

**"PERSPECTIVAS DEL CONTRATO DE FIDUCIOMISO
COMO FIGURA DEL DESARROLLO ECONÓMICO"**



TESIS

Que para obtener el Título Profesional de
LICENCIADO EN DERECHO
Presenta

Santiago Arturo Pelayo Bermúdez

Director de Tesis: **Lic. Sergio Córdova Casas**

Hermosillo, Sonora.



Año 2006.

Universidad de Sonora

Repositorio Institucional UNISON



"El saber de mis hijos
hará mi grandeza"



Excepto si se señala otra cosa, la licencia del ítem se describe como openAccess

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
CAPITULO 1	
ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO.....	6
CAPITULO 2	
CLASIFICACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO.....	12
CAPITULO 3	
SUJETOS DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO.....	15
3.1.- LAS PARTES DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO.....	16
3.2.-PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE FIDEICOMISO..	16
3.2.1.- EL FIDEICOMITENTE.....	16
3.2.2.- FIDUCIARIO O INSTITUCIÓN FIDUCIARIA.....	18
3.2.3.- FIDEICOMISARIO O BENEFICIARIO.....	21
3.2.4.- EL COMITÉ TÉCNICO.....	26
CAPITULO 4	
OBJETO DEL CONTRATO DEL FIDEICOMISO.....	29
CAPITULO 5	
CAUSA O RAZÓN DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO.....	32
CAPITULO 6	
FINES DEL CONTRATO DEL FIDEICOMISO.....	34
CAPITULO 7	
LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE FIDEICOMISO.....	37
7.1.- LA FORMA DEL CONTRATO DEL FIDEICOMISO.....	37
7.2.- DEL FIDEICOMITENTE.....	38
7.3.- DEL FIDUCIARIO.....	39
7.4.- DERECHOS DEL BENEFICIARIO.....	41
CAPITULO 8	
MODALIDADES DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO.....	43
8.1.- DE ADMINISTRACIÓN.....	43

8.2.- DE INVERSIÓN	43
8.3.- DE GARANTÍA.....	44
8.4.- DE SEGURO.....	44
8.5.- TESTAMENTARIO.....	44
CAPITULO 9	
LA RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO.....	46
9.1.- RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO FRENTE AL DERECHO TRIBUTARIO.....	50
9.1.1.- LA RELACIÓN JURÍDICA TRIBUTARIA.....	50
9.1.2.- EL FIDUCIARIO COMO RESPONSABLE TRIBUTARIO.....	52
9.1.3.- COFIDUCIARIOS.....	54
CAPITULO 10	
EL CONTENIDO DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO FINANCIERO.....	56
10.1.- LAS MODALIDADES DE EMISIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES	61
CAPITULO 11	
EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO	63
CAPITULO 12	
LA REFORMA DEL ARTICULO 2662 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	66
12.1.- TEXTO ANTERIOR.....	66
12.2.- DIFERENCIAS BÁSICAS ENTRE AMBOS CONCEPTOS.....	67
CONCLUSIONES	71
BIBLIOGRAFÍA	74

INTRODUCCIÓN

Dentro del mundo de los contratos mercantiles, la legislación Mexicana, como todas las demás legislaciones, en ocasiones ha adoptado figuras jurídicas extranjeras que se han podido aplicar perfectamente a nuestras necesidades, tanto del marco jurídico como de flexibilidad en el ámbito de acción que las relaciones comerciales y el impulso económico lo han requerido.

Muchos de estos contratos se conciben para dar seguridad a quienes intervienen en ellos, otros, nacen de relaciones contractuales basadas en la confianza mutua que cada una de las partes tiene hacia con la otra; pero lo que ambas formas de contratos buscan, es responder en la mayoría de estos casos, a la búsqueda incesante de los hombres y las empresas en la optimización de los beneficios que importa a la circulación de los bienes del capital, admitiéndose que en todo caso se procura adecuar las operaciones económicas a las conocidas estructuras jurídicas.

De esta forma, el contrato de fideicomiso, además de ser la contribución más caracterizada y valiosa proporcionada por el derecho angloamericano, no solo el derecho mexicano, sino el derecho en general, se encuentra fundamento e identificación suficiente en el deber de lealtad, habiéndose aplicado primero a

sistemas de venta de crédito como sustituto de la venta o hipoteca, se lo adopto después a usos contratos o comisiones de confianza, alcanzando especial importancia en materias como la propiedad horizontal, fondos de inversión, etc. Tal era la caracterización del fideicomiso en el derecho romano como relación del confianza en la lealtad ajena, y de ahí su raíz etimológica en tanto FIDES es igual a fe y COMMISSUM significa comisión; en otros términos: encomendado a la fe de un sujeto.

Como creemos que el contrato de fideicomiso es uno de los más importantes dentro de la vida de los negocios comerciales, para la protección económica de los mismos, hemos decidido dedicar un poco de tiempo, a hacer un modesto análisis de tan significativa figura jurídica, que sin lugar a dudas, ha cobrado una gran importancia en nuestras instituciones.

CAPITULO 1

ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO

En su origen fue utilizada esta estructura jurídica con el objeto de evadir trabas legales que impedirán darle a determinados bienes cierto destino. La base sobre la que se fundamentó desde el origen fue la confianza que el transmite al adquirente de un bien en el que se le faculta su condición de dueño, de acuerdo con las instrucciones del transmíente. Frente al amplio poder jurídico que el transmíente daba al adquirente, éste se comprendía a usar ese poder en lo preciso dentro de los límites impuestos por el fin restringido acordado, al cual se apuntaba, respetando la voluntad de aquel. Con el correr del tiempo y en atención a los abusos en que incurría el adquirente al no respetar los encargos fiduciaros se fue limitando su potestad sobre los bienes transmitidos, manteniendo su condición de titular jurídico pero con poderes recortados con la normativa jurídica y por la intervención de la justicia, que priorizaron la voluntad del constituyente y los derechos de los beneficiarios por sobre el derecho de propiedad que aquel ostentaba.

El contrato de fideicomiso es una figura compleja que combina un negocio real de transmisión de una cosa o bien, con un negocio de obligaciones cuyo fundamento es la atenuación de los efectos de aquella transmisión. Cada uno de estos diferentes negocios produce sus propios efectos. Nos hallamos pues, frente a un negocio complejo que resulta de la unión de otros dos negocios distintos que se vinculan entre sí antagónicamente, por un lado, un contrato real (transmisión de la propiedad o del crédito de modo fiduciario) y por el otro, un contrato obligatorio negativo o *pactum fiduciae* (obligación del fiduciario de hacer solo un uso ilimitado del bien adquirido, para restituirlo luego al transmítente o a un tercero por aquel indicado).

Siendo el contrato de fideicomiso normalmente regulado y, por ello, tipificado en el derecho sustantivo, otorga a las partes contratantes las garantías de su leal ejecución a través de normas concretas positivas que prevén los efectos jurídicos para las partes, quedando amparado, inclusive, por el principio de la autonomía privada, emergente del artículo 1197 del Código Civil para el Distrito Federal, limitada sólo por los principios generales en cuanto por los fines del negocio no sean contrarios a la ley, al orden público, a la moral y a las buenas costumbres.

La constatación de la legitimidad de las formas empleadas para alcanzar los fines previstos, en especial frente al empleo de figuras jurídicas complejas como el contrato de fideicomiso, tiene relevancia, obviamente, en relación con las partes y ante terceros, por las implicancias que de ello puede derivarse en caso de calificarse al vínculo aparente como un negocio en fraude de la ley, es decir, tendiente a lograr, mediante la combinación de las diferentes figuras un resultado prohibido por aquella. Cabe aquí distinguir, para que no halle lugar a duda el contrato de fideicomiso, por un lado, de los negocios fraudulentos, por el otro, a pesar de que en ambos supuestos exista un punto de coincidencia, es decir, que mediante un procedimiento indirecto se procura conseguir fines que no pueden alcanzarse por la vía directa. En el fideicomiso hay un fin lícito que consiste en obtener un resultado permitido, amparado por una regularización positiva que tutela los efectos entre las partes y ante terceros. En el negocio fraudulento, en cambio, se está frente a un fin ilícito de resultado prohibido.

En el contrato de fideicomiso no se da la circunstancia de que las partes le confieran a las formas jurídicas una apariencia diferente al fin que se proponen alcanzar. En todo caso, del mismo modo que frente a cualquier otra figura jurídica, el análisis ponderado del caso concreto permitirá averiguar la verdadera intención que se tuvo al celebrarlo, con el objeto de establecer si se ha pretendido obtener resultados prohibidos que derivasen en la anulación del contrato por objeto ilícito.

En tanto las partes del contrato de fideicomiso respeten los elementos claves de la figura tal y como ésta ha sido regulada por el derecho sustantivo y le den al negocio la configuración jurídica prevista por el legislador al calificarlo, atendiendo a su especial naturaleza, sin introducirle contradicciones extrañas a las permitidas por la propia configuración legal, no existe el empleo de un “medio jurídico excesivo” que vaya más allá de los fines perseguidos, ya que las partes quieren el medio típico (contrato de fideicomiso) con todas las consecuencias derivadas de su naturaleza. Estamos pues, frente a un negocio definido que de ningún modo presupone un abuso de las formas empleadas, ni su asimilación a su negocio simulado.

El contrato de fideicomiso puede emplearse para la realización de ilimitados fines, en tanto y en cuanto sean lícitos.

De un origen restringido al ámbito familiar pasó a insertarse activamente en el ámbito de los negocios por su adaptabilidad a las cambiantes condiciones económicas y a la fértil imaginación de los que se dedican a la ingeniería de nuevos productos.

Para llegar a una conclusión debe considerarse que el contrato de fideicomiso no tiene trascendencia autónoma como tal. Es un verdadero instrumento que sirve para la realización de otros negocios que le son subyacentes y que pueden ser de la más variada naturaleza dentro del campo de lo lícito. De ahí su versatilidad y flexibilidad y la enorme gama de su utilización tanto en el sector empresarial, como en el de la vida individual y familiar de las personas. En menor medida ello ocurre, también, con otras instituciones del derecho positivo. Citemos como ejemplo el contrato de cesión de créditos (o derechos); no basta para su validez y eficacia la sola cesión, sino que debe determinarse su causa jurídica, así no puede decirse “cedo tal crédito o derecho” sino que hay que precisar su causa, de tal modo: si hay precio o dación en pago, se tratará de una cesión-venta; si no hay contraprestación de una cesión-donación, y si existe trueque con otro derecho o crédito que se recibe del cesionario, habrá cesión-permuta. Lo mismo ocurre con otra figura legal, la tradición, sin poder decirse simplemente que se la hace, para configurarla, con validez y eficacia, debiendo precisarse su carácter y causa. Así tendrá el efecto traslativo del dominio si opera como modo constitutivo en la compraventa de una cosa; o puede practicarse para ser adquirir solo la posesión, o a un únicamente la tenencia, como en el caso de la locación.

Pero el contrato de fideicomiso asume una posible operatividad mucho más extensa ya que el negocio subyacente tiene variedad prácticamente innumerable dentro del ámbito de lo lícito. Por ello, el ingenio de un autor extranjero ha podido decir con elocuencia que la elasticidad del instituto es tal que su proyección extensiva será tan amplia como lo quiera la imaginación y la iniciativa de los empresarios y abogados competentes.

La doctrina suele agrupar en especie esa variedad tan generosa, con una finalidad didáctica y de sistematización de la figura legal. De tal modo, que se enumeran los contratos de fideicomisos de la forma siguiente:

- De administración;
- De inversión;
- Mixtos (de administración e inversión);
- Inmobiliarios;
- De garantía;
- De seguros;
- Traslativos específicos de propiedad;
- De desarrollo;
- Públicos y privados.

CAPITULO 2

CLASIFICACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO

- a) El contrato de fideicomiso es **consensual** en tanto produce sus efectos, desde que las partes- fideicomitente y fiduciario- manifiestan recíprocamente su consentimiento, resultando la entrega de los bienes en propiedad un acto de ejecución del convenio, cuya falta autoriza a reclamar la entrega y el otorgamiento de las formalidades que imponga la naturaleza de los bienes.
- b) Es **bilateral** pues genera obligaciones recíprocas para fideicomitente y fiduciario; el primero debe entregar la cosa y la remuneración del encargo, el segundo debe administrarla de acuerdo a las disposiciones de la convención. El citado jurista **Rodríguez y Rodríguez, Joaquín**, considera que también puede ser unilateral ***“cuando el fideicomitente establece su voluntad en un acto Inter.-vivos, o en su testamento”***, bien **trilateral**.¹

¹ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín, Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, año 1994.

- c) Es **oneroso** ya que el beneficio que procura a una de las partes no le es concedido sino por una prestación que ella le ha hecho o se obliga a hacerle; así, el constituyente del fideicomiso debe al fiduciario una remuneración.

- d) Es **formal** en tanto su constitución requiere escritura pública u otras formas determinadas según la naturaleza de los bienes fideicometidos.

- e) Es por lo general de **tracto sucesivo** pues hay periodicidad en la administración y en la percepción de la remuneración, las cuales no se agotan en un solo instante.

- f) Es una **operación bancaria**, puesto que en México el contrato de fideicomiso esta limitado, y solo puede ser practicado, como ya se dijo, por instituciones de crédito expresamente autorizadas para ello conforme a la ley de instituciones de crédito.

Considerando como una conclusión de este capítulo nos remitimos a lo que al respecto Rodríguez y Rodríguez nos dice: *“...el fideicomiso es un negocio jurídico directo y fiduciario en virtud del cual la institución fiduciaria adquiere la propiedad de ciertos bienes que le trasmite el fideicomitente, con obligación de dedicarlos a un fin convenido”*.²

La doctrina nos dice que el contrato de fideicomiso es el modo de adquirir el dominio fiduciario de una cosa con la condición de entregarla a un tercero, luego de cumplirse con la condición o el plazo resolutorio impuesto; de tal forma, el dominio fiduciario es básicamente el objeto del negocio jurídico fideicomiso, y más genéricamente el negocio fiduciario.

² Idem

CAPITULO 3

SUJETOS DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO

3.1.- LAS PARTES DEL CONTRATO DEL FIDEICOMISO

3.2.- PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE FIDEICOMISO

3.2.1.- EL FIDEICOMITENTE

3.2.2.- FIDUCIARIO O INSTITUCIÓN FIDUCIARIA

3.2.3.- FIDEICOMISARIO O BENEFICIARIO

3.2.4.- EL COMITÉ TÉCNICO

A pesar de que hemos caracterizado al fideicomiso como un contrato bilateral, agregando ahora, que aún cuando el negocio se explica como una relación tripartita, cuando el beneficiario es persona distinta del constituyente del fideicomiso, no se altera en absoluto aquel carácter bilateral, puesto que el beneficiario no concurre al acto constitutivo ni se genera en él obligación alguna; es un tercero y el fideicomitente interviene a manera de quien contrata para otro.

3.1.- LAS PARTES DEL CONTRATO DEL FIDEICOMISO

Son dos las parte necesarias en el contrato de fideicomiso: El **fiduciante** (o fideicomitente o instituyente o constituyente), que es la persona que trasmite los bienes y el **fiduciario** (o fideicometido) que es quien recibe-adquiere- los bienes en propiedad fiduciaria. Ellos son las partes del contrato. Existen en la figura legal otras dos personas como terceros interesados: **el beneficiario** quien percibe los beneficios que produzca el ejercicio de la propiedad fiduciaria por el fiduciario y el **fideicomisario** que es el destinatario final de los bienes fideicomitados. Estos últimos no son partes del contrato; sus respectivas posiciones jurídicas quedan amparadas por estipulaciones a favor de terceros del artículo 504 del Código Civil para el Distrito Federal.

3.2.- PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE FIDEICOMISO

3.2.1.- EL FIDEICOMITENTE

El fideicomitente es quien establece los fines del contrato de Fideicomiso, y al mismo tiempo destina para su cabal cumplimiento los bienes necesarios, puede, asimismo, ser el beneficiario, sea con la reversión del dominio, con la percepción

de la renta, o con ambos beneficios integrados; es el primero y el principal de los sujetos actuantes en el contrato de Fideicomiso, a quien según el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, corresponde en primer lugar a destinar a un fin lícito y determinado los bienes por el Fideicomitido y en segundo término, encargar la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

Sin prejuzgar sobre lo que la constitución del fideicomiso trae aparejado respecto del derecho de propiedad por el fideicomitente ostentado en los bienes que fideicomite, en el sentido de si transmite ese derecho o desaparece o lo conserva, etc., todo lo cual será objeto de comentarios en capítulos posteriores, la realidad es que, también puedan ser fideicomitentes “las autoridades judiciales o administrativas competentes cuando se traten de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda”, según lo dispone el artículo 349 de LGTOC, “solo pueden serlo las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica”.³

Ese señalamiento tajante de la Ley en el sentido de que para ser fideicomitente se requiere de una capacidad determinada, interpretado relacionadamente con la regularización completa de la figura de la LGTOC, orilla a aseverar que el fideicomiso es para el fideicomitente un acto de dominio y no de administración.

³ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, artículo 349, Legislación Bancaria.

Como consecuencia de lo anterior, al contrato de Fideicomiso le es aplicable todo el régimen de los actos de dominio; ello a su vez, trae aparejado, entre otras situaciones, que por ejemplo, en todo caso de representación legal, tratándose de quienes ejercen la patria potestad, de tutor o curador, de representante del ausente, etc., requieren de autorización judicial para fideicomitir un inmueble de propiedad de su representado; igual requisito deberá satisfacer el menor emancipado respecto de sus bienes raíces. El apoderado que pretenda fideicomitir por cuenta de su poderdante, requiere tener conferido bien sea poder especial para ese efecto o poder general para actos de dominio, sin que sea suficiente uno de administración. *“El cónyuge casado en sociedad conyugal cuando adquirió el bien que sea su intención afectar en fideicomiso, necesita de la aprobación y participación de su consorte, dado el dominio común que ese régimen patrimonial implica”*⁴, según el artículo 194 del Código Civil para el Distrito Federal.

3.2.2.- FIDUCIARIO O INSTITUCIÓN FIDUCIARIA

Es el fiduciario o institución fiduciaria a quién se transmite la propiedad de dichos muebles y se encarga de dar cumplimiento al Contrato de Fideicomiso. El Fiduciario no puede ser el beneficiario de la transmisión posterior del bien ni de las rentas que produzca la administración.

⁴ Código Civil para el Distrito Federal, artículo 194.

El estatus de la Fiduciaria en el Contrato de Fideicomiso es por demás interesante, especialmente a propósito de su situación y derechos respecto de los bienes Fideicomitidos. Consideramos que la primera presentación de la Ley para este segundo sujeto del Fideicomiso, es como el encomendero del Fideicomitente a efecto de ejecutar los actos por los cuales se alcance el fin al que este ha destinado los bienes precisamente para ello fideicomitidos. La parte final del artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, previsor de dicha encomienda, permite así afirmarlo.

La restricción señalada en el primer párrafo del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el sentido de que solo pueden ser Fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley Bancaria, ya que soporta un buen número de salvedades, pues, aunque de esa escasa positividad, existió la previsión legal de que la comisión de fomento minero operara como tal y por otra parte, el patronato del ahorro nacional también puede hacerlo.

Estas dos situaciones, todavía excepcionales, de cualquier modo hacen reconocer una derogación aún cuando sea meramente formal de la orden restrictiva contenida en el citado primer párrafo del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Como tercer supuesto derogador de este último precepto, cabe señalar al inciso D) de la fracción IV del artículo 22 de la Ley del Mercado de Valores; autoriza expresamente a las Casas de Bolsa a que con apego a las reglas generales que el Banco de México fije al efecto, actúen “como Fiduciarias en negocios directamente vinculados con las actividades que le sean propias, sin que sea aplicable en este caso el primer párrafo del artículo 350 de la LGTOC”, sea como fuere, el éxito del contrato de Fideicomiso en cuanto a su positividad y aprovechamiento instrumental, tiene como factor fundamental el que, conforme a la Ley, como regla general, solo las Instituciones de Crédito puedan ser Fiduciarias, sin perjuicio de la bondad que las excepciones mencionadas traen consigo. El requisito impuesto ha permitido poner en juego la experiencia, eficacia y seguridad bancaria, de manera que seguramente, los fideicomisos constituidos han llegado a un buen fin, sin darse supuestos de incumplimiento en la gestión de una Fiduciaria por falta de aplicación a su actividad y menos por razones ilícitas.

Ahora bien, ciertamente el precepto citado se refiere no a que como fiduciaria solo puede fungir una institución de crédito, si no que podrá hacerlo la institución que esté facultada para operar como Fiduciaria.

Por otro lado la posición legal guardada por los delegados fiduciarios les permite, en el ejercicio de su gestión, otorgar poderes, para lo cual, dado ese carácter de órganos, no requieren tampoco de facultamiento expreso alguno. Situaciones para las que el ordenamiento legal ofrece con previsión expresa soluciones idénticas, son la de los consejos de administración, del administrador y del o de los gerentes de las Sociedades Anónimas, los cuales, por el mero hecho de su nombramiento y sin necesidad de facultamiento expreso para ello, pueden conferir poderes, tal y como el artículo 149 de la Ley General de Sociedades Mercantiles lo dispone. Lo mismo sucede con la posibilidad que conforme al artículo 85 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito tienen también los administradores y los gerentes para suscribir letras de cambio (y títulos de crédito en general para la aplicación de dicho precepto previsto en la regularización de otros títulos como pagaré y cheque).

3.2.3.- FIDEICOMISARIO O BENEFICIARIO

El fiduciario o beneficiario es quien recibe el provecho que el contrato de Fideicomiso implica.

El fideicomisario es el beneficiario en el fideicomiso; su situación como tal, observada con detenimiento, propicia una serie de comentarios por demás interesantes.

Resulta importante señalar, que según la ley – artículo 348 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito primer párrafo- “pueden ser Fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el Fideicomiso implica”.⁵ De la mera redacción de lo antes transcrito se desprende, entre otras, las consideraciones siguientes:

- a) La capacidad a la que dicho precepto se refiere es la capacidad de goce, es decir, a la posibilidad del sujeto de ser titular de los beneficios jurídico-económicos generados por el Fideicomiso de caso.

- b) La posibilidad de graduación de la capacidad de goce explica y justifica la mención aparentemente sobrante de que el Fideicomisario puede ser una persona física o una persona jurídica, más conocida en nuestro medio como persona moral, pues si bien, ciertamente, parece obvio que la situación de un sujeto a otro varía frente a la capacidad, nada impide, aún cuando fuere un tanto aberrante, que las personas jurídicas no pudieran ser Fideicomisarias, hay varias situaciones que permiten corroborar lo anterior.

Un caso sería el de los extranjeros sin capacidad de goce para ser titulares del derecho de propiedad respecto de inmuebles en zona prohibida (fracción I del artículo 27 constitucional); otro supuesto es el de las sociedades extranjeras que

⁵ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, artículo 348, Legislación Bancaria.

en general, con excepción de las señaladas para ello en el artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito las que carecen de la posibilidad de ser titulares de un beneficio derivado de un Fideicomiso, constituido para una duración mayor de 30 años.

Por cierto, este precepto, en el artículo 359 de la Ley, da pie para comentar, también relacionado con la capacidad de goce del contrato de Fideicomiso, respecto al Código Civil para el Distrito Federal. De los únicos derechos patrimoniales de los que él nasciturus puede ser titular, o sea, estar en la posibilidad reconocida por la Ley de ser heredero, donatario y legatario, se le agrega el de ser Fideicomisario

En efecto, conforme a la fracción II del precepto indicado, están prohibidos los contratos de Fideicomisos “en los cuales los beneficios se conceden a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por la muerte del anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas ya a la muerte del Fideicomitente”.⁶

Así, se puede ser Fideicomisario no solo desde que se ha nacido, sino desde que se es concebido, pero claro está, sujeto a la condición resolutoria negativa consistente en no nacer viable; de esa manera, se adquiere el carácter

⁶ Código Civil para el Distrito Federal.

de Fideicomisario desde que en vida intrauterina se es designado como tal y se nace no viable, se realiza el acontecimiento en el cual consiste la condición resolutoria indicada, por lo que quedan resueltos todos los efectos jurídicos creados por el Fideicomiso del caso; por el contrario si se nace vivo y viable, la condición señalada no tiene lugar y los efectos indicados continúan intocados desde su creación por la designación de Fideicomisario hecha en su oportunidad.

Un ultimo comentario por ahora respecto del Fideicomisario, también derivado del contenido de ese primer párrafo del artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es propósito de la mención en dicho precepto de que el contrato de Fideicomiso trae aparejado un provecho determinado para la titularidad del Fideicomisario, relacionándolo ello con la participación de este ultimo en la dinámica de la figura, pues el contenido de la disposición permite confirmar que no puede haber contrato de Fideicomiso sin Fideicomisario, no obstante lo aseverado en lo contrario por un sector de la doctrina.

Según el maestro Cervantes Ahumada, “el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado” permite la existencia de fideicomisos sin fideicomisario.

El fideicomisario –asevera Cervantes Ahumada- no es un elemento esencial del fideicomiso ya que pueden darse fideicomiso sin fideicomisario, por ejemplo: se constituye un fideicomiso para que con los productos del patrimonio Fideicomitado se levante una estatua, se recojan los perros callejeros, se realice una investigación científica o se funda una clínica para determinada clase de enfermos. En estos casos no habrá fideicomisario como sujeto jurídico.

Si el fideicomiso implica un provecho y según el diccionario de la lengua, por ello debemos de entender un beneficio o una utilidad particularmente el “que se proporciona a otro”, de esto deriva que necesariamente el provecho debe ser de alguien; se trata de un incremento patrimonial representado por bienes y derechos de cualquier naturaleza. En los ejemplos del autor citado, el fideicomisario respectivo será el gobierno de la ciudad donde la estatua se levante y donde los perros se recojan. Siempre habrá uno o varios sujetos a cuya disposición estén los fondos producidos por el patrimonio Fideicomitado para una investigación y por su parte, los beneficiados por un fideicomiso al efecto, será los enfermos atendidos en la clínica fundada.

En el caso debe traerse a colación el razonamiento tal valido de García Maynez, en el sentido de que *“todo derecho necesariamente tiene un titular”*.⁷ El razonamiento es, ciertamente, aplicable al fideicomiso; si este implica un provecho, deberá haber quien participe de aquel; puede ser indeterminado al momento de la constitución del fideicomiso, pero bajo las circunstancias que se den al efecto, el fideicomisario pasara a ser determinado. Así es como el contenido del precepto comentado admite ser interpretado, es decir, el contrato de fideicomiso será valido aun cuando al constituirse no se haya identificado al fideicomisario, o que se constituya “sin señalar fideicomisario”, como textualmente lo indica dicho precepto, lo cual es manifiestamente diverso a que no exista fideicomisario como el autor Cervantes Ahumada lo pretende. Tan es así, que en otro precepto relacionado, el artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se hace referencia a que “no exista fideicomisario determinado” y no a que “no exista fideicomisario”.

3.2.4.- EL COMITÉ TÉCNICO

El Comité Técnico se considera como un órgano de supervisión, de vigilancia y director de la actividad de la fiduciaria en el desempeño del fideicomiso, creado no por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sino por las diversas leyes bancarias.

⁷ GARCIA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho.

En todo caso, las disposiciones previsoras de dichos comités han establecido que la fiduciaria quedará libre de responsabilidad cuando obre con sujeción a los dictámenes o acuerdos de aquellos.

A propósito del órgano indicado, merece la pena tener presente y dejar constancia de que si bien en los contratos de fideicomisos ordinarios la recurrencia a prever su constitución es relativa, por el contrario, en los contratos de fideicomisos públicos no solo es constante, sino obligada, dado lo establecido por la ley orgánica de la administración pública federal en su artículo 47, en el sentido de que los contratos de fideicomisos públicos constituidos por el gobierno federal o por las entidades paraestatales, tendrán comités técnicos.

En conclusión al capítulo y subtítulos anteriores es menester mencionar que el dominio fiduciario, es el que se adquiere de un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero; este dominio fiduciario puede constituirse entre vivos o por testamento.

Por otro lado dentro de esta conclusión cabe señalar que el genero “negocio fiduciario” responde a una finalidad perseguida por las partes, para la cual se utiliza un medio jurídico excesivo, puesto que produce mayores efectos de los que serían necesario para obtener tal finalidad; es un negocio donde la confianza debe ser absoluta, ya que por sus características puede concluir en un abuso.

CAPÍTULO 4

OBJETO DEL CONTRATO DEL FIDEICOMISO

De la enunciación que efectuamos del contrato de fideicomiso podemos concluir que el objeto inmediato es la entrega de la propiedad de un bien para ser administrado a título de propietario; en tanto el objeto mediato puede ser toda clase de bienes o derechos.

De conformidad con el artículo 1792 del Código Civil para el Distrito Federal, *“para la existencia del contrato de fideicomiso se requiere consentimiento y objeto que puedan ser materia de él”*⁸; según el artículo 1824 del Código Civil para el Distrito Federal, *“son objeto del contrato la cosa que el obligado debe dar o el hecho que el obligado debe hacer o no hacer.”*⁹ Doctrinalmente, por su parte, se ha considerado que concretamente la cosa, es el objeto indirecto del acto, pues el directo esta representado por los efectos o consecuencias de este.

⁸ Código Civil para el Distrito Federal, artículo 1792.

⁹ Código Civil para el Distrito Federal, artículo 1824.

La ley de Títulos en el capítulo relativo al contrato de fideicomiso, señala en el primer párrafo de su artículo 355 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”.

Así, lo indicado por objeto en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, coincide con el objeto de los contratos que como regla jurídica general señala el ordenamiento civil, es decir, se trata el objeto como cosa, sea bien o derecho, sobre la que recaen los efectos del fideicomiso y en ningún caso objeto como fin u objetivo.

Ahora bien, el precepto comentado indica en su parte complementaria que dichos bienes o derechos requieren no ser estrictamente personales de su titular; esa indicación trae consigo saber que lo Fideicomitado debe ser enajenable en todo caso.

Así por ejemplo, los derechos reales de uso y de habitación, quedan excluidos de la posibilidad de ser fideicomitados por su inalienabilidad prevista en el artículo 1051 del Código Civil para el Distrito Federal. Igual tratamientos aplicables a los bienes afectos al patrimonio de la familia, lo que conforme al artículo 727 del mismo ordenamiento, son inalienables e inembargables.

Entrando en conclusión a este capítulo, es importante hacer mención del contrato de fideicomiso convencional que evolucionó procurando otorgar una mayor protección a aquel que lo constituía, con el fin de asegurar el efectivo cumplimiento de los cargos, así pues, denominándose fideicomiso impuro por oposición, ya que al puro se le identifica con aquella relación de confianza absoluta sin restricciones legales.

CAPITULO 5

CAUSA O RAZÓN DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO

Entendida la causa como motivo determinante, sostenemos que esta radica en la búsqueda de una gestión de confianza plena respecto de un bien determinado, procurando un beneficio personal o para un tercero; ese interés puede ser variable, según se pretenda asegurar el cumplimiento de una obligación, desentenderse de una administración, obtener una renta derivada de la explotación de aquel patrimonio, o cualquier otro que impulse al fideicomitente a transmitir la propiedad en la confianza de un encargo.

Por otro lado, debemos considerar al fideicomiso como una útil herramienta del derecho, con el cual se pueden realizar todas las actividades jurídicas limitada únicamente por la licitud y determinación del artículo 346 de la Ley General de Título y Operaciones de Créditos.

Haciendo mención a una conclusión acorde a este capítulo se dice que una vez que fue adoptada por el derecho inglés esta figura jurídica del contrato del fideicomiso, sufre una notable transformación, ya que la doble jurisdicción de

aquellos, los ya conocidos common law y equity law, permiten una prolífica, por no decir discriminada utilización del contrato del fideicomiso, y en tanto estas formas jurídicas permitían resolver conforme a la equidad las cuestiones no previstas en las leyes, las controversias que surgían podían derivar en el abuso de aquel “encargo de confianza”.

CAPITULO 6

FINES DEL CONTRATO DEL FIDEICOMISO

Varios precepto se refieren a los fines del fideicomiso; el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que el fideicomitente destina ciertos bienes a un propósito lícito y determinado; el siguiente permite constituir un fideicomiso sin la designación de fideicomisario, con tal de que su fin sea lícito y determinado, y respecto al artículo 351 del mismo ordenamiento, que atribuye los bienes fideicomitados estar afectos al fin al que se destinan.

En el derecho general existe el fin, como concepto fundamental, en la dinámica de los acontecimientos jurídicos voluntarios, como se recordará, “el contrato puede ser invalido: ...porque su fin sea lícito”¹⁰ (artículo 1795 fracción tercera del Código Civil para el Distrito Federal); “el fin...de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes del orden público ni a las buenas costumbres”¹¹ (artículo 1831 del Código Civil para el Distrito Federal) “ la ilicitud... en el fin... del acto produce su nulidad ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley”¹² (artículo 2225 del Código Civil para el Distrito Federal).

¹⁰ Código Civil para el Distrito Federal, artículo 1795, fracción tercera.

¹¹ Código Civil para el Distrito Federal, artículo 1831.

¹² Código Civil para el Distrito Federal, artículo 2225.

El fin en el contrato de fideicomiso es una manifestación de lo que es en la teoría el contrato del acto jurídico en general. Este puede ser considerado como los objetivos que los sujetos pretenden alcanzar con su manifestación; aquel, en cambio y dada su especialidad bien puede ser, con esencia idéntica, la situación jurídica concluyente, terminante y última que el fideicomitente dispone de los bienes.

Ahora bien, dada la identidad subtécnica apuntada, los requisitos del fin en general no son solo nominativamente los mismos que los del fin específico en el contrato de fideicomiso, sino que inclusive uno y otro significan lo mismo.

Así, que el fin en el contrato de fideicomiso deba ser lícito, es precisamente que no sea, como tampoco deberá serlo el fin en general “contrario a las leyes del orden público o a las buenas costumbres”¹³ (artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal) esto es, que lo que el fideicomitente pretende como destino a alcanzarse por el contrato de fideicomiso no contraríe ni a una ni a otras.

¹³ Código Civil para el Distrito Federal, artículo 1830.

Que por su parte, el fin en el contrato de fideicomiso sea además determinado, significa que en lo que dicho fin consista, quede bien fijado al señalarse con toda precisión en la constitución del contrato de fideicomiso. No es el caso de que fuera simplemente determinable y solo quedaren señaladas las bases y reglas para llegar a esa determinación, como podría ser el que el fideicomitente instruyera a alguien, el fiduciario o un ajeno, con una serie de reglas para que por la aplicación de las mismas se llegare el fin a determinar.

Respecto de la conclusión de este capítulo, en donde se hace mención de los fines del contrato de fideicomiso, cabe señalar que en el derecho anglosajón, más en los Estados Unidos de Norte América, donde el contrato de fideicomiso puro a germinado como en ningún otro lugar del mundo, bajo la figura del “trust” entendido como una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por la cual la persona que los posee esta obligada a manejarlos en beneficio de un tercero, ello en tanto ese derecho admite una doble titularidad de ciertos bienes: la propiedad legal se haya a nombre de una persona, el beneficio corresponde a otra distinta.

En nuestra legislación, a diferencia de nuestros vecinos del norte, el fiduciario solo podrá ser una Institución de Crédito debidamente autorizada por la Ley de Instituciones de Crédito, a las que llama Instituciones Fiduciarias, por lo que esto viene siendo en parte el fin del contrato del fideicomiso.

CAPÍTULO 7

LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE FIDEICOMISO

7.1.- LA FORMA DEL CONTRATO DEL FIDEICOMISO

7.2.- DEL FIDEICOMITENTE

7.3.- DEL FIDUCIARIO

7.4.- DERECHOS DEL BENEFICIARIO

7.1.- LA FORMA DEL CONTRATO DEL FIDEICOMISO

El contrato de fideicomiso puede ser constituido entre vivos o por testamento. Deberá siempre constar por escrito, ajustándose a la legislación común acerca de transmisiones de derechos o de propiedad de la cosa que hayan de darse en fideicomiso. Cabe señalar que la forma escrita no es un elemento esencial, sino un requisito de prueba, y a falta de esta forma, el contrato debe ser considerado como carente de validez, mismo que podrá en todo caso ser convalidado, de conformidad con los artículos 1795 fracción cuarta, 1832 y 2232 del Código Civil para el Distrito Federal.

7.2.- DEL FIDEICOMITENTE

El derecho más relevante es aquel vinculado con la finalidad del contrato, esto es, la facultad de designar uno o más fiduciarios y, coetáneamente, la de reservarse derechos específicos, vinculados con la posibilidad de vigilar que se cumplan las disposiciones del convenio entre los cuales conviene destacar la facultad de revocar el contrato de fideicomiso, aún contra el principio genérico que impone la irrevocabilidad, única forma de poner fin al encargo cuando éste resulta ineficaz o innecesario.

Corresponde exigir del fiduciario rendición de cuentas y, eventualmente, ejercer acciones de responsabilidad.

Puede, además solicitar la revocación del fiduciario y designar uno nuevo frente a los supuestos de mala conducta, extremo que solo se verifica en aquellas legislaciones que admitan la constitución unilateral del contrato de fideicomiso y no donde es convencional, ya que aquella remoción importa la resolución del contrato y fin del fideicomiso.

Es propio del convenio exigir que el dominio de los bienes vuelva al fideicomitente o que le sean entregados al beneficiario, según los alcances y modalidades del acuerdo.

Son obligaciones del fideicomitente remunerar al fiduciario reembolsar los gastos efectuados por éste en ocasiones den encargo y sanear la evicción.

7.3.- DEL FIDUCIARIO

Para enunciar los derechos y obligaciones del fiduciario, resulta oportuno apuntar que éste posee todas las facultades inherentes a la finalidad del fideicomiso, en particular las relativas al dominio y administración que tiene de la cosa. Así, puede usar y disponer de los bienes aunque no puede apropiarse de los frutos pero siempre hasta lograr el fin del contrato. Son obligaciones propias administrar en la forma establecida, resultando inherente la conservación y custodia material y jurídica de los bienes, efectuar las mejoras y reparaciones necesarias, contratar seguros y pagar los tributos que los graven.

Debe el fiduciario, fundamentalmente administrar haciendo producir frutos de acuerdo con la utilización regular de las cosas sin disponer de ellas, pero produciendo el mayor rendimiento; algunas legislaciones imponen la diversidad de inversiones para evitar los riesgos derivados de la concentración en una sola actividad económica. Es obligación inexcusable y típica mantener la identidad de los bienes del encargo, separados de los del fiduciario, y no pueden incluirse en su contabilidad ni considerarlos en su activo.

El fiduciario debe rendir oportunamente cuenta sobre las gestiones que realiza las que comprende, distintas manifestaciones particulares, como la de avisar dentro de un corto tiempo a la celebración de ciertas operaciones de inversión o el recibo de frutos derivados de éstas, pero en forma más concreta se refiere a la necesidad de presentar informaciones completas y fidedignas sobre el movimiento contable de los bienes en su poder.

Por último, debe transferir los bienes de acuerdo a lo convenido al tiempo del encargo o aún después por el fideicomitente, siendo la regla que el dominio vuelva a este último o a sus herederos, salvo que se haya previsto la entrega a un beneficiario tercero en la relación contractual.

7.4.- DERECHOS DEL BENEFICIARIO

Coincidimos con la mayoría de los autores que manejan la materia, de sostener que el beneficiario es un acreedor especial del contrato del fideicomiso, pudiendo serlo por los frutos que produzcan los bienes fideicomitados o con relación a éstos una vez transcurrido el tiempo o cumplida la condición prevista para transferir la propiedad.

Ello es así en tanto no se concibe en nuestro derecho la dualidad del derecho inglés relativo a la titularidad de la propiedad y la propiedad en equidad o en beneficio; aquí quien detenta la propiedad lo hace en plenitud y el beneficiario no tiene derecho real alguno, lo que no obsta a su derecho creditorio que lo legitima para requerir los frutos en término y la ulterior entrega de los bienes.

Para proteger ese derecho creditorio, en el derecho comparado advertimos la presencia de facultades excepcionales a favor del beneficiario, tales como la de exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso y el correlativo ejercicio de acciones de responsabilidad por incumplimiento, cuanto acciones conservatorias.

Por otra parte, la facultad de impugnar los actos cumplidos por el fiduciario contrariando las instrucciones del fiduciante, acción que se identifica con la pauliana de los acreedores en general.

CAPITULO 8

MODALIDADES DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO

8.1.- DE ADMINISTRACIÓN

8.2.- DE INVERSIÓN

8.3.- DE GARANTÍA

8.4.- DE SEGURO

8.5.- TESTAMENTARIO

8.1.- DE ADMINISTRACIÓN

Responde a la conveniencia del fideicomitente en relevarse de la administración de sus bienes, sea por razones de dar, de ocupación o simplemente de comodidad.

8.2.- DE INVERSIÓN

Constituye una modalidad del anterior, y con él se procura obtener un rendimiento de los bienes, que se optimiza por el manejo profesional que realiza el banco.

8.3.- DE GARANTÍA

Se encuentra el fundamento en la conveniencia de respaldar el cumplimiento de una obligación contraída con un tercero o aún con el propio banco.

8.4.- DE SEGURO

En esta modalidad se designa a la entidad bancaria como beneficiaria del seguro de vida para que al fallecimiento del constituyente la suma se destine a un fin específico.

8.5.- TESTAMENTARIO

Para posibilitar que el fiduciario reciba a la muerte del fideicomitente la totalidad o parte de sus bienes con el objeto de destinarlos a cierta finalidad, o para beneficiar a personas determinadas.

Con relación a las conclusiones de este capítulo de lo anterior cabe mencionar, que no existe una definición en las leyes que rigen este contrato, el concepto del mismo ha sido diferente en los países que han adoptado esta figura; más aún, en los países latinoamericanos que a pesar de tener semejantes raíces jurídicas, enfocan dicho negocio a sus propias necesidades. De esta manera, México y Guatemala consagran la teoría del patrimonio de afectación; en Panamá se sostiene que el fideicomiso encuentra fundamento suficiente en la figura del mandato irrevocable, mismo que no tenemos en nuestro país; y las legislaciones de Colombia, Honduras, Costa Rica y el Salvador coinciden en sostener que se trata de la transmisión de derechos para el logro de una finalidad determinada.

Lo que resulta evidente en el intento de adecuar el contrato de fideicomiso a los sistemas codificados latinoamericanos y que se distingue del derecho Angloamericano, es que en éste no siempre el fideicomiso es un contrato, en tanto puede ser creado por una simple declaración.

CAPÍTULO 9

LA RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO

9.1.- RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO FRENTE AL DERECHO TRIBUTARIO

9.1.1.- LA RELACIÓN JURÍDICA TRIBUTARIA

9.1.2.- EL FIDUCIARIO COMO RESPONSABLE TRIBUTARIO

9.1.3.- COFIDUCIARIOS

Como hemos visto, el acreedor de este contrato puede ser perjudicado por una transferencia fiduciaria, más no tendría necesidad de demostrar la complicidad del fiduciario para el logro de la acción de fraude.

Sin embargo, la mala fe o la culpa incurrida por quien se constituya como fiduciario, el titular de los bienes transmitidos al celebrar el fideicomiso, puede generarle responsabilidades específicas por los perjuicios que ella pudiera ocasionar a los terceros, conforme a los alcances derivados de la aplicación de los principios generales vigentes de la materia, las que exceden en este aspecto el estrecho marco de la acción de fraude (artículos 1077, 1078, 1109 y concordantes del Código Civil para el Distrito Federal).

Aludimos aquí a la responsabilidad previa que pesa en la cabeza del sujeto al momento de celebrar el contrato de fideicomiso, sin considerar a este efecto la posterior, es decir, emergente de su actuación como fiduciario dentro del marco de ejecución del contrato de fideicomiso. En este aspecto, quien participa en el fideicomiso a título de fiduciario, debe adoptar al momento de suscribir el convenio, los recaudos necesarios a los fines de evitar quedar involucrado en una operatoria en eventual fraude de los acreedores del fiduciante.

Si de acuerdo con los parámetros señalados con anterioridad, los acreedores del fiduciante pudieran acreditar el menoscabo patrimonial que les hubiera originado la transferencia fiduciaria de cualquier bien del deudor insolvente, el fiduciario puede quedar expuesto a un reclamo por tales secuelas, en tanto aquellos pudieren demostrar culpa o dolo en su actuación.

El conocimiento previo que debió haber tenido el fiduciario sobre el estado de insolvencia del fiduciante, en nuestro criterio, es un elemento que lo obliga a actuar con mayor cuidado y diligencia.

Una entidad financiera o una sociedad autorizada que se compromete a desempeñarse como fiduciario, además de actuar como tal y quedar por ello, sometida al deber del cuidado que se espera del “buen hombre de negocios”

conforme a lo normado por la ley, por su condición jurídica de sociedad comercial está comprendida dentro del marco regulatorio de la ley, debiendo los administradores y los representantes de la sociedad obrar de conformidad con el mismo “standard” y “los que faltaren a sus obligaciones son responsables ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión” en consecuencia consideramos que difícilmente el fiduciario “profesional”, en especial una entidad financiera que actúe en tal carácter pueda desvirtuar la existencia de culpa, si la condición insolvente del fiduciante al momento de la transferencia fiduciaria, resultaba manifiesta.

Al fiduciario le serian de aplicación también, las prescripciones del artículo 902 del Código Civil para el Distrito Federal, en cuanto expresa que “cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”¹⁴.

Desde el punto de vista de la prueba de la culpa, la moderna doctrina se inclina por considerar que la misma no correspondería necesariamente al actor, sino a quien se encuentra en mejores condiciones de realizar la prueba “cargas probatorias dinámicas”. Bien se ve que la producción de dicha prueba a cargo del acreedor perjudicado en muchos casos será de difícil concreción, por lo que se

¹⁴ Código Civil para el Distrito Federal, artículo 902.

justifica poner la carga de la misma en cabeza de aquél que tiene posibilidades completas de acreditar qué es lo que ha hecho a fin de desvirtuar la presunción de culpabilidad.

Una manera de fulminar la presunción del conocimiento del estado de insolvencia del fiduciante consistiría en acreditar que, con anterioridad a la celebración del contrato, el fiduciario a desplegado una actividad tendiente a comprobar razonablemente la falta de evidencia de la insolvencia mentada.

El conocimiento que esta obligado ha tener de derecho para no incurrir en actos disvaliosos por incumplimiento del deber del cuidado conduce al fiduciario frente a prescripciones tuteladoras de los derechos de acreedor del fiduciante a tomar las precauciones que le permitan asegurarse razonablemente de que el contrato que está a punto de celebrar no tendrá el efecto de afectar tales derechos.

9.1.- RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO FRENTE AL DERECHO TRIBUTARIO

9.1.1.- LA RELACIÓN JURÍDICA TRIBUTARIA

La vinculación del estado con los particulares basada en la sanción de una ley formal creadora del impuesto, se resuelve mediante distintas relaciones jurídicas integradas cada una por obligaciones tanto sustanciales como formales.

De la misma manera que en otras ramas jurídicas en el derecho tributario la obligación implica una relación personal entre un sujeto activo (acreedor) y un sujeto pasivo (deudor). En las relaciones jurídicas tributarias el sujeto activo de la obligación es el estado (nacional, provincial o municipal). El sujeto pasivo es a quien la ley obliga al pago del tributo o al cumplimiento de obligaciones de hacer.

La creación de un impuesto requiere, en primer lugar la descripción de aquello que se quiere alcanzar con el tributo, es decir, la descripción hipotética de la “circunstancia fáctica” (acontecimiento o hecho susceptible de producirse), que al ocurrir en el tiempo y lugar preestablecidos, en relación con una persona (física o jurídica), adquiere la categoría de hecho generador de la obligación tributaria o “hecho imponible”.

El vínculo jurídico que nace como consecuencia de la exteriorización del hecho imponible entre el sujeto activo (estado), facultado a exigir el cumplimiento de la obligación tributaria, y el sujeto pasivo que debe cumplir con la prestación exigida constituye la denominada “relación jurídica tributaria”, cuyo objeto es la prestación, normalmente dineraria, conocida genéricamente como tributo.

Por fuera del sujeto pasivo que asume la condición de contribuyente por haber realizado el hecho imponible previsto en la ley fiscal, existen otros sujetos en los que la ley sin excluir de la relación tributaria al contribuyente coloca a su lado a un tercero ajeno al hecho imponible, coexistencia que se rige por el régimen de solidaridad tributaria. Estos terceros, extraños a la relación jurídica- tributarias están, sin embargo, obligados al pago por una disposición legal denominándoselos *responsables del cumplimiento de la deuda ajena* en esta categoría de responsables se inscriben el cónyuge que percibe y dispone de todos los créditos propios del otro, los padres, tutores y curadores de los incapaces, los síndicos y liquidadores de las quiebras y concursos civiles, los agentes de retención y de percepción y los administradores de patrimonios, empresas o bienes.

La introducción precedente describe el ámbito jurídico- tributario en el que habrá de actuar el fiduciario quien en ejercicio de la propiedad fiduciaria administra los bienes en beneficio de terceros de conformidad con el encargo recibido al constituirse el contrato de fideicomiso.

Las particulares características del fiduciario dificultan su encuadramiento frente a las normas tributarias.

9.1.2.- EL FIDUCIARIO COMO RESPONSABLE TRIBUTARIO

De acuerdo con el régimen que adopta la ley, el fiduciario es él titular de la propiedad fiduciaria de los bienes que recibe a título de confianza. En tal carácter, se aproxima al contribuyente que realiza los hechos imponible previstos en las leyes fiscales en tanto y en cuanto, por ostentar la “propiedad fiduciaria” de los bienes fideicomitidos, dispone de ellos “cuando lo requieran lo fines del fideicomiso”. Tiene –aunque limitadas- las facultades propias del carácter “absoluto” del dominio.

Sin embargo, el fiduciario adquiere la propiedad jurídica de los bienes pero vaciado de contenido económico, ya que él no goza del valor patrimonial o económico de los mismos. Mientras el fiduciario es el titular jurídico del derecho real sobre los bienes, el beneficiario o el fideicomisario tienen un derecho personal creditorio contra el fiduciario que al hacerse efectivo cuando el fiduciario les transfiera los bienes, lo convertirá en propietario plenos de los mismo y en tal virtud, podrán disponer de ellos sin cortapisa alguna.

En razón de que el patrimonio fideicomitido no tiene el sí mismo personalidad jurídica, requiere de una persona que en ejercicio de las facultades atribuibles al propietario de un bien, realice los actos encomendados por el fiduciante.

La reflexión precedente es lo que permitiría encuadrar al fiduciario dentro de la categoría de los responsables del cumplimiento del a deuda ajena, en su carácter de administrador de los bienes fideicomitados, por los actos que realice en función del encargo.

El contenido sustancial del artículo 10 del decreto 780/95 fue más tarde incorporado a la Ley del Impuesto a las Ganancias y a la del Impuesto de la Ganancia Mínima presunta, al incluir expresamente a los fiduciarios entre los responsable por deuda ajena.

La norma fiscal bajo comentario, conduce a la consecuencia de que el titular de las obligaciones fiscales es el fiduciario, quien, en su carácter de administrador de un patrimonio, está obligado a pagar el tributo al fisco con los recursos que administra.

9.1.3.- COFIDUCIARIOS

Aunque la ley nada dice al respecto, la doctrina que ha abordado el tema se ha pronunciado por aceptar la coexistencia de dos o mas fiduciarios para actuar en forma conjunta o alterna.

La concurrencia fiduciaria debe quedar claramente establecida en el contrato de fideicomiso, dado que el fiduciario (cualquiera que sea su número) es parte del contrato junto con el fiduciante. Distinta es la alternativa de “sustitución” del fiduciario pues en esta hipótesis no habría concurrencia.

Si los Cofiduciarios actúan conjuntamente, serán copropietarios fiduciarios de los bienes fideicomitidos, sin dejar de tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 2674 del Código Civil para del Distrito Federal.

El contrato puede prever que la actuación conjunta de los Cofiduciarios se desarrolle por especialidad, es decir, que a cada uno le corresponda atender una parte diferenciada del encargo. Siendo así, nos hallaríamos frente a una situación ajena al sistema de la solidaridad, pues a cada uno cabria imputarle responsabilidad por aquello a lo que se ha comprometido, siempre dentro del concepto de la responsabilidad subjetiva, debiendo responder personalmente y con sus propios bienes, solo por las secuelas que se deriven por su actuar culposo o doloso.

En la hipótesis que el contrato de Fideicomiso prevea la actuación de un fiduciario y, además, de un Cofiducario, puede establecerse en él mismo que el primero se reserve la facultad de designar al Cofiducario para transferirle la realización de alguna de las tareas que le han sido encomendadas. En este caso, el convenio celebrado entre ambos formará parte integral del contrato de fideicomiso, y dependerá del texto contractual el marco de responsabilidad que le compete a cada uno. En efecto, si se asignase al Cofiducario la función de liquidación y pago de los tributos, recaerá sobre éste la responsabilidad tributaria inherente, salvo que el fiduciario mantuviera con aquél una responsabilidad compartida, aunque sea subsidiaria o de mero control de gestión, en cuyo caso también le cabría al Fiduciario responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones tributarias a cargo del Fideicomiso, sin perjuicio de la cláusula de indemnidad que habitualmente se suele convenir en estas circunstancias, las que solo tienen virtualidad entre las partes.

CAPITULO 10

EL CONTENIDO DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO FINANCIERO

10.1.- LAS MODALIDADES DE EMISIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES.

Por ser una especie del genero "Fideicomiso General" la Ley remite, en cuanto al contenido del fideicomiso financiero, a lo dispuesto en su articulo 4, agregando a ese contenido genérico la exigencia de exhibir las condiciones de emisión de los certificados de participación o títulos representativos de deuda, con lo que viene a reemplazarse la individualización del beneficiario que se exige para el fideicomiso común y que en el financiero es inconveniente y, por ello, no exigible por la Ley.

El contenido genérico del artículo 4, debidamente adaptado a la estructura financiera por la que se opte, es el siguiente:

- a).- La individualización de los bienes objeto del contrato de fideicomiso. En el caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, deberá constar la descripción de los requisitos y características que deben reunir los bienes.

b).- La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso.

c).- El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta años desde su constitución.

d).- El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso.

e).- Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare.

f).- La individualización del o de los fiduciantes, fiduciarios y fideicomisarios, si lo hubiere.

g).- La identificación del contrato de fideicomiso.

h).- El procedimiento de liquidación de los bienes, frente a la insuficiencia de los mismos para afrontar el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

- i).- La rendición de cuentas del fiduciario a los beneficiarios.

- j).- La remuneración del fiduciario.

- k).- Los términos y condiciones de emisión de los certificados de participación y/o los títulos representativos de deuda.

- l).- Las denominadas condiciones de emisión son el producto de la voluntad unilateral del emisor de los títulos valores, aceptadas por adhesión por el adquirente originario de los valores. La Ley no reglamenta el contenido de las condiciones de emisión, las que quedan sujetas a la libre voluntad del emisor, sin perjuicio de las facultades de la Comisión Nacional de Valores.

Teniendo en cuenta que las emisiones de títulos valores con oferta pública tienen como presupuesto la preparación del prospecto, “documento básico a través del cual se canaliza la oferta pública de valores mobiliarios”, cabe entender como condiciones de emisión a las siguientes:

- 1.- Identificación del emisor.

2.- Títulos valores a ser ofrecidos (tipo, número y valor nominal).

3.- Breve descripción de las características de los títulos valores ofrecidos, identificando los derechos de los acreedores.

4.- Calificaciones de riesgo y domicilio de la sociedad calificadora.

5.- Precio y período de suscripción.

6.- Forma de integración.

7.- Entidad autoregulada en la que cotizarán los títulos valores.

8.- Lista y domicilio de los agentes colocadores.

El artículo 21 de la Ley en mención dispone que los certificados de participación serán emitidos por el fiduciario, en tanto los títulos representativos de deuda garantizados por los bienes fideicomitidos pueden ser emitidos por el fiduciario o por terceros, según fuera el caso. La diferencia se explica por la disímil naturaleza de ambas estructuras financieras.

En efecto, en los casos de los certificados de participación (asimilables a las cuota partes de copropiedad de los fondos comunes de inversión) se requiere la transferencia del dominio fiduciario de los activos securitizados al fiduciario y la emisión por éste de los títulos valores, cosa que no se plantea en los denominados “títulos representativos de deuda”.

Los certificados de participación y los títulos representativos de deuda podrán ser al portador (en cuyo caso se transmiten por la mera tradición), nominativos endosables (transmitibles por endoso, requiriéndose el registro de la transferencia al efecto del ejercicio de los derechos del endosatario), o nominativos no endosables (el registro de la transferencia es constitutivo respecto de terceros y de la sociedad). Se prevé también que puedan ser escritúrales, siendo en este caso su Ley de circulación asimilada a la de los títulos nominativos no endosables.

El citado artículo 21 prevé la posibilidad de que los certificados de participación estén representados por certificados globales, para su inscripción en regímenes de depósito colectivo, considerándose a tal fin definitivos, negociables y divisibles. Se omite igual posibilidad para los títulos representativos de deuda, lo que no parece tener real justificación, en especial si se tiene en cuenta que en el caso de las obligaciones negociables se admite la posibilidad de emitir certificados globales.

10.1.- LAS MODALIDADES DE EMISIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES.

Los certificados de participación, como los títulos valores, constituyen un módulo conformado por un haz de obligaciones y derechos prefijados en las condiciones de emisión. Dicho módulo es susceptible de repetirse conformando así las “series” en que se divide la emisión. Serie viene a ser el tramo de títulos idénticos de una emisión y en que se dividen por motivos de oportunidad, ya que es la porción que se considera colocable en un lapso determinado.

Cuando los títulos contienen derechos homogéneos dentro de una misma categoría, diferenciables de otros grupos de títulos valores, se habla de “clase”.

El artículo 22 de la Ley en mención, permite la emisión en series y la división en clases, aunque literalmente solo para los certificados de participación. Estamos frente a una emisión que no encuentra razón de ser, dándose en este caso la misma situación comentada precedentemente en cuanto a los certificados globales, posibilita la emisión de clases o en series para las obligaciones negociables.

CAPITULO 11

EXTINCION DEL FIDEICOMISO

El artículo 25 de la Ley en mención dispone que el contrato de Fideicomiso se extinguirá:

- a) el cumplimiento del plazo o condición a que esté sometido, o el vencimiento del plazo máximo legal (30 años después de su constitución).

- b) La revocación del fiduciante si se hubiera reservado expresamente esa facultad; la revocación no tendrá efecto retroactivo.

- c) Cualquier otra causal prevista en el contrato.

Sobre el texto anterior cabe comentar:

1. Ocurrido el vencimiento del plazo o el cumplimiento de la condición, pese a la letra de la Ley de que el Fideicomiso queda extinguido, debe entenderse que mientras el fiduciario no cumpla con la entrega de los bienes a quien corresponda, subsiste el patrimonio separado que establece el artículo 14, con sus efectos, pues de otro modo quedaría violada la prohibición del artículo 7 de la citada Ley, de que el fiduciario adquiriera para sí los bienes fideicomitidos.

2. Dicha Ley no prevé qué ocurre si la condición fracasa y no se cumple, lo que debió regular, por lo que será importante que al no constituirse el contrato de Fideicomiso se contemple esta situación. El supuesto tiene relevancia pues, conforme al artículo 554 del Código Civil para el Distrito Federal: *“No cumplida la condición resolutoria, o siendo cierto que no se cumplirá, el derecho subordinado a ella queda irrevocablemente adquirido como si nunca hubiese habido condición”*¹⁵. Aplicando a la letra ese texto, el fiduciario vería consolidada su adquisición, conclusión que no puede admitirse dada la expresa prohibición del artículo 7 de la citada Ley, de que el fiduciario adquiriera “para sí los bienes fideicomitidos”. La solución será que los bienes, en tal caso, sean devueltos al fiduciante.

¹⁵ Código Civil para el Distrito Federal, artículo 554.

3. En cuanto a cualquier otra causal a la que remite el inciso c) del artículo 25, como “prevista en el contrato” (o en el testamento respectivo) cabría consignar: la realización de los fines del contrato de Fideicomiso o haberse tornado a ello imposible; la muerte del fiduciante o del beneficiario; por acuerdo de los nombrados; u otras situaciones posibles y lícitas, a mencionar en el contrato o testamento, constitutivos del contrato de Fideicomiso.

4. El artículo 26 de la Ley dispone que producida la extinción del contrato de Fideicomiso el fiduciario debe de entregar los bienes respectivos “al fideicomisario o a sus sucesores”, pero el término “fideicomisario” debe interpretarse aquí en sentido amplio incluyendo el fiduciante o al beneficiario, que pueden ser igualmente destinatarios finales, como surge de la última parte del artículo 1º y del 2662 del Código Civil para el Distrito Federal, en su contenido actual, comprensivo de todas las situaciones, al determinar que al producirse la extinción del contrato de Fideicomiso la cosa objeto del mismo debe entregarse “ a quien corresponda según el contrato, el testamento o la Ley”.

CAPITULO 12

LA REFORMA DEL ARTICULO 2662 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

12.1.- TEXTO ANTERIOR Y ACTUAL.

12.2.- DIFERENCIAS BASICAS ENTRE CONCEPTOS.

12.1.- TEXTO ANTERIOR Y ACTUAL.

Decía el texto anterior:

“Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero”.

Dice el texto actual:

“Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la Ley”.

12.2.- DIFERENCIAS BASICAS ENTRE CONCEPTOS.

- Se sustituye “restituir” por “entregar” la cosa objeto del contrato de Fideicomiso, una vez extinguido éste, haciendo eco de la crítica que había merecido la expresión, a gran parte de nuestra doctrina, resultando más apropiada la que ahora se utiliza.
- Se suprime el requisito de que la cosa sea entregada “a un tercero”, estableciendo el nuevo texto que dicha entrega sea efectuada “a quien corresponda”, conforme lo disponga el respectivo contrato, testamento o en su caso la propia Ley. De este modo queda ajustada la norma a lo que reglamenta la Ley, cuando dispone que la

transferencia sea realizada “al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.

- El nuevo artículo 2662 del Código Civil para el Distrito Federal, suprime lo de contrato de Fideicomiso “singular” y autoriza la opinión de que el contrato de Fideicomiso puede ser “universal” o con la descripción de sus requisitos y características.
- En el sistema del Código Civil para el Distrito Federal el fiduciario podía realizar actos de disposición y de administración respecto de los bienes fideicomitidos, quedando sin efecto los primeros, con efecto retroactivo, al extinguirse el contrato de Fideicomiso salvo pacto o disposición legal en contrario por aplicación de los artículos 2668 a 2670, que si bien aluden al dominio revocable, se los consideraba extensivos al dominio fiduciario, al igual que el artículo 2671. al artículo 2670 del Código Civil para el Distrito Federal se le agregó el siguiente párrafo: *“Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad por lo previsto en la legislación especial”*¹⁶. Por ello cabe notar el distinto régimen que aparece, debiendo aceptarse que los actos de disposición que otorgue el fiduciario por aplicación del artículo 17 de la Ley, para

¹⁶ Código Civil para el Distrito Federal, artículo 2670.

cumplir los fines del contrato de Fideicomiso, no quedan revocados o resueltos al extinguirse el contrato de Fideicomiso, debiendo tenerse presente que conforme al artículo 11 de la Ley en mención, sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria “que se rige por lo dispuesto en el título VII del libro III del Código Civil para el Distrito Federal (además de la Ley) cuando se trate de cosas , incluyéndose el artículo 2670 citado, en dicho título VII.

- En cuanto a los “frutos” de la cosa transmitida: en el sistema del Código Civil para el Distrito Federal (artículo 2662 anterior) tales frutos eran para el fiduciario, en cambio, en el de la Ley ingresan al patrimonio fiduciario separado, al igual que los bienes que se adquieran con los mismos (artículo 13).
- Si la transmisión de los bienes hecha por el fiduciario fuere a título oneroso, lo recibido en el sistema del Código Civil para el Distrito Federal, integraban el patrimonio del mismo.
- En suma: en el régimen del Código Civil para el Distrito Federal (artículo 2662 anterior) los bienes fideicomitidos formaban parte del patrimonio personal del fiduciario; en cambio en el régimen de la Ley

esos bienes integran un patrimonio que **es separado** del patrimonio propia del fiduciario.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La actuación profesional del fiduciario le impone a este el deber de actuar respetando la Ley y con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios, quedando descartada toda posibilidad de dispensa contractual por culpa o dolo. La diligencia en su accionar debe estar presente desde el inicio mismo del negocio, a partir del acto que le da virtualidad jurídica al contrato.

SEGUNDA.- Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos. En los contratos que suponen una confianza especial entre las partes, se estimará el grado de responsabilidad por la condición especial de los agentes.

TERCERA.- Las responsabilidades potenciales del fiduciario, van más allá de las inherentes al ejercicio de la propiedad fiduciaria sobre los bienes fideicomitidos, conforme al encargo recibido. En efecto, el acto mismo de la celebración del contrato con el fiduciante lo coloca frente a riesgos derivados de la especial situación en la que su contraparte puede hallarse en relación con terceros acreedores. Si el fisco pudiese demostrar que el contrato celebrado le hubo ocasionado un perjuicio económico y además, que el fiduciario estuvo o pudo

haber estado en conocimiento de tal circunstancia, cabe la posibilidad de que se le imputase culpa o dolo en su actuación.

CUARTA.- La medida y naturaleza de la información necesarias conducente a lograr un razonable convencimiento acerca de la ausencia de riesgos dependerá de cada caso.

QUINTA.- De la breve monografía anterior, la cual esperamos que sirva para aquel que la estudie, a entender un poco más acerca de este tan importante contrato, legado del derecho anglosajón, y que ha venido a llenar un vacío en la practica jurídica de nuestro país. El contrato de Fideicomiso, se aprecia a simple vista como una complicada y confusa expresión de palabras, propiedades, fines, destinos, etc., pero en la práctica resulta un instrumento muy eficaz para realizar fines de la más variada índole.

SEXTA.- De la literalidad del Código de Comercio, no entendemos el porque únicamente se les faculte a las instituciones de crédito para ser fiduciarios, pues sabemos que en otros países como Estados Unidos, esta facultad también se da a las personas físicas en las cuales el fideicomitente deposita su confianza a fin de cumplir con disposiciones, mayormente para después de la muerte de aquel que instituye el contrato de Fideicomiso.

SEPTIMA.- Tomando en cuenta la actual situación de nuestro país, esa confianza que en muchas ocasiones caracteriza a ese contrato de fideicomiso, se deposita en una institución de crédito que de alguna manera ha dejado de tener la misma credibilidad en la gente, que se ha visto en muchos casos amenazada por los mismos bancos, siendo que estos, viven y vivirán siempre de sus clientes.

BIBLIOGRAFIA:

1.- ACOSTA ROMERO, Miguel.

Derecho Bancario.

Editorial Porrúa. 1983.

2.- BROSETA PONT, Manuel.

Manual de Derecho Mercantil.

Editorial Tecnos, Madrid. 1974.

3.- Código de Comercio.

4.- Código Civil para el Distrito Federal.

5.- Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

6.- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo.

Introducción al Estudio del Derecho.

Editorial Porrúa. 1992.

7.- Legislación Bancaria.

8.- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín

Derecho Mercantil

Editorial Porrúa. 1994.

9.- ROJINA VILLEGAS, Rafael.

Compendio de Derecho Civil

Editorial Porrúa. 1986.