

32  
2ej



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**LA TEORIA DEL RIESGO  
EN EL FIDEICOMISO**

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
P R E S E N T A :  
**ANA LUCRECIA AVALOS CABRERA**

ASESOR: DR. VICTOR MANUEL CASTRILLON Y LUNA



MEXICO, D.F.

OCTUBRE 1999

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

## FACULTAD DE DERECHO SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION ESCOLAR.  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.  
P R E S E N T E.

La alumna ANA LUCRECIA AVALOS CABRERA, realizó bajo la supervisión de este Seminario el trabajo titulado: "LA TEORIA DEL RIESGO EN EL FIDEICOMISO", con la asesoría del DR. VICTOR M. CASTRILLON Y LUNA; que presentará como tesis para obtener el título de Licenciada en Derecho.

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

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

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

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

Atentamente  
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"  
Ciudad Universitaria, a 5 de octubre de 1999.

DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRERO  
DIRECTOR

c.c.p. Secretaría General de la Facultad de Derecho.  
c.c.p. Alumna  
c.c.p. Archivo Seminario

\*occ.

SEPTIEMBRE 27, 1999

**DR. FABIAN MONDRAGON PEDRERO  
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
P R E S E N T E**

Estimado Dr. Mondragón:

Por medio de la presente me permito manifestar a usted que por instrucciones del Seminario que tan atinadamente dirige, fui designado asesor para la elaboración de la tesis de licenciatura de la pasante de derecho Srita. Ana Lucrecia Avalos Cabrera.

La Srita. Ana Lucrecia Avalos elaboró bajo la supervisión del suscrito el trabajo de tesis intitulada "LA TEORÍA DEL RIESGO EN EL FIDEICOMISO", el cual a juicio del suscrito satisface con amplitud los requisitos estatutarios.

Hago de su conocimiento lo anterior, para el efecto de que de considerarlo usted pertinente, si en su calidad de Director del Seminario tiene a bien aprobar la tesis de mención, la interesada pueda realizar los tramites conducentes a la celebración de su exámen profesional.

Aprovecho la oportunidad para enviarle un afectuoso saludo.

**A T E N T A M E N T E**



**DR. VICTOR M. CASTRILLON Y LUNA  
FACULTAD DE DERECHO.**

A MIS PADRES,  
Y A TODAS AQUELLAS PERSONAS  
QUE ME APOYARON PARA SEGUIR ADELANTE.  
GRACIAS.

# LA TEORIA DEL RIESGO EN EL FIDEICOMISO

PAGINA

## INTRODUCCION.

I

### CAPITULO I

#### ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO.

1.- EL FIDEICOMISO EN ROMA.	1
2.- EL TRUST EN EL DERECHO ANGLOSAJON.	5
A) NOCIONES.	5
B) CLASIFICACION.	9
3.- EL TRUST EN NORTEAMERICA.	11
4.- EL FIDEICOMISO MEXICANO.	14
A) FERROCARRILES NACIONALES DE MEXICO.	14
B) PROYECTOS LIMANTOUR, CREEL Y VERA ESTAÑOL.	15
C) EVOLUCION LEGISLATIVA.	19

### CAPITULO II

#### EL CONTRATO DE FIDEICOMISO EN LA LEGISLACION VIGENTE.

1.- NATURALEZA JURIDICA.	28
A) EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO JURÍDICO.	28
B) EL FIDEICOMISO COMO RÉGIMEN DE PROPIEDAD.	32
C) EL FIDEICOMISO COMO OPERACIÓN BANCARIA.	35
D) EL FIDEICOMISO COMO OPERACIÓN FINANCIERA.	37
2.- CONCEPTO LEGAL.	42
3.- ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO.	43
A) ELEMENTOS PERSONALES.	44
a) FIDEICOMITENTE.	45
b) INSTITUCIONES FIDUCIARIAS.	47
1.- DELEGADO FIDUCIARIO.	49
2.- COMITÉ TÉCNICO.	51
c) FIDEICOMISARIO.	54
B) ELEMENTOS MATERIALES.	57
C) ELEMENTOS FORMALES.	58
4.- FINES DEL FIDEICOMISO.	60
5.- CLASIFICACION DEL FIDEICOMISO.	61
A) FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN.	61
B) FIDEICOMISO DE GARANTÍA.	62

C) FIDEICOMISO DE INVERSIÓN.	63
D) FIDEICOMISO TRANSLATIVO.	65
E) FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.	65
6.- OTROS CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN.	66
7.- CAUSAS DE EXTINCIÓN.	67

### **CAPITULO III**

#### **LA TEORIA DEL RIESGO.**

1.- GENERALIDADES.	70
2.- CONCEPTO DE RIESGO.	71
3.- ANTECEDENTES Y ORÍGENES DE LA TEORÍA DEL RIESGO.	72
4.- LA TEORÍA DEL RIESGO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.	83
5.- LA TEORÍA DEL RIESGO EN LA LEGISLACIÓN CIVIL VIGENTE.	87
6.- EL RIESGO Y EL SINIESTRO EN EL CONTRATO DE SEGURO.	97
7.- LA SUPLETORIEDAD DEL CÓDIGO CIVIL EN LA LEGISLACIÓN MERCANTIL.	108

### **CAPITULO IV**

#### **EL RIESGO DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA EN EL FIDEICOMISO.**

1.- EL RIESGO EN LOS CONTRATOS DE FIDEICOMISO.	112
2.- LA PÉRDIDA O MENOSCABO DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA EN CASO DE SINIESTRO.	118
3.- LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN CASO DE SINIESTRO.	121

<b>CONCLUSIONES.</b>	124
----------------------	-----

<b>BIBLIOGRAFIA.</b>	126
----------------------	-----

## INTRODUCCION

Dentro de la legislación mercantil mexicana vigente encontramos regulado al contrato de fideicomiso, que sin duda es una de las figuras que ha cobrado gran importancia por la versatilidad de su aplicación en las operaciones de crédito y por que se ha perfeccionado a través del tiempo. Si bien es cierto que encontramos antecedentes de esta figura en el Derecho Romano, y una influencia mas directa a través del Trust anglosajón, también lo es que ha evolucionado teniendo gran desarrollo y aplicabilidad en una diversidad de actos jurídicos, habiéndose desarrollado toda una teoría de confección nacional. Aparece en el sistema jurídico mexicano hasta el año de 1932 en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, después de haberse realizado varios proyectos para su regulación.

Su aplicación dentro de los actos jurídicos es tan variada que bien puede ser utilizada con fines testamentarios, de administración, de garantía, de inversión, traslativo de dominio, entre otros, dada su amplia versatilidad en el derecho vigente, esta figura es empleada tanto por particulares como por el Gobierno Federal, a través de fideicomisos privados y públicos, respectivamente.

Actualmente debido a la reformas que tuvieron diversas leyes financieras en el año de 1993, la facultad de actuar como fiduciarias, que era exclusiva de las instituciones bancarias se ha extendido a las instituciones de fianzas y de seguros, así como a las casa de bolsa.

Las circunstancias anteriores han traído como resultado que diversos autores hayan realizado variados estudios respecto del fideicomiso que han sido publicados en infinidad de textos, surgiendo interpretaciones y posturas diversas respecto de esta institución.

Sin embargo aún cuando el fideicomiso se encuentra regulado por la legislación mercantil y se ha estudiado ampliamente por diversos autores, no se encuentran disposiciones aplicables al contrato en caso de pérdida de los bienes fideicomitidos por caso fortuito o fuerza mayor, habiendo en consecuencia una laguna en la ley al respecto.

En todo momento existe la posibilidad de que ocurra un riesgo, y que con motivo del mismo se pierda la cosa objeto del contrato, con lo que se dará lugar al incumplimiento al mismo y con ello surgirán consecuencias jurídicas. Cabe señalar que en la legislación y doctrina mercantil no se establece nada al respecto, con excepción de las disposiciones que refieren al riesgo en el contrato de seguro.

Toda vez que existen diversas clases de contratos de fideicomisos, dependiendo del fin al que se han destinado los bienes fideicomitidos, ante la falta de disposiciones aplicables a dichos contratos para determinar quién sufre la pérdida de la cosa y la forma de indemnizar en caso de siniestro, resulta aun mas compleja. Es por ello que me ha surgido la inquietud de buscar una solución mas sencilla para resolver esta cuestión en la que la legislación mercantil ha sido omisa, proponiendo así, que se regule de una manera mas directa en la propia ley.

Así con el objeto de dar seguridad jurídica a los fideicomisarios que en ocasiones han cubierto alguna cantidad por concepto de contraprestación, se propone una adición a la Ley de la materia, a fin de que por un lado se establezca con claridad, cuál de los elementos personales del contrato sufrirá la pérdida de la cosa, en caso de siniestro y que se obligue en todos los casos a la contratación de un seguro que cubra los riesgos inherentes a los bienes fideicomitidos, con el

objeto de que se eviten los daños que en ausencia de tal cobertura se ocasionen en la actualidad.

# “LA TEORIA DEL RIESGO EN EL FIDEICOMISO”

## CAPITULO I

### ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO

1.- EL FIDEICOMISO EN ROMA; 2.- EL TRUST EN EL DERECHO ANGLOSAJON; A) NOCIONES; B) CLASIFICACION; 3.- EL TRUST EN NORTEAMERICA; 4.- EL FIDEICOMISO MEXICANO; A) FERROCARRILES NACIONALES DE MEXICO; B) PROYECTOS LIMANTOUR, CREEL Y VERA ESTAÑOL; C) EVOLUCION LEGISLATIVA.

#### 1.- EL FIDEICOMISO EN ROMA.

Según diversos autores la figura del fideicomiso surge en el Derecho Romano, por la importancia que representaba para los romanos el derecho de testar, pues aunque sería aventurado afirmar que en Roma era un deshonor morir intestado lo que si se consideraba deshonoroso era el hecho de no dejar heredero alguno, pues tal situación llevaba a la conclusión de mala situación o infamia, recordemos que la institución del heredero era la razón de ser del testamento en Roma.

Ulpiano definía al testamento como: “Una correcta fijación de nuestra mentalidad, (*Mentis nostrae iusta contestatio*), hecha solamente para hacerla valida después de nuestra muerte”.<sup>1</sup> Sin embargo esta definición carece del elemento principal del testamento, el heredero, pues el testamento romano era el acto solemne de última voluntad por el cual se constituía heredero o herederos.

En razón de lo anterior, se justifica la preferencia de los romanos por su derecho a testar, es decir el acto por el cual un ciudadano romano hacía

---

<sup>1</sup> Floris Margadant S., Guillermo, “EL DERECHO PRIVADO ROMANO”, 24ª edición, Editorial Esfinge, México, 1999, págs. 465 y 466.

testamento constituyendo heredero o herederos, demostrando así el deseo de conservar el honor a su muerte, y de esta manera evitar la infamia.

En Roma, las reglas de la sucesión testamentaria se reducían a las siguientes tres ideas fundamentales: "1) Designación de herederos; 2) Adquisición de la herencia; y 3) Cargas impuestas al heredero".<sup>2</sup>

Si la designación de heredero era nula, el testamento se invalidaba, por lo que era de gran importancia que la institución del heredero recayera en una persona que contara con la capacidad de heredar, esto es que tuviera la *testamenti factio pasiva* con el testador, es decir la aptitud jurídica para poder ser elegido heredero, facultad de aquellos que contaban con el *jus civile*, exclusivo de los ciudadanos romanos.

El heredero debería poseer la *testamenti factio pasiva* en los tres siguientes momentos:

- 1.- En el momento de hacerse el testamento.
- 2.- En el momento de ofrecerse la sucesión al heredero (*delatio*).
- 3.- En el momento en que el heredero aceptaba o renunciaba a la herencia (*aditio*)

El fideicomiso (*fideicommissum*), aparece en Roma, ya que de esta manera los romanos manifestaban su declaración de última voluntad exenta de las numerosas incapacidades que existían para tener derecho a ser designado heredero, es decir para aquellos que no contaban con la *testamenti factio*.

En su origen, surge el fideicomiso como una carga impuesta al heredero, en forma de ruego, basado en la *bona fides* (buena fe). De esta

---

<sup>2</sup> Petùl, Eugene. "TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO", 15ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 514.

manera, el autor del testamento (fideicomitente), transmitía una parte o la totalidad de sus bienes , a una persona que gozaba de la *testamenti factio pasiva*, (fiduciario), encargándole que a su vez, dichos bienes fueran entregados a otra persona (fideicomisario), a la muerte del primero.

Es así que la forma normal que tomó el fideicomiso en el derecho romano era el de *fideicomiso mortis causa*, que podía hacerse fuera de testamento, sin formalidad alguna, cuando un testador quería favorecer a una persona con la cual no tenía la *testamenti factio pasiva* o para evadir la Ley Falcidia, la cual prohibía que el testador legara mas del 75% de la herencia, de tal manera que el heredero debía recibir por lo menos una cuarta parte de la masa hereditaria, es decir que una cuarta parte de la herencia no podía ser legada, (hasta que se expidió el senadoconsulto Pegasiano, en la que esta prohibición se extendió también a los fideicomisos).

En principio, esta institución no era obligatoria civilmente, se trataba de un asunto de conciencia, de suplica y de buena fe para el heredero fiduciario.

Fue hasta la época del Emperador Augusto, cuando estuvieron los fideicomisos "...bajo la jurisdicción de los Cónsules con la finalidad de que se pudiera exigir su cumplimiento... El emperador Claudio creó pretores especiales para que se dedicaran a las cuestiones fideicomisarias".<sup>3</sup>

La fiducia, contrato verbal que constituía un derecho real, por medio del cual una persona transfería a otra bienes de su propiedad con el objeto de que esta los empleara para un fin determinado, obligándose a devolver los bienes al primero, al cumplirse lo pactado, es también antecedente del fideicomiso.

---

<sup>3</sup> Bialostosky, Sara, "PANORAMA DEL DERECHO ROMANO", 4ª edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992, pág. 210.

Consistía la fiducia: "en la entrega en propiedad de una cosa realizada por una *"mancipatio"* o una *"in iure cessio"* , - que eran formas de transmisión de propiedad dentro del sistema romano -, que hace el deudor al acreedor para garantizar una obligación, seguida de un pacto (*pactum cum fiduciae*), por medio del cual el acreedor se obliga bajo la buena fe, a transmitir dicha cosa después de que la deuda se hubiere satisfecho. Para lograr la restitución del objeto, el deudor de la obligación principal cuenta con la *actio fiduciae*. En el pacto se puede establecer también que el fiduciante autorice la venta".<sup>4</sup>

De acuerdo a diversos autores, existían en el Derecho Romano dos clases de Fiducia:

**a) La Fiducia con el acreedor (*fiduciae cum creditore*)**, que tenía lugar cuando "...el acreedor quería tener una garantía real y exigía retener como garantía, durante la existencia del crédito, la propiedad de algún bien del deudor o compraba por un sestercio un objeto valioso del deudor, obligándose a volver a vender el mismo objeto al deudor por el mismo precio, después de que éste hubiere pagado la deuda...". Así, en lugar del moderno contrato de prenda, se efectuaba una transmisión de la propiedad, sujetándola a un pacto de retroventa"

5

**b) La Fiducia con amigo (*fiduciae cum amico*)** es aquella "mediante la cual se transmitía el dominio de la cosa a un depositario o mandatario, otorgado el dominio, se comprometía a destinar la cosa a una finalidad específica".<sup>6</sup>

Estas formas de fideicomiso fueron sustituidas por figuras jurídicas

---

<sup>4</sup> Bialostosky, Sara. Ob. Cit. Pág. 117.

<sup>5</sup> Floris Margadani S., Guillermo. Ob. Cit. Págs. 290 y 291.

<sup>6</sup> Sánchez Sodi, Horacio, "EL FIDEICOMISO EN MEXICO", 1ª edición, Editorial Greca, México, 1996, pág. 12.

como el depósito, el comodato y la prenda, mejorando la situación del deudor frente al acreedor, sin que por este motivo desapareciera por completo la figura de la Fiducia debido a que por su finalidad era de gran utilidad.

Cabe señalar que a través del tiempo, el fideicomiso romano sufrió diversas modificaciones y restricciones, mismas que tuvieron como consecuencia la evolución de esta figura.

De acuerdo con Floris Margadant, la segunda ventaja que conservó el fideicomiso fue que a través de "la sustitución fideicomisaria" podía designarse por anticipado al fideicomisario del fideicomisario, situación que se permitía por una generación en la época clásica y por cuatro generaciones en tiempos de Justiniano. En la Edad Media a fin de evitar que gran cantidad de bienes salieran de una familia determinada, se admitía esta sustitución fiduciaria sin limitación alguna a través de la figura del mayorazgo, hasta la Revolución Francesa que suprimió tales sustituciones por ser contrarias al principio de la libre circulación de bienes.<sup>7</sup>

Sin embargo, según la opinión de diversos autores, lo que en nuestro país se conoce como fideicomiso, no es una figura que se derive del derecho romano, sino más bien encuentra su antecedente directo en la institución del Trust anglosajón.

## **2.- EL TRUST EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN.**

### **A) NOCIONES.**

El Trust es sucesor histórico de otra institución inglesa aún más antigua que es el "uso", (use).

---

<sup>7</sup> Cfr. Floris Margadant S., Guillermo. Ob. Cit. Págs. 504 y 505.

Se cree que el origen del trust puede remontarse al Siglo XIII, cuando aparecieron en Inglaterra los primeros “usos” (uses), que consistían en: “transmisiones de tierras a favor de prestanombres (*feoffee to uses*), con las cuales buscábase obtener ciertos propósitos como el de evitar la exacción de tributos fiscales, y la aplicación de las leyes de manos muertas (*statutes of Mortmain*)”.<sup>8</sup>

Toda vez que se les prohibía a las corporaciones religiosas poseer tierras en virtud de que ya poseían demasiadas, por tal motivo las corporaciones transferían sus bienes a amigos de confianza quienes les permitían seguir usándolos. Sin embargo aparece esta figura, como una institución jurídica, hasta el siglo XV, una vez que queda sancionada por el derecho.

El “use” consistía fundamentalmente en que una persona llamada settlor, propietario de una tierra, traspasaba a otra llamada *feoffee to use*, el dominio de esta tierra a una tercera persona llamada *cestui que use*, quien tenía el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios y prerrogativas como verdadero propietario respecto del bien transmitido, con la condición de que el cesionario sería el legítimo dueño de tal bien.

Posteriormente en el año 1536 se promulga la Ley de Usos (*Statute of Uses*), debido a que la aplicación del uso ocasionaba múltiples problemas al rey y a los terratenientes del país. Esta ley no prohibía los usos (uses) sino que transmitía la plena propiedad de los bienes al beneficiario o *cestui que use*, eliminando de esta manera al *feoffee to use*. Cabe mencionar que la aplicación de dicha Ley de Usos con el tiempo se limitó al exceptuar de sus disposiciones gran cantidad de “usos”, en virtud de una interpretación restrictiva de Ley.

---

<sup>8</sup> Batiza, Rodolfo, “EL FIDEICOMISO, TEORIA Y PRACTICA”, 3ª edición, Editorial Jus, México, 1995, pág. 29.

Es como consecuencia de la Ley de Usos (*Statute of Uses*) que el "use" dejó de llamarse de esta manera, y en lo sucesivo fue denominado Trust todo aquello que había tenido como sinónimo el "use", considerando que esta figura era más adecuada para designar a la institución creada por la interpretación hecha a la Ley de Usos, entonces el "feoffee to use" fue conocido como "trustee", el "cestui que use" como el "cestui que trust" y quien constituía el Trust fue llamado "settlor".

A pesar de su antigüedad, a la fecha no ha podido elaborarse una definición unánime del concepto del trust, el concepto más generalizado y aceptado por diversos autores, es la que se encuentra en el *Restatement of Trust*, que dice: "un 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 la intención de crearlo".<sup>9</sup>

"Las personas que intervienen en la figura del Trust son las siguientes:

a) *El settlor*, que es quien realiza el acto de disposición y da los bienes en Trust a un segundo sujeto, que es b) el *trustee*, a quien le confía el destino de dichos bienes y éste debe realizar los actos tendientes a la consecución de tal fin, que es en provecho de una tercera persona, c) el *cestui que trust*."

De lo anterior conviene distinguir a los sujetos que intervienen en el trust: a) el *settlor*, o creador del trust; b) el *trustee* ó el propietario - administrativo y, c) el *cestui que trust* ó propietario - beneficiario, por lo que resulta importante analizar a cada uno de estos:

---

<sup>9</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, "EL FIDEICOMISO", 7ª edición, Editorial Porrúa, México, 1997, pág. 140.

a) *El settlor*, es toda persona capaz de disponer de un derecho "legal" o de "equidad", derechos que transfiere a un *trustee* a efecto de cumplir sus propósitos, el *trustee* que es cualquier persona con capacidad para adquirir y poseer la propiedad de los bienes a que el Trust se refiere y la de manejarlos conforme al fin establecido; por otra parte, la ejecución del Trust requiere juicio y conocimiento en los negocios; y por último el *cestui que trust* quien es el beneficiario para recibir en propiedad los bienes del Trust.

El *settlor* suele reservarse algunos derechos, como, el derecho de revocación del *Trust* y el derecho de reconocer libremente o mediante determinadas condiciones al *trustee*, entre otros.

b) El *trustee* es la persona a quien se le transmite el dominio legal de los bienes afectos a un *trust* por el *settlor*, y por ello, se trata del sujeto obligado a realizar los fines para los que dichos bienes fueron afectos.

Dada la naturaleza de sus funciones, este sujeto tiene amplio derecho, para lograr los fines que debe alcanzar por la constitución del *trust*, sobre los bienes materia del mismo, además de que el ó los *trustees*, puesto que el *settlor* puede designar uno o más, están obligados a conducirse como si se tratase de bienes propios y son responsables, por lo tanto de los daños causados por su negligencia en el desempeño del cargo.

c) *El cestui que trust* es la persona en favor de quien se constituye y funciona el *trust*, es decir, su beneficiario."<sup>10</sup>

Este sujeto tiene como derechos fundamentales los siguientes:

1) Obligar al *trustee* a que cumpla con los fines del *Trust*, y

---

<sup>10</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Ob. Cit. Págs. 142 a 144.

2) perseguir los bienes sujetos al régimen del Trust cuando éstos se encuentren en manos de terceros por actos in fieles del trustee, para reintegrarlos a la masa del Trust.

Podemos concluir entonces que los sujetos que intervienen en el Trust son: *el settlor, el Trustee y el Cestui que Trust.*

Cabe señalar que tanto como el trust inglés y su antecesor el "use" fueron practicados en Inglaterra durante la Edad Media con el propósito de evadir la ley, así como para burlar las exigencias que imperaban por los señores feudales, sin embargo, la evolución jurisprudencial y legislativa de varios siglos de desenvolvimiento, terminaron con el primitivo carácter ilícito, al ser reconocido por el orden jurídico, convirtiéndose además, en la aportación anglosajona más valiosa y original al mundo del derecho.

En la actualidad el Trust, es la figura jurídica más empleada en los países anglosajones, su uso es ilimitado, siempre y cuando su fin sea lícito y posible, se utiliza desde para realizar un sencillo contrato de compraventa, como en materia de sucesiones para legar bienes ó bien para llevar a cabo un fin altruista.

## **B) CLASIFICACION.**

Atendiendo a la forma en que nacen, los trust se clasifican de la siguiente manera: trust que nacen por acto de las partes, subdivididos en trust expresos (*express trusts*), mismos que a su vez se encuentran subdivididos en trusts ejecutados (*executed trusts*), y trust por ejecutarse (*executory trusts*), dentro de esta misma clasificación encontramos a los trusts implícitos (*implied trusts*), y por otro lado tenemos a los trusts que nacen por ministerio de ley,

subdivididos en trusts interpretativos (*constructive trusts*) y trusts resultantes (*resulting trusts*).

A continuación analizaremos la clasificación anterior, siguiendo los conceptos que Batiza da a cada uno de ellos:

a) Trust expreso: se crea intencional y deliberadamente por alguna persona, ya en un instrumento, ya en forma oral si se refiere a bienes muebles. Es un Trust que surge de los mismos términos del instrumento que lo crea.

b) Trust Ejecutado: en esta variedad del trust expreso, el settlor declara de manera definitiva los términos en que el trust debe ejecutarse, por lo que no se requiere de documento alguno para precisar sus modalidades.

c) Trust por ejecutarse: otra variante del trust expreso que consiste en que el settlor concede al beneficiario o cestui que trust, pero no de inmediato, sino subordinados a un acto adicional a realizarse por una tercera persona o al vencimiento de algún plazo o al cumplimiento de una condición.

d) Trusts implícitos: son aquellos en que los Tribunales reconocen y consideran cual fue la intención de las partes al constituirlo, por estar redactados en términos poco claros o en razón de las circunstancias que rodearon al acto en el momento de su celebración.

e) Trusts interpretativos: que pertenecen a los trusts que nacen por Ministerio de Ley y no por voluntad de las partes, y es aquel que se exige a un a persona que, ocupando una posición fiduciaria obtiene una ventaja personal, con respecto a ciertos bienes.

f) Trusts Resultantes: surge de cualquier manera de las dos formas

siguientes: (1) por la transmisión a nombre de un tercero, como el caso de una compraventa, en la cual una persona cubre el precio, pero la propiedad se transmite a otra; aquí surge un trust resultante en favor de quien entregó el precio, a menos de que se pruebe que quiso hacer una donación; (2) Cuando un trust expreso ya existente se frustra y los bienes revierten a favor del settlor o de su herederos, salvo que se pruebe que en el instrumento relativo aparezcan intenciones del settlor en otro sentido.<sup>11</sup>

### 3.- TRUST EN NORTEAMERICA.

El fideicomiso en Estados Unidos de Norteamérica fue una consecuencia de la dominación inglesa, puesto que el sistema jurídico que imperaba en las colonias inglesas de América, fue el de la equidad, con la ventaja de que su desenvolvimiento y funcionamiento son distintos, y su desarrollo no sufre tan largo proceso histórico, como en Inglaterra, sin embargo en ambos países estas figuras se asemejan.

Una vez que fue aceptada la equidad en el sistema jurídico de Norteamérica, la práctica del trust se fue adoptando, simultáneamente.

En Estados Unidos, la definición más aceptada y generalizada del Trust, se encuentra en el Restatement of Trust, concepto que fue tomado por la legislación de Luisiana y cuyo texto es el siguiente: "un trust es un estado de relación fiduciaria respecto a bienes, por quien dichos bienes son poseídos, a deberes en equidad al manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, lo cual se origina como resultado de la manifestación de la intención de crearlo".<sup>12</sup>

Fue en el año de 1822 , en Estados Unidos cuando se otorgó la

---

<sup>11</sup> Cfr. Batiza, Rodolfo. Ob. Cit. Págs. 57 a 59.

<sup>12</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Ob. Cit. Pág. 140.

primera autorización a una corporación establecida en Nueva York denominada *The Farmers' Fire Insurance & Loan Company* para que pudiera actuar como *trust*, a partir de entonces se continuo con la autorización para que diversas corporaciones estuvieran facultadas para actuar como *trust*, y fue entonces que su uso se hizo mas frecuente.

Posteriormente en el año de 1824, en Nueva Jersey se dio autorización a una corporación llamada *Morris Canal and Banking Company*, a la que se facultaba para recibir y adquirir bienes muebles e inmuebles, que le fueran transmitidos en *trust*, sin embargo es hasta 1830 en Nueva York cuando aparece por primera vez en una denominación el concepto de trust al conceder la autorización para funcionar como tal a *The New York Life Insurance and Trust Company*.

Según "el Instituto Norteamericano de Banca (*American Institute of Banking*), ha definido oficialmente el alcance de los negocios del trust, expresando que: son aquellos que consisten en la distribución de patrimonios, la administración de *trusts*, el desempeño de tutelas y la ejecución de mandatos, en todos los casos pertinentes, para personas físicas, empresas comerciales, unidades de gobierno, municipales y estatales, y fundaciones e instituciones públicas, educativas, sociales, recreativas y de beneficencia pública. En suma, los negocios de *trust* consisten en el cuidado y la administración de los bienes de otras personas".<sup>13</sup>

De acuerdo con el mencionado Instituto, tenemos entonces tres categorías principales: 1º La distribución de patrimonios; 2º La administración de trusts y de tutelas, 3º la ejecución de mandatos.

A continuación analizaremos en que consiste cada uno:

---

<sup>13</sup> Batiza, Rodolfo. Ob. Cit. Pág. 74.

1.- Distribución de patrimonios. Es la función que tiene la institución que actúa en calidad de albacea, de distribuir el patrimonio de una persona fallecida. Como obligaciones esenciales se encuentra la concentración de los bienes que forman el testamento, el pago de las deudas a cargo de la sucesión y de los gastos del procedimiento judicial, así como la distribución del activo de acuerdo a la voluntad del testador, o de acuerdo a las reglas aplicables tratándose de intestados.

2.- Administración de trusts y de tutelas. El primero de estos consiste en que cuando una persona deja en su testamento bienes a una institución de trust a favor de otra persona, en lugar de hacerlo directamente a esta, constituye un trust testamentario y cuyo beneficiario puede ser personas físicas o morales, en general a cualquier persona capaz de recibir herencias o legados. Por lo que respecta al desempeño de tutelas, por lo general en esta categoría debe actuar el trustee conforme a las facultades e instrucciones en el testamento, pero si se trata de la administración y el cuidado de bienes de menores incapacitados, debe actuar conforme a una resolución judicial.

3.- Administración de trusts. Utilizado por las empresas comerciales, en este caso, la institución interviene como trustee en la garantía de una emisión de bonos, obligaciones y pagares, quien recibe bienes del deudor que éste grava y los retiene en garantía del crédito otorgado al deudor.<sup>14</sup>

Podemos concluir, que el Trust norteamericano es un negocio en el que interviene la voluntad de una persona propietario de ciertos bienes, para otorgar la posesión de éstos a una institución, para su manejo en beneficio de otras personas.

---

<sup>14</sup> Cfr. Baliza, Rodolfo. Ob. Cit. Págs 74 a 77.

De lo antes dicho derivamos que aún cuando el fideicomiso en México deriva en su concepto de la “*fiducia*” del antiguo Derecho Romano, dadas las características del Trust norteamericano, este es el antecedente más cercano de esta institución en nuestro sistema jurídico.

#### **4.- EL FIDEICOMISO MEXICANO.**

##### **A) FERROCARRILES NACIONALES DE MEXICO.**

La primera aplicación del fideicomiso en México, fue con motivo de la construcción de Ferrocarriles, proyecto que estuvo regulado por la Ley para Ferrocarriles de 29 de abril de 1899 y por el Código Civil de 1884, ( al haberse tomado como base las disposiciones que regulaban diversos contratos en esta materia ), sin embargo para algunos autores este hecho no constituyó antecedente doctrinal ni legislativo alguno, por no haber tenido mayor trascendencia en la reglamentación de la figura del fideicomiso en nuestro país.

A través de una variedad del trust angloamericano llamado *trust deed*, (que servía como instrumento de garantía en emisiones de bonos destinados a financiar la construcción de ferrocarriles), el 29 de febrero de 1908 el gobierno Mexicano celebró un contrato con las empresas ferrocarrileras del país y con instituciones fiduciarias norteamericanas, mismo que surtió efectos jurídicos en nuestro país y conforme a nuestra legislación, aún cuando fue otorgado en el extranjero.

Este contrato que se consideraba encontraba su fundamento en elementos que correspondían, a los contratos de préstamo, mandato e hipoteca, debidamente regulados en el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, promulgado el día 31 de marzo de 1884, al no contravenir disposiciones contenidas en las leyes mexicanas de esa época, pudo surtir sus

efectos jurídicos, plenamente, aún cuando para algunos autores no constituye ningún antecedente en el fideicomiso mexicano por no tener mayor trascendencia.

## **B) PROYECTOS LIMANTOUR, CREEL Y VERA ESTAÑOL.**

Es importante señalar respecto del “Proyecto Limantour” que aún cuando fue llamado de esta manera, su autor en realidad fue el licenciado Jorge Vera Estañol. Este proyecto que fue llevado a cabo el 21 de noviembre de 1905 en la Ciudad de México constituye el primer intento legislativo para reglamentar el Trust en nuestro país, a través de José Y. Limantour, (Secretario de Hacienda en aquella época), quien envió a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, una iniciativa que facultaba al Ejecutivo para que expidiera una Ley por medio de la cual pudiera constituirse en México, Instituciones Comerciales que estarían encargadas de realizar funciones de agentes fideicomisarios.

Dicha Iniciativa estaba precedida de: “...una especie de Exposición de Motivos, en la que se expresaba que para quienes seguían de cerca el giro y desenvolvimiento que en nuestro país han tomado los negocios comerciales, se exigía la organización de lo que en los países anglosajones se llamaba *Trust Companies*, o compañías fideicomisarias, cuya función específica consistía en ejecutar actos y contratos en donde no tenían interés directo, sino que obran como simples intermediarios que ejecutan imparcial y fielmente actos y operaciones en beneficio de interesados o de terceros”.<sup>15</sup>

La iniciativa contaba de ocho artículos y disponía que el fideicomiso podría consistir en: 1.- el encargo hecho al fiduciario para ejecutar cualquiera actos, operaciones o contratos lícitos en relación con bienes determinados y para beneficio de alguna de las partes del contrato o de un tercero o para hacer

---

<sup>15</sup> Batiza, Rodolfo. Ob. Cit. Pág. 103.

efectivos los derechos o cumplir las obligaciones creadas expresamente en el contrato o que sean consecuencia legal del mismo; y 2.- en el encargo hecho al fiduciario, por la parte interesada o por medio de mandamiento judicial para ejecutar cualquier acto, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados, en beneficio de un tercero que tenga o a quien confiera derecho a una parte o a la totalidad de dichos bienes o de sus productos.

Se establecía en este proyecto, que sobre los bienes que se constituía el fideicomiso se establecía un derecho real, y que tanto la naturaleza jurídica, efectos y la manera de hacerlo valer se encontrarían definidos en la ley; en cuanto a la creación de estas instituciones, estarían supeditadas a llenar los requisitos que establecía la Secretaría de Hacienda, además de tener autorización de esta misma y mantenerse sujetos a su vigilancia; para su funcionamiento, requerían de una concesión que otorgaba la propia Secretaría quien a sus vez fijaría las bases para que las compañías fiduciarias garantizaran el fiel cumplimiento de sus funciones; se considero también que gozaban de privilegios y exenciones en materia de impuestos; y se facultaba al Ejecutivo para modificar la legislación civil, mercantil y de procedimientos con el fin de adaptar dichos preceptos al fideicomiso.

A pesar de que esta iniciativa no llegó a discutirse en la Cámara de Diputados, y por ende no haber adquirido la categoría de ley, merece concederle importancia por haber sido el primer intento legislativo para adaptar el trust anglosajón a un sistema legal de tradición romanista, como el nuestro.

Posteriormente después de la época revolucionaria y cuando las condiciones del país permitieron evolucionar en todos los campos y entre ellos en el campo legislativo, en febrero de 1924 continuo el señor Enrique Creel con el proyecto Limantour, quien expuso que habiéndose tomado como base los textos de ley y los procedimientos seguidos en Estados Unidos del trust, se como se

habían iniciado compañías bancarias de fideicomiso y ahorros en nuestro país.

En el proyecto se proponían diecisiete bases conforme a las cuales el Ejecutivo de la Unión pudiera expedir, una ley general, y aun cuando la Convención Bancaria puso a consideración de la Secretaría de Hacienda dicho proyecto, no obtuvo resultados favorables, puesto que nunca fue sancionada como ley, aunque sí influyó en la creación de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del mismo año.

En marzo de 1926, el Licenciado Jorge Vera Estañol, quien ya había participado en el primer proyecto, presentado por el señor Limantour, en 1905, presentó a la Secretaría de Hacienda un "Proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro", en el cual se "...incurría, al igual que su antecesor en 1905, en el uso erróneo de la terminología, ya que el término "fideicomisaria" se refiere más al beneficiario del fideicomiso, que a la institución ó compañía (como se le nombró en aquel entonces), mejor conocida como fiduciaria".<sup>16</sup>

Antes de entrar al estudio de la evolución legislativa del fideicomiso en México, queremos destacar la influencia que tuvo en nuestra legislación, el jurista panameño Ricardo Alfaro, con su "Proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro", llevado a cabo en 1920, quien realizó un estudio más completo y sistemático que el anteriormente realizado en nuestro país, y que dio lugar a la adopción de trust anglosajón para servir como modelo en las legislaciones de países latinoamericanos.

De acuerdo a este proyecto, "...el fideicomiso se constituía mediante un mandato irrevocable en virtud del cual se transmitían determinados bienes de toda clase, aún futuros, a una persona llamada fiduciario, para que dispusiera de

---

<sup>16</sup> Acosta Romero, Miguel y Pablo R. Almazán, *TRATADO TEORICO PRACTICO DEL FIDEICOMISO*, Editorial Porrúa, 3ª edición, México, 1999, pág. 21.

ellos, conforme a las instrucciones giradas por el que los transmitía, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario".<sup>17</sup>

De la definición anterior resultan los siguientes elementos:

a) La esencia del fideicomiso, es la de un mandato irrevocable aunado a una transmisión de bienes considerada por él como necesaria, pues sin ella, no habría acto de confianza.

b) El objeto: lo es todo bien mueble e inmueble, corpóreo o incorpóreo, presente o futuro.

c) El fin: está representado por el fin de la obligación del fiduciario, o sea, destinar los bienes a la finalidad dispuesta por el fideicomitente y nada más.

d) El sujeto: quien es el fideicomisario, pues en beneficio de éste fue la constitución de aquél, - es decir del fideicomiso -, califica al fideicomitente como fuente y al fiduciario como instrumento. Además agrega que el fideicomisario es *sine qua non* para la constitución del fideicomiso, pues no concibe ésta si no es en interés de alguien.<sup>18</sup>

Posteriormente al recibir el proyecto original una serie de críticas, su autor realizó cambios importantes en sus lineamientos.

Es hasta el 6 de enero de 1925, cuando la doctrina del Doctor Alfaro deja de ser un estudio para tomar el carácter de Ley, además de tener una gran influencia en nuestra legislación y en la de otros países para la reglamentación del fideicomiso.

---

<sup>17</sup> Acosta Romero, Miguel y Pablo R. Almazán. Ob. Cit. Pág. 21.

<sup>18</sup> Cfr. Domínguez Martínez, Alfredo. Ob. Cit. Págs. 146 y 147

## C) EVOLUCION LEGISLATIVA.

**A) Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 24 de diciembre de 1924**, publicada en el Diario Oficial de 16 de enero de 1925, bajo este Ordenamiento se trato por primera vez a la figura del fideicomiso en nuestro país.

Al dictarse esta Ley, la Secretaría de Hacienda rindió un informe al Congreso de la Unión en el que se indicaba que seguía al sistema de la Ley General de Instituciones de Crédito de 1897, aunque en esta se llenaban los vacíos que tenía la misma. "...La nueva ley cuidó de comprender todos aquéllos negocios bancarios que afectan al interés del público..."<sup>19</sup>

En la fracción VII del artículo 6º se encontraba como definición de los bancos de fideicomiso la siguiente: "son instituciones de crédito para todos los efectos legales y como tales, los sometía a un régimen de concesión especial que otorgaba al Ejecutivo de la Unión, por un periodo máximo de treinta años, como se desprende de los artículos 7 y 15 del mencionado ordenamiento".

Este ordenamiento dedicaba en su capítulo VII, dos artículos ( artículo 73 y 74 ) a los bancos de fideicomiso, mismos que a continuación analizaremos brevemente:

El artículo 73 establecía que: " Las funciones de los bancos de fideicomiso servían a los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confían e interviniendo con la representación común de los suscriptores y tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos éstos, o durante el tiempo de su vigencia"

---

<sup>19</sup> Batiza, Rodolfo. Ob. Cit. Pág. 107.

El artículo 74 que también se refería a estos bancos, tan solo anunciaba que se regirían por la ley especial que se expediría con posterioridad.

En esta Ley no se hace mención expresa de la figura del fideicomiso como una operación de crédito ni bancaria, sino que únicamente se describen las funciones de los bancos de fideicomiso, instituciones que se regularían por otra ley.

**B) Ley de Bancos de Fideicomiso de 30 de junio de 1926,** publicada en el Diario Oficial del 17 de julio del mismo año, constaba de ochenta y seis artículos, contenidos en cinco capítulos, de la siguiente manera:

- 1.- Objeto y constitución de los bancos de fideicomiso;
- 2.- Operaciones de fideicomiso;
- 3.- Departamento de ahorros;
- 4.- Operaciones bancarias de depósito y descuento; y
- 5.- Disposiciones generales.

Esta ley estaba influenciada por la figura del trust norteamericano y por la doctrina del Doctor Alfaro, y es en este ordenamiento en el que se da una estructura definida del fideicomiso.

Se estableció en la exposición de motivos de esta ley que esta institución era nueva en México y que, en consecuencia, esta ley creaba la legalización de una institución jurídica moderna, además de permitía que las operaciones financieras y comerciales se hicieran sin tantos requisitos como lo exigía el derecho tradicional.

A manera de resumen analizaremos los principales artículos de esta

Ley:

En el artículo 1º se establecía que el objeto propio de estas instituciones eran las operaciones por cuenta ajena y en favor de terceros; el artículo 2º disponía que para su establecimiento se requería de una concesión, con la exigencia de ser constituida como sociedad anónima; los artículos 3º y 4º regulaban lo referente a la administración y vigilancia y a la forma de estructurarse.

En el artículo 6º se definía al fideicomiso como: " un mandato irrevocables 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"; el artículo 7º, disponía que sólo podía constituirse para un fin lícito. Del citado artículo 6º se desprende que de nueva cuenta se comete el error de definir al fideicomiso como un mandato irrevocable.

En el artículo 18 se enumeraban las causas de extinción; en el artículo 22 se establecían las operaciones de las que podrían encargarse los bancos de fideicomiso, el cual se complementaba con el artículo 23, que mencionaba también a las operaciones por cuenta ajena. En los demás artículos se encontraban los requisitos necesarios para la organización y funcionamiento, así como las demás operaciones que podrían realizar estos bancos de fideicomiso.

**C) Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 31 de agosto de 1926**, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 16 de noviembre de 1926, que sin aportar nada a la regulación de esta institución , se limitó a incorporar íntegramente las disposiciones contenidas en la ley anterior.

D) **Ley General de Instituciones de Crédito de 1932**, publicada en el Diario Oficial de 29 de junio de ese mismo año, en su Exposición de Motivos se trato de eliminar el carácter con que se había tratado al fideicomiso al considerarlo como acto de mandato o de administración, se continuo sujetando a las instituciones a la vigilancia del Estado, además de conservarles la facultad no solo de encargarse de la ejecución del fideicomiso, sino que también las facultaba para ejecutar las demás funciones de gozaban en términos generales. Constaba de 239 artículos, distribuidos en cinco títulos, subdivididos a su vez en capítulos, y un título preliminar, que con tenía un capítulo único.

Dentro de esta Ley, se establecía que las instituciones de crédito eran aquellas que tuvieran por objeto exclusivo la práctica de operaciones activas de crédito y celebración de ciertas operaciones, entre las que se encontraba las actividades fiduciarias, se conservaba dentro de su artículo 1, fracción II, inciso e), el requisito de la concesión del Gobierno Federal, además de imponer a las instituciones fiduciarias un capital mínimo, según se tratara de establecerse en la capital del país, o en otras ciudades de la República, así mismo se continuaba con la prohibición de que las sucursales de bancos o de instituciones de crédito del extranjero actuaran como fiduciarias.

Se reglamentaba dentro de este Ordenamiento las facultades y atribuciones de las instituciones fiduciarias en los artículos 90 y 91; en su artículo 92 se señalaba, que el desempeño del cargo y el ejercicio de las facultades de los instituciones fiduciarias se realizaría por uno o más funcionarios designados al efecto, cuyo nombramiento podía en todo tiempo vetar la Comisión Nacional Bancaria, así como solicitar su remoción, respecto a la contabilidad de las instituciones se establecía que los bienes, valores y derechos dados en fideicomiso, lo mismo que sus productos, se harían constar en una cuenta especial (art. 93); se fijaban las normas a seguir por las instituciones en la

ejecución de contratos adicionales (art. 94); se enumeraban las causas para admitir la renuncia de las instituciones al desempeño del cargo en un fideicomiso, además de señalar la responsabilidad civil o penal en caso de incumplimiento, concediendo la facultad para ejercitar la acción al beneficiario o a su representante legal.

**E) La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932**, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 27 de agosto del mismo año, que se encuentra vigente en la actualidad, dedica el capítulo V del Título II (arts. 346-359) a regular el fideicomiso como institución sustantiva, vigente.

Refiere la exposición de motivos de esta Ley a advertir que, aún cuando existía el peligro inherente a la implantación de esta institución jurídica extraña, la reglamenta porque su implantación en México significará un caudal de fuentes de trabajo en nuestra economía indicaba, puesto que desde 1926, la Ley de Instituciones de crédito ya la había aceptado, aun cuando en realidad desde 1924, se había tratado por primera vez esta figura, además que corregía los errores y llenaba las lagunas de la mencionada ley de 1926, conservando la facultad del fiduciario tan sólo determinados bancos.

De esa manera se entiende al fideicomiso substancialmente como una afectación de bienes cuya ejecución se confía a una institución fiduciaria, en efecto ya que se desprende de su naturaleza y de los efectos de tal institución, la afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario.

**F) La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941**, publicada el día 31 de mayo del mismo, abrogó a la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, estuvo vigente hasta fines de 1984, contenía 171 artículos, distribuidos en cinco títulos, subdivididos a su vez

capítulos, con excepción del primero de ellos.

Se mencionaba en la Exposición de Motivos, que el capítulo dedicado a las instituciones fiduciarias apenas y sufría modificaciones por lo que se refiere a la institución del fideicomiso, sino que solo se añadió numeración en el que se incluían algunas normas nuevas por las cuales debían regirse las operaciones de inversión que realizara la institución en ejercicio del fideicomiso, mandato o comisión, cuando la naturaleza de éstos o de las instrucciones no resultaran indicaciones precisas, añadía , la notificación obligatoria a los interesados de las operaciones que realizaran en cumplimiento de sus encargos y de los datos que permitieran identificar los bienes destinados al fin respectivo, siempre que fuera posible o cuando no se hubiere renunciado a ella expresamente, y con la finalidad de hacer más real la responsabilidad por lo que se refiere a sus obligaciones.

**G) Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982.** Sirvieron de bases para la expedición de este Ordenamiento, el decreto de 1º de septiembre de 1982 por el cual se nacionalizó la banca, así como el decreto de 16 de noviembre del mismo año, por el cual se modificó el artículo 73, fracciones X y XVIII, y se adicionaron los artículos 28 y 123, apartado B de la Constitución.

Constaba esta ley reglamentaria de 43 artículos distribuidos en tres capítulos: Disposiciones Generales, De las Sociedades Nacionales de Crédito, y De la Protección de los Intereses del Público. Tenía como finalidad reglamentar el servicio público de banca y crédito, que según lo establecido por el artículo 28 constitucional debía prestar el Estado.

**H) Ley Reglamentaria del Servicio Publico de Banca y Crédito de 1984.** Se publicó en el Diario Oficial de 14 de enero de 1985, y abrogó a la ley

anterior de 1982 y a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941. Constaba de 112 artículos contenidos en seis títulos, a saber: Título primero. Del servicio público de banca y crédito, Título Segundo. De las instituciones de crédito, capítulo I, De la organización y funcionamiento de las sociedades nacionales de crédito, capítulo II. De las reglas generales de operación, capítulo III. De las operaciones pasivas, capítulo IV. De las operaciones activas, capítulo V . de los servicios . Título Tercero. De las disposiciones generales y de la contabilidad. Capítulo I De las disposiciones generales; Capítulo II. De la contabilidad. Título Cuarto. De las prohibiciones, sanciones administrativas, capítulo III. De los delitos. Título Sexto. De la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, capítulo I. De su organización y funcionamiento, capítulo II De la inspección y vigilancia.

Tenía como objeto reglamentar los términos en que el Estado prestaría el servicio de banca y crédito, las características de las instituciones encargadas de ello, mismas que debían estar constituidas como sociedades nacionales de crédito.

**l) Ley de Instituciones de Crédito de 1990.** Con motivo de que el Ejecutivo Federal con fecha 2 de mayo de 1990 envió al Congreso de la Unión una iniciativa de decreto con la finalidad de restablecer el régimen mixto del servicio de banca y crédito, misma que fue aprobada por el Congreso y la totalidad de las Legislaturas de los Estados, en términos del decreto de 26 de junio del mismo año, publicado en el Diario Oficial al día siguiente.

Por lo anterior, con fecha 28 de junio de 1990, el Ejecutivo Federal envió a consideración del Congreso de la Unión una iniciativa de Ley de Instituciones de Crédito, esta iniciativa fue aprobada en sus términos por el Congreso, y fue promulgada el 16 de julio de 1990, publicada en el Diario Oficial de 18 de julio del mismo año y constituye la Ley vigente en esa materia.

Este ordenamiento integrado por 143 preceptos se encuentra dividido en siete títulos de la manera siguiente: Título preliminar. Disposiciones Generales. Título Segundo. De las instituciones de Banca Múltiple, capítulo I. De las Instituciones de Banca Múltiple, capítulo II, De las Instituciones de Banca de Desarrollo. Título Tercero. De las Operaciones, capítulo I. De las Reglas Generales, capítulo II. De las Operaciones pasivas, capítulo III. De las Operaciones Activas, capítulo IV De los Servicios. Título Cuarto. De las Disposiciones Generales y de la Contabilidad, capítulo I De las Disposiciones Generales, capítulo II. De la Contabilidad. Título Quinto. De las Prohibiciones, Sanciones Administrativas y Delitos, capítulo I De las Prohibiciones, capítulo II De las Sanciones Administrativas, capítulo III De los Delitos. Título Sexto. De la Protección de los Intereses del Público. Título Séptimo. De la Comisión Nacional Bancaria, capítulo I. De su Organización y Funcionamiento, capítulo II. De la Inspección y Vigilancia.

Esta Ley tiene por objeto reglamentar el servicio de banca y crédito, en esta se encuentran señaladas aquellas instituciones por las cuales únicamente se prestará el servicio de banca y crédito, así como la integración del sistema bancario mexicano.

Por decreto de 5 de junio de 1992, publicado en el Diario Oficial de 9 del mismo mes y año, se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Ley de Instituciones de Crédito y de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.

Por decreto de 15 de diciembre de 1993, publicada en el Diario Oficial del 23 del mismo se reformaron, adicionaron y se derogaron diversas disposiciones de la cita ley de Instituciones de Crédito y de algunas otras, mismas que se dictaron con motivo de la celebración del Tratado de Libre Comercio al

introducir en esas leyes modalidades como la de las Filiales de Instituciones Financieras del Exterior.

Una vez hecho el análisis sobre los antecedentes del fideicomiso podemos concluir que en nuestros días tiene gran auge esta figura por la versatilidad de su aplicación, y aún cuando no es una creación directa del derecho mexicano, se ha perfeccionado a través de la evolución que ha tenido nuestra legislación.

## **CAPITULO II**

### **EL CONTRATO DE FIDEICOMISO EN LA LEGISLACION VIGENTE**

1.- NATURALEZA JURIDICA; A) EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO JURÍDICO; B) EL FIDEICOMISO COMO RÉGIMEN DE PROPIEDAD; C) EL FIDEICOMISO COMO OPERACIÓN BANCARIA; D) EL FIDEICOMISO COMO OPERACIÓN FINANCIERA; 2.- CONCEPTO LEGAL; 3.- ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO; A) ELEMENTOS PERSONALES; a) FIDEICOMITENTE; b) INSTITUCIONES FIDUCIARIAS; 1.-DELEGADO FIDUCIARIO; 2.- COMITÉ TÉCNICO; c) FIDEICOMISARIO; B) ELEMENTOS MATERIALES; C) ELEMENTOS FORMALES; 4.- FINES DEL FIDEICOMISO; 5.- CLASIFICACION DEL FIDEICOMISO; A) FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN; B) FIDEICOMISO DE GARANTÍA; C) FIDEICOMISO DE INVERSIÓN; D) FIDEICOMISO TRANSLATIVO; E) FIDEICOMISO TESTAMENTARIO; 6.- OTROS CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN; 7.- CAUSAS DE EXTINCION.

#### **1.- NATURALEZA JURIDICA**

Respecto a la naturaleza jurídica del fideicomiso, existen criterios: 1) atendiendo a la doctrina y 2) a las legislaciones que se refieren a esta figura. Entre los criterios antes citados, podemos mencionar solo a manera de ejemplo al hecho de que a esta figura se le considera como: un negocio jurídico; como acto unilateral de la voluntad; como una operación bancaria pasiva; como un servicio bancario; como una institución; como patrimonio de afectación; como un mandato; como una transmisión de derechos de los cuales es titular el fideicomitente; como un contrato sui generis; como una estipulación en favor de tercero; como acto jurídico; como régimen de propiedad, entre otros. Para el presente estudio trataremos únicamente al fideicomiso como negocio jurídico, como régimen de propiedad, como operación bancaria y como operación financiera.

#### **A) EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO JURÍDICO**

Antes de entrar al estudio del porque al fideicomiso podemos clasificarlo dentro de la categoría de los negocios jurídicos, es importante hacer una breve referencia de las Teorías Alemana y Francesa respecto de los hechos, actos y negocios jurídicos.

La doctrina francesa hace la clasificación de los hechos jurídicos en general y los divide en dos grupos: hechos jurídicos en sentido estricto y actos jurídicos.

Al respecto Galindo Garfias manifiesta: "Los acontecimientos que bajo el rubro general de hechos jurídicos, son susceptibles de producir efectos de derecho, se dividen en dos grandes categorías: aquellos fenómenos de la naturaleza, que producen efectos de derecho independientemente de la voluntad del sujeto, son hechos jurídicos en sentido estricto. (Por ejemplo, el nacimiento de una persona). También son hechos jurídicos aquellos en que interviene la conducta humana, pero los efectos de derecho se producen independientemente y a veces contra la voluntad del sujeto. (Por ejemplo, las lesiones causadas a una persona por un automovilista, en una colisión de vehículos).

Existe otra gama muy importante de acontecimientos jurídicos, en los que interviene la voluntad del hombre dirigida expresa y deliberadamente a producir los efectos previstos en la norma jurídica, son los actos jurídicos, en los cuales juega un papel muy decisivo la voluntad del sujeto".<sup>20</sup>

Tenemos entonces, atendiendo a la doctrina francesa a los hechos jurídicos en general, que se encuentran divididos en actos jurídicos y hechos jurídicos en sentido estricto que a su vez se subdividen en lícitos también llamados cuasicontratos e ilícitos conocidos como delitos y cuasidelitos. Los cuasicontratos son acontecimientos permitidos por las leyes, en los que una

---

<sup>20</sup> Galindo Garfias, Ignacio. "DERECHO CIVIL", 18ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 210.

persona se encuentra obligada hacia otra, sin que anteriormente a este exista un convenio o un contrato. Los delitos son actos u omisiones prohibidos por las leyes, en los que se tiene la intención de causar daño a una persona o a su patrimonio y por ende existe una sanción penal. Los cuasidelitos son aquellos acontecimientos también prohibidos por las leyes, en los cuales no se tiene la intención de producir ningún daño, pero sin embargo con su ejecución u omisión se causa este, también sancionado por la ley.

La doctrina alemana, por su parte hace referencia al hecho jurídico y al negocio jurídico, este último término aparece en Alemania en el siglo XIX, como consecuencia del esfuerzo de los pandectistas por sistematizar el derecho, aún cuando ya anteriormente los romanos habían hablado del "*negotium*", el cual era tan extenso que llegó a ser confuso su uso.

De Castro y Bravo, citado por el maestro Galindo Garfias, en su obra de Derecho Civil, define al negocio jurídico como: "la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado que el derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completando con otros hechos o actos".<sup>21</sup>

Ahora bien, tanto en la teoría francesa como en la alemana encontramos al hecho jurídico en sentido estricto y al acto jurídico como especies del hecho jurídico genérico, pero además dentro de la teoría alemana se encuentra también al negocio jurídico y es: aquel acto jurídico en el que además de requerir de la voluntad del sujeto, aparece la intención de realizar intereses propios a fin de producir efectos jurídicos del acto que se lleva a cabo.

En conclusión atendiendo a la doctrina Alemana, podemos citar al fideicomiso dentro de la categoría de los negocios jurídicos, aún cuando para la

---

<sup>21</sup> Galindo Garfias, Ignacio. Ob. Cit. Pág. 216.

doctrina francesa no exista tal clasificación, y en nuestra legislación no se encuentra reconocido tal término, y por tanto pertenece a aquellos actos humanos voluntarios que se realizan intencionalmente en relación a intereses propios conforme a los ordenamientos legales ya establecidos, y producir consecuencias de derecho

Es así que intervienen en el fideicomiso además de la voluntad de las partes, otros elementos como la intención del sujeto creador del negocio jurídico para producir consecuencias en el mundo del derecho.

Robusteciendo lo anterior podemos citar la definición que hace Domínguez Martínez del fideicomiso en la cual señala que: " el fideicomiso es un negocio jurídico que se constituye mediante la declaración unilateral de la 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 este fin, deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello".<sup>22</sup>

Por su parte, Cervantes Ahumada, señala: "El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado".<sup>23</sup>

En tal orden de ideas, llegamos a la conclusión de que conforme a la teoría alemana aun cuando se considera al fideicomiso como un contrato --dada la característica esencial de éste, que al constituirse produce entre las partes derechos y obligaciones--, es el fideicomiso un negocio jurídico, toda vez que al celebrarlo, el fideicomitente realiza voluntariamente actos propios reconocidos

---

<sup>22</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Ob. Cit. Pág. 188

<sup>23</sup> Cervantes Ahumada, Raúl, "TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO", 1ª reimpresión, Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 289.

por la ley para producir consecuencias jurídicas.

## **B) EL FIDEICOMISO COMO REGIMEN DE PROPIEDAD.**

En relación a este punto podemos considerar al fideicomiso desde dos aspectos: a) como un patrimonio de afectación y b) el que se refiere a que el fideicomiso constituye un desdoblamiento del derecho de propiedad.

a) Para poder entrar al estudio del primer punto antes citado, es decir, al del fideicomiso visto como un patrimonio de afectación, es menester, en forma breve destacar algunos conceptos de lo que se entiende por patrimonio, así tenemos que:

En la teoría francesa, los tratadistas Aubry y Rau, citados por Gutiérrez y González en su obra, lo han definido como: "el conjunto de obligaciones de una persona, apreciables en dinero, considerados formando una universalidad de derecho".<sup>24</sup>

En sentido similar se pronuncia Planiol, citado por Rojina Villegas en su obra, quien definió al patrimonio como: "un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valoración pecuniaria, que constituyen una universalidad de derecho".<sup>25</sup>

Domínguez Martínez, considera al patrimonio en términos generales, como: "el conjunto de bienes derechos y obligaciones correspondientes a una

---

<sup>24</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, "EL PATRIMONIO", 6ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 40.

<sup>25</sup> Rojina Villegas, Rafael, "DERECHO CIVIL MEXICANO", Tomo III, 9ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998, pág.67.

persona, con contenido económico y que constituyen una universalidad jurídica".<sup>26</sup>

Teniendo ya una idea de lo que es el patrimonio en términos generales, respecto al patrimonio de afectación podemos decir, que: "...el patrimonio adquiere autonomía no en relación con la persona, sino en función de un vínculo jurídico - económico, que el derecho, reconoce para afectar el conjunto de bienes a la consecución de ese fin"; este patrimonio de afectación debe contar con los siguientes requisitos para que sea considerado como tal: ..." 1º. Que exista un conjunto de bienes, derechos y obligaciones destinados a la realización de un fin. 2º. Que este fin sea de naturaleza jurídico - económica. 3º. Que el derecho organice con fisonomía propia, y por consiguiente, con autonomía todas las relaciones jurídicas activas y pasivas de acreedores y deudores, en función de aquella masa independiente de bienes, derechos y obligaciones".<sup>27</sup>

Por su parte Rodríguez Rodríguez señala que todos los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio por separado, un patrimonio fin o de afectación, porque considera que, este no es un patrimonio sin titular, sino por el contrario, al momento de celebrar el contrato se tiene como consecuencia una transmisión de dominio de los bienes fideicomitados produciéndose efectos contra terceros, por lo tanto el titular de este derecho será el fiduciario.

Asimismo, Barrera Graf señala: "...el fideicomiso, es una situación patrimonial (patrimonio fiduciario) sui generis, en el que se da una división de derechos entre el titular, el fiduciario, y la persona o personas (fideicomitentes o fiduciantes), que transmiten los bienes a aquél, pero conservando ciertos derechos; los derechos de uso y disposición de los bienes no se transmiten plenamente al fiduciario; el patrimonio fiduciario es un patrimonio de afectación,

---

<sup>26</sup> Sánchez Sodi, Horacio., Ob. Cit. Pág. 46.

<sup>27</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. "EL PATRIMONIO". Ob. Cit. Pág. 49

sin personalidad propia, sobre el cual el titular sólo puede realizar los fines que le fueron señalados por el fiduciante...<sup>28</sup>

Ahora bien, siguiendo el anterior orden, podemos decir que el patrimonio fiduciario lo constituyen todos aquellos bienes y derechos que son afectados y que constituyen el objeto material del fideicomiso y que se destinan a un bien lícito.

A este respecto el artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que: "Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular. Los bienes que se den en fideicomiso se consideraran afectos al fin a que se destinan...". En relación a este punto es importante mencionar si la constitución del fideicomiso implica la transmisión de propiedad de los bienes dados en fideicomiso, pues para que esta surta efectos contra terceros deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio (art. 353 del ordenamiento citado), tratándose de bienes inmuebles, y por lo que respecta a ciertos bienes muebles, tales como créditos no negociables o derechos personales; títulos nominativos, cosa corpórea y títulos al portador se deberá estar a lo dispuesto por el artículo 354 del citado ordenamiento.

Así, concluimos que, los bienes destinados a la constitución del fideicomiso constituyen un patrimonio de afectación, al tener lugar una transmisión de los bienes fideicomitados a la institución fiduciaria para que ésta los destine a un fin lícito determinado, aunque solo sea de manera temporal y revocable, es decir solo durante la vigencia del mismo.

b) En cuanto al desdoblamiento del derecho de propiedad, según la opinión de Lizardi Albarrán, existe la posible escisión del derecho de propiedad en

---

<sup>28</sup> Barrera Graf, Jorge, "INSTITUCIONES DE DERECHO MERCANTIL", 3ª reimposición, Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 265.

dos derechos reales, el fiduciario titular de uno y el fideicomisario del otro, el derecho atribuible al fiduciario, surge por la ostentación que de propietario tiene ante los terceros, la cual consiste en el poder de decisión que respecto a los bienes fideicomitidos tiene dicho sujeto; además, se trata de un derecho temporal cuyo fundamento es el fin a realizar y carece para su titular de todo valor económico.<sup>29</sup>

Por otro lado, "...caracteriza este autor al derecho real de que es titular el fideicomisario, como aquél que tiene un contenido económico con validez erga omnes, que se encuentra íntimamente ligado al fin propuesto mediante el fideicomiso, al grado de poder confundirlos y porque si bien, no obstante es el fiduciario el que en forma directa ejerce el dominio sobre los bienes objeto de la relación, el fideicomisario puede, en los casos legalmente establecidos, perseguirlos y aun reivindicarlos para ser restituidos al fondo del fideicomiso. A eso se debe que el fideicomisario adquiera un derecho real, aunque de características especiales, distintas a los de los demás derechos reales objeto de regulación legislativa".<sup>30</sup>

Sin embargo este desdoblamiento del derecho de propiedad en que sobre un mismo objeto concurren dos derechos reales, es decir, el del fiduciario que es titular de uno y el del fideicomisario que es titular de otro, resulta a mi juicio inadmisibles, en virtud de que, dada la naturaleza y características de los derechos reales, este constituye un todo o una unidad jurídica que eliminan la posibilidad de que dos o más personas detenten la titularidad en forma individual sobre los mismos bienes o derechos.

### **C) EL FIDEICOMISO COMO OPERACIÓN BANCARIA.**

---

<sup>29</sup> Cfr. Domínguez Martínez, Alfredo. Ob. Cit. Pág. 156.

<sup>30</sup> Domínguez Martínez, Alfredo. Ob. Cit. Pág. 156.

En nuestra legislación, de conformidad con la fracción XIV del artículo 75 del Código de Comercio son actos de comercio las operaciones bancarias.

Asimismo conforme a la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, son actos de comercio: "Las operaciones de crédito que esta ley reglamenta...". (artículo 1º).

Ahora bien, siguiendo el anterior orden de ideas, el fideicomiso es una operación bancaria según lo establece el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ya que solo pueden ser fiduciarias las instituciones de Crédito expresamente autorizadas para ello, conforme a la Ley de Instituciones de Crédito.

No obstante a lo anterior, además de las Instituciones de Crédito, también están facultadas para constituirse como Instituciones Fiduciarias: Las Casas de Bolsa, las Instituciones de Seguros y las Instituciones de Fianzas, así como Nacional Financiera, el Banco Nacional de Comercio Interior y el Banco de Comercio Exterior, instituciones que se trataran en el apartado siguiente, al hablarse del Fideicomiso como Operación Financiera.

Por lo que respecta a las Instituciones de Crédito el artículo 46, fracción XV de la Ley de Instituciones de Crédito establece: "Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes: ... XV.- Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito".

De lo anterior se desprende que la ley considera al fideicomiso como una operación de crédito, y aún cuando autores como Rodríguez Rodríguez plantean el cuestionamiento de considerar al fideicomiso como una operación

bancaria pasiva o como un servicio bancario, resolviendo en favor de la segunda opción, considero en mi opinión, que el fideicomiso es una operación bancaria, en la que la institución fiduciaria, quien tiene solvencia económica, realiza una operación de crédito.

## **D) EL FIDEICOMISO COMO OPERACIÓN FINANCIERA**

Podemos considerar al fideicomiso como una operación financiera, a raíz de las reformas del mes de julio de 1993, hechas a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas; Ley del Mercado de Valores y a la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, pues es a partir de estas reformas se autorizan para actuar como fiduciarias a las instituciones de fianzas, casas de bolsa e instituciones de seguros, que a continuación analizaremos.

**a) Ley Federal de Instituciones de Fianzas.** Se reformaron los artículos 16 fracción XV 29, 82 y 124, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 14 de julio de 1993.

En el artículo 16 fracción XV del citado ordenamiento se menciona que las instituciones de fianzas pueden actuar como instituciones fiduciarias sólo en el caso de fideicomisos de garantía en que se afecten recursos relacionados con las pólizas de fianza que expidan, como excepción a lo dispuesto por el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. En esta disposición se establecen las bases bajo las cuales deberá estar sujeta la operación de fideicomiso.

**b) Ley del Mercado de Valores.** Se reforman los artículos 16 Bis 7, 16 Bis 8, 17 fracción II, inciso c), 22 fracción IV, inciso d) , 103, fracción VI, y el artículo quinto transitorio.

El artículo 16 Bis 7, señala que: “Solamente podrán invertir en acciones y certificados de aportación patrimonial inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, por conducto de fideicomisos constituidos para ese único fin en instituciones de crédito y en casas de bolsa, o bien en acciones representativas del capital de sociedades de inversión, absteniéndose de realizar cualquier otra inversión directa en acciones y certificados de aportación patrimonial inscritos en el Registro citado por sí o a través de terceros: III . Los directivos, empleados o apoderados para celebrar operaciones con el público y apoderados operadores de las casas de bolsa, especialistas bursátiles y sociedades operadoras de sociedades de inversión, que no sean miembros de su consejo de administración; IV.- Los directivos y empleados de las sociedades controladoras y entidades financieras a que se refieren las fracciones V y VI del artículo 16 Bis 1 de esta Ley, que no sean miembros de su consejo de administración, y; V.- Los directivos y empleados de las bolsas de valores, instituciones para el depósito de valores, así como los miembros del consejo de administración, directivos y empleados de las instituciones calificadoras de valores”.

Las personas a que se refiere este artículo no podrán intervenir en las decisiones de inversión de los fideicomisos que constituyan, debiendo quedar reservada dicha facultad a la determinación exclusiva de la entidad fiduciaria que reciba el encargo.

El artículo quinto transitorio dispone que: “ Los fideicomisos a que se refiere el primer párrafo del artículo 16 Bis 7 ( antes transcrito ), que se hayan constituido con anterioridad al inicio de vigencia del presente Decreto, deberán modificarse conforme a lo establecido por dicho precepto legal, en su antepenúltimo párrafo, en un plazo máximo de tres meses contado a partir de que entre en vigor”.

**c) Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.** Se reformaron los artículos 34 fracción IV y 35 fracciones IV y XVI bis.

Señala el artículo 34 en su fracción IV que: "... IV.- Las instituciones de seguros podrán actuar como institución fiduciaria en el caso de fideicomisos de administración en que se afecten recursos relacionados con el pago de primas por los contratos de seguros que se celebren, como excepción a lo dispuesto en el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito".

Las instituciones de seguros autorizadas para practicar operaciones de vida, también podrán ser fiduciarias en el caso de fideicomisos en que se afecten recursos relacionados con primas de antigüedad, fondos individuales de pensiones o jubilaciones del personal, complementarias a las que establecen las leyes sobre seguridad social, y de primas de antigüedad.

La administración de dichas operaciones se realizará a través de contratos de fideicomiso, en los mismos términos que para las instituciones de crédito señalan los artículos 79 y 80 de la Ley de Instituciones de Crédito.

En la fracción XVI bis del artículo se señalan las bases a las que deberán estar sujetas las operaciones de fideicomiso a que se refiere la fracción IV del artículo 34, antes transcrito.

Cabe señalar, que aún antes de que se reformaran las disposiciones legales antes señaladas, existían en nuestro sistema jurídico excepciones a lo dispuesto por el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en el sentido de que "Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito...", ya que, pueden actuar como institución fiduciaria: el

Patronato del Ahorro Nacional, de conformidad con la fracción VIII del artículo 5º y el artículo 21 de su Ley Orgánica, según lo publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 16 de diciembre de 1986; el Banco de México, quien también puede actuar como fiduciaria en términos de la fracción XI del artículo 7º de la Ley del Banco de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 23 de diciembre de 1993.

Ahora bien, con motivo de la reforma al artículo 28 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 20 de agosto de 1993, se dio origen a la Ley del Banco Central, en la que respecto a la actividad del Banco de México como institución fiduciaria se señala lo siguiente:

Artículo 1.- El Banco Central será persona de derecho público y se denominará el Banco de México.

En el ejercicio de sus funciones y en su administración se regirá por las disposiciones de esta ley (Ley de Banco Central), Reglamentaria de los párrafos 6 y 7 del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 7 fracción XI.- "El Banco de México podrá llevar a cabo los actos siguientes: actuar como fiduciario cuando por ley se le asigne esa encomienda, o bien tratándose de fideicomisos cuyos fines coadyuven al desempeño de sus funciones, o de los que el propio banco constituya para cumplir obligaciones laborales a su cargo".

Artículo 47 fracción IV.- "Corresponderá al gobernador del Banco de México: ... actuar con el carácter de apoderado y delegado fiduciario".

Por otro lado tenemos que Nacional Financiera, puede actuar como

institución fiduciaria, según lo preceptuado en la fracción XI del artículo 5 de su Ley Orgánica, que dispone que: “La sociedad, con el fin de fomentar el desarrollo integral del sector industrial y promover su eficacia y competitividad, en el ejercicio de su objeto canalizará apoyos y recursos y estará facultada para: XI.- Ser administradora y fiduciaria de los fideicomisos, mandatos y comisiones constituidos por el Gobierno Federal para el fomento de la Industria o del mercado de valores.

La sociedad deberá contar con la infraestructura necesaria para la adecuada prestación de servicios y realización de operaciones, en las distintas regiones del país.

Asimismo el Banco Nacional de Comercio Interior actuará como institución fiduciaria, conforme al artículo 6 fracción X de su Ley Orgánica, el cual señala que esta institución: será una sociedad facultada para ser fiduciaria y administradora de los fideicomisos, mandatos y comisiones constituidos por el Gobierno Federal en relación al objeto de la sociedad señalado en esta ley.

El Banco de Comercio Exterior actuará como institución fiduciaria conforme al artículo 8 de su Ley Orgánica que dispone: “Como excepción a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y en el inciso a de la fracción XVIII del artículo 84 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de la Banca y Crédito, en los contratos que se celebren para garantizar los derechos del Banco Nacional de Comercio Exterior, Sociedad Nacional del crédito; Institución de Banca de Desarrollo, ésta podrá actuar en el mismo negocio como fiduciaria y fideicomisaria y realizar operaciones con la propia sociedad en el cumplimiento de fideicomisos y mandatos.

La sociedad, a solicitud expresa de los gobiernos de las entidades

federativas, podrá realizar las mismas funciones de fiduciario, mandatario, depositario y administrador de los recursos que dichas entidades federativas establezcan en apoyo al comercio exterior”.

Podemos concluir del análisis a las reformas de las leyes citadas, que el fideicomiso puede llegar a constituir una operación financiera, toda vez que, bajo determinadas circunstancias pueden actuar como instituciones fiduciarias: las casas de bolsa; las instituciones de fianzas; las instituciones de seguros y además el Patronato del Ahorro Nacional, el Banco de México, Nacional Financiera, el Banco Nacional de Comercio Interior y el Banco de Comercio Exterior, según lo dispuesto por los ordenamientos analizados.

## **2.- CONCEPTO LEGAL**

En México se han sustentado diversos criterios del fideicomiso adoptados en las legislaciones que desde su nacimiento han tratado definirlo, al igual que se han sustentado variados conceptos por diferentes autores.

Es en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924 donde aparece por primera vez la palabra fideicomiso como un equivalente del trust, aunque solo se refería a las formas en que los bancos de fideicomiso prestarían el servicio a los intereses del público, sin hacer una definición de esta figura, concepto que dejaba a la ley especial que sería expedida con posterioridad.

Es hasta la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, donde por primera vez se definió al fideicomiso en su artículo 6º, que establecía: “el fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable, en virtud del cual se entregan al banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que los entrega,

llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario”.

Posteriormente en el año de 1932 debido a la modernización del sistema bancario en nuestro país, surge la necesidad de mejorar el concepto que del fideicomiso se había dado en la Ley Bancaria de 1926, en la que se concebía al fideicomiso como un mandato irrevocable.

En efecto, refiere Batiza que: "...la Exposición de Motivos de la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, respecto a la ley bancaria de 1926, no precisaba el carácter sustantivo de la institución, por lo que dejaba en torno de ella gran vaguedad de conceptos, y que para que el fideicomiso pudiera vivir y prosperar en nuestro medio se requería una definición clara de su contenido y de sus efectos: Quedara el fideicomiso concebido como una afectación patrimonial a un fin, precisándose así la naturaleza y los efectos de este instituto que la Ley actualmente en vigor concibe oscuramente como un mandato irrevocable".<sup>31</sup>

De acuerdo con lo anterior, entendemos al fideicomiso como: un contrato regulado por la legislación mercantil, en virtud del cual una persona llamada fideicomitente destina bienes de su propiedad o de los que tiene plena disposición, para la consecución de un fin lícito determinado, a una institución fiduciaria, quien será la encargada de llevar a cabo la realización de tal fin, en beneficio de otra persona llamado fideicomisario.

### **3.- ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO.**

Tomando en cuenta el concepto legal del que hemos hablado con anterioridad del que se desprenden dos características, una de ellas es el efecto traslativo de los bienes fideicomitados, y la otra el fin al que se encuentran

---

<sup>31</sup> Batiza, Rodolfo. Ob. Cit. Págs. 158 y 159.

destinados los mismos.

En cuanto a los elementos del fideicomiso tenemos:

A) Elementos personales, de los que se distinguen: a) fideicomitente, b) instituciones fiduciarias, sobre las cuales analizaremos al delegado fiduciario y al comité técnico, y c) fideicomisario.

B) Elementos materiales.

C) Elementos formales.

D) Fines del fideicomiso.

#### **A) ELEMENTOS PERSONALES DEL FIDEICOMISO.**

Intervienen en el fideicomiso en primer lugar el fideicomitente, quien es la persona que crea y da lugar al fideicomiso, destinando los bienes al mismo de los cuales tiene pleno dominio o puede disponer de ellos, en segundo lugar la fiduciaria, que en la mayoría de los casos es una Institución de Crédito, salvo aquellas excepciones que por ley recaen en otra persona, mismas que ya han sido tratadas con anterioridad, y en tercer lugar el fideicomisario quien recibe el beneficio del fideicomiso, y que puede ser el mismo fideicomitente u otra persona diferente.

Ahora bien, en relación a la institución fiduciaria tenemos que, conforme al tercer párrafo del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito: "el fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta y sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo las condiciones en que hayan de sustituirse", de lo que se desprende que no existe objeción legal alguna para que exista pluralidad de fiduciarias, y ni tampoco por lo que respecta a los fideicomitentes ni a los fideicomisarios.

En cuanto a la falta de elementos personales, tenemos que de acuerdo a lo preceptuado por los artículos por los artículos 347 y 350 del Ordenamiento legal antes citado, el fideicomiso es válido aún cuando no se designe fideicomisario o fiduciario en el acto de constitución del mismo, pero quien si debe existir es el elemento personal del fideicomitente, pues es quien crea y da lugar a la celebración del fideicomiso.

En cuanto a la designación del fideicomisario señala el segundo párrafo del artículo 348 de la ley citada que: "El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 359".

La fracción II del artículo 359 a la que nos remite el precepto citado se refiere a que quedan prohibidos los fideicomisos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban de 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.

#### **a) FIDEICOMITENTE.**

El fideicomitente, es la persona física o moral que constituye el fideicomiso, es el dueño legítimo de los bienes fideicomitados o tiene la capacidad para hacer la afectación de bienes con arreglo a la ley, y quien mediante una manifestación expresa de voluntad encarga estos bienes a una institución fiduciaria para un fin lícito y determinado.

De acuerdo con el artículo 349 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito pueden ser fideicomitentes: "las personas físicas o

jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica 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 designen”.

Se desprende de este artículo que el fideicomitente debe tener la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes, de lo que se deriva que la celebración del fideicomiso se trata de un acto traslativo de dominio.

Señala Batiza, citado por Acosta Romero en su obra, por lo que hace a la participación de las autoridades en el fideicomiso que: “En esta parte de la ley se incurre en un error técnico al enunciar los propósitos para los cuales dichas autoridades pueden detentar bienes que, como fideicomitentes, se les autoriza para afectar en fideicomiso. Con la única posible salvedad del caso de la enajenación, todos los propósitos, o sea la guarda, conservación, administración, liquidación y el reparto, son jurídicamente insuficientes para permitir la constitución de un fideicomiso, si se tiene en cuenta que para ello es condición indispensable que el fideicomitente goce de la facultad de disposición sobre la cosa porque el fideicomiso produce la transmisión de bienes a favor del fiduciario. Es evidente que en las cinco hipótesis anteriores, con la excepción apuntada, no puede existir dicha facultad”.<sup>32</sup>

Así tenemos que los bienes al salir del patrimonio del fideicomitente mismos que constituyen el fideicomiso, le quedan como parte de su nuevo patrimonio los derechos que éste se haya reservado expresamente, y el derecho de reversión al momento de extinguirse el contrato, salvo lo que se hubiere otorgado como irrevocable.

---

<sup>32</sup> Acosta Romero, Miguel y Pablo R. Almazán. Ob. Cit. Pág. 232.

## **b) INSTITUCIONES FIDUCIARIAS**

El fiduciario es la institución, autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a la que se le encomienda la realización de un fin lícito y determinado, establecido por el fideicomitente a la constitución del fideicomiso.

Nuestra legislación señala que, solo podrán ser fiduciarias las instituciones autorizadas para ello conforme al artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, con excepción de las instituciones ya analizadas con anterioridad.

Para el caso de que no se designe institución fiduciaria el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en segundo párrafo señala, que: "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".

Sería necesario reformar el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, para señalar que son fiduciarias las Instituciones a las que la Ley les confiera dicho carácter.

En cuanto al número de instituciones fiduciarias que pueden intervenir en el fideicomiso tenemos que el citado artículo 350 establece en su parte final, 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", es decir que no hay una prohibición respecto del número de fiduciarias que pueden intervenir en el

fideicomiso, sin embargo no resultaría práctico que se designaran en exceso, puesto que no se contaría con la debida organización para dar cumplimiento a los fines del fideicomiso.

En cuanto a las operaciones que pueden realizar las fiduciarias tenemos que en la Ley de Instituciones de Crédito en la fracción XV del artículo 46 dispone que: ...“Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y comisiones”.

La institución fiduciaria deberá contar con todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, deberá obligarse a cumplir con el mismo en los términos en que se hay pactado en el acto constitutivo, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes fideicomitados por su culpa, según lo dispuesto por el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, generalmente los derechos y acciones quedan pactados en el contrato de fideicomiso

Señala también el precepto antes citado que, la fiduciaria se encuentra obligada a cumplir con el 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.

En caso de incumplimiento de alguna obligación o para el caso de negligencia o mala fe de la institución fiduciaria, y que con ello ocurra un daño o perjuicio a los bienes fideicomitados, podrá pedirse la remoción en los términos del contrato.

Respecto a los honorarios, gastos y demás cargas que se generen con motivo del fideicomiso, la fiduciaria recibirá los que se hayan pactado en el

contrato a la constitución del fideicomiso.

## 1.- DELEGADO FIDUCIARIO.

Aun cuando la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no hace referencia alguna respecto de los delegados fiduciarios, es precisamente esta figura quien actúa como representante legal del fideicomiso a nombre de la institución fiduciaria para todos aquellos actos referentes al mismo.

Le son aplicables a esta figura diversas circulares expedidas por la entonces llamada Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, ahora Comisión Nacional Bancaria y de Valores, entre las que se encuentran: "...Circular número 27, de 26 de junio de 1944; 547 de 16 de noviembre de 1966 y oficios circulares números 26730-341 de 27 de agosto de 1957 y 8286-829 de 21 de febrero de 1973...".<sup>33</sup>

Cabe señalar que se habla de delegados fiduciarios generales y especiales, dependiendo de si se trata de fideicomisos privados o públicos, respectivamente.

**a) Los delegados fiduciarios generales son:** "...uno o mas funcionarios que designan las instituciones (por conducto del Consejo de Administración o en su caso del Consejo Directivo), especialmente para encargarse del desempeño de fideicomisos, comisiones y mandatos fiduciarios".<sup>34</sup>

En cuanto al nombramiento de los delegados fiduciarios generales, tenemos que estos son designados en términos del artículo 21 de la Ley de Instituciones de Crédito mismo que señala que: "La administración de las

<sup>33</sup> Acosta Romero, Miguel y Pablo R. Almazán. Ob. Cit. Pág. 117

<sup>34</sup> Acosta Romero, Miguel y Pablo R. Almazán. Ob. Cit. Pág. 117.

instituciones de banca múltiple estará encomendada a un consejo de administración y a un director general, en sus respectivas esferas de competencia"; y a su vez dispone el artículo 40 del ordenamiento citado que: "La administración de las instituciones de banca de desarrollo estará encomendada a un consejo directivo y a un director general, en los términos de sus propias leyes orgánicas".

De la simple lectura de los preceptos antes citados, tenemos que aún cuando de los mismos no se desprende expresamente cual es el organismo facultado para designar delegados fiduciarios, podemos concluir que en las instituciones de banca múltiple hace la designación el Consejo de Administración, y por lo que toca a la banca de desarrollo le corresponde hacer la designación al Consejo Directivo.

Así tenemos que el delegado fiduciario actúa por cuenta y a nombre de la Institución fiduciaria y para acreditar su personalidad lo hace en términos del primer párrafo del artículo 90 de la Ley General de Instituciones de Crédito que dispone que: "Para acreditar la personalidad y facultades de los funcionarios de las instituciones de crédito, incluyendo a los delegados fiduciarios, bastará exhibir una certificación de su nombramiento, expedida por el secretario o prosecretario del consejo de administración o consejo directivo".

**b) Los delegados fiduciarios especiales:** son funcionarios "nombrados por la administración pública; su nombramiento está influido por factores políticos, tienen nexos con la propia administración pública, dentro de un contexto jerárquico y, en estricto sentido, no es funcionario o empleado de la institución, aun cuando ésta le pague sus emolumentos con cargo al patrimonio fiduciario; sus facultades y obligaciones sólo se refieren a la ejecución y cumplimiento de un solo fideicomiso, sin interferir en las demás operaciones

fiduciarias de la institución".<sup>35</sup>

Las acciones del delegado fiduciario se encuentran señaladas en el contrato, y por tanto no puede excederse en su ejercicio para llevar a cabo los fines del fideicomiso, toda vez que se encuentra limitado por las cláusulas del contrato y las resoluciones del comité técnico.

## **2.- COMITÉ TÉCNICO.**

El comité técnico tiene como objetivo la administración directa del fideicomiso cuyas facultades se establecerán en el acuerdo de su designación, suele integrarse con uno o varios miembros de la fiduciaria y uno o varios miembros, ya sea del fideicomitente o del fideicomisario según sea el caso.

Para entender al Comité Técnico como una de las figuras que intervienen en el contrato de fideicomiso es importante hacer referencia a los fideicomisos públicos y a los fideicomisos privados, de esta manera tenemos que:

**a) Los fideicomisos privados son:** "aquellos que se encuentran regulados en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y en donde los sujetos que intervienen son particulares y los bienes fideicomitados son privados.

Conforme al tercer párrafo del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito: "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."

Es facultad del fideicomitente nombrar o no al comité técnico, de lo

---

<sup>35</sup> Acosta Romero, Miguel y Pablo R. Almazán, Ob. Cit. Pág.130

cual resulta que se trata de una facultad discrecional, este nombramiento puede darse al momento de constituirse el fideicomiso, o bien en sus reformas, y en este acto se fijaran las bases para su funcionamiento y para la realización de sus actividades. Señala también el precepto citado que si la fiduciaria actúa con apego a lo que el comité técnico acuerde, esta institución quedará liberada de toda responsabilidad.

**b) Por lo que respecta a los fideicomisos públicos son:** aquellos en los que el fideicomitente bien puede ser el Gobierno Federal, los Gobiernos de los Estados o los Ayuntamientos, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, tratándose de la administración pública federal, de la Secretaria de Desarrollo Económico, cuando se trate de los estados o de la dependencia análoga y de la tesorería cuando se trate de Ayuntamientos, se afectan bienes del dominio público (previo decreto de desincorporación) o del dominio privado de la Federación, de los Estados o Municipios para la realización de un fin público o social.

A este respecto el artículo 47 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, establece: "Los fideicomisos públicos a que se refiere el artículo tercero, fracción III de esta ley, son aquellos que el Gobierno Federal o alguna de las demás Entidades Paraestatales, constituyen con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado, para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo que cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades y que tengan comités técnicos".

Tratándose de fideicomisos públicos constituidos por entidades del sector Paraestatal, quienes tienen personalidad jurídica propia, el fideicomitente es el Organismo Público descentralizado, actuando por conducto de sus Órganos de Administración y Representación.

El patrimonio fiduciario, se encuentra constituido por el conjunto de bienes de las entidades y estos pueden ser los siguientes:

- a) Bienes del dominio público, previa desincorporación.
- b) Bienes del dominio privado.
- c) Bienes inmuebles.
- d) Bienes muebles.
- e) Dinero en efectivo.
- f) Subsidios.
- g) Derechos.<sup>36</sup>

El patrimonio fiduciario en los fideicomisos públicos puede estar constituido ya sea por cualquiera de los bienes antes citados, o bien por una combinación de los mismos.

Estos bienes se transmiten a la institución fiduciaria para que se lleven a cabo el objeto del contrato y se cumpla con la finalidad pactada.

La constitución del comité técnico en los fideicomisos públicos, por lo general depende de la cuantía de los bienes fideicomitados, es decir que dicha constitución se realizará siempre y cuando la importancia de los bienes lo requiera.

Tratándose de fideicomisos públicos la designación del comité técnico es obligatoria al momento de la constitución del fideicomiso en el cual se fijarán las bases sobre las cuales se regirán sus actividades, y estará integrado por representantes del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario, en su caso.

---

<sup>36</sup> Acosta Romero, Miguel, *TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO*, 14ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 559.

En los fideicomisos públicos en que intervienen entidades paraestatales conforme a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y respecto a la obligatoriedad del cumplimiento de las instrucciones que dicte el comité técnico, en este sentido señala el artículo 44 de Ley Federal de las Entidades Paraestatales que: "La institución fiduciaria deberá abstenerse de cumplir las resoluciones que el Comité Técnico dicte en exceso de las facultades expresamente fijadas por el fideicomitente, o en violación a las cláusulas del contrato de fideicomiso, debiendo responder de los daños y perjuicios que se causen, en caso de ejercitar actos de acatamiento de acuerdos dictados en exceso de dichas facultades o en violación del citado contrato".

Los fideicomisos públicos pueden tener los siguientes objetivos:

- a) Inversión de fondos públicos.
- b) Manejo y administración de obras públicas.
- c) Prestación de servicios.
- d) Producción de bienes para el mercado.<sup>37</sup>

La duración de estos fideicomisos es de 30 años como máximo y en caso de instituciones de beneficencia de orden público, su duración puede ser indefinida.

### **c) FIDEICOMISARIO**

El fideicomisario es la persona física o moral que tiene la capacidad necesaria para recibir el provecho del fideicomiso.

Señala el artículo 347 de la Ley General de Títulos y Operaciones

---

<sup>37</sup> Acosta Romero, Miguel. *TEORIA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO*. Ob. Cit. Págs. 562 y 563.

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

Tenemos entonces que el fideicomisario no es un elemento esencial del fideicomiso, pues el contrato tiene existencia y validez aun cuando no se haya hecho su designación.

El fideicomisario puede ser un tercero o el mismo fideicomitente, si así lo pactan las partes, pero no así la fiduciaria quien se encuentra impedida en términos generales para ser beneficiaria según lo que establece expresamente el cuarto párrafo del artículo 348 del ordenamiento legal citado, con excepción de aquellos fideicomisos constituidos en garantía a lo que se deberá estar a lo dispuesto por el quinto párrafo del mismo precepto, según reforma de 24 de mayo de 1996.

Sin embargo además de esta excepción, existen otras en las que el fideicomisario y la fiduciaria actúan con el mismo carácter en el fideicomiso, algunas de estas son: el Banco Nacional Pesquero y Portuario, Sociedad Nacional de Crédito, los bancos que integran el Sistema Banrural y el Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, (según lo publicado en su Ley Orgánica en los artículos 9, 51 y 10 respectivamente, en el Diario Oficial de la Federación de 13 de enero de 1986); Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, Sociedad Nacional de Crédito, Banco Nacional del Pequeño Comercio, Sociedad Nacional del Crédito y el Banco Nacional de Comercio Exterior (según lo publicado en su Ley Orgánica en los artículos 9, 9 y 8 respectivamente, en el Diario Oficial de la Federación de 20 de enero de 1986); así como Nacional Financiera, Sociedad Nacional de Crédito (artículo 11 de su Ley Orgánica publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 26 de diciembre de 1986).

Dentro del fideicomiso pueden designarse varios fideicomisarios

para que reciban simultánea o sucesivamente (a este respecto cabe señalar que son actos simultáneos aquellos que se hacen o suceden al mismo tiempo, y son actos sucesivos aquellos que siguen a otro), el provecho del fideicomiso, salvo la excepción hecha en la fracción II del artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en el cual: Quedan prohibidos los fideicomisos 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.

Como obligaciones de los fideicomisarios, se encuentran principalmente la de pagar honorarios a la fiduciaria, así como de reembolsarle los gastos que ésta hubiera erogado, así como el pago de los derechos y de los impuestos que se generen con motivo del fideicomiso.

El fideicomisario tendrá el derecho de ejercitar todas las acciones tendientes a vigilar el fiel cumplimiento del fideicomiso y de atacar todos los actos que se ejecuten en perjuicio de sus derechos, disponiendo el artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito que: "Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y para pedir la remoción, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales, y a falta de 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".

Tendrá además, el derecho de exigir el cumplimiento del fideicomiso a la institución fiduciaria, y así mismo tendrá el derecho de atacar la validez de los actos que el fiduciario cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley, le correspondan a este, de acuerdo a lo que establece el artículo 355 de la Ley General de Títulos y

## **B) ELEMENTOS MATERIALES.**

Constituyen los elementos materiales aquellos que forman el objeto del contrato, así tenemos que los elementos materiales en el fideicomiso lo constituyen el patrimonio fideicomitado, mismo que pueden ser cualquier tipo de bienes o derechos siempre y cuando se encuentren dentro del comercio y puedan ser transmisibles, y son precisamente estos bienes o derechos los que el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria para que se pueda llevar a cabo el fin estipulado en el contrato.

Conforme al artículo 351 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular. Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan, y en consecuencia sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo, o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros.

Mediante el fideicomiso, se destinan uno o varios bienes al logro de una finalidad, señalando el artículo 346 de la ley citada que: "en virtud del fideicomiso se destinan ciertos bienes a un fin lícito determinado"; estos bienes conforme al 349 del ordenamiento mencionado quedan afectados.

De esta manera, los bienes objeto del fideicomiso salen del patrimonio del fideicomitente, para que pueda disponer de ellos la fiduciaria, y por tanto ésta es quien tendrá la titularidad de dichos bienes para que pueda llevarse

a cabo el objeto del fideicomiso, y en consecuencia el patrimonio fideicomitado se coloca en lo que se denomina "patrimonio afectación".

### **C) ELEMENTOS FORMALES.**

Entendemos como elementos formales del contrato, la forma que prescribe la ley para que se materialice el consentimiento de las partes a través de la cual nace el fideicomiso. En cuanto a los elementos formales del fideicomiso, señala la Ley General de Títulos y Operaciones los siguientes:

Artículo 352.- El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en el fideicomiso.

Señala el artículo 353 que: "el fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles deberá inscribirse en la sección de la Propiedad del Registro Público de la Propiedad del lugar en que los bienes estén ubicados, y surtirá efectos contra terceros a partir de la fecha de inscripción en el Registro".

En el artículo 354 se establecen las bases para los fideicomisos en los cuales el objeto recae sobre bienes muebles y surta efectos contra terceros, y se mencionan los tres requisitos siguientes:

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

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

III.- Si se tratare de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que

estén en poder de la institución fiduciaria.

Tratándose de fideicomiso testamentario, deberán seguirse las formalidades que le sean características a éste, atendiendo a la clasificación que señala el Código Civil, dependiendo si se trata de testamento ordinario o especial.

Otra de las formalidades del fideicomiso, es la relativa a la naturaleza y a la cuantía de los bienes que lo constituyen, y por tanto puede constar en escritura pública o en contrato privado su constitución.

A continuación haremos una breve anotación del clausulado que generalmente llevan los contratos de fideicomiso:

1. Se identifican las partes, señalándose la calidad con la que intervienen en el contrato (fideicomitente, fiduciario y fideicomisario), en el caso de la institución fiduciaria aparecerán los nombre de los delegados fiduciarios.

2. Se señala el consentimiento de las partes por el que expresan su voluntad para llevar a cabo el contrato.

3. Se especifica el tipo de fideicomiso a efecto de saber si es acorde al fin que se quiere.

4. Se identifica el objeto materia del contrato, en el cual se verifica su existencia, que el fideicomitente tiene en su totalidad la disponibilidad del mismo, que se encuentre dentro del comercio .

5. Se hace la integración del patrimonio fideicomitado, en el que se puede dejar abierta la posibilidad de que se hagan nuevas aportaciones.

6. Se detalla el fin del fideicomiso, al que deberá sujetarse la institución fiduciaria.

7. Se señalan aquellos derechos que se reservará el fideicomitente

8. En caso de que se designe comité técnico se le señalan sus funciones.

9. Se hace el nombramiento de fideicomisario o de fideicomisarios y la forma en que recibirán los beneficios producto del fideicomiso. Aunque ya ha quedado señalado, cabe recordar la posibilidad de que no se nombre fideicomisario.

10. Puede señalarse el término o la condición a la que quedará sujeto el fideicomiso, en su caso.

11. La contraprestación que deberá recibir el fideicomitente con motivo de la celebración del contrato y por ende de la afectación de los bienes fideicomitados.

12. Los honorarios y comisiones de la fiduciaria.

13. En su caso, el sometimiento de las partes a los Tribunales de su elección o de su jurisdicción, para la resolución de posibles controversias que pudieran surgir con motivo del fideicomiso.

14. La fecha, nombre y firma de las partes que intervinieron en la celebración del contrato de fideicomiso.

#### **4.- FINES DEL FIDEICOMISO.**

Según el artículo 346 de la ley multicitada, se constituye el fideicomiso para la realización de un fin lícito determinado, disponiendo el artículo 8º del Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal, en cuanto a la licitud en el fin u objeto que éste debe apegarse las leyes de orden público, a las buenas costumbres y a la moral.

Ahora bien, de lo anterior podemos concluir que los fines del fideicomiso pueden ser de cualquier tipo y por tanto la fiduciaria podrá recibir del fideicomitente todas aquellas instrucciones para la realización del fideicomiso, siempre y cuando sean lícitas y posibles. El fideicomiso existirá hasta que se

logre el fin para el que fue constituido, o bien cuando su realización se vuelva imposible de llevar a cabo.

El artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones antes mencionado, señala que el fin del fideicomiso además de ser lícito debe estar determinado, ya que en todo contrato las partes deben tener la certeza de aquellos derechos y obligaciones que contraen al momento de celebrarlo del contrato, tomando en cuenta que el citado fin del fideicomiso es un elemento de existencia del mismo y por tanto de no estipularse, simple y sencillamente el contrato no tendría vida jurídica.

## **5.- CLASIFICACIONES DEL FIDEICOMISO.**

Existen diversas clasificaciones del fideicomiso, encontramos que conforme a la doctrina el fideicomiso se clasifica en: fideicomisos de administración, de garantía, de inversión. Nuestra legislación maneja a los fideicomisos translativos, por testamento, de bienes muebles e inmuebles, existiendo tantos tipos de fideicomisos según sea el fin u objeto de éstos.

### **A) FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN.**

En principio podemos señalar que son aquellos en que los bienes fideicomitidos son entregados por el fideicomitente para ser administrados por la institución fiduciaria.

Se entiende por fideicomiso en administración: "...aquel en que el fideicomitente entrega bienes inmuebles al fiduciario para que se encargue de la celebración de contratos de arrendamiento, del cobro de rentas, de la promoción de juicios de desahucio o lanzamiento, del pago de los diversos impuestos que

gravan la propiedad, etcétera, todo en ello en interés del beneficiario”.<sup>38</sup>

Se constituye como un mandato para actos de administración.

## **B) FIDEICOMISO DE GARANTÍA.**

Este tipo de clasificación ha sido de gran utilidad, ya que con la practica de este tipo de fideicomiso se han suplido los contratos de hipoteca, de mutuo y la prenda, en este fideicomiso se trasladan los bienes fideicomitados a la fiduciaria, que constituyen la garantía, facilitando los procedimientos en caso de incumplimiento de la obligación por la persona que lo constituye o bien por un tercero.

El fideicomiso de garantía tiene un funcionamiento sencillo, el fideicomitente otorga en fideicomiso a la institución fiduciaria determinados bienes que constituyen precisamente la garantía, con la obligación, de que en el término pactado de cumplimiento al contrato, y para el caso de no ser así, la fiduciaria procederá al remate de los bienes afectados para pagar con su producto al fideicomisario acreditante, y en caso de que hubiera un remanente la institución se lo entregara al fideicomitente.

Respecto al procedimiento judicial a seguir en el fideicomiso en garantía, señala el artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito que: A falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de las obligaciones, se aplicará el procedimiento establecido en los dos primeros párrafos del artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a petición del fiduciario, (relativo a la prenda).

---

<sup>38</sup> Batiza, Rodolfo. Ob. Cit. Pág. 182.

Si el deudor no se opone conforme a lo previsto en dicho artículo, el juez mandará que se dé cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus modificaciones”.

Por su parte el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en sus dos primeros párrafos dispone que: El acreedor podrá pedir al juez que autorice la venta de los bienes o títulos dados en prenda, cuando venza la obligación garantizada.

De la petición del acreedor se correrá traslado inmediato al deudor, y éste, en el término de tres días, podrá oponerse a la venta exhibiendo el importe del adeudo.

Del precepto antes transcrito, podemos concluir que la oposición a que se refiere el artículo 83 del ordenamiento legal citado, se trata de que el fideicomitente deudor exhiba el pago de la obligación garantizada, para que no se rematen los bienes que habían quedado en garantía.

### **C) FIDEICOMISO DE INVERSIÓN**

El fideicomiso de inversión es: “aquel en el que una persona (fideicomitente) destina cierta en efectivo o en títulos de crédito, a la constitución de un fideicomiso; y la fiduciaria se compromete, durante el plazo del contrato, a invertirlos en el mercado de valores o en “mesas de dinero” de otras bancas, con objeto de obtener con ellos el máximo rendimiento. Al término o periódicamente dentro de él, el fiduciario entrega parcialidades o la totalidad tanto del capital como de los rendimientos, al fideicomisario, que en este ejemplo es la misma

persona que le fideicomitente. Este tipo de fideicomiso es el régimen desde el cual funcionan las llamadas “mesas de dinero” de los bancos, los que son fiduciarios de sus clientes - fideicomitentes y fiduciarios a la vez - respecto de un fideicomiso que es múltiple porque está diseñado para invertir en un solo pull los dineros de múltiples clientes”.<sup>39</sup>

Con la constitución del fideicomiso de inversión se celebra además de este contrato otro de mutuo que regula lo referente al préstamo; en el contrato de fideicomiso se señala el nombre de las partes (fideicomitente, fiduciario y fideicomisario), la suma de dinero que constituye el fondo, el fin del fideicomiso, que consistirá precisamente en el otorgamiento de préstamos a interés, así como otras cláusulas que se refieren a la irrevocabilidad del contrato de fideicomiso durante la vigencia del mutuo, la responsabilidad del fiduciario por las pérdidas y menoscabos del fondo causados por su culpa, honorarios y todas aquellas cláusulas que se determina en el fideicomiso y que ya hemos analizado con anterioridad. En el contrato de mutuo se señalará las partes que intervienen en él, la cantidad que constituye el préstamo, su vencimiento, la tasa de interés, entre otras.

De esta manera tenemos fideicomisos de inversión garantizada y de inversión no garantizada. Los primeros son aquellos en los que: “...la fiduciaria garantiza el rendimiento de las transacciones que realice con los bienes fideicomitidos, con la característica básica de que al momento de liquidar el fideicomiso el fideicomisario recibirá el patrimonio fideicomitado en su totalidad mas un rendimiento fijo, el cual no ha sido afectado por la fluctuación en la tasa de interés aplicable”.<sup>40</sup>

En los de inversión no garantizada, “...la institución fiduciaria

---

<sup>39</sup> Dávalos Mejía, Carlos Felipe. *DERECHO BANCARIO Y CONTRATOS DE CRÉDITO*, Tomo II, 2ª edición, Editorial Harta, México, pág. 875.

<sup>40</sup> Sánchez Sodi, Horacio. Ob. Cit. Pág. 42.

administra e invierte el patrimonio fideicomitido pero en busca de la oportunidad de la mejor inversión por lo que no puede garantizar un rendimiento fijo, ni la entrega total del bien fideicomitido; en ambos tipos de fideicomiso la institución entrega los remanentes y los beneficios libres de toda comisión bancaria o gravámenes fiscales".<sup>41</sup>

A este respecto cabe señalar que son precisamente las instituciones de crédito, quienes captan los recursos del público y mediante las operaciones que llevan a cabo garantizan el rendimiento de las transacciones, que en este caso constituyen los bienes dados en fideicomiso, a través de préstamos, instrumentos bancarios, ya sea de renta fija o variable, etc., con el objeto de obtener ganancias.

#### **D) FIDEICOMISO TRANSLATIVO.**

La constitución del fideicomiso implica una transmisión de derechos o una transmisión de propiedad a la fiduciaria para que lleve a cabo el fin lícito y determinado. Esta transmisión deberá ajustarse a los términos de la legislación común, y deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad del lugar en que se encuentran los bienes inmuebles; tratándose de bienes muebles a través de notificación al deudor si se trata de un crédito no negociable o de un derecho personal, a través de endoso que quede en los registros del emisor, si se trata de un título nominativo, y cuando se encuentre en poder de la fiduciaria, si se trata de cosas corpóreas o de títulos al portador.

#### **E) FIDEICOMISO TESTAMENTARIO**

Los fideicomisos testamentarios son "aquellos en que por vía testamentaria ilegítima, el testador solicita que sus bienes sean fideicomitidos con

---

<sup>41</sup> Sánchez Sodi, Horacio. Ob. Cit. Pág. 42.

un fin lícito y determinado, esta tarea es encargada al albacea de la sucesión, quien tendrá en términos de la legislación común la personalidad y las facultades necesarias para contratar, con la institución fiduciaria, el fideicomiso testamentario".<sup>42</sup>

Señala el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que: "El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos y por testamento. Respecto al testamento, nuestro Código Civil señala en su artículo 1295 que: es un acto personalísimo, revocable y libre por el cual una persona dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte".

Resulta entonces que a través del fideicomiso testamentario, el testador destinará determinados bienes de su propiedad a un fin lícito y determinado, el cual se llevará a cabo por la institución fiduciaria, hasta después de la muerte del fideicomitente testador, quedando sujetos a ese régimen especial.

## **6.- OTROS CRITERIOS DE CLASIFICACION**

Existe una variedad de fideicomisos, ya que como se señaló con anterioridad el tipo de fideicomiso dependerá del fin a que se haya determinado su constitución , por lo que a continuación se señalaran algunos de los criterios de clasificación, entre otros que puedan existir:

1.- Dependiendo de la naturaleza de los bienes fideicomitados, encontramos fideicomiso de bienes inmuebles, que a su vez se subclasifican en urbanos y rústicos, los primeros a su vez pueden ser de condominio, de fraccionamiento o de productos; y fideicomisos de bienes muebles, en los que

---

<sup>42</sup> Sánchez Sodi, Horacio. Ob. Cit. Pág. 40.

encontramos de préstamo, de concesiones, de autorizaciones.

2.- Pueden ser limitados e ilimitados, atendiendo a su duración.

3.- Atendiendo a los sujetos que intervienen, tenemos fideicomisos públicos o privados.

4.- De acuerdo a los derechos que se haya reservado el fideicomitente, hay fideicomiso revocables e irrevocables.

5.- Dependiendo del fin de fideicomiso, encontramos de garantía, de administración, de inversión y translativos de dominio.

6.- Atendiendo a su forma, pueden constituirse en contrato privado y en escritura pública.

7.- En cuanto a su ubicación, pueden clasificarse en fideicomisos en zona prohibida , o fuera de ellas.

8.- Respecto a los sujetos que intervienen y dependiendo si se trata de bienes del Estado o de bienes de particulares, encontramos fideicomisos públicos y privados.

9.- Encontramos también fideicomisos onerosos o gratuitos, entre otros.

## **7.- CAUSAS DE EXTINCION.**

Son causas de extinción del fideicomisos las siguientes:

I.- Por la realización del fin para el cual fue constituido; razón por demás obvia, toda vez que precisamente se constituye el fideicomiso para llevar a cabo un fin lícito y determinado.

II.- Por hacerse imposible la realización del fin del fideicomiso; esta forma de extinción tiene lugar, puesto que si se hace imposible la realización del fin para el que fue constituido, ya hay razón para continuar con su constitución.

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

Sin embargo, respecto de la causa de extinción anterior, cabe aclarar en mi particular punto de vista, que la misma no tiene razón de ser, pues recordemos que precisamente con el cumplimiento a la condición suspensiva tiene lugar el nacimiento de la obligación, es decir que entonces no ha tenido lugar el fideicomiso, pues precisamente su constitución se encuentra sujeta a que se dé cumplimiento a esta condición, entonces resulta ilógico que sea causa de extinción que se haga imposible su cumplimiento.

IV.- Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto el fideicomiso; pues recordemos que el cumplimiento de la condición resolutoria, extingue la obligación.

V.- Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario; lo cual tiene lugar, pues es voluntad de las partes convenir expresamente que el fideicomiso se extinguirá cuando ambas partes así lo convengan.

VI.- En caso de que la fiduciaria no acepte, renuncie o se le remueve de su cargo y no se fuere posible la substitución de otra institución fiduciaria para la continuación, cesara el fideicomiso; pues al no haber institución fiduciaria, no puede continuarse con el fideicomiso.

Una vez extinguido el fideicomiso, la institución fiduciaria devolverá al fideicomitente o a sus herederos, los bienes que le fueron destinados. Tratándose de bienes inmuebles o de derechos reales impuestos a éstos bienes,

esta devolución surtirá sus efectos, cuando la fiduciaria así lo asiente en el acto constitutivo y se inscriba en el Registro Público de la Propiedad, respectivo.

En cuanto a su duración señala el artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, algunos de las limitaciones a que debe apegarse el fideicomiso, por lo que quedan prohibidos los fideicomisos cuya duración sea mayor de 30 años, cuando se designe como beneficiario a un apersona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia, pudiéndose constituir fideicomisos con duración mayor de 30 años cuando el fin sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artísticos que no tengan fines de lucro.

## CAPITULO III

### LA TEORIA DEL RIESGO.

1.- GENERALIDADES; 2.- CONCEPTO DE RIESGO; 3.- ANTECEDENTES Y ORIGENES DE LA TEORÍA DEL RIESGO; 4- LA TEORÍA DEL RIESGO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA; 5- LA TEORÍA DEL RIESGO EN LA LEGISLACIÓN CIVIL VIGENTE; 6- EL RIESGO Y EL SINIESTRO EN EL CONTRATO DE SEGURO; 7- LA SUPLETORIEDAD DEL CÓDIGO CIVIL EN LA LEGISLACIÓN MERCANTIL.

#### 1.-GENERALIDADES

En términos generales entendemos como "riesgo" a aquella posibilidad de que se actualice el acontecimiento futuro que amenaza a una persona o a su patrimonio de sufrir un daño o un perjuicio. Dicho de otro modo es la posibilidad de que al producirse el siniestro se haga realidad el riesgo.

Así podemos mencionar que al producirse el siniestro, se causa y se actualiza el riesgo, el cual es regulado en el ámbito jurídico con la finalidad de precisar sus efectos y consecuencias, pues éste a su vez ocasiona que la obligación pueda incumplirse, ocasionando diversas consecuencias jurídicas.

La ley, los contratos y demás actos jurídicos imponen a las personas diversas obligaciones y siempre existe la posibilidad de que las mismas se incumplan, ya sea por causas de la naturaleza, de las personas o por la utilización de objetos peligrosos que puedan ocasionar algún daño a personas o cosas, constituyendo estas eventualidades los verdaderos "riesgos en sentido jurídico", los cuales traen como resultado que al producirse el daño o siniestro una obligación pudiera no llegarse a cumplir, o que una norma jurídica o una disposición legal no se acate, y es precisamente en dichos supuestos que surge la figura jurídica denominada en el derecho común como "la teoría del riesgo", en

la cual se determina la responsabilidad de las partes como consecuencia del daño sufrido, y la forma en que serán indemnizadas, además de determinar para quién se pierde la cosa objeto de la obligación.

## 2.- CONCEPTO DE RIESGO.

Antes de estudiar los orígenes de la Teoría del riesgo es necesario hacer una breve referencia de las definiciones que diversos autores han dado del concepto de "riesgo" con la finalidad de entender cuáles son esas eventualidades a que se refiere la citada teoría:

Riesgo: "es la posibilidad contingente de que se realice un acontecimiento, que amenaza a una persona de sufrir un detrimento patrimonial (daño o un perjuicio), por la violación ilícita o lícita de un deber jurídico stricto sensu o una obligación lato sensu en cualesquiera de sus dos especies".<sup>43</sup>

El riesgo consiste en "la eventualidad de que se dé un acontecimiento futuro, que puede ser incierto, o bien cierto pero de plazo indeterminado. El acontecimiento no depende de la voluntad de los sujetos, por lo que puede o no suceder".<sup>44</sup>

Así mismo, tomando como fuente al contrato de seguro regulado por la materia mercantil se ha definido al que riesgo como: "el evento posible e incierto, de existencia objetiva, previsto en el contrato, de cuya realización depende el vencimiento de la obligación, establecida en el contrato a cargo del asegurador, para atender a la necesidad económica del asegurado".<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, "DERECHO DE LAS OBLIGACIONES", Tomo II, 12ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998, pág. 602.

<sup>44</sup> Vásquez del Mercado, Oscar, "CONTRATOS MERCANTILES", 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998, pág. 279.

<sup>45</sup> Rodríguez Rodríguez, Joaquín, "DERECHO MERCANTIL", Tomo II, 24ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 141.

Una vez que ha quedado precisado el concepto jurídico de riesgo, podemos decir que la teoría que se refiere a tal concepto, se formula precisamente para encontrar aquellos principios que den respuesta a las consecuencias que se ocasionen con motivo de la presentación del caso fortuito o la fuerza mayor en el objeto materia de una obligación, es decir la responsabilidad a que da lugar y quien sufrirá la pérdida ocasionada.

Una vez que se ha quedado definido el riesgo, estudiaremos cuáles fueron los orígenes de la Teoría del riesgo, así como aquellos principios que sirvieron de base para su nacimiento, para lo cual a continuación se hará un breve de estudio de los mismos.

### 3.- ANTECEDENTES Y ORÍGENES DE LA TEORÍA DEL RIESGO.

**A) El riesgo en el Derecho Romano.** Como antecedente del riesgo y de sus consecuencias jurídicas aparecen contemplados en el Derecho Romano el caso fortuito y la fuerza mayor los cuales generaban una forma de extinción de las obligaciones.

En el Derecho Romano las formas de extinción de las obligaciones se dividían en dos grupos:<sup>46</sup>

- a) Modos de extinción *ipso iure*, y
- b) modos de extinción *ope exceptionis*.

**a) Los modos de extinción *ipso iure*:** encuentran su fuente en el derecho civil; destruyen directa y totalmente las obligaciones y todas las relaciones accesorias que de las misma dependen y pueden invocarse en cualquier parte del proceso.

---

<sup>46</sup> Bialostosky, Sara. Ob. Cit. Págs. 135 a 138.

Constituye precisamente uno de los modos de extinción que operan de pleno derecho, la pérdida del objeto debido, es decir que cuando el objeto debido es específico y perece por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación se extingue para el deudor, sin lugar al pago de daños y perjuicios.

**b) Los modos de extinción de las obligaciones ope exceptionis:** encuentran su fuente en el derecho honorario, particularmente en el pretorio. A través de ellos, el deudor puede detener, mediante una excepción, la acción de cobro intentada por el acreedor.

Es así que en caso de pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor se producía la inejecución de las obligaciones, lo cual a su vez daba lugar al problema de quién debía soportar el perjuicio, si el acreedor o el deudor de la obligación contraída.

Estas causas de inejecución o extinción de las obligaciones son: el caso fortuito, el dolo y la falta, sin embargo para el caso que nos ocupa solo nos referiremos a la primera de ellas por ser la que en este caso nos interesa, es decir al caso fortuito como forma de extinción de obligaciones, para lo cual haremos un breve estudio de lo que se conoce como la Teoría de la Falta en el Derecho Romano.

Es precisamente la Teoría de la Falta la que se refiere a las causas de inejecución de las obligaciones, y al respecto menciona como tal al caso fortuito el cual se encontraba definido como: "un acontecimiento al que la voluntad del deudor queda completamente extraña, y no puede serle imputado. Es un caso de fuerza mayor, *vis major*, ( la cual los romanos la consideraban como una fuerza superior que no podía ser detenida por el hombre), cuando el hombre es impotente para resistirlo, como los incendios, las inundaciones, etc... La equidad

exige que el deudor no sea responsable cuando la ejecución de la obligación se ha hecho imposible, por caso fortuito o fuerza mayor. Pero la regla puede asumir esta responsabilidad de una manera general, o en cierta medida. Así es que él puede tomar a su cargo los casos fortuitos y los de fuerza mayor. Puede también tomar la responsabilidad de los casos fortuitos con exclusión de los casos de fuerza mayor, En fin, puede no asumir más que ciertos casos fortuitos; por ejemplo: encargarse de la custodia de la cosa, *custodiam suscipere* . En este caso, es responsable, si la cosa debida es robada, si el esclavo o el animal que es el objeto de la obligación se ha escapado, cualquier precaución que haya tomado el deudor y aunque no haya culpa alguna que reprocharle. Al deudor, que se supone librado por caso fortuito, es a quien pertenece hacer la prueba".<sup>47</sup>

En efecto si se perdía la cosa objeto de la obligación por caso fortuito o fuerza mayor se daba lugar a la extinción de la misma, en la que en términos generales si el objeto que constituía el motivo de la obligación se perdía era en perjuicio del acreedor, es decir que el deudor quedaba liberado de dar cumplimiento a la obligación y así mismo quedaba liberado del pago de daño de daños y perjuicios, sin embargo este principio tenía excepciones las cuales dependían de si el objeto materia de la obligación fuera genérico o específico, si el deudor había aceptado al celebrar el contrato responder de los daños a pesar del caso fortuito o fuerza mayor, y de si el deudor contribuyó o no a la pérdida, casos que se analizarán a continuación.

Es así que esta forma de extinción de las obligaciones por pérdida del objeto, solo tenía lugar siempre y cuando la cosa objeto de la obligación fuera específica, pues si se trataba de cosa genérica no operaba la misma, puesto que lo géneros no perecen, y pueden ser restituidos por otros de la misma especie y calidad que el o los objetos debidos, la extinción solo tenía lugar tratándose de cosas específicas.

---

<sup>47</sup> Petit, Eugene. Ob. Cit. Págs. 467 y 468.

Otra excepción a este principio tiene lugar cuando el deudor al celebrar el contrato, hubiese aceptado responder, aún cuando se hiciera imposible el cumplimiento de la obligación por pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor, entonces el deudor no quedaba liberado totalmente de la obligación que había contraído, puesto que al aceptar dicha responsabilidad se encontraba obligado a responder del pago de los daños y perjuicios al acreedor, a pesar de que ocurriesen motivos fortuitos.

Constituye así mismo otra excepción el hecho de que el deudor de la obligación hubiere contribuido a la pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor, es necesario señalar que es obvio que el deudor que actúa lícitamente por sí mismo no puede contribuir a que se ocasione el daño, es decir la pérdida por estas circunstancias, pero supongamos que hubiere incurrido mora y que durante este lapso ocurriera la pérdida, es entonces que el deudor no quedaba liberado de la obligación, pues en este caso si contribuyo a la pérdida; de igual manera suponiendo que el deudor hubiera tenido la posibilidad de contribuir a que la cosa no pereciera a pesar de los motivos fortuitos, es decir que de alguna manera hubiera tenido la oportunidad de salvaguardar la cosa y evitar que se perdiera, y no lo hubiere hecho, se consideraba también que el deudor había contribuido a la pérdida, y por ello no quedaba liberado de la obligación ni de los daños ocasionados.

Con lo anterior llegamos a la conclusión de que el caso fortuito o fuerza mayor regulados en el Derecho Romano como forma de extinción de las obligaciones constituyen uno de los antecedentes mas remotos de la Teoría del Riesgo, en la que se daba solución a los diferentes supuestos que se originaban con motivo de la pérdida del objeto que constituía la obligación.

## **B) El riesgo en el Derecho Francés.**

En la legislación francesa se encuentran unificados los términos de caso fortuito y fuerza mayor, ya que estos conceptos se encuentran definidos en los artículos 1147 y 1148 del Código Francés, como una causa ajena a la voluntad del deudor, que no puede serle imputados a este.

Tales artículos disponen lo siguiente:

Artículo 1147.- "El deudor es condenado si ha lugar al pago de daños y perjuicios a causa del incumplimiento de la obligación, sea a causa de su retardo en ello, siempre que no justifique que tal incumplimiento proviene de una causa extraña, que no le sea imputable, o bien que no haya actuado de mala fe".

Artículo 1148.- "No existe daño y perjuicio cuando a consecuencia de fuerza mayor o caso fortuito el deudor se ve impedido de otorgar o llevar a cabo aquello a lo que estaba obligado a realizar o aquello que le estaba prohibido".

Sin embargo la doctrina francesa ha propuesto diversas teorías para resolver la cuestión de si en los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor existen diferencias o si hay identidad en dichos conceptos.

A este respecto Bonnecase, citado por Rojina Villegas en su obra,..."ha comparado cinco teorías en las que sólo uno de ellas postula la diferencia de grado, en tanto que las otras cuatro aceptan diferentes distinciones entre ambos términos. El propio autor señala que el efecto negativo de esos acontecimientos consiste en liberar al deudor, en tanto que el efecto positivo implica una disminución en el patrimonio del acreedor; pero advierte que todos los sistemas que los distinguen tendrán que estrellarse ante el tenor de los artículos 1147 y 1148 antes citados, en cuyos preceptos el Código Napoleón mantiene la

unidad fundamental de ambos términos. Para la jurisprudencia, existe también el mismo efecto jurídico, pues dichos acontecimientos coinciden en que hacen imposible el cumplimiento de la obligación. Hace notar Bonnecase que la imposibilidad absoluta de cumplir por caso fortuito, supone la ausencia de culpa...<sup>48</sup>

Ahora bien, no olvidemos que lo que nos interesa es conocer cuál de las partes contratantes asume el riesgo una vez celebrado el contrato, tomaremos como referencia la enajenación de bienes determinados, para saber en qué momento tiene plena validez la obligación, es decir en qué momento se perfecciona.

En este sentido el Código Civil Francés previene en su artículo 1138: "La obligación de entregar la cosa es perfecta por el solo consentimiento de las partes contratantes. Hace al acreedor propietario y pone la cosa a sus riesgos desde el instante en que ha debido de ser entregada, aunque la entrega no haya sido hecha, a menos que el deudor esté en mora de entregarla, caso en el cual la cosa queda a los riesgos de este último."<sup>49</sup>

Tratándose de obligaciones sujetas a condición suspensiva, el Ordenamiento citado en su artículo 1182, dispone que: Cuando la obligación se ha contraído bajo una condición suspensiva, la cosa que es materia del contrato queda a riesgo del deudor, que no se ha obligado a entregarla, sino en el caso de advenimiento de la condición". De lo que se desprende que en este caso el riesgo lo asume el deudor de la obligación contraída, y por tanto en caso de pérdida el comprador no tendrá que pagar el precio, pues el bien se encuentra en manos del vendedor con motivo de la condición al que se encuentra sujeto.

---

<sup>48</sup> Rojina Villegas, Rafael, "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL", Tomo III, 21ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998, pág. 385.

<sup>49</sup> Rojina Villegas, Rafael. "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL", Ob. Cit. Pág. 394.

Respecto a la cuestión de quién asume el riesgo en el contrato celebrado, existen criterios contrapuestos sostenidos por los autores franceses para determinar si la cosa perece para el acreedor o para el deudor, la cual se ha resuelto de la siguiente manera.

Tratándose de contratos bilaterales se ha reconocido la dependencia de las obligaciones contraídas. Siguiendo este principio Planiol formula lo siguiente: "Cuando una cosa hace imposible la ejecución de la obligación de una de las partes, la obligación de la otra se extingue al mismo tiempo y necesariamente...".<sup>50</sup> Sin embargo tratándose de contratos traslativos de propiedad, este autor manifiesta que: "...Si se aplicara a la venta la regla común, los riesgos serían para el vendedor. En efecto, cuando la cosa vendida perece antes de ser entregada, perdería el derecho de reclamar el precio... Pero justamente se ha hecho una excepción tradicional a este principio para el contrato de venta. Se decide que los riesgos son para el comprador tan pronto como la venta está celebrada... La excepción así admitida... se ha extendido al cambio... El Código Civil la ha transportado a la teoría general de las obligaciones para aplicarla a toda obligación de dar un cuerpo cierto".<sup>51</sup>

De lo anterior concluimos que en el Derecho Francés, tratándose de contratos traslativos de dominio y de obligaciones de dar cosa cierta, el riesgo lo asume el acreedor en el momento mismo en que se le hace entrega de la cosa., siguiendo el principio romano *Res perit domino*.

### C) El riesgo en el Derecho Español.

---

<sup>50</sup> Borja Soriano, Manuel, *TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES*, 16ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998. pág. 501.

<sup>51</sup> Borja Soriano, Manuel. Ob. Cit. Pág. 501

En primer lugar analizaremos los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor que se han dado en este sistema jurídico, para después determinar la forma en que se responderá en caso de riesgo y quien lo asumirá.

Es así que se encuentra definido el caso fortuito y la fuerza mayor en el Derecho Civil Español como: sucesos que se han podido prever, o que, previstos, los mismos son inevitables. A este respecto el artículo 1105 del Código Civil Español establece que : "Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieren podido preverse, o que previstos, fueran inevitables".<sup>52</sup>

Del citado artículo se desprende que lo importante para considerar que se trata de un caso fortuito es el carácter inevitable de los sucesos, y que no se responderá cuando se trate de hechos que no hubieren podido preverse, con excepción de los casos que se mencionen en la ley, es decir de aquellos casos en los cuales se responderá, aun cuando haya ocurrido un caso fortuito.

Una vez que han quedado definidos los conceptos anteriores, resulta necesario, conocer en qué momento se asumirá el riesgo y quién responderá del mismo en el caso de celebración de contratos civiles.

A este respecto el artículo 1006 del Código Civil Español señala que: "Desde que el contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes el riesgo de la cosa corre a cargo del acreedor".

De esta manera, una vez que el contrato ha quedado perfeccionado por el consentimiento, y para el caso de que la cosa pereciere por caso fortuito o fuerza mayor, esta se pierde para el acreedor, aún cuando no haya sido

<sup>52</sup> Rojina Villegas, Rafael. "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL", Ob. Cit. Pág. 383.

**ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

entregada la cosa, principio que tiene su origen en la máxima *Res perit domino* aplicada en el Derecho Romano.

Ahora bien, habiendo quedado determinada la forma en que se deberá de asumirse el riesgo, por lo que a continuación analizaremos la manera en que la doctrina española ha tratado de dar solución al problema de la responsabilidad civil, con la finalidad de ampliar un poco mas al respecto.

La doctrina española, con la finalidad de establecer quién responderá de los daños que se ocasionen con motivo del incumplimiento de la obligación, aún cuando este incumplimiento sea por motivos fortuitos, ha producido diferentes teorías que tienen su fundamento en el elemento de la responsabilidad ya sea subjetiva, objetiva ó en una combinación de ambos elementos.

Estas teorías son las siguientes:

- 1.- Teoría de la culpa.
- 2.- Teoría del riesgo en su dos modalidades: del riesgo provecho y del riesgo creado
- 3.- teoría de mixta (culpa y riesgo).
- 4.- Teoría de la garantía.

1.- Teoría de la culpa. Esta teoría fue valida durante el siglo pasado y tiene su fundamento en el elemento subjetivo de la culpa, es decir que responderá de los daños aquel que actuó con negligencia, entonces tendrá que indemnizar a la otra parte de las perdidas ocasionadas.

2.- Teoría del riesgo, que como ya mencionamos se encuentra dividida en teoría del riesgo provecho y teoría del riesgo creado.

a) Teoría del riesgo provecho. Esta teoría que se refiere mas que a otra cosa a los daños que se ocasionen con motivo de una actividad empresarial, pretende justificar la responsabilidad civil en el riesgo, es decir que cuando con motivo de alguna actividad se obtengan beneficios, pero que con esta actividad se ocasionen daños, deberá , aquel que obtuvo esos beneficios, asumir el perjuicio que haya ocasionado.

Para el caso de tener que responder de los daños causados con motivo de llevar acabo una actividad se ha propuesto que: "la empresa que ejerza una actividad puede programar como costes de su producción general los daños eventuales que tal actividad pueda ocasionar, y financiarlos como factor integrante del precio final de sus productos; o incluso suscribir pólizas de seguros que cubran tales riesgo y paguen, en su caso, los daños efectivamente causados".<sup>53</sup>

b) Teoría del riesgo creado. Se refiere a la responsabilidad de indemnizar cuando se ocasionen daños con motivo de llevar a cabo una actividad, es decir que cuando con la realización de una actividad se causen daños a terceros, el responsable de los daños será quien la realizó.

3.- Teoría mixta: culpa y riesgo. Dependerá de la culpa o del riesgo, saber la manera en que se va a atribuir responsabilidad, es decir que habrá que determinar si la culpa es el factor predominante de los daños y el riesgo un factor secundario o viceversa, o si alguno de los elementos es el principal generador de los daños, para saber quien responderá de los mismos.

---

<sup>53</sup> García Amigo, Manuel, "TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS", Editorial Mc Graw- Hill, Madrid, 1995, pág. 20.

4.- Teoría del riesgo.- Se inclina hacia la víctima que sufre los daños, a la cual se le ha violado un derecho y con lo cual se le ha ocasionado un daño, por lo que tendrá que indemnizar los mismos, de esta manera cuando se está ejerciendo un derecho con el cual se causa un daño será necesario determinar si el ejercicio de es derecho tiene primacía sobre aquel, es decir sobre el que sufre el daño, para saber si se responderá o no de los daños sufridos.

Del lo antes expuesto, llegamos a la conclusión de que será necesario para resolver el problema de la responsabilidad civil, analizar los motivos que dieron lugar al daño, para determinar entonces si hay o no obligación de indemnizar.

Para darnos una idea de cual será el factor predominante respecto de la determinación de la responsabilidad civil citaremos uno de los criterios que ha emitido en sentencia de 19 de julio de 1993, el Tribunal Supremo Español a este respecto:

“El principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, acogido en el artículo 1902 del Código Civil, de tal suerte que se da, por punto general, la necesidad ineludible de que el hecho pueda ser reprochado culpabilísticamente al eventual responsable, y tal principio está reconocido por unánime jurisprudencia de esta Sala, y si bien es cierto que dicha jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal desarrollo se ha hecho moderadamente recomendando una inversión de la carga de la prueba pero sin excluir, en modo alguno, el clásico principio de la responsabilidad por culpa, o acentuando el rigor de la diligencia requerida según las circunstancias del caso, de manera que ha de ser extremada la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir (sentencias de 29 de marzo y 25 de abril de 1983, 9 de marzo de 1984, 21 de junio y 1 de octubre de 1985, 24 y 31 de

enero y 2 de abril de 1986 y 19 de enero de 1987). En definitiva, la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilísimo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor del agente, acepta soluciones cuasiobjetivas, demandada por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo tecnológico y al principio de que ha de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero".<sup>54</sup>

#### **4.- LA TEORÍA DEL RIESGO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA**

En primer lugar, nos referiremos al supuesto de la pérdida de la cosa objeto de la obligación en el Código Civil de 1884, para posteriormente estudiar la teoría del riesgo en los contratos celebrados.

De acuerdo con el artículo 1445 del Código Civil de 1884, la pérdida de la cosa podía verificarse: ...I.- Pereciendo la cosa; II.- Desapareciendo de modo que no se tenga noticia de ella, o que aunque se tenga alguna la cosa no se pueda recobrar.

Una vez que sabemos cuáles eran las causas que daban lugar a la pérdida de la cosa, determinaremos ahora los casos en que debía responderse de esta pérdida a pesar del caso fortuito o fuerza mayor.

a) Como excepción a la regla que se refiere a los casos de liberación de responsabilidad cuando ha ocurrido un motivo fortuito con en el cual se hace

---

<sup>54</sup> García Amigo, Manuel. Ob. Cit. Págs. 22 y 23.

imposible el cumplimiento de la obligación, encontramos que los artículos 1459 y 1462 del Código de 1884 disponían que: el deudor responderá del caso fortuito o de la fuerza mayor cuando hubiera dado causa o contribuido a este. Es decir, que cuando el deudor ha actuado con culpa o negligencia éste deberá responder del cumplimiento de la obligación, hipótesis a las que se referían los preceptos 1441 y 1443 del citado Ordenamiento, los cuales citaremos a continuación.

Artículo 1441: "Aunque el deudor se haya constituido en mora, si no se ha obligado a responder de los casos fortuitos la obligación se extinguirá siempre que se pruebe que la cosa se hubiere perdido igualmente en poder del acreedor".

Por su parte el artículo 1443 se refería a que: " Cuando la deuda de una cosa cierta y determinada procediere de delito o falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiere sido el motivo de la pérdida, a no ser que, habiendo ofrecido la cosa al que debió recibirla, se haya constituido en mora". En este caso, el deudor por su hecho ilícito da lugar a la pérdida de la cosa, por lo que no quedará eximido del pago, aun cuando ocurra un caso fortuito, con excepción de aquellos casos en que el acreedor que debió haberla recibido no lo haya hecho, puesto que entonces ya no es una causa imputable al deudor, sino al acreedor.

b) La segunda hipótesis tiene lugar cuando el obligado ha aceptado la responsabilidad, a pesar de que ocurra un motivo fortuito. Al respecto el artículo 1440 disponía: "La misma responsabilidad tendrá (refiriéndose al deudor) cuando se haya obligado a la prestación del caso fortuito". En este caso, será necesario que esa voluntad del deudor sea expresa y no tácita.

Sin embargo existían excepciones para aquellos casos en que se hubiere aceptado tal responsabilidad atendiendo a la naturaleza de la obligación

contraída, es decir a los casos que la ley no le otorgaba efectos a lo pactado en el contrato. Al efecto el artículo 2332 disponía: Será nulo el convenio de que todas las pérdidas que resultaren por caso fortuito, sean de cuenta del mediero de ganados”.

Nos referiremos ahora a la cuestión del riesgo en los contratos.

Respecto de los contratos traslativos de dominio, el artículo 1430 del citado Ordenamiento, establecía lo siguiente: “Desde que el contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes, es de cuenta del acreedor el riesgo de la cosa, aun cuando ésta no le haya sido entregada”.

Dado que este precepto se encontraba ubicado en el capítulo relativo al perfeccionamiento del contrato, a través del consentimiento, en caso de pérdida o menoscabo de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor, el perjuicio debía soportarlo el acreedor, puesto que desde este momento tenía el derecho de propiedad respecto de la misma.

Sin embargo esta regla tenía una excepción contemplada en el artículo 1431 que disponía: “El riesgo será de cuenta del deudor si por culpa se perdiere o deteriorare la cosa que estaba en su poder”.

Dado que el citado precepto 1430 se refería a la enajenación de bienes determinados y por tanto a los contratos traslativos de dominio, es necesario relacionarlo con el artículo 1436 que disponía: “En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural, ya simbólica; salvo convenio en contrario”.

El artículo 1448, disponía que: “En los contratos de enajenación con reserva de la posesión, uso o goce de la cosa hasta cierto tiempo, se observarán las reglas siguientes:... III.- A falta de convenio y de culpa, cada interesado sufrirá la pérdida que le corresponda, en el todo, si la cosa perece totalmente, o en parte, si la pérdida fuere solo parcial”.

Tratándose de contratos no traslativos de dominio, este Código disponía en su artículo 1450, que: “En los contratos en que la prestación de la cosa no importe traslación de la propiedad, el riesgo será siempre de cuenta del dueño, menos cuando intervenga culpa o negligencia de la otra parte”.

Respecto del riesgo en las obligaciones condicionales, el artículo 1343 de este Código establecía que: “Cuando la cosa se pierde o se deteriora sin culpa del deudor, la pérdida o menoscabo es de cuenta del acreedor”. Este precepto se relacionaba con el artículo 1340 el cual disponía que: Cuando las obligaciones se hayan contraído bajo condición suspensiva, y pendiente ésta se perdiere, deteriorare, o bien se mejorare la cosa que fuere objeto del contrato, se observarán las disposiciones siguientes”. Siendo una de estas disposiciones la que se refiere precisamente a la pérdida o deterioro de la cosa sin culpa del acreedor, como ya ha quedado transcrito en el artículo 1343.

El artículo 1348 establecía que: “En el caso de pérdida , deterioro o mejora de la cosa restituible, se aplicarán al que deba hacer la restitución, las disposiciones que respecto del deudor contienen los artículos que preceden”: Es decir que de acuerdo al artículo 1346: se deberá devolver lo percibido por virtud del contrato, y conforme al artículo 1347: se deberán devolver los frutos e intereses por parte de aquel que hubiere faltado al cumplimiento de su obligación.

De los preceptos antes citados y dado el efecto retroactivo de las obligaciones sujetas a condición, el deudor es el adquirente de la cosa, y el enajenante el acreedor, por lo tanto este último, es decir el vendedor, será quien sufra la pérdida de la cosa.

Tratándose de contratos bilaterales en los que las obligaciones son recíprocas, respecto de la forma de indemnizar en caso de incumplimiento con motivo de la pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor el Código Civil de 1884 disponía lo siguiente: "En las obligaciones recíprocas ninguno de los contratantes incurre en mora, si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente la obligación que le corresponde" (artículo 1434). "La condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contrayentes no cumpliere su obligación" (artículo 1349). "El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato con el resarcimiento de daños y abono de intereses; pudiendo adoptar este segundo medio, aun en el caso de que habiendo elegido el primero, no fuere posible el cumplimiento de la obligación" (artículo 1350). "Si el obligado en un contrato dejare de cumplir su obligación, podrá el otro interesado exigir el cumplimiento de lo convenido o la rescisión del contrato y en uno y otro caso el pago de daños y perjuicios" (el artículo 1421 antes transcrito, ya no se refiere únicamente a los contratos bilaterales). "El contratante que falte al cumplimiento del contrato, sea en la substancia, sea en el modo, será responsable de los daños y perjuicios que cause al otro contratante, a no ser que la falta provenga de hechos de éste, fuerza mayor o caso fortuito a los que aquél de ninguna manera haya contribuido" (Artículo 1459).

## 5.- LA TEORÍA DEL RIESGO EN LA LEGISLACIÓN CIVIL VIGENTE.

Como ya hemos analizado con anterioridad el "riesgo" es: aquella eventualidad de que ocurra un acontecimiento incierto, indeterminado e imprevisible, el cual no depende de la voluntad del hombre para su realización, por lo que puede o no suceder. De lo anterior que podemos concluir que en todo momento existe la posibilidad de que alguna cosa se pierda con motivo de que ocurra tal eventualidad y que en tal caso, si esta se actualiza, tendrá consecuencias en la esfera jurídica de las personas, en especial en aquellas que tienen una obligación a su cargo o el cobro de un crédito a su favor.

Siguiendo el anterior orden de ideas, Gutiérrez y González hace una crítica del mal uso de la palabra "riesgo" dentro de la legislación y doctrina mexicana, la cual analizaremos a continuación:

El citado autor se refiere a la exposición clásica de la "*Teoría del riesgo*" y al respecto señala:

"En todos los textos jurídicos que he conocido respecto de esta materia, se comete el error... de hablar de "riesgo" y no de "siniestro" y lo mismo sucede en algunos Códigos Civiles y leyes laborales.

Pero además de ese terrible absurdo, se expuso en forma tradicional y se sigue exponiendo por algunos profesores de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M. la "teoría del riesgo", relacionándola sólo con la imposibilidad de ejecución en las obligaciones contractuales. Se preguntaban y se preguntan ¿a cargo de quién, en perjuicio de quién, es la inejecución de las obligaciones en un contrato bilateral, cuando en esa inejecución no intervenga culpa o dolo del que no cumplió?

Este es precisamente el motivo de crítica, ya que el problema de saber a cargo de quién se pierde la cosa, o quién debe soportar el daño, se

presenta no sólo en materia de contratos, sino también en el caso de incumplimiento de un deber jurídico o de una declaración unilateral de la voluntad.

Y así este problema del siniestro, no del riesgo, debe estudiarse como es lo correcto, no sólo con relación a los contratos, sino que se debe hacer con vista de:

- I.- Los deberes jurídicos;
- II.- Las declaraciones unilaterales de voluntad; y
- III.- En relación a los contratos".<sup>55</sup>

De lo anterior, podemos deducir que, el autor hace esta crítica, por que se ha cometido el error de denominar bajo "*teoría del riesgo*", a aquellas disposiciones legales y de doctrina que se aplican en aquellos casos, cuando tienen lugar ciertos acontecimientos imprevisibles, indeterminados e inciertos y que de alguna manera traen como consecuencia el incumplimiento de una obligación contraída por una o más personas; considerando que su nombre correcto debería de ser "*Teoría del Siniestro*", pues es la actualización del riesgo lo que ocasiona consecuencias en el mundo del Derecho y no el riesgo en sí. Además de que se ha cometido un error al exponer que esta teoría sólo se refiere a los contratos, cuando se aplica también al incumplimiento en los deberes jurídicos y en las declaraciones unilaterales de voluntad.

Ahora bien, tiene lugar la pérdida de la cosa, según lo establecido en el artículo 2021 del Código Civil para el Distrito Federal vigente, en los siguientes casos:

Artículo 2021.- La pérdida de la cosa puede verificarse: I. Pereciendo la cosa o quedando fuera del comercio; II. Desapareciendo de modo

---

<sup>55</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. "DERECHO DE LAS OBLIGACIONES". Ob. Cit. Págs. 604 y 605.

que no se tenga noticia de ella o que, aunque se tenga alguna, la cosa no se puede recobrar.

Esta pérdida de la cosa pudo haber tenido lugar por un motivo fortuito, es decir por causa de un caso fortuito o fuerza mayor, y son precisamente estos casos los que nos interesan para determinar la responsabilidad por el incumplimiento que tendrá lugar una vez que ha desaparecido la cosa.

Cabe señalar que en nuestro sistema jurídico no existe diferencia alguna en los conceptos de caso fortuito o fuerza mayor, puesto que el Código Civil se refiere a uno o a otro indistintamente, a diferencia de la legislación francesa en la que como ya vimos se trata de conceptos diferentes, según se trate de hechos de la naturaleza o del hombre.

Gutiérrez y González se refiere a tales conceptos como: "un fenómeno de la naturaleza, o un hecho de persona con autoridad pública, temporal o definitivo, general - salvo caso excepcional, - insuperable, imprevisible, o que previéndose no se puede evitar, y que origina que una persona realice una conducta dañosa, contraria a un deber jurídico stricto sensu o a una obligación lato sensu".<sup>56</sup>

Ahora bien, es importante señalar que el efecto que producen el caso fortuito y la fuerza mayor, es precisamente el incumplimiento de una obligación, de un deber jurídico o de una declaración unilateral de la voluntad ya contraídos. Sin embargo en estos casos, es decir cuando no existe culpa del deudor en el incumplimiento por los motivos mencionados, lo que tratara de evitarse es precisamente la responsabilidad de indemnizar con motivo de la inejecución en el cumplimiento, puesto que se ha producido ese incumplimiento

---

<sup>56</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. "DERECHO DE LAS OBLIGACIONES". Ob. Cit. Pág. 606.

por un motivo fortuito, y entonces el deudor quedará liberado, siempre y cuando lo pruebe.

El artículo 2111 del ordenamiento legal citado, dispone que: "Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad o cuando la ley se lo impone".

Del artículo anterior se desprende, que efectivamente nadie se encuentra obligado a indemnizar cuando ha ocurrido un caso fortuito. Pero además de este precepto se derivan tres excepciones, según las cuales aún cuando haya ocurrido un caso fortuito habrá que responder del daño causado. Estas excepciones son:

a) Cuando se ha dado causa o se ha contribuido al mismo. A este respecto se refiere el artículo 2019 del Código Civil vigente que establece: " Cuando la deuda de una cosa cierta y determinada procediere de delito o falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiere sido el motivo de la pérdida; a no ser que, habiendo ofrecido la cosa al que debió recibirla, se haya éste constituido en mora".

Del precepto anterior, se desprende que cuando con motivo de un hecho ilícito, el deudor diera lugar a la pérdida de la cosa, aun cuando esta pérdida sea con motivo de un caso fortuito o fuerza mayor, éste no quedará liberado de su obligación de cumplir, a menos que se hubiera constituido en mora por culpa del acreedor.

b) Cuando se ha aceptado expresamente el cumplimiento a pesar del caso fortuito. A este supuesto se refiere el artículo 2011 del ordenamiento legal citado, al cual ya nos hemos referido con anterioridad.

c) Cuando la ley así lo impone. Esta hipótesis la encontramos en nuestra legislación civil, en los preceptos que regulan el contrato de comodato, los cuales establecen lo siguiente:

Artículo 2505.- "Si la cosa perece por caso fortuito, de que el comodatario haya podido garantirla empleando la suya propia, o si no pudiendo conservar más que una de las dos, ha preferido la suya, responde de la pérdida de la otra".

Artículo 2506. " Si la cosa ha sido estimada al prestarla, su pérdida, aun cuando sobrevenga por caso fortuito, es de cuenta del comodatario, quien deberá entregar el precio, si no hay convenio expreso en contrario".

Veamos ahora, quién soportará la pérdida de la cosa y la forma en qué habrá de responderse de su pérdida.

Por supuesto que tratándose de la pérdida de cosas que no forman parte de una obligación, de un deber jurídico o de una declaración unilateral de la voluntad, no surge ningún problema, puesto que será el propietario de la misma quien sufrirá tal menoscabo en su patrimonio.

Cuando se trata del incumplimiento de un deber jurídico por un caso fortuito, debemos señalar que el riesgo pudo haber tenido lugar con motivo de una acción o de una omisión contraria a lo establecido por el orden jurídico, pero ya sea por uno u otro caso, el que incumplió no se encuentra obligado a indemnizar, sino que sufrirá la pérdida quién sufra el daño.

En el caso de incumplimiento en una declaración unilateral de la voluntad por caso fortuito o fuerza mayor, el deudor quedará liberado de la responsabilidad de indemnizar en caso de que se actualice el riesgo.

Tratándose de contratos unilaterales en los que la cosa se ha perdido por un motivo fortuito, y por tanto la ejecución de la obligación se ha hecho imposible, la pérdida de la cosa será para éste, es decir para el propietario de la misma, se trate de cosas específicas o genéricas, sin que el deudor tenga ninguna obligación de indemnizar.

El problema del riesgo se ubica solamente en los contratos bilaterales, donde las partes tienen obligaciones recíprocas, y será necesario determinar quién sufrirá la pérdida de la cosa, y precisamente en este momento será cuando tenga lugar "la teoría del riesgo". En este caso habrá que determinar si se trata de contratos que tengan por objeto obligaciones de dar, y a la vez si se trata de cosas genéricas o específicas, si se trata de contratos con obligaciones de hacer o de no hacer.

Analizaremos en primer lugar, aquellos contratos en los que la obligación consiste en entregar ya sean cosas genéricas o específicas.

Tratándose de contratos bilaterales en los que el objeto de la obligación sea dar cosas genéricas, en realidad no existe problema, puesto que no podemos hablar de una pérdida de la cosa, ya que "*los géneros no perecen*", de tal manera que puede darse cumplimiento a la obligación restituyendo los objetos, por otros de la misma calidad y especie, y dar así cumplimiento a la obligación, por tratarse de bienes fungibles.

El artículo 2022 del ordenamiento civil citado dispone: "Cuando la obligación de dar tenga por objeto una cosa designada sólo por su género y

cantidad, luego que la cosa se individualice por la elección del deudor o del acreedor, se aplicarán las reglas establecidas en el artículo 2017”.

Es decir, que cuando la cosa se encuentra indeterminada, en caso de pérdida deberá soportarla el deudor, pues es el dueño de esta, sin embargo una vez que la cosa objeto de una obligación se individualice, ya sea por elección del deudor o del acreedor de la misma, sufrirá la pérdida el dueño de la misma, puesto que la cosa ya ha sido determinada.

Se refiere a la individualización de los géneros, el artículo 2015 del Código Civil que dispone: “En las enajenaciones de alguna especie indeterminada, la propiedad no se transferirá sino hasta el momento en que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor”.

En conclusión los géneros no perecen nunca para el acreedor, pues mientras no se individualicen, en caso de pérdida, el deudor deberá soportar esta pérdida.

El problema surge cuando se trata de contratos con obligación de dar cosas específicas, ya que en este caso no podrá restituirse la cosa por otra igual en caso de pérdida, y entonces el cumplimiento se hará imposible. A continuación nos referiremos a este tipo de contratos.

Cuando se trata de contratos bilaterales con obligación de dar cosa específica en los que haya transmisión de dominio, y en los que ha tenido lugar el riesgo, se resuelve que la cosa perece para su dueño, atendiendo a la máxima “res perit domino”, y por tanto será éste quien deberá soportar la pérdida.

Esta transmisión de dominio tiene lugar, según lo establecido en el artículo 2014 que señala: “En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas,

la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición ya sea natural, ya sea simbólica; debiendo tenerse en cuenta las disposiciones del Registro Público”.

Respecto a la pérdida de la cosa el artículo 2017, fracción V del Código Civil vigente dispone: “En los casos en que la obligación de dar cosa cierta importe la traslación de la propiedad de esa cosa, y se pierde o deteriora en poder del deudor, se observarán las reglas siguientes:...

...V.- Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida a menos que otra cosa se haya convenido”.

De lo anterior, se desprende que será el dueño quien soporta la pérdida de la cosa, en caso de que se actualice el riesgo.

Tratándose de contratos bilaterales en los que se tiene obligación de entregar cosas específicas y no hay transmisión de dominio, en el supuesto de que la cosa objeto del contrato se pierda por caso fortuito o fuerza mayor, esta se pierde para el acreedor, y por tanto será quién sufra los daños.

A este respecto se refiere el artículo 2024 del Código Civil vigente que dispone:

Artículo 2024.- En los contratos en que la prestación de la cosa no importe la traslación de la propiedad, el riesgo será siempre de cuenta del acreedor, a menos que intervenga culpa o negligencia de la otra parte.

En los contratos que tienen por objeto obligaciones de hacer, en caso de que surja el riesgo cada una de las partes sufrirá los daños, y si en todo

caso una de las partes se encuentra en posibilidad de cumplir esta quedará liberada de hacerlo, y al mismo tiempo se extingue la obligación.

En el caso de contratos que tienen por objeto obligaciones de no hacer, si se actualiza el riesgo y la parte que se encuentra sujeta a esta obligación de no hacer, hace con motivo de un caso fortuito o fuerza mayor, causando un daño, lo soportará aquel que lo haya sufrido, sin que tenga por ello derecho a indemnización.

Ahora bien dentro de las obligaciones, encontramos que las mismas pueden estar sujetas a alguna modalidad para su existencia o para su resolución, a estas modalidades se refiere el artículo 1938 del Código Civil vigente para el Distrito Federal que establece: "La obligación es condicional cuando su existencia o resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto".

Respecto de obligaciones sujetas a condición, establece el Código Civil mencionado en su artículo 1939 que: "La condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación".

En cuanto a la pérdida de la cosa tratándose de obligaciones sujetas a condición suspensiva, el artículo 1948 del Código Civil citado, dispone que: "Cuando las obligaciones se hayan contraído bajo condición suspensiva y pendiente ésta, se perdiere, deteriorare o bien se mejorare la cosa que fue objeto del contrato, se observarán las disposiciones siguientes: I.- Si la cosa se perdiere sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación".

Del precepto anterior se desprende que si la cosa se pierde la obligación de cumplir con esta se extingue, y en consecuencia el deudor ya no estará obligado a cumplir, ni tampoco el acreedor a cumplir con su

contraprestación, de tal manera que será el deudor quien soportará la pérdida de la cosa.

Respecto de obligaciones sujetas a condición resolutoria el artículo 1940 dispone que: "La condición es resolutoria cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiere existido".

En caso de obligaciones sujetas a condición resolutoria, no se encuentra en la legislación civil ningún precepto que expresamente se refiera a la pérdida de la cosa, por lo que se aplicará entonces la regla general contenida en el artículo 2017 fracción V del mismo ordenamiento, mismo que ya se analizado con anterioridad, así como los artículos 1940 ya citado y 1941 del mencionado Código que dispone lo siguiente:

Artículo 1941.- "Cumplida la condición se retrotrae al tiempo en que la obligación fue formada, a menos que los efectos dela obligación o su resolución, por la voluntad de las partes o por la naturaleza del acto, deban ser referidas a fecha diferente".

## **6.- EL RIESGO Y EL SINIESTRO EN EL CONTRATO DE SEGURO.**

Como ya hemos visto, en todo momento existe la posibilidad de que ocurra un hecho incierto e indeterminado que no depende de la voluntad de las personas para su realización, el cual tiene como consecuencia que se cause un daño en el patrimonio de una o varias personas. De tal eventualidad, las personas tienen la posibilidad de protegerse, a través de un contrato de seguro, que se celebrará con compañías aseguradoras, las cuales son instituciones especialmente autorizados para ello, para proteger los bienes que formando parte

del patrimonio de las personas hayan sido aseguradas, o bien la vida, entre otros, siendo su finalidad resarcir el daño sufrido. Existiendo diversos tipos de contratos, para efectos de este estudio sólo nos referiremos a aquellos que tienen como objeto asegurar bienes materiales que forman parte del patrimonio de una persona, y en especial al riesgo al que se encuentran sujetos.

El artículo 1º de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, establece que: "Por el contrato de seguro, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato".

La empresa aseguradora a que se refiere el precepto antes mencionado, debe contar con la autorización del Gobierno Federal, a través de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, la cual se otorgará discrecionalmente, a efecto de que se organicen y operen en materia de seguros, las sociedades constituidas en los términos que la ley de la materia señale.

El contrato de seguro debe contar con una serie de elementos de existencia y de validez los cuales analizaremos a continuación.

Los elementos subjetivos del contrato son el asegurado y el asegurador.

El asegurado es aquella persona física o moral con capacidad de goce y de ejercicio, que tiene interés en quedar protegido en caso de que ocurra el riesgo.

El asegurado, es quien contrata el seguro, suele ser el beneficiario del mismo, sin embargo encontramos que puede suceder que la persona que contrata sea diversa al asegurado, como en el caso del seguro por cuenta de

otro; o puede ser que la persona que contrata el seguro, sea también el propio asegurado, que a su vez designa a un beneficiario, como en el caso de seguros de personas; o bien que se contrate sobre otra persona, en el caso de seguros sobre la persona de un tercero, y por último aquellos contratos en los que el seguro es a favor de un tercero.

La principal obligación del asegurado es pagar la prima a la compañía aseguradora, en el domicilio del contratante, a menos que se haya pactado expresamente lo contrario. Por lo general el pago lo hace el propio contratante, pero de acuerdo al artículo 42 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, podrá efectuarlo un tercero.

El asegurador como ya hemos visto tiene que ser una sociedad constituida y organizada de acuerdo a la ley, que cuente con la autorización correspondiente para actuar como tal, quien además debe contar con un capital mínimo y de reserva para preservar los intereses de los asegurados.

Las empresas aseguradoras tienen como obligación cubrir al asegurado la indemnización, según lo pactado en el contrato, una vez que se haya producido el evento dañoso.

Cuando el contrato de seguro es comercial, se perfecciona por el simple acuerdo de las partes, y las compañías aseguradoras deberán entregar al contratante una póliza que constituye un importante documento, que deberá contener las condiciones del contrato, misma que deberá contar con los siguientes requisitos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro:

I.- Los nombres, domicilio de los contratantes y firma de la empresa aseguradora;

- II.- La designación de la cosa o de la persona asegurada;
- III.- La naturaleza de los riesgos garantizados;
- IV.- El momento a partir del cual se garantiza el riesgo y la duración de esta garantía;
- V.- El monto de la garantía;
- VI.- La cuota o prima del seguro;
- VII. Las demás cláusulas que deban figurar en la póliza, de acuerdo con las disposiciones legales, así como las convenidas lícitamente por los contratantes.

Como elemento objetivo del contrato de seguro, tenemos al riesgo, que no depende de la voluntad del asegurado para su realización, elemento que se encuentra estrechamente vinculado con el interés, pues el contratante debe tener interés en que el riesgo no se actualice y se de lugar al siniestro, causando con ello un detrimento patrimonial. Se ha definido al interés como: "...la titularidad económica o el vínculo económico en virtud del cual la necesidad económica que provoca la producción del riesgo repercute desfavorablemente en un determinado patrimonio".<sup>57</sup>

Respecto a este elemento del interés el artículo 85 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, establece que: "Todo interés económico que una persona tenga en que no se produzca un siniestro, podrá ser objeto de contrato de seguro contra los daños".

Así mismo el artículo 91 del citado ordenamiento dispone que: "Para fijar la indemnización del seguro se tendrá en cuenta el valor del interés asegurado en el momento de la realización del siniestro".

---

<sup>57</sup> Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Ob. Cit Pág. 141.

Además el artículo 8 de la ley citada dispone que: "El proponente estará obligado a declarar por escrito a la empresa aseguradora, de acuerdo con el cuestionario relativo, todos los hechos importantes para la apreciación del riesgo que puedan influir en las condiciones convenidas, tales como los conozca o deba conocer en el momento de la celebración del contrato".

Del citado precepto se desprende que el contratante del seguro debe dar a conocer a la aseguradora aquellos hechos de los cuales tenga conocimiento a la celebración del contrato, y que puedan dar la apreciación del riesgo.

En el contrato de seguro, las partes deben actuar de buena fe, de tal manera que el contrato será rescindido de pleno derecho, si hubiera omisión o inexacta declaración de los hechos de los que tenga conocimiento el contratante, por lo que se refiere a la apreciación del riesgo a la celebración del contrato, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 47 de la citada ley.

Tocante a la rescisión de contrato, el artículo 48 establece que: "La empresa aseguradora comunicará en forma auténtica al asegurado la rescisión del contrato, dentro de los quince días siguientes a la fecha en que el mismo asegurador conozca la omisión o inexacta declaración".

Sin embargo esta rescisión no tendrá lugar, a pesar de la omisión o inexacta declaración de los hechos en los siguientes casos previstos en el artículo 50 del ordenamiento multicitado:

- I.- Si la empresa provocó la omisión o inexacta declaración;
- II.- Si la empresa conocía o debía conocer el hecho que no ha sido declarado;

III.- Si la empresa conocía o debía conocer exactamente el hecho que ha sido inexactamente declarado;

IV.- Si la empresa renunció al derecho de rescisión del contrato por esa causa;

V.- Si el declarante no contesta una de cuestiones propuestas y, sin embargo celebra el contrato. Esta regla no se aplicará si de conformidad con las otras indicaciones del declarante, la cuestión debe considerarse contestada en un sentido determinado, y esta contestación aparece como una omisión o inexacta declaración de los hechos.

En el contrato de seguro las partes tienen especial interés que el riesgo no se agrave, y en caso de ser así, la empresa aseguradora deberá saberlo de inmediato con la finalidad de que éste modifique el contrato, o lo rescinda, pues con tal agravación en el riesgo, hay mayores posibilidades de que ocurra el siniestro. A este respecto la Ley sobre el contrato de seguro en su artículo 52 establece lo siguiente:

"El asegurado deberá comunicar a la empresa aseguradora las agravaciones esenciales que tenga el riesgo durante el curso del seguro, dentro de las veinticuatro horas siguientes al momento en que las conozca: Si el asegurado omitiere el aviso o si él provoca una agravación esencial del riesgo, cesarán de pleno derecho las obligaciones de la empresa en lo sucesivo".

Esta agravación en el riesgo debe ser esencial, al grado que la compañía aseguradora hubiera contratado de manera distinta si hubiera tenido conocimiento de ello, al respecto el artículo 53 del ordenamiento mencionado dispone lo siguiente:

"Para los efectos del artículo anterior se presumirá siempre:

I. Que la agravación es esencial, cuando se refiera a un hecho importante para la apreciación de un riesgo, de tal suerte que la empresa habría contratado en condiciones diversas, si al celebra el contrato hubiera conocido una agravación análoga;

II. Que el asegurado o debe conocer toda agravación que emane de actos u omisiones de sus inquilinos, cónyuge, descendientes o cualquiera otra persona que, con el consentimiento del asegurado, habite el edificio o tenga en su poder el mueble que fuera materia del seguro.

De acuerdo al artículo 56 de la ley citada, cuando la compañía aseguradora ha rescindido el contrato por agravación esencial en el riesgo, la responsabilidad de esta terminará quince días después de que ha comunicado al asegurado su resolución.

Establece así mismo el artículo 60, que: "En los casos de dolo o mala fe en la agravación del riesgo, el asegurado perderá las primas anticipadas".

Las partes contratantes pueden pactar el hecho de que el riesgo se agrave en el curso del contrato, y para ello las primas se determinarán en base a esta agravación en el riesgo, sin embargo puede suceder que el riesgo en lugar de agravarse, desaparezca, en tal caso el asegurado podrá exigir a la aseguradora que en lo subsecuente disminuya el pago de las primas, y en caso de que se hubiere convenido en la póliza podrá, incluso podrá exigir la devolución del pago correspondiente, según el artículo 43 de la multicitada ley.

Ahora bien, a la aseguradora no sólo le interesa conocer si el riesgo se ha agravado, le importa cuando ha ocurrido el siniestro, pues es el momento en que habrá que determinar si le corresponde responder o no de los daños

ocasionados, entonces el asegurado o el beneficiario tendrá obligación de dar aviso del siniestro a la aseguradora, por escrito, salvo pacto en contrario en un plazo máximo de cinco días, a menos que se haya disposición en contrario, de acuerdo al artículo 66 de la Ley sobre el contrato de seguro.

En caso de que el asegurado no cumpliera con la obligación de dar aviso a la aseguradora de que ha ocurrido el siniestro, ésta podrá reducir la prestación a la que se obligó, hasta el grado de no darle cumplimiento a la misma, en caso de que esta omisión de dar aviso, hubiera sido con la intención de que la aseguradora no compruebe oportunamente las circunstancias que dieron lugar al siniestro. En este sentido los artículos 67 y 68 de la misma ley, disponen que:

Artículo 67.- "Cuando el asegurado o el beneficiario no cumplan con la obligación que les impone el artículo anterior, la empresa aseguradora podrá reducir la prestación debida hasta la suma que habría importado si el aviso se hubiere dado oportunamente".

Artículo 68.- "La empresa quedará desligada de todas las obligaciones del contrato, si el asegurado o el beneficiario omiten el aviso inmediato con la intención de impedir se comprueben oportunamente las circunstancias del siniestro".

De la misma manera, la obligación de la aseguradora de responder por los daños ocasionados por el siniestro, quedará extinguida si se comprueba que el siniestro se originó con dolo o mala fe del asegurado o el beneficiario, caso previsto en el artículo 76 del ordenamiento legal mencionado.

Sin embargo la empresa se encuentra obligada a responder del siniestro, aun cuando intervenga la culpa del asegurado en la realización de este,

y sólo se admitirá en el contrato la cláusula que libere a la aseguradora en caso de culpa grave. (art. 77).

En caso de que solo tenga lugar el siniestro en forma parcial, el asegurado y la compañía aseguradora tendrán derecho a rescindir el contrato, observando las reglas previstas en el artículo 96 del ordenamiento invocado, el cual prevé lo siguiente:

“En caso de daño parcial por el cual se reclame una indemnización, la empresa aseguradora y el asegurado tendrán derecho para rescindir el contrato a más tardar en el momento del pago de la indemnización, aplicándose las siguientes reglas:

I.- Si la empresa hace uso del derecho de rescisión, su responsabilidad terminará quince días después de comunicarlo así al asegurado, debiendo reembolsar la prima que corresponda por la parte no transcurrida del período del seguro en curso y al resto de la suma asegurada;

II.- Si el asegurado ejercita ese derecho, la empresa podrá exigir la prima por el período del seguro en curso. Cuando la prima haya sido cubierta anticipadamente por varios períodos del seguro, la empresa reembolsará el monto que corresponda a los períodos futuros”.

Por supuesto que en caso de que el contrato no sea rescindido, la empresa sólo responderá en lo sucesivo sólo por el resto de la suma asegurada. (art. 97).

Como ya hemos analizado el contrato de seguro tiene lugar por que lo que se busca es proteger los posibles daños ocurridos en el patrimonio de una persona, o bien en la vida misma de ésta, por lo que en caso de que el riesgo

desaparezca o el siniestro tuviere lugar al momento de su celebración, el contrato será nulo, a menos que se haya pactado expresamente por las partes la retroactividad en los efectos del contrato. Al respecto el artículo 45 de la multicitada ley manifiesta:

“El contrato de seguro será nulo si en el momento de su celebración, el riesgo hubiera desaparecido o el siniestro se hubiere ya realizado. Sin embargo, los efectos del contrato podrán hacerse retroactivos por convenio expreso de las partes contratantes. En caso de retroactividad, la empresa aseguradora que conozca de la inexistencia del riesgo, no tendrá derecho a las primas ni al reembolso de sus gastos; el contratante que conozca esa circunstancia perderá el derecho a la restitución de las primas y estará obligado al pago del gastos”.

Por su parte el artículo 46 de la misma ley dispone que: “Si el riesgo deja de existir después de la celebración del contrato, éste se resolverá de pleno derecho y la prima se deberá únicamente por el año en curso, a no ser que los efectos del seguro deban comenzar en un momento posterior a la celebración del contrato y el riesgo desapareciere en el intervalo, en cuyo caso la empresa sólo podrá exigir el reembolso de los gastos”.

El riesgo se clasifica de diversas maneras con lo cual se da lugar a que existan diversas clases de seguros atendiendo a la misma, a continuación nos referiremos a estos tipos de riesgos atendiendo a las personas y a los bienes.

I) Riesgos que afectan a la persona.

A) En relación con sus ingresos:

a) Muerte;

b) Incapacidad permanente (total o parcial);

- c) Incapacidad temporal (total o parcial);
- d) Paro forzoso;
- e) Vida después de cierta edad (jubilación).

B) En relación con sus propiedades:

b) Destrucción o daño por:

1. Fuego o rayo;
2. Huracán;
3. Inundación;
4. Terremoto;
5. Rotura de vidrios;
6. Explosión;
7. Motines o guerra civil;
8. Robo, hurto, saqueo;
9. Falsificación.

b) Responsabilidad para pagar la cantidad debida por daños causados a otra persona o a su propiedad, cuando el daño es causado a:

1. La persona de un empleado;
2. La persona de un extraño;
3. La propiedad de otro.

c) Gastos extraordinarios:

1. Causa de dolo o daños;
2. Para la sustitución de comodidades.

II.- Riesgos que afectan a los negocios.

A) Transporte de mercancías por mar o tierra;

B) Granizo, heladas y otros casos de pérdida de cosechas;

- C) Desfalcos y otros delitos de los empleados;
- D) Incumplimiento de contratos;
- E) Quiebra de depositarios;
- F) Pérdidas no usuales en las ventas.<sup>58</sup>

Existe por otro lado, un contrato de seguro sin finalidad lucrativa y que también cubre diversas clases de riesgo, esto es el de la mutualidad. A ese respecto el artículo 7 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, establece las autorizaciones que la Secretaria de Hacienda y Crédito Público concederá para este tipo de operaciones, de donde podemos deducir los siguientes:

I.- Vida; II.- Accidentes y enfermedades, y III.- Daños en algunos de los ramos de: a) Responsabilidad civil y riesgos profesionales; b) Marítimos y transportes; c) Incendio; d) Agrícola y de animales; e) Automóviles; f) Crédito; g) Diversos y h) Los especiales que declare la Secretaria de Hacienda y Crédito Público.

De lo anterior se desprende que existen diversas clases de contratos de seguro, dependiendo del tipo de riesgo del que el asegurado quiere protegerse.

## **7.- LA SUPLETORIEDAD DEL CÓDIGO CIVIL EN LA LEGISLACIÓN MERCANTIL.**

Hemos estudiado al riesgo y al siniestro a través del contrato de seguro, ya que es en materia mercantil donde precisamente este contrato nos da una amplia gama de posibilidades tocante al riesgo, al ocuparse de la forma de protegerse de tal eventualidad, así como la indemnización en caso de siniestro.

---

<sup>58</sup> Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Ob. Cit Pág.155.

Ahora bien, cabe señalar que en la legislación y doctrina mercantil no encontramos una "teoría del riesgo" como tal, ya que solamente en el contrato de seguro se regula el riesgo concretamente por la Ley Sobre el Contrato de Seguro ya analizada, así como de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, que a diferencia de las compañías aseguradoras, no persiguen una finalidad lucrativa, sino de ayuda a sus miembros.

Salvo el caso de los contratos de seguro y mutualista, no existe en materia mercantil una teoría del riesgo, por la cual al tema central de este trabajo, que es el relativo al riesgo en el fideicomiso, se aplicarán las disposiciones del derecho común de manera supletoria.

En efecto el artículo 2º del Código de Comercio antes mencionado dispone que: "A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal".

Lo anterior es aplicable al contrato de fideicomiso, toda vez que del artículo 75 del ordenamiento legal citado se desprende que las operaciones de los bancos se reputan como actos de comercio, y en el fideicomiso se realiza esta operación bancaria, ya que los bancos son instituciones de crédito autorizadas para actuar como fiduciarias, aún cuando otras instituciones también tengan la autorización para actuar como tales, como ya hemos analizado.

Además de lo anterior sabemos que en la actualidad prácticamente todas las Instituciones del sistema financiero mexicano, operan el contrato de fideicomiso, siéndoles aplicable la supletoriedad ya referida.

Por otro lado cabe recordar que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que es la que regula al fideicomiso, también señala la aplicación supletoria expresa de la norma civil, en su artículo 2º que dispone lo siguiente:

“Los actos y las operaciones a que se refiere el artículo, se rigen:

I.- Por lo dispuesto en esta ley, en las demás leyes especiales relativas; en su defecto;

II.- Por la legislación mercantil; en su defecto;

III.- Por los usos bancarios y mercantiles, y en defecto de éstos;

IV.- Por el derecho común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, el Código Civil del Distrito Federal”.

De lo anterior y toda vez que en materia mercantil, salvo el caso del contrato de seguro, no encontramos regulación expresa respecto del riesgo y de sus consecuencias, ni tampoco encontramos dentro de la doctrina una teoría que se refiera a la forma de indemnizar en caso de pérdida de la cosa objeto del contrato, ni de quien sufrirá la misma con motivo de que se presente el evento dañoso. Podemos decir que en caso de que ocurra el riesgo en un contrato mercantil, al mismo le podrían ser aplicables las disposiciones de la legislación civil y la “teoría del riesgo” estudiada por la doctrina civil, con la finalidad de resolver el problema que surge una vez que ha ocurrido esta pérdida, puesto que existe una laguna por lo que al riesgo respecta , al no haber disposiciones que se refieran a ello.

Son aplicables al respecto los siguientes criterios jurisprudenciales:

**LEYES SUPLETORIAS EN MATERIA MERCANTIL.** El artículo 2o. del Código de Comercio establece que “a falta de disposiciones de este Código, serán aplicables a los actos de comercio, las del derecho común, sin hacer distingo alguno que permita entender que la supletoriedad establecida se refiere sólo a la ley procesal y no a la ley sustantiva.- TERCERA SALA.-

Quinta Epoca.- Semanario Judicial de la Federación.- Tomo CVI.- Página 1664.

**CODIGO DE COMERCIO, LEY SUPLETORIA DEL..** El artículo 2o. del Código de Comercio establece una norma general en materia de supletoriedad, al decir que, a falta de disposición en este código, serán aplicables a los actos de comercio las del Derecho común. Por tanto, este se debe aplicar en materias como consentimiento de las partes, formación de los contratos, formalidades que deben revestir y pago de retribución por servicios desempeñados.- TERCERA SALA.- Quinta Epoca.- Semanario Judicial de la Federación.- Tomo CXVII.- Página 1028.

Aún y cuando las tesis anteriores se refieren al artículo 2º del Código de Comercio antes de la reforma que el mismo sufrió el 24 de mayo de 1996, resultan plenamente aplicables al actual precepto.

## **CAPITULO IV**

### **EL RIESGO DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA EN EL FIDEICOMISO.**

**1.- EL RIESGO EN LOS CONTRATOS DE FIDEICOMISO; 2.- LA PÉRDIDA O MENOSCABO DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA EN CASO DE SINIESTRO; 3.- LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN CASO DE SINIESTRO.**

#### **1.- EL RIESGO EN LOS CONTRATOS DE FIDEICOMISO.**

En la legislación mercantil, no se existen disposiciones que se encarguen de la regulación de las consecuencias jurídicas que tienen lugar en los contratos mercantiles como consecuencia de la pérdida de la cosa en caso de siniestro, ya que no hay reglas aplicables a los contratos mercantiles, para el caso que tenga lugar un siniestro que provoque la pérdida de la cosa y como consecuencia el incumplimiento en el contrato, lo que dará lugar a que se causen daños en el patrimonio de una persona. Es por ello que resulta necesario determinar las reglas que serán aplicables a este respecto, tratándose de contratos mercantiles, y en especial del contrato de fideicomiso.

Al no existir reglas dentro de la legislación mercantil que permitan resolver las consecuencias que surgen con motivo del "riesgo", podría ser útil para determinar las consecuencias de la pérdida aplicar las reglas ya existentes a este respecto.

Siguiendo el anterior orden de ideas, encontramos en el derecho común las reglas aplicables a los contratos una vez que ha tenido lugar el "riesgo", con lo cual surge la necesidad de indemnizar y de determinar quién sufre tal pérdida en su patrimonio. A este conjunto de reglas se les conoce en la doctrina civil como la "teoría del riesgo", la cual ya ha sido analizada, por lo que

ahora sólo trataremos de saber si dichas reglas pueden ser aplicables al contrato de fideicomiso.

De tal manera que para resolver el problema que surge con motivo del riesgo, y toda vez que en la legislación mercantil existe una laguna a este respecto, podemos aplicar por analogía las reglas del derecho común existentes, para poder determinar en el caso del contrato de fideicomiso, quién sufre las pérdidas que tienen lugar, como consecuencia de la pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor.

Ahora bien, antes de continuar, es necesario hacer una breve referencia de lo que se entiende por analogía, de donde surge y de la forma en que esta es aplicable a los casos en los cuales hay una laguna en la ley que rige el acto jurídico. Es decir cuando no existen disposiciones aplicables a un caso concreto dentro de un ordenamiento, y por tanto deben ser aplicables las normas contenidas en otra ley.

Nos referiremos en primer lugar al fundamento legal del principio de la analogía que se encuentra contenido en el artículo 14 Constitucional, párrafos tercero y cuarto que establecen:

"...En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".

Ahora bien, entendemos por analogía, la aplicación de otras disposiciones legales existentes por falta de una regulación expresa para un caso concreto. Así la analogía será aplicable cuando no se encuentran preceptos legales dentro de un ordenamiento para resolver determinado acto jurídico, pudiendo tomar las reglas contenidas en otro ordenamiento para resolver éste a través de un procedimiento de interpretación.

El principio de la analogía surge con la necesidad de aplicar determinadas normas jurídicas contenidas en diverso ordenamiento con motivo de que existen lagunas en la ley aplicable al caso concreto, siempre y cuando haya similitud en ambos casos.

A través del principio de la analogía se busca interpretar el sentido de la ley y de la aplicación de la misma en todos los actos jurídico, de tal manera que aquellos actos que tengan como consecuencia una controversia jurídica y para cuales no exista una norma jurídica expresa para su solución, le podrán ser aplicables las disposiciones contenidas en otro cuerpo legal siempre que ambos actos tengan la misma naturaleza, es decir que sean jurídicamente iguales.

De lo anterior podemos deducir que para que tenga lugar la aplicación de la analogía son necesarias dos condiciones: a) La ausencia de una norma jurídica aplicable al supuesto, y b) que haya igualdad en los actos jurídicos, es decir entre el que no contiene regulación expresa, y en aquel que si la contiene.

Al respecto resulta aplicable el siguiente criterio jurisprudencial:

**METODO ANALOGICO, APLICACION DEL.** Dos son las condiciones para la aplicación del método analógico. En primer lugar, la falta expresa de la norma aplicable al supuesto concreto y, en segundo lugar, la igualdad esencial de los hechos, como en el caso en que la ley si protege la posesión que el padre o la madre tiene de sus hijos legítimos, pero es omisa respecto a

la posesión de los hijos naturales, no obstante que se trata de situaciones concretas esencialmente iguales "ubi ,adem ratio, adem dispositio". La Tercera Sala de la Suprema Corte considera que es jurídica la aplicación analógica de la ley en virtud de que lo establece y permite la propia Constitución de la República, excepto cuando se trata de disposiciones de carácter excepcional, o cuando la ley está redactada en forma numerativa, o de leyes penales; pues como es manifiestamente imposible que la mente humana pueda prever y regular con normas adecuadas todos los innumerables casos futuros, el legislador ha señalado las fuentes, a las cuales debe el juez acudir siempre que no sea posible resolver una controversia aplicando una disposición precisa de la ley; tales fuentes son, en primer término, la analogía, y después, cuando tampoco mediante ,esta sea posible decidir, los principios generales de derecho. En efecto, mediante la analogía, el ámbito de aplicación de las leyes se extiende mas allá del repertorio de los casos originalmente previstos, con tal de que se trate de supuestos similares o afines a aquellos, siempre que la ratio legis valga igualmente para unos y para los otros; por lo tanto, la analogía como método de interpretación o de auto integración es aceptada por nuestra legislación. Amparo directo 1071/80. Mario Vidals Zenteno. 13 de julio de 1981. 5 votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez. Séptima Epoca. Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Tomo. 151-156 Cuarta Parte. Página 218.

Una vez que ha quedado precisado el concepto de analogía y los elementos necesarios para que esta sea aplicable, veamos ahora si de acuerdo a las características del contrato de fideicomiso y toda vez que no existe regulación expresa respecto de la pérdida de la cosa en este contrato, le pueden ser aplicables en razón del principio de la analogía, las reglas del derecho común.

Ya ha quedado apuntado que en la legislación mercantil no se encuentran contenidas disposiciones aplicables a los contratos, una vez que se ha originado el riesgo y con motivo de ello han ocurrido daños, de tal manera que siguiendo el método analógico, podrían serle aplicables las reglas del derecho civil para determinar quién soportará la pérdida de la cosa y la forma en que habrá de indemnizarse a la parte que sufre los daños.

Para poder determinar si las reglas del derecho civil por lo que al riesgo se refiere, resultan aplicables a los contratos mercantiles, y en especial al de fideicomiso, debemos determinar si de acuerdo a las características del

contrato de fideicomiso dichas reglas le pueden ser aplicables. Recordemos que es necesario tener en cuenta que el supuesto puede consistir en que se trate del incumplimiento de un deber jurídico o de una declaración unilateral de la voluntad, o de un contrato unilateral con obligación de dar cosa genérica o específica, o de contratos bilaterales con obligaciones de dar cosa genérica o específica, o bien que la obligación sea de hacer o no hacer, para poder determinar quién sufrirá el menoscabo en su patrimonio, una vez que ha tenido lugar la pérdida de la cosa, y por tanto debemos saber en qué hipótesis se encuentra el acto jurídico celebrado para determinar quién sufrirá el daño.

Para aplicar las reglas existentes en el derecho común respecto a la cuestión del riesgo en el contrato de fideicomiso, debemos hacer en primer lugar una breve referencia de la definición del contrato de fideicomiso, a la que ya nos hemos referido con anterioridad, a fin de determinar si tales reglas le son aplicables.

En el contrato de fideicomiso, según hemos visto, el fideicomitente destina a la institución fiduciaria ciertos bienes para la consecución de un fin lícito y determinado, encargándose esta última de llevar a cabo la realización de ese fin. De lo anterior se desprende que de la celebración del contrato de fideicomiso se generan obligaciones para ambas partes, es decir tanto para el fideicomitente como para la institución fiduciaria.

Ahora bien, ya sabemos que el contrato de fideicomiso es un contrato bilateral, pues con su celebración se generan obligaciones para ambas partes, es decir para el fideicomitente y para la institución fiduciaria, ya que la primera de ellas, es decir el fideicomitente se obliga a entregar determinados bienes a la institución fiduciaria quien se obliga a realizar un fin lícito y determinado en el contrato.

Así mismo cabe recordar que en el contrato de fideicomiso se contienen por lo que hace a la Institución, básicamente obligaciones de hacer, puesto que como ya lo mencionamos anteriormente, una de las partes se obliga a entregar determinados bienes a otra que tiene a su cargo de llevar a cabo el cumplimiento de determinado fin.

De lo anterior podemos deducir que las reglas existentes en materia civil sobre el riesgo, le pueden ser aplicables al contrato de fideicomiso, pues es precisamente en los contratos bilaterales donde opera el problema de los riesgos, que surge una vez que la cosa ha perecido por caso fortuito o fuerza mayor, como ya habíamos analizado con anterioridad.

Además de que como ya hemos estudiado, la “teoría del riesgo” regula aquellos casos en que se genera un riesgo en los contratos con obligaciones de hacer.

Siguiendo el anterior orden de ideas, podemos establecer que en caso de pérdida de la cosa en los contrato de fideicomiso, toda vez que se trata de un contrato bilateral con obligaciones de hacer, cada parte asumirá las consecuencias del riesgo que con motivo del caso fortuito o fuerza mayor se generen, puesto que las obligaciones de las partes se extinguen, al extinguirse el contrato con motivo de los daños ocasionados a los bienes fideicomitados.

Así podemos concluir que en principio la pérdida de los bienes que constituyen el fideicomiso, deberá soportarla el fideicomitente o el fideicomisario, en su caso.

Sin embargo la solución no resulta tan sencilla, pues recordemos que existen diversas clases de fideicomiso, y entonces dependerá de la clase del fideicomiso celebrado para poder determinar quién sufre esa pérdida.

## **2.- LA PÉRDIDA O MENOSCABO DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA EN CASO DE SINIESTRO.**

Una vez que la cosa objeto del contrato ha perecido, el contrato de fideicomiso queda sin materia y por tanto se extingue, y con ello las obligaciones de cada una de las partes, pues se ha hecho imposible el cumplimiento del mismo, como consecuencia de la pérdida de los bienes fideicomitidos, sin embargo habrá que determinar quién sufrirá esa pérdida, pues con motivo de lo anterior se afectarán los derechos o beneficios del fideicomitente o del fideicomisario en su caso.

Dadas las obligaciones que nacen de la celebración del contrato de fideicomiso, ya sabemos que al mismo le pueden ser aplicables por analogía las reglas existentes en el derecho civil respecto del riesgo, por lo que ahora debemos determinar, como ya mencionamos, quién sufrirá la pérdida de los bienes fideicomitidos en caso de siniestro.

Ahora bien, toda vez que existen diversas clases de fideicomiso, dependerá del tipo de contrato, y los fines para los cuales fue constituido, para poder determinar quién sufrirá el menoscabo en su patrimonio con motivo del siniestro, y en todo caso la forma de indemnizar.

Toda vez que existen gran diversidad de contratos de fideicomiso, para efectos de la aplicación de las reglas de la "teoría del riesgo", nos referiremos a aquellos contratos en los cuales se transmiten a la institución fiduciaria bienes inmuebles para la realización del fin previsto en el contrato, entre los que encontramos a los fideicomisos traslativos de dominio, a los de garantía, a los de administración y a los testamentarios.

Sin embargo recordemos como ya lo habíamos señalado toda vez que existe una extensa variedad de contratos de fideicomiso, nos referiremos a estos a manera de ejemplo, pues en todos los fideicomiso celebrados puede originarse la pérdida del patrimonio fideicomitado con motivo de caso fortuito o fuerza mayor.

Cabe señalar que nos referiremos como ya hemos dicho a la pérdida del patrimonio fideicomitado cuando ha ocurrido un motivo fortuito, para determinar cuál de las partes soportará dicha pérdida, sin embargo recordemos que nuestro estudio está enfocado a establecer reglas para el caso de la indemnización, para lo cual trataremos mas adelante de dar una solución a este respecto. Es decir, en caso de siniestro de los bienes materia del fideicomiso, quien sufrirá la pérdida, para después proponer la forma en que podría llevarse a cabo la indemnización.

En primer lugar nos referiremos a los contratos de fideicomiso traslativos de dominio. Para ello es necesario precisar si en el contrato se pactó que el mismo sería irrevocable o revocable.

Tratándose de contrato de fideicomiso traslativo de dominio irrevocable, es necesario a su vez determinar el momento en qué tuvo lugar la pérdida del bien inmueble objeto del fideicomiso, puesto que si el contrato se celebró, pero aún no se firmaba la escritura respectiva, la pérdida la soportará el fideicomitente. Sin embargo, si ya se había firmado la escritura respectiva y formalizado por ende el contrato, entonces será el fideicomisario quien reportará esta pérdida, pues éste es el beneficiario del contrato.

Ahora bien, si se trata de un contrato de fideicomiso traslativo de dominio revocable, dependerá del momento en que surge la pérdida de los bienes, pues si al momento de ocasionarse el riesgo, el fideicomitente aun no ha

revocado el contrato, éste soportará la pérdida. Sin embargo si al momento de que tenga lugar la pérdida, el fideicomitente, con motivo de las facultades conferidas en el contrato, los daños los soportará el propio fideicomitente, o bien el fideicomisario.

Tratándose de contratos de fideicomiso de garantía para que le puedan ser aplicables las reglas del derecho común por lo que respecta al riesgo, es necesario precisar que la garantía deberá estar constituida de bienes inmuebles y que sobre ellos recaiga el riesgo. Debemos recordar que en los fideicomisos de garantía, los bienes que se destinaron al fideicomiso se entregan a la institución fiduciaria con la finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación contraída, es decir para que en cierto tiempo el deudor realice el pago, sin embargo si este no se realiza, la institución fiduciaria podrá rematar los bienes para realizar el pago.

En caso de que se actualice el riesgo y los bienes dados en fideicomiso se pierdan, ésta pérdida la soportará el fideicomitente, pero no debemos olvidar que tales bienes se encuentran garantizando el pago de una obligación, y que si éstos se pierden, tendrá que determinarse además de que manera se habrá de sustituir la garantía.

Por tanto no sólo se verá afectado el fideicomitente, sino que también el fideicomisario, pues los bienes se encontraban sujetos al fideicomiso con la finalidad de garantizarle el pago de la obligación contraída.

En los casos de fideicomiso de administración, toda vez que el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria bienes inmuebles para que ésta lleve a cabo diversos actos en favor del beneficiario, la pérdida de los mismos deberá soportarla el fideicomitente, pero es claro que también le ocasionará pérdidas al fideicomisario, ya que éste dejará recibir los beneficios que con motivo de la constitución del contrato le fueron concedidos. Por supuesto que en

caso de que no hubiere designado fideicomisario, la pérdida sólo la sufrirá el fideicomitente.

Ahora bien, tal y como lo mencionamos al principio existen una gran variedad de contratos de fideicomisos atendiendo al fin que fueron destinados, por lo que la mejor manera de resolver la cuestión que surge con motivo de la pérdida de la cosa por un caso fortuito o fuerza mayor, sería a través de una serie de normas que se contengan en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y en caso de que la partes no lo acaten, estarse a lo dispuesto en una regla general, en la que se contenga que las partes pueden pactar lo conducente con la finalidad de proteger el patrimonio fiduciario.

Todas las anteriores consideraciones, se sustentan en la inevitable aplicación supletoria de la norma civil a la materia mercantil, ante la evidente falta de normatividad al caso concreto, por lo cual sugerimos que los supuestos de solución en los diferentes casos de fideicomiso en que puede surgir un siniestro, pudiesen ser normados de manera directa en la ley especial, como es la regulación propia que del fideicomiso otorga la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

### **3.- LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN CASO DE SINIESTRO.**

Según hemos visto no existen reglas aplicables en caso de pérdida del objeto tratándose de contratos mercantiles, así como tampoco disposiciones aplicables para la reparación del daño.

Como consecuencia de lo anterior, para establecer a quien corresponde la obligación de reparar el daño, será necesario aplicar de manera supletoria las reglas existentes en materia civil al respecto.

Recordemos que la cosa objeto de un contrato perece cuando ha quedado fuera del comercio; cuando no se tenga noticia de ella o que, aunque se tenga alguna noticia de esta, la cosa no se puede recobrar.

Ahora bien, esta pérdida de la cosa pudo haber tenido lugar por un caso fortuito o fuerza mayor, que en este caso es la hipótesis que nos interesa resolver para establecer lo relativo a la indemnización. Cabe recordar que las reglas del derecho común disponen que nadie se encuentra obligado a responder en caso fortuito o fuerza mayor, con excepción de los casos previstos en dicho ordenamiento, es decir cuando se ha contribuido a que este se cause, cuando se ha aceptado expresamente esa responsabilidad, o bien cuando la ley así lo impone.

Tomando como base estas excepciones en las que el contratante debe responder de la pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor, podemos determinar la forma en podría llevarse a cabo la indemnización en los contratos mercantiles, y en especial, por ser el caso que nos ocupa, en el contrato de fideicomiso, una vez que la cosa materia del contrato se ha perdido por las causas antes mencionadas.

De esa manera aún cuando nadie se encuentra obligado a indemnizar una vez que ha tenido lugar la pérdida de los bienes materia del contrato por motivos fortuitos, la reparación del daño si puede realizarse cuando se ha dado causa a que ésta circunstancia se actualice, cuando las partes contratantes lo han aceptado expresamente y en aquellos casos en los que la ley así lo impone. Estas excepciones a la no indemnización por caso fortuito o fuerza mayor, pueden serle aplicables a los contratos mercantiles, y en consecuencia al contrato de fideicomiso.

Sin embargo para que la solución resultara mas sencilla, y evitar confusiones aplicando de manera analógica las reglas del derecho civil, toda vez que existen diversas clases de fideicomisos, resultaría mucho mas práctico que se regulasen de manera directa en la ley especial, como lo es la propia del fideicomiso, esto es, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Así con el objeto de dar seguridad jurídica a los fideicomisarios que en ocasiones han cubierto alguna cantidad por concepto de contraprestación, se propone una adición a la Ley de la materia, a fin de que por un lado se establezca con claridad, cuál de los elementos personales del contrato sufrirá la pérdida de la cosa, en caso de siniestro y que se obligue en todos los casos a la contratación de un seguro que cubra los riesgos inherentes a los bienes fideicomitidos, con el objeto de que se eviten los daños que en ausencia de tal cobertura se ocasionen en la actualidad.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** El fideicomiso tiene su origen en el Derecho Romano en el que se destaca la importancia que representaba para los romanos el derecho a testar, sobre la base de la buena fe, para la transmisión de sus bienes.

**SEGUNDA.-** El Trust norteamericano constituye el antecedente mas cercano del fideicomiso mexicano y consistía en la transmisión del dominio de ciertos bienes.

**TERCERA.-** Aun cuando la figura del fideicomiso no constituye una creación directa del derecho mexicano, ha evolucionado y se ha perfeccionado teniendo gran auge por su versatilidad.

**CUARTA.-** Influenciado por el Derecho Anglosajón, el legislador de 1932, define al contrato de fideicomiso como aquel por virtud del cual el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

**QUINTA.-** De acuerdo a la naturaleza jurídica del fideicomiso y atendiendo a la doctrina y a las leyes, se encuentran diversos criterios conforme a los cuales se puede encuadrar a dicho acto.

**SEXTA.-** Además de los elementos personales que intervienen en la celebración del contrato de fideicomiso, existe también un comité técnico, designado por el fideicomitente, quien materialmente se encarga de la administración de los bienes fideicomitados.

**SEPTIMA.-** A partir de las reformas de 1993 hechas a diversas leyes financieras, se autorizo a Instituciones de Fianzas, Casas de Bolsas e

Instituciones de Seguros para actuar como instituciones fiduciarias, por tanto esta facultad ya no es exclusiva de las Instituciones Bancarias.

**OCTAVA.-** La duración de los contratos de fideicomiso no puede ser mayor de treinta años, salvo los casos que se encuentran exceptuados en la ley.

**NOVENA.-** Como cualquier bien, los que están sujetos a un contrato de fideicomiso, se encuentran sujetos a riesgos derivados de acontecimientos dañosos, naturales o humanos, que producirán efectos jurídicos y que eventualmente se traducen en el resarcimiento de los daños que los mismos lleguen a ocasionar.

**DECIMA.-** En la legislación común se señalan diversas reglas para establecer que persona sufre la pérdida a consecuencia de la realización de un riesgo.

**DECIMA PRIMERA.-** En la legislación mexicana mercantil, no existen disposiciones legales que regulen el riesgo en los contratos, con excepción de los preceptos relativos al contrato de seguro.

**DECIMA SEGUNDA.-** Para el caso de que ocurra un riesgo de bienes afectos a un contrato mercantil, le serán aplicables las disposiciones de la legislación común y las reglas de la Teoría del riesgo, siguiendo los principios de la analogía y de la supletoriedad.

**DECIMA TERCERA.-** En razón de la complejidad y especialización de la institución del fideicomiso se propone que en el título correspondiente que regula al contrato relativo, se incorporen los supuestos de riesgo de los bienes afectos a dicho régimen, así como reglas claras para establecer la forma y términos en que los daños causados deban ser resarcidos.

## BIBLIOGRAFIA.

- 1.- Acosta Romero, Miguel, *"TEORIA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO"*, 14ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999.
- 2.- Acosta Romero, Miguel y Pablo R. Almazán, *"TRATADO TEORICO PRACTICO DEL FIDEICOMISO"*, Editorial Porrúa, 3ª edición, México, 1999.
- 3.- Barrera Graf, Jorge, *"INSTITUCIONES DE DERECHO MERCANTIL"*, 3ª reimpresión, Editorial Porrúa, México, 1999.
- 4.- Batiza, Rodolfo, *"EL FIDEICOMISO, TEORIA Y PRACTICA"*, 3ª edición, Editorial Jus, México, 1995.
- 5.- Bialostosky, Sara, *"PANORAMA DEL DERECHO ROMANO"*, 4ª edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992.
- 6.- Borja Soriano, Manuel, *"TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES"*, 16ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
- 7.- Cervantes Ahumada, Raúl, *"TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO"*, 1ª reimpresión, Editorial Porrúa, México, 1999.
- 8.- Dávalos Mejía, Carlos Felipe, *"DERECHO BANCARIO Y CONTRATOS DE CRÉDITO"*, Tomo II, 2ª edición, Editorial Harla, México.
- 9.- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *"EL FIDEICOMISO"*, 7ª edición, Editorial Porrúa, México, 1997.
- 10.- Floris Margadant S., Guillermo, *"EL DERECHO PRIVADO ROMANO"*, 24ª edición, Editorial Esfinge, México, 1999.
- 11.- Galindo Garfias, Ignacio, *"Derecho Civil"*, 18ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999.
- 12.- García Amigo, Manuel, *"TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS"*, Editorial Mc Graw- Hill, Madrid, 1995.
- 13.- Gutiérrez y González, Ernesto, *"DERECHO DE LAS OBLIGACIONES"*, Tomo II, 12ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
- 14.- Gutiérrez y González, Ernesto, *"EL PATRIMONIO"*, 6ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999.

- 15.- Petit, Eugene, *"TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO"*, 15ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999.
- 16.- Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *"DERECHO MERCANTIL"*, Tomo II, 24ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999.
- 17.- Rojina Villegas, Rafael, *"COMPENDIO DE DERECHO CIVIL"*, Tomo III, 21ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
- 18.- Rojina Villegas, Rafael, *"DERECHO CIVIL MEXICANO"*, Tomo III, 9ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
- 19.- Sánchez Sodi, Horacio, *"EL FIDEICOMISO EN MEXICO"*, 1ª edición, Editorial Greca, México, 1996.
- 20.- Vásquez del Mercado, Oscar, *"CONTRATOS MERCANTILES"*, 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998.

#### **LEGISLACION CONSULTADA.**

- A) Código Civil para el Distrito Federal .
- B) Código de Comercio.
- C) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- D) Ley del Banco Central.
- E) Ley de Bancos de Fideicomiso.
- F) Ley del Banco de México.
- G) Ley del Mercado de Valores.
- H) Ley Federal de Instituciones de Fianzas.
- I) Ley Federal de las Entidades Paraestatales.
- J) Ley General de Instituciones de Crédito.
- K) Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios.
- L) Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

- M) Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.
- N) Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- Ñ) Ley Orgánica del Banco de Comercio Exterior.
- O) Ley Orgánica del Banco Interior.
- Q) Ley Orgánica del Patronato del Ahorro Nacional.
- R) Ley Reglamentaria del Servicio de Banca y Crédito.
- S) Ley Sobre el Contrato de Seguro.