

**XVII CONGRESO LATINOAMERICANO DE FIDEICOMISO, GUATEMALA**

(17 AL 19 DE OCTUBRE, 2007).

FELABAN Y ASOCIACIÓN BANCARIA DE GUATEMALA.

**LAS CLÁUSULAS IRRENUNCIABLES DEL FIDEICOMISO.**

CARLOS FELIPE DÁVALOS M.

JUEVES 17 DE OCTUBRE

GUÍA RÁPIDA DE EXPOSICIÓN

- 
- 
1. En mi modesta opinión, los tres pilares de Basilea 2 se pueden resumir en la siguiente forma:
    - a. Requerimientos mínimos de capital y patrimonio, mayormente en función de la disminución real de las probabilidades de insolvencia, mediante algoritmos específicos;
    - b. El control de los bancos centrales y órganos reguladores sobre los bancos, con base en facultades discrecionales, tanto respecto de la imposición de sanciones por actos revelados por su vigilancia, como para anticipar los mínimos de capital requeridos; y
    - c. Disciplina y transparencia del mercado (*i.e* reglas de transparencia e información al público sobre niveles de capitalización y patrimoniales, de riesgo y de manejo y

administración)

2. Como se desprende del eje de la banca mundial transcrito, el fideicomiso no es particular ni específicamente considerado, ni aún como un componente de los requerimientos a cumplir en la reglas concernientes a la transparencia del mercado.
  3. Lo anterior sugiere la eventual utilidad de la siguiente pregunta: ¿el fideicomiso es parte integrante del sistema financiero? Más concretamente, ¿Si no fuese necesario que, en algunos países, el fiduciario fuera una institución de crédito, el fideicomiso seguiría siendo parte obligada del sistema bancario?
- 
4. De acuerdo con la experiencia en Estados Unidos y en Francia, la respuesta sería no. Los *Trust Agents* y las *Trust Companies*, son perfectamente funcionales, sin necesidad de ser apéndices ni sociedades complementarias de un banco.
  5. En el mismo sentido —a guisa de ejemplo— el “temblor financiero” de junio y julio pasado, generado por la colocación bursátil de papeles con respaldo hipotecario, por una parte, **(i)** permiten afirmar que Basilea 2 funcionó, porque aunque EUA anticipó que sólo 2/3 partes de los bancos se plegarían a Basilea 2 —los más importantes y más presenciales— fue suficiente para que el daño haya sido paliado con alguna rapidez; pero por otra parte, **(ii)** igualmente permite afirmar que el fideicomiso y las entidades dedicadas especialmente a él, no son componente indispensable del sistema financiero, en la medida en la que no obstante el señalado “temblor financiero”, las

actividades fiduciarias en aquel país continuaron en forma normal, tanto a nivel de captación como de cumplimiento.

6. Si a esto aunamos el normal funcionamiento y el comportamiento durante el citado “temblor”, de los *Escrow Agreements* y las *Escrow Agents* —de los cuales no hay en los derechos de información bonapartista más parangón que, precisamente, el fideicomiso y los fiduciarios— convergemos otra vez a la misma conclusión, a saber: el fideicomiso es un contrato mercantil, pero no necesariamente, en forma intrínseca, financiero ni bancario; y de su parte, las instituciones que se dedican especializadamente al fideicomiso, tampoco son parte obligada del sistema bancario, a lo menos no por ese sólo hecho de necesaria participación.

- 
7. Visto así, igualmente resultaría conveniente preguntarse si es necesario pensar en un sistema —que sería una especie de equivalencia de Basilea 2— destinado a establecer los requerimientos mínimos, tanto de texto como de comportamiento y de responsabilidad, respectivamente, para el fideicomiso y las fiduciarias, para ser puesto a la consideración de los sistemas fiduciarios nacionales de los países en los que el fideicomiso sea funcional, o en los que la autoridad desee que lo sea, para que sirva, acaso, de modelo.
  8. De ser necesario, viable o a lo menos aconsejable, tales reglas fiduciarias modelo, serían perfectamente factibles mediante la participación de un organismo tan potente y organizado como COLAFI.

9. Sin embargo, esta modesta plática no pretende ser el origen de tal propuesta, sino sólo la mención de los componentes que, en mi opinión, ineludiblemente deben ser considerados en todo negocio fiduciario. Serían los siguientes.
- 
10. Para ello propongo partir de un factor —en mi opinión— incontrovertible: el fideicomiso es un contrato, pero además, es un contrato bilateral, sinalagmático y oneroso, que al mismo tiempo, es altamente técnico, especializado y complejo.
  11. A lo anterior —que son las características elementales del negocio— debe igualmente sumarse que, desde un punto de vista puramente práctico, el fideicomiso no tiene un fin específico en sí mismo —como la compraventa, la apertura de crédito, el arrendamiento financiero etc. — sino que es, esencial y exclusivamente, un medio. La naturaleza teórico práctica del fideicomiso es, no servir para algo limitado a su definición, concepción y vocación, sino la de llegar a un fin, el que sea, siempre que sea lícito y determinado.
  12. Puesto así, consideramos que los componentes esenciales del fideicomiso deben obedecer a los requerimientos que el derecho civil y el derecho mercantil establecen a cargo y a favor de las partes de cualquier contrato, como irrenunciables; o puesto en otro contexto como el judicial, como anulables en caso de haberse realizado en contravención.

12. Tales requerimientos son, en mi opinión, los siguientes, los que en una u otra forma están recogidos por todos los derechos bonapartistas, desde hace siglos (en el caso concreto del derecho mexicano, los encontramos en los artículo 6°, 7° y 8° del Código Civil Federal):
- a. Ni la voluntad manifestada en el contrato, ni en su ejecución, tanto de la fiduciaria como la de los fideicomitentes, puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla.
  - b. En el texto del fideicomiso y de sus anexos, sólo se pueden renunciar (i) los derechos privados (ii) que además, no afecten directamente al interés público y (iii) siempre que la renuncia no perjudique derechos de tercero.
  - c. Aún en el caso de una renuncia que sea legalmente factible, no debe producir efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia.
  - d. Son nulos tanto los fideicomisos, como la ejecución de los fideicomisos, que se celebren o se ejecuten contra el tenor de las leyes prohibitivas.
  - e. En la misma forma deben ser nulos los fideicomisos, así como la ejecución de los fideicomisos, que se celebren o se ejecuten contra el tenor de leyes de interés público.
  - f. Las anteriores prohibiciones y nulidades, se deben excepcionar sólo en los casos en que la ley ordene lo contrario.

13. Ejemplos de cómo gravitan los principios irrenunciables anteriores, en algunos aspectos fiduciarios concretos:
- a. En primerísimo lugar, la cláusula de no responsabilidad;
  - b. Desconocimiento de leyes de orden público, pero principalmente de las leyes prohibitivas (municipalidad, sociedades mercantiles, herencias, etc)
  - c. Desconocimiento de oficios que eventualmente sean parte de la evacuación del fin (fideicomiso bursátil, de liquidación, de quiebra, de ahorro, etc)
  - d. Improcedencia de *pacta sunt servanda*, ante la necesidad del principio de buena fe contractual
  - e. Profesionalización del oficio fiduciario, como defensa del fideicomitente
  - f. Las labores de selección del negocio fiduciario, a la luz de la legalidad de las consecuencias.
  - g. Principio de la conservación del contrato.
  - h. Varios (fotocopias).

---

Preguntas...

