

LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DEL FIDEICOMISO EN CAÍDA LIBRE. EN PROCESO NUEVAS REFORMAS A LAS LEYES QUE LO REGULAN

Juan SUAYFETA OZAETA

Todo el mundo puede equivocarse, pero sólo los necios persisten en el error.

Periandro de CORINTO

RESUMEN: El fideicomiso es un contrato que, de acuerdo a su reforma, tiene efectos traslativos sobre la propiedad de los bienes que se afectan al mismo y que la realización de los fines, que es uno de los elementos esenciales de ese acto jurídico, constituye una obligación cuyo cumplimiento queda a cargo del fiduciario. Categorización que, según los críticos de la reforma al fideicomiso, fue positivamente valorizada. Sin embargo, existen varias figuras que no han sido bien recibidas y han estado sujetas a críticas por parte de diversos organismos. El presente artículo pone en tela de duda muchas de las reformas al fideicomiso, llevadas a cabo el 29 de octubre de 2002 a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

ABSTRACT: A trust is a contract which, pursuant to its reform, has effects of transferring ownership of the assets subject there to and to the execution of its objectives, with one of the essential elements of this legal act being an obligation, the fulfillment of which, is the responsibility of the trustee. Pursuant to the Trust reform criteria, this categorization was given a positive value. Nevertheless, there are various structures which have not been well received, subject to the criteria of diverse entities. This article casts doubt on many of the trust reforms made to the General Law of Credit Instruments and Operations on October 29, 2002.

I. ANTECEDENTES

Desde que la institución del fideicomiso fue adoptada en nuestra legislación, quizá por el hecho de que había sido importada de un sistema jurídico distinto al nuestro, encontró dificultades para armonizar con éste y para ser plenamente comprendida y asimilada sobre todo por los constitucionalistas y los profesionales del derecho civil que, encerrados en un fundamentalismo intransigente, lo veían con recelo; así también en los diversos niveles de la judicatura, aun entre los operadores mismos de las instituciones de crédito y, paradójicamente, hasta por los propios legisladores que en diversos momentos han ido interviniendo, casi siempre con desacierto, en su normatividad.

Esto último explica porqué, si examinamos los distintos ordenamientos legales que frontal o marginalmente se refieren al fideicomiso, encontramos que parecen basarse en nociones distintas, opuestas o desorientadas sobre dicha figura.

No obstante, a lo largo de más de setenta años que tiene de existencia y gracias al esfuerzo de quienes habían participado en su aplicación y empleado su ingenio en lograr una aceptable adecuación a nuestro orden legal, incluyendo las interpretaciones por lo general atinadas de la Suprema Corte, llegó a alcanzar apreciables niveles de comprensión y a convertirse en uno de los servicios más provechosos, versátiles, productivos y de mayor ámbito de aplicación prestados a diversos sectores de la colectividad por las instituciones crediticias.

Pero dentro de la amplia gama de utilización que esa figura ha tenido en la práctica, el que ha enfrentado una existencia más azarosa es el que se utiliza para garantizar obligaciones, es decir, el llamado *fideicomiso de garantía*. El torpe prejuicio de algunos juristas desconocedores de la naturaleza del fideicomiso y de la Constitución, que pusieron en tela de juicio la validez constitucional de su ejercicio a pesar del criterio reiteradamente sostenido por el supremo tribunal sobre su licitud, provocó, injustificadamente, diversos mandamientos administrativos e inclusión de preceptos cambiantes, pero siempre desatinados, en los diversos ordenamientos que se han venido sucediendo, para regular el desempeño de las instituciones de crédito en relación con dicha figura, cuando es utilizada para efectos de garantizar obligaciones.

Sin embargo, la etapa que quizá podemos calificar como la más frustrante de su *vía crucis* podemos decir que se inició con la atropellada reforma y adición que se efectuó por decreto del 24 de mayo de 1996 al artículo 348 (ahora 383) de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;¹ por la que se facultó a las instituciones crediticias a actuar con el doble carácter de fiduciarias y fideicomisarias en los fideicomisos constituidos como instrumentos de pago, pues a pesar de no haberse producido los efectos positivos que ingenuamente se creyó que iban a lograrse con ese cambio, la acción depredadora no se detuvo ahí, sino que alcanzó su clímax con las reformas efectuadas a la Ley de Instituciones de Crédito y al Código de Comercio, por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 23 de mayo de 2000, resultado de una especie de conjura en la que participaron diversas autoridades de la rama hacendaria y profesionistas afines a los organismos de la Asociación de Banqueros o contratados por ésta, pero apartados, a considerable distancia, del conocimiento de la materia.

Hubo en la acción reformadora un flagrante engaño, producto de la ignorancia y/o de la malicia de quienes la llevaron a cabo, la promovieron o la consintieron, pues se hizo creer a los representantes de la banca que con esos cambios en la legislación se iba a incentivar el crédito y consecuentemente quedaría superada la crisis por la que atravesaban las instituciones dedicadas a esa actividad, y así se afirmó, repitiéndolo hasta la saciedad en la exposición de motivos; no obstante, los cambios fueron realizados con tal falta de sensatez, de ausencia de rigor técnico y hasta del más elemental sentido común, que no sólo no se incrementó el crédito ni se superó la crisis de la banca, sino que las operaciones de fideicomiso de garantía se redujeron casi a cero; es decir, fuera de superarse la crisis, se generó una nueva: el decremento casi total en una rama importante de la actividad fiduciaria, la cual ha sido, a su vez, un capítulo importante, por lo útil y redituable, dentro de las funciones de la banca.

Con el subtítulo “Nuevo e irresponsable atentado a la institución jurídica del fideicomiso”, en octubre de 2000² el autor de estas consideraciones realizó un análisis crítico de las reformas antes aludidas, y con anterioridad a la publicación del mismo había emitido otros comentarios

1 Véase Suayfeta O., Juan, “La reforma al artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 8, núm. 22, enero-abril de 1997.

2 *Revista de Derecho Privado*, México, mayo-agosto de 2002, p. 123.

sobre el tema, a los que denominó “Reformas *vs.* reformas. Hacia una restauración del fideicomiso”, en los que aparte de proponer que se derogara toda la sección segunda del capítulo V de la Ley Cambiaria, denominado “Del Fideicomiso de Garantía”, sugirió la modificación de algunos de los preceptos que habían regulado el fideicomiso desde que fue adoptado por nuestro sistema jurídico, con el fin de que se les imprimiera mayor claridad.

El deterioro que provocaron las reformas en el mercado de los servicios fiduciarios obligó a quienes protagonizaron las mismas a reconocer su desacierto, puesto que el resultado fue absolutamente contrario a los propósitos que decían perseguirse, lo que los obligó a tratar de encontrar alguna fórmula con la que se lograra no tanto revertir los efectos negativos de su infortunada actuación, sino alcanzar el doble propósito de: por un lado, simular que se modificaban o dejaban sin efecto algunas de las reformas efectuadas, pero por otro, evitar que se hiciera notorio que se habían equivocado al producirlas, y así aparentar que sólo se había incurrido en descuidos irrelevantes que hacían necesarias pequeñas adecuaciones, un leve maquillaje que ocultara las deficiencias más graves, aunque la consecuencia fuera cometer un nuevo engaño, que es lo que está ocurriendo, si bien hasta ahora en grado de tentativa puesto que al momento de producir esta nota aún no ha sido aprobada por la Cámara de Diputados la iniciativa que fue presentada ante la Cámara de Senadores por la Secretaría de Gobernación, en cuya exposición de motivos se vuelve a repetir insistentemente, como un ritornelo, y es ahí donde está la reincidencia en el engaño, de que ahora sí con esas nuevas modificaciones va a incrementarse en forma explosiva la actividad crediticia para beneficio de la banca y, como consecuencia, para el desarrollo del país.

Persiguiendo ese ardid, se sucedieron numerosos proyectos en los que participaron diversos bufetes de abogados, personal de la Asociación de Banqueros de México, un pequeño grupo de la Comisión de Fiduciarios del mismo organismo, a los que se agregó la intervención de funcionarios públicos de diversas dependencias, para terminar con la elaboración de una iniciativa, no menos infortunada que las reformas de 2000 y que en mayo último fue enviada por la Secretaría de Gobernación a la Cámara de Senadores, que el 29 de octubre último la aprobó en sus términos, sin la más mínima enmienda, y la turnó a la Cámara de Diputados, misma

que, como se ha dicho antes, no ha emitido su pronunciamiento. Esa iniciativa es la que será materia de estos comentarios, en los que, respecto de cada precepto, se transcribirá el texto que está actualmente en vigor, el que el suscrito había propuesto, en su caso, y el que se contiene en dicha iniciativa, con inserción de un comentario, con el cual este autor pretende justificar su propuesta o las razones de su rechazo a la que contiene aquélla:

1. *Artículo 381*

<p><i>Texto actual.</i> En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.</p>	<p><i>JSO.</i> El fideicomiso es un contrato en virtud del cual el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, cuyo cumplimiento encomienda a una institución fiduciaria, para cuyo efecto le transmite la propiedad de dichos bienes.</p>	<p><i>Iniciativa.</i> El fideicomiso es un contrato en virtud del cual, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o titularidad de uno o mas bienes o derechos, según el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.</p>
---	---	--

La redacción actual de este precepto consigna, más que una definición, un mero concepto del fideicomiso, pero además lo hace en términos de tal manera imprecisos, que durante décadas los estudiosos del derecho se han extraviado en discusiones inacabables sobre su interpretación y la naturaleza de esa figura, especialmente para definir si el fideicomiso era traslativo de dominio o un simple gravamen, si se estaba frente a un contrato, un acto unilateral o una combinación de ambos, como alguien ha sostenido.

Si bien es verdad que ese desconcierto no llegó a afectar significativamente el cada vez más amplio abanico de utilización del fideicomiso, era aconsejable imprimirle mayor precisión y claridad al texto del precepto y así lo sugirió, cuando tuvo la oportunidad de hacerlo, el autor de estas notas.

Debe acreditárseles a los reformistas el que hayan atendido la sugerencia, pues la redacción considerada ahora en la iniciativa tiene de positivo que, en caso de ser aprobada, dejará consignadas varias precisiones,

a saber: que el fideicomiso es un contrato, que tiene efectos traslativos sobre la propiedad de los bienes que se afectan al mismo y que la ejecución de los fines, que es uno de los elementos esenciales de ese acto jurídico, constituye una obligación cuyo cumplimiento queda a cargo del fiduciario.

2. Artículo 383

<p><i>Texto actual.</i> Artículo 383. Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o <i>jurídicas</i> que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>Es nulo el fideicomiso que se constituye a favor del fiduciario salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, y en las demás disposiciones legales aplicables.</p> <p>La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitados y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán <i>designar de común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso de que surgiere un conflicto de intereses entre las mismas.</i></p>	<p><i>Iniciativa.</i> Artículo 382. Pueden ser fideicomisarios las personas () que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>Es nulo el fideicomiso que se constituye a favor del fiduciario, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, y en las demás disposiciones legales aplicables.</p> <p>La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos que tengan por fin servir como instrumentos de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, al celebrar el contrato, las partes deberán <i>convenir los términos y condiciones para dirimir conflictos de intereses.</i></p>
--	--

El texto en vigor, al señalar cuáles personas pueden ser fideicomisarias, menciona expresamente que pueden tener tal carácter lo mismo las “personas físicas” que las “jurídicas”, pero en el numeral que atiende a ese aspecto en la iniciativa se omite la mención expresa de las jurídicas.

Tal supresión ni se justifica ni es recomendable. Uno de los métodos que se utilizan para la interpretación de las normas jurídicas que han sido objeto de modificación es comparar el nuevo texto del precepto con el del que lo precedió; es a lo que suele llamarse en la técnica interpretativa el factor histórico; luego entonces, si el precepto que nos

ocupa, actualmente en vigor, establece que pueden ser fideicomisarias las personas *físicas* o *jurídicas* y en el nuevo texto que se propone se suprime la referencia a estas últimas, posibilita la interpretación, discutible o no, de que el legislador quiso suprimirlas a las jurídicas esa posibilidad. Por otra parte, en el lenguaje común sólo se entiende por persona al individuo de la especie humana, postura que asumen también los diccionarios de términos usuales. Siendo el concepto de persona jurídica una ficción generada en el ámbito de la especialización técnica, poco accesible a los no profesionales del derecho, al hablar sólo de “personas” se corre el riesgo de que no se consideren comprendidas en el precepto las jurídicas y que, por tanto, se estime que estas últimas quedan excluidas de la posibilidad de ser fideicomisarias. Cabe preguntarse, ¿qué propósito válido puede tener cambiar una regla clara y precisa por otra que conduzca a incertidumbre?

Por lo que toca a los dos últimos párrafos del artículo 383 en vigor, que en la iniciativa fueron colocados en el 382, tanto en el ordenamiento vigente como en la variante que se propone en la iniciativa, los autores se desentenden de que el conflicto de intereses, como lo sostienen prestigiados tratadistas,³ se produce desde el momento mismo en que se celebra el contrato donde se pacta que la institución tenga las dos calidades; pero suponiendo sin conceder que no ocurriera desde ese momento, quedaría en duda quién será quien determine cuál es el momento en que debe considerarse que se presentó el conflicto.

El autor de estos comentarios en algún momento había propuesto que los párrafos de referencia quedaran sustituidos por uno sólo que dijera: “Es nulo el fideicomiso que se constituya a favor del fiduciario, salvo cuando esto se haga de manera irreversible, en pago de un crédito a favor de la propia institución”.

En este supuesto, como el fideicomiso se constituye en pago de un adeudo contraído en favor de la propia institución, ya no es posible que se presente el conflicto de intereses, pues para el caso es irrelevante que se transmita a aquella en plena propiedad el bien en pago del crédito o que se haga en un fideicomiso que ella misma opere, ya que en ambos casos dicho bien quedaría a la absoluta disposición de la institución, con pleno derecho a disponer del bien, en cuanto la contraprestación correspondiente, al darse por pagada del adeudo.

3 Manrique Nieto, Carlos E., *La fiducia de garantía*, Bogotá, 1997, p. 40.

3. Artículo 384

<p><i>Texto actual.</i> Artículo 384. Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o <i>jurídicas</i> 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, reparto o enajenación correspondan a dichas autoridades o a las personas que éstas designen.</p>	<p><i>Iniciativa.</i> Sólo pueden ser fideicomitentes las personas () con capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso, según sea el caso, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes para ello.</p>
--	--

La supresión de la referencia expresa a las personas jurídicas para ser fideicomitentes conduce a la misma reflexión formulada respecto del artículo 383. Por lo demás, es de reconocerse que la otra parte del texto que se propone en la iniciativa tiene mayor congruencia que el que está en vigor. Este es otro de los pocos puntos buenos que hay que acreditar a los autores de la iniciativa.

4. Artículo 385

<p><i>Texto actual.</i> Artículo 385. Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello, conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito.</p> <p>En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario o, en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la Ley.</p>	<p><i>Iniciativa.</i> Sólo pueden ser instituciones fiduciarias las expresamente autorizadas para ello conforme a la ley.</p> <p>En el contrato de fideicomiso podrán intervenir varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el cargo de fiduciario, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse.</p>
---	---

<p>El fideicomitente podrá designar varias instituciones para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando las institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la sustituya.</p> <p>Si no fuera posible esta sustitución cesará el fideicomiso.</p>	<p>Salvo lo que se prevea en el contrato de fideicomiso, cuando por renuncia o remoción la institución fiduciaria concluya el desempeño de su cargo, deberá designarse a otra institución fiduciaria que la sustituya.</p> <p>Si no fuere posible esta sustitución, el fideicomiso se dará por extinguido.</p>
--	--

El párrafo 2 del precepto con su actual redacción tiene abierta, de manera expresa, la posibilidad de que el fideicomitente exponga su voluntad de constituir el fideicomiso, dejando establecidas las reglas, fines y materia del mismo, independientemente de que en el momento en que deja expuesto ese propósito, no se de la presencia del fiduciario aceptando la encomienda, obligándose a cumplir con ella y darse por recibido de los bienes, en su caso, y no existe ninguna razón válida para que, como lo hace la iniciativa, se derogue ese párrafo y se suprima así la referencia explícita de esa posibilidad, misma que si bien es cierto que de todas maneras subsistirá, aunque no se mencione en la Ley, por el principio de libertad de contratación, es preferible dejarla expresamente consignada, para que en ningún momento se vaya a interpretar que su eliminación del texto actual fue con el propósito de que no tuviera el fideicomitente esa facultad. Lo que sí deberá cuidarse, por las experiencias desafortunadas que en el pasado se han tenido al respecto, es en dejar claro que mientras sólo se haya manifestado unilateralmente la voluntad o decisión del propietario de los bienes de establecer el fideicomiso, éste no cobra existencia sino hasta que se hace presente la voluntad de la institución fiduciaria aceptándolo.

Al considerar lo anterior, no debe perderse de vista que, como lo sostienen algunos tratadistas, el fideicomiso vino a ser dentro de nuestro sistema jurídico, una nueva especie del género mandato, ya que constituye, como éste, una encomienda, tal como lo consideró acertadamente el prestigiado jurista panameño Ricardo Alfaro; lo cual lleva a sostener que le son aplicables por analogía, en lo conducente, los principios de

nuestro Código Civil que rigen el mandato, y en este ordenamiento no sólo no existe impedimento alguno para que se otorgue un mandato aun sin que comparezca para tal efecto el mandatario, aunque estipula que el contrato sólo se perfecciona por la aceptación del mandatario, misma que, como lo prevé el artículo 2557 de dicho Código, puede ser expresa o tácita. De ello se desprende con claridad que mientras no se produzca la aceptación, en cualquiera de sus formas, por parte del mandatario, no cobra existencia el contrato de mandato, y por analogía es válido hacer la misma consideración respecto al contrato de fideicomiso.

Por lo tanto, ante esa posibilidad, lo atinado será dejar previstas las respectivas soluciones para los dos supuestos: una para cuando no ha nacido el fideicomiso por no haber sido aceptado por ninguna institución fiduciaria, y, la otra, cuando habiendo sido constituido, se produjo la renuncia o remoción del fiduciario, y no fue posible su sustitución. Consecuentemente, el texto adecuado para el último párrafo debería ser: “Si no hubiere habido aceptación o no fuere posible la sustitución, no habrá fideicomiso o el que se hubiere constituido se extinguirá”.

5. Artículo 386

<p><i>Texto actual.</i> Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular.</p> <p>Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto de ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él se deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros.</p> <p>El fideicomiso constituido en fraude de terceros, podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados.</p>	<p><i>Iniciativa</i></p> <p>...</p> <p>...La institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad.</p> <p>...</p>
---	--

El texto que se adiciona al segundo párrafo en la iniciativa carece de justificación, puesto que ya está contenido en el artículo 79 de la Ley de Instituciones de Crédito, que es a donde corresponde dicha disposición, por su carácter adjetivo, y en eso se traduce la obligación ahí establecida para la institución fiduciaria de llevar cuentas separadas para cada fideicomiso.

6. Artículo 387

<p><i>Texto actual.</i> El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.</p>	<p>JSO. Cuando en un testamento se disponga la creación de un fideicomiso, éste sólo se considerará constituido hasta que muerto el testador, el fiduciario manifieste su aceptación y se obligue a su desempeño. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.</p>	<p><i>Iniciativa.</i> La constitución del fideicomiso deberá constar siempre por escrito.</p>
--	--	---

De las dos afirmaciones que se hacen en la parte inicial del artículo como está actualmente redactado, la primera es una perogrullada, por obvia, y la segunda es un desacierto, pues no es jurídicamente posible dejar constituido un fideicomiso en un testamento. En este último aspecto el legislador original hizo un uso inadecuado del término “constituir”, en lugar del cual lo indicado hubiera sido utilizar el vocablo “prever”. En tal error se ha incurrido no sólo en otras legislaciones sino también en el famoso proyecto del ya citado jurista panameño doctor Ricardo Alfaro, pero éste tuvo buen cuidado de aclarar en diversas ocasiones que aunque el fideicomiso se podía constituir —queriendo decir prever o disponer su constitución futura— por testamento, mientras la institución no interviniera aceptando la encomienda no había fideicomiso. La ambigüedad o equivocidad del vocablo ha permitido que haya quienes le atribuyan una connotación o alcance que no puede tener y que ha

contribuido a que haya quien sostenga que el fideicomiso es un acto unilateral de voluntad por considerar que basta con que una persona prevea en un testamento —acto unilateral por excelencia— que a su muerte se establezca un fideicomiso para que por ese sólo hecho se tenga por constituido o perfeccionado, lo que desde luego está fuera de toda lógica. Sin embargo, suprimir tajantemente el precepto, como ocurre en la iniciativa, tiene el grave inconveniente de hacer suponer que ya no es posible que un sujeto pueda en un testamento dejar expresada su voluntad en el sentido de que a su muerte se constituya un fideicomiso con la totalidad o parte de sus bienes.

Por otra parte, Rodolfo Batiza, que es quizá el autor que con más acuciosidad, amplitud y atingencia ha estudiado el fideicomiso, ha sostenido, aunque su punto de vista haya sido severamente cuestionado, que no sólo son nulos sino inexistentes los fideicomisos que se constituyen contractualmente pero que han de surtir efectos a la muerte del fideicomitente, y que consecuentemente son también nulas las llamadas cláusulas testamentarias insertas en los contratos en las que se prevén actos que deberá realizar el fiduciario cuando el fideicomitente haya fallecido, pues aduce que son actos *mortis causa*, conforme a las disposiciones del Código Civil, y que, por consiguiente, sólo pueden ser válidos cuando están previstos en y con la solemnidad de un testamento. Con la supresión que se hace en la iniciativa se vendría a fortalecer la tesis sostenida por Batiza y se haría cuando menos más discutible la eficacia de esos actos, que hasta ahora se han venido realizando sin que hasta donde se sabe hayan sido por eso motivo de impugnación.

En lo relativo al tema de la forma que deben revestir los contratos de fideicomiso, la parte final del texto actual del precepto que se comenta, con toda atingencia, establece como principio general que su constitución deberá constar por escrito *y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso* (cursivas nuestras).

El artículo 407 en vigor, que fue introducido por las reformas en la sección segunda relativa a los fideicomisos de garantía, establece por su parte que cuando se refieran a bienes muebles y el monto sea de doscientas cincuenta mil unidades de inversión o más, las partes deberán

al fiduciario y quienes se la confirieron tienen el derecho irrestricto de retirársela cuando lo estimen conveniente, igual que cuando se otorga un mandato, sin que tenga porqué requerirse la conformidad del fiduciario, bastando al efecto que los interesados hagan tal decisión de su conocimiento.

Cabe aquí reiterar las consideraciones formuladas en relación con el mandato en el penúltimo párrafo del comentario a la reforma que se pretende al artículo 385.

8. *Artículo 393*

<p><i>Texto actual.</i> Extinguido el fideicomiso los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria, serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos. Para que esta devolución surta efectos tratándose de inmuebles o de derechos reales impuestos sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso y que esta declaración se inscriba en el Registro Público de la Propiedad en que aquel se hubiere inscrito.</p>	<p><i>Iniciativa.</i> Extinguido el fideicomiso, si en el contrato respectivo no se pactó lo contrario, los bienes o derechos en poder de la institución fiduciaria serán transmitidos al fideicomitente o al fideicomisario, según corresponda. En caso de duda u oposición respecto a dicha transmisión, el juez de primera instancia competente en el lugar del domicilio de la institución fiduciaria, oyendo a las partes, resolverá lo conducente.</p> <p>Para que la transmisión antes citada surta efectos tratándose de inmuebles o de derechos reales impuestos sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria así lo manifieste y que esta declaración se inscriba en el Registro Público de la Propiedad en que aquel se hubiere inscrito.</p> <p>Las instituciones fiduciarias indemnizarán a los fideicomitentes por los actos de mala fe o en exceso de las facultades que les correspondan para la ejecución del fideicomiso, por virtud del acto constitutivo o de la ley, que realicen en perjuicio de éstos.</p>
---	---

El párrafo primero del precepto como se propone en la iniciativa mejora atinadamente la parte relativa del texto actual.

Conforme a la disposición vigente, con sentido práctico, basta para la devolución de los bienes, en su caso, que la fiduciaria lo asiente así en el documento constitutivo del fideicomiso. La iniciativa no dice dónde

debe asentarse tal declaración, lo que hace suponer que tendrá que ser en un documento aparte y con las mismas formalidades que se utilizaron para la constitución, lo cual le quita la agilidad que actualmente tiene dicho trámite.

El último párrafo resulta superfluo, pues las responsabilidades de la institución fiduciaria en caso de desempeño indebido ya están previstas en el artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito.

9. *Artículo 394*

<p><i>Texto actual.</i> Quedan prohibidos:</p> <p>I...</p> <p>II...</p> <p>III. Aquellos cuya duración sea mayor de <i>treinta</i> años cuando se designe como beneficiario a una persona <i>jurídica</i> que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo pueden constituirse con duración mayor de treinta años, cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.</p>	<p><i>Iniciativa.</i> Quedan prohibidos:</p> <p>III. Aquellos cuya duración sea mayor de <i>cincuenta</i> años cuando se designe como beneficiario a una persona <i>moral</i>... Sin embargo, pueden constituirse con una duración mayor de <i>cincuenta</i> años cuando...</p>
--	---

La acertada ampliación del plazo del fideicomiso cuando el beneficiario o fideicomisario sea una persona moral es por demás conveniente, porque incrementará la utilización de ese instrumento jurídico.

10. *Sección segunda. Del fideicomiso de garantía*

El impacto más dañino lo constituye el hecho de que con desacato al buen juicio y al más elemental sentido jurídico se pretenda mantener como sección aparte dentro de la Ley Cambiaria una regulación específica sobre el fideicomiso de garantía sin que haya una razón lógica suficientemente válida para tal determinación. Irracionalmente se ha pretendido reglar el fideicomiso de garantía como una operación distinta e independiente del fideicomiso en general, no obstante que no es sino una más de la amplia gama de operaciones que quedan comprendidas

tanto dentro del concepto que de dicha figura se establece en el artículo 381 actualmente en vigor de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, como en la definición que la iniciativa consigna del mismo en dicho precepto. Atenta contra la más elemental técnica jurídica el que disposiciones adjetivas, como son las que reglamentan su operación, se inserten arbitrariamente dentro de los preceptos sustantivos que definen su naturaleza y características. No hay además ninguna razón para alterar la práctica establecida desde que en nuestra legislación se mencionó por primera vez el fideicomiso de garantía, según la cual las reglas para su operación se establecieron, como en estricto rigor correspondía, en las leyes que han venido reglamentando la actividad bancaria: la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1984, que fue la primera que lo mencionó en su artículo 64, y posteriormente en la vigente Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 83.

Es pertinente aclarar que nunca fue indispensable reglamentar de manera específica su operación, pues desde que nació el fideicomiso en México se han constituido abundantemente fideicomisos de garantía, aplicando las disposiciones generales sobre ese acto jurídico sin necesidad de que se hubiera hecho siquiera mención al mismo en la ley, y cuando esto ocurrió, por prejuicios de personas y autoridades absolutamente mal informadas, se hizo de manera por demás defectuosa, al grado de que el precepto tuvo que sufrir varias modificaciones. Puede ser que reporte alguna utilidad que se establezcan las normas mínimas a que deba sujetarse su ejecución, porque ésta tiene ciertas características que le imprimen una problemática *sui generis*, que ha sido motivo de enjuiciamientos equivocados, pero eso corresponde hacerlo dentro de la Ley de Instituciones de Crédito, como venía ocurriendo antes de las funestas reformas de mayo de 2000, y a condición de que tales normas operativas sean concebidas con un criterio racional y de equidad.

11. Artículo 395

Texto actual:

En virtud del fideicomiso de garantía el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

Desde el momento de la constitución del fideicomiso de garantía se deberá designar a la institución que fungirá como fiduciaria.

El texto de este precepto ya no se incluye en la iniciativa, lo cual se explica respecto del primer párrafo puesto que no procede dar una definición específica del fideicomiso de garantía, ya que ésta quedaría comprendida dentro de la que la propia iniciativa contiene en el artículo 381 respecto del fideicomiso en general.

12. *Artículo 396*

Texto actual:

Podrán ser fideicomitentes y fideicomisarios cualquier persona física o moral, con independencia de la actividad preponderante a la que se dedique.

Los fideicomitentes, además deberán tener la capacidad necesaria para hacer la afectación de los bienes y derechos que el fideicomiso implica.

Estas disposiciones contenidas actualmente en el precepto han sido eliminadas en la iniciativa, pues por fortuna, los autores alcanzaron a detectar que eran innecesarias por obvias. Pero en este numeral la iniciativa consigna lo que es el contenido del artículo 400 ahora en vigor, manteniendo así la posibilidad de que coincidan en una misma institución la calidad de fiduciaria y fideicomisaria, estipulación que fue motivo de amplia crítica en la nota producida en octubre de 2000 por el mismo autor de estos comentarios y a la que se ha hecho mención en páginas precedentes.

13. *Artículo 397*

<p><i>Texto actual.</i> El fideicomisario podrá ser designado por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en un acto posterior. El fideicomitente podrá designar dos o más fideicomisarios, a cuyo efecto deberá estipularse el orden de la prelación entre ellos o, en su caso, el porcentaje que de los bienes afectos al fideicomiso corresponda a cada uno de ellos.</p>	<p><i>Iniciativa.</i> Cuando así se señale en el contrato constitutivo, un mismo fideicomiso podrá ser utilizado para garantizar simultánea o sucesivamente diferentes obligaciones que el fideicomitente contraiga, con un mismo o distintos acreedores, a cuyo efecto cada fideicomisario estará obligado a notificar a la institución fiduciaria que la obligación a su favor ha quedado extinguida, en cuyo caso quedarán sin efectos los derechos que respecto de él se deriven del fideicomiso. La notificación deberá entregarse mediante fedatario público a más tardar a los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se reciba el pago.</p> <p>A partir del momento en que el fiduciario reciba la mencionada notificación, el fideicomitente podrá designar un nuevo fideicomisario o manifestar a la institución fiduciaria que se ha realizado el fin para el cual fue constituido el fideicomiso.</p> <p>El fideicomisario que no entregue oportunamente al fiduciario la notificación a que se refiere este artículo, resarcirá al fideicomitente los daños y perjuicios que con ello le ocasione.</p>
--	--

Sobre lo que se estipula en el párrafo primero del texto actual y que se reproduce en el artículo 382 de la iniciativa, a juicio del autor de este análisis, es conveniente establecer que mientras no sea designado el fideicomisario o si no es designado en un determinado plazo, el fideicomiso no surte efectos o se extingue, pues de lo contrario se convierte en una fórmula para burlar acreedores. El mismo resultado se tendrá si habiéndose pagado a un acreedor, se mantiene vigente el fideicomiso sin designar un nuevo fideicomisario.

Las razones antes expuestas conducen a sostener que si bien es cierto que el principio general establecido tanto en las disposiciones vigentes como en la iniciativa consiste en que el fideicomiso es válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, tratándose en particular del fi-

deicomiso de garantía, no puede ni debe tenerse por constituido si en el momento en que se celebra el contrato entre el fideicomitente y el fiduciario no existe una obligación en favor de una persona determinada a quien se esté garantizando con el mismo.

14. *Artículos 398-400*

En estos artículos de la iniciativa se establece la regulación de los fideicomisos sobre bienes muebles, manteniendo la posibilidad —que ya había sido absurdamente establecida en las reformas de 2000— de que los mismos puedan quedar en posesión del propio fideicomitente deudor y que éste pueda utilizarlos en su actividad productiva. Esa posibilidad tiene como lógica consecuencia que el fideicomiso en esas circunstancias carezca de eficacia como instrumento de garantía al permitir al deudor disponer de los bienes, y porque además sólo surte efectos entre las partes y no respecto de terceros, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 389 en sus fracciones II y III, como ya se expresó en la nota crítica a que se ha venido haciendo referencia producida respecto de las citadas reformas de 2000.

15. *Artículo 403*

Dice la iniciativa en la parte relativa de dicho precepto:

Artículo 403. En los contratos de fideicomiso de garantía, las partes podrán convenir la forma en que la institución fiduciaria procederá a enajenar extrajudicialmente, a título oneroso, los bienes o derechos en fideicomiso, siempre que, cuando menos, se pacte lo siguiente:

...

...

IV...

El texto que contenga el convenio de enajenación extrajudicial a que se refiere este artículo deberá incluirse en una sección especial del contrato de fideicomiso de garantía, la que contará con la firma del fideicomitente, que será adicional a aquella con que haya suscrito dicho contrato.

...

El hecho de que el precepto estipule que en los contratos de fideicomiso de garantía las partes podrán convenir la forma en que la fiduciaria

procederá a enajenar extrajudicialmente, a título oneroso, los bienes o derechos en fideicomiso, pareciera ser que se reinstaura el sistema tradicional conforme había operado durante casi setenta años este tipo de fideicomisos. Sin embargo, el articulado del Código de Comercio relativo a los procedimientos de ejecución se mantiene en los mismos términos que se establecieron en las reformas de 2000, conforme a las cuales era necesario recurrir a juicio para poder llevar a cabo la ejecución.

Lo estipulado en el párrafo segundo de la fracción IV revela la supervivencia del prejuicio que ha existido en cierto sector limitado y mal informado de la doctrina de que la facultad que se les confiere contractualmente a los fiduciarios para ejecutar los fideicomisos de garantía es inconstitucional, y es por eso que se establece una fórmula insólita, extravagante y absurda consistente en que, para que el fideicomitente faculte al fiduciario a vender los bienes, en caso de incumplimiento en el pago, debe firmar dos veces en el documento en que se consigne el convenio respectivo. Al parecer se está considerando candorosamente —para utilizar un término amable— que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una manifestación de voluntad, con la que se confiere a alguien una determinada facultad, depende del número de firmas que se estampen en el documento en que tal facultad sea conferida.

16. *Artículo 405*

Este precepto reitera lo que se había prescrito en el artículo 409 ahora vigente, al estipular:

Las acciones de los acreedores garantizados con fideicomiso de garantía prescriben en tres años contados desde la fecha en que se haya dado por vencida la obligación garantizada. En este caso se extinguirá el derecho a pedir su cumplimiento y se revertirá la propiedad de los bienes objeto de la garantía al patrimonio del fideicomitente.

No es posible encontrar justificación para que se sancione en esa forma al acreedor que pretenda que se le garantice el pago del crédito que otorga mediante un contrato de fideicomiso cuando existen otras formas legales de garantizar obligaciones que no tienen esa consecuencia negativa para el acreedor. ¿Se pretenderá acaso desalentar el uso del fideicomiso, contradiciendo así la reiterada afirmación de que con las reformas se busca incentivar el crédito?

17. *Código de Comercio. Título tercero bis*

Sus estipulaciones en general padecen una notoria falta de congruencia con los cambios que se establecen en la iniciativa para la Ley Cambiaria, lo que obliga a un análisis más detenido y a que sean revisadas con sentido lógico, de manera de hacerlas racionalmente aplicables y eliminar contradicciones o posibilidades de conflicto.

II. CONSIDERACIONES FINALES

La labor que hasta ahora se ha llevado a cabo para modificar nuevamente la Ley, por lo que se ha propuesto y por el evidente desaseo con que hasta ahora se está procediendo, hace temer que el resultado seguirá siendo una legislación sobre el fideicomiso llena de incongruencias, desaciertos, contradicciones y absoluta falta de rigor técnico.

Vaya además una reflexión más a fondo: el hecho de que quienes participen en distintas formas y a diversos niveles en la elaboración o modificación de las normas jurídicas, lo mismo en las de más alto rango, como pueden ser las constitucionales, hasta las que estén en la parte más baja de la pirámide compuesta por el conjunto de nuestras leyes, lo hagan desenfadadamente, sin conocimiento ni sentido de responsabilidad, sin tener conciencia de la importancia y efectos que pueda tener su labor en los distintos ámbitos de la sociedad, es lo que dificulta que nuestro país pueda establecer, como ha sido siempre lo deseable, un régimen de derecho que merezca tal nombre; eso es lo que ha hecho decir a un conocido columnista, no sin cierta razón, que “en México, la legislación es un amasijo de leyes, reformas y adiciones que se contraponen y contradicen unas con otras”,⁴ aunque, al parecer, no es un fenómeno del que nuestro país tenga la exclusividad, pues un abogado argentino, viendo hacia lo que sucede en el suyo, ha dicho que: “legislar mal, (es) un hábito de este tiempo”.⁵

4 Musacchio, Humberto, Diario *Reforma*, sección A, 22 de enero de 2003.

5 Lisoprowski, Silvio V., *La factura conformada. Legislar mal, un hábito de nuestro tiempo*, Argentina, “LL”, 1997.

En el caso que nos ocupa, es de lamentar que no se haya aprovechado una oportunidad que difícilmente volverá a presentarse de perfeccionar la normatividad del fideicomiso, para corresponder a la utilidad que durante más de siete décadas había venido prestando esa institución jurídica al servicio de la colectividad.