación de fideicomisario: *“El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado”*.

La facultad de nombrar fideicomisarios corresponde al fideicomitente o a la persona o personas que éste elija, como es el caso del Comité Técnico, no existiendo límite al número de personas que pueden recibir los beneficios del fideicomiso, tal y como lo establece el segundo párrafo del artículo 383 de la LGTOC.

Cualquier persona con capacidad de goce puede ser designado fideicomisario. Es conveniente señalar que el hecho de contar con capacidad de goce otorga a los fideicomisarios la posibilidad de recibir los beneficios del fideicomiso, o ser titular de ciertos derechos derivados del propio fideicomiso. Sin embargo, en caso de persona incapaz, la posibilidad de ejercitar los derechos se llevará a cabo a través de la persona encargada de su representación legal.

Existen personas que por mandato legal no pueden ser designados fideicomisarios, como ocurre con aquellas personas jurídicas que no sean de orden público en fideicomisos cuya duración sea mayor a treinta años, en términos del artículo 394 de la LGTOC. Sin embargo, a este principio corresponde la excepción plasmada en el capítulo II de la actual Ley de Inversión Extranjera donde se permite que personas morales sin cláusula de exclusión de extranjeros puedan ser designados fideicomisarios hasta por un plazo mayor a cincuenta años, siempre y cuando se cumplan los requisitos que la propia Ley establece.

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

3.1.3.1 DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO

Los derechos del fideicomisario pueden derivar del acto constitutivo del fideicomiso, así como de la Ley.

a) Recibir los beneficios del fideicomiso.

Este es el principal derecho del fideicomisario, ya que desde el momento en que es designado, ya sea por el fideicomitente o por la persona o personas facultadas por éste, adquiere una serie complementaria de derechos, tanto sobre el patrimonio fideicomitado, como con relación a la actividad del fiduciario.

b) Emitir opinión respecto de la ejecución del fideicomiso.

El artículo 383 tercer párrafo establece que durante la ejecución del fideicomiso puede recurrirse a los fideicomisarios a fin de obtener su opinión al respecto. *“Cuando sean dos o más los fideicomisarios y deba consultarse su voluntad, en cuanto no esté previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se tomarán a mayoría de votos computados por representaciones y no por personas. En caso de empate, decidirá el juez de primera instancia del lugar del domicilio del fiduciario”.* Este derecho puede ser ejercido, en la práctica, a través de la representación que el o los fideicomisarios pudieran tener en el Comité Técnico del fideicomiso.

El segundo párrafo del artículo 384 concede al fideicomisario el derecho de nombrar al fiduciario en caso de que éste no hubiese sido designado nominalmente en el acto constitutivo del fideicomiso. Pero como ya hemos comentado, en la práctica un fideicomiso se constituye a partir de la celebración de un contrato entre el fideicomitente y el fiduciario

por aquel elegido, lo que implica que el fideicomiso no se constituye por declaración unilateral de voluntad. Por tal razón se considera que el fideicomisario no podría participar formalmente en el nombramiento del fiduciario, pero sí en su remoción de acuerdo al segundo párrafo del artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito y en el posterior nombramiento de un nuevo fiduciario si así se contempló en el contrato constitutivo.

c) Exigir el cumplimiento del fideicomiso.

El fideicomisario cuenta con el derecho de exigir a la fiduciaria el cumplimiento de los fines del fideicomiso, siempre y cuando se realicen en los términos que establece el contrato constitutivo del fideicomiso y las disposiciones legales en la materia.

El artículo 390 establece estos derechos de la siguiente forma: *"Art. 390.- El fideicomisario tendrá además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria, el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de sus facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le corresponda, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso"*

d) Exigir el rendimiento de cuentas.

Corresponde al fideicomisario la facultad de solicitar a la fiduciaria el rendimiento de cuentas, exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito, y pedir la remoción del fiduciario, esto en términos del segundo párrafo del artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito. *"Las acciones para pedir cuentas, exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y pedir la remoción, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales, y a falta de estos al Ministerio Público, sin perjuicios de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso, o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción"*.

e) Solicitar la reivindicación de los bienes fideicomitados.

Como ya se mencionó corresponde al fideicomisario reivindicar los bienes que hayan salido del patrimonio fideicomitado, según lo establecido por el artículo 390. Sin

embargo, dicho derecho se limita a que los bienes reivindicados regresen al patrimonio del fideicomiso, cuya titularidad se encuentra a cargo de la fiduciaria.

f) Cesión de derechos.

No existe prohibición legal para que el fideicomisario pueda transmitir los derechos obtenidos a partir de su designación como beneficiario del fideicomiso. Sin embargo, dicha transmisión puede tener implicaciones de carácter fiscal, ya que en términos del artículo 14 del Código Fiscal de la Federación, cuando habiendo sido nombrado el fideicomisario decida ceder sus derechos en favor de un tercero, se entiende que se trata de una enajenación, lo que implica cargas de carácter fiscal para dicha operación, ya que el criterio contenido en el precepto legal citado considera que el fideicomisario adquiere los bienes al momento de ser designado y los enajena al momento de ceder sus derechos a un tercero.

g). Solicitar la modificación o terminación del fideicomiso.

En nuestra opinión el fideicomisario tendría derecho a modificar el contrato de fideicomiso, o dar por terminado éste en forma anticipada al plazo original, solo si dichas facultades se encuentran expresamente establecidas en el contrato. Cabe señalar que la fracción V del artículo 392 de la LGTOC considera como causa de extinción del fideicomiso el convenio celebrado para tal efecto por el fideicomitente y el fideicomisario.

3.1.3.2 OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO

Las obligaciones a cargo del fideicomisario generalmente se plasman en el acto constitutivo del fideicomiso, ya que la ley sustantiva no establece ninguna obligación expresa a cargo de éste.

De las disposiciones contractuales pueden derivarse, entre otras, la obligación del fideicomisario de cubrir los honorarios por la actuación del fiduciario, o responder por obligaciones de carácter fiscal o de cualquier otra índole derivadas de la ejecución del fideicomiso.

Cabe señalar que con motivo de las reformas del 23 de mayo del 2000, se introdujo la figura del fideicomiso de garantía. Para los efectos de este apartado en dichas reformas se establecen algunas obligaciones a cargo del fideicomisario. Hay que recordar que en el

fideicomiso de garantía el fideicomitente entrega al fiduciario bienes de su propiedad para garantizar el pago de algún crédito otorgado por el fideicomisario, quien generalmente es una institución de crédito. En este contexto el artículo 398 establece que el fideicomisario deberá dar aviso al fideicomitente, que la obligación en su favor se ha extinguido. Esta notificación deberá realizarse dentro de los diez días siguientes a la fecha de extinción de la obligación. En caso que no lo haga el fideicomisario resarcirá al fideicomitente los daños y perjuicios que con ello le ocasione

3.2 ELEMENTOS REALES.

3.2.1 OBJETO DEL FIDEICOMISO.

Nuestra legislación, la doctrina y la práctica denominan objeto del fideicomiso, a la cosa que se transmite, y fines del fideicomiso, al objetivo que será cumplido por el fiduciario.

Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular. Así, cuando nos referimos a toda clase de bienes es fácil establecer que dichos bienes deben reunir los requisitos establecidos por el Código Civil, en primer lugar deben existir en la naturaleza, ser determinados o determinables y además estar en el comercio.

Los derechos de una persona también pueden ser objeto de un fideicomiso, salvo aquellos que sean estrictamente personales del fideicomitente.⁶³

Al momento en que el fideicomitente decide hacer la afectación de sus bienes en fideicomiso, opera una transmisión de la titularidad sobre el patrimonio que se transmite, dicho patrimonio sale de la esfera jurídica del fideicomitente y entra bajo la titularidad del fiduciario quien a partir del momento en que acepta el cargo se convierte en dueño de los bienes, y contará con todas las acciones necesarias para efectuar la defensa del patrimonio fideicomitado.

“Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin que a que se destinan, y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse, respecto a ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el

⁶³ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. Cit. Página 273

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

*“El objeto del fideicomiso constituye una universalidad patrimonial; es un patrimonio independiente que, como el de las sociedades, por una parte está, sometido a la dirección y desarrollo de una persona física con las facultades y poderes específicos para hacerlo, y por otra, está destinado a un único fin”.*⁶⁴

3.2.2 FINES DEL FIDEICOMISO

El fin principal de un fideicomiso consiste en la transmisión de los bienes fideicomitidos en favor del fiduciario, quien dispondrá de esos bienes para un fin específico establecido previamente por el fideicomitente.

Ese fin del contrato constituye un punto esencial en la concepción del fideicomiso, así como en su naturaleza jurídica, ya que es el objetivo perseguido lo que mueve al fideicomitente a afectar bienes de su propiedad con pleno conocimiento de que estos bienes se separan de su patrimonio para ingresar a uno distinto.

El artículo 381 de la LGTOC nos dice que el fin debe ser lícito y determinado. En adición, si consideramos el artículo 1827 del Código Civil, dicho fin u objeto directo del acto jurídico denominado fideicomiso, debe ser, además, jurídica y físicamente posible.

De esta forma entendemos que los fines establecidos por el fideicomitente en el contrato constitutivo del fideicomiso deben ser: posibles, lícitos y determinados. La posibilidad implica en primer lugar que la naturaleza así lo permita, ya que de lo contrario en términos del Código Civil el acto de constitución del fideicomiso sería inevitablemente inexistente, por ejemplo no es factible la adquisición de un planeta para que el fiduciario cumpla con los fines establecidos en el fideicomiso.

Además de posibilidad física, debe existir la posibilidad jurídica que permita la realización del fin encomendado a la fiduciaria, por lo que no se permitiría la constitución de un fideicomiso que fuera contrario a una norma que impidiera la celebración de esta clase de actos.

⁶⁴DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe. Op. Cit. Página 877

Cuando el fin de un fideicomiso es ilícito *“No obstante la mención que hacen los artículos 346 y 347 (sic) de la LGTOC, en el sentido de que el fin del fideicomiso debe ser lícito, ello o su ilicitud, así como las del objeto, la del motivo o las de la condición, habrán de ser calificadas particularmente en cada acto constitutivo de fideicomiso, como en el de cada contrato que se celebre para su ejecución”*.⁶⁵

Los fines plasmados en el contrato de fideicomiso deben ser además determinados, lo que implica que desde el momento mismo de la constitución el fideicomitente debe dejar en claro cual es el motivo determinante de la voluntad que lo movió a afectar en fideicomiso, bienes de su propiedad.

Por lo anterior podemos establecer que los fines del fideicomiso son el objetivo que se busca con la celebración del contrato. Son los intereses privados o públicos que se buscan satisfacer con el establecimiento del fideicomiso. *“El fin del fideicomiso es la actividad jurídica que realiza el fiduciario, por instrucciones del fideicomitente, al través del ejercicio obligatorio de los derechos que le transmite dicho fideicomitente”*.⁶⁶

“El fin del fideicomiso es el destino que el fideicomitente escogió darle a su objeto, es decir, a los bienes que afectó. De conformidad con la LGTOC, el fin del fideicomiso puede ser cualquiera, siempre que:

- ✓ *El fideicomisario tenga la capacidad jurídica necesaria para recibir el provecho que implica (art. 383, 1er. párrafo).*
- ✓ *Sea lícito.*
- ✓ *Que no implique una simulación que defraude a terceros (art. 386 3er. párrafo).*
- ✓ *Esté claramente determinado (art. 382).*
- ✓ *Su desahogo no convierta al fiduciario en fideicomisario (art. 383 4to. párrafo).*
- ✓ *No sea secreto (art. 394, Fracc. 1, es decir, no debe ser un fin oculto para la fiduciaria, que limitara a ser titular de un patrimonio cuyo fin desconoce*
- ✓ *No conceda beneficios a personas que deben sustituirse sucesivamente por muerte de la anterior (art. 394, II).*
- ✓ *Su desahogo no demande una duración mayor de 30 años, (art. 394, Fracc. III).*

⁶⁵DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge A. Op. Cit. Página 59

⁶⁶VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. Op. Cit. Página 207.

- ✓ *No consista en condiciones y términos que se aparten significativamente de las prevalecientes en el mercado en la fecha de la celebración, de las políticas generales del banco y de las sanas prácticas y usos bancarios (art. 106 LIC).*
- ✓ *Con excepción de su negligencia o culpa grave, siempre que no implique que para la fiduciaria la obligación de responder ante los fideicomitentes por el incumplimiento de las personas con las que contrate por virtud del fideicomiso (art. 106, LIC) sean deudores de créditos o emisores de los títulos, ni tampoco impliquen la garantía de rendimiento de los fondos que se les confíen en los fideicomisos de inversión.*
- ✓ *El objeto no sea una finca rústica, con excepción de los fideicomisos con fines testamentarios; los de garantía en los que la finca sea la garantía; y los de pago en los que la dación sea la finca, siendo que en los tres la administración no puede exceder de dos años (art. 106, fracc. XIX, LIC)”.⁶⁷*

Cabe agregar que los fines que se establecen en un fideicomiso pueden ser tan amplios y variados como la voluntad de las partes lo deseen.

3.2.3 PROPIEDAD FIDUCIARIA.

El artículo 386 de la LGTOC dispone que los bienes que se afectan en fideicomiso sólo podrán ser utilizados para los fines plasmados en el contrato constitutivo.

Únicamente el fiduciario podrá disponer de dichos bienes para el cumplimiento de los fines del fideicomiso, ninguna otra persona, ni el fideicomitente o los fideicomisarios podrán disponer del patrimonio. Esta afirmación nos conlleva a suponer que la institución fiduciaria es propietaria de los bienes fideicomitados a partir de la celebración del contrato de fideicomiso. Sin embargo, dicha propiedad no es plena, ya que sólo podrá efectuar actos o disponer del patrimonio con el fin de cumplir los fines del contrato o acatar la voluntad del fideicomitente según lo dispuesto en el fideicomiso. Estas restricciones se contraponen a la idea de propiedad del derecho civil, por lo que los tratadistas han intentado determinar que clase de derecho tiene el fiduciario respecto de los bienes otorgados en fideicomiso.

⁶⁷DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe. Op. Cit. Página 908

El concepto de propiedad en la doctrina y en la práctica se entiende como *"derecho de goce y disposición que una persona tiene sobre bienes determinados, de acuerdo a lo permitido por las leyes y sin perjuicio de tercero"*.⁶⁸

"Aplicando la definición del derecho real a la propiedad, diremos que ésta se manifiesta en el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto".⁶⁹

Algunos autores se han manifestado en contra de considerar que el fiduciario detenta la propiedad de los bienes fideicomitidos, ya que dicho derecho no le permite disponer de los bienes con total libertad, por lo no se puede tratar de propiedad en el sentido estricto de la palabra. Cabe mencionar, que ni en el derecho romano ni en nuestro derecho vigente el derecho de propiedad es pleno y sin limitaciones ya que el Estado puede imponer las modalidades que crea convenientes a fin de salvaguardar el bienestar de la sociedad.

El maestro Villagordo Lozano se inclina por afirmar que en efecto lo que se transmite al fiduciario es la propiedad de los bienes fideicomitidos cuando se trata de bienes, y de titularidad cuando se trata de derechos de crédito. La anterior aseveración se realiza en atención a que en nuestro derecho la existencia de un titular de un derecho real excluye a cualquier otro, por lo que es oponible a terceros.

En nuestro derecho no se admite el supuesto de un patrimonio sin titular, ya que el patrimonio es uno de los atributos de la personalidad, por lo que se debe considerar que toda masa de bienes o derechos debe contar con un titular. En el fideicomiso, el patrimonio carece de personalidad jurídica, al contrario de lo que afirman autores como Pierre Lapaulle con su teoría del patrimonio afectación. El patrimonio fideicomitado requiere de un titular que se encargue de administrarlo y defenderlo en caso necesario. El fiduciario es el titular de ese patrimonio, y es a través de la personalidad de la institución fiduciaria que se ejercitan todas las acciones necesarias para cumplir con los fines del fideicomiso y para preservar los bienes a él afectos.

⁶⁸DE PINA, Rafael. Op. Cit. Página 422

⁶⁹ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. Cit. Página 278

El fideicomiso presupone una modalidad especial de la propiedad, denominada propiedad fiduciaria ya que si bien es cierto que el titular de dicho derecho es el fiduciario, éste no puede disponer de los bienes en beneficio propio, sino que debe hacerlo en términos de lo establecido en el contrato de fideicomiso y sólo para el cumplimiento de los fines en él consignados.

*“Por otra parte, admite que la transmisión hecha al fiduciario no es absoluta ya que dicho fiduciario no puede disponer de los derechos transmitidos en propio provecho. La limitación que se impone a dicho fiduciario, que consiste en la obligación de destinarlos al cumplimiento de la finalidad del negocio, no modifica la esencia del derecho de propiedad de tal manera que puede implicar la creación de un nuevo derecho real, sino únicamente implica una modalidad de dicho derecho de propiedad”.*⁷⁰

Por virtud de dicha propiedad fiduciaria, el fiduciario puede ejercitar cualquier acto o acción respecto de los bienes fideicomitidos, pero con la limitante de que deberán relacionarse con el cumplimiento de los fines establecidos en el contrato de fideicomiso. No puede ejercitar ninguna acción fuera de estos parámetros, ya que dicho acto podría generar responsabilidad para el fiduciario y para los delegados fiduciarios y/o funcionarios que así lo hicieren.

Afectados en fideicomiso, los bienes fideicomitidos no ingresan al patrimonio de la institución fiduciaria, sino que se constituyen como un patrimonio distinto, que solo responderá de las obligaciones que el fiduciario hubiese adquirido en el ejercicio del fideicomiso correspondiente y/o en cumplimiento de las instrucciones del fideicomitente, fideicomisario o del comité técnico en su caso, las que no pueden ser contrarias a los fines del contrato.

3.3 ELEMENTOS FORMALES.

Uno de los requisitos de validez del acto jurídico es la forma que éste debe tener como signo inequívoco de la manifestación de voluntad de las partes celebrantes. Entendimos por forma como “El signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o

⁷⁰VILLAGORDOA LOZANO. José Manuel. Op. Cit. Página

exterioriza la voluntad del o los agentes de un acto jurídico y del contrato”⁷¹. Por su parte formalismos y formalidades son el conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan como se debe exteriorizar la voluntad, para la validez del acto jurídico y del contrato.

3.3.1 REQUISITOS LEGALES.

El artículo 387 de la LGTOC establece que el fideicomiso debe constar por escrito ajustándose a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.

De acuerdo con lo anterior podemos distinguir dos situaciones, en primer lugar cuando nos referimos a la afectación en fideicomiso de bienes muebles, en cuyo caso para la celebración del contrato no se requerirá mayor formalidad que el de realizarse en escrito privado, como es el caso de transmisiones de valores al portador con fines de garantía o de otra índole, o de cantidades líquidas de dinero, etc.

Pero cuando la materia u objeto del fideicomiso se refiere a bienes inmuebles debemos atender las disposiciones en la materia establecidas por la legislación común. En este caso, el artículo 2317 del Código Civil establece que tratándose de enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor no exceda el equivalente a trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación y de la constitución de derechos reales estimados hasta por la misma cantidad o que garanticen un crédito no mayor de dicha suma, podrán otorgarse en documento privado firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se rectifiquen ante notario, juez competente o registro público de la propiedad. Por regla general podemos establecer que los inmuebles que se ubiquen en la hipótesis anterior serán transmitidos en escrito privado, salvo las excepciones que el propio artículo considera, como son en el caso de programas de regularización de tenencia de la tierra a cargo del Gobierno del Distrito Federal, así como las enajenaciones que realice el propio G.D.F. para la constitución de patrimonio familiar o en favor de personas de bajos recursos, siempre y cuando el valor de los

⁷¹PEREZ FERNADEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Op. Cit. Página:66.

inmuebles en todos los casos no sea superior a 3650 veces el salario mínimo vigente en el D.F.

Por otro lado, tratándose de inmuebles cuyo valor sea superior a 365 días de salario mínimo en el D.F., se requerirá su afectación en fideicomiso mediante escritura pública.

En el caso de bienes inmuebles para que el fideicomiso surta efectos frente a terceros se requerirá la inscripción del contrato en el Registro Público de la Propiedad correspondiente, esto es, en el lugar donde se encuentren los bienes afectado, surtiendo efectos desde el momento mismo de la inscripción. (ART. 388 LGTOC).

En el caso de bienes muebles afectados en fideicomiso, y de acuerdo al artículo 389 de la LGTOC, el contrato surte efectos frente a terceros en los siguientes casos 1.- Si se tratare de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor; 2.- Si se tratare de un título nominativo, desde que éste se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor; y 3.- Si se tratare de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria.

En cuanto al primer supuesto arriba mencionado, es preciso tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 2036 del Código Civil, tratándose de cesiones de derechos para que el adquirente de los derechos de crédito pueda ejercitar sus acciones contra el deudor se requiere de la notificación a éste último. En el caso de los títulos nominativos de acuerdo a los artículos 26 y 27 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito opera su transmisión a través del endoso y con la entrega del título mismo subrogándose el adquirente en todos los derechos que el título confiere. Por lo que toca a la entrega de títulos al portador y de cosas corpóreas recordemos que el artículo 1796 del C.C. contempla que los contratos se perfeccionan con el solo consentimiento de las partes, por lo que la transmisión opera desde el momento que se entregan los títulos al fiduciario.

Además, los fideicomisos inmobiliarios deben constar en escritura pública así como cumplir con otros requisitos, los que se refieren principalmente a trámites y permisos administrativos otorgados por las autoridades competentes en las materias que el fideicomiso abarca.

Cabe señalar que el artículo 407 establece que en el caso de contratos de fideicomiso de garantía, éste deberá constar por escrito y cuando la operación se refiera a

bienes muebles cuyo valor exceda del equivalente en moneda nacional de doscientas cincuenta mil Unidades de Inversión, las partes deberán ratificar sus firmas ante fedatario.

Por su parte la Ley de Inversión Extranjera establece en su artículo 11 que se requerirá autorización para la constitución de fideicomisos donde las instituciones de crédito adquieran como fiduciarias, derechos sobre bienes inmuebles ubicados dentro de la zona restringida, cuando el objeto del fideicomiso sea permitir la utilización y el aprovechamiento de tales bienes sin constituir derechos reales sobre ellos, y los fideicomisarios sean: 1.- Sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión de extranjeros y que los bienes sean destinados a fines residenciales; 2.- Personas físicas o morales extranjeras.

Por otra parte en el caso de fideicomisos constituidos por el gobierno federal, se debe contar con la participación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público como fideicomitente único de la administración pública centralizada, además de que la dependencia o entidad correspondiente deberá contar con recursos suficientes autorizados en su presupuesto o por el órgano de gobierno de la entidad. Los organismos descentralizados requieren autorización de la SHCP para la constitución de fideicomisos donde se afecten recursos públicos, debiendo inscribirse dicho fideicomiso en la propia Secretaría de Hacienda.

3.3.2 ESQUEMA DE UN CONTRATO DE FIDEICOMISO

En virtud de su naturaleza contractual, el fideicomiso puede revestir todas las variantes que las partes celebrantes acuerden, y no tiene más límite que las leyes vigentes. Por tal motivo, las cláusulas de un contrato de fideicomiso pueden referirse a diversos puntos. No existe un formato exacto para la elaboración de un contrato de fideicomiso.

Sin embargo, en la práctica las instituciones fiduciarias suelen incluir ciertos elementos que se presentan como regla general en casi todos los contratos de fideicomiso.

ESQUEMA BASICO DE UN CONTRATO DE FIDEICOMISO.-⁷²

<u>CAPITULO</u>	<u>CONTENIDO</u>
I. DE LA CONSTITUCIÓN	• LO QUE SE ENTREGA EN FIDEICOMISO, PARA QUE Y EN FAVOR DE QUIEN.
II. DE LA ADMINISTRACIÓN	• FORMA DE INVERSION O MANEJO DEL PATRIMONIO. LA INFORMACION QUE DEBERA RENDIRSE A LAS PARTES CONTRATANTES.
III. DE BENEFICIOS	• LA MANERA EN QUE SE VAN A REPARTIR LOS PRODUCTOS O EN SU CASO EL PATRIMONIO; COMO REINVERTIR Y, EN SUMA, EL DESTINO QUE SE LE DARA AL PATRIMONIO Y A LOS PRODUCTOS.
IV. DE EJECUCION.	• FORMAS DE DISTRIBUCION DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO, APLICACION DE SUS PRODUCTOS, HACIENDO FRENTE A LOS GASTOS, ETC. ESTA ETAPA FINAL SUELE SER LA PREVIA A LA TERMINACIÓN DE LA RELACION FIDUCIARIA.
V. DE TRATAMIENTO FISCAL	• QUIEN VA A SER RESPONSABLE DEL PAGO DE LOS IMPUESTOS, DETERMINADO LAS FORMAS EN QUE DEBE ACREDITARSE ESTA CIRCUNSTANCIA AL FIDUCIARIO.
VI. DE COMISIONES	• A CUANTO ASCIENDEN, A CARGO DE QUIEN SON, QUE SE VA A COBRAR POR SERVICIOS EXTRAORDINARIOS Y POR CAUSAS DE MORA, COMO SE VAN A AJUSTAR O A ACTUALIZAR LAS COMISIONES A MEDIDA QUE SE VAYA

⁷²RODRIGUEZ RUIZ, Raúl. El fideicomiso. Elementos de Administración Fiduciaria. 2ª Edición. Editorial ECASA. México 1993. Página 31.

**CURSANDO LA VIGENCIA DEL
CONTRATO, COMO SE
REVALUARA SUCESIVAMENTE
EL OBJETO O MATERIA DEL
CONTRATO.**

3.4 TERMINACION DEL FIDEICOMISO

3.4.1 CAUSAS DE TERMINACION

El fideicomiso puede extinguirse o darse por terminado en atención a dos factores preponderantes, por el cumplimiento del término o de una condición determinada por las partes en el contrato constitutivo, o bien, por la aparición de alguna de las causales establecidas en el artículo 392 de la LGTOC.

*“Las causas de extinción del fideicomiso se encuentran enunciadas en el artículo 392 de la Ley General de Títulos de Crédito. Independientemente de las causas que señala la ley, debemos considerar que el fideicomiso es un contrato y que por consiguiente le son propias también las causas comunes de terminación de todo contrato. Además, los contratantes mismos pueden estipular causas especiales de terminación”.*⁷³

El artículo 392 de la LGTOC considera que son causas de extinción del fideicomiso las siguientes:

a) La realización del fin para el cual fue constituido.

Resulta obvio que al cumplirse con el o los fines para los cuales fue constituido el contrato, la vigencia de éste llega a su conclusión.

b) Por imposibilidad en el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

El objeto de los contratos debe ser física y jurídicamente posible, lo que implica que al no reunirse estos dos requisitos simplemente no podría perfeccionarse el contrato.

Si nos encontramos ante una imposibilidad para cumplir con el fin establecido por el fideicomiso, resulta lógico que no tiene sentido el mantener la afectación del patrimonio en fideicomiso, ya que por falta de objeto el contrato no puede producir sus efectos.

⁷³VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Op. Cit. Página: 527.

El doctor Acosta Romero considera que la imposibilidad a la que nos referimos puede derivar de dos factores, en primer lugar en caso de que por virtud de algún acontecimiento físico los fines del fideicomiso se volvieran imposibles. Por otro lado, en el caso de que por una norma posterior a la celebración del fideicomiso, los fines de éste se volvieran ilícitos, lo que implicaría que los actos celebrados en cumplimiento del fideicomiso, y con anterioridad al inicio de la vigencia de las nuevas disposiciones legales surtieron efectos plenos, y que la ineficacia surgiría a partir de la nueva ley, la que motivaría que por ser los fines del contrato contrarios a la legislación dichos fines no serían ejecutables.

c) Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva.

Si las partes en el acto de constitución del fideicomiso establecen una condición suspensiva para que el contrato comience a surtir efectos, dicha condición debe presentarse dentro del plazo de duración del fideicomiso, plazo que puede ser pactado por las partes en el contrato, o en su defecto, en un periodo máximo de 20 años contados a partir del acto constitutivo, en caso contrario, es decir, que la condición de referencia no se presente dentro de los plazos señalados, el fideicomiso deberá extinguirse, por no haberse perfeccionado la existencia de la obligación derivada del contrato de fideicomiso.

Algunos autores consideran que es inexacto afirmar que por el hecho de no cumplirse la condición suspensiva el fideicomiso se extinga, ya que si el hecho incierto no tuvo verificación no es factible hablar de que el fideicomiso existió, por lo que debería considerarse que lo que se extingue no es el fideicomiso en sí, sino la posibilidad de su existencia.

*"Esta fracción evidentemente contiene una redacción errónea, porque el hecho de que se haga imposible el cumplimiento de una condición suspensiva a la que se sujeta, no ya la vigencia del fideicomiso, sino su propia existencia, no puede extinguir el acto jurídico que aún no existe, consecuentemente no podemos hablar de una causa de extinción, sino más propiamente de una causa que ha impedido el nacimiento del fideicomiso".*⁷⁴

"En efecto, si es precisamente la existencia del fideicomiso la que depende del cumplimiento de la condición suspensiva, al hacerse imposible o no verificarse dentro del

⁷⁴VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. Op. Cit. Página 211.

término, es inadecuado hablar de extinción del fideicomiso. A lo más podrá decirse que se extingue la posibilidad de su existencia”⁷⁵

A nuestro juicio, el contrato de fideicomiso se perfeccionó al momento de que las partes celebrantes emitieron su consentimiento en torno a los derechos y obligaciones que surgían de la celebración del acto jurídico. Sin embargo, el hecho que se hubiese estipulado una condición suspensiva no implica que el acto no existió, por el contrario, la condición mencionada solo impide que el contrato surta efectos entre las partes, mientras no se cumpla la condición.

d) Por cumplimiento de la condición resolutoria.

Una condición resolutoria es un acontecimiento futuro e incierto que implica que los efectos derivados del acto jurídico desaparezcan volviendo las cosas a la situación que tenían con anterioridad a la celebración del contrato. Implicaría la desaparición de todos los efectos jurídicos derivados del cumplimiento de los fines del fideicomiso, ocasionado que todo vuelva a la situación previa al contrato constitutivo.

“Raro es en verdad, el caso de un fideicomiso sujeto a condición resolutoria en el que, al darse ésta, queden destruidos todos los efectos del acto, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa condición no hubiere existido.

*Lo común es que, cuando se pacta una condición resolutoria, se establezca que, de darse el hecho futuro e incierto que se señalo para que al producirse terminara la vida del fideicomiso, proceda la extinción de éste, pero sin destruir los efectos que se hayan producido entre el momento de constitución del fideicomiso y aquél en que la condición resolutoria se cumple”.*⁷⁶

e) Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario.

Los autores aceptan el hecho de que el fideicomitente y el fideicomisario puedan celebrar un convenio con el fin de extinguir el fideicomiso. El primero en virtud de haber sido la persona que dispuso de bienes de su propiedad, y por otra parte el fideicomisario como persona que recibe los beneficios del fideicomiso.

⁷⁵BATIZA, Rodolfo. Op. Cit. Página 386

⁷⁶ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. Cit. Página 331.

A falta de fideicomisario designado, o cuando éste sea incapaz o menor de edad, el convenio de extinción podría celebrarse con el Ministerio Público, atendiendo lo contenido en el último párrafo del artículo 390 de la LGTOC, "Cuando no exista fideicomisario determinado o éste sea incapaz, los derechos a que se refiere el párrafo anterior corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público, según sea el caso". Sin embargo, debe considerarse que el derecho del fideicomitente de pactar la terminación del fideicomiso, solo podría verificarse si aquél se reservó alguna acción respecto del patrimonio fideicomitado, es decir, si el fideicomiso no se constituyó con el carácter de irrevocable.

"Los contratantes, es decir, el fideicomitente y el fiduciario pueden por convenio expreso extinguir el fideicomiso. La voluntad de las partes es ley entre las mismas. Sin embargo, hay que advertir que en el caso de un fideicomiso irrevocable no podrá tener aplicación una causal de esta naturaleza".⁷⁷

f) Por revocación hecha por el fideicomitente.

Con relación a este punto es pertinente mencionar que la facultad del fideicomitente de revocar, es decir, dar por terminado unilateralmente el fideicomiso antes del plazo consignado en el contrato, o de los treinta años que contempla el artículo 394 de la LGTOC, debió reservarse expresamente en el acto constitutivo.

g) Por renuncia o remoción del fiduciario.

El artículo 385 último párrafo, contempla que en caso de que el fiduciario no acepte el fideicomiso, renuncie o fuere removido, y no pudiese nombrarse a otra institución fiduciaria para que la substituya, cesa el fideicomiso.

Como hemos sostenido, el fideicomiso se perfecciona a partir de la celebración de un acto jurídico bilateral, un contrato, el cual requiere la participación de dos sujetos de derecho, el fideicomitente y el fiduciario. Si el fiduciario no aceptase participar en la celebración del acto jurídico que el fideicomitente le propone, obviamente no se puede hablar de que el fideicomiso hubiese existido o se hubiera perfeccionado.

⁷⁷VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Op. Cit. Página 528

La reflexión anterior, también sería aplicable en caso de renuncia del fiduciario, la que podría ocurrir en caso de que no le fueran cubiertos los honorarios pactados en el acto constitutivo del fideicomiso, o en caso de que el fideicomisario, ejerciendo el derecho que le confiere el artículo 84, último párrafo, de la Ley de Instituciones de Crédito, decidiera remover al fiduciario, y no fuese posible la designación de una nueva institución fiduciaria, ya que el contrato de fideicomiso se encuentra celebrado con una institución fiduciaria en particular, la que cesa en su papel, por cualquiera de las causas señaladas, terminándose de esta forma el fideicomiso. En caso de que se quisiera continuar con los fines del fideicomiso, se deberá celebrar un nuevo contrato con una institución fiduciaria diferente.

3.4.2 EFECTOS DE LA TERMINACION DEL FIDEICOMISO

Los efectos de la terminación del contrato pueden pactarse en forma expresa por las partes al momento de la celebración del contrato de fideicomiso, o en sus modificaciones. Sin embargo, atendiendo exclusivamente a la LGOTC, el efecto principal se presenta cuando en el patrimonio del fideicomiso se encuentran bienes remanentes, los cuales no fueron utilizados para el cumplimiento de los fines del contrato, o por el contrario dichos bienes se obtuvieron como resultado de la ejecución del fideicomiso.

En términos del artículo 393, el fideicomitente cuenta con el derecho de que los bienes remanentes sean revertidos a su patrimonio al finalizar el fideicomiso.

“Artículo 393.- Extinguido el fideicomiso, los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos. Para que esta devolución surta efectos tratándose de inmuebles o de derechos reales impuestos sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso y que esta declaración se inscriba en el Registro Público de la Propiedad en que aquél hubiere sido inscrito”.

Podríamos cuestionar si en caso de que el fideicomiso hubiere sido constituido con el carácter de irrevocable, le corresponde al fideicomitente recobrar la propiedad de los bienes afectados a la terminación del contrato. Es pertinente mencionar que nuestra legislación no dispone ningún trato especial a los bienes fideicomitados que se encuentren

en el supuesto mencionado, sin embargo, en la práctica en los fideicomisos irrevocables, las partes pueden pactar el destino que se dará a los remanentes del patrimonio fideicomitado.

En la práctica a la extinción del fideicomiso, la institución fiduciaria lleva a cabo un balance y finiquito del cumplimiento de los fines del fideicomiso, así como del patrimonio que aún se encuentra afectado, desglosando el importe de sus honorarios que deberán ser cubiertos en forma previa a la extinción del fideicomiso. Asimismo, puede celebrar con el fideicomitente o con el fideicomisario un convenio de extinción de fideicomiso, el cual, en caso de bienes inmuebles será inscrito en el Registro Público de la Propiedad correspondiente, haciendo las veces de la anotación marginal que establece el artículo 358.

3.4.3 NULIDAD DEL FIDEICOMISO.

La nulidad de un acto jurídico implica el cese en los efectos jurídicos de dicho acto, por haberse perfeccionado alguno de los supuestos que la Ley establece para la aparición de la figura de la nulidad.

En el caso del fideicomiso el artículo 386, último párrafo de la LGTOC, establece que en caso de que el fideicomiso sea constituido en fraude de terceros podrá ser en todo tiempo atacado de nulidad por los interesados.

*“El ejercicio de este derecho representa la acción conocida con el nombre de “pauliana” o revocatoria. Las condiciones que deben verificarse para que proceda son diversas, según se trate de actos onerosos o gratuitos, pero hay condiciones comunes; el acto debe celebrarse por el deudor o por su representante; debe ser no simplemente material sino jurídico, puesto que está sujeto a ser rescindido o anulado; debe ser causa la insolvencia del deudor; del crédito en virtud del cual se intenta la acción que debe ser anterior al acto”.*⁷⁸

La nulidad que se verifica del cumplimiento de la hipótesis en comento es sin duda alguna una nulidad absoluta, ya que por disposición expresa de ley, dicha nulidad no puede prescribir, ya que los interesados podrán atacar de nulidad en todo momento al fideicomiso. Es preciso mencionar que la nulidad de un acto jurídico solo puede ser decretada por la autoridad judicial competente, y en caso de que sea declarada la nulidad absoluta los efectos del contrato son destruidos retroactivamente hasta la fecha de su celebración.

⁷⁸BATIZA, Rodolfo. Op Cit. Página 322.

Otro caso de nulidad absoluta del fideicomiso se presenta en los supuestos del artículo 394 de la LGTOC, artículo que a la letra dice:

"Artículo 394.- Quedan prohibidos.

I. - Los fideicomisos secretos;

II. - Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente, y

III.- Aquellos cuya duración sea mayor de 30 años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de 30 años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro".

"Los fideicomisos no pueden tener un fin secreto. Nótese que la contravención de este dispositivo no acarrea una simple nulidad, sino la responsabilidad que se deriva de haber incumplido una prohibición expresa impuesta por un no hacer. El fideicomiso secreto no se debe confundir con el secreto profesional a que está obligada toda institución de crédito; aquel consiste en el deliberado ocultamiento del bien o del fin del fideicomiso, y que queda desconocido para la fiduciaria; es decir el secreto es de fideicomitente a fiduciaria y se prohíbe en favor de la seguridad jurídica del negocio".⁷⁹

"...pues debe suponerse que el secreto en la mayoría de los casos tiende a ocultar lo vergonzoso o lo ilícito. La ley no puede propender a esto. Existe por otra parte la inseguridad del cumplimiento de parte del fiduciario, ya que siendo el encargo secreto, no habría manera de probarle cuál fue el que le dio el constituyente, aún en el caso de que éste se lo hubiera comunicado al fideicomisario".⁸⁰

Como hemos analizado, la fracción III encuentra una excepción en los casos de fideicomisos de inversión extranjera regulados expresamente por el artículo 11 de la Ley de la materia.

⁷⁹DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe. Op. Cit. Página: 909

⁸⁰BATIZA, Rodolfo. Op. Cit. Página 356.

Cuando alguna de las causales enumeradas por el artículo 394 se perfecciona nos encontraremos invariablemente ante una nulidad absoluta derivada del incumplimiento de una norma legal con prohibición expresa para la celebración de un acto jurídico determinado. Así, al declararse la mencionada nulidad, los efectos del acto jurídico invalidado serán destruidos retroactivamente hasta el momento de su celebración.

CAPITULO IV

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CONTRATO DE FIDEICOMISO

El principal efecto de una obligación contractual es que el deudor debe cumplirla y que en su caso, el acreedor puede exigir su cumplimiento.

Por tal razón, se puede considerar que la responsabilidad consiste en asumir o soportar las consecuencias de la conducta propia y, por excepción, de la conducta ajena en los casos específicos que señala la ley o bien cuando se incumplió con una obligación, ya sea legal o contractual. Jurídicamente esas consecuencias pueden consistir en el nacimiento de nuevas obligaciones o en la pérdida de derechos, en virtud de que los actos que constituyen la conducta pueden traducirse en la realización de un supuesto jurídico.

"En derecho civil la teoría de las responsabilidades constituye un concepto jurídico fundamental, sin embargo, la noción en sí misma debe ser entendida tanto en el orden jurídico como en el ético o moral.

En la dogmática jurídica un individuo es responsable cuando de acuerdo con el orden jurídico es susceptible de ser sancionado; en tal sentido la responsabilidad presupone un deber, del cual el individuo debe responder.

En tal orden de ideas el deber o la obligación es la conducta que de acuerdo con el orden jurídico la debe hacer u omitir el sujeto obligado y la responsabilidad presupone esta obligación, es decir, la responsabilidad señala quien debe responder del cumplimiento o por el incumplimiento de las obligaciones; en este sentido la responsabilidad es en sí misma una obligación en segundo grado así, aparece cuando la primera no se cumple o cuando se comete un hecho ilícito, es general la obligación de no dañar pero se es responsable del daño causado y se tiene que pagar por él".

"Cuando una obligación queda cumplida total o parcialmente es esencial para determinar las consecuencias de orden jurídico tener en cuenta la causa que dio lugar al incumplimiento, pues si bien el incumplimiento se quiere significar generalmente el que es imputable al deudor, el concepto más amplio del mismo abarca todo caso de inejecución. Y así como hay causas de incumplimiento imputables al deudor y causas que son ajenas a

su voluntad, hay causas que determinan la inmediata extinción de la relación obligatoria y causas que transforman ésta sustituyendo el objeto originario de la prestación por la indemnización de daños y perjuicios".

"Una persona es responsable siempre que debe reparar un daño; tal, es desde luego, el sentido etimológico de la palabra: el responsable es el que responde"⁸¹

En un contrato de fideicomiso surgen obligaciones a cargo de cada una de las partes celebrantes (fideicomitente, fiduciario y, en su caso fideicomisario). En este caso, las obligaciones del fiduciario son las más importantes en una relación de fideicomiso, ya que es el encargado de velar por el cumplimiento de la voluntad del fideicomitente, así como de administrar los bienes fideicomitados.

Es importante mencionar que el artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito dispone que las instituciones fiduciarias responderán 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.

Como se observa en el párrafo anterior, la ley en la materia dispone que la responsabilidad de la institución fiduciaria se presenta por el incumplimiento de las estipulaciones del contrato y por el incumplimiento de las disposiciones legales aplicables.

Por esta razón para analizar la responsabilidad de una institución fiduciaria, debemos comprender el concepto de responsabilidad civil.

4.1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

"Si existe un tema que se sienta uno tentado de abordarlo sin definirlo, es desde luego el de la responsabilidad civil. En su misma definición aparecen, en efecto, las profundas divergencias de enfoques que oponen a los autores y que no dejan de encontrar su eco en la jurisprudencia y en la legislación"⁸²

Genéricamente la responsabilidad civil es la obligación de carácter civil de reparar el daño pecuniario causado directamente, ya sea por hechos propios del obligado a la reparación o por hechos ajenos de personas que dependen de él, o por el funcionamiento de cosas cuya vigilancia está encomendada al deudor de la reparación.

⁸¹ MAZEAUD, HENRI.- Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual.- Volumen II, Página 2.- Buenos Aires, 1962.

⁸² LOC. CIT.

El Diccionario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM define que la responsabilidad civil es "... la obligación de soportar la reacción del ordenamiento jurídico frente al hecho dañoso. También en términos generales se concibe la responsabilidad civil, como la consecuencia de la violación del deber jurídico de no dañar a nadie".

"Para que exista responsabilidad civil se requiere un daño, un perjuicio en consecuencia, una persona que sufre, una víctima ¿Quiere decir eso qué va a surgir un problema de responsabilidad siempre que alguien padece un perjuicio? A primera vista parece difícil sostenerlo; porque se advierte, desde un principio, la antinomia profunda que separa las dos situaciones siguientes: el daño es debido a la exclusiva actividad de la víctima; es debido a un tercero. ¿Cómo se interesaría el derecho por semejante situación? Queda fuera del análisis jurídico. El conductor de un automóvil que, por marchar a una velocidad vertiginosa, es víctima de un accidente, no puede quejarse sino de él mismo; el derecho civil no podría preocuparse del daño que la víctima se haya causado a ella misma; no tienen que intervenir los principios de la responsabilidad civil.

No sucede ya así en la segunda situación considerada. Esta vez, el derecho va a conocer del problema; hay dos actores frente a frente en la escena jurídica; se ha roto la armonía en la regla de derecho que trata de que reine entre los individuos. Desde el instante en que el autor del daño y la víctima del autor de la reparación del perjuicio sufrido. Ese conflicto es todo el problema de la responsabilidad. Por lo tanto, cabe decir que una persona es responsable siempre que debe reparar un daño; tal es, desde luego, el sentido etimológico de la palabra, el responsable es el que responde".

La responsabilidad civil puede analizarse desde dos perspectivas: la primera que se conoce como responsabilidad objetiva que es aquella que se presenta al momento de cumplirse el supuesto que las propias disposiciones jurídicas en la materia señalan. Y que puede definirse como "la necesidad jurídica que tiene una persona llamada obligado deudor, de cumplir voluntariamente a favor de otra persona llamada acreedor que le puede exigir la restitución de una situación jurídica al estado que tenía, y que le causa un detrimento patrimonial, originado por: una conducta o un hecho previsto por la ley como

*objetivamente dañoso; el empleo de un objeto que la ley considera en si mismo peligro; o bien, por la realización de una conducta errónea de buena fe".*⁸³

Por otra parte, se encuentra la responsabilidad proveniente de hecho ilícito o subjetiva en la que existe el elemento culpa. El concepto de hecho ilícito significa que se ha realizado una conducta dolosa o culposa. Es decir que el agente ha obrado con la intención de causar daño o éste se ha producido por imprudencia, inadvertencia, falta de atención, de cuidado o impericia. En la doctrina francesa, el daño causado intencionalmente constituye un delito civil y el que se origina por culpa se llama cuasidelito.

Conviene mencionar que en este tipo de responsabilidad lo que importa es el hecho de que el deudor ha faltado a un deber jurídico que se deriva en principio de la norma jurídica ya que la misma debe ser observada puntualmente, y el incumplimiento a las estipulaciones contractuales representa un incumplimiento a una disposición legal, tal y como establece el artículo 2104 del Código Civil Federal.

*"Responsabilidad por hecho ilícito, es una conducta que consiste en restituir las cosas al estado que tenían y de no ser posible, en la restitución del detrimento patrimonial (daño y/o perjuicio) generado por una acción u omisión de quien permitió que se causara el detrimento, por personas a su cuidado, o cosas que posee, y que originó con ello la violación culpable de un deber jurídico strictu sensu, o de una obligación lato sensu previa, en cualquiera de sus dos especies".*⁸⁴

En el caso de la responsabilidad subjetiva algunos autores parten de la idea de que el sujeto es responsable por el sólo hecho de que su conducta provoque el daño, aunque no obre culpablemente; otros autores afirman que la responsabilidad no podrá surgir a menos que el causante hubiera podido evitar el daño y no lo hubiera hecho, esto es que su conducta estuviera teñida por una falta o error de proceder, la culpa.

Esta responsabilidad civil por hecho ilícito puede generarse a partir de dos supuestos, ya sea el incumplimiento a alguna norma jurídica, o bien el incumplimiento de estipulaciones contractuales.

⁸³ Gutierrez y González, Ernesto.- Op Cit Pág 795.

⁸⁴ LOC. CIT.

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL, DIFERENCIA ENTRE AMBAS. Mientras en la responsabilidad contractual, el autor del daño y su víctima han creado por su voluntad (el contrato que celebraron), la posibilidad del daño, en la extracontractual ésta posibilidad no ha sido creada por los contratantes. Estos, en la primera, están vinculados con anterioridad al hecho productor de la responsabilidad, y en la extracontractual el vínculo hace por la realización de los hechos dañosos y en los precisos momentos en que esta realización tiene lugar. Además, en la responsabilidad contractual hay una obligación precisa de efectuar un hecho determinado, cuya falta de ejecución determina dicha responsabilidad, en tanto que en la extracontractual no existe obligación alguna determinada.

TOMO LXVIII, Pág 1695.- Amparo Directo 6113//1936, Sec. 1a.- Aguilar de Paniagua Francisca, Sucesión de.- 7 de mayo de 1941.- Unanimidad de 5 votos.

El maestro Bejarano Sánchez ha emitido un criterio sobre el particular, al considerar que: *"La clasificación anterior tiene hondas raíces en las leyes y en las obras de derecho que escinden la responsabilidad en las dos categorías reseñadas, duplicando innecesariamente la reglamentación de los principios de la responsabilidad civil, con olvido de que tanto la llamada contractual como la extracontractual son una sola y de que ambas tienen por fuente el hecho ilícito: El concepto de la responsabilidad civil autónoma es unitario -dice Hernández Gil- es decir, comprende tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual, con lo cual quiere decirse que la voluntaria transgresión de las obligaciones insertas en un contrato constituye un acto ilícito de donde nace la responsabilidad civil".*⁸⁵

4.1.1 RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Para nosotros la responsabilidad civil extracontractual es aquella que se deriva del incumplimiento de algún ordenamiento legal. En estos casos se causa un daño pecuniario y

⁸⁵ SÁNCHEZ BEJARANO.- Teoría de las Obligaciones, Página 231

la propia norma jurídica le atribuye la consecuencia de generar la obligación de repararlo, por violarse un derecho absoluto, o bien por incumplir con un deber de abstención que consiste en no dañar.

En la responsabilidad extracontractual, el deudor debe responder por una conducta contraria a la norma jurídica, sin que previamente haya existido un vínculo entre el que incumple y el acreedor.

"Se dice que hay responsabilidad extracontractual cuando el carácter de la norma transgredida es una norma de observancia general. Si alguien viola la ley culpablemente y causa un daño, incurre en responsabilidad extracontractual; a su cargo surge la necesidad de reparar los daños y perjuicios y el origen de la obligación es la violación de una ley y no de un contrato, por eso se dice que es una responsabilidad fuera de contrato".⁸⁶

Para Rafael de Pina la responsabilidad extracontractual no está fundada en la existencia de un vínculo jurídico entre dos personas, sino en la realización de un acto ilícito por una persona contra otra o bien, en el resultado de la gestión de negocios o en las consecuencias de un riesgo creado.

4.1.2 RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

Por su parte la responsabilidad contractual es *"...la proveniente de la transgresión de una cláusula en particular, de una norma jurídica de observancia individual, de un contrato u otro acto jurídico de derecho privado. La responsabilidad contractual es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Cuando un contratante no cumple la obligación puesta a su cargo por el contrato, puede causar un perjuicio al otro contratante, acreedor de la obligación. En ciertas condiciones está obligado a reparar ese perjuicio; su responsabilidad es una responsabilidad contractual"*.

"Es la obligación de reparar el daño pecuniario que se causa por el incumplimiento de una obligación previamente contraída; se traduce en el deber de pagar la indemnización moratoria o la indemnización compensatoria, por violarse un derecho

⁸⁶ LOC. CIT

relativo, derecho que es correlativo de una obligación que puede ser de hacer o no hacer y cuyo deudor está individualmente determinado".

Cabe mencionar que existe un elemento que particulariza la responsabilidad contractual en relación con la responsabilidad extracontractual, ya que con anterioridad al hecho que da lugar al surgimiento de la responsabilidad existió una relación jurídica entre las partes, es decir, el autor del daño y su víctima estaban unidos por un vínculo obligatorio; el daño consiste en el incumplimiento de esa obligación.

Como consecuencias del incumplimiento de una obligación contractual, el acreedor se encuentra en posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación, más el pago de los daños y perjuicios moratorios, es decir los daños y perjuicios que se le han causado por el retardo en el cumplimiento.

Asimismo, el acreedor puede reclamar el pago de los daños y perjuicios causados por el definitivo incumplimiento de la obligación. En este caso no se reclama el cumplimiento, sino solamente que se indemnice de los daños que le causaron por no recibir el beneficio del cumplimiento de la obligación.

Al efecto, el artículo 2104 del Código Civil Federal establece que el que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios originados por el incumplimiento.

El artículo 2110 del Código Civil vigente exige claramente como requisito para la responsabilidad contractual, que haya una relación de causalidad directa e inmediata entre el incumplimiento de una deuda y los daños y perjuicios que tal hecho necesariamente origine. Además requiere que estos últimos se hayan causado o necesariamente deban causarse.

Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya que se hayan causado o necesariamente deban causarse.

Se dice que en la responsabilidad contractual el deudor puede incurrir en falta cuando procede con dolo, mala fe o simplemente con negligencia, o bien ejecutando todos aquellos actos que además de evitar el cumplimiento impiden el cumplimiento de la obligación a su cargo. Cuando procede con negligencia o descuido se dice que el deudor incurrió en culpa.

4.1.3 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA

Los autores se han pronunciado en diversas formas respecto de los elementos que integran la responsabilidad civil, sin embargo, en su mayoría han coincidido en que los principales son los siguientes:

1. Un hecho ilícito
2. La existencia de un daño
3. Un nexo de causalidad ente el hecho y el daño.

En ese sentido, debemos decir que al hablar de un hecho ilícito nos referimos a una acción u omisión, que en su caso dá lugar al incumplimiento de una disposición jurídica o bien de una estipulación contractual.

“Las leyes preceptúan, se declara unilateralmente o se pacta que se haga una cosa u otra, o se abstenga de realizar otra; de aquí que el hecho ilícito puede derivar de:

1° Una acción que consista en hacer lo contrario a lo que un deber jurídico determina o a lo establecido en una obligación previa, latu sensu o bien

2° Una omisión, que consiste en no hacer lo que el deber jurídico, la obligación previa contractual o una declaración unilateral de voluntad manda”.

“El concepto de acto ilícito significa que se ha realizado una conducta dolosa o culposa. Es decir que el agente ha obrado con la intención de causar el daño o éste se ha producido por imprudencia, inadvertencia, falta de atención o de cuidado o impericia. En la doctrina francesa, el daño causado intencionalmente constituye un delito civil y el que se origina por culpa o negligencia se denomina cuasidelito.

La ilicitud de la conducta, es el dato característico de la responsabilidad civil. El daño causado sin justificación alguna, es decir violando los principios de orden y la justifica en los que se sustenta a convivencia social. El artículo 1830 del Código Civil Federal dispone que es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. Para que proceda la reparación del daño se requiere la prueba de que el demandante ha obrado ilícitamente, sin derecho, por dolo o culpa”.

El segundo elemento de la responsabilidad civil es que una vez realizado el hecho ilícito se presenta un daño, es decir un perjuicio que da lugar al surgimiento de la posibilidad de efectuar una reclamación.

*“Entre los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, el perjuicio es aquel cuya existencia suscita menos discusiones. La jurisprudencia se muestra unánime en declarar que no puede haber responsabilidad sin un daño; y la inmensa mayoría de la doctrina se contenta con registrar la regla. En efecto ese requisito aparece como integrado la esencia de la responsabilidad civil. Puesto que se trata de reparar, hace falta desde luego que exista algo que reparar”.*⁸⁷ MAZEUD PAGINA 293 TOMO II

El diccionario jurídico establece que *“el segundo elemento de la responsabilidad es el daño o menoscabo que sufre una persona en su patrimonio. El daño reparable, comprende también la privación de cualquier ganancia lícita que se podría haber obtenido por el cumplimiento de la obligación”.*

Sobre el particular, los artículos 2108 y 2109 del Código Civil Federal disponen que se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación. Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

Por último, como elemento de la responsabilidad civil tenemos el nexo causal que existe entre la acción u omisión derivada del hecho ilícito y el daño que se causó. Es decir necesitamos determinar la existencia de un nexo causal.

“El problema de la responsabilidad es distinto al de la causa material o causa eficiente del daño. Es un problema de atribución de las consecuencias de derecho que se producen cuando alguien ha sufrido un daño. El nexo de causalidad entre el hecho ilícito y el daño reparable (que es el daño que interesa al derecho), debe ser entendido que consiste en establecer la consistencia de los supuestos necesarios para imputar las consecuencias de derecho que produce un daño injusto, non jure”.

“El daño sufrido, puede ser, según los casos, de naturaleza muy diferente. A veces afecta a la víctima pecuniariamente, se traduce en una disminución a su patrimonio. Otras veces, por el contrario, no lleva consigo la pérdida de dinero; la víctima es alcanzada moralmente, por ejemplo en su honor o en sus afectos.

⁸⁷ MAZEADU, HENRI. Op Cit. Pag. 293

En el primer caso, existe perjuicio material, pecuniario o patrimonial; en el segundo, perjuicio moral, extrapecuniario, extrapatrimonial. Interesa distinguirlos; porque, si es cierto que el perjuicio material compromete la responsabilidad civil de su autor, la reparación del perjuicio moral suscita todavía algunas controversias”.

Los anteriores, son, a grandes rasgos, los principales elementos integradores de la responsabilidad civil. Una vez analizados desde el punto de vista de la doctrina procederemos a aplicarlos al caso de la responsabilidad fiduciaria.

4.2 RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS.

Partiendo de lo manifestado en los párrafos anteriores, consideramos que para analizar la responsabilidad civil de las instituciones fiduciarias, podemos utilizar los conceptos de responsabilidad extracontractual y contractual. En el primer caso, nos referimos a las obligaciones que la institución tiene con fundamento en las disposiciones jurídicas aplicables, para lo cual analizaremos las normas que se encuentran contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y en la Ley de Instituciones de Crédito.

Por otra parte como consecuencia del propio contrato de fideicomiso, la institución fiduciaria también tiene ciertas obligaciones. Su incumplimiento generará el surgimiento de una responsabilidad contractual. En este caso analizaremos las principales estipulaciones que suelen consignarse en los contratos de fideicomiso.

4.2.1 RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA INSTITUCIÓN FIDUCIARIA

La responsabilidad de las instituciones fiduciarias encuentra su principal fundamento en la legislación aplicable. Con anterioridad a la elaboración de un contrato de fideicomiso, el fiduciario debe verificar que sus estipulaciones no vayan más allá de lo dispuesto por la ley.

Por lo anterior analizaremos las principales disposiciones legales de las cuales se derivan obligaciones a cargo del fiduciario y cuyo incumplimiento puede generar una causal de responsabilidad.

4.2.1.1 LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO

Treinta y tres artículos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establecen las bases jurídicas de existencia del fideicomiso. A continuación analizaremos los artículos que a nuestro juicio imponen alguna obligación al fiduciario y cuyo incumplimiento será generador de responsabilidad para la institución.

a) Artículo 381

“ART 381.- En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria”.

En la redacción del artículo 381 de la Ley se distingue el principio que rige una relación de fideicomiso, ya que el sentido gramatical de la palabra “*encomienda*” se refiere a la confianza de una persona en las acciones de otra.

b) Artículo 391

“ART. 391.- La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto al constituirse el mismo, estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo; no podrá excusarse o renunciar a su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo el responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa”.

De este artículo se desprenden las siguientes obligaciones a cargo de la institución fiduciaria:

➤ **Actuar como buen padre de familia.**

Consideramos de particular importancia este concepto, ya que en la práctica hemos tenido conocimiento de acciones por parte de las instituciones fiduciarias que en nuestra opinión generan incumplimiento de esta obligación.

Conviene recordar que uno de los elementos de la responsabilidad es la culpa, la cual el diccionario del Instituto de Investigaciones Jurídicas define como todo acto ilícito que perjudica a otro, bien sea en la ejecución de un contrato o sin que exista ligamen contractual. *“La culpa tiene dos significados; uno amplísimo que comprendería el dolo y el delito y otro estricto que equivaldría a falta de diligencia”*

“Desde el punto de vista del derecho civil la culpa equivale a una falta de diligencia bien que proceda de un hecho o de una omisión. Entendemos por diligencia el deber que tiene todos los hombres de evitar el daño usando todos los medios posibles; negligencia es no poner esos medios en la práctica aún sin intención de perjudicar y custodia es una forma especial de diligencia que consiste en el cuidado que debe ponerse en conservar la cosa ajena”.

A través del tiempo los tratadistas han clasificado la culpa con el propósito de medir el grado de responsabilidad que genera. Es así como en el derecho romano se clasificó en *culpa grave o lata* que se refiere a aquella en la que incurría la persona que no tomaba las más elementales precauciones para el cumplimiento de la obligación a su cargo.

Por otra parte se encontraba la clasificación de *culpa leve o levis* la cual a su vez se dividió en la culpa *leve in abstracto* aplicable cuando se omitían los cuidados que un buen padre de familia pondría en algún asunto, es decir, cuando no se ponían las atenciones de un hombre con diligencia común. La culpa *leve in concreto* implicó poner mayor diligencia que la que normalmente tendría el buen padre de familia.

Surge así el concepto de buen padre de familia que significa un grado determinado de diligencia en el cumplimiento de una obligación. En nuestra legislación no se ha definido este concepto, sin embargo se entiende que la conducta del buen padre de familia se refiere a la realización de todas aquellas acciones que impidan que un determinado patrimonio se vea mermado, es decir, el buen padre de familia pone toda su diligencia y esfuerzo en el cuidado de su patrimonio con tal de no perjudicar a su familia.

Este concepto es retomado por nuestra legislación obligando a las instituciones fiduciarias a actuar con la mayor diligencia posible. El patrimonio entregado en fideicomiso al cuidado del fiduciario no debe ser mermado de forma alguna. Desde el momento en que se realiza la constitución del fideicomiso, los bienes a él afectados son propiedad del fiduciario, y éste en su carácter de titular de un patrimonio debe administrarlo, defenderlo y en su caso acrecentarlo.

Sobre este particular el artículo 391 dispone que la institución fiduciaria deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.

Podemos considerar que cuando el fiduciario no conduzca sus acciones en el cumplimiento del fideicomiso con la diligencia necesaria que permita conservar el patrimonio fideicomitado, ya sea por alguna causa consciente o inconsciente por parte de sus funcionarios, y ésto genere un detrimento en el patrimonio, nos encontraremos ante un caso de culpa contractual generadora de responsabilidad civil.

Un elemento fundamental para que el fiduciario pueda conservar el patrimonio del fideicomiso, son las facultades para ejercitar todas las acciones legales procedentes. Sin embargo, en la práctica, en caso de procesos judiciales, los fiduciarios no defienden por sí mismos el patrimonio fideicomitado, ya que dentro de las cláusulas del contrato constitutivo se suele pactar que cuando el fiduciario tenga conocimiento de alguna demanda que afecte el patrimonio fideicomitado deberá comunicarlo a los fideicomitentes, fideicomisarios, o en su caso al comité técnico para que instruyan o designen a la persona que será responsable de procurar la defensa del patrimonio, obligándose la fiduciaria solamente a otorgar los poderes necesarios. La fiduciaria deberá informar del problema tan pronto como tenga conocimiento, cesando su responsabilidad al momento de efectuar la comunicación correspondiente, mientras esto ocurre será responsable de la defensa de los bienes del fideicomiso.

Nuevamente señalamos que de la experiencia se ha tenido conocimiento de que algunas instituciones fiduciarias no obran aplicando el concepto de buen padre de familia con toda la extensión, ya que se argumenta que la institución ve acotado su campo de acción por las estipulaciones del contrato de fideicomiso, y que por esta razón no pueden incurrir en responsabilidad. No obstante, consideramos que el concepto de buen padre de

familia es muy amplio como para imponer a las instituciones fiduciarias una obligación a un comportamiento determinado sin que ello implique contemplar parte de dicho comportamiento en el contrato de fideicomiso.

➤ **Ejecutar el fideicomiso conforme al acto constitutivo.**

El fiduciario deberá ejecutar el fideicomiso conforme a las disposiciones del contrato, es decir, el hecho de que una institución proceda en exceso y sin acatar las estipulaciones del acto jurídico puede considerarse no sólo una causa de responsabilidad contractual por tratarse de un incumplimiento del contrato, sino también causal de responsabilidad extracontractual ya que no sólo se viola la convención entre las partes, sino también una disposición legal que expresamente está mandando una conducta o actitud determinada.

➤ **No renunciar al encargo fiduciario**

La fiduciaria no puede renunciar a su encargo salvo por razones debidamente justificadas. Estimamos que de presentarse esta situación nos encontraríamos también ante un incumplimiento de contrato, lo que generará para el fideicomisario el derecho de exigir su cumplimiento o bien el pago de daños y perjuicios. Sin embargo, la Ley no especifica cuáles pueden ser las razones justificadas por las que una institución fiduciaria pueda renunciar a su encargo, podríamos considerar que dichas causas devienen de un incumplimiento de la contraparte del fiduciario en el contrato, quienes pueden ser tanto fideicomitente o fideicomisario, lo que generaría que la institución fiduciaria estuviera en posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones de la otra parte, o bien la rescisión del propio contrato.

Lo anterior generaría que los deudores de la institución fiduciaria paguen daños y perjuicios por incumplimiento de contrato.

En la práctica, el principal motivo por el que la institución fiduciaria pudiera renunciar a su encargo fiduciario sería el que no se cubran los honorarios a que tiene derecho, los cuales generalmente se cobran con cargo al patrimonio del fideicomiso, y de la experiencia personal podemos decir que la institución fiduciaria cuando no se le pagan sus honorarios a tiempo sí cobra los perjuicios causados ya que a la cantidad devengada por

honorarios se adiciona una pena convencional a cargo del deudor la cual se determina generalmente en el contrato de fideicomiso.

En este punto surge algo muy importante, el contrato de fideicomiso como medio regulador de la relación jurídica fiduciario-fideicomitente- fideicomisario. Dado que la ley es omisa en cuanto a los derechos que puede tener el fiduciario, no respecto del patrimonio y frente a terceros en la ejecución del contrato de fideicomiso, sino frente a su contraparte en el propio acuerdo de voluntades, la mayoría de los derechos así como de las obligaciones que los celebrantes pudieran tener quedan consignados únicamente en el contrato constitutivo.

c) Artículo 400.

"Art. 400.- Las instituciones y sociedades mencionadas en el artículo anterior, podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor.

Dichas instituciones y sociedades serán responsables por los actos que cometan en perjuicio de los fideicomitentes, de mala fe o en exceso de las facultades que les corresponda para la ejecución del fideicomiso, por virtud del acto constitutivo o de la ley, salvo por aquellas actividades u operaciones distintas de las establecidas en el artículo 402 de esta Ley".

El artículo anterior tiene su complemento en el último párrafo del artículo 383 y en el artículo 399, los cuales en resumen se refieren a la facultad que tiene la institución fiduciaria de ser designada fideicomisario en aquellos fideicomisos en los que se transmita la propiedad de los bienes fideicomitados y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales.

De vital importancia resulta regular la responsabilidad de las instituciones fiduciarias en este particular, ya que se convierten en juez y parte por el hecho de ser las encargadas de resguardar el patrimonio fideicomitado y a la vez beneficiarias del mismo.

Debe aclararse que esta situación fue plasmada en la LGTOC a partir del año de 1996 con la modificación al entonces artículo 348, no obstante, a nuestro juicio no se encontraba suficientemente regulada y no fue sino hasta el año 2000 cuando se reguló al incorporar a la Ley la figura del fideicomiso de garantía.

d) Artículo 411

“Las instituciones señaladas en el artículo 399 de esta Ley, indemnizarán a los fideicomitentes por los actos de mala fe o en exceso de las facultades que les corresponda para la ejecución del fideicomiso, por virtud del acto constitutivo o de la ley, que realicen en perjuicio de estos.

La indemnización que corresponda pagar en términos de este artículo no será menor al diez por ciento del valor principal y los intereses de la suma garantizada, y en todo momento se procurará que tal indemnización cubra los perjuicios causados por dichas instituciones. Cuando la institución infractora reúna a la vez la calidad de fiduciaria y fideicomisaria, la indemnización será el doble que la cantidad antes mencionada”.

Este artículo se introdujo a la LGTOC en la reforma publicada el 23 de mayo de 2000, cuando se reguló por primera vez el fideicomiso de garantía. Determina el monto que la institución fiduciaria deberá pagar por la responsabilidad generada por actuar de mala fe o en exceso de sus facultades generando un daño al patrimonio fideicomitado. El problema es que se refiere únicamente a los fideicomisos de garantía.

4.2.1.2 LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO.

La Ley de Instituciones de Crédito establece las bases en la cuales las instituciones fiduciarias rigen el desarrollo de sus actividades. Asimismo, impone ciertas limitantes con el propósito de proteger los intereses de los fideicomitentes y de los fideicomisarios, así como la preservación del patrimonio fideicomitado.

a) Artículo 79

El artículo 79 de la Ley de Instituciones de Crédito establece que las instituciones abrirán por cada fideicomiso, una contabilidad especial en la que registrarán los bienes,

valores o derechos que se les confíen, así como sus incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos. Asimismo, los asientos contables mencionados deberán registrarse en la contabilidad controlada de la propia institución, debiendo coincidir ambas contabilidades. Los bienes del fideicomiso en ningún caso estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo o las que contra el patrimonio correspondan a terceros de acuerdo con la Ley.

*“En consideración precisamente a la afectación que el fideicomiso implica, por lo que los bienes a él destinados se tienen afectos al fin al que se destinan y en consecuencia solo pueden llevarse a cabo respecto de dichos bienes los actos jurídicos tendientes a alcanzar tales fines, resulta lógico que todas las operaciones que se hagan respecto de un patrimonio en fideicomiso, se traduzcan en operaciones contables exclusivas para ese fideicomiso, sin mezcla alguna con las de cualquier otra ajena, así fuere relacionada”.*⁸⁸

Las contabilidades especiales de los fideicomisos deben coincidir con la contabilidad general de toda la institución, sin que ello implique que el patrimonio fideicomitado se consolide dentro del patrimonio del fiduciario, constituyendo activos o pasivos de la institución, y que de esta forma responda de las obligaciones que haya contraído la institución de crédito en actos que no impliquen la ejecución del contrato de fideicomiso. Los bienes fideicomitados sólo pueden ser destinados para el cumplimiento de los fines del acto constitutivo, y en caso de que así lo hubiesen acordado las partes celebrantes, responderá o servirá de garantía de las obligaciones que en ejecución del fideicomiso, y a cargo de éste, hubiese contraído la fiduciaria. En ningún caso se puede rebasar este límite.

b) Artículo 80

El artículo 80 contempla que los fiduciarios responderán 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 en la ley. Este es el fundamento legal específico generador de la responsabilidad civil de las instituciones fiduciarias. Es decir, en primer término debe actuar de acuerdo con las estipulaciones del contrato de fideicomiso, sin embargo, esto no obsta para que se cumplan las disposiciones legales en la materia. En

⁸⁸DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge A. Op. Cit. Página 350

otros términos, podemos sostener que el principal instrumento regulador de la actividad de la fiduciaria en un contrato de fideicomiso específico es el propio contrato, el cual debe respetar las disposiciones legales, en caso de duda, laguna u omisión en el texto contractual, la institución debe obrar de acuerdo a lo que dispone la ley. En nuestro entender, el hecho de que alguna situación no pudiera estar prevista en el acto jurídico de creación, no impide a la institución realizar ciertas acciones si éstas van de acuerdo con la ley, o bien ésta impone un proceder específico para determinada situación.

“Solo en dos casos -dice kriegler- puede el fiduciario apartarse de las instrucciones del fideicomitente:

1.- Cuando siendo lícito el fin, los mecanismos de ejecución sean contrarios a derecho, ya porque violen, desde n principio, normas jurídicas existentes, o porque se conviertan en ilegales por variación posterior de las normas jurídicas aplicables.

*2.- Cuando las instrucciones del fideicomitente respecto a las normas de cumplimiento sean o se vuelvan manifiestamente inadecuadas o aún opuestas al cumplimiento del fin del fideicomiso”.*⁸⁹

Adicionalmente, este artículo contempla la existencia de un comité técnico como instrumento para liberar la responsabilidad de las instituciones fiduciarias, el cual tendrá las facultades que se le confieran en el contrato, sin que sea un órgano jerárquico dentro de la estructura de la institución fiduciaria. En términos del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, cuando el fiduciario actúa ajustándose a las instrucciones que reciba del citado Comité estará libre de responsabilidad.

El Comité técnico es un cuerpo colegiado instituido por el fideicomitente en el contrato de fideicomiso, y cuyo principal objetivo consiste en ser el conducto para la manifestación de la voluntad ya sea del fideicomitente o del fideicomisario, a fin de girar instrucciones o autorizar acciones llevadas a cabo por el fiduciario.

En la legislación vigente no hay disposiciones relativas a la operación y formación de estos comités, por lo que dicha regulación queda remitida a las estipulaciones del

⁸⁹ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. Cit. Página 246

contrato constitutivo de fideicomiso, y no encuentra más limitación que la voluntad de los celebrantes, siempre y cuando ésta no sea contraria a la Ley.

"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 del propio banco, y es práctica que también figure el fiduciario, algunas veces 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 precisadas.

Se debe cuidar el uso injustificado del comité, puede ser ociosa o innecesaria su institución y además retardar las decisiones del fiduciario. Es necesario cuando hay varios fideicomitentes, los testamentarios que tienen que ver 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 tienen que ver con la bursatilización de empresas, desarrollos de proyectos de infraestructuras, etc".

Es pertinente destacar que el comité técnico no cuenta con personalidad jurídica, ni se le puede considerar como un órgano de gobierno, a pesar de que puede contar con facultades de carácter decisorio. En los contratos de fideicomiso en los que se establece un comité técnico, generalmente se deja claramente precisado que dicho comité no constituye un cuerpo al que la fiduciaria se encuentre jerárquicamente subordinada, ya que sólo recibe sus instrucciones respecto del cumplimiento de los fines del fideicomiso, y que en caso de que los miembros del comité giren instrucciones a la fiduciaria en exceso de las facultades que el contrato le concede a dicho órgano, o que aquellas sean contrarias a la ley, el fiduciario no estará obligado a cumplir con dichas instrucciones.

En la práctica se suelen clasificar las facultades con las que actúa un comité técnico, en genéricas y específicas según el tipo de fideicomiso de que se trate. Las facultades genéricas son las siguientes:

- ✓ Políticas: El comité dada la alta calidad 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.
- ✓ Vigilancia: Se relaciona 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.
- ✓ 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.
- ✓ 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.
- ✓ Asesorías: El comité puede expedir guías, orientaciones y sugerencias técnicas y teóricas para que las acciones del fiduciario se realicen en la forma más eficiente posible.

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

- ✓ 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.
- ✓ Revisar los informes y estados contables que presente la institución fiduciaria y tomar los acuerdos y dictámenes que procedan.

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

Como observamos, las facultades que se pueden otorgar al comité técnico dependen de los fines y del objeto del contrato de fideicomiso, por lo que es de suma importancia que las facultades queden claramente determinadas en el acto constitutivo para no propiciar problemas de interpretación o contradicciones en el cumplimiento del fideicomiso.

Uno de los temas más cuestionados con relación al comité técnico se refiere a la liberación de responsabilidad que obtiene el fiduciario al momento de acatar las instrucciones que le formule el comité, ya que en la práctica los fiduciarios utilizan dicha justificante en el caso de la celebración de actos que en ocasiones pueden ser contrarios a los fines del fideicomiso, o que pueden poner en peligro el patrimonio fideicomitado.

Consideramos que el fiduciario no puede quedar totalmente libre de responsabilidad al acatar las instrucciones del comité técnico de un fideicomiso, ya que como titular de los bienes fideicomitados, que le son encomendados para el cumplimiento de los fines del contrato, su comportamiento debe respetar la confianza otorgada por el fideicomitente. Asimismo, el fiduciario debe conducirse como buen padre de familia en todo lo que haga respecto del fideicomiso, por lo que cuando no cumple con estos principios, aún acatando instrucciones del comité, no puede quedar libre de responsabilidad.

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

- ✓ Que el comité técnico puede obrar en exceso de las facultades que se le hayan otorgado.
- ✓ Que puede tomar acuerdos cuya ejecución sea contraria al fin del fideicomiso.
- ✓ Que puede tomar resoluciones cuyo cumplimiento entrañe la comisión de delitos por parte de la 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 instrucciones ilegítimas, asumirá la parte de responsabilidad que le corresponda".

La ley no lo menciona, pero consideramos necesario que se establezca la responsabilidad que tienen los miembros del comité técnico, ya que sus instrucciones suelen constituir verdaderas órdenes que son ejecutadas por el fiduciario, por lo que consideramos que también ellos deberían responder en cierta forma por las instrucciones que emiten, sin embargo, legalmente dicha responsabilidad sólo recae sobre el fiduciario.

b) Artículo 84

La institución de crédito deberá rendir cuentas del estado que guarda el patrimonio del fideicomiso, así como de su gestión y administración de dicho patrimonio.

El artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito establece que la rendición de cuentas se realizará dentro de los 15 días posteriores a la solicitud, las partes pueden acordar en el contrato constitutivo los tiempos y condiciones en que se verificará tal rendición de cuentas.

La acción para exigir la rendición de cuentas al fiduciario corresponde a los fideicomisarios o a sus representantes, y en su defecto al Ministerio Público. El fideicomitente también podrá ejercitar la acción mencionada si en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas no renunció a dicha facultad. De acuerdo con el propio artículo cuando por sentencia ejecutoriada se determine que por negligencia grave el fiduciario fue responsable de dichas pérdidas o menoscabos, procederá su remoción.

c) Artículo 106

Como ya mencionamos, la labor que realizan las instituciones de crédito se encuentra limitada por la Ley de Instituciones de Crédito, así como en las diversas disposiciones de carácter general que emiten tanto el Banco de México como la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, las que son aplicables a operaciones de fideicomiso. El resto de los ordenamientos legales que constituyen el marco jurídico de dicha figura también proporcionan algunas restricciones.

El artículo 106 de la LIC establece ciertas prohibiciones a las instituciones de crédito que son aplicables a la actividad fiduciaria.

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

XIX.- En la realización de las operaciones a que se refiere la fracción XV de artículo 46 de esta Ley (fideicomisos):

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

- ✓ El precepto anterior permite una salvedad a la prohibición manifestada. De comentarios obtenidos en las áreas de fiduciario de diversas instituciones de banca de desarrollo, particularmente en Nacional Financiera, se desprende que dichas instituciones realizan actividades de fideicomiso en las que actúan como fideicomitente, fiduciarios y a la vez fideicomisarios. Cabe recordar que de acuerdo a lo establecido en las diferentes leyes orgánicas de las instituciones de banca de desarrollo, esta clase de intermediarios financieros sí pueden ser designados a la vez como fiduciarios y fideicomisarios. Sin embargo, para que puedan realizar tales actividades requieren del permiso del Banco de México.

B) Responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes, del incumplimiento de los deudores, por los créditos que se otorguen o de los emisores, por los valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del artículo 356

de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.

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

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

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

- ✓ En todos los contratos de fideicomiso se inserta invariablemente el contenido de los párrafos anteriores, por lo que el fiduciario elude la responsabilidad de cualquier incumplimiento por parte de terceras personas, en el caso de créditos otorgados con cargo al fondo del fideicomiso.

Al respecto, consideramos que el fiduciario no puede deslindarse de cualquier acción llevada a cabo durante la ejecución del fideicomiso, ya que de esta forma se desvirtuaría el papel que implica el concepto de buen padre de familia. El incumplimiento en las obligaciones que se tengan con relación al patrimonio del fideicomiso invariablemente van en detrimento de éste, por lo que el fiduciario debería responder por cualquier menoscabo a los bienes o derechos afectados en fideicomiso.

Sin embargo, el fiduciario no se encuentra en posibilidad de prever una situación de hecho superviniente que derive en un incumplimiento de los deudores del fideicomiso, su responsabilidad se refiere a prever los posibles escenarios que pudieran causar perjuicio al patrimonio fideicomitado, y si hecho esto, ocurriere una situación fortuita, el fiduciario podría liberarse de responsabilidad, siempre y cuando justifique que cumplió con su deber de

buen padre de familia y que, sin embargo no pudo evitar la situación que implica el incumplimiento de los deudores.

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

- ✓ La prohibición que se consigna en el párrafo anterior, implica respeto a los principios de confianza y buena fe que el fideicomitente deposita en el fiduciario, al encomendarle ciertos bienes con el fin de que se cumpla un propósito específico. Por tal motivo, el fiduciario no podría disponer de los bienes que se le encargan, con el fin de proporcionar algún beneficio propio o de sus funcionarios, ya que de esta forma regresaríamos a los inicios del fideicomiso romano y el trust anglosajón, donde, los fiduciarios optaban por satisfacer sus intereses personales soslayando la encomienda fiduciaria, acción que derivó en la regulación expresa de la materia del fideicomiso.

"D) Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores, para pagar una obligación o para garantizar su cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos, y que en estos casos la administración exceda del plazo de dos años.

- ✓ Recordemos que existe la prohibición constitucional a las instituciones de crédito para ser propietarios de predios rústicos. Partiendo de ese principio, y si consideramos que por virtud del fideicomiso el fiduciario, una institución de crédito se transforma en propietario de los bienes fideicomitidos, se entiende el porqué dicha prohibición se extiende a las operaciones de fideicomiso.

d) Artículos 117 y 118

El fundamento del secreto bancario se encuentra en el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito que establece que "...las instituciones de crédito en ningún caso podrán dar noticias o información de los depósitos, servicios o cualquier tipo de operaciones, sino al depositante, deudor, titular, beneficiario que corresponda, a sus representantes legales o a quienes tengan otorgado poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación en servicio, salvo cuando las pidieren la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el titular sea parte o acusado y las autoridades hacendarias federales, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria, para fines fiscales"

Y con relación específica al secreto fiduciario el artículo 118 de la propia LIC, dispone: *"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 la fracción XV del artículo 46 de esta ley, incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que sean no aquellos entablados por el fideicomitente o fideicomisario, comitente o mandante, contra la institución o viceversa, constituirá a ésta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes"*.

De la lectura de los dos preceptos anteriores se presenta el siguiente supuesto para el secreto fiduciario: la institución fiduciaria sólo podrá dar a conocer información relativa al fideicomiso cuando así lo demande o solicite el fideicomitente o los fideicomisarios, en procesos judiciales contra la institución o viceversa, por lo que en caso de que el fideicomitente fuera demandado por algún tercero, el fiduciario no estaría obligado a dar ninguna información a la autoridad judicial que se lo pidiera.

El artículo 117 considera que sí podrá darse información cuando el depositante o cliente de la institución de crédito sea parte del juicio, ya como actor o demandado. Sin embargo, debido a que el artículo 118 contiene un mandato específico para las operaciones de fideicomiso es evidente que la institución deberá actuar en términos de dicho artículo.

A nuestro juicio, el artículo 118 relativo al secreto fiduciario es confuso por lo que sería recomendable que se modificara a fin de evitar ambigüedades que sólo generan problemas de interpretación y que permiten que detrás de la figura del fideicomiso puedan realizarse operaciones ilegales por cualquiera de las partes contratantes.

4.2.2 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LA INSTITUCIÓN FIDUCIARIA

Corresponde a este apartado el análisis de la responsabilidad civil de la institución fiduciaria desde la perspectiva del incumplimiento del contrato de fideicomiso, a partir del estudio de las cláusulas que son plasmadas en la generalidad de esta clase de actos.

Recordemos que de acuerdo con la legislación desde el momento en que se perfecciona un contrato los celebrantes están obligados a su cumplimiento, de acuerdo con la letra del propio contrato, con la ley, la buena fe o la costumbre. En este orden de ideas la fuente de responsabilidad contractual es el incumplimiento de las estipulaciones del acto jurídico.

*"El primer efecto que produce el contrato consiste en su carácter obligatorio, o sea que el acuerdo de voluntades de los contratantes tiene fuerza de ley entre las partes, expresión ésta que no debe entenderse literalmente, pues aún la misma revocación del contrato por voluntad bilateral de ambos contratantes es omnipotente, ya que sólo produce efectos para el futuro y no retroactivamente, y, además, cuando el contrato ha creado derechos reales estos deben retransmitirse".*⁹⁰

Sobre el particular, el artículo 2104 del Código Civil Federal dispone que aquel que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido será responsable de los daños y perjuicios.

⁹⁰ SÁNCHEZ MEDAL RAMON.- Op Cit. Página 83

En el contrato de fideicomiso el fiduciario adquiere la obligación de cumplirlo en los términos establecidos. Aún si no existiera una disposición legal que verse acerca de la responsabilidad civil de la institución fiduciaria, ésta por el simple hecho de no cumplir con las disposiciones contractuales al pie la letra incurriría en responsabilidad y se vería obligada a la indemnización correspondiente.

Sin embargo, como ya indicamos en el apartado anterior, existen disposiciones legales como son el artículo 411 de la LGTOC y 80 de la LIC que imponen un actuar determinado para la institución fiduciaria, y que a su vez determinan el surgimiento de una responsabilidad para el caso de una violación a las propias disposiciones.

En este punto, conviene destacar, que de la experiencia obtenida en el desarrollo de este trabajo recepcional, así como de la propia en el ámbito laboral, nos hemos percatado que la existencia de las disposiciones legales indicadas en el párrafo anterior, no basta para garantizar una conducta determinada por parte del fiduciario en la ejecución del contrato de fideicomiso, ya que en la práctica algunos funcionarios de instituciones fiduciarias consideran que las hipótesis legales indicadas son demasiado amplias, o bien no lo suficientemente claras como para fundamentar una causal de responsabilidad para la institución.

Esta posición no es compartida por nosotros, ya que en nuestra opinión la intención del legislador fue clara en cuanto a la protección del patrimonio fideicomitado y de los derechos de los beneficiarios. No obstante, con el propósito de proponer medidas para una mayor certeza en el ámbito de la ejecución de los contratos de fideicomiso y en consecuencia de las causas generadoras de responsabilidad para la institución fiduciaria, a continuación realizaremos un análisis de las cláusulas que generalmente se plasman en los contratos de fideicomiso y que consideramos aplicables para los efectos de este estudio.

4.2.2.1 CLAUSULAS DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO.

Como hemos indicado en repetidas ocasiones, las partes celebrantes de un contrato deben cumplir su obligación tal y como se establece en el mismo, con las limitantes que sólo ellos en la emisión de voluntad han definido, siempre y cuando no se transgreda ninguna disposición legal aplicable. En el caso de un contrato de fideicomiso la institución

fiduciaria debe cumplir con cada una de las disposiciones contractuales. Sin embargo, estimamos que algunas de estas disposiciones contractuales revisten mayor importancia para los efectos de responsabilidad fiduciaria, ya que las mismas contemplan la esencia de la ejecución del fideicomiso, motivo por el cual en nuestra opinión deben ser analizadas particularmente.

Del cúmulo de posibles estipulaciones de un contrato de fideicomiso, podemos considerar que las relevantes para este estudio, son aquellas relacionadas con la aceptación del encargo por parte de la institución fiduciaria; los propios fines del fideicomiso; manejo de recursos económicos; la obligación de defender el patrimonio fideicomitado, y las que se refieren a las facultades del comité técnico en caso de ser constituido.

- ✓ **Cláusula relativa a la aceptación del encargo fiduciario:** En la generalidad de los contratos de fideicomiso que se han revisado, se plasma en la primera cláusula la afirmación que la institución fiduciaria recibe y acepta a su entera satisfacción el encargo que le realiza el fideicomitente, asimismo, manifiesta que recibió el patrimonio fideicomitado. En nuestra opinión, la importancia que reviste esta cláusula radica en que a partir del momento de firma la institución fiduciaria está aceptando la encomienda del fideicomitente, es decir, acepta que éste deposita su confianza en la experiencia y capacidad de la institución fiduciaria y por ello deberá conducir las acciones en la ejecución del fideicomiso, siempre de acuerdo con el principio de confianza, es decir, procurando el cumplimiento de la voluntad del fideicomitente y protegiendo el patrimonio fideicomitado, desempeñándose como buen padre de familia.

- ✓ **Cláusula relativa a los fines del fideicomiso:** Esta es la cláusula más importante del contrato de fideicomiso. Representa la esencia del contrato, el porqué y para qué las partes lo están celebrando. Es el objetivo que la institución fiduciaria deberá alcanzar para cumplir la voluntad del fideicomitente. No obstante, a su vez, determina el ámbito de acción del fiduciario, es decir, establece como el fiduciario ejecutará el fideicomiso. El

fiduciario no podrá actuar más allá de lo que los fines del contrato disponen, en caso contrario incurrirá en responsabilidad.

- ✓ Los fines de un contrato de fideicomiso pueden ser tan variados como la voluntad de las partes lo disponga, dependiendo de la orientación práctica que se le quiera dar. Como ejemplo podemos señalar lo siguiente:

Cabe destacar que en nuestra opinión es aquí donde se debe establecer claramente las obligaciones de la fiduciaria en la ejecución de cada uno de los fines. En otras palabras, incluir límites mínimos y/o máximos para que la institución actúe, sin dejar o remitir a las disposiciones legales en la materia.

- ✓ **Cláusula relativa al manejo de recursos económicos:** Para el caso de fideicomisos donde se manejen recursos económicos debemos considerar la existencia de esta cláusula que determina la forma en la que la institución fiduciaria administrará el patrimonio. Es aquí donde se determina la forma en que puede invertirse el dinero que tiene el patrimonio del fideicomiso, definir, en su caso, los instrumentos de inversión, los grados de riesgo, la forma de aplicar intereses obtenidos, la entrega de recursos al fideicomisario o en su caso al fideicomitente, la responsabilidad de la institución fiduciaria respecto de la toma de decisiones para el manejo de recursos, o bien, la necesidad de que esta determinación deba ser tomada por el comité técnico, el que a su vez girará la instrucción correspondiente al fiduciario.
- ✓ **Cláusula relativa a la obligación de defender el patrimonio del fideicomiso:** Esta cláusula, la cual se incluye en todos los contratos de fideicomiso revisados, dispone que la institución fiduciaria no será responsable de la defensa del patrimonio del fideicomiso en el caso de algún procedimiento o proceso legal instaurado en contra del propio fideicomiso. En este caso, en la mayoría de los casos, la responsabilidad de la institución fiduciaria se limita a la comunicación correspondiente al fideicomitente, al

fideicomisario o, en su caso, al comité técnico, para que cada uno de ellos determine las acciones a seguir.

Cabe señalar que como el propietario del patrimonio fideicomitado es la institución fiduciaria corresponde formalmente a ella la defensa judicial correspondiente, sin embargo, en el contrato se plasma que el fiduciario otorgará los poderes correspondientes para que la persona que designe el comité técnico, el fideicomitente, o el fideicomisario, realicen la defensa del patrimonio. Los gastos necesarios para dicha defensa generalmente se realizan con cargo al patrimonio del fideicomiso.

En los casos señalados la responsabilidad del fiduciario para defender al patrimonio se limita al periodo entre el momento en que toma conocimiento de alguna acción en contra del fideicomiso y el momento en que lo comunica al comité técnico, fideicomitente o bien fideicomisario. Estimamos que la responsabilidad del fiduciario no puede cesar al momento de la comunicación, sino incluso mantenerse vigente hasta el momento de que la persona designada por el fideicomitente, fideicomisario o comité técnico inicie con la tarea de defensa del patrimonio fiduciario.

- ✓ **Cláusula relativa a la creación del comité técnico:** Como ya se comentó, el fideicomitente puede constituir un comité técnico para efectos de que sirva como órgano de supervisión de las acciones que el fiduciario realice en la ejecución del fideicomiso. La importancia del comité técnico radica en la liberación que sus instrucciones otorgan a los actos que realiza el fiduciario, ya que de acuerdo con la ley, tal y como ya ha sido manifestado.

No obstante, en nuestra opinión, no basta con que una instrucción provenga del comité técnico para liberar al fiduciario de responsabilidad, ya que éste tiene la obligación de hacer del conocimiento del comité que determinada acción generaría, en su caso, un daño al patrimonio del fideicomiso, a los derechos de los fideicomisarios, o en bien que son instrucciones que rebasan al propio contrato, o a las disposiciones legales en

la materia. En todo caso, el fiduciario puede optar por no acatar una instrucción ilegal emitida por el comité técnico.

Las anteriores, son en nuestra opinión, las cláusulas más importantes del contrato de fideicomiso. Como ya se indicó, cada una de ellas tiene una particularidad en cuanto a la responsabilidad que genera para la institución fiduciaria.

Conviene resaltar que la responsabilidad derivada del incumplimiento de un contrato puede ser regulada por convenio entre las partes, salvo que la ley disponga lo contrario. Uno de los elementos con los cuales se regula la responsabilidad, es la denominada pena convencional, que es aquella estipulación en que en la generalidad de los contratos, las partes se imponen para el caso de que la obligación no se cumpla, o bien su cumplimiento no se dé en la manera consignada en el contrato de fideicomiso.

*"Pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida. Si tal estipulación se hace, no podrán reclamarse, además, daños y perjuicios"*⁹¹

Cabe señalar que en los contratos de fideicomiso revisados, no se contempló alguna cláusula en la que las partes fijaran una pena convencional al fiduciario, para el caso de que incumpliera con alguna de las obligaciones a su cargo en la ejecución de un contrato de fideicomiso. Estimamos que esto se desprende de la buena fe de las partes al momento de la celebración del contrato, dado que no se acostumbra prever el incumplimiento de un contrato de fideicomiso por parte de un fiduciario. No obstante, en la práctica hemos tenido conocimiento de casos en los que en efecto, la institución fiduciaria ha incumplido con algunas obligaciones a su cargo.

Estimamos que para la protección de los intereses del fideicomisario, o en su caso, del fideicomitente, debe existir una estipulación contractual que permita generar de una forma clara y determinada, alguna compensación para el caso de que el fiduciario incumpla con sus obligaciones.

⁹¹ BORJA SORIANO MANUEL.- Op Cit. Pág 468

4.2.2.2 ALCANCES E IMPORTANCIA DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO EN CUANTO A LA RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO.

La importancia del contrato de fideicomiso en la relación fiduciaria es tal, que nos atreveríamos a sostener que incluso en relación con el resto de los contratos ya sean típicos o atípicos es muy superior, basta recordar que la falta de regulación en algunos aspectos específicos en materia de fideicomisos ha orillado a que la relación entre las partes se norme necesariamente en el contrato constitutivo o en su defecto en los actos modificatorios.

Esta carencia de conceptos o puntos específicos genera que cuando no se prevé algún supuesto en el contrato de fideicomiso, y se presentase ese supuesto durante la ejecución del fideicomiso, obviamente no se encontrará regulado, lo que necesariamente redundará en incertidumbre jurídica para las partes y para el patrimonio fideicomitado.

Uno de los principales problemas que hemos detectado se refiere a los alcances de la obligación que tiene el fiduciario como administrador del patrimonio del fideicomiso, función que de acuerdo con lo que ya analizamos debe realizar con el cuidado que caracteriza a un buen padre de familia. El problema es que no existe disposición legal que defina el concepto de actuar como buen padre de familia, aunque conocemos perfectamente bien su origen y objetivo.

Al no contar con esta claridad de conceptos en nuestra legislación, las instituciones fiduciarias actúan de acuerdo con lo que dispone el contrato de fideicomiso, y si en el mismo no se determinó con toda claridad la amplitud de sus facultades, simplemente no actuarán más allá de lo que está escrito. Un ejemplo: hemos tenido conocimiento de fideicomisos constituidos respecto de bienes inmuebles, en los cuales el grado del deber que tiene la institución fiduciaria para conservarlos no se pactó expresamente en el contrato. Esto es, que uno de los fines del contrato hablaba de que la institución fiduciaria debía administrar el patrimonio fideicomitado, lo que para el común de la gente implica defender a su vez de cualquier menoscabo. Sin embargo, como esta última acción no quedó plasmada en el contrato, el fiduciario simplemente se dedicó a administrar desde sus oficinas el bien fideicomitado, sin tomar la precaución de verificar físicamente la integridad

del mismo; lo que redundó en que después de algún tiempo dicho inmueble estuviese invadido por personas totalmente distintas a los fideicomisarios y con varios juicios de prescripción positiva interpuestos.

Para nosotros actuar como buen padre de familia implicaría la obligación de administrar y defender, lo que no ocurrió en el caso comentado, generándose así, a nuestro entender, una causal de responsabilidad para la institución fiduciaria. No obstante este razonamiento, los representantes de la fiduciaria no aceptaron su responsabilidad y a que para ellos, el concepto de administrar implicaba llevar el registro del inmueble y actualizar su valor de conformidad con las disposiciones contables aplicables.

En razón de lo anterior, estimamos que si bien el término de actuar como buen padre de familia implica una actitud que englobe todas aquellas acciones tendientes a la preservación del patrimonio fideicomitado, así como a la ejecución del contrato de fideicomiso, es de suma importancia que al celebrarse un contrato de esta categoría, se delimiten expresamente las atribuciones y funciones que tendrá la institución fiduciaria, sin que se permita que existan omisiones.

Ahora bien, no queda duda que en caso de exigirse el pago de daños y perjuicios por responsabilidad a la fiduciaria agotando la vía judicial, se hubiera obtenido un resultado favorable. En el caso que nos ocupamos se siguió la vía de la conciliación. Sin embargo, creemos que ésta fue una buena demostración de lo necesario que es que las facultades del fiduciario queden claras en el contrato de fideicomiso.

Ahora bien, no solamente la amplitud del encargo fiduciario debe pactarse expresamente en el contrato de fideicomiso, sino que existen otros elementos que deben considerarse y los cuales no se ubican en las disposiciones legales aplicables al fideicomiso.

El primero de ellos es el pago de los honorarios de la institución fiduciaria. Si bien es cierto que estas instituciones cuentan con equipos de abogados a quienes generalmente no se les escapa ningún detalle en la celebración de los fideicomisos, lo cierto es que no existe una disposición legal que obligue a una persona determinada a efectuar el pago, por lo que ni el fideicomitente ni el fideicomisario tienen dicha obligación, aunque en el contrato se disponga a quien corresponderá, o si bien se efectuará con cargo al patrimonio del fideicomiso.

Otro de los elementos que es de suma importancia para la ejecución de los contratos de fideicomiso, es la recomendación de que el fideicomitente establezca en el contrato la constitución de un comité técnico. Es el contrato en donde se establecen las facultades del comité, sin que exista más limitación a las facultades que se le puedan conferir, aquellas que se opongan a la naturaleza propia del contrato o que sean contrarias a la ley. Sin embargo, el cuestionamiento surge cuando nos enfrentamos con facultades no otorgadas al comité técnico y que sin embargo, en la práctica realiza, en ese punto cabe cuestionar si cuando las instrucciones del comité sean emitidas sin que se cuente con facultad expresada pero que no obstante no sean contrarias al contrato o a la ley, podría la institución fiduciaria negarse a acatarlas.

De igual forma, las causales por las que la institución fiduciaria puede renunciar a su encargo, pueden pactarse preferentemente en el contrato de fideicomiso, ya que si bien el artículo 391 de la LGTOC habla que corresponderá al juez determinar si dichas causas son suficientes para la renuncia, se puede estimar que es jurídicamente más seguro establecer con antelación las posibles causales de renuncia, tal y como si fueran causales de rescisión de cualquier otro contrato.

Como ya mencionamos, la responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato puede ser materia de pacto entre las partes, es decir, los celebrantes del contrato de fideicomiso pueden determinar la medida en que la institución deberá responder por acciones que ocasionen un daño al patrimonio fiduciario o bien al cumplimiento de los fines del contrato de fideicomiso. Esto se realizaría a través de una pena convencional. No obstante de conformidad con nuestra legislación civil, en caso de fijarse este convenio de responsabilidad, las partes no podrán reclamarse daños y perjuicios. Por tal razón la pena convencional deberá ser suficiente para satisfacer plenamente los daños que pudieran generarse en el patrimonio del fideicomiso y en los derechos del fideicomitente y del fideicomisario.

Cabe señalar que es nulo el pacto entre las partes que pretenda no hacer exigible la responsabilidad derivada del dolo. Por el contrario, si nos encontramos ante un caso de responsabilidad derivada de una actitud culposa, entonces sí podrían limitarse los efectos de dicha responsabilidad.

Existe otra limitante de responsabilidad que se fija en los contratos de fideicomiso respecto de la defensa de los patrimonios fideicomitidos. En estos casos, suele insertarse en el contrato de fideicomiso una estipulación en virtud de la cual, la institución fiduciaria no será la responsable de la defensa de los bienes del fideicomiso cuando se presente alguna acción judicial respecto de ellos, ya que para tal situación deberá hacerlo del conocimiento inmediato ya sea del fideicomitente, del fideicomisario, o en su caso del comité técnico, el que deberá decidir sobre el procedimiento a seguir. En estos casos, la responsabilidad de la institución fiduciaria se limita al otorgamiento de los poderes o mandatos correspondientes, a efecto de que la persona o personas designadas se aboquen a la defensa del patrimonio fiduciario.

Sobre este particular consideramos que la institución fiduciaria no puede sustraerse de la obligación de defender el patrimonio fideicomitido. Puede ocurrir que el comité técnico o el propio fideicomitente designen a una persona encargada de defender el patrimonio mediante un poder otorgado por la fiduciaria, y esta no sería responsable por la actuación de aquél. Pero que pasa, si el apoderado fue propuesto por la propia fiduciaria al comité técnico o al fideicomitente. O que pasa si la fiduciaria se percata de que la actuación del apoderado no garantiza la integridad del patrimonio, en este caso no deberá intervenir con el propósito de promover algún cambio de apoderado e incluso tomar ella misma la defensa del patrimonio en tanto el comité técnico o el fideicomitente designan a un nuevo apoderado.

Como se puede observar en nuestro particular punto de vista, el contrato de fideicomiso juega un papel muy importante en la ejecución del propio fideicomiso. Las partes deben asegurarse de no dejar ningún punto por cubrir. Estimamos conveniente incluso abundar en ciertos detalles a costa de ser repetitivos. No queda duda que el personal con que cuentan las instituciones fiduciarias se encuentra capacitado y tienen un alto grado de profesionalismo, y que en ocasiones los abogados de las otras partes que intervienen en la celebración del fideicomiso son igualmente altamente capaces y eficientes.

Sin embargo, debemos recordar que el fideicomiso es una figura jurídica que no es comprendida del todo, que genera confusión por su propia naturaleza y por ser un acto jurídico que trasmite la titularidad de derechos de una persona a otra, lo que se comprobó en los primeros capítulos de este trabajo con la multitud de posturas que acerca de su

naturaleza jurídica se han emitido. Para mucha gente no queda claro como el fideicomiso puede ser un contrato. Asimismo, los conceptos propios del contrato como son las partes, sus fines y el objeto no son totalmente comprendidos, ya que se llega a confundir uno con otro. Así para nosotros, el objeto del fideicomiso es la cosa que se entrega el fiduciario, para la mayoría, objeto es el fin que se persigue con la celebración del contrato. Cabe señalar que el concepto “fin” del fideicomiso es claro y ya se explicó en su momento. Si no se comprenden estos factores es evidente que no se conocen los alcances que la Ley otorga a este contrato. Motivo por el que al celebrarlo pueden quedar asuntos sin cubrir. Lo que conlleva a casos como los que se comentaron en párrafos anteriores.

4.3 PROPUESTA DE REFORMAS LEGALES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD FIDUCIARIA.

Con base en el análisis realizado en las páginas que anteceden y en la propia experiencia hemos estimado conveniente el realizar algunas adecuaciones a las disposiciones legales que regulan el fideicomiso mexicano, con el propósito de aclarar un poco más su propia naturaleza, así como los alcances de sus conceptos básicos, muy en especial aquellos referidos a la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones a cargo de las instituciones fiduciarias, así como de sus funcionarios.

Las adecuaciones legales se ventilan en dos direcciones, por una parte algunas modificaciones a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito para aclarar conceptos, principalmente fideicomiso y actuar buen padre de familia. Asimismo, agregar sanciones en caso de incumplimiento de las disposiciones de la propia Ley.

Por otra parte en la Ley de Instituciones de Crédito se proponen adecuaciones encaminadas a determinar el límite de actuación de la institución fiduciaria, así como los derechos que la misma debe tener durante la ejecución del fideicomiso.

4.3.1 LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO

TEXTO ACTUAL	TEXTO QUE SE PROPONE	JUSTIFICACION
<p>Artículo 381.- En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.</p>	<p>Artículo 381.- Por virtud del contrato de fideicomiso el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado encomendando la realización de este fin a una institución fiduciaria.</p>	<p>Se trata únicamente de la adición de la palabra contrato con el propósito de aclarar la naturaleza del fideicomiso, ya que como se ha comentado en diferentes ocasiones la diversidad de posturas por parte de los tratadistas, así como la falta de algún elemento específico en la legislación, complican la comprensión del concepto y de la naturaleza jurídica de esta figura.</p>
<p>Artículo 391.- La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto al constituirse el mismo; estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo; no podrá</p>	<p>Artículo 391.- La institución fiduciaria actuará siempre de acuerdo con el contrato de fideicomiso, no podrá excederse de las facultades que el contrato le confiere. Las estipulaciones que se establezcan en el propio contrato no podrán por ningún motivo limitar la responsabilidad de la institución cuando se viole lo dispuesto en este artículo, o</p>	<p>Como se indicó en el texto de este trabajo se pretende delimitar el ámbito de responsabilidad de la institución fiduciaria. Se suprime el concepto de buen padre de familia, ya por tratarse de un término que no encuentra definición legal, puede generar problemas en la ejecución por falta de claridad.</p>

TEXTO ACTUAL	TEXTO QUE SE PROPONE	JUSTIFICACION
<p>excusarse o renunciar a su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.</p>	<p>bien se actúe con dolo o mala fe.</p> <p>La institución fiduciaria deberá administrar y preservar con la mayor diligencia el patrimonio del fideicomiso, evitando en todo momento que se generen daños al mismo; será responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.</p> <p>La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso y para la preservación del patrimonio, y estará obligada a ejercerlos en todo momento cuando se genere o sea inminente un menoscabo al patrimonio fideicomitado. No podrá excusarse o renunciar a su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio.</p> <p>En el contrato de fideicomiso</p>	<p>Asimismo, se manifiesta que la responsabilidad del fiduciario no se encuentra circunscrita a la administración del patrimonio sino también a la preservación del mismo, dejando en claro que la ejecución del contrato deberá realizarse de acuerdo con las disposiciones del contrato de fideicomiso, siempre y cuando estas estipulaciones no sean contrarias al texto de la ley.</p> <p>Se establece la obligación de fijar una pena convencional en el contrato de fideicomiso, cuando por mala fe o dolo de la institución, o por actuar fuera del contrato de fideicomiso o en contra de la ley, se genere un daño al patrimonio o bien por dicha razón sea posible cumplir sus fines.</p>

TEXTO ACTUAL	TEXTO QUE SE PROPONE	JUSTIFICACION
	<p>deberá establecerse que las instituciones fiduciarias indemnizarán al fideicomitente, o en su caso al fideicomisario, cuando por actos realizados con dolo, mala fe, o contrarios a lo dispuesto a las disposiciones legales en la materia, se generen perjuicios al patrimonio fideicomitado, o cuando por tal motivo no puedan ejecutarse los fines del contrato. Dicha indemnización no será menor al veinte por ciento del patrimonio fideicomitado. Dicha pena podrá ser reclamada por el acreedor sin perjuicio de la responsabilidad que tiene la fiduciaria para responder por el daño causado al patrimonio, cuando dicha responsabilidad se haga valer ante las autoridades judiciales.</p>	

4.3.2 LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO

TEXTO ACTUAL	TEXTO QUE SE PROPONE	JUSTIFICACION
<p>ARTICULO 79.- En las operaciones de fideicomiso, mandato, comisión, administración o custodia, las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confien, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la institución de crédito, con los de las cuentas controladas de las contabilidades especiales. En ningún caso estos bienes estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del</p>	<p>ARTICULO 79.- En las operaciones de fideicomiso, mandato, comisión, administración o custodia, las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confien, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la institución de crédito, con los de las contabilidades especiales. En ningún caso estos bienes estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo, mandato, comisión o custodia, o las que contra ellos correspondan a terceros de</p>	

TEXTO ACTUAL	TEXTO QUE SE PROPONE	JUSTIFICACION
<p>fideicomiso mismo, mandato, comisión o custodia, o las que contra ellos correspondan a terceros de acuerdo con la Ley.</p>	<p>acuerdo con la Ley.</p> <p>Las instituciones podrán cobrar honorarios por los servicios prestados. Dichos honorarios deberán fijarse en el contrato de fideicomiso, y serán pagados con cargo al patrimonio fideicomitado, salvo que en el propio contrato se designe a una persona encargada de dicha obligación.</p>	
<p>ARTICULO 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 fiduciaros. 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,</p>	<p>ARTICULO 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 fiduciaros. La institución responderá civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, mandato o comisión, o la ley. En el acto constitutivo del</p>	<p>Como se indicó, en ocasiones las instrucciones que gira el comité técnico pueden ser contrarios al propio contrato o a la ley. Con la redacción que se propone se pretende que la institución fiduciaria no se libere de responsabilidad por actuar de acuerdo a las indicaciones del comité, si estas indicaciones son evidentemente contrarias al fideicomiso.</p>

TEXTO ACTUAL	TEXTO QUE SE PROPONE	JUSTIFICACION
<p>comisión o la ley. En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad.</p>	<p>fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad, siempre y cuando dichas disposiciones no sean contrarias a la Ley, o al propio contrato de fideicomiso.</p> <p>Los integrantes del comité técnico responderán solidariamente de los daños que se causen al patrimonio en cumplimiento de las instrucciones que se giren al fiduciario.</p>	

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El fideicomiso por naturaleza es un acto jurídico, ya que define consecuencias jurídicas para las partes que la celebran. No puede considerarse un negocio jurídico, ya que dicho concepto no cabe en nuestro sistema jurídico, y tampoco puede ser considerado un negocio fiduciario, ya que frente a estos, el fideicomiso está definido en concepto y alcances en nuestro derecho positivo. Si bien los intentos por explicar su naturaleza han sido valiosos, consideramos que dichos intentos redundaron en la dificultad para comprender la figura.

SEGUNDA.- Como acto jurídico, el fideicomiso es un contrato ya que crea y transfiere obligaciones y derechos. No podemos considerarlo una declaración unilateral de voluntad, ya que para su perfeccionamiento es necesario forzosamente que medie la voluntad del fideicomitente así como la aceptación por parte de la institución fiduciaria.

TERCERA.- El fideicomiso es definitivamente un acto jurídico en el que opera una transmisión de propiedad limitada, llamada propiedad fiduciaria, del fideicomitente en favor del fiduciario para que de esta forma este último se encuentre en posibilidad de ejecutar los fines del contrato.

CUARTA.- Los elementos del fideicomiso son claramente definidos por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en donde puede sostenerse se encuentra la parte sustantiva del fideicomiso. La parte adjetiva se encuentra en la Ley de Instituciones de Crédito. No obstante, las obligaciones de la institución fiduciaria se encuentran definidos en conceptos bastante amplios que permiten diversas interpretaciones.

QUINTA.- La responsabilidad de las instituciones fiduciarias es observada desde el punto de vista del derecho civil, puede clasificarse en extracontractual y contractual. La primera deriva directamente de las disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y de la Ley de Instituciones de Crédito. La segunda proviene de las

estipulaciones del contrato de fideicomiso. Dicha responsabilidad se deriva del incumplimiento de las obligaciones a cargo de la institución fiduciaria.

SEXTA.- Las disposiciones legales que definen las obligaciones de las instituciones fiduciarias contienen conceptos demasiado amplios y ambiguos como es el caso del concepto de buen padre de familia, que si bien es cierto es comprendido, en el caso del fideicomiso permite que las instituciones fiduciarias no asuman totalmente su responsabilidad.

SEPTIMA.- El contrato de fideicomiso es el medio regulador de la relación que se establece entre fideicomitente, fideicomisario y fiduciario y debe prestarse especialmente atención a regular los aspectos que no son claros en la Ley, principalmente el alcance de la obligación del fiduciario de administrar y preservar el patrimonio del fideicomiso, así como las limitantes de su responsabilidad.

OCTAVA.- Es necesario realizar adecuaciones al marco jurídico vigente en materia de fideicomiso, con el propósito de definir claramente el concepto de fideicomiso, así como clarificar la responsabilidad de las instituciones que actúan como fiduciarias, tal y como se propone con las modificaciones a los artículos 381 y 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y 79 y 80 de la Ley de Instituciones de Crédito.

BIBLIOGRAFIA

1. EL FIDEICOMISO. RODOLFO BATIZA. EDIT. PORRUA. MEX. 1976.
2. EL FIDEICOMISO. JORGE ALFREDO DOMINGUEZ MARTINEZ. PORRUA 1993
3. TRATADO TEORICO PRACTICO DE LOS TRUST. PIERRE LEPAULLE. EDIT. PORRUA MEXICO 1975
4. EL FIDEICOMISO MEXICANO. LUIS MUÑOZ. EDITORIAL CARDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR. 1ª EDICION, MEXICO 1973.
5. DOCTRINA GENERAL DEL FIDEICOMISO. JOSE MANUEL VILLAGORDOA LOZANO, EDITORIAL PORRUA, MEXICO, 1998
6. LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y EL FIDEICOMISO EN MEXICO. EDITADO POR BANCO MEXICANO SOMEX, MÉXICO, 1982
7. TRATADO TEORICO PRACTICO DE FIDEICOMISO. MIGUEL ALMAZAN Y MIGUEL ACOSTA ROMERO. EDIT. PORRUA, MEXICO 1997
8. DERECHO BANCARIO Y CONTRATOS DE CREDITO. CARLOS DAVALOS. EDIT. HARLA MEXICO 1995
9. INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO. GUILLERMO FLORIS MARGADANT. EDIT. ESFINGE, MEXICO 1993
10. PANORAMA GENERAL DE LA HISTORIA DEL DERECHO. GUILLERMO FLORIS MARGADANT. EDIT. MIGUEL PORRUA Y HNOS. MEXICO 1991
11. NUEVO DERECHO BANCARIO MEXICANO. MIGUEL ACOSTA ROMERO. MEXICO 1997 EDITORIAL PORRUA.
12. CONTRATOS MERCANTILES. OSCAR VAZQUEZ DEL MERCADO, EDITORIAL PORRUA, 6ª EDICION, MEXICO 1996.
13. OPERACIONES BANCARIAS. MARIO BAUCHE GARCADIIEGO. 2ª EDICION, EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1974
14. DE LOS CONTRATOS CIVILES. RAMON SANCHEZ MEDAL, EDITORIAL PORRUA, 15ª EDICION, MEXICO 1997.
15. LA BANCA Y SUS DEUDORES. ARTURO RENDON BOLIO Y JORGE CARLOS ESTRADA AVILES. EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1996.

16. DERECHO CIVIL MEXICANO. TOMO II(obligaciones y contratos). RAFAEL ROJINA VILLEGAS, EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1984.

17. INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO. EDUARDO GARCIA MAYNEZ, EDITORIAL PORRUA, MEXICO, 1993.