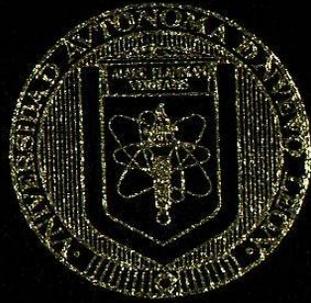


UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO



MAESTRIA EN DERECHO MERCANTIL

TESIS

"EL FIDEICOMISO COMO MEDIO AUXILIAR DE
ADMINISTRACION, FUENTE DE REPAGO Y
GARANTIA DE OBLIGACIONES CREDITICIAS"

ALUMNO:

LIC. GERARDO GUERRA VARGAS

CD. UNIVERSITARIA

FEBRERO DE 2002

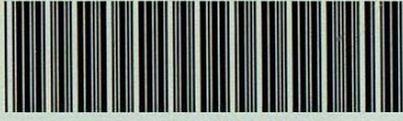
TM

K1

FDYCS

2002

.G9



1020148005

A

FACULTAD DE DERECHO
Y CRIMINOLOGIA

14 MAR 2002

RECIBIDO
DEPTO. DE POST-GRADO

Lic. Esperanza V. M.
Esquivel

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO



MAESTRIA EN DERECHO MERCANTIL

TESIS

**"EL FIDEICOMISO COMO MEDIO AUXILIAR DE
ADMINISTRACION, FUENTE DE REPAGO Y
GARANTIA DE OBLIGACIONES CREDITICIAS"**

ALUMNO:

LIC. GERARDO GUERRA VARGAS

CD. UNIVERSITARIA

FEBRERO DE 2002

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON

DIVISION DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

MAESTRIA EN DERECHO MERCANTIL

TESIS:

***“EL FIDEICOMISO COMO MEDIO AUXILIAR DE ADMINISTRACION,
FUENTE DE REPAGO Y GARANTIA DE OBLIGACIONES
CREDITICIAS”***

ALUMNO:

LIC. GERARDO GUERRA VARGAS

ASESOR DE TESIS:

LIC. EVERARDO FLORES CANTU

SAN NICOLAS DE LOS GARZA, NUEVO LEON A 28 DE FEBRERO DE 2002

311044

TH
KI
FDYES
2002
.59



FONDO
TESIS

INDICE

INTRODUCCION.

<u>CAPITULO I.</u> Antecedentes Históricos del Fideicomiso.....	1
1.1.- Antecedentes Universales.	1
1.1.1.- El Fideicomiso en el Derecho Romano.....	1
1.1.2.- El Mayorazgo Feudal en la Edad Media.....	3
1.1.3.- El Derecho Inglés.....	4
1.1.4.- El <i>Trust</i> Norteamericano.....	6
1.2.- Antecedentes en México.....	8
1.2.1.- Aparición del <i>Trust</i> en México.	9
1.2.2.- Proyecto Limantour.....	10
1.2.3.- Proyecto Creel.....	12
1.2.4.- Proyecto Vera Estañol.....	13
<u>CAPITULO II.</u> Principios Generales del Fideicomiso Norteamericano.....	18
2.1.- Concepto, elementos y características principales del <i>Trust</i>	18
2.2.- Clases de fideicomisos en la legislación norteamericana.....	19
2.3.- Métodos de creación de fideicomisos en la legislación norteamericana...	20
2.4.- Facultades y obligaciones del <i>trustee</i>	20
2.4.1- Facultades.....	20
2.4.2.- Obligaciones.....	21
2.5.- Formas de extinción del <i>Trust</i> norteamericano.....	22
2.5.1.- Facultades para revocarlo.....	22
2.5.2.- Formas de terminación.....	23
<u>CAPITULO III.</u> Principios Generales del Fideicomiso en México.....	24
3.1.- Conceptualización, Marco y Naturaleza Jurídica.....	24
3.2.- Elementos Personales.....	29
3.2.1.- El Fideicomitente.....	29
3.2.2.- El Fideicomisario.....	33
3.2.3.- El Fiduciario.....	37
3.3.- Formalidades para su Constitución.....	43
3.4.- Causas de Extinción.....	44
3.5.- Bienes sujetos a ser Fideicomitados.....	46

<u>CAPITULO IV.</u> El Comité Técnico en el Fideicomiso Mexicano.....	49
4.1.- Principios Normativos.....	49
4.2.- Constitución.....	51
4.3.- Reglas de Funcionamiento.....	56
4.4.- Clasificación de las Sesiones.....	58
4.5.- Ventajas y Desventajas de su Constitución.....	60
<u>CAPITULO V.</u> Del Financiamiento para la Ejecución de la Obra Fuente de Pago.....	63
5.1.- Introducción.....	63
5.2.- Del Crédito y del Financiamiento.....	63
5.3.- De las Fuentes del Financiamiento.....	66
5.3.1.- Tipos de Financiamiento.....	66
5.4.- Reglamentación Bancaria Interna para el Otorgamiento de Crédito.....	68
5.5.- Del Contrato de Apertura de Crédito.....	70
5.5.1.- Del Contrato de Apertura de Crédito Simple.....	73
5.5.2.- Del Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente.....	73
5.6.- De la Garantía.....	74
5.7.- De la Instrumentación Jurídica del Financiamiento.....	77
5.7.1.- Formalidades.....	77
5.7.2.- Garantía.....	78
5.7.2.1.- Ejecución del Fideicomiso.....	78
5.7.2.2.- El Fideicomiso como Instrumento de Garantía.....	79
<u>CAPITULO VI.</u> Caso Práctico; Fideicomiso de Administración, Fuente de Pago y Garantía de Obligaciones Crediticias.....	82
6.1.- Introducción al Caso Práctico.....	82
6.2.- Esquema Jurídico.....	83
6.2.1.- Requisitos para Implementarlo.....	83
6.3.- Administración del Patrimonio Fideicomitado.....	86
6.4.- Modelo de Contrato de Fideicomiso.....	88
CONCLUSION.....	110
BIBLIOGRAFIA.....	113

INTRODUCCION

A través de la historia y más aún en la actualidad, los poseedores de los capitales han buscado no solo la credibilidad, solvencia moral y económica de las personas a quienes confiarán su inversión, sino principalmente la seguridad de retorno de la misma y, en conjunto con sus asesores, han buscado toda clase de esquemas financieros y legales que protejan y den seguridad a su dinero además de buscar su objetivo primordial que es el de generarles una utilidad que los motiva a realizar la inversión.

Cada vez que un inversionista o institución financiera pretende otorgar un préstamo a alguna persona, la primera se ve en la imperiosa necesidad de plantear esquemas confiables para no poner en riesgo su capital, es esta precisamente la problemática que se plantea y pretende resolver en el presente trabajo y para la cual se propone una solución que cubra las preocupaciones del inversionista que le permitan otorgar un crédito con la confianza de que su dinero le será regresado con una ganancia adicional y con todo esto se motive el movimiento de la economía, ya que el mismo financiamiento dará vida a un proyecto que creará riqueza, trabajos directos e indirectos, así como obligaciones fiscales y con todo ello se motive un círculo virtuoso para la economía.

A efecto de resolver esta preocupación de los dueños del capital se decidió estudiar diversas alternativas y la más viable y confiable que se consideró la encontramos en la institución jurídica del fideicomiso, no obstante que existen algunas otras opciones, para el caso particular que se plantea en este estudio, consideramos que el fideicomiso es el medio más indicado.

Para el desarrollo de este estudio es necesario establecer los límites teóricos y el ámbito que comprenderá la investigación, para proponer soluciones concretas que amainen el riesgo en la inversión. Al efecto se ha delimitado y a continuación se mencionan las características del planteamiento de problema a estudiar y resolver:

- Seguridad en el otorgamiento de un crédito;
- Elaboración de un esquema jurídico y financiero complementario al crédito que permita dar seguridad a la inversión;
- El planteamiento financiero y jurídico que se haga deberá ser aplicable no solo a nuestro país sino también para inversionistas extranjeros con el fin de tener una más amplia posibilidad de obtener el financiamiento deseado.
- Creación de la documentación legal apropiada para la ejecución de las garantías y cobro forzoso del financiamiento en caso de un eventual no pago o incumplimiento.
- Generar confianza en el inversionista para que canalice su capital en forma diversa y más redituable que los procedimientos normales.

Por lo anterior, es tarea del presente estudio el resolver la problemática de otorgar seguridad al inversionista que pretende poner su capital a trabajar para generarle una utilidad adicional que los medios convencionales de inversión jamás le darían. Al finalizar este trabajo se deberá crear un esquema legal que otorgue seguridad jurídica a los dueños del capital para motivarlos a proporcionar financiamiento a las entidades que lo necesitan.

Para resolver esta problemática se deben analizar tres niveles de información fundamentales, lo que se ha hecho según lo establecido a continuación:

- Se realizó una investigación exhaustiva del marco teórico de diversos temas tales como el Fideicomiso (objeto principal de nuestro estudio), el Crédito y las Garantías (temas complementarios) desde los orígenes de estas instituciones hasta la actualidad doctrinal y legislativa tanto en nuestro país como fuera de éste.
- Lo anterior ha sido complementado con el análisis de la información y experiencia de campo que nos otorgan una visión real de los conceptos legales y doctrinales llevados a la práctica.
- El manejo de esta información y experiencia nos arrojará diversas conclusiones que de igual forma serán expuestas en nuestro estudio.

Para precisar más el análisis del problema, se ha creado un caso concreto que nos ayudará a ser más específicos en el planteamiento de soluciones y al efecto se ha

simulado un evento imaginario en el que una empresa pretende participar en el concurso de una obra pública para lo cual necesita de recursos económicos de los que carece en su totalidad o bien no pretende aplicar para la ejecución de la obra licitada, bajo este supuesto la empresa en comento se ve en la necesidad de recurrir a una institución crediticia a solicitar un préstamo mediante el cual obtendrá los recursos necesarios tanto para participar en la licitación como para ejecutar los trabajos en ésta contemplados. Como medio para garantizar al banco prestamista que los pagos del crédito serán cubiertos y que los fondos que el deudor reciba por la ejecución de la obra serán utilizados para el pago del adeudo, se ha pensado en crear y constituir un fideicomiso de administración y garantía para que sea éste quien reciba, administre, invierta y aplique los recursos que constituyen el patrimonio fideicomitado al fin que las partes han pactado en el cuerpo del contrato de fideicomiso.

La culminación de este estudio deberá ser el planteamiento de un esquema y la creación de un contrato de fideicomiso en el que se plasmen los conceptos, análisis y caso práctico que aquí pretendemos analizar. En este fideicomiso se deberán apreciar claramente los fines y actividades que sean encomendados al fiduciario para que administre los fondos que reciba de la entidad y que mediante esta administración se genere un marco de confianza para el inversionista y sus asesores y éstos otorguen la aprobación final del proyecto y por tanto el préstamo de los recursos económicos a la empresa que necesita financiamiento para ejecutar su objeto social.

El objetivo final de esta labor es dar resolución a una problemática real, generar en el lector una comprensión del fideicomiso, lograr que se entienda el sentido práctico de esta institución jurídica, así como estimular al estudioso del derecho a responsabilizarse cada día a tener una mejor preparación para ir superando las carencias que encontramos en nuestro sistema legal y que por consecuencia se traducen en deficiencias en el desarrollo de nuestra sociedad.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO

1.1.- Antecedentes Universales.

1.1.1.- La Fiduciaria en el Derecho Romano.

El fideicomiso tiene sus antecedentes más remotos en la época de los romanos, en la cual se entendía al fideicomiso como un negocio de confianza o de un encargo que deriva de la fe que se tiene en alguien. De esta forma, y particularmente en el campo hereditario, mediante el fideicomiso se lograba la transmisión de bienes a personas que de acuerdo con las leyes no podían heredar, transmitiendo los bienes a una persona con el encargo de retransmitirlos a quienes se quería beneficiar.

El deseo de los testadores de imponer su voluntad sobre sus bienes más allá de su muerte, dio origen en Roma a la práctica de dos instituciones jurídicas tendientes a sortear los escollos del rígido formalismo jurídico imperante.¹

Por un lado surgió, en el campo del derecho hereditario, el fideicomiso y en el campo de las relaciones entre personas vivas, el pacto fiduciario.

El primero, tenía por objeto el eludir a las numerosas incapacidades que existían para tener derecho a ser designado heredero. Así, el autor de la herencia transmitía por testamento una parte o la totalidad de sus bienes a una persona con capacidad para heredar, encargándole que, a su vez, los transmitiese posteriormente a otra persona. De ahí deriva el nombre de fideicomiso que etimológicamente significa “encargo de confianza”.

¹ Cfr. Banca Cremi S.A., “El Fideicomiso”, Serie Cultura Bancaria y Financiera, Editorial Gráfica y Técnica S.A. de C.V., México 1992 pág. 5

En un principio, el encargo quedaba supeditado únicamente a la buena fe del supuesto heredero, sin existir defensa para el beneficiario, pero posteriormente se designaron funcionarios especiales encargados de vigilar el cumplimiento de los fideicomisos y se le dotó de las acciones necesarias para reclamar el incumplimiento de los éstos y para exigir sus derechos.

Rasgos característicos del negocio del fideicomiso en el derecho romano, fueron:

1.- Apareció como un negocio fiduciario pero sin la intención de burlar la ley o constituirse en un negocio simulado.

2.- Por medio del fideicomiso, el fiduciario adquiría la propiedad de los bienes y se obligaba a ejercer ese derecho en la forma prevista por quien, a su vez, era titular de un derecho personal en contra del heredero fiduciario.

El otro esquema jurídico, que por haberse dado en el derecho de las obligaciones y por sus características intrínsecas es también el antecedente, y tal vez el más directo de nuestro fideicomiso, es el pacto fiduciario o fiducia.

De este negocio, surgieron posteriormente los contratos de comodato, depósito y prenda.

Cuando una persona transfería a otros, bienes de su propiedad con el fin de que el adquirente los empleara para un objeto determinado, se celebraba un pacto entre ambos, en el cual, este último se obligaba a ejercer su derecho de la manera convenida y en forma transitoria, obligándose a devolver los bienes al cumplimiento del fin pactado.

En un principio, para el Derecho Romano, el único aspecto relevante consistía en la translación de dominio, utilizando alguna de las formas tradicionales de transmitir la propiedad, por lo que la transmisión de bienes utilizando el pacto fiduciario, carecía de

sanción coactiva que protegiese el derecho del que había enajenado y quien adquiriría un bien era su legítimo propietario para todos los efectos de derecho.

Posteriormente, la autoridad llamada pretoriana, tratando de aminorar el rígido formalismo de las formas legales establecidas, comenzó a aplicar principios basados en la equidad, concediéndole al enajenante una acción de hecho, que después se convirtió en una acción de derecho y al adquirente le concedió también una acción para resarcirse de daños o gastos que le hubiere ocasionado la tenencia de la cosa.

Se conocieron en Roma dos clases de fiduciaria: la fiducia con amigo y la fiducia con el acreedor. La primera tenía como objeto, mediante la enajenación de los bienes, librar a su propietario de las obligaciones y responsabilidades anexas al derecho de propietario o bien, permitir a un amigo el uso de la propiedad, mediante la transmisión de ésta. En la segunda forma, el objeto principal consistía en garantizar al acreedor el pago de una deuda, transmitiéndole la propiedad de un bien en tanto se cumplía con la obligación.

Dichas funciones fueron sustituidas posteriormente por las figuras del depósito, el comodato y la prenda, aunque el pacto fiduciario nunca desapareció de la práctica romana, debido a que la amplitud de los fines que a través de él podían alcanzarse lo hacía de gran utilidad. Dicha elasticidad del fin, es quizá el rasgo más directo que heredaron al *trust* y al fideicomiso moderno.

Una institución romana que debe aludirse como antecedente del fideicomiso actual es la de las sustituciones.

1.1.2.- El Mayorazgo Feudal en la Edad Media.

En la Edad Media encontramos en el Feudalismo que por medio de la sustitución, un testador podía designar herederos sucesivos, integrando una cadena sin fin de propietarios sujetos al régimen de sustituciones.

El rasgo común de las sustituciones consiste en la obligación para el adquirente de transmitir los bienes heredados a una persona determinada, lo que producía el efecto jurídico de una propiedad vinculada y el económico de impedir la libre circulación de estos bienes.

Dicha técnica jurídica, fue utilizada con frecuencia en la Edad Media para la integración de los mayorazgos, que consistían en el derecho del hijo mayor de suceder en los bienes dejados por su padre, con la obligación de conservarlos en la familia perpetuamente y entregarlos al próximo primogénito.

En México, fue muy usada esta figura por las familias propietarias de grandes extensiones agrícolas durante la colonia y fue usada también por instituciones eclesiásticas que ocultaban sus inmensas propiedades, titulándolas a favor de un "prestanombre", quien a su vez las transmitía a sucesivos intermediarios de su misma condición.

Esta figura fue prohibida en la legislación liberal mexicana, debido a su política de desamortización de los bienes del clero y con el fin de facilitar la circulación de la riqueza.

1.1.3.- El Derecho Inglés.

A diferencia del uso dado al fideicomiso en Roma, el *Trust* inglés y su antecesor el *Use*, fueron practicados en la vieja Inglaterra con el propósito de evadir la ley.

En el año de 1217, el Parlamento Británico aprobó el *Cursia*, por el cual, se prohibió a las corporaciones religiosas poseer tierras en consideración a que eran numerosas sus posesiones y por ende las que quedaban fuera de la circulación económica.

El artificio para burlar esa disposición fue ingeniosamente realizado. La corporación transfería esos bienes a un amigo de confianza, quien le permitía seguir usando esos bienes. Como es natural, las corporaciones no encontraron ninguna protección legal para su situación derivada de un acto simulado y la obligación del prestanombre llamado *feoffe to uses*, era de carácter simplemente moral, reforzada por sanciones de carácter religioso.

Algunos autores sostienen que las fuentes reales del *use* fueron el "*Salmmann*" y el "*True Hand*" del derecho germánico primitivo, instituciones de las cuales también aparecía un sujeto manejando bienes ajenos y para beneficio ajeno.

La utilización de dicha práctica se generalizó y así el caballero que salía a la guerra, temiendo perder sus bienes a manos de sus enemigos políticos o del Rey, al ser condenado por traición y quienes además deseaban evadir el pago de los impuestos feudales, transferían sus bienes a un amigo o grupo de amigos para el uso de su propia familia. Además servían los usos como un medio de defraudar a los acreedores o delegar bienes que las instituciones feudales impedían legar y en general determinaban una situación de inseguridad en lo relativo a la propiedad inmobiliaria, fundamento del sistema político feudal.

Por tales efectos nocivos, en Inglaterra se expidió en el año de 1534 el *Statute of Use*, con la intención de abolir esta práctica abusiva.

El sistema seguido no fue considerar ilegales o nulos los usos establecidos, sino ejecutarlos, transfiriendo la plena propiedad al beneficiario (*Cestui que Use*) y borrando de esta manera al intermediario una vez que se ejecutaba el fin deseado por quien enajenaba sus bienes.

El estatuto no ejecutaba todos los usos y fueron numerosos los casos que quedaron exceptuados notablemente por virtud de una interpretación restrictiva.

El *Use* dejó de llamarse así y en lo sucesivo fue denominado *Trust*. El *feoffee to uses*, fue conocido *Trustee*. El *Cestui que use*, fue el *Cestui que trust*, quien constituía el *Use*, fue llamado *Settlor*.

En esta forma, aunque con la evolución natural en todas las instituciones jurídicas, pero permaneciendo esencialmente la misma, ha sido conocido el *Trust* en los últimos siglos. Sin embargo, en la vida jurídica anglosajona existe una tendencia creciente a hacer de él un negocio regulado y sistematizado por el derecho, más que una situación en la cual un sujeto es protegido por los tribunales de equidad, aplicando normas equitativas.

En la actualidad, el *Trust* es la forma jurídica de mayor empleo en los países anglosajones, pues se utiliza desde realizar una sencilla compraventa, caso de un *Trust for Sale*, hasta para estructurar los monopolios más complicados (*Holding Trust*, *Business Trust*).

El *Trust* puede ser constituido voluntariamente o por disposición de la ley. En el primer caso, se da un *Express Trust*; en el segundo caso, se presume la voluntad del *Settlor* y con fundamento en tal presunción, la ley otorga vida al *Trust*; en algunos supuestos resulta el *Resulting Trust*, en otros casos aparece un *Constructive Trust*. Estas dos últimas clases tienen la designación de *Implied Trust*, es decir un *Trust* tácito y no están consideradas en nuestro derecho positivo mexicano.

1.1.4.- El Trust Norteamericano.

Los Estados Unidos de Norteamérica heredaron de la antigua Inglaterra su sistema jurídico y con él, el *Trust*, pero su desenvolvimiento y funciones son notablemente distintos, aunque en su estructura, el *Trust* Inglés y el *Trust* Norteamericano se asemejan. Este no sufre el largo proceso histórico de gestación de depuración, puesto que el negocio inglés es adoptado ya en un considerable grado de evolución y en consecuencia, juega más libre del lastre histórico.

La vida del *Trust* americano está íntimamente vinculada con el crecimiento industrial y financiero del país; las grandes empresas aseguradoras lo acogen, después las instituciones bancarias y en general, ha sido un útil instrumento jurídico para las grandes operaciones financieras, especialmente para las de sentido monopolístico.

La industria norteamericana, desarrollada sobre las bases de unidades de proporciones extraordinarias, ha ocurrido con frecuencia a la técnica del *Trust* para formar grandes empresas monopolísticas, ya sea para buscar una fusión de empresas industriales, para aminorar la competencia, para distribuir los mercados entre los diferentes productores, para integrar monopolios verticales o para sostener precios remuneradores de la producción.

En el año de 1818, la compañía Massachusetts Hospital Life Insurance Co., estableció el primer fideicomiso, o mejor dicho, el primer departamento fiduciario. Cuatro años más tarde, lo hizo también la empresa Farmer's First Insurance and Loan Co. pero el incremento de las compañías fiduciarias o de los departamentos fiduciarios de las instituciones bancarias, empiezan realmente después de la Guerra de Secesión y alcanza proporciones de primera magnitud en la práctica bancaria y financiera de los Estados Unidos a fines del siglo pasado y en los años del presente siglo.

Por su extraordinaria importancia en la vida jurídica y económica norteamericana, conviene hacer breve referencia a cuatro formas del fideicomiso utilizadas para establecer un manejo de bienes de significación corporativo y en esta virtud, desempeña funciones análogas a las de sociedades mercantiles entre nosotros:

En el *Trust* de inversión (*Investment Trust*), varias personas aportan bienes para constituir un fondo común, cuyo manejo se confía a una *Trust Company*.

En el *Trust* de voto (*Voting Trust*), un grupo de accionistas o participantes en una empresa, encomiendan a una compañía fiduciaria representarlos en común. De esta

manera, consolidan una mayoría de votos que imprime su voluntad en la marcha de la empresa en forma más o menos permanente. Por este medio, la *Trust Company* llega a controlar numerosas empresas y se constituye en una institución dirigente de la economía privada.

El *Trust* creado con francos fines de monopolio (*Holding Trust*), se constituye cuando una compañía fiduciaria recibe aportaciones de personas individuales o colectivas, dedicadas a actividades similares y manejando empresas distintas, para la realización de un fin económico común.

El *Trust* creado con fines de garantía, al cual recurrió el sistema ferroviario para superar el estado de postración financiera en el que cayó a fines de siglo pasado. Bajo este esquema se emite un empréstito, poniéndose a la venta bonos o certificados que están garantizados por los bienes de la empresa emisora, que ésta entrega a una compañía fiduciaria para que con su producto se paguen los intereses y se redima paulatinamente la emisión. Algo muy similar al caso práctico que más adelante contemplamos en este trabajo.

En la historia del desarrollo económico estadounidense encontramos que el *Trust* fue originalmente un esquema por el cual diversas compañías que formaban parte de la misma línea de negocios se combinaban para lograr una ventaja mutua con la intención de eliminar la competencia desleal y destructiva, controlando la producción de sus mercancías y regulando y manteniendo los precios, pero al mismo tiempo preservando su propia existencia individual sin ninguna consolidación o fusión entre éstas.

Este esquema sirvió para erigir un comité central o consejo, compuesto por los presidentes o gerentes generales de las diferentes compañías, y la posterior transferencia a éstos de la mayoría de las acciones de cada una de estas empresas para ser puestas *in trust*, es decir, en confianza de los accionistas cediendo sus compañías. Estos accionistas recibían como contraprestación *trust certificates* (certificados de confianza o fiduciarios) los cuales establecían que sus titulares estaban

facultados para recibir los dividendos derivados de sus acciones cedidas, no obstante que la facultad de voto de dichos títulos había sido traspasada a los *trustees*.

La forma en que se manejaba este esquema fiduciario permitía a los fiduciarios, que eran el comité o consejo que se conformaba, elegir a los directivos de las compañías, para ejercer absoluto control e influencia sobre la política y operaciones de cada una de las empresas afiliadas con los fines y propósitos antes señalados.

No obstante que el *Trust* en este esquema se utiliza como una forma de asociación de empresas, en la actualidad su uso es muy distinto, sin embargo dio también lugar a la creación de la idea de crear compañías *holdings* y otras formas de agrupación y asociación de empresas.

En conclusión, podemos decir que el trust norteamericano en su forma típica, es un negocio del derecho bancario, por el cual una institución de crédito maneja bienes que no son suyos, para el beneficio de otras personas. Podemos también considerar al trust en su forma estadounidense como el antecedente más cercano de nuestro fideicomiso.²

1.2.- Antecedentes en México.

1.2.1.- Aparición del Trust en México. Al iniciarse el presente siglo, con anticipación de unos veinticinco años a la adopción legislativa del fideicomiso en México, se había utilizado para nuestro país una variedad del *Trust* de reconocida importancia en el desarrollo económico de los Estados Unidos, o sea, como un instrumento de garantía en emisiones de bonos destinada a financiar la construcción de ferrocarriles. El entonces vigente Código Civil de 1884 y la Ley sobre Ferrocarriles del 29 de Abril de 1899, permitieron que el *Trust Deed*, aún cuando otorgado en el extranjero, pudiera surtir efectos jurídicos conforme a las leyes mexicanas.

² Cfr. KRIEGER, Emilio, "Manual del Fideicomiso Mexicano", Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, México D.F., 1976 Pág. 13 a 18.

Considerándose esta variedad de *Trust*, descompuesta en sus varios elementos, correspondía a los contratos de préstamo, mandato e hipoteca.

1.2.2.- Proyecto Limantour. Con fecha 21 de Noviembre de 1905, el entonces Secretario de Hacienda, Sr. Limantour, envió a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión una "Iniciativa que faculta al Ejecutivo para que expida la Ley por cuya virtud puedan constituirse en la República instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios", de la cual era autor el Sr. Lic. Jorge Vera Estañol. El proyecto de ley venía precedido de una explicación 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, no ha pasado inadvertida la falta de organizaciones especiales que en los países anglosajones se denominan "*Trust Companies*" o compañías fideicomisarias, cuya función fundamental consiste en ejecutar actos y operaciones en los cuales no tienen interés directo, sino que obran como simples intermediarios, ejecutando imparcial y fielmente actos y operaciones en beneficio de las partes interesadas o de terceras personas. La función genuina de estas instituciones es siempre la misma: interponer su mediación para asegurar su cumplimiento futuro, de buena fe, en condiciones eficaces y términos convenientes, de las obligaciones creadas al amparo de un contrato o de un acto, función que puede desempeñarse como lo es, por individuos particulares, sin embargo, observamos lo que sucede respecto a la función del crédito que, aún cuando puedan ser objeto de los actos de individuos particulares, desde el momento de que se trata de organizar instituciones especiales que sistemáticamente sirven de intermediarios del crédito, se hace necesaria una reglamentación especial, cuyo objeto es la garantía y protección de los intereses confiados a estas instituciones.

El proyecto de ley constaba de ocho artículos y disponía que el fideicomiso para el cual se autorizará la creación de dichas instituciones podrá consistir: "En el encargo hecho al fideicomisario, por virtud del contrato entre dos o más personas, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados, para beneficio de alguna o de todas las partes en este contrato, o de un tercero, o para

hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones creadas expresamente en el contrato o que sean consecuencia legal del mismo"; en el encargo hecho al fideicomisario, por parte interesada o mandamiento judicial, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados, en beneficio de un tercero que tenga o a quien se confiera derecho a una parte o a la totalidad de dichos bienes o de sus productos, o a cualquier ventaja o aprovechamiento sobre los mismos (artículo 2° de dicho proyecto de ley). El fideicomiso importará un derecho real respecto de los bienes sobre los que se constituya. La ley definirá la naturaleza y efectos de este derecho y los requisitos para hacerlo valer (artículo 3° del mismo proyecto). Para que una institución fideicomisaria pueda considerarse legalmente, constituida, deberá llenar previamente los requisitos legales y ser autorizada por la Secretaría de Hacienda (artículo 4°). En las concesiones que se otorguen para el establecimiento de instituciones fideicomisarias, se podrá autorizar a éstas a ejecutar los actos u operaciones que no sean legalmente incompatibles con sus funciones fundamentales (artículo 5°). La ley fijará los términos en que las compañías deben garantizar el fiel cumplimiento de sus obligaciones, así como los principios sobre los cuales habrán de ser inspeccionadas por la Secretaría de Hacienda para asegurar los intereses del público (artículo 6°). Podrán concederse exenciones y privilegios especiales en materia de impuestos a dichas compañías o instituciones y a las operaciones que éstas ejecuten, con los requisitos que establece la ley (artículo 7°). Se faculta igualmente al ejecutivo para que modifique la legislación civil, mercantil y de procedimientos en los puntos en que ello sea estrictamente necesario para asegurar la función de las instituciones fideicomisarias y la firmeza de los contratos y actos que estén autorizados a ejecutar (artículo 8°), lo cual se antoja inconstitucional ya que el ejecutivo, por sí, no podría modificar una disposición legal, más sí podría regularla, creemos que es impreciso el concepto que menciona este artículo 8°.

A pesar de que se dio cuenta con el proyecto en la sesión de la Cámara de Diputados el mismo día en que fue enviado y de que se turnó a las Comisiones unidas primera de Justicia y segunda de Hacienda, nunca llegó a discutirse. Aunque el proyecto Limantour no haya adquirido categoría de Ley, tiene el mérito singular de constituir el

primer intento legislativo en el mundo para adaptar el Trust a un sistema de tradición Romanista.

1.2.3.- Proyecto Creel. En 1924 revive el movimiento iniciado por el proyecto Limantour, algo más de dieciocho años antes. Transcurría la agitada época revolucionaria, el país entraba en una etapa constructiva, más favorable para la recepción de esta clase de ideas. En la convención bancaria celebrada en febrero del año citado, el Sr. Enrique C. Creel, expuso que se había iniciado en la República la creación de compañías bancarias de fideicomiso y ahorros y que, como autor del proyecto, se consideraba en el deber de dar algunos informes acerca del funcionamiento de estas compañías (Trust and Saving Banks) en los Estados Unidos refiriéndose, más que a los textos de la Ley, al procedimiento seguido a la práctica, a lo que él había visto y observado durante nueve años. Indicó el Sr. Creel que la principal de las operaciones que celebraban esos bancos y que es característica de las compañías de fideicomiso, consiste en la aceptación de hipotecas, y más que de hipotecas, de contratos de fideicomiso de toda clase de propiedades, unos de compañías, ferrocarriles, etc., y que otras operaciones consisten en recibir en fideicomiso los bienes de las viudas, de los huérfanos, los niños y es así como los bienes, muebles e inmuebles, quedan asegurados y administrados por una institución de crédito de prestigio. El Sr. Creel proponía 17 bases conforme a las cuales el Ejecutivo de la Unión pudiera expedir la Ley General, a saber:

Las compañías bancarias de fideicomiso y ahorro, contarían con un capital de \$500,000.00 en el Distrito Federal y de \$250,000.00 en los Estados y Territorios (Base I); dichas compañías podrían: Recibir Hipotecas en garantía de los bonos que emitieran en nombre de sociedades, corporaciones o particulares; encargarse del pago de cupones, de la amortización de bonos y celebrar toda clase de contratos de fideicomiso (Base II); ejecutar las funciones de albacea, administrador, tutor y síndico en los concursos (Bases III y IV); servir como peritos valuadores de toda clase de bienes (Base V); conservar en depósito y administración de los bienes de incapacitados (Base

VI); recibir en guarda los contratos condicionales celebrados por empresas o particulares, para su eventual cumplimiento (Base VII); pagar los impuestos y mesadas de gastos de su clientela (Base VIII); llevar libros de registro para la transmisión de acciones y bonos nominativos de toda clase de sociedades (Base IX); expedir certificados sobre la validez de toda clase de títulos de propiedad (Base X); llevar registro de capitales y notas del curso de los negocios para dar informes confidenciales a su clientela y al comercio en general (Base XI); hacer toda clase de operaciones bancarias de depósito y descuentos y establecer cajas de ahorro (Base XII y XIII). Concedíanse a las compañías, durante un plazo de 25 años, las franquicias fiscales señaladas en la Ley de Instituciones de Crédito de 1897 (Base XVII).

Advertía Creel que para generalizar en México las operaciones de fideicomiso se necesitarían algunos años, pero que ya era tiempo de comenzar la obra; habrá –decía– que reformar nuestras Leyes, introduciendo aquellas que rigen a las instituciones de fideicomiso que, en muchos casos, chocan con las de origen Latino.

Es indudable que el proyecto pecaba de heterogeneidad en cuanto a las funciones y actividades que se encomendaba a las compañías bancarias de fideicomiso y ahorro; aún cuando la Convención opinó que se sometiera a la consideración de la Secretaría de Hacienda, jamás fue sancionado como Ley, pero no por ello el esfuerzo se perdió por completo, puesto que sentó otro precedente y algunas de sus disposiciones influyeron sobre la legislación posterior.

1.2.4.- Proyecto Vera Estañol. El Lic. Jorge Vera Estañol también preparó un proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro, presentado a la entonces Secretaría de Hacienda y Crédito Público a mediados de Marzo de 1926. El capítulo II de dicho proyecto se refería a las “Operaciones Fideicomisarias”, que consistían:

“I.- En el encargo que por virtud de un contrato hicieran dos o más personas a la compañía, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto a bienes determinados en beneficio de algunos o de todos los contratantes, o en el de

hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones estipuladas en dicho contrato o que sean su consecuencia legal;

II.- En el encargo que, por parte interesada o por mandamiento judicial, se hiciera a la compañía de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados en beneficio de un tercero con derecho a una parte o a la totalidad de dichos bienes o de sus productos, o a cualquier otra ventaja o aprovechamiento sobre los mismos (artículo 10).”³

Los actos, operaciones o contratos que la sociedad podría ser autorizada a celebrar como “Fideicomisaria”, consistiría en adquirir, enajenar, gravar, poseer, explotar, administrar o intervenir los bienes sujeto del fideicomiso y en general, en ejercer cualquier otro derecho sobre los bienes (artículo 12). Podían ser objeto del fideicomiso los bienes inmuebles y derechos reales, cualesquiera clase de valores, créditos, títulos, papeles, dinero efectivo y bienes muebles en general y cualesquiera derechos, excepto aquellos que, conforme a la Ley, no pudieran ser ejercidos sino directa e individualmente por la persona a quien pertenecieran (artículo 13). Entre los fines para los cuales podría crearse un fideicomiso, salvo las limitaciones legales, se enumeran la venta, adjudicación, enajenación o gravamen de los bienes materia del fideicomiso; el pago o distribución a otras personas del producto obtenido mediante cualquiera de dichos actos; la administración, la explotación o aprovechamiento de bienes o la entrega o aplicación de una parte o de la totalidad de sus frutos o productos; la entrega de una renta o pensión fija o variable, la acumulación de rentas o bienes de cualquier especie y en general, la ejecución de cualquiera prestación lícita de hecho o de cosa, a favor de cualquier persona (artículo 14).

Sin perjuicio de lo anterior, las compañías podían especialmente en su carácter de fideicomisarias: I.- Ser administrador, liquidador y partidor de sucesiones, comunidades, asociaciones, sociedades, concursos y quiebras; ser albacea, depositario, interventor o

³ PETROLEOS MEXICANOS, “PEMEX Lex, Revista Jurídica Petróleos Mexicanos”, Num. 109-110 Julio-Agosto 1997, p. 12.

curador y regir y administrar bienes menores o incapacitados; II.- Ejercer el patronato de las fundaciones de beneficencia privada con sujeción a las Leyes de la materia; III.- Ser comisario de sociedades anónimas y desempeñar las funciones de consejo de vigilancia en las sociedades cooperativas o en comandita por acciones, aunque la misma sociedad concesionaria no fuera accionista o socio de dichas sociedades; IV.- Ser representante común de los obligacionistas en las emisiones de las obligaciones o bonos simples o garantizados con hipoteca; V.- Garantizar la validez de títulos de propiedades inmuebles, certificar la validez o legalidad de toda clase de emisiones de bonos y obligaciones y garantizar la solvencia de cualesquiera deudores u obligados; VI.- Actuar como apoderado, agente o gestor de individuos, compañías o corporaciones en cualquier clase de negocios en que una persona física pudiera desempeñar tales funciones; VII.- Expedir certificados en caso de reunión, por virtud de adquisiciones diversas, de varios predios para formar uno solo bajo el mismo propietario, haciendo constar la fusión; o bien, en caso de división de un predio, expedir certificados con relación a cada una de las fracciones, haciendo constar la operación. En estos casos, la sociedad guardaría en su poder los títulos de propiedad y los certificados emitidos servirían de nuevo título de propiedad para todos los efectos legales, como si fueran instrumentos públicos, debiendo inscribirse en los libros del Registro Público (artículo 19). En los casos de su competencia, los tribunales podían designar a las compañías para el desempeño de cualquiera de los cargos mencionados en las fracciones I y II, con la sola limitación de que esas funciones debían referirse exclusivamente a los bienes y nunca se extenderían a conferir autoridad sobre las personas (artículo 20).

La designación de beneficiario de un fideicomiso podía hacerse nominativamente o de cualquier otra manera que no hiciera dudosa su identificación. Si el fideicomiso se constituía en virtud de última voluntad o de acto que debiera producir efectos después de la muerte del otorgante, no podía comprender como beneficiarios sino a las personas existentes al tiempo de la creación y a sus inmediatos descendientes y si el beneficiario no era persona física, la duración del fideicomiso no podía exceder de 30 años, salvo lo que establece la legislación civil y la especial relativa a institutos de beneficencia. Cuando el fideicomiso fuera creado por mandato judicial o por contrato o acto entre

vivos, duraría por todo el tiempo en que legalmente debieran subsistir los derechos o las obligaciones cuya ejecución, cumplimiento o garantía se hubiera creado (artículo 11).

El fideicomiso constituido para la percepción de frutos, rentas o productos de un inmueble, o sobre cualquier otro derecho relativo a éstos bienes y el creado sobre ellos directamente, constituiría un gravamen real con efectos para los terceros, desde la fecha de inscripción en el Registro Público de Hipotecas (artículo 15). El fideicomiso sobre bienes muebles constituiría un gravamen real y produciría efectos para los terceros desde la fecha en que se llenaran los requisitos siguientes: I.- Si se tratase de un crédito nominativo o derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor; II.- Si se tratase de un título a la orden, desde que hubiese sido endosado al fideicomisario, con anotación a estar sujeto a determinado fideicomiso; III.- Si se tratase de cosa corpórea o consistiere en papeles o títulos o valores al portador, desde que estuviere en poder del fideicomisario (artículo 16). En los casos anteriores, los derechos de personas extrañas al fideicomiso no podrían hacerse valer sobre los bienes materia del mismo en todo lo que impidieran o entorpecieran directa o indirectamente su ejecución, excepto si el fideicomiso se hubiese creado en fraude o en perjuicio de dichas personas o cuando éstas dedujeran derechos reales legalmente constituidos con anterioridad (artículo 17).

Todos los derechos y obligaciones del fideicomiso se regirán por las cláusulas del acto constitutivo, en cuanto que fueren contrarios a los preceptos legales y en defecto de aquellas y éstos, por las disposiciones del Código Civil del Distrito Federal, especialmente las referentes al contrato de mandato (artículo 23). Cuando la compañía tuviere en su poder, real o virtualmente, alguna cosa para efectos de un fideicomiso, podía ejercer todas las acciones reales y personales necesarias para la guarda y conservación de la cosa o para la ejecución de los actos que requieren su cumplimiento, salvo las limitaciones establecidas en el acto constitutivo (artículo 21).

La compañía fideicomisaria podía renunciar al fideicomiso: I.- Cuando el que lo hubiere constituido, sus causahabientes, o el beneficiario en sus caso, se negaren a pagar las

compensaciones estipuladas a su favor; II.- Cuando el beneficiario se negare a recibir las prestaciones instituidas a su favor; III.- Al haber transcurrido 5 años de la fecha de constitución del fideicomiso, caso en que la renuncia tendría efectos 90 días después de haberse publicado en el Diario Oficial por 10 veces consecutivas el propósito de renunciar y de haberlo comunicado, en sus respectivos casos, a la autoridad competente o a los interesados; IV.- Cuando procediere la renuncia con arreglo al acto constitutivo o a los términos de su aceptación (artículo 25). El fideicomiso terminaría: I.- Cuando hubiere muerto el beneficiario y sus sucesores o hubiese expirado el plazo de 30 años; II.- Cuando las cosas objeto del fideicomiso se extinguieren o destruyeren sin culpa ni negligencia del fideicomisario y no fueren sustituidas por otras, o cuando se hicieren insuficientes para su objeto; III.- En los casos de revocación y los previstos en el acto constitutivo; IV.- Por Sentencia dictada en juicio contradictorio, en el que el fideicomisario fuere oído; V.- En los demás casos en que, conforme a la Ley, debieren darse por extinguidos los derechos y obligaciones nacidos de los contratos (artículo 26).

Todas las cuestiones que tuvieran como origen un fideicomiso suscitadas entre las partes interesadas, se ventilarían en juicio mercantil conforme al Código de Comercio (artículo 27). La compañía fijaría en cada caso, o por medio de tarifas generales el honorario o compensación que debiera corresponderle por sus servicios como fideicomisario (artículo 28).

En el capítulo IV "Derechos y Franquicias Generales", el proyecto contenía un sistema detallado acerca del régimen fiscal del fideicomiso dentro del cual la disposición más importante es quizá la que prescribía que cuando por vía de fideicomiso o por virtud de éste, la compañía adquiriera bienes raíces o derechos reales inmuebles, la adquisición no estaría sujeta al pago de otro impuesto que al del timbre, quedando por lo mismo exenta esta clase de operaciones de todo impuesto de registro, traslación o dominio, o cualquiera otro; pero que cuando la compañía enajenare, aunque fuere en cumplimiento de un fideicomiso, el acto estaría sujeto al pago de impuesto con arreglo a las Leyes (artículo 79).⁴

⁴ Cfr. BATIZA, Rodolfo, "El Fideicomiso", Editorial Porrúa, S.A., México 1976, Págs. 97 a 109

CAPITULO II

PRINCIPIOS GENERALES DEL FIDEICOMISO NORTEAMERICANO

2.1.- Concepto, elementos y características principales del *Trust*.

El *Trust* es la entidad legal creada por un garante a favor de uno o varios beneficiarios bajo las leyes del estado. El fiduciario detenta la responsabilidad fiduciaria de administrar el patrimonio fiduciario para el beneficio económico de todos los beneficiarios. La confianza depositada en una persona que es el fiduciario, para el beneficio de otra, a la que se le llama *cestui que trust*, respetando la propiedad que es ostentada por el fiduciario para el beneficio del propio *cestui que trust*, este concepto se puede apreciar claramente en el caso "State ex rel". Wirt v. Superior Court for Spokane County, 10 Wash.2d 362, 116 P.2d 752, 755".

También se entiende como *Trust* a cualquier convenio por el cual la propiedad de un bien se transfiere con el objeto de que éste sea administrado por un fiduciario a favor de un tercero.

Un *Trust* puede ser creado para cualquier propósito que no sea ilegal y que no vaya en contra del interés público. Esto ha sido determinado mediante el caso "Collins v. Lyon, Inc. 181 Va. 230, 24 S.E. 2d 572, 579".

Los elementos esenciales de un *Trust* son el beneficiario y el fiduciario, un bien suficientemente identificado como para transferirlo al fiduciario y una transmisión del mismo al fiduciario; resuelto en el caso "City Bank Farmers' Trust Co. V. Charity Organization Soc. of New York, 238 App.Div. 720, 265 N.Y.S. 267".

Cabe hacer mención que en el derecho estadounidense existe una figura similar a la del fideicomiso de garantía que utilizamos en el presente trabajo y se le denomina *Grantor*

Trust por el cual una persona que garantiza una obligación transfiere o compromete una propiedad en fideicomiso para su propio beneficio o el de un tercero.

2.2.- Clases de Fideicomisos en la legislación Norteamericana.

Existen dos clases de *trusts* en los Estados Unidos uno es el *express trust* y el *implied trust*, los cuales a continuación explicaremos.

El *express trust* es aquel constituido expresamente es aquel que se crea por la voluntad de las partes que en él intervienen han manifestado su intención ya sea verbal o escrita para constituir un fideicomiso y han llevado a cabo todos los trámites correspondientes como la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos, es decir aquel en que hay una intención expresa de constituir un *trust* o fideicomiso. Para crear un *express trust* es necesario que el fideicomitente, o *settlor* como se les conoce en el derecho norteamericano, debe ser dueño o tener poder suficiente sobre la propiedad que se pretende fideicomitir o tener la facultad para crear dicha propiedad. Asimismo, para la creación de esta clase de fideicomisos expresos el fideicomitente deberá manifestar su voluntad y no solo tenerla intención de crearlo, los beneficiarios deberán estar bien identificados y no existen palabras u oraciones formalistas que sean necesarias para dar vida a estos fideicomisos.

Por otra parte tenemos al *implied trust* en el cual no existe precisamente una intención de crearse un fideicomiso como lo hay en el fideicomiso expreso, a esta clase de fideicomisos se les llama implícitos y se dividen a su vez en dos tipos y se les denomina al primero *resulting* (resultando) y al segundo *constructive* (constructivo). El primero se da cuando una corte presume o infiere de ciertos actos o hechos jurídicos que las partes pretendían una relación fiduciaria no obstante que las partes no expresaron su voluntad en forma directa como en el caso del *express trust*. El segundo denominado *constructive trust*, tiene la característica de que no se establecen por la intención de las partes sino que se impone como medio para lograr que se haga justicia o bien para

evitar un enriquecimiento ilegítimo; a estos fideicomisos se les denomina también como *involuntary trusts* o *trusts ex maleficio*.

Hay que recordar que en los Estados Unidos la figura de fiduciario no necesariamente recaerá en una institución fiduciaria como las conocemos en México, ya que a un particular se le puede otorgar el carácter de fiduciario.

2.3.- Métodos de creación de Fideicomisos en la legislación Norteamericana.

Los métodos de fideicomiso que se pueden crear en la legislación de Estados Unidos son tres:

- Mediante la declaración de un propietario de un bien en el sentido de que otorga dicha propiedad en fideicomiso a favor de otro e incluso de él mismo;
- A través de la transmisión de propiedad del dueño de un bien (o de un apoderado con las facultades necesarias para efectuar dicha transmisión) a un tercero para que sea fideicomitido;
- Mediante la celebración de un contrato por el que una de las partes se obliguen a otorgar a otra una cantidad en dinero el cual deberá mantenerse en *trust* a favor de un tercero que recibirá el pago.

2.4.- Facultades y obligaciones del trustee.

2.4.1.- Facultades.

Las facultades que tiene un fiduciario en relación con el *trust* se dice que son “expresas” si se le otorgan en el instrumento que constituye el fideicomiso, por decreto judicial, por ley, en lenguaje claro y directo.

Por otra parte, las facultades de un *trustee* son “implícitas” cuando éstas no se establecen en el documento que regula el fideicomiso, pero que se determinan por equidad haber sido la intención del fideicomitente el otorgarlas para poder cumplir con los objetivos del fideicomiso.

Son “discrecionales” las facultades del fiduciario cuando se le da la opción de utilizar o no su uso y se les llama “imperativas” o “mandatorias” cuando el fiduciario tiene la responsabilidad de ejercer sus facultades cuanto antes o bien o cuando sucede un evento determinado.

El *trustee* posee facultades personales cuando el fideicomitente expresamente manifiesta que será el propio fiduciario quien realice los actos encomendados no pudiendo pasar de un fiduciario a otro. Al contrario, el fideicomitente pudiera establecer que las actividades encomendadas sean ejecutadas por cualquier fiduciario que esté a cargo del fideicomiso en cualquier tiempo y éstos pueden pasar de un fiduciario a otro. El fiduciario podrá utilizar agentes o empleados para ejecutar sus actos e incluso delegarlos.

2.4.2.- Obligaciones.

En cuanto a las obligaciones del *trustee* y por lo que se refiere a la administración del fideicomiso, el fiduciario está comprometido a actuar con prudencia, diligencia y habilidad que una persona común capaz y cuidadosa usaría en el desarrollo de sus propios negocios, lo que en nuestro país denominamos “como un buen padre de familia”.

En ocasiones, como sucede comúnmente en el fideicomiso mexicano, al constituir un *trust* el fideicomitente inserta una cláusula por la cual se establece que el fiduciario no será responsable por errores de juicio o acciones sin el cuidado necesario a menos que

éstos sean consecuencia de dolo o se hayan originado intencionalmente por el fiduciario.

El fiduciario está obligado a actuar en los negocios a su cargo con la sola intención de velar por los intereses de los beneficiarios sin consideraciones para terceras personas.

En la mayoría de los casos los términos del *trust* señalan que el *trustee* debe detentar la administración exclusiva del patrimonio fideicomitado y por lo tanto tendrá la obligación de tomar la posesión de los bienes fideicomitados lo antes posible después de tomar posesión de su cargo de fiduciario.

De igual forma, el fiduciario deberá defender el fideicomiso en contra de acciones del fideicomitente o de terceros a menos que para cualquier persona razonable no existiera una defensa real en contra de la acción tomada.

En algunos casos, como lo son las inversiones de dinero el fiduciario, tiene la obligación de que el patrimonio fideicomitado produzca sus frutos, lo cual se logrará mediante la inversión de los fondos en acciones o en emisiones de deuda permitidas por la propia legislación.

2.5.- Formas de extinción del *trust* norteamericano.

2.5.1.- Facultades para revocarlo.

Al igual que en el fideicomiso mexicano, el fideicomitente no tiene la facultad de revocar el fideicomiso para que se le regrese la propiedad del bien fideicomitado, aún y que haya sido voluntario, a menos que se reserve ese derecho expresamente en el momento de crear el fideicomiso excepto en el caso en que el propio fideicomitente es también beneficiario del fideicomiso.

2.5.2.- Formas de terminación.

Como sucede en nuestro fideicomiso, al *trust* se le asigna expresamente un periodo de vigencia y el mismo termina al concluir el plazo de vida que se le ha otorgado en el cuerpo del propio fideicomiso. Si no se otorga una fecha de duración, el fideicomiso concluye cuando se hayan cumplido con los objetivos para los cuales se constituyó.

No obstante la muerte del fideicomitente, del fiduciario o del beneficiario el *trust* no se dará por terminado a menos que así se establezca expresa o tácitamente en el cuerpo del documento que le da vida.

Al terminar el fideicomiso, el fiduciario tendrá las facultades sobre el patrimonio fideicomitado necesarias para permitirle concluir con su administración. Una vez concluido, el fiduciario tiene la obligación de transmitir el patrimonio fiduciario a la persona indicada en el propio fideicomiso, es decir, al fideicomisario, y si tardara en hacerlo sin justa causa, será responsable de los daños y perjuicios que ocasione hasta por el valor de la propiedad.

El fideicomitente y todos los beneficiarios podrán comparecer ante un juez para que éste dé por terminado el fideicomiso, aún y cuando la finalidad del mismo no haya sido cumplida.

CAPITULO III

PRINCIPIOS GENERALES DEL FIDEICOMISO EN MEXICO

3.1.- Conceptualización, Marco y Naturaleza Jurídica.

Como ya vimos en el capítulo anterior, debido a que el fideicomiso es de tradición Hispano – Romana, ha traído como consecuencia que su naturaleza no siempre ha sido comprendida ni por nuestros juristas, ni por nuestros Tribunales, que frecuentemente se muestran confusos o desconcertados cuando tienen que conocer de un negocio en el que esté de por medio un fideicomiso de esta naturaleza, cuyo estudio y definición están aún llenos de zonas oscuras, nociones confusas y de dificultad para su plena comprensión, sin embargo, en el más de medio siglo que ha transcurrido, desde que tiene vigencia en nuestro derecho su proceso de adaptación, de su injerto en nuestro sistema, no ha sido nada fácil, pero sí consistente y es por eso que se dice que el derecho sobre nuestro fideicomiso mexicano, más que por contenido en la Ley, lo han ido haciendo cada día, a golpes, los operadores de esta importante rama bancaria y quienes lo han conformado, enriquecido en sus posibilidades de uso y desarrollo, que han permitido afirmar que los límites de esas posibilidades son los mismos que los de la imaginación de tales contratantes.

Los estudiosos del tema, no han podido ponerse de acuerdo sobre la naturaleza de esta institución jurídica, ni tampoco sobre sus principales efectos, así, según los distintos autores se habla de que el fideicomiso es un patrimonio autónomo o patrimonio sin títulos, patrimonio de afectación, depósito, mandato, gravamen, estipulación a favor de tercero, desdoblamiento del derecho de propiedad, negocio indirecto, negocio fiduciario, etc., tampoco concuerdan en la índole de los derechos que la fiduciaria adquiere respecto de los bienes fideicomitados y cómo denominarlos, y así les han llamado propiedad fiduciaria, propiedad limitada, dominio restringido, dominio precario, dominio jurídico, dominio fiduciario, titularidad, etc.

Pero lo que sí podría tener efectos inconvenientes y merece por lo tanto que se le preste alguna atención, es el hecho de que la confusión de la que hemos hablado, ha ido trascendiendo a nuestra legislación, pues se da la circunstancia de que en todos los ordenamientos legales, en los que se establecen normas relacionadas de alguna manera con el fideicomiso, los respectivos legisladores parecen haber partido cada uno, de un concepto diferente de esta figura jurídica, al grado de producirse verdaderas contradicciones en unos casos y en otros se le presenta con características distintas, como si se tratara de figuras u operaciones cuya naturaleza no guardara relación entre sí, esto se hace evidente con la sola lectura de lo que disponen en esa materia, por ejemplo: la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley de Población, la Ley de Inversión Extranjera, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley Federal de Entidades Paraestatales, la Ley del Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia Minera y el Código Fiscal de la Federación y a esto podemos agregar los diversos ordenamientos tanto Federales como Estatales que han venido regulando los llamados fideicomisos Públicos, en lo que todo hace parecer que tales operaciones constituyen figuras que tienen ya muy poco que ver con la que se instituyó en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, viniendo con esto a complicar la comprensión del concepto de fideicomiso y de la noción que le dio origen.

Sirva como muestra el hecho de que si nos atenemos al concepto que del fideicomiso da el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, tenemos que considerarlo sólo como un acto jurídico del que se deriva la posibilidad de otros actos que en cumplimiento a aquel, ha de llevar a cabo el fiduciario, pero no hay en esta Ley ninguna disposición de la que pueda derivarse que el fideicomiso tenga una personalidad jurídica propia.

En cambio, la Ley Orgánica de la Administración Pública, señala que los fideicomisos en los que intervenga el Gobierno Federal, por este solo hecho, los incluye entre las entidades de la Administración Pública Paraestatal, es decir, que los considera como personas jurídicas, puesto que entidad, según el diccionario significa "Persona individual

o colectiva". Consecuentemente, esta Ley considera persona a los fideicomisos públicos, pero no solo eso, sino que esta tendencia, aunque no expresada claramente, se confirma con el hecho de que tanto en dicho ordenamiento como en la Ley Federal de Entidades Paraestatales, se les regula y se les da un tratamiento como si tuvieran personalidad jurídica, con lo cual los aparta de la figura instituida en su Ley sustantiva, que es la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que lo considera exclusivamente como un acto jurídico.

Otra contradicción se encuentra en lo que dispone el 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 de Instituciones de Crédito", con lo que establece el artículo 91 fracción XV de la Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional en Materia Minera, que autoriza a la Comisión de Fomento Minero a "Actuar como fiduciaria en negocios minero metalúrgicos dentro de las actividades que señalan sus objetivos", no obstante que no se trata de una institución autorizada por la Ley.⁵

Los ejemplos podrían multiplicarse al leer los distintos ordenamientos antes señalados, por lo que se hace indispensable darle congruencia y establecer un criterio uniforme conforme al cual se rijan y por lo tanto, es necesario efectuar una revisión cuidadosa de todas las disposiciones legales que se relacionen con el fideicomiso y analizar la conveniencia de darles unidad, unificando los criterios con los que se han producido.

Vale la pena hacer una rápida referencia a los antecedentes históricos más inmediatos del fideicomiso en México, destacando realmente los aspectos que consideramos necesarios para ilustrar mejor la comprensión del tema que nos ocupa.

El fideicomiso es realmente una institución nueva en México, sobre todo si tomamos en cuenta el concepto bajo el cual fue introducido en la legislación mexicana, o sea, el antecedente más cercano de éste es el *Trust* Anglosajón, que como ya comentamos se

⁵ Cfr. MUÑOZ, Luis, "El Fideicomiso", Cárdenas Editores y Distribuidores, México 1980, p.p. 3 a 6

ha ido amoldando a la estructura jurídica mexicana, la cual, desde luego es substancialmente distinta de la Anglosajona y así tenemos que el primer esfuerzo serio para introducir el fideicomiso en México, fue la Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de fecha 24 de Diciembre de 1924, aún cuando esta Ley se limita a describir de manera general e incompleta las funciones de los llamados bancos de fideicomisos, sin que nos diera a conocer su concepto, su naturaleza jurídica y elementos propios y anunciar que dichos bancos se regirán por la Ley especial que habría de expedirse.⁶

Esta Ley fue la Ley de Bancos de Fideicomiso de fecha 20 de Junio de 1926, que realmente estuvo vigente durante algo más de cuatro meses y que definía en su artículo 6° al fideicomiso como: "Un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco, en 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". Asimismo, su texto íntegro fue incorporado con pequeñas modificaciones en la posterior Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 31 de Agosto de 1926. Es de señalarse que, ambas leyes se inspiraron primordialmente en el proyecto de Ley sobre fideicomiso de 1920, elaborado por el jurista panameño Rodolfo J. Alfaro y el proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias de Ahorro presentado por el abogado mexicano Jorge Estañol en Marzo de 1926.⁷

Fue la Ley de Instituciones de Crédito de fecha 28 de Junio de 1932, en cuya exposición de motivos el legislador ya apunta las grandes posibilidades de desarrollo del fideicomiso como instrumento de gran utilidad para las actividades económicas del país y donde realmente se reglamentó de forma completa la institución del fideicomiso, con las características de que solo las instituciones autorizadas pueden desempeñar el

⁶ Cfr. MACEDO, Pablo "El Fideicomiso Mexicano", Editorial Porrúa, México, 1975 p.p. 27.

⁷ Cfr. MACEDO, Pablo "El Fideicomiso Mexicano", Ob. Cit. p.p. 24

cargo fiduciario. Esta Ley, dejó a la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, la definición del concepto sustantivo, Ley que se publicó en el mismo año de 1932.⁸

Finalmente, sobre su marco legal, diremos que si bien en la actualidad el fideicomiso mexicano está regido por la Ley Cambiaria antes mencionada en forma sustantiva y por la Ley de Instituciones de Crédito publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de Julio de 1990 y modificada por última vez por decreto publicado el 23 de Diciembre de 1993, como principal estatuto de esta figura jurídica el concepto de institución fiduciaria y de fideicomiso, prácticamente es el mismo que apareció en las Leyes de 1932, por lo que resulta así más sorprendente su desarrollo, proyección y solidez alcanzadas, si se piensa en la forma tan precaria en que ha sido reglamentado en las Leyes referidas.

Continuando con esta parte introductoria y sin la cual considero sería difícil darle a este tema un mínimo aceptable de claridad, es oportuno recordar con ustedes el origen etimológico de la palabra Fideicomiso, que proviene del latín, *fideicommisum*: fides – confianza y *commissus* – comisión o encargo, o sea el fideicomiso es un encargo o comisión de confianza y así tenemos que la fides o confianza es quizá el elemento básico de la convivencia humana y uno de los activos más valiosos de todo sistema financiero.⁹

Por esta razón, a todos nos resulta claro el porqué las instituciones fiduciarias reúnen todos los elementos que pueden ser base de esa confianza: Una solvencia económica, una conducta honesta, un alto profesionalismo, experiencia, capacidad instalada, etc.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente, entiende al fideicomiso como una afectación de bienes, al establecer en su artículo 346 “En virtud del

⁸ Cfr. BATIZA, Rodolfo, “El Fideicomiso, Teoría y Práctica”, Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1976, p.p. 114 a 116.

⁹ Cfr. PETIT, Eugene, “Tratado Elemental de Derecho Romano”, Traducción José Fernández González, Editorial Nacional, México 1975, p.p. 579.

fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria".¹⁰

Como consecuencia de lo anterior, la institución fiduciaria recibe la titularidad de la masa de los bienes que le son entregados, los que se consideran afectos al fin que se destinan, pudiendo ejercitar respecto a tales bienes los derechos y obligaciones necesarias para la consecución del fin previamente determinado, salvo los que se reserve el fideicomitente al momento de celebrarse la operación.

En conclusión, se puede definir al fideicomiso, como "Un contrato en virtud del cual una persona física o moral llamada fideicomitente, transmite la titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario, para que este disponga de los mismos a la realización de las finalidades lícitas señaladas en el acto constitutivo en beneficio del mismo fideicomitente, del ahora llamado fideicomisario o de un tercero previamente designado."¹¹

En todo contrato de fideicomiso se supone la intervención de tres personas a saber: El Fideicomitente, el fideicomisario y el fiduciario; a continuación nos permitimos hacer una descripción de estos elementos personales del fideicomiso.

3.2.- Elementos Personales.

3.2.1.- El Fideicomitente.

Por fideicomitente entendemos la persona física o moral titular de los bienes o derechos que transmite a la fiduciaria, para el cumplimiento de una finalidad lícita, y desde luego, debe tener la capacidad jurídica para obligarse y para disponer de los bienes.¹²

¹⁰ Cfr. VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, "Contratos Mercantiles", Editorial Porrúa, S.A., México D.F., 1973 p.p. 489.

¹¹ Cfr. CERVANTES AHUMADA, Raúl "Títulos y Operaciones de Crédito", 11ª Edición, Editorial Herrero S.A., México 1979, p.p. 291.

¹² Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel, "Nuevo Derecho Bancario", Editorial Porrúa S.A., México D.F., 1995, p.p. 452.

Cabe mencionar, que en nuestro país, el fideicomiso se constituye por una declaración unilateral del fideicomitente, elemento personal que debe estar presente al momento de la constitución del fideicomiso.

Como el fideicomitente emite una declaración de voluntad, capaz de producir efectos jurídicos respecto de los bienes que van a integrar el patrimonio fideicomitado, con respecto de quién va a fungir como fiduciario y eventualmente, respecto de quién o quiénes van a disfrutar de la situación jurídica de fideicomisarios, la primera condición para que alguien pueda ser fideicomitente, es que tenga la capacidad jurídica de obrar, de realizar actos a los cuales el ordenamiento jurídico enlaza consecuencias de derecho. Es decir, para ser fideicomitente, se requiere ser sujeto de derecho en pleno ejercicio de su capacidad jurídica.

Consecuentemente, quedan excluidos de la posibilidad de ser fideicomitentes por sí mismos, los menores de edad y los incapacitados.

Pueden ser fideicomitentes todas las personas físicas jurídicamente capaces y todas las personas morales, públicas o privadas. Tratándose de las personas morales, la capacidad para constituir fideicomisos está limitada, si se trata de personas morales públicas, a su esfera de competencia y a los límites de sus facultades; si se trata de personas morales privadas, al campo delimitado por su objeto social.

Por ello, al constituir un fideicomiso debe examinarse:

- a) La capacidad legal de la persona física que va a constituir el fideicomiso.
- b) Si se trata de fideicomiso constituido por una persona pública, si sus representantes tiene facultades para disponer de los bienes que van a afectar y si el fideicomiso entra en su esfera de competencia.

- c) Si se trata de fideicomiso constituido por una persona moral privada, si sus representantes tienen la disposición de los bienes que van a afectar, si el fin del fideicomiso entra en su objeto social y si la operación ha sido aprobada por los órganos competentes de la persona moral.

Tanto los mexicanos como los extranjeros pueden ser fideicomitentes, dentro de la esfera donde pueden válidamente actuar.

Es necesario recordar que existen campos de actividad en los que nuestra legislación veda a los extranjeros su participación, por ejemplo, en el caso de la industria petrolera o la petroquímica o en el campo de la radio y la televisión.

Evidentemente, cualquier fideicomiso que se constituya para violar el texto o el espíritu de las leyes, que prohíban a los extranjeros desarrollar su actividad en ciertas ramas, sería nulo, por ilicitud en el fin.

Además de su capacidad jurídica, el fideicomitente, para obrar válidamente, debe tener las facultades necesarias para poder afectar los bienes al régimen jurídico que resulta del fideicomiso.

No es indispensable que el fideicomitente sea propietario, basta con que tenga las facultades necesarias para disponer de los bienes en la medida en que la creación del fideicomiso lo requiera. El mandatario, el albacea, el tutor, el gerente de una sociedad, no son dueños y sí pueden, en ciertas condiciones ser fideicomitentes respecto de los bienes que tienen bajo su responsabilidad, señalando como fideicomisarios a las personas físicas o morales que representan.

Por ello, lo que habrá de examinarse es si quien funge como fideicomitente está legalmente investido de las facultades necesarias para llevar al cabo la afectación de los bienes que integrarán el patrimonio del fideicomiso.

Nuestro derecho positivo da una solución muy clara respecto a los sujetos privados cuando dispone, en el artículo 349 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que “Solo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen”:

Claro está que esta capacidad necesaria supone capacidad jurídica del fideicomitente y facultad para poder disponer de los bienes o derechos que afecta.

El fideicomiso puede ser constituido por uno o varios fideicomitentes; una vez constituido el fideicomiso, en el caso de multiplicidad de fideicomitentes, las decisiones que deban tomar éstos serán por mayoría de votos, o según se establezca en el propio fideicomiso.

El creador del fideicomiso es, en el momento de la constitución del negocio, libre de actuar dentro de los límites de su capacidad jurídica, como lo estime mejor; puede escoger y precisar en los términos que le convengan el fin perseguido, con la única condición de que este fin sea lícito, puede señalar al fideicomisario que desee, con la única condición de que la persona designada sea capaz de recibir el provecho del fideicomiso; puede escoger al fiduciario que desee, puede sobre todo, señalar el conjunto de facultades, derechos e incluso restricciones que él mismo se reserva; entre otros, la de revocar el fideicomiso, ya sea incondicionalmente o sujetando el ejercicio de esa facultad a ciertos requisitos, o bien a establecerlo como un fideicomiso irrevocable.

Dentro de las facultades que la ley confiere al fideicomitente, existe una que se refiere a la forma de estructurar el fideicomiso. El párrafo tercero del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, otorga al fideicomitente la facultad relevante de designar un Comité Técnico, dar las reglas de su funcionamiento y fijar sus facultades.

Para concluir, es importante mencionar que si el fideicomitente desaparece, el fideicomiso subsiste, a menos que la desaparición de dicha persona se haya establecido como condición resolutoria y que, en consecuencia, al morir el fideicomitente cese el fideicomiso.

Para concluir, es importante mencionar que si el fideicomitente desaparece, el fideicomiso subsiste, a menos que la desaparición de dicha persona se haya establecido como condición resolutoria y que, en consecuencia, al morir el fideicomitente cese el fideicomiso.

El único caso de excepción a esta regla, se encuentra en los fideicomisos testamentarios, es decir, los constituidos en virtud de testamento del fideicomitente, que empiezan a producir efectos a partir de la muerte del fideicomitente, es por ello que entre las causas de extinción del fideicomiso, no se encuentra la muerte del fideicomitente.¹³

3.2.2.- El Fideicomisario.

El fideicomiso es aquella persona física o moral, designada por el fideicomitente, a quien también se le conoce como beneficiario, en cuyo provecho o beneficio se constituye el fideicomiso y el cual es designado en el acto constitutivo del fideicomiso o en modificaciones, de acuerdo con los deseos del propio fideicomitente.

En teoría, se puede decir que puede existir un fideicomiso sin beneficiario individualizado, tal como se indica en el artículo 347 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, aunque siempre habrá alguien que resulte beneficiado con el cumplimiento, quedan siempre ocultos uno o varios fideicomisarios reales que no llegan a del fin lícito del fideicomiso. Esto es debido a que tras el fin lícito y determinado del

¹³ Cfr. KRIEGER, Emilio, "Manual del Fideicomiso Mexicano", Ob. Cit. p.p. 36

fideicomiso tener la calidad jurídica de fideicomisarios, pero que resultan beneficiados por fideicomiso.¹⁴

Ahora bien, ¿quiénes pueden ser fideicomisarios en nuestro derecho positivo?

Según el artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pueden serlo las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

Si nos basamos en el hecho de que la capacidad en nuestro derecho es la regla y solo admite excepciones mediante norma expresa, se puede concluir en principio que todo sujeto jurídico puede ser fideicomisario, aunque existen numerosas excepciones:

- 1.- Designación hecha por el fideicomitente a favor de persona viva o concebida ya al momento de constitución del fideicomiso.
- 2.- Capacidad de esa persona para ser titular de los derechos que la Ley le otorga y los que el acto constitutivo le confiera.

Con lo que respecta a los menores de edad y a los incapacitados, necesitan un representante legal y un tutor respectivamente para poder tomar la decisión de aceptar o rehusar los beneficios de un fideicomiso.

Si bien es cierto que esa capacidad que tiene el fideicomisario para rehusar o aceptar el beneficio, es jurídicamente libre igual que la capacidad que tiene el fideicomitente para constituir el fideicomiso, cabe pensar que existen situaciones en que hay obligación jurídica de aceptar el compromiso, como por ejemplo, cuando un deudor y un acreedor convienen en que para liquidar la deuda, el deudor constituirá un fideicomiso sobre un inmueble rentable de su propiedad y que el acreedor conviene en ir cobrando la deuda principal y sus accesorios legales con los productos netos del inmueble fideicomitado,

¹⁴ Cfr. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. "Derecho Mercantil", Décimo Cuarta edición, tomo II, Editorial Porrúa, México 1979 p.p. 129.

entonces en el momento en que ese acuerdo adquiere obligatoriedad jurídica, ambas partes están obligadas.

Se puede decir que la aceptación de fideicomisario es un acto unilateral de voluntad, que nunca llega a confundirse con la voluntad del fideicomitente, para integrar el consenso, al acuerdo de voluntad esencial en la figura contractual.¹⁵

Ahora bien, después de haber aceptado el fideicomisario, pasaremos a explicar lo que sucede con el elemento personal que nos ocupa, una vez que ha sido constituido el fideicomiso, aceptando el cargo de fiduciario por parte de la institución bancaria designada.

Para empezar, lo que sucede con el fideicomisario una vez que ocurra lo mencionado en el párrafo anterior, es que se obliga a cumplir ciertos deberes, los cuales dependen de si el fideicomiso se constituyó de manera pura y simple, o bien en forma onerosa. En el primer caso, el deber del fideicomisario se reduce a respetar el fin del fideicomiso y hacer posible su ejecución, este deber adquiere una gran trascendencia cuando existen varios fideicomisarios, ya que todos ellos tendrían el deseo de respetar recíprocamente el estatuto de sus cofideicomisarios. En el segundo caso, cuando el fideicomiso sea oneroso, es decir que implique una carga, el fideicomisario deberá aceptar tanto el gravamen que se le impone como el beneficio.¹⁶

Además de los deberes mencionados anteriormente, el fideicomisario adquiere ciertos derechos, dentro de los cuales los más importantes son los siguientes:

- a) Exigir al fiduciario el cumplimiento exacto y preciso de los fines del fideicomiso.
- b) Solicitar el informe o aviso que debe ser rendido por el fiduciario durante el lapso que dure su administración, y con respecto a las diversas operaciones que realice, por lo general dicha información se solicita en forma mensual o bimestral.

¹⁵ Cfr. KRIEGER, Emilio. "Manual del Fideicomiso Mexicano", Ob. Cit. p.p. 49 y 51.

¹⁶ Cfr. MOLINA PASQUEL, Roberto, "Los Derechos del Fideicomisario". Editorial Jus, México 1946 p.p. 155.

- c) Si así quedó previsto a su favor, tiene también el derecho de sustituir o remover a la institución fiduciaria teniendo la facultad de elegir a otra, así como opinar respecto de reformas, modificaciones o extinción del fideicomiso.
- d) Recibir el beneficio económico del fideicomiso.
- e) Impugnar la validez de los actos que la institución fiduciaria realice en perjuicio del propio fideicomisario, ya sea de mala fe o en exceso de las facultades que le competen; y
- f) Perseguir los bienes que hayan salido del patrimonio fideicomitado por mala fe o exceso de facultades que tiene el fiduciario (artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Cabe indicar, que el fideicomisario no es un elemento esencial para la constitución del fideicomiso, puesto que la Ley permite que el fideicomiso se instituya sin fideicomisario o se señale fideicomisario al propio fideicomitente.

Por último, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el artículo 359, prohíbe los fideicomisos secretos, los constituidos a favor de personas jurídicas cuya duración sea mayor de 30 años, excepto si el fideicomiso es para el mantenimiento de museos sin fines de lucro y aquellos en los que el beneficio se concede a diversas personas que deben sustituirse por muerte de la anterior.

Otra excepción es la establecida en el artículo 13 de la Ley de Inversión Extranjera, donde los fideicomisos en la zona restringida para fines residenciales sería por un período máximo de 50 años.

Por lo anterior, podemos afirmar que la duración de un fideicomiso cuyo fideicomitente es una persona física nacional, será indefinido interpretado a contrario sensu y su vigencia será hasta el cumplimiento de sus fines.

3.2.3.- El Fiduciario.

De acuerdo con el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la ejecución del fideicomiso es una función que solo puede ser realizada por una institución de crédito, que disfrute de concesión del Gobierno Federal para realizar operaciones fiduciarias. Dicha concesión es otorgada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (a partir de Julio de 1990), como representante del Gobierno y escuchando para tal efecto, las opiniones del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria.

La institución fiduciaria es, por tanto, un concesionario de un servicio público y su derecho a actuar como fiduciario no es inherente a su derecho como persona privada. Surge precisamente de la concesión administrativa que se le otorga y está sujeto a todas las limitaciones y modalidades que la Ley y la concesión le marcan.

El fiduciario puede ser designado:

- a) Por el fideicomitente en el acto constitutivo o en un momento posterior si se reserva ese derecho. (artículo 346 y 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).
- b) Por el o los fideicomisarios (artículo 350 de la Ley).
- c) Por el Juez de Primera Instancia del lugar donde estuvieren ubicados los bienes (artículo 350 de la Ley).

Evidentemente, el nombramiento o designación es en todo caso, un acto ajeno al fiduciario, que se realiza sin que su consentimiento previo sea necesario y tal vez sin su conocimiento.

Sin embargo, el nombramiento a favor de una institución fiduciaria hace nacer, a cargo de ésta, una obligación sobre cuyo contenido no existe unanimidad.

Para quienes consideran que, de acuerdo con el artículo 5 Constitucional, nadie está obligado a prestar trabajos personales sin su pleno consentimiento, se estima que la institución designada como fiduciario está en pleno derecho de aceptar o rechazar el encargo y que imponerle como obligatoria la aceptación del cargo sería violar, en su perjuicio, la garantía individual de libertad de trabajo, consagrada en el precepto Constitucional invocado.

De acuerdo con ese contexto, la institución designada tiene una obligación: la de manifestar si acepta o rechaza el cargo; pero ninguna razón legal le impone como obligatoria la aceptación.¹⁷

El fideicomiso implica siempre la existencia de un patrimonio que se transmite por el fideicomitente, al fiduciario, para la realización de un fin lícito y que éste se convierte en titular del mismo, por cuenta y orden del fideicomiso con las modalidades y limitaciones que se establezcan en el acto constitutivo.

El titular del patrimonio fiduciario, lo será siempre la institución de crédito que desempeñe el cargo de fiduciaria, el fideicomitente y en su caso, los fideicomisarios o beneficiarios, solo tendrán derecho a los rendimientos que produzca el patrimonio, o en su caso, a los remanentes que quedaren una vez cumplido el fin para el cual se constituyó, o los derechos que expresamente se hubieran reservado en el acto constitutivo.

¹⁷ Cfr. KRIEGER, Emilio, "Manual del Fideicomiso Mexicano", Ob. Cit p.p. 43 y 44.

Actualmente el área fiduciaria de los bancos es manejada por una Dirección, Gerencia, Departamento o División de los mismos, especializado en estos servicios y a la que las instituciones tienen asignado uno o varios Delegados fiduciarios que deben cumplir con los requisitos que señala la propia Ley, para ser designados con la aprobación de la Comisión Nacional Bancaria.

En el desempeño de su cometido, no podrá delegar sus funciones, pero designará y facultará ex profeso, a funcionarios llamados Delegados Fiduciarios por conducto del Consejo de Administración de la Institución de Crédito, de cuyos actos será responsable directa o ilimitadamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas en que incurran ellos personalmente.

Para tal fin, será necesario que la institución de crédito comunique el nombramiento de dichos funcionarios a la Comisión Nacional Bancaria, lo mismo que las bajas que se den en los mismos.

Por regla general, las fiduciarias no pueden realizar operaciones por cuenta propia.

Otro principio que rige la actuación de las fiduciarias es el relativo a que no pueden contratar con otras áreas de la misma institución.

Asimismo, las fiduciarias no pueden ser, al mismo tiempo fideicomisarias o beneficiarias en los fideicomisos que ellas manejen, de acuerdo con el último párrafo del artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

El término máximo que señala la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, para los fideicomisos, es de 30 años, salvo aquellos que se constituyan a favor de una institución benéfica o su finalidad sea de orden público, conforme a la fracción III del artículo 359 del propio ordenamiento.

Otro principio que regula la actividad de la fiduciarias, es que éstas tienen que llevar contabilidades por separado para cada fideicomiso.

Es de comentar que la actividad de las fiduciarias, no abarca propiamente un servicio de intermediación de crédito, sino más bien, es un servicio profesional o técnico el que realiza este tipo de instituciones.

El fiduciario tendrá las siguientes facultades:

- 1.- Las que se señalen en el acto constitutivo y que pueden ser para realizar actos de dominio, para enajenar, permutar, transferir propiedad, administrar u obtener créditos y gravar, en su caso arrendar y realizar reparaciones y mejoras.
- 2.- Disponer lo necesario para la conservación del patrimonio.
- 3.- Actuar en los juicios relativos al fideicomiso y otorgar en ellos, mandatos para pleitos y cobranzas.
- 4.- Tiene facultades para cobrar desde luego, sus honorarios y para erogar los gastos inherentes al fideicomiso.¹⁸

En el momento en que la institución fiduciaria empieza a ejecutar sus funciones fiduciarias, se compromete a guardar el secreto fiduciario, cuidando que exista estricto apego a las disposiciones legales respectivas.

El fiduciario no deberá excederse de las facultades que le corresponden ejecutando únicamente lo que le sea señalado en el fideicomiso por el fideicomitente, cumpliendo sus obligaciones de hacer y no hacer que al respecto sea necesario realizar.¹⁹

¹⁸ Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel, "Nuevo Derecho Bancario", Ob. Cit. p.p. 453.

¹⁹ Cfr. MOLINA PASQUEL, Roberto, "Los Derechos del Fideicomisario", Ob. Cit., p.p. 179.

Además, deberá rendir cuentas al fideicomitente, fideicomisario o Comité Técnico, según corresponda, en forma periódica (mensual, trimestral, anual, etc.) del desarrollo de sus funciones, así como de la marcha del fideicomiso a través de reportes, estados de cuenta o de algún otro medio o de las inversiones que realice y demás actividades que su encargo implique, o sea, un informe del desempeño de su encargo y de las finalidades que se vayan cumpliendo de acuerdo con las instrucciones recibidas originalmente.

Los fiduciarios, pueden llegar a incurrir en responsabilidad civil por dolo, mala fe, negligencia, ineptitud, etc. En todo caso, el fiduciario deberá sujetar su actuación a la "regla del hombre prudente", equivalente, según el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a la de un "buen padre de familia".

Aunque en realidad lo que a continuación voy a mencionar no está relacionado directamente con el tema del presente trabajo, es importante aclarar que actualmente, según modificaciones a la Ley de Mercado de Valores, Ley General de Instituciones y Sociedades Mercantiles Mutualistas y de Seguros y la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, las Casas de Bolsa, las Instituciones de Fianzas y las Instituciones de Seguros tienen la facultad de actuar como fiduciarios en determinados casos.

Por lo que respecta a las Casas de Bolsa, pueden realizar actividades fiduciarias en negocios directamente vinculados con funciones que le son propias, por lo que se le adiciona al artículo 22 fracción IV de la Ley del Mercado de Valores el inciso d) el cual establece lo siguiente:

"Art. 22.- Las Casas de Bolsa solo podrán realizar las actividades siguientes:

IV.- Con sujeción a las disposiciones de carácter general que dicte el Banco de México.

d) Actuar como fiduciarios 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 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito".

Esta facultad fiduciaria concedida a las Casas de Bolsa, tienen como antecedente diversas opiniones del gremio bursátil, fundándose en que la función fiduciaria no corresponde al concepto esencial de la actividad bancaria, sino que dicha función fiduciaria se agrupa dentro de las operaciones bancarias calificadas por la doctrina como neutras o de servicios, además consideran que reúnen capacidad financiera y administrativa para prestar este servicio.

En la iniciativa correspondiente a la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, aunque no existían antecedentes de gestiones o estudios que habien de esta posibilidad, se autoriza a las Instituciones de Seguros para actuar como fiduciarios en fideicomisos de administración en que se afecten recursos relacionados con el pago de primas, para los fideicomisos de seguros, asimismo se establece que las Instituciones que realicen operaciones de vida, también podrán administrar fideicomisos como recursos relacionados con primas de antigüedad, fondos individuales de pensiones, rentas vitalicias, dividendos y sumas aseguradas o jubilación del personal.

Ahora bien, la reforma a la Ley General de Instituciones de Fianzas, permitirá a éstas administrar fideicomisos de garantía, para asegurar el reembolso a la fiadora que hubiere pagado las obligaciones incumplidas por el fiador al amparo de una fianza. Solo en esta reforma, reaparece la limitación de la responsabilidad para administrar patrimonios en proporción al capital pagado de la Institución de Fianzas, según lo determinará la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Lo mencionado anteriormente, crea un nuevo grupo de Instituciones Fiduciarias no Bancarias, que con el tiempo serán más especializadas, con facultades limitadas para administrar un reducido grupo de fideicomisos con lo cual se enriquecerá esta figura, al producirse nuevos esquemas fiduciarios más sofisticados que ampliarán la gama de productos fiduciarios y traerán como consecuencia la aparición de nuevos funcionarios fiduciarios, como serán los Delegados Fiduciarios no bancarios, para una función fiduciaria más reducida.²⁰

²⁰ Cfr. Boletín Fiduciario Bancomer, Dirección Adjunta Fiduciaria, México 1993, Volumen 1, p.p. 9 a 11.

3.3.- Formalidades para su Constitución.

En atención a la naturaleza de los bienes, deben cumplirse determinados requisitos para que el fideicomiso surta efectos frente a terceros. El fideicomiso puede recaer en bienes inmuebles o bienes muebles.

Si el fideicomiso se refiere a bienes inmuebles, habrá necesidad de inscribir el contrato en el Registro Público de la Propiedad, del lugar en que los bienes estén ubicados, de manera que sus efectos se produzcan desde el momento de la inscripción respectiva, así se indica en el artículo 353 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

El fideicomiso, por lo tanto, debe constar por escrito y ajustarse a las disposiciones legales en lo que a la transmisión de los derechos sobre los bienes se refiere, según se establece por el artículo 352 del mismo ordenamiento.²¹

Tratándose de fideicomisos sobre bienes inmuebles, el requisito de inscripción en el Registro Público de la Propiedad queda en principio, eliminado y las formalidades para la constitución dependerán de la naturaleza de los bienes fideicomitados:

- Si se trata de dinero, o de valores al portador o de cosas corpóreas, el requisito se reduce a hacer constar por escrito la constitución y entrega a la institución fiduciaria.
- Si se trata de títulos nominativos, la formalidad para la constitución del fideicomiso, además de que conste por escrito en el acto constitutivo, es el endoso al fiduciario y en su caso, la anotación en el registro del emisor.
- Si se trata de créditos o derechos, surten efectos desde que el fideicomiso se notifica al deudor.²²

²¹ Cfr. VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar, "Contratos Mercantiles", Ob. Cit., p.p. 523.

3.4.- Causas de Extinción.

Las causas de extinción del fideicomiso se encuentran enunciadas en el artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Independientemente de las causas que señala la Ley, debemos considerar que el fideicomiso es un contrato y que por consiguiente, le son propias también las causas comunes de terminación de todo contrato. Además, los contratantes mismos pueden estipular causas especiales de terminación.

De las causas que la Ley menciona se encuentran:

I.- Por la realización del fin para el cual fue constituido.

Como ya vimos anteriormente, al celebrarse el contrato de fideicomiso, se fija con precisión el fin para el cual se destinan los bienes fideicomitidos, de tal suerte que cuando se ha cumplido plenamente con éste, la ley considera que se extingue el fideicomiso. Debe, sin embargo, subrayarse que el contrato, si no se ha establecido lo contrario, puede subsistir aún después de fallecido el fideicomitente.

II.- Por hacerse éste imposible.

Con relación al fin, no solo la realización de éste extingue el fideicomiso, sino también la imposibilidad de su ejecución es causa de extinción. Debe entenderse que la imposibilidad no es absoluta, puesto que si el obstáculo que lo hace imposible es factible de ser superado, el fiduciario deberá hacer lo que como buen mandatario le corresponde para superarlo.

²² Cfr. KRIEGER, Emilio, "Manual del Fideicomiso Mexicano", Ob. Cit. p.p. 58

III.- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva del que dependa, o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o en su defecto, dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución.

La causa que se refiere a la condición suspensiva que pudiera haberse hecho valer en el contrato, cuando ésta se hace imposible en su cumplimiento, implica la extinción del fideicomiso. En realidad, hacerse imposible el cumplimiento no es otra cosa que la imposibilidad de que el fin se logre.

IV.- Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto.

El fideicomiso condicionado, resulta integrado por declaraciones de voluntad que van dirigidas a un resultado que por el momento es hipotético. En este caso de terminación del fideicomiso por cumplimiento de la condición resolutoria a que éste esté sujeto, es necesario que ella se produzca, que se haga constar esa condición en el documento constitutivo.

V.- Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario.

Evidentemente, esta causa de extinción no es aplicable al fideicomiso creado por testamento, ni al fideicomiso sin fideicomisario determinado. Tampoco parece de aplicación normal en el caso de que el fideicomitente se haya reservado el derecho de revocar discrecionalmente el fideicomiso, pues en este caso, no necesitaría recurrir a un acuerdo de voluntades con el fideicomisario.

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

Para que se pueda dar, es necesario que se haya contemplado en el fideicomiso que el fideicomitente se reserve el derecho de revocarlo en cualquier momento, por lo que una

vez que se manifieste ese deseo, en forma expresa, puesto que no puede ser implícito o tácito, se extingue el fideicomiso.

VII.- En el caso del párrafo final del artículo 350 (imposibilidad de designar fiduciario).

A pesar de la obligación de las instituciones fiduciarias de aceptar el desempeño del cargo de fiduciarios en los fideicomisos, salvo que tenga causas justificadas para excusarse, puede darse el caso previsto en el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de que el fideicomiso constituido sea de tal manera abstracto su finalidad sea tan imposible, su ejecución extremadamente compleja, o sus medios sean tan exiguos, que, ni el fideicomitente, ni el fideicomisario, ni el juez competente encuentren institución apta para el cargo. En este caso, el fideicomiso se extinguirá, pero su extinción se basará más en el catálogo de las imposibilidades que en el de las excusas, ya que deben estar legalmente fundadas y la base legal de la excusa tendría que ser la imposibilidad de realizar el fin.²³

3.5.- Bienes Sujetos a ser Fideicomitados.

El artículo 351, párrafo primero, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dispone: "Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la Ley, sean estrictamente personales de su titular". Debe mantenerse con cuidado la distinción entre objeto y fin del fideicomiso, términos que con frecuencia se emplean como sinónimos, sin serlo.

El objeto consiste en la cosa que es materia del fideicomiso, en tanto que el fin es el resultado que se persigue con su constitución.

²³ Cfr. VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, "Contratos Mercantiles", Ob. Cit., p.p. 527.

La ley sustantiva es omisa, por lo cual hay que recurrir al derecho común supletoriamente en su artículo 1825, que dice:

“la cosa objeto del contrato debe:

1° Existir en la naturaleza.

2° Ser determinada o determinable en cuanto a su especie.

3° Estar en el comercio”.

El artículo 784 del mismo ordenamiento dispone que: “Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la Ley”; este precepto se completa con el siguiente artículo 749: “Están fuera del comercio por su naturaleza, las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente y por disposición de la Ley, las que ella declara irreductibles de propiedad particular”.²⁴

Los bienes fideicomitidos salen del patrimonio del fideicomitente, para colocarse en situación de patrimonio de afectación. Por tanto, los acreedores del fideicomitente no podrán perseguir dichos bienes, salvo que el fideicomiso se haya constituido en fraude de sus derechos, en cuyo caso, lo podrán nulificar por medio de la acción pauliana (artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, In Fine).

El fiduciario, tendrá la titularidad del patrimonio fideicomitido, el poder sobre dicho patrimonio en la medida en que sea necesaria para la consecución del fin del fideicomiso.²⁵

En nuestro derecho no puede haber duda en cuanto a la legalidad del fideicomiso constituido sobre cosa futura, en atención a lo dispuesto por el artículo 1826 del Código

²⁴ BATIZA, Rodolfo, “Principios Básicos del Fideicomiso y la Administración Fiduciaria”, Editorial Porrúa, México 1977, p.p. 60.

²⁵ Cfr. MUÑOZ, Luis, “El Fideicomiso”, Ob. Cit. p. 144.

Civil que a la letra dice: “Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aún cuando ésta preste su consentimiento”.

Una diferencia importante entre el contrato del fideicomiso y los contratos reglamentados por el Código Civil reside en que en el fideicomiso únicamente las cosas pueden ser objeto, mientras que en los contratos también pueden ser los hechos, según los artículos 346 y 351 de la Ley sustantiva y 1824 del Código Civil.

En la categoría de derechos estrictamente personales del “Titular”, que por tanto no pueden ser objeto del fideicomiso, se hayan comprendidos todos aquellos que, por su naturaleza o por mandamiento legal, son intransferibles. Por vía de ejemplo podrían citarse, entre varios que existen, los derivados del patrimonio familiar, el uso, la habitación; otros, como ciertas autorizaciones o concesiones administrativas, que requieren aprobación previa para ser transmitidos.²⁶

En conclusión, pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes y derechos que estén lícitamente en el comercio y que no sean estrictamente de su titular.

²⁶ La Ley General de Vías Generales de Comunicación dispone en su artículo 29: “Las Concesiones caducarán por cualquiera de las razones siguientes: IV.- Porque se enajenen la Concesión o algunos de los derechos en ella contenidos, o los bienes afectados al servicio de que se trate, sin la previa autorización de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes”.

CAPITULO IV

EL COMITÉ TÉCNICO EN EL FIDEICOMISO MEXICANO

4.1.- Principios Normativos.

En la Ley de Instituciones de Crédito, artículo 80, se establece la posibilidad de que el fideicomitente prevea la formación de un Comité Técnico, a quien el propio fideicomitente señala las reglas de funcionamiento y fija sus facultades.

Es muy importante señalar que cuando la fiduciaria actúa conforme a lo dispuesto por el Comité Técnico, salva toda su responsabilidad.

El Comité Técnico realizará una función de consejo o asamblea y es quien toma las decisiones que debe ejecutar el fiduciario.

El origen del Comité Técnico en nuestra legislación es desconocido, sin embargo, en las Instituciones Norteamericanas normalmente funciona como un *Trust Committee*, cuya misión consiste en determinar las inversiones que deban hacerse y revisar en forma periódica los diversos *Trusts*, a fin de efectuar los cambios aconsejables según las circunstancias, sin embargo, sus decisiones no pueden de manera alguna eliminar la responsabilidad de la institución.²⁷

De acuerdo con el estudio realizado por el maestro Carlos Vejar Valdéz sobre esta figura fiduciaria, existen varios principios normativos que deben servir de brújula al creador de fideicomisos, cuando tenga que reglamentar las funciones y facultades de un Comité Técnico y son las siguientes:

²⁷ Cfr. BATIZA, Rodolfo, "El Fideicomiso", Editorial Porrúa, S.A., México 1976, Pág. 332

1.- El Comité Técnico tiene como función primordial, auxiliar a la Institución Fiduciaria en la realización de los fines del fideicomiso.

2.- Ahora bien, el segundo principio que debe considerarse al reglamentar las funciones y facultades de un Comité Técnico, consiste en que el alcance de las funciones y facultades del Comité Técnico deben quedar constreñidas estrictamente a los fines del fideicomiso.

3.- El tercer principio que es más bien aplicable a la Institución Fiduciaria y que consiste en que el Comité Técnico no debe utilizarse como un "Lavado de Manos" de la Institución Fiduciaria, pues ésta no queda liberada de sus responsabilidades fiduciarias por el simple hecho de actuar siguiendo las instrucciones de un Comité Técnico, o sea considerar a éste como "Un menor de Edad", ya que recordemos que los límites de liberación de responsabilidad del fiduciario tienen el alcance que se excedan las facultades del propio Comité o que sea contraria a los fines del fideicomiso.

4.- Este principio se considera muy importante, ya que como se ha mencionado, el Comité Técnico carece de toda personalidad jurídica para obligarse frente a cualquier persona, que no sea un elemento personal de la relación jurídica fiduciaria. Por lo tanto, el fiduciario al obrar en acatamiento a los acuerdos del Comité Técnico, no responsabiliza a éste, sino se responsabiliza así mismo.

5.- El Comité Técnico no es un elemento indispensable para la existencia y validez del fideicomiso. Por consiguiente, como ya lo mencionamos, el fiduciario debe evitar y limitar por ser saludable, la proliferación de estos Comités, cuando considere que no es necesaria su constitución y funcionamiento.

6.- Por último, el principio normativo representa una obligación técnica jurídica a cargo del fiduciario y consiste en que se debe reglamentar con toda precisión dentro del clausulado regulatorio del Comité Técnico, su forma de funcionamiento, integración, operación en lo que se refiere a la frecuencia, duración, lugar, clases de sesiones

ordinarias o extraordinarias, remuneración de sus miembros, quórum, etc. y en especial, cuidar que el alcance de las facultades no limiten o rebasen la actuación del fiduciario.²⁸

En términos generales, podemos decir que el Comité Técnico puede tomar a su cargo todas las decisiones relacionadas con el cumplimiento de los fines del fideicomiso, pero la ejecución en todos los casos, está en la órbita del fiduciario y será el Secretario o Presidente del Comité, quienes podrán tener a su cargo comunicar al fiduciario los acuerdos que dicte este órgano colegiado.

Para finalizar, es recomendable que las Instituciones Fiduciarias establezcan sus propias políticas internas y de reglamentación aplicable a la forma de la constitución, funcionamiento y facultades que deben asistir a los Comités Técnicos en los fideicomisos que celebran y en los cuales se requiera o se considere necesaria la existencia de esta figura.

Asimismo, de acuerdo con el tratadista Julián Bernal Molina, se apunta la necesidad urgente de que las autoridades financieras revisen el texto legal, que ya parece que ha sido rebasado por la práctica no siempre acertada y reglamenten las facultades y alcances de esta figura fiduciaria, con base en la actualización de la propia Ley y de las sanas prácticas fiduciarias.²⁹

4.2.- Constitución.

Para iniciar este punto, es conveniente señalar que conforme a la legislación mexicana, la facultad de instaurar un Comité Técnico dentro de un fideicomiso, le corresponde al fideicomitente, quien lo podrá llevar a cabo ya sea en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus posteriores reformas.

²⁸ Cfr. VEJAR VALDEZ, Carlos, "Reflexiones en torno al Comité Técnico o de Distribución de Fondos en el Fideicomiso Mexicano" Estudios Bancarios, México 1981, p.2.

²⁹ Cfr. BERNAL MOLINA, Julián "Práctica y teoría jurídica del fideicomiso", Editorial Miguel Angel Porrúa, México 1988, p. 38.

Sobre esta facultad, el reconocido autor colombiano Sergio Rodríguez Azuero, menciona lo siguiente: "Los autores parecen sugerir que la reserva de derechos se relaciona con aquellos que corresponden a la genérica posibilidad de vigilar el desarrollo del fideicomiso, para verificar que las disposiciones se cumplan en un todo de acuerdo a lo previsto. Un ejemplo de esta intervención en la vigilancia y aún en la toma de decisiones por parte del fiduciario, puede estar constituido por la posibilidad de demostrar un Comité Técnico del cual eventualmente él puede formar parte, para tomar algunas decisiones relacionadas en la inversión de los bienes recibidos, la posible sustitución de otros, etc..."³⁰

En primer lugar, diremos que para poder instaurarlo dentro de las reformas del fideicomiso, si existe nombrado un fideicomisario, se requiere de la conformidad de este y de no ser así, el fideicomisario puede oponerse, desde luego dependerá también del tipo de fideicomisario de que se trate y también si el fideicomisario se reservó o no tal facultad al constituirse el fideicomiso, ya que de no ser así, en principio no podrá hacerla valer jurídicamente en ningún tiempo, salvo que obtenga la conformidad del fideicomitente y fiduciario en tal sentido.

Conviene señalar, por lo que se refiere a la instauración por parte del fideicomitente, que éste tiene plenas facultades jurídicas para poder constituir un Comité Técnico, con las facultades y funciones que juzgue convenientes, siempre y cuando esta facultad no haya quedado reservada al fideicomisario y se respeten los principios normativos que rigen la constitución y operación de los Comités Técnicos y no se opongan ni el fiduciario, ni tampoco el fideicomisario.

Junto al fideicomitente, aunque no es lo usual, el fiduciario también puede instaurar un Comité Técnico, ya que no existe impedimento legal alguno para que este cuerpo colegiado pueda ser designado por éste, de acuerdo con el tercer párrafo del artículo 80

³⁰ RODRIGUEZ AZUELO, Sergio, "Contratos Bancarios", Biblioteca Federación Latinoamérica de Bancos (Felaban) Bogotá, Colombia, 1990, p. 651.

de la Ley de Instituciones de Crédito vigente que no lo impide y debido a la confiabilidad que le han depositado tanto el fideicomitente como el fideicomisario, como titular de los bienes y ejecutor de los fines del fideicomiso.

Cabe aclarar que en la práctica fiduciaria, son los fideicomitentes los que generalmente constituyen en forma directa los Comités Técnicos en los contratos de fideicomiso, por otra parte, ya que mencionamos quiénes pueden constituir un Comité Técnico, ahora pasaremos a analizar a los sujetos integrantes de este cuerpo colegiado.

Empezamos por comentar que los miembros de un Comité Técnico pueden ser indistintamente personas físicas o morales sin importar su nacionalidad.

En términos generales, la elección de los miembros de un comité se efectúa fundamentalmente en atención a las cualidades de los sujetos seleccionados como es su capacidad, conocimientos, experiencia, representatividad y prestigio.

Hoy en día, resulta común en la práctica que el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario o sus representantes legales formen parte del Comité Técnico.

En el caso del fiduciario, si solo se le nombra a éste como miembro del Comité Técnico, debe de conferir a su vez un poder específico o designar a uno de los directivos o funcionarios para que asista con su representación a las Sesiones del Comité, estimando que dichas Instituciones Fiduciarias deben procurar abstenerse de aceptar ser parte del Comité Técnico, cuando está a su cargo la administración de ese fideicomiso. En caso de que su designación sea realmente necesaria, lo mejor es que solo escuchen las deliberaciones, pero sin que tenga derecho a voto, o sea, que asista con voz pero sin voto, ya que se puede pensar en un conflicto de intereses al ser juez y parte, al ser el administrador del fondo y ejecutor de las instrucciones del propio Comité.³¹

³¹ Cfr. VEJAR VALDEZ, Carlos, "Reflexiones en torno al Comité Técnico o de Distribución de Fondos en el Fideicomiso Mexicano", Ob. Cit. p. 25.

No obstante que ya se mencionó anteriormente, el fideicomitente y el fideicomisario también pueden formar parte del Comité Técnico, se considera poco recomendable en la mayoría de los fideicomisos, que el fideicomisario forme parte debido al hecho de que puede llegar a tener hasta una triple calidad, en el supuesto de que él también sea el fideicomitente dentro del fideicomiso, pudiendo esto afectar los fines del fideicomiso o simplemente distorsionarlos debido a la influencia que ejercería sobre el resto de miembros del Comité Técnico de que se trate, desde luego, existe la excepción como es el caso de los fideicomisos para desarrollos inmobiliarios, donde el propio fideicomisario puede ser el promotor del proyecto de que se trate.

Debemos entender al Comité Técnico como una entidad cuyas resoluciones son aún superiores al accionar propio del fiduciario, esto en razón de la importancia que se le otorga al propio Comité Técnico, cuyas determinaciones, dentro de sus facultades asignadas en el propio fideicomiso, deben ser acatadas por el fiduciario y estrictamente por el fideicomitente. A este respecto Luis Muñoz nos dice "La Ley de Instituciones de Crédito establece que en el acto constitutivo del fideicomiso, o en sus reformas, que requerirán el consentimiento del fideicomisario, si lo hubiere, podrán los fideicomitentes prever la formación de un comité técnico o de distribución de fondos, dár las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución fiduciaria obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad."³²

Con relación al nombramiento de los miembros del Comité Técnico, es indispensable hablar de la aceptación de dicho nombramiento.

De acuerdo con nuestro derecho positivo, existen dos formas reconocidas para aceptar el cargo de miembro de un Comité Técnico y esas son:

³² Cfr. MUÑOZ, Luis, "El Fideicomiso", Cárdenas Editores y Distribuidores, México, 2da. Edición, 1980, p. 206.

a) Forma expresa.- la cual consiste en la aceptación verbal o por escrito, que a su vez pueden revestir dos modalidades que son: lisa y llana.- acepto; o incondicional.- que significa acepto; o condicional.- que significa acepto, pero por ejemplo, siempre y cuando perciba honorarios por mi actividad.

b) Forma tácita.- que consiste en la aceptación a través de hechos, actos o signos inequívocos realizados por el candidato para asumir el cargo que se le ofrece.

En la práctica es poco usual, pero sí es posible que ninguna de las personas acepte y sin embargo el Comité Técnico existirá pero sin que tenga operatividad y ésta la va a tener hasta que cuente con miembros, es decir, con los sujetos de derecho capaces de tomar resoluciones o dictámenes.

Como se pudo apreciar, así como puede existir un fideicomiso sin fiduciario o sin fideicomisario determinado, también puede existir un Comité Técnico sin elementos personales, es decir sin miembros.

También es recomendable que al fijar las reglas en la constitución del fideicomiso, quede previsto con toda claridad si la designación de los miembros de este cuerpo colegiado recae en personas físicas, identificadas con su nombre completo, o si se trata de persona jurídica o moral, el título del puesto o función básica del mismo para evitar confusiones futuras.

Es importante señalar que el Comité Técnico tiene el objeto de coadyuvar en las tareas asignadas al fiduciario, de ahí la importancia de su funcionar. Esta opinión la comparte Eduardo Álvarez Morales cuando define el Comité Técnico de la siguiente forma: "El Comité Técnico o de distribución de fondos es un cuerpo colegiado designado en el acto constitutivo del fideicomiso, o en el de sus reformas, cuyo objeto es coadyuvar con el fiduciario en el desempeño de su cometido y en su oportunidad, en la distribución de los fondos que establezca. La legislación mexicana prevé la formación de este comité,

dejando al fideicomitente la facultad de dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades.”

De lo anterior podemos entender que el Comité Técnico tiene, conjuntamente con el fiduciario, la responsabilidad de cumplir con la voluntad del fideicomitente plasmada en el fideicomiso, “sin embargo- dice el mismo Eduardo Álvarez- el fiduciario puede liberarse de la responsabilidad cuando haya obrado con apego a los acuerdos e instrucciones que reciba de dicho Comité.” ³³

4.3.- Reglas de funcionamiento.

Se ha apuntado que de acuerdo a la Ley, serían solo las personas facultadas para constituir un Comité Técnico quienes podrían dar las reglas para su funcionamiento, sin embargo, esta facultad debemos entenderla con carácter opcional, ya que inclusive en la práctica, en muchas ocasiones esta situación se le delega al propio Comité. El autor norteamericano Henry Black atinadamente describe la fuente de donde emana la delegación de facultades de un comité al asegurar que éste es “aquella entidad a la que otros han delegado o comprometido una obligación específica, ya sea mediante disposición expresa de una persona o bien por disposición legal.” ³⁴

En el caso del fideicomiso mexicano, obviamente la delegación de facultades al Comité Técnico es únicamente mediante disposición expresa del fideicomitente, sin embargo podrían existir casos específicos en la legislación mexicana donde se determine la creación de un fideicomiso por una determinada entidad gubernamental donde además se establezca la necesidad de constituir un Comité Técnico con determinadas facultades y responsabilidades, en cuyo caso estamos viendo un supuesto como el que maneja el propio Black al aseverar que un comité puede ser creado por disposición legal.

³³ BANCO NACIONAL DE MÉXICO, S.A., “El Fideicomiso en México y su viabilidad en España”, Jornadas de Estudio Organizadas por Banco Nacional de México y Banco Bilbao, Madrid, 1979, p. 69.

³⁴ Cfr. BLACK, Henry Campbell, “Black’s Law Dictionary”, Sexta Edición, Editorial West Publishing Co., Estados Unidos de América, 1990, Pág. 273.

Como se verá más adelante, el anteproyecto de las reglas de funcionamiento o de operación, se discuten y distribuyen en la primera sesión, pero previa a ésta, será necesario que el fiduciario realice entre otras las actividades siguientes:

a) Directorio.

Formará un directorio con los nombres, teléfonos y direcciones de oficinas y particulares de cada miembro del Comité.

b) Nombramientos.

Recabará las cartas que contengan los nombramientos de las personas físicas y morales que asistirán a las sesiones de Comité respectivas.

c) Confirmaciones.

Obtendrá carta de confirmación expresa, de la aceptación del cargo de las personas físicas o morales designadas como miembros del Comité.

d) Orden del Día.

El Orden del Día de la primera sesión, se elaborará previa consulta con los miembros propietarios y en su caso con los suplentes del Comité y las subsecuentes las elaborará el Secretario que se nombre para tal efecto.

e) Citatorios.

Citará por escrito o telefónicamente a los miembros propietarios del Comité, informándoles del contenido del Orden del Día, lugar fecha y hora de la propia sesión.

f) Recordatorios.

Confirmará con la debida anticipación por teléfono, fax, etc., la celebración y asistencia a la reunión.

g) Preparación de la reunión.

Entregará a los miembros, preferentemente antes de la reunión, los documentos básicos (ejemplar del contrato de fideicomiso, anteproyecto de las reglas de operación, información en general, etc.) que expliquen con claridad los alcances de sus derechos y obligaciones con relación al fideicomiso.

4.4.- Clasificación de las Sesiones.

Las sesiones de Comité se pueden clasificar de la siguiente manera:

- a) Sesión de instalación.
- b) Sesiones ordinarias.
- c) Sesiones extraordinarias.
- d) Sesiones de Subcomité Técnico.

a) Sesión de Instalación.

De acuerdo también con la práctica fiduciaria, la instalación formal se lleva a cabo en la primera sesión que celebran los miembros del Comité Técnico y normalmente se desarrolla de la siguiente manera:

- El fiduciario dará la bienvenida a los asistentes y explicará los alcances de las funciones y facultades, o sea las obligaciones y derechos del Comité para el cabal cumplimiento de los fines del fideicomiso.

- Proporcionará la documentación básica que requerirán para el desempeño de sus funciones.
- Pasará lista a los asistentes y presentará a cada miembro del Comité, propietarios y suplentes dando a conocer los datos generales, cualidades, capacidades y especialidades de cada uno de ellos.
- Declarará instalada la sesión si hubiere quórum necesario.
- Propondrá la designación de un Presidente y Secretario de actas y acuerdos.
- Dará lectura a los asuntos del Orden del Día de la sesión y solicitará su aprobación.
- Procederá a desahogar los puntos contenidos en el Orden del Día.

b) Sesiones ordinarias.

Las sesiones ordinarias se llevarán a cabo con la periodicidad que determine el Comité Técnico y en las mismas, se tratarán los asuntos normales de fideicomiso que no requieran una atención urgente o extraordinaria, las cuales ya serán atendidas por el Secretario nombrado por el Cuerpo Colegiado.

c) Sesiones extraordinarias.

Estas reuniones serán convocadas a solicitud expresa del Presidente del Comité o de cualquiera de sus miembros, cuando tengan que tratarse asuntos de trascendental importancia para el buen desarrollo de la actividad fiduciaria y tendrán verificativo en el lugar, día y hora que se convenga, previa conformidad de los miembros del Comité.

d) Sesiones de Subcomité Técnico.

Son aquellas sesiones especializadas en un tema o asunto en concreto, que no requieren de la asistencia de todos los miembros propietarios del cuerpo colegiado, sino aquellos miembros que tengan una injerencia directa en el tema o asunto a tratar.

Cabe señalar, que los acuerdos que emanen de este tipo de reuniones carecen de fuerza legal para la Institución Fiduciaria, la cual deberá obrar con la debida cautela y convocar a una sesión de Comité Técnico para avalar los acuerdos.

El objeto de estas sesiones o reuniones, es el de dirimir algunos problemas complejos que se le presentan a alguna de las partes relacionadas dentro del fideicomiso y proponer algunas soluciones que serán planteadas al cuerpo colegiado para su aprobación.

4.5.- Ventajas y Desventajas de su Constitución.

Antes de mencionar las ventajas y desventajas del Comité Técnico, es importante destacar que el Comité Técnico es un valioso Órgano Colegiado de asesoría y auxilio con que pueden contar las Instituciones Fiduciarias en el desempeño de algunos fideicomisos, pero como todo, también tiene su aspecto negativo.

Las principales notas negativas o desventajas del Comité Técnico, frente a la Institución Fiduciaria, podemos resumirlas como sigue:

- 1.- Puede interferir, invalidar e inclusive asumir las funciones y facultades que por Ley le asisten a la Institución Fiduciaria en la realización de los fines del fideicomiso.

- 2.- Puede diferir la toma de decisiones urgentes para la buena marcha del fideicomiso.

3.- Puede influenciar el ámbito de los fideicomitentes y de los fideicomisarios, respecto a una hipotética mala actuación de la Institución Fiduciaria por el simple hecho de que esta Institución se niega a acatar los acuerdos o dictámenes y en consecuencia pedir la remoción de fiduciario.

4.- Puede ser extremadamente rigorista en sus juicios respecto a la actuación del fiduciario.

5.- Puede favorecer en mayor medida de lo previsto a determinados fideicomisarios, enfrentando así a la Institución Fiduciaria con los fideicomisarios no favorecidos en igual medida.

6.- Puede distorsionar la interpretación de los fines del fideicomiso, los objetivos y propósitos.

7.- Puede favorecer a determinadas personas o empresas a las que, en su calidad de prestadores de servicios, el fiduciario deberá contratar para el logro de los fines perseguidos.

Ahora bien, dentro de las principales ventajas y atractivos de los Comités Técnicos, podemos incluir:

1.- Todas las desventajas de los Comités Técnicos vistas a contrario *sensu* que se convierten en ventajas y atractivos.

2.- Las funciones de asesoría y auxilio al fiduciario son de innegable valor y trascendencia cuando los miembros del Comité son personas conocedoras, honestas y aptas para el desempeño de las tareas que se le asignaron.

3.- El Comité Técnico puede orientar al fiduciario en la toma de decisiones motivadas por cualquier cambio imprevisto que afecten al fideicomiso, o bien a la

asunción de facultades no consideradas en el clausulado del contrato de fideicomiso, pero que son indispensables ejercitar para el buen logro de los fines del fideicomiso.

CAPITULO V

DEL FINANCIAMIENTO PARA LA EJECUCIÓN DE LA OBRA FUENTE DE PAGO

5.1.- Introducción.

Toda vez que el caso práctico que plantearemos en el capítulo siguiente de este estudio supone el otorgamiento de un crédito para atraer recursos que sirvan en la ejecución de los trabajos establecidos en un contrato de obra conforme a lo establecido en la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas para que los recursos que surjan de la ejecución de dichos trabajos sean utilizados como fuente de repago del crédito otorgado, para lo cual se constituiría un fideicomiso de administración, fuente de pago y garantía para la correcta administración del patrimonio fideicomitado conformado por los pagos que provengan de la ejecución del contrato, he considerado importante el establecer los lineamientos generales de un crédito y de la forma en que se puede entender un financiamiento en general, para lo cual a continuación haré una remembranza con el objeto de ubicarnos en este aspecto que en este ejemplo da vida al fideicomiso, ya que con éste se otorgará seguridad jurídica a la institución crediticia que otorgue el financiamiento para la ejecución de la obra.

5.2.- Del crédito y del Financiamiento.

El concepto crédito proviene de la raíz latina *creditum*, que significa tener confianza, tener fe en algo. En el sentido moral, crédito es la buena reputación que tiene una persona. En sentido jurídico, crédito indica el derecho subjetivo que deriva de cualquier relación obligatoria y se contrapone al débito que incumbe al sujeto pasivo de la

relación. En sentido económico jurídico significa cuando en una relación de dar o poseer existente entre dos sujetos, se dé en un primer tiempo para recobrar, después en un segundo tiempo, lo que se ha dado. Desde una perspectiva económica de capacidad para obtener un crédito, Henry Black lo define como "la capacidad para obtener un préstamo como consecuencia de la opinión favorable que tenga el prestamista sobre la solvencia y antecedentes crediticios de un negocio o persona".³⁵

No obstante que podemos dar y mencionar un sin fin de definiciones de crédito, Joaquín D. Casasus nos dice (según consideramos, que lo asevera por sus infinitas formas de aplicación, usos y formas que se le han dado a través de la historia de la humanidad) que "El crédito es de imposible definición. Después de haber causado tantos desastres, y de haber hecho a las sociedades modernas tan numerosos beneficios, todavía se presenta como esfinge indescifrable ante la admiración del mundo. El crédito es como una de las fuerzas misteriosas de la naturaleza, cuyos efectos palpamos, y cuya última esencia se oculta a nuestras miradas y se revela ante nuestras investigaciones atrevidas."³⁶ Creemos acertada la perspectiva desde la cual Casasus aprecia al crédito por las consecuencias que trae consigo e, de su percepción vemos que la forma de visualizar el crédito hace más de 100 años continua siendo la misma que a la fecha tenemos.

Respecto al financiamiento, se define como la acción o efecto de financiar.

Al respecto es importante señalar que para muchos especialistas financieros, los conceptos financiamiento y crédito son sinónimos. Para otros, el término financiamiento es el género y el concepto crédito es la especie, la razón que dan, es que en el financiamiento puede no intervenir el dinero mientras que en el crédito sí. Ejemplificando lo anterior podemos mencionar lo siguiente: Un proveedor cobra a 90 días su mercancía; en este caso está dando un financiamiento, ya que no hay dinero de

³⁵ Cfr. BLACK, Henry Campbell, "Black's Law Dictionary", Sexta Edición, Editorial West Publishing Co., Estados Unidos de América, 1990, Pág. 367

³⁶ CASASUS, Joaquín Demetrio, Teoría General del Crédito, Impresión de la Secretaría de Fomento, México, 1890, p. 4.

por medio. A diferencia del caso concreto en el que el banco presta recursos monetarios a una persona determinada, supuesto en el hablaríamos de crédito.

Conviene citar de nuevo a Casasus por su precisión en la apreciación de la circulación del crédito y por la visión que le da a éste como apoyo al desarrollo de capitales. Al efecto él cierra la parte respectiva de su estudio relativa al concepto de crédito diciendo “El crédito no tiene por objeto crear la riqueza ó producirla, ni por efecto mágico centuplicar los capitales con solo multiplicar las diversas formas que pueden revestir; ni siquiera puede considerársele como uno de los elementos esenciales o varios que concurren a la producción. Obrando sobre un capital ya creado y existente, teniendo por base una riqueza de antemano apropiada y acumulada, puede apreciársele como un elemento accidental que facilita el uso y mayor empleo de los capitales, ya haciendo que circulen con mayor rapidez, ya operando la transformación en virtud de la cual vuelven a la circulación los que ya están separados de ella e imposibilitados para concurrir activamente a la producción.”³⁷

El mismo Casasus cita a Cieszkowski en referencia a su obra *“Du crédit et de la circulation”*, p. 11, en los siguientes términos “La concepción de Cieszkowski es clara, precisa y determina la verdadera función que le corresponde al crédito: transformar los capitales no disponibles en capitales circulantes, acrecentando la masa general de los elementos que concurren a la producción para hacer más activa y más eficaz la reproducción de la riqueza.”³⁸

Verdaderamente parece atinada la percepción del crédito que nos plantea Cieszkowski, y es que con unas cuantas palabras sencillas se refiere a toda la intención y objeto del crédito describiéndolo como aquel que transforma capitales no disponibles en capitales circulantes, es decir, aquel concepto de que el crédito genera riqueza mediante la transferencia (circulación) del capital de quien lo tiene a quien lo necesita, está

³⁷ CASASUS, Joaquín Demetrio, *Teoría General del Crédito*, Impresión de la Secretaría de Fomento, México, 1890, p. 5.

³⁸ CASASUS, Joaquín Demetrio, *Teoría General del Crédito*, Impresión de la Secretaría de Fomento, México, 1890, p. 6.

plasmado en la idea de Cieszkowski. Consideramos que este concepto de circulación es una de las bases para otorgarle a los títulos de crédito la característica y elemento inseparable y necesario de tener la posibilidad de circular, ya que esa es precisamente la función del crédito y por tanto también lo deben ser los documentos que lo hacen constar como son los propios títulos de crédito.

5.3.- De las fuentes de financiamiento.

En lo que se refiere a las fuentes de financiamiento, podríamos mencionar que éstas siempre serán clasificadas en base a la forma de obtención del financiamiento, al destino que se le otorgará al crédito, a las necesidades que buscará satisfacer y por último al tipo de crédito; mismo que especificamos a continuación:

5.3.1.- Tipos de financiamiento:

a) Financiamiento interno, son los que generan las propias empresas:

1. Utilidades retenidas.
2. Cargos a resultados por depreciaciones y amortizaciones.
3. Emisión de nuevas acciones.

b) Financiamiento externo:

A corto plazo:

1. De bancos (préstamos directos y descuentos, entre otros).
2. Anticipos de clientes, proveedores, acreedores y cesión de papel, entre otros.

Carlos Gilberto Villegas define al crédito a corto plazo como aquel que “conceden los bancos comerciales y que oscilan en plazos no superiores a un año.”³⁹

Dependiendo del destino del crédito:

³⁹ VILLEGAS, Carlos Gilberto, “El Crédito Bancario (Actividad Práctica Bancaria)”, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1988, p. 10.

- a) Financiamiento de activos circulantes inventarios y cuentas por cobrar entre otros. Créditos que se consideran a corto plazo.
- b) Financiamiento de activos fijos. Considerados a mediano o largo plazo.
- c) Financiamiento para consolidación de pasivos. Generalmente son a mediano o largo plazo.

El mismo Carlos Gilberto Villegas define al crédito a mediano y largo plazo; el primero como "aquel que generalmente resulta en complemento de un crédito a largo plazo, y que otorgan los bancos de inversión, agrícolas e hipotecarios, en plazos que no excedan de cinco años" y al segundo lo define como aquel que "es el destinado a financiar emprendimientos industriales o vinculados con la vivienda. Los plazos son superiores a los cinco años, pudiendo ser de hasta treinta o más años."⁴⁰

Atendiendo al número de necesidades:

- a) Financiamiento aislado.
- b) Paquete de financiamiento.

Atendiendo al tipo de crédito:

- a) Para financiar operaciones en tránsito. (Remesa)
- b) Para financiar operaciones no definidas (Créditos directos) presupone que el financiamiento se utiliza para la adquisición de activos circulantes o para el pago de pasivos a corto plazo.
- c) Para el financiamiento de venta.
- d) Para el fomento o desarrollo industrial. (Préstamos de habilitación, refaccionarios e hipotecarios entre otros).
- e) Para el fomento del comercio exterior. (Créditos comerciales, descuentos y directos entre otros)
- f) Para la distribución (Prendarios)
- g) Para la construcción o adquisición de viviendas y edificios. (Créditos hipotecarios)

⁴⁰ VILLEGAS, Carlos Gilberto, "El Crédito Bancario (Actividad Práctica Bancaria)", Editorial De Palma, Buenos Aires, 1988, p. 10.

- h) Para el consumo (Préstamos personales, tarjetas de crédito)
- i) Para servicios de caja.

De todo lo anterior se desprende un sin número de posibilidades para la materialización de un financiamiento por medio del otorgamiento de un crédito. Lo cual sin lugar a duda obliga no solo al inversionista, sino también al banquero a definir de forma clara y específica cuáles son las necesidades reales del proyecto a financiar. Proceso que podemos concluir con la respuesta a las siguientes interrogantes:

1. ¿Para qué se requiere el crédito?
2. ¿Cómo se pagará?
3. ¿En qué plazo se pagará?
4. ¿Cuáles son las garantías?

5.4.- Reglamentación Bancaria Interna para el Otorgamiento de Créditos.

"La actividad bancaria moderna es dinámica, específicamente en lo que a crédito se refiere. Otorgar créditos y recuperarlos es toda una especialidad, que no solo necesita del conocimiento de la reglamentación crediticia y de los instrumentos idóneos para el financiamiento, sino de toda una serie de estrategias adecuadas"⁴¹

Todo banco moderno tiene reglamentaciones internas propias, que no son otra cosa que el *modus operandi* de la actividad crediticia. Esta forma de minimizar riesgos, debe lograrse mediante un respeto absoluto a la ley bancaria y a todas las demás leyes que tengan relación con las operaciones de crédito y a las circulares que emita el Banco de México y la Comisión Nacional Bancaria, así como apeguándose a los usos y costumbres bancarias.

⁴¹ VILLEGAS H., Eduardo y ORTEGA O., Rosa María, "El Nuevo Sistema Financiero Mexicano" Editorial Pac, Tercera reimpresión, México, 1992, p. 67.

La reglamentación interna requiere de una normatividad de acuerdo a circunstancias y a problemas de época y la eficacia de esas normas está sujeta a que sean aplicables en la práctica.

Carlos Gilberto Villegas nos propone que los directorios y consejos de administración de cada banco deben determinar las políticas de crédito con la cual se van a regir sus entidades y nos menciona que "Un banco debe tener su política de crédito, fijando qué magnitud y qué tipo de préstamos deben hacerse, a qué personas, en qué circunstancias y bajo qué condiciones." ⁴²

Respecto al análisis y estudio que deben realizar las Instituciones Financieras, lo podemos resumir de la siguiente forma:

Finalidad (Destino del crédito):

1. ¿Satisfacer los requisitos legales?
2. ¿Se destinará a fines especulativos?
3. ¿Se utilizará para satisfacer una necesidad económica?

Plan de pago (Capacidad de pago):

1. ¿Será necesario liquidar activos para efectuar el pago?
2. ¿Se solicita un plazo demasiado largo?
3. ¿Es y será suficiente el flujo de efectivo para realizar el pago?

La garantía:

1. ¿Tiene un buen mercado?
2. ¿Es fácilmente negociable?
3. ¿Proporciona un margen suficientes?

Los informes:

⁴² VILLEGAS, Carlos Gilberto, "El Crédito Bancario (Actividad Práctica Bancaria)", Editorial De Palma, Buenos Aires, 1988, p. 13.

1. ¿Son completos y confiables?
2. ¿Existen demasiadas deudas?
3. ¿Obtiene el cliente utilidades suficientes?

Relación cliente banco:

1. ¿Trabaja con muchos bancos?
2. ¿Son razonables sus depósitos?
3. ¿Hay experiencia satisfactoria?

Del conjunto de preguntas anteriormente expuestas, se deduce, sin lugar a duda, que de su respuesta afirmativa, el banco tendrá la confianza, más no la certeza, de que el crédito solicitado será una buena inversión a un bajo riesgo, ya que el mismo jurídicamente cuenta con una serie de seguros que en caso de incumplimiento los intereses de la Institución Financiera se mantendrían a salvo.

5.5.- Del Contrato de Apertura de Crédito.

El contrato de apertura de crédito es aquel mediante el cual un sujeto acreditante se obliga a poner a disposición de otro acreditado una determinada cantidad de dinero, o bien a contraer, durante ese tiempo, una obligación a su nombre.

Respecto a lo anterior, es importante destacar que la materialización de la apertura de crédito será por medio de un crédito simple o de cuenta corriente, lo anterior dependiendo de la naturaleza misma del crédito, la cual dependerá de las limitantes que existan en el tiempo de vigencia del mismo y en la posibilidad que otorgue para realizar cargos y abonos al contrato.

El mismo Villegas nos da ciertos elementos que deberán estar contenidos en los contratos de crédito como requisitos mínimos a ser contemplados para dar certeza y

seguridad jurídica al acreedor y lo hace diciendo que son tres tipos de cláusulas a saber:

“a) Declaraciones sobre hechos esenciales.- que se emiten respecto de ciertos hechos relevantes del crédito, del contrato y del deudor, es decir, lo que en derecho anglosajón se denomina como “*representations and warranties*”, esto es, una manifestación expresa o implícita hecha por una de las partes a la otra.”⁴³

Este tipo de declaraciones sirven para asegurar la veracidad de las manifestaciones que se hacen y que ayudan a la institución prestamista a decidir si otorga o no un crédito y que en la práctica vemos que tienen relación directa con el delito consistente en hacer manifestaciones o declaraciones falsas a una entidad financiera con el objeto de obtener el otorgamiento de un crédito y que está tipificado en la fracción I del artículo 112 de la Ley de Instituciones de Crédito. No solo en México encontramos consecuencias jurídicas estrictas e incluso penales sobre este tipo de declaraciones falsas, sino también en países como Canadá y Estados Unidos de Norteamérica, en este último las disposiciones de la “*Blue Sky Law*” y de la “*Securities Act of 1933*” aplicable a las emisiones de deuda pública y las de la “*Securities and Exchange Commission*”, así como las diversas regulaciones estatales, son muy severas en las penalizaciones y castigos que imponen por falsedad o engaño al o a los acreedores, más aún en el caso de deudas de carácter público, es decir que se emiten frente al público en general en los mercados de valores.

La propia “*Securities and Exchange Commission*” en su sitio en Internet se refiere a la ley de “*Securities Act of 1933*” como aquella comúnmente conocida como “*the truth in securities*”, es decir, “la verdad en títulos de deuda” y continúa diciendo que la referida ley tiene dos principales objetivos: requerir que los inversionistas reciban información significativa en relación con los títulos de deuda que se ofrecen a la venta al público y

⁴³ VILLEGAS, Carlos Gilberto, “El Crédito Bancario (Actividad Práctica Bancaria)”, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1988, p. 175.

prohibir la falsedad en declaraciones y otra clase de fraudes o engaños en la venta de los dichos títulos.⁴⁴

Se conocen muy diversos casos, tanto en nuestro país como en Estados Unidos y en el resto del mundo, donde se han hecho manifestaciones por empresas o empresarios impropias, falsas o engañosas para obtener financiamientos con consecuencias jurídicas severas para sus accionistas y sus directivos.

Continua Villegas diciendo en cuanto al clausulado que deberá ser incluido en los contratos de crédito "b) Obligaciones del cliente, especialmente las que contienen cláusulas "*pari passu*" o "*negative pledge*" referidas a que el prestatario no otorgará a otros bancos o acreedores mayor preferencia que la que corresponde al banco prestamista, salvo los casos de créditos con garantías prendarias o hipotecarias y que en nuestro derecho se traducen en la obligación del cliente de no contraer deudas privilegiadas sin el aviso previo al banco (sic. yo diría sin el consentimiento previo y por escrito otorgado por el banco acreedor), o aquellas obligaciones de comunicar al banco cualquier modificación de importancia en su patrimonio". En todo caso el acreedor debe asegurarse que el posicionamiento de su derecho o crédito es el más adecuado o cuando menos de igual preferencia frente a otros acreedores del propio deudor.

Adiciona Villegas en cuanto a este mismo tema de contenidos en el contrato de crédito "c) Cláusulas resolutorias, que sirven para el caso de que el cliente prestatario no cumpliera con alguna de sus obligaciones o faltara a la verdad en alguna de sus declaraciones, de modo de producir la caída o aceleramiento del crédito, haciendo exigible el total del préstamo"

Existen algunas otras cláusulas no menos importantes como lo son disposiciones para el destino del crédito, no tenencia o disposición de activos financieros líquidos, autorización para debitar las obligaciones de pago del deudor en su cuenta corriente o de cheques, autorización para compensar el crédito en favor del banco con cualquier

⁴⁴ Sitio Internet.- <http://www.sec.gov/about/laws.shtml>

crédito que el cliente tenga en la entidad, previsión de la vía ejecutiva para la cobranza judicial del crédito, posibilidad de incorporar cualquier otra cláusula que el banco estime conveniente según la necesidad específica del caso particular.”⁴⁵

5.5.1.- Contrato de Apertura de Crédito Simple.

Es el contrato por medio del cual el acreditante pone a disposición del acreditado una cierta cantidad de dinero durante un tiempo determinado, durante este lapso el acreditado podrá exigir cuantas entregas parciales desee hasta agotar el monto pactado o bien pedirlo de una sola vez. Si cumplido el plazo el acreditado solicitó solo una parte del monto autorizado, ya no podrá utilizar la parte restante, porque el plazo durante el cual el acreditante estaba obligado, feneció. A la inversa, en caso de que el acreditante disponga de la totalidad del monto antes del vencimiento del plazo; ya no se podrá disponer de un peso más, en virtud de que el acreditante estaba obligado solo por esa cantidad.

El crédito simple, termina cuando se agota la cantidad puesta a disposición, o cuando expira el tiempo durante el cual existía obligación de ponerlo a disposición; lo que suceda primero.

5.5.2.- Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 296 establece lo siguiente: "La apertura de crédito en cuenta corriente da derecho al acreditado a hacer remesas, antes de la fecha fijada para la liquidación, en reembolso parcial o total de las disposiciones que previamente hubiere hecho, quedando facultado, mientras el contrato no concluya, para disponer en la forma pactada del saldo que resulte a su favor".

⁴⁵ VILLEGAS, Carlos Gilberto, "El Crédito Bancario (Actividad Práctica Bancaria)", Editorial De Palma, Buenos Aires, 1988, p. 177.

La diferencia con el crédito simple es que aunque el término permanece invariable, faculta al acreditado, conforme vaya haciendo uso del dinero puesto a disposición, lo puede ir regresando en remesas parciales, de forma que aunque disponga de parte del monto, el límite máximo nunca se agote.

5.6.- De la Garantía.

Con relación al tipo de proyectos de inversión que nos ocupa, es importante destacar que debido al monto del crédito requerido para la materialización del mismo, se requerirá de un complejo esquema de garantías, en el cual se podrán incluir tanto hipotecarias como prendarias y fiduciarias (como le es el caso práctico que en el siguiente capítulo manejaremos), lo que se podrá entender de un manera más sencilla como garantía mixta.

La pauta para este tipo de garantías la indicará el proyecto de inversión, mismo que en la mayoría de los casos será la primer garantía, de igual forma se pueden incluir garantías personales, cartas de crédito, títulos de crédito, avales, fianzas, maquinaria, bienes inmuebles, entre otros. Lo anterior para garantizar al acreditante del crédito en una proporción de 2 a 1 preferentemente, ya que para cada caso en particular dependiendo del cliente, del riesgo, de las políticas del banco de los factores económicos, entre muchos otros la proporción de garantía podrá variar.

Se trata de créditos cuyo fin es el fomento de negocios comerciales, industriales, agrícolas o ganaderos, con garantía real de inmuebles o sobre explotaciones comerciales, garantía que siempre deberá estar en primer lugar a favor de la Institución Financiera otorgante del crédito.

En este tema de garantía de obligaciones crediticias es donde podemos apreciar la amplia utilidad del fideicomiso de garantía que en la actualidad representa una parte

muy importante dentro de los departamentos fiduciarios de las Instituciones Crediticias. Ya lo dice Eduardo Álvarez en su calidad de subdirector de Banamex que "Esta operación ha tendido a sustituir con algunas ventajas a operaciones tradicionales por medio de las cuales se constituyen gravámenes para garantizar obligaciones, tales como la hipoteca y la prenda."⁴⁶

En este caso, los bienes fideicomitados por el fideicomitente salen de su patrimonio para quedar a disposición del fiduciario quien deberá administrarlos y actuar según lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso y sus modificaciones, con lo que el fideicomisario recibe importantes ventajas como son el hecho de contar con garantías reales y que éstas permanecerán durante la vida del derecho que tiene contra el fideicomitente (o su acreedor respaldado por el fideicomitente), también el hecho de que los bienes fideicomitados salen del patrimonio del fideicomitente y si por alguna circunstancia no se liquidare el adeudo, el fideicomisario podrá solicitar el procedimiento de ejecución que es más ágil que los establecidos en la ley para las hipotecas y prendas.

En la práctica, y muchos autores así lo consideran, existen tres clases de fideicomisos conformados por los de inversión, de administración y de garantía, estos dos últimos contemplan el caso que nos ocupa y son los que brindan una posibilidad real de garantizar un financiamiento, ya que dan la seguridad jurídica al acreedor o prestamista de que los bienes asignados y fideicomitados por el fideicomitente como garantía de su derecho consistente en la acción de recuperar el monto del préstamo, están siendo administrados y custodiados (desde una perspectiva estrictamente jurídica) por el fiduciario, quien debe de actuar, como ya hemos visto como un buen padre de familia.

Supongamos que al otorgar un crédito la institución bancaria pretenda que adicionalmente a que se le otorgue como garantía un bien inmueble en hipoteca, desee que los productos de las rentas que se cobren por dicho inmueble sirvan como fuente

⁴⁶ BANCO NACIONAL DE MÉXICO, S.A., "El Fideicomiso en México y su viabilidad en España", Jornadas de Estudio Organizadas por Banco Nacional de México y Banco Bilbao, Madrid, 1979, p. 83.

de pago de las parcialidades del crédito, para esto la institución financiera necesitaría solicitar al fideicomitente (deudor) encomendarle el cobro de esas rentas a un tercero en el que el prestamista tenga confianza ya que no tendría seguridad al asignarle esa tarea al propio fideicomitente, por lo que, para salvar esa incertidumbre se constituye un fideicomiso de garantía (sobre el inmueble) y de administración (para el cobro de las rentas y manejo de la propiedad). Al efecto es importante ver en qué consisten cada uno de estos fideicomisos y al efecto consideramos las definiciones que nos da Luis Muñoz y Rodríguez y Rodríguez como las más precisas para el ejemplo que estamos tomando en este caso particular y en las cuales se pone de manifiesto el sentido de los mismos.

Muñoz define el fideicomiso de administración como aquel en el cual “el fideicomitente transfiere bienes inmuebles (que también podrían ser muebles, Vg. dinero) al fiduciario para que éste se encargue de celebrar contratos de arrendamiento; cobrar rentas; mover juicios de desahucio o lanzamiento, pagar impuestos que gravan la propiedad, etc. en interés del fideicomisario.”⁴⁷

Estas situaciones que menciona el Dr. Muñoz de administración de la propiedad no las podemos obtener de una hipoteca donde no están en posibilidad de asegurarse, ya que el propietario y deudor del inmueble, en lugar del fiduciario, estaría captando las rentas y realizando los actos inherentes a la propiedad del inmueble y en el supuesto que planteábamos en párrafos anteriores, el acreedor espera que los frutos o rentas del inmueble se utilicen como fuente de repago del crédito otorgado y no solo que el inmueble sirva como garantía ejecutable como es el caso de la hipoteca. He aquí una funcionalidad adicional que nos otorga el fideicomiso comparativamente con la garantía hipotecaria.

Esta forma de garantizar financiamientos no es un concepto nuevo y se ha venido utilizando en México a través del tiempo, el mismo Muñoz nos indica que “el fideicomiso

⁴⁷ MUÑOZ, Luis, “El Fideicomiso”, Cárdenas Editores y Distribuidores, Segunda Edición México, 1980, p. 435.

de garantía fue utilizado inicialmente por las instituciones autorizadas para celebrar negocios con el fin de garantizar ante sí mismas los préstamos que concedía su departamento de crédito.”⁴⁸

Para Rodríguez y Rodríguez “el llamado fideicomiso de garantía no solo existe en la práctica sino que es un concepto legal (artículo 26, fr. IV, de la Ley de Instituciones de Crédito), y diversas disposiciones de la Ley Bancaria se refieren a él (artículo 28, frac. III, 36, frac. A) último párrafo) por ejemplo, y el oficio circular Núm. 1327-46 de 2 de febrero de 1948, de la Comisión Nacional Bancaria, etc.”⁴⁹

En la actualidad, de igual forma, podemos apreciar diversas disposiciones a este respecto en la Ley de Instituciones de Crédito, y diferentes disposiciones generales de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores en las cuales se menciona y regulan ciertas condiciones en relación con el fideicomiso de garantía.

5.7.- De la Instrumentación Jurídica del Financiamiento.

5.7.1.- Formalidades.

En lo referente a estos tipos de créditos, la ley no señala mayores formalidades, lo cual no hace concluir en que solo se requiere las formalidades de un contrato privado. Aunque es importante destacar que los usos bancarios, cuando se trata de macro financiamientos prefieren elevar los mismos a escritura pública inscritas en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio (R.P.P.C), lo anterior con la finalidad de dar seguridad jurídica al acto de que se trata.

⁴⁸ MUÑOZ, Luis, “El Fideicomiso”, Cárdenas Editores y Distribuidores, Segunda Edición México, 1980, p. 436.

⁴⁹ RODRÍGUEZ y Rodríguez, Joaquín, “El Fideicomiso. Esquema sobre su naturaleza, estructura y funcionamiento”, Revista Jus, No. 94 Mayo de 1946, p. 46.

5.7.2.- Garantía.

En lo que se refiere a las garantías del crédito, éstas pueden ser prendarias, hipotecarias, fiduciarias. En el caso que más adelante examinaremos se trata de garantía fiduciaria, la cual deberá sujetarse a las formalidades a que hemos hecho referencia en el capítulo respectivo de este trabajo y también debe reunir las características que se han plasmado en el presente trabajo.

5.7.2.1.- Ejecución del Fideicomiso.

El fideicomiso de garantía se compone de lo que podríamos llamar dos elementos por separado. El primero es el del fideicomiso por sí mismo, y el otro es el del mecanismo de garantía. El fideicomiso es constituido de acuerdo a los principios generales del fideicomiso y el esquema de garantía es generalmente similar al hipotecario sobre bienes inmuebles, sin embargo la garantía constituida bajo un esquema fiduciario puede comprender cualquier bien, para lo cual remitimos al lector al punto 2.5 de este estudio, como es en el caso práctico que tomamos en el siguiente capítulo donde la garantía realmente son los fondos que recibe el fideicomiso y que el fiduciario administra en beneficio de los fideicomisarios, que en este caso el banco acreedor sería el primer fideicomisario y en su caso, el deudor, podría ser el segundo beneficiario recibiendo los excedentes después de haber pagado las cantidades correspondientes al acreedor.

Sin duda la garantía fiduciaria brinda inmejorables condiciones (en la ley mexicana) de seguridad al acreedor ya que es posible ejecutarla, cuando menos en teoría, sin tener que demandar su cumplimiento judicialmente, ya que como hemos visto, el Fiduciario es el titular de los bienes y se le encarga realizar las obligaciones y derechos expresamente conferidos a las partes (Así lo establece la tesis jurisprudencial A.D. 45/77, informe 1977, segunda parte, Pág. 36.- Fideicomiso, no es necesaria la intervención de un órgano jurisdiccional para la realización del fin). Otra tesis similar establece que toda vez que el Fideicomiso transmite la propiedad (fiduciaria) al

Fiduciario, éste está obligado a vender los bienes cuando el fideicomitente incumple sus obligaciones garantizadas y los recursos que se obtengan con la venta serán para el fideicomisario (A.D. 45/77, Sala Auxiliar, Séptima Época, volumen semestral 97-102, Séptima Parte, página 107.- Fideicomiso de Garantía, concepto de.)

La ejecutabilidad del fideicomiso a que nos referimos en el párrafo anterior es independiente de las defensas que pudieran existir para defender el patrimonio fideicomitado, como podría ser la aparente violación a la garantía de audiencia plasmada en nuestra Constitución, de donde podría derivar la defensa de que el deudor debió haber sido oído y vencido en juicio para lograr ejecutar el fideicomiso, no obstante lo anterior, considero que es una de las formas de garantizar un adeudo más eficientes que existen en nuestro derecho.

Tal pareciera que el fideicomiso de garantía es un instrumento que reduce el involucrar a los juzgados para la resolución de controversias o ejecución de garantías, sin embargo en la práctica el fideicomiso ha creado más litigios de lo que uno podría anticipar, y en ocasiones pudiera ser más difícil, costoso y tardado el obtener la ejecución mediante un Juicio Ejecutivo Mercantil. Por ejemplo, el fideicomiso puede crear un análisis legal sobre si la ejecución por el fiduciario fue voluntariamente aceptada por las partes, o bien fue una estipulación de adhesión; lo que además origina la controversia que se ha planteado por diversos autores basada en tres teorías a saber: 1) el hecho de que el fideicomiso de garantía tiene un propósito o un fin de carácter jurídico, tal como lo señala el artículo 346 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito; 2) si el fideicomiso de garantía es un mecanismo por el cual se transmite temporal o totalmente la propiedad de un bien; y 3) si es posible para el Fiduciario actuar como un ente judicial cuando no lo es.

5.7.2.2- El Fideicomiso como instrumento de Garantía.

La mayoría de las transacciones por las cuales se establece un fideicomiso de garantía contemplan el gravamen sobre bienes inmuebles, no obstante esto no excluye el uso de garantías sobre otro tipo de bienes, como en el caso que analizamos en el siguiente capítulo donde el bien fideicomitado son derechos de cobro, es decir, los recursos que provendrán de la ejecución de un servicio determinado. En otra clase de bienes muebles, se crearía el mismo problema que se tiene en la prenda mercantil, lo cual analizaremos a continuación.

Primero, el fideicomiso de garantía constituido en atención a bienes muebles ocasionará que éstos se pongan a disposición del fiduciario entregándole la posesión de los mismos, lo anterior, en efecto, es equivalente a la entrega requerida por la prenda y no se formalizará en situaciones donde el deudor requiera la posesión de los bienes como lo puede ser en el financiamiento de inventarios o de equipo de manufactura. Alternativamente los fideicomisos de garantía sobre bienes inmuebles deben inscribirse en el Registro Público y por su parte no existe disposición que indique que el fideicomiso que recaiga sobre bienes muebles deba ser inscrito, por lo tanto nos encontramos con el hecho de que el gravamen que recae sobre los bienes muebles sea una carga que no surta efectos frente a terceros en caso de que no se inscriba, por lo que el registro de esta clase de fideicomisos es recomendable.

La estructuración jurídica de un financiamiento donde se contemple un fideicomiso como medio de garantía es muy aceptada por abogados mexicanos y extranjeros que evalúan el riesgo y la cimentación jurídica del otorgamiento de un crédito, ya que la mayoría de los juristas recomiendan su aplicación en diversas clases de préstamos y sobre todo, particularmente en el tipo de financiamiento como el que es objeto del presente estudio y que más adelante analizaremos a detalle. Incluso fuera de nuestro país se reconoce la figura jurídica del fideicomiso mexicano como un instrumento factible y confiable.

Así lo podemos apreciar en diversos comentarios de entidades extranjeras que encontramos y en particular me refiero a uno de ellos que habla del fideicomiso

mexicano como una institución incluso semejante a la que se utiliza en países de derecho consuetudinario como lo es Estados Unidos o Inglaterra y una vez traducida esta percepción dice: "México disfruta de algunas ventajas para moverse hacia un mercado hipotecario desarrollado. Su proximidad a Estados Unidos y su membresía en el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica, le han dado ímpetus a la necesaria renovación de sus leyes civiles y mercantiles para facilitar el comercio internacional. México también es uno de los pocos países de leyes civiles donde el concepto legal de fideicomiso se ha desarrollado para ser comparado con aquel que se encuentra en los países de leyes consuetudinarias."⁵⁰

En conclusión, considero que el fideicomiso de garantía es una alternativa práctica, ya que transmite y encomienda al Fiduciario la ejecución de la garantía, de todas formas, es recomendable que las partes expresen su consentimiento muy claramente en este sentido, confiriendo este derecho e incluso obligación a cargo del Fiduciario.

⁵⁰ Sitio de Internet.- <http://www.firstam.com/faf/html/news/lawrept/lr970801.html>. PALLI, José Manuel, Developing Real Estate Markets in Latin America - A Bigger Role for Title Insurance?, The First American Corporation, Abril 2001.

CAPITULO VI

CASO PRÁCTICO; FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN, FUENTE DE PAGO Y GARANTÍA DE OBLIGACIONES CREDITICIAS

6.1.- Introducción.

Es importante señalar el objeto del financiamiento aplicado a un caso concreto para colocar al lector en el aspecto práctico que pueda ayudar a comprender mejor la intención del crédito que se estaría garantizando mediante el nacimiento de un fideicomiso de administración y garantía, lo cual hago en los siguientes términos y bajo los supuestos a continuación señalados.

Supongamos que a la empresa "A" (a la que en este capítulo nos referiremos como deudora o contratista) le ha sido asignada la ejecución de una obra pública por la cual se construirán diversas instalaciones para la explotación y extracción petrolera, para lo cual colocamos al lector en el muy específico supuesto de que dicha empresa ha obtenido la adjudicación de la obra de la empresa paraestatal Petróleos Mexicanos, para lo cual tuvo que haber participado en una licitación que según la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas la empresa concursante deberá demostrar la capacidad financiera, así como el flujo de recursos que sean suficientes y necesarios para ejecutar la obra licitada, lo que se conoce como la propuesta financiera, que pudiera traducirse en la fortaleza económica para el desarrollo de los trabajos, o bien la capacidad para ser sujeto de crédito ante una institución financiera, asegurando así la materialización de la obra objeto de la licitación.

6.2.- Esquema Jurídico

6.2.1.- Requisitos para implementarlo.

Una vez satisfecho el requisito de seguridad financiera para la ejecución de la obra y teniendo la asignación de la licitación, es obligación del particular asignado empezar con la elaboración de los trabajos contratados en la fecha previamente establecida, para lo cual requerirá de los recursos necesarios para iniciar la obra, los cuales en nuestro caso práctico supondremos que la empresa A los obtendrá de una institución financiera a través de un crédito.

Los pagos a que Petróleos Mexicanos se comprometió en el contrato de obra pública respectivo servirán como fuente de repago del crédito que sea otorgado para el desarrollo de los trabajos contratados, de hecho, de no existir tal garantía, la institución financiera nunca otorgaría un crédito, por lo que podemos entender que una de las mayores preocupaciones del banco serán las de asegurar la forma en que la empresa le irá saldando el monto de capital e intereses derivados del crédito.

En el caso concreto que estamos analizando es fundamental para el banco acreedor asegurar jurídicamente la estructura de la transacción que permita allegarse del flujo de efectivo proveniente del contrato de obra para que éste sirva como fuente de pago del crédito y se vayan haciendo las amortizaciones periódicas de capital y los pagos mensuales de interés, pero no solo eso, sino que también dicho esquema, deberá contemplar que fluyan recursos suficientes para que la empresa deudora y contratista esté capacitada económicamente para ejecutar la obra recibiendo también parte de los fondos excedentes después de que se lleven a cabo las amortizaciones,

reservas y pagos en relación con el crédito que servirán para adquisición de materia prima, sueldos, impuestos, seguros, etcétera.

En este caso la figura del fideicomiso nos brinda múltiples oportunidades para estructurar y resolver los problemas jurídicos a que somos sometidos los abogados, ya que, como se ha dicho, los límites del fideicomiso llegan hasta donde la mente humana pretenda llegar, por lo que en el supuesto que hemos manejado sería recomendable establecer un fideicomiso de administración y garantía por el cual se le dé el manejo adecuado a los recursos que provienen de los pagos que Pemex hará en los términos del contrato de obra respectivo asegurando al acreedor y al mismo acreditado que el crédito va a ser pagado según lo pactado y que existirán los recursos necesarios para la ejecución exitosa de la obra lo cual interesa no solo al contratista y deudor, sino al mismo banco, ya que de no existir o de no ejecutarse el contrato de obra, su fuente de pago se vería mermada e incluso pudiera verse perdida por completo.

Siguiendo el esquema del caso práctico que se analiza, se recomendaría constituir un fideicomiso de administración y garantía ante una institución fiduciaria facultada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. En dicho fideicomiso, el fideicomitente será la empresa contratista y deudora aportando al patrimonio del fideicomiso los derechos de cobro de que es titular derivados del contrato de obra con Pemex, el fideicomisario en primer lugar sería el banco que otorgó el crédito y el fideicomisario en segundo lugar sería el mismo fideicomitente, es decir la empresa deudora.

La propia versatilidad de la institución jurídica del fideicomiso nos permitiría establecer tantos fideicomisarios como quisiéramos para garantizar por ejemplo algunas otras deudas, para pagar las primas de los seguros y fianzas que se hayan establecido tanto en el contrato de crédito respectivo como en el contrato de obra pública, y podríamos implementar una infinidad de variables dentro de la misma estructura fiduciaria, claro, con el consentimiento principalmente del acreedor que hizo el préstamo

a la empresa contratista o fideicomitente dentro del fideicomiso que aquí ejemplificamos.

Una vez establecido el fideicomiso se tendría que celebrar un Contrato de Cesión de Derechos de Cobro entre la contratista y deudora, en calidad de cedente, y el fiduciario, por cuenta y orden del fideicomiso, en su carácter de cesionario, por medio del cual la contratista otorga una cesión de sus derechos al cobro que se derivan del contrato de obra pública.

Previo a la suscripción del Contrato de Cesión de Derechos de Cobro antes mencionado, la contratista deberá solicitar a Pemex para que ésta, de conformidad con el artículo 50 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, otorgue su autorización previa y por escrito y dicha contratista quede en posibilidad de ceder sus derechos.

Ya que se ha celebrado el Contrato de Cesión, la contratista deberá notificar fehacientemente a Pemex mediante Corredor o Notario Público la cesión de derechos que ha formalizado con el fiduciario y en el texto del contrato que es objeto de notificación se establece la cuenta bancaria de la institución fiduciaria a la que Pemex deberá hacer los pagos, los cuales obviamente ya no serán recibidos por la contratista en virtud de la cesión que para entonces habría surtido todos sus efectos legales. Lo anterior es necesario para dar cumplimiento a lo establecido en el capítulo relativo a la cesión de derechos del Código Civil tanto del Distrito Federal como del Estado de Nuevo León, a efecto de que Pemex, en este caso particular en su carácter de deudor frente a la contratista por el pago de la contraprestación derivada del contrato de obra, quede obligada a hacer los pagos al fideicomiso y ya no a la contratista. Este es un aspecto elemental que el banco acreedor deberá tomar en cuenta y prestar especial atención, ya que deben cumplirse todos los requisitos que establecen el Código Civil y la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas para que la cesión esté debidamente formalizada, surta plenos efectos y no exista duda sobre la forma en que se van a realizar los pagos al fideicomiso para que éste los administre según lo establece en el propio fideicomiso.

6.3.- Administración del Patrimonio Fideicomitido.

En cuanto a la administración fiduciaria, una vez que ha quedado formalizada la cesión a favor del fiduciario, éste deberá recibir cada pago que Pemex efectúe y aplicarlo conforme a los términos y bajo las condiciones establecidas en el propio fideicomiso.

Para dar certeza al manejo del patrimonio del fideicomiso, se deberá establecer muy claramente en una cláusula del contrato que le da vida a éste, la forma en que los recursos del fideicomiso serán manejados, cuidando en todo momento que estos fondos se inviertan en esquemas financieros de alta seguridad como podrían ser los Certificados de la Tesorería de la Federación (Cetes) o bien en papeles o emisiones calificadas con la categoría AAA por calificadoras de alto reconocimiento internacional, e incluso, podría darse el caso de que la institución financiera que otorgó el crédito a la contratista sea una empresa extranjera y por tanto el crédito pudiera estar denominado en dólares de los Estados Unidos de América y para este efecto, también deberán establecerse las instrucciones precisas al fiduciario en el propio cuerpo del fideicomiso para que éste haga el cambio inmediato de los pagos recibidos en pesos a dólares tratando de evitar, en la medida de lo posible, los riesgos cambiarios que en un momento dado afectarían el desarrollo planeado para el pago del crédito.

La anterior sería una de las funciones que podrían otorgarse al Comité Técnico, estableciéndose en el propio fideicomiso que este cuerpo colegiado, que pudiera estar compuesto por un miembro del Fideicomitente (la empresa deudora) y otro del Fideicomisario en Primer Lugar (el banco acreedor), sea quien instruya la forma en que la fiduciaria deba invertir el patrimonio fideicomitido, pactándose en forma clara que de no invertirse como el Comité Técnico lo ha instruido, el Fiduciario será responsable del patrimonio fideicomitido. Esta sería una de las responsabilidades que pudieran recaer sobre la Fiduciaria, ya que en un supuesto de inversión incorrecta de fondos con su

consecuente pérdida del patrimonio fideicomitado, o parte del mismo, recaerían sobre dicho fideicomiso diversas responsabilidades de carácter civil, mercantil, penal e incluso administrativas.

En la aplicación y administración del patrimonio fideicomitado vemos nuevamente la versatilidad del fideicomiso y nos damos cuenta que podemos establecer un sin fin de variables y hacer un “traje a la medida” para nuestro caso en particular. Para el esquema que hemos venido manejando aquí, podemos establecer los siguientes lineamientos que serán la pauta para la forma en que el Fiduciario manejará los recursos que conforman el patrimonio del fideicomiso.

En el texto del Contrato de Fideicomiso se incluirá una cláusula que se podría titular: “Realización y Aplicación del Patrimonio Fideicomitado”, en su redacción se establecerá la forma de aplicación de los fondos que estén en el patrimonio, es decir, una vez que el Fiduciario vaya recibiendo los pagos de Pemex cómo los administrará y aplicará.

En el caso práctico se pudiera establecer que al recibir cualquier dinero de Pemex por concepto de pagos derivados del contrato de obra se pagará mensualmente una cantidad predeterminada al Fideicomisario en Primer Lugar (Banco Acreedor) por concepto de pago de intereses correspondiente a ese mes, también de dichos fondos recibidos un porcentaje se aplicará para que el Fiduciario forme una reserva para pago de capital estableciendo los momentos en que dicha reserva deberá ser transferida al Fideicomisario en Primer Lugar (Acreedor) pudiendo ser semestral o trimestralmente, o de cualquier otra forma dependiendo de los términos bajo los cuales se haya otorgado el crédito y finalmente los recursos sobrantes, después de haber dispuesto del dinero conforme a lo anterior, deberán ser transferidos al Fideicomitente (contratista y deudor) pero condicionado a que no existan incumplimientos de éste bajo el crédito.

Es normal que en caso de que exista una causal de incumplimiento, el Fideicomitente o deudor no esté facultado para recibir los recursos excedentes que en

teoría le corresponderían, ya que además de ser ésta una penalización por estar incumpliendo sus obligaciones bajo el contrato de crédito, es también una seguridad para el acreedor el que se retengan esos fondos sobrantes para que se utilicen para pagar su adeudo y en determinado momento, y si el crédito no es declarado vencido anticipadamente, el acreedor tendrá la facultad de canalizar una parte o todos los recursos excedentes para que el deudor los utilice precisamente para la ejecución de la obra y no para otros fines para con ello salvaguardar la seguridad de su propia garantía que es la ejecución de la obra de donde emanan los recursos con los cuales se está sirviendo la deuda.

6.4.- Modelo de Contrato de Fideicomiso.

Me he permitido elaborar un Contrato de Fideicomiso de Administración y Garantía en el cual he plasmado la estructura jurídica deseable para cumplir con los objetivos antes mencionados que son en forma genérica dos: que el fiduciario reciba y administre los pagos que provengan del contrato de obra y que exista capital de trabajo para que el deudor esté en posibilidad de ejecutar los trabajos, devolviéndosele al deudor ciertos fondos una vez que se hayan separado las cantidades necesarias para efectuar los pagos y amortizaciones correspondientes. Este Contrato de Fideicomiso se podrá encontrar a continuación.

CONTRATO DE FIDEICOMISO

NO. FG040

que celebran

**Perforaciones, S.A. de C.V.,
como Fideicomitente y
Fideicomisario en Segundo Lugar**

**Capital Corporation,
como Fideicomisario en Primer Lugar**

y

**Banco Fiduciario, S.A.,
Institución de Banca Múltiple,
como Fiduciario**

27 de enero de 1999

INDICE

CLAUSULAS

Primera:	Definición de Términos
Segunda:	Constitución del Fideicomiso
Tercera:	Partes
Cuarta:	Patrimonio del Fideicomiso
Quinta:	Fines del Fideicomiso
	Facultades y obligaciones del Fiduciario
	Realización y Aplicación del Patrimonio Fideicomitado
Octava:	Incumplimiento del Contrato de Crédito o Pagaré
Novena:	Impuestos
Décima:	Vigencia
Décima Primera:	Responsabilidad del Fiduciario
Décima Segunda:	Defensa del Patrimonio Fideicomitado
Décima Tercera:	Impuestos y Gastos
Décima Cuarta:	Modificaciones
Décima Quinta:	Prohibiciones Legales
Décima Sexta:	Honorarios del Fiduciario
Décima Séptima:	Renuncia y Sustitución del Fiduciario
Décima Octava:	Notificaciones y Domicilios
Décima Novena:	Interpretación y Jurisdicción

CONTRATO DE FIDEICOMISO NO. FG040

CONTRATO DE FIDEICOMISO IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN, GARANTIA Y PAGO NO. FG040, DE FECHA 27 DE ENERO DE 1999, QUE CELEBRAN:

A. Perforaciones, S.A. de C.V. (según corresponda el "**Fideicomitente**" y "**Fideicomisario en Segundo Lugar**"), representada por los señores Juan Gómez y Juan Terán;

B. Banco Fiduciario, Institución de Banca Múltiple (el "**Fiduciario**"), representado por sus Delegados Fiduciarios, los señores Juan Pérez Vargas y Juan Basurto; y

C. Capital Corporation (según corresponda "**Capital**" y/o "**Fideicomisario en Primer Lugar**"), representada por Mr. Mike Smith; de conformidad con las siguientes Declaraciones y Cláusulas:

DECLARACIONES

I. Declara el Fideicomitente que:

A. Es una sociedad anónima debidamente constituida y existente de conformidad con las leyes de los Estados Unidos Mexicanos, según consta en la escritura pública número 3 del 11 de noviembre de 1977, otorgada ante la fe del licenciado Montemayor, Notario Público número 34,444 del Distrito Federal, debidamente inscrita en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio de Monterrey, Nuevo León, bajo el Folio Mercantil número 1.

B. Con fecha 13 de julio de 1998, celebró un Contrato de Obra y Arrendamiento (el "Contrato de Arrendamiento") con Pemex-Exploración y Producción ("PEP") No. PEP 098332/98, en cuyos

términos PEP ha arrendado del Fideicomitente una plataforma autoelevable tipo cantilver para operar una tirante de agua nominal de 250 pies, con capacidad de perforación de 20,000 (la "Plataforma") pies con servicios de construcción de tubería y mantenimiento integral de plataformas e instalaciones petroleras. Se adjunta una copia del Contrato de Arrendamiento como Anexo "A".

D. A la fecha de firma del presente Contrato (i) no existe ni ha existido incumplimiento al Contrato de Arrendamiento ni por parte de PEP ni por parte del Fideicomitente, (ii) las partes se encuentran al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Contrato de Arrendamiento y las mismas no son objeto de reclamación alguna y (iii) los derechos y obligaciones del Fideicomitente derivados del Contrato de Arrendamiento no han sido gravados ni transmitidos a terceros.

E. Que ha celebrado con Capital el Contrato de Crédito (según dicho término se define más adelante) y ha recibido efectivamente en préstamo de Capital bajo el mismo/en cuyos términos Capital ha convenido prestarle la cantidad de US\$23,970,000 (Veintitrés millones Novecientos Setenta mil dólares de los Estados Unidos de América).

F. Que concomitantemente a la firma de este Contrato, celebra con el Fiduciario un Contrato de Cesión de Derechos de Cobro (el "Contrato de Cesión de Derechos de Cobro") y un Contrato de Cesión de Derechos de Cobro Futuros (el "Contrato de Cesión de Derechos Futuros") en cuyos términos cedió los Derechos de Cobro (según dicho término se define más adelante) a favor del fiduciario. Se adjunta copia de dicho Contrato de Cesión de Derechos de Cobro como Anexo "B".

G. Mediante oficio No. PEP/ff/RR/AA/2/99 de fecha 12 de enero de 1999, PEP otorgó su autorización al Fideicomitente para ceder al Fiduciario los Derechos de Cobro de los cuales PEP es el obligado. Se adjunta copia de dicha carta convenio como Anexo "C".

H. Su representante cuenta con las facultades necesarias para obligarlo en los términos del presente Contrato, según consta en la escritura pública número 3 de fecha 12 de enero de 1999, otorgada ante la fe del Notario Público número 113441 de la Ciudad de Monterrey, Nuevo León, licenciado González, la cual fue inscrita en el Registro Público de la ciudad de Monterrey, Nuevo León el 19 de enero de 1999, mismas que no le han sido revocadas ni limitadas en forma alguna.

II. Declara el Fiduciario que:

A. Es una institución de banca múltiple debidamente constituida, existente y autorizada para operar de conformidad con las leyes de los Estados Unidos Mexicanos.

B. Que concomitantemente a la firma de este Contrato, celebra con el Fideicomitente el Contrato de Cesión de Derechos de Cobro.

C. Que cuenta con los elementos humanos y materiales necesarios para cumplir con sus obligaciones derivadas del presente Contrato.

D. Sus Delegados Fiduciarios cuentan con las facultades necesarias para obligarlo en los términos del presente Contrato, según consta en la escritura pública No. 44, de fecha 5 de agosto de 1999, otorgada ante la fe del Notario Público del Distrito Federal, el licenciado Silla, la cual fue inscrita en el Registro Público del Comercio del Distrito Federal bajo el Folio Mercantil 24, mismas que no les han sido revocadas ni limitadas en forma alguna.

Expuesto lo anterior, las partes convienen en otorgar las siguientes:

CLAUSULAS

PRIMERA. Definición de Términos. Los siguientes términos tienen el significado atribuido a cada uno de ellos a continuación:

"Caso de Vencimiento Anticipado" tiene el significado que se le atribuye a dicho término (en idioma inglés denominado "Event of Default") en el Contrato de Crédito.

"Contrato de Cesión de Derechos de Cobro" tiene el significado que a dicho término se le atribuye en la Declaración I.F. de este Contrato.

"Contrato de Cesión de Derechos Futuros" tiene el significado que a dicho término se le atribuye en la Declaración I.F. de este Contrato.

"Contrato de Crédito" significa el Contrato de Crédito de fecha 27 de enero de 1999, celebrado entre el Fideicomitente y el Fideicomisario en Primer Lugar, por virtud del cual y sujeto a los términos y condiciones del mismo, el Fideicomisario en Primer Lugar ha convenido en otorgar un préstamo al Fideicomitente hasta por la cantidad de US\$23,970,000 (Veintitrés millones Novecientos Setenta mil Dólares 00/100), en los términos y condiciones ahí establecidas.

"Cuenta Bancaria del Fideicomiso en Dólares" significa la cuenta número 98732-98732 que mantiene el Fiduciario exclusivamente para los fines del Fideicomiso, con Bank of California en California, Estados Unidos de América.

"Cuenta Bancaria del Fideicomiso en Pesos" significa la cuenta número 6987454 que mantiene el Fiduciario exclusivamente

para los fines del Fideicomiso, en Banko Popular S.A., Institución de Banca Múltiple, México, Distrito Federal.

"Derechos de Cobro" significa los derechos del Fideicomitente para cobrar toda contraprestación a cargo de PEP pactada en el Contrato de Arrendamiento (sin incluir impuesto al valor agregado) así como todo derecho del Fideicomitente a recibir contraprestación a cargo de cualquier persona por el uso, arrendamiento o explotación de la Plataforma, incluyendo sin limitar, los derechos de cobro del Contrato de Cesión de Derechos Futuros.

"Día Hábil" significa todo día en que las instituciones financieras de los Estados Unidos Mexicanos estén abiertas al público. En el caso de que alguno de los días en que deba cumplirse con las obligaciones del presente Contrato sea inhábil, se entenderá que dicha obligación se deberá cumplir en el Día Hábil inmediato siguiente.

"Dólar" o "Dólares" o "US\$" significa la moneda de curso legal en los Estados Unidos de América.

"Fecha de Pago" significa, en cada mes de calendario a partir del mes de calendario siguiente a la fecha en que el Fideicomitente haya recibido el primer préstamo bajo el Contrato de Crédito, el día de cada dicho mes de calendario que numéricamente sea igual a dicha fecha hasta e incluyendo la fecha en que deba pagarse la totalidad del préstamo bajo el Contrato de Crédito.

"Fideicomiso" significa el Fideicomiso No. FG040 que se constituye en los términos de este Contrato.

"Fideicomitente" significa Perforaciones, S.A. de C.V.

"Fideicomisario en Primer Lugar" significa Capital Corporation.

"Fideicomisario en Segundo Lugar" significa Perforaciones, S.A. de C.V.

"Fondos Excedentes" significa, respecto de una Fecha de Pago, todas las cantidades en efectivo que formen parte del Patrimonio Fideicomitado menos la suma de las cantidades requeridas para satisfacer las obligaciones del Fideicomitente bajo el Contrato de Crédito, el Pagaré y el presente Contrato de Fideicomiso que hayan vencido y se encuentren insolutas a dicha Fecha de Pago.

"IVA" significa el impuesto al valor agregado sobre los pagos que se efectúen a cuenta de los Derechos de Cobro.

"Pagaré" significa el pagaré que debe suscribir el Fideicomitente bajo el Contrato de Crédito.

"Patrimonio Fideicomitado" tiene el significado que a dicho término se le atribuye en la Cláusula Cuarta de este Contrato.

"Peso" o "Pesos" significa la moneda de curso legal en los Estados Unidos Mexicanos.

"PEP" significa PEMEX-Exploración y Producción, un organismo público descentralizado del Gobierno Federal de los Estados Unidos Mexicanos.

"Plataforma" tiene el significado que se le atribuye en la Declaración I.B del presente Contrato.

SEGUNDA. Constitución del Fideicomiso. A. El Fideicomitente constituye en este acto un Fideicomiso irrevocable en los términos del presente Contrato.

B. El Fiduciario en este acto manifiesta la aceptación de su cargo conforme a este Contrato y protesta el fiel y cumplido desempeño del mismo y reconoce expresamente haber recibido los Derechos de Cobro a efecto de mantenerlos en propiedad fiduciaria conforme a los términos y condiciones del presente Contrato para aplicarlos a los fines del Fideicomiso.

TERCERA. Partes. Son partes del presente Fideicomiso:

A. Fideicomitente: Perforaciones, S.A. de C.V.

B. Fiduciario: Banco Fiduciario, S.A., Institución de Banca Múltiple.

C. Fideicomisario en Primer Lugar: Capital Corporation, con derecho sobre el Patrimonio Fideicomitado de acuerdo con los términos establecidos en este Contrato.

D. Fideicomisario en Segundo Lugar: El Fideicomitente, respecto de los Fondos Excedentes, teniendo derecho a los mismos en los términos de este Contrato.

CUARTA. Patrimonio del Fideicomiso. El patrimonio del presente Fideicomiso está integrado por los siguientes bienes y derechos (el "Patrimonio Fideicomitado"):

A. Los Derechos de Cobro que concomitantemente a la celebración del presente Contrato fueron cedidos irrevocablemente por el Fideicomitente al Fiduciario;

B. Los ingresos derivados de los Derechos de Cobro, la Cuenta Bancaria del Fideicomiso en Pesos y la Cuenta Bancaria del Fideicomiso en Dólares;

C. Los rendimientos que se generen de la inversión de los recursos que reciba el Fiduciario en los términos del presente Contrato; y

D. Cualquier otro bien o derecho que reciba el Fiduciario por efectos de este Contrato, o de cualquier otro contrato que el Fiduciario celebre, para los fines del Fideicomiso y con la previa aprobación del Fideicomisario en Primer Lugar.

QUINTA. Fines del Fideicomiso. Son fines del Fideicomiso la creación de un patrimonio autónomo que será destinado principalmente al pago, hasta donde alcance, de las obligaciones del Fideicomitente derivadas del Contrato de Crédito, el Pagaré y el presente Contrato de Fideicomiso, para lo cual el Fiduciario en este acto se obliga a:

A. Mantener la propiedad fiduciaria de los Derechos de Cobro y otros activos que formen el Patrimonio del Fideicomiso.

B. Recibir todas las cantidades que se deriven de los Derechos de Cobro conforme a los términos y condiciones del Contrato de Arrendamiento.

C. Disponer del producto de los Derechos de Cobro de conformidad con la Cláusula Séptima de este Contrato.

D. Cumplir con las obligaciones de pago del Fideicomitente derivadas del Contrato de Crédito y el Pagaré, con cargo al Patrimonio Fideicomitado, hasta las cantidades que efectivamente sean entregadas al Fideicomisario en Primer Lugar, y actuar de acuerdo a lo previsto en este Contrato.

E. Dentro de los 5 (cinco) Días Hábiles siguientes a cada Fecha de Pago, remitir los Fondos Excedentes correspondientes, si los hubiere, al Fideicomisario en Segundo Lugar.

SEXTA. Facultades y Obligaciones del Fiduciario.

El Fiduciario tendrá todas las facultades que resulten necesarias para llevar a cabo los fines del Fideicomiso, incluyendo de manera enunciativa más no limitativa, las facultades y obligaciones a que se refiere el Artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México. El Fiduciario se obliga a enviar mensualmente al Fideicomitente y al Fideicomisario en Primer Lugar durante los primeros diez (10) días de cada mes de calendario, un estado de cuenta del Patrimonio Fideicomitado al cierre del mes inmediato anterior.

SÉPTIMA. Realización y Aplicación del Patrimonio Fideicomitado.

A. **Cobranza.** El Fideicomitente se obliga a gestionar en todo tiempo el pago de los Derechos de Cobro, el cual deberá procurar que se realice siempre mediante transferencia electrónica a la Cuenta Bancaria del Fideicomiso en Pesos indicada en el Contrato de Cesión de Derechos de Cobro, o en caso de no ser posible, mediante cheque certificado expedido a la orden del Fiduciario. Todas las gestiones que el Fideicomitente realice relacionadas con la cobranza de los Derechos de Cobro se entenderán realizadas a nombre y por cuenta del Fiduciario y, por lo mismo, el Fideicomitente actuará como comisionista del Fiduciario. Dichas gestiones serán llevadas a cabo gratuitamente por el Fideicomitente.

B. **Conversión e Inversión de fondos.** Cada vez que ingresen dineros a la Cuenta Bancaria del Fideicomiso en Pesos, el Fiduciario utilizará la cantidad de ellos que sea necesaria para comprar los Dólares que conforme al Pagaré, el Contrato de Crédito y el presente Contrato se requieran para cubrir (i) todo adeudo vencido y no pagado del

Fideicomitente al Fideicomisario en Primer Lugar y **(ii)** las cantidades que deba pagar el Fideicomitente al Fideicomisario en Primer Lugar en la siguiente Fecha de Pago, en todo caso al tipo de cambio para venta que cotice la institución de banca múltiple donde el Fiduciario mantenga la Cuenta Bancaria del Fideicomiso en Pesos, comprometiéndose a obtener la mejor cotización, hecho lo cual el Fiduciario remitirá dichos Dólares a la Cuenta Bancaria del Fideicomiso en Dólares mediante transferencia electrónica. El Fiduciario invertirá los recursos depositados en la Cuenta Bancaria del Fideicomiso en Dólares en Bonos del Tesoro de los Estados Unidos de América (U.S. Treasury Securities).

C. Pagos. En cada Fecha de Pago, el Fiduciario deberá entregar en Dólares en la cuenta bancaria en los Estados Unidos de América que hubiere señalado por escrito el Fideicomisario en Primer Lugar, con cargo a la Cuenta Bancaria del Fideicomiso en Dólares, la cantidad que resulte menor entre **(i)** las cantidades debidas y exigibles conforme al Contrato de Crédito, el Pagaré y este Contrato, correspondientes a la Fecha de Pago respectiva y **(ii)** el saldo total a esa fecha de la Cuenta Bancaria del Fideicomiso en Dólares. No obstante lo anterior, si en una Fecha de Pago las cantidades entregadas por el Fiduciario al Fideicomisario en Primer Lugar no son suficientes para cubrir en su totalidad los adeudos vencidos del Fideicomitente, entonces desde ese momento y hasta que todos los adeudos vencidos y no pagados del Fideicomitente al Fideicomisario en Primer Lugar hayan sido cubiertos, el Fiduciario enviará los Dólares que compre conforme al Inciso B anterior directamente a la cuenta del Fideicomisario en Primer Lugar antes citada en lugar de enviarlos a la Cuenta Bancaria del Fideicomiso en Dólares. La aplicación de fondos de la manera descrita en este apartado sólo constituirá pago al Fideicomisario en Primer Lugar hasta por la cantidad de Dólares que efectivamente reciba en la cuenta bancaria en los Estados Unidos de América que hubiese designado para tal efecto, antes citada. El Fideicomitente continuará obligado a pagar cualquier faltante al Fideicomisario en Primer Lugar.

D. Fondos Excedentes. En el quinto Día Hábil siguiente a cada Fecha de Pago, siempre que (i) no haya ocurrido un Caso de Vencimiento Anticipado y (ii) el Fideicomisario en Primer Lugar haya recibido la totalidad de las cantidades debidas por el Fideicomitente y pagaderas bajo el Contrato de Crédito, el Pagaré y este Contrato, el Fiduciario deberá transferir los Fondos Excedentes al Fideicomisario en Segundo Lugar de conformidad con las instrucciones escritas que reciba del Fideicomisario en Segundo Lugar. Con el objeto de determinar las cantidades de Fondos Excedentes en cualquier momento, el Fiduciario deberá presumir, a menos que el Fideicomitente haya entregado al Fiduciario prueba conforme a usos bancarios comunes de que ha entregado dineros adicionales al Fideicomisario en Primer Lugar en la cuenta de este último mencionada en el Inciso C anterior, que el Fideicomitente no ha hecho pago alguno al Fideicomisario en Primer Lugar que éste no haya notificado por escrito al Fiduciario.

OCTAVA. Incumplimiento del Contrato de Crédito o Pagaré. En el supuesto de que el Fideicomitente incumpla con cualquiera de sus obligaciones bajo el Contrato de Crédito, el Pagaré o este Contrato y el Fideicomisario en Primer Lugar notifique lo anterior al Fiduciario, el Fiduciario procederá a notificar de inmediato y por escrito al Fideicomitente de la existencia del supuesto incumplimiento, para que en un plazo de quince (15) días naturales siguientes a la fecha en que reciba la notificación, el Fideicomitente manifieste lo que a su derecho convenga. Transcurrido ese plazo sin que el Fideicomitente pruebe al Fiduciario que no se encuentra en incumplimiento bajo el Contrato de Crédito o el Pagaré, el Fiduciario dispondrá del Patrimonio Fideicomitado de conformidad con las instrucciones que al efecto reciba del Fideicomisario en Primer Lugar con el objeto de cubrir, hasta donde alcance, las obligaciones debidas por el Fideicomitente y pagaderas conforme al Contrato de Crédito, el Pagaré o el presente Contrato; en el entendido de que, para determinar si el Fideicomitente ha cumplido con sus obligaciones frente al Fideicomisario en Primer Lugar, el Fiduciario considerará únicamente (i) la entrega de dinero hecha por el Fiduciario al Fideicomisario en Primer Lugar en los términos de la Cláusula Séptima, inciso C de este Contrato y (ii) los dineros entregados por el Fideicomitente al

Fideicomisario en Primer Lugar respecto de los cuales este último exhiba prueba conforme a usos bancarios comunes; y en la inteligencia, además, que en ningún caso tendrá el Fideicomitente derecho, ni por virtud de compensación, a omitir o impedir total o parcialmente la entrega de cualquier cantidad por el Fideicomitente al Fiduciario o por el Fiduciario al Fideicomisario en Primer Lugar bajo este Contrato, dejándose a salvo el derecho del Fideicomitente, pero para ser ejercido exclusivamente contra el Fideicomisario en Primer Lugar en forma directa y no contra, mediante o a través de este Fideicomiso o el Fiduciario, a exigir el reembolso de cantidades indebidamente pagadas.

NOVENA. Impuestos. Todos los pagos de principal, intereses y otros cargos hechos por el Fideicomitente al Fideicomisario en Primer Lugar bajo el Contrato de Crédito o cualquier otro documento relacionado al mismo, deberán hacerse libres de cualquier deducción por impuesto alguno presente o futuro. El Fideicomitente conviene en realizar el pago de dichos impuestos por cuenta y en nombre y representación del Fideicomisario en Primer Lugar directamente a la autoridad correspondiente. Todos los pagos bajo el Contrato de Crédito y el Pagaré deberán ser incrementados para que después de hacer las provisiones para impuestos (incluyendo aquellos impuestos que correspondan a dicho incremento) las cantidades recibidas por el Fideicomisario en Primer Lugar sean equivalentes a la cantidad que el Fideicomisario en Primer Lugar tendría derecho a recibir si no se causara el impuesto por dicho pago. El Fiduciario deberá retener la cantidad que correspondan al pago de dicho impuesto y entregarla al Fideicomitente, quien es el obligado a realizar la retención fiscal y hacer el entero respectivo a las autoridades fiscales competentes.

Es responsabilidad del Fideicomitente enterar el IVA ante las autoridades fiscales de México y el Fideicomitente se obliga a entregar al Fiduciario cualquier documento razonable que éste razonablemente le requiera con la finalidad de acreditar el debido cumplimiento de dicha obligación.

DÉCIMA. Vigencia. El presente Contrato tendrá la duración necesaria para el cumplimiento de sus fines o, en su defecto, de 30 años, salvo que se extinga anticipadamente por cualquiera de las siguientes causas:

A. Por la realización del fin para el cual fue constituido el Fideicomiso;

B. Por hacerse legalmente imposible el fin del Fideicomiso;

C. Por convenio expreso entre el Fideicomitente y el Fideicomisario en Primer Lugar; y

D. En el caso del párrafo final del Artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México.

Queda entendido por las partes que en ningún caso y bajo circunstancia alguna podrá el Fideicomitente revocar la constitución del presente Fideicomiso por ser irrevocable.

DÉCIMA PRIMERA. Responsabilidad del Fiduciario. Queda expresamente convenido que el Fiduciario responderá de las obligaciones que contraiga en la ejecución del Fideicomiso únicamente hasta donde alcance el Patrimonio Fideicomitado. El Fiduciario insertará esta estipulación en los documentos y contratos que suscriba en cumplimiento de los fines del Fideicomiso.

Por otra parte, el Fiduciario responde por el pago de sus obligaciones hasta donde baste y alcance el Patrimonio Fideicomitado y no asume responsabilidad alguna en relación con (i) el incumplimiento en el pago de los Derechos de Cobro por parte del Fideicomitente o (ii) el incumplimiento del Fideicomitente con las obligaciones que le corresponden de conformidad con

este Contrato, o cualquier otro que celebre en cumplimiento de los fines del Fideicomiso.

En caso de surgir cualquier controversia, demanda o litigio entre las partes del presente fideicomiso y/o terceros, el Fideicomitente y el Fideicomisario en primer lugar se obligan a sacar en paz y a salvo al Fiduciario y a sus representantes.

El Fiduciario en ningún caso será responsable por hechos, actos u omisiones del Fideicomitente, del Fideicomisario en primer lugar o de terceros que impidan o dificulten el cumplimiento de los fines contenidos en el presente Contrato. Salvo en el caso de negligencia culpable del Fiduciario, las partes están de acuerdo y pactan para los efectos de responsabilidad fiduciaria, por las posibles pérdidas o menoscabos del patrimonio fiduciario a que se refiere el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, una pena convencional limitando su responsabilidad fiduciaria, a una cantidad que no excederá en ningún caso, del 20% de las sumas recibidas por el Fiduciario en concepto de honorarios y gastos.

Consecuentemente, las partes contratantes estipulan que no podrán reclamarse al Fiduciario otros daños y perjuicios derivados del presente fideicomiso, adicionales o diversos a la pena convencional fijada en el párrafo precedente, en términos del artículo 1840 del Código Civil para el Distrito Federal, de aplicación supletoria.

DÉCIMA SEGUNDA. Defensa del Patrimonio Fideicomitado.

a) El Fiduciario no estará obligado a defender el Patrimonio Fideicomitado y estará obligado solamente a otorgar los poderes necesarios para tomar cualquier acción necesaria a fin de defender el Patrimonio Fideicomitado. En tanto que no haya ocurrido una Caso de Vencimiento Anticipado, el Fiduciario otorgará y revocará poderes para pleitos y cobranzas de acuerdo a las instrucciones que reciba por escrito del Fideicomitente con

respecto al Patrimonio del Fideicomiso; en el entendido que, si ocurre una Caso de Vencimiento Anticipado y mientras éste no haya sido remediado, entonces el Fideicomitente dejará de tener la facultad de girar dichas instrucciones y el Fiduciario otorgará y revocará poderes para pleitos y cobranzas de acuerdo a las instrucciones que reciba del Fideicomisario en Primer Lugar en relación al Patrimonio del Fideicomiso. El Fiduciario en ningún caso será responsable de los actos de los apoderados, ni tampoco estará obligado a cubrir los honorarios profesionales o gastos derivados de la actuación de los mismos, siendo dichos honorarios y gastos por cuenta del Fideicomitente.

b) Cuando el Fiduciario reciba alguna notificación judicial o reclamación respecto a este Fideicomiso o al Patrimonio Fideicomitado, el Fiduciario de inmediato enviará copia de dicha notificación o reclamación al Fideicomitente y al Fideicomisario en Primer Lugar.

DÉCIMA TERCERA. Impuestos y Gastos. Cualquier impuesto, gasto o derecho que se derive de la celebración de este Contrato o del cumplimiento del Fideicomiso correrá por cuenta del Fideicomitente de conformidad con el Contrato de Crédito, por lo que el Fideicomitente se obliga a liberar y sacar en paz y a salvo al Fiduciario y al Fideicomisario en Primer Lugar por tal concepto.

DÉCIMA CUARTA. Modificaciones. El presente Contrato sólo podrá ser modificado por acuerdo escrito entre el Fideicomitente y Fideicomisario en Segundo Lugar, el Fideicomisario en Primer Lugar y el Fiduciario.

DÉCIMA QUINTA. Prohibiciones Legales. La fracción XIX (diecinueve romano), inciso b, del Artículo 106 (ciento seis) de la Ley de Instituciones de Crédito, a la letra establece:

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

“XIX. En la realización de las operaciones a que se refiere la fracción XV del Artículo 46 de esta Ley:

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

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

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

DÉCIMA SEXTA. Honorarios del Fiduciario.

El Fideicomitente se obliga a pagar al Fiduciario por sus servicios las siguientes cantidades:

1. Honorarios iniciales, la cantidad de US\$5,000.00 (CINCO MIL DOLARES 00/100 U.S.D.), pagaderos a la firma del presente contrato.
2. Honorarios por administración semestral, la cantidad de US\$12,500.00 (DOCE MIL QUINIENTOS DOLARES 00/100 U.S.D.), pagaderos por semestralidades adelantadas, siendo la primero a la firma del presente contrato.
3. Por cualquier modificación al presente contrato o acto jurídico no previsto, la cantidad de US\$400.00 (CUATROCIENTOS DOLARES 00/100 U.S.D.).

Los honorarios del Fiduciario causan el impuesto al valor agregado (IVA), de acuerdo con lo señalado por la ley de la materia. :

Los honorarios fiduciarios serán revisados anualmente conforme a las tarifas que señale el mercado fiduciario.

En tanto los honorarios no sean pagados puntualmente, las cantidades adecuadas causarán un interés mensual a la tasa LIBOR (que aparezca en la pantalla de REUTERS el día anterior a aquel en que se incumpla), más 5 (cinco) puntos.

Las partes acuerdan que el FIDUCIARIO, se abstendrá de llevar a cabo cualquier trámite administrativo, así como proceder a cancelar el presente fideicomiso mientras exista cualquier adeudo a su favor pendiente de liquidarse.

Serán por cuenta del Fideicomitente todos los gastos previamente probados por escrito por el Fideicomitente en que incurra el Fiduciario en la defensa del patrimonio Fideicomitado, incluyendo gastos y honorarios legales razonables y documentados. El Fideicomitente tendrá derecho a que se le entreguen los recibos correspondientes que cumplan requisitos fiscales.

DECIMA SEPTIMA. Renuncia y Sustitución del Fiduciario.

De conformidad con el tercer párrafo del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el Fiduciario podrá renunciar a ser removido de su cargo. En tal evento las partes deberán manifestarlo por escrito con veinte días hábiles de anticipación.

Al cesar en su cargo el Fiduciario por renuncia o remoción, elaborará un informe del patrimonio, que comprenda desde el último informe que hubiere rendido hasta la fecha en que sea efectiva dicha renuncia o sustitución.

El Fideicomitente y el Fideicomisario en primer lugar dispondrá de un plazo de diez días hábiles para examinarlo y formular las aclaraciones que se consideren pertinentes.

Concluido el plazo, se entenderá tácitamente aprobado si no se ha formulado observación alguna.

Al designar un sucesor en las funciones fiduciarias, el nuevo Fiduciario quedará investido con todas las facultades, derechos, poderes y obligaciones que acuerde con el Fideicomitente y el Fideicomisario en primer lugar, tomando posesión del bien que integre el patrimonio del presente contrato.

El Fiduciario no será responsable en forma alguna al actuar de conformidad con lo establecido en el presente contrato, estando únicamente obligado a responder hasta donde alcance el patrimonio fideicomitido.

DÉCIMA OCTAVA. Notificaciones y Domicilios. Todas las comunicaciones que deban efectuarse las partes en los términos de este Contrato deberán ser por escrito y enviadas a las otras partes por correo certificado con acuse de recibo, facsimile o por cualquier otro medio que asegure su recibo, a los domicilios siguientes:

Fideicomitente: _____

Fiduciario: _____

Fideicomisario en
Primer Lugar: _____

DÉCIMA NOVENA. Interpretación y Jurisdicción. Para todo lo relacionado con la interpretación y cumplimiento del presente Contrato, las partes se someten expresa e irrevocablemente a las leyes de los Estados Unidos Mexicanos y a la jurisdicción de los tribunales competentes de la Ciudad de México, Distrito Federal, de su domicilio y de los lugares en que se encuentren sus activos, renunciando desde ahora a cualquier otra jurisdicción que pudiera corresponderles en el presente o en el futuro.

Este Contrato se firma en la Ciudad de México, Distrito Federal, a los 2 días del mes de noviembre de 1999.

**FIDEICOMITENTE y FIDEICOMISARIO EN
SEGUNDO LUGAR**

Perforaciones, S.A. de C.V.

Por: Sr. Juan Terán / Sr. Juan Gómez

Cargo: Apoderados

FIDUCIARIO

Banco Fiduciario, S.A.

Institución de Banca Múltiple

Por: Lic. Juan Pérez Vargas / Lic. Juan Basurto

Cargo: Delegados Fiduciarios

FIDEICOMISARIO EN PRIMER LUGAR

Capital Corporation

Por: Mr. Mike Smith

Cargo: Apoderado

CONCLUSIONES

- 1.- La institución jurídica del fideicomiso en nuestro país surgió como un injerto de la tradición jurídica Hispano – Romana, sin embargo ha adoptado un gran número de características y disposiciones del derecho anglosajón y particularmente del denominado *Trust* Norteamericano, lo cual ha traído como consecuencia que su naturaleza e incluso funcionamiento no ha sido plenamente comprendido por muchos juristas incluyendo jueces.

- 2.- Durante de su existencia a través de los años, el fideicomiso en México ha ido tomando sus propias características y cada día se va separando del *Trust* anglosajón, siendo cada vez más mexicano, formando así una parte importante en nuestro acervo jurídico, no obstante lo anterior, podemos concluir que una de las raíces fundamentales para la existencia del fideicomiso mexicano la encontramos en el *Trust* norteamericano.

- 3.- El *Trust* norteamericano nace con la finalidad de unir esfuerzos y políticas de diversas compañías de aquel país para perseguir una ventaja mutua controlando la producción y los precios de sus productos pero preservando su propia existencia individual, lo cual lograron a través de esta institución jurídica que crearon para este objetivo común.

- 4.- Existen algunas diferencias notables entre el *Trust* norteamericano y el fideicomiso mexicano, entre las cuales están: el hecho de que el fiduciario en México necesita ser una institución autorizada por el gobierno federal y en Estados Unidos puede ser cualquier persona física o moral; en ciertas ocasiones en Estados Unidos se puede crear un fideicomiso mediante la manifestación de la voluntad en forma tácita si cubrir las formalidades que requiere nuestro fideicomiso; la duración del *Trust* americano puede ser indefinida y la legislación mexicana marca un máximo de 30 años.

5.- La denominación y características que se deben dar a los bienes o derechos que forman parte en el fideicomiso aún no han sido definidos por la teoría fiduciaria, tal es el caso de que distintos autores lo llaman patrimonio autónomo o patrimonio sin títulos, patrimonio de afectación, depósito, mandato, gravamen, estipulación a favor de tercero, etc. Tampoco se ha definido claramente la denominación que se le debe dar a los bienes fideicomitidos, ya que diversos autores lo llaman propiedad fiduciaria, propiedad limitada, dominio restringido, dominio precario, dominio jurídico, etc., pero lo importante es el hecho de que la confusión de estos conceptos ha ido trascendiendo a nuestra legislación, situación por la cual, considero que es necesario realizar una revisión cuidadosa de todas las disposiciones legales relativas al fideicomiso y analizar la conveniencia de darle una unidad conceptual.

6.- Por fideicomiso podemos entender un contrato por virtud del cual una persona física o moral llamada fideicomitente, transmite la titularidad de ciertos bienes o derechos a un fiduciario, para que éste, disponga de los mismos a la realización de las finalidades lícitas señaladas en el acto constitutivo, en beneficio del mismo fideicomitente, ahora llamado fideicomisario o de un tercero previamente designado.

7.- El contrato de fideicomiso lo podemos considerar como un universo, toda vez que dentro del contrato mismo, pueden coexistir como contenido otros contratos subyacentes, mismos que servirán para llevar a cabo los fines del fideicomiso.

8.- El fideicomiso mexicano, cualquiera que sea su finalidad, lo consideramos traslativo de dominio, conforme a la interpretación que la mayoría de los tratadistas dan a esta figura jurídica, así como la interpretación de la Ley, tanto cambiaria, como bancaria.

9.- Pueden ser objeto de un fideicomiso, todos los bienes o derechos que estén lícitamente en el comercio y que no sean estrictamente personales de su titular.

10.- El establecimiento o no de un Comité Técnico para regular ciertas funciones del fideicomiso dependerá de la magnitud y características del propio fideicomiso, así como de los “candados” que se quieran establecer para aspectos específicos que irán surgiendo durante la vida del fideicomiso; en ocasiones, por su sencillez operativa, financiera o jurídica no sea necesario constituir un Comité Técnico, pero en otras sí lo será, toda vez que esta figura está diseñada para aquellos fideicomisos con un alto volumen operativo.

11.- Es recomendable que el fiduciario se abstenga de formar parte de los Comités Técnicos en los fideicomisos constituidos ante éste y, en su caso, solo se limite en asistir con voz pero sin voto, de lo contrario, podrían estar ante un conflicto de intereses al ser parte de un órgano decisorio y ejecutorio de sus propias resoluciones.

12.- Aunque no garantiza su éxito financiero, por sus características propias de gran flexibilidad, versatilidad, confidencialidad, transparencia, profesionalismo, imparcialidad y control, es el fideicomiso uno de los instrumentos o esquemas más idóneos para la seguridad en la administración y ejecución de las garantías que se constituyan a favor de un acreedor que ha efectuado un préstamo al fideicomitente, sobre todo en el asunto particular que hemos analizado como caso práctico en el presente trabajo.

BIBLIOGRAFIA

- ACOSTA Romero, Miguel, "Derecho Bancario", Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1991.
- ALFARO, Ricardo J., "El Fideicomiso, estudio sobre una institución nueva semejante al Trust", Imprenta Nacional, Panamá, 1982.
- ALVAREZ Uriarte, Miguel, "Financiamiento al Comercio Exterior de México", El Colegio de México, México 1985.
- AUTORES VARIOS, "Estudios Sobre Fideicomiso", Asociación de Banqueros de México, Comisión Permanente de Operaciones Fiduciarias, México, 1980.
- BANCA CREMI, S.A., "El Fideicomiso", Serie Cultura Bancaria y Financiera, Editorial Gráfica y Técnica, S.A. de C.V., México 1992.
- BANCO MEXICANO SOMEX, S.A., "Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México", Primera Edición, México 1982.
- BANCO NACIONAL DE MÉXICO, S.A., "El Fideicomiso en México y su Viabilidad en España", Jornadas de Estudio Organizadas por Banco Nacional de México y Banco Bilbao, Madrid, 1979.
- BARRERA Graf, Jorge, "Dos Estudios Sobre Fideicomiso", Estudios de Derecho Mercantil, Porrúa, México, 1958.
- BARRERA Graf, Jorge, "La Nueva Legislación Bancaria", Porrúa, México, 1985.
- BATIZA, Rodolfo, "Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria", Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1985.
- BATIZA, Rodolfo, "El Fideicomiso", Editorial Porrúa, México, 1978.
- BATIZA, Rodolfo, "El Fideicomiso, Teoría y Práctica", Séptima Edición, Editorial Jus, México, 1995.
- BERNAL Molina, Julián, "Práctica y Teoría Jurídica del Fideicomiso", Editorial Porrúa, México, 1988.
- BLACK, Henry Campbell, "Black's Law Dictionary", Sexta Edición, Editorial West Publishing Co., Estados Unidos de América, 1990.
- BOGERT, George Gleason, "Bogert on Trusts", Tercera Edición, Hornbook Series, Editorial West Publishing Co., Estados Unidos de América, 1952.
- BOLETIN FIDUCIARIO BANCOMER, Dirección Adjunta Fiduciaria, Volumen I, México 1993.

- CASASUS, Joaquín Demetrio, "Teoría General del Crédito", Impresión de la Secretaría de Fomento, México, 1890.
- CERVANTES Ahumada, Raúl, "Títulos y Operaciones de Crédito", Onceava Edición, Editorial Herrero, México, 1979.
- DAVALOS Mejía, Carlos Felipe, "Derecho Bancario y Contratos de Crédito", Segunda Edición, Editorial Harla, 1994.
- DIAZ Bravo, Arturo, "Contratos Mercantiles", Tercera Edición, Editorial Harla, 1989
- DOMINGUEZ Martínez, Jorge Alfredo, "El Fideicomiso", Sexta Edición actualizada, Editorial Porrúa, México, 1996.
- FIDEIC Bojalil, Julián, "Fideicomiso", Editorial Porrúa, México 1962.
- FOIGNE, René, "Derecho Romano", Editorial José M. Cajica, México, 1956.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo, "Derecho Privado Romano", Editorial Esfinge, Cuarta Edición, México, 1970.
- GUTIERREZ y González, Ernesto, "Derecho de las Obligaciones", Cuarta Edición, Editorial Cajica, Puebla, 1971.
- HERNANDEZ, Octavio, "Derecho Bancario Mexicano", Tomo II, Edición de la Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, México, 1995.
- INTERNATIONAL FINANCIAL LAW REVIEW, revista mensual publicada por Euromoney Institutional Investor Publications PLC., Londres, Abril 2001.
- KRIEGER, Emilio, "Manual del Fideicomiso Mexicano", Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos S.N.C., México 1976.
- LEPAULLE, Pierre, "Tratado teórico Práctico de los Trusts", Editorial Porrúa, México, 1975.
- MACEDO, Pablo, "El Fideicomiso Mexicano", Editorial Porrúa, México, 1975.
- MOLINA Pasquel, Roberto, "Los Derechos del Fideicomisario", Editorial Jus, México, 1946.
- MONSERRIT Ortiz Soltero, Sergio, "El Fideicomiso Mexicano", Editorial Porrúa, México 1998.
- MUÑOZ, Luis, "El Fideicomiso", Cárdenas Editores y Distribuidores, Segunda Edición México, 1980.
- PEÑALOZA Santillán, David, "El Fideicomiso Público Mexicano", Editorial Cajica, Puebla, 1983.

- PETROLEOS MEXICANOS, "PEMEX Lex, Revista Jurídica Petróleos Mexicanos", Num. 109-110 Julio-Agosto 1997.
- PETIT Eugene, "Tratado Elemental de Derecho Romano", Traducida José Fernández González, Editorial Nacional, México, 1975.
- SANCHEZ Sodi, Horacio, "El Fideicomiso en México". Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito", Editorial Greca, México 1996.
- SECRETARIA DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, "Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000", Publicado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, México, 1995.
- RODRIGUEZ y Rodríguez, Joaquín, "Derecho Mercantil", Decimocuarta Edición, Tomo II, Editorial Porrúa, México, 1979.
- RODRÍGUEZ y Rodríguez, Joaquín, "El Fideicomiso", Esquema sobre su naturaleza, estructura y funcionamiento", Revista Jus, No. 94 Mayo de 1946.
- SIMON, Raúl Luis, "Los Trusts", Imprenta Nacimiento Santiago, Chile, 1947.
- SECTION of International Law and Practice/ABA, "The International Lawyer", Volumen 21, Número 1, Estados Unidos de América, 1987.
- TORRES, Pedro E., "El Crédito Documentado", Editorial Platense, buenos Aires, 1967.
- VAZQUEZ del Mercado, Oscar, "Contratos Mercantiles", Editorial Porrúa, México, 1973.
- VEJAR Valdez, Carlos, "Reflexiones en torno al Comité Técnico o de Distribución de Fondos en el Fideicomiso Mexicano", Estudios Bancarios, México, 1981.
- VILLAGORDOA Lozano, José Manuel, "Doctrina General del Fideicomiso", Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1982.
- VILLEGAS, Carlos Gilberto, "El Crédito Bancario (Actividad Práctica Bancaria)", Editorial De Palma, Buenos Aires, 1988.
- VILLEGAS H., Eduardo y ORTEGA O., Rosa María, "El Nuevo Sistema Financiero Mexicano" Editorial Pac, Tercera reimpresión, México, 1992.

LEYES, CODIGOS Y REGLAMENTOS

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Febrero 5, 1917.
- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Enero 7 y Diciembre 6, 1926 y Enero 3, 1928.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Septiembre del 1º al 21, 1932.
- Código de Comercio, Septiembre 15, 1889.
- Ley de Obras Públicas y Servicios, Noviembre 30, 1999.
- Ley de Concursos Mercantiles, Mayo 12, 2000.
- Ley de Instituciones de Crédito, Julio 18, 1990.
- Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, Abril 20, 1943.
- Ley del Banco de México, Diciembre 23, 1993.
- Ley del Mercado de Valores, Enero 2, 1975.
- Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, Enero 14, 1985.
- Ley General de Sociedades Mercantiles, Agosto 4, 1934.
- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Agosto 27, 1932.
- Reglamento del Registro Público de Comercio, Enero 18, 1979.

SITIOS DE INTERNET CONSULTADOS

- http://www.condusef.gob.mx/aspectos_contratos/contratos/contrato_fideicomiso.htm
- <http://www.soler.com.ar/general/inftec/2000/otros/fideic/fidei.htm>
- <http://www.eld.edu.mx/fpdb/Ingles/Title.asp><http://www.diariojudicial.com/bibliografia.asp>
- http://uade.datamarkets.com.ar/facultad_economicas/carreras/anteriores2.asp?cod_materia=3030
- http://members.tripod.com/robertexto/archivo6/sucesion_anteced.htm
- <http://www.dgbiblio.unam.mx/>
- <http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/>
- <http://www.juridicas.unam.mx/navjus/biblio.htm#m>
- <http://www.congreso-nl.gob.mx/leyes.html>
- http://www.law.nyu.edu/library/foreign_intl/mexico.html
- <http://www.juridicas.unam.mx/mtexto/>
- <http://www.scjn.gob.mx/inicial.asp>
- <http://www.legalmediagroup.com/iflr/default.asp?>
- <http://lawcrawler.findlaw.com/cgi-bin/lc.pl?entry=fideicomiso&sites=wlegal>
- <http://www.sec.gov/about/laws.shtml>
- <http://www.law.uc.edu/CCL/sldtoc.html>
- <http://www.firstam.com/faf/html/news/lawrept/lr970801.html>. PALLI, José Manuel, Developing Real Estate Markets in Latin America - A Bigger Role for Title Insurance?, The First American Corporation, Abril 2001.
- <http://www.trusts-and-trustees.com/main.htm>
- <http://www.altavista.com>
- <http://www.google.com>

PUBLICACIONES PERIODISTICAS

- EL NORTE, Artículo: El Fideicomiso, Autor: Pablo Sada, Editor: Gabriel de la Garza, Sección Negocios, Publicación diaria, Monterrey, N.L. Junio 1°, 2001

