

Panamá, 7 de Septiembre de 2005.

**FEDERACIÓN LATINOAMERICANA DE BANCOS**  
**XV CONGRESO LATINOAMERICANO DE FIDEICOMISO**

**ASPECTOS BÁSICOS DE LA GESTIÓN FIDUCIARIA:**

**LA RESPONSABILIDAD DEL  
FIDUCIARIO**

**PONENTE: LIC. MIGUEL GARCÍA Y GARCÍA.**  
**DIRECTOR GENERAL ADJUNTO JURÍDICO Y FIDUCIARIO.**  
**NACIONAL FINANCIERA, S.N.C.**

# ÍNDICE

## INTRODUCCIÓN

I. ASPECTOS GENERALES DE LA GESTIÓN FIDUCIARIA .....	4
II. LA RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO.....	11
II. OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO Y FORMAS DE LIMITAR SU RESPONSABILIDAD.....	18
III. CONCLUSIÓN.....	39

## **INTRODUCCIÓN**

A partir de la regulación de la figura del Fideicomiso en México, es decir desde el año de 1926, éste ha mostrado un gran desarrollo y crecimiento que se ha constatado con la gran cantidad de fideicomisos que actualmente se constituyen y operan con diversos objetivos para el progreso de México y para la aplicación de programas específicos tanto públicos como privados, lo cual también en cierta forma ha impactado en ciertos países de Latinoamérica.

Es por la diversidad en los fines de los fideicomisos, que a las instituciones que en México pueden actuar como fiduciarias, les esperan diferentes gestiones que deben desempeñarse con responsabilidad, eficiencia, eficacia y certidumbre jurídica, de conformidad con la legislación que sea aplicable y con el objetivo de continuar e incrementar la utilización de esta figura.

Por lo anterior, el objetivo de la ponencia es brindar una visión general y esquemática de la responsabilidad del fiduciario en su gestión cotidiana, a la luz de la legislación mexicana.

# **I. ASPECTOS GENERALES DE LA GESTIÓN FIDUCIARIA.**

En México, el Fideicomiso es un acto jurídico que participa de la naturaleza de un contrato por virtud del cual una persona denominada fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para destinarlos a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de los mismos a la propia fiduciaria, pudiendo ser éstos en beneficio de un tercero denominado fideicomisario.

En el contrato de fideicomiso podemos observar tres partes:

Fideicomitente: Persona que transmite la propiedad o la titularidad de bienes o derechos.

Fiduciaria: Institución autorizada para realizar la encomienda.

Fideicomisarios: Beneficiarios del Fideicomiso.

Es la Fiduciaria la que lleva a cabo los fines del Fideicomiso, lo cual se traduce en su gestión la que mucho dependerá del tipo de fideicomiso, de la naturaleza jurídica de la Fiduciaria y de la diversidad de los fines del fideicomiso.

Por lo anterior, al hablar de la gestión fiduciaria es necesario, primeramente, conocer quiénes pueden actuar como fiduciarios. Así, la legislación mexicana<sup>1</sup> establece que por regla general, sólo las Instituciones de Crédito (Instituciones de Banca Múltiple e Instituciones de Banca de Desarrollo) pueden actuar como fiduciarios; no obstante, esta regla

---

<sup>1</sup> Artículo 46-XV de la Ley de Instituciones de Crédito y 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

general tiene algunas excepciones para que otras instituciones y organismos actúen como fiduciarias, aunque su actuación esté limitada en cada una de ellas, ejemplos:

a) Patronato del Ahorro Nacional<sup>2</sup>.

b) Instituciones de Seguros: Su actuación como fiduciaria se limita únicamente a los fideicomisos de administración e inversión cuya materia y fines coincidan con lo que señala la ley específica, es decir, aquellos en que se afecten recursos relacionados con el pago de primas por los contratos de seguro que se celebren<sup>3</sup>.

c) Instituciones de Fianzas: Su actuación como fiduciaria se limita a los fideicomisos de garantía y están sujetas en su actuación a las mismas bases que las instituciones de crédito fiduciarias<sup>4</sup>.

d) Casas de Bolsa: Pueden actuar como fiduciarias en negocios directamente vinculados con las actividades que le son propias<sup>5</sup>.

e) Banco de México: Puede actuar como fiduciario cuando por ley se le asigne esa encomienda, o tratándose de fideicomisos cuyos fines coadyuven al desempeño de sus funciones o de los que el propio Banco constituya para cumplir obligaciones laborales a su cargo<sup>6</sup>.

f) Servicio de Administración y Enajenación de Bienes: a partir de febrero de este año es atribución de éste

---

<sup>2</sup> De conformidad con el artículo 5 de su Ley Orgánica.

<sup>3</sup> Artículo 34 fracción IV de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

<sup>4</sup> Artículo 16 fracción XV de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

<sup>5</sup> Artículo 22 fracción IV de la Ley del Mercado de Valores.

<sup>6</sup> Artículo 7 fracción XI de la Ley del Banco de México.

organismo fungir como fiduciario sustituto en los fideicomisos constituidos en instituciones de crédito, instituciones de seguros, instituciones de fianzas, sociedades financieras de objeto limitado y almacenes generales de depósito, cuya liquidación le sea encomendada, así como, en aquellos en los que actúe con el carácter de fideicomitente o fideicomisario el Gobierno Federal o alguna entidad paraestatal de la Administración Pública Federal.

Hay que recordar que el fiduciario realiza los fines del fideicomiso por medio del ejercicio de los derechos que le ha transmitido el fideicomitente, por lo que la fiduciaria deberá poder ejercer todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, con las limitaciones que se deriven del contrato, de su incompatibilidad con los fines del fideicomiso o por las reservadas por el fideicomitente en el contrato, por lo que disfrutará de las más amplias facultades para pleitos y cobranzas, actos de administración y de dominio.

Lo anterior, porque los bienes y derechos que se afectan en fideicomiso, necesariamente se tienen que transmitir al fiduciario, quien está obligado a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo. Esta obligación no la podría cumplir si no fuera titular de los bienes y derechos fideicomitidos.

El cumplimiento de las obligaciones del fiduciario es correlativo al ejercicio de los derechos que se le transmiten, pues está obligado a ejercerlos para alcanzar los fines del fideicomiso.

Los fines del fideicomiso son las actividades jurídicas que realiza el fiduciario, en ejecución del contrato, a través del

ejercicio obligatorio de los derechos que le transmite el fideicomitente, y pueden serlo cualquier actividad jurídica que reúna las siguientes características<sup>7</sup>:

- a) Que sea lícita (no contraria a las leyes de orden público o a las buenas costumbres).
- b) Que sea posible (que pueda existir por ser compatible con las leyes de la naturaleza o con una norma jurídica y que no constituye un obstáculo insuperable para su realización) y;
- c) Que sea determinada (específica, ya que no será válido el fideicomiso sino se determina el fin que con el mismo se persigue).

Esta posibilidad tan amplia, constituye la riqueza de nuestra figura, pero cuando no se maneja con prudencia, puede llevar a celebrar operaciones de fideicomiso que excedan las capacidades del fiduciario, lo cual podrá traer como consecuencia que se le finquen responsabilidades, es por ello conveniente precisar los fines del fideicomiso teniendo en cuenta la posibilidad de poder cumplirlos.

Por la estrecha relación del tema con las obligaciones civiles, conviene recordar definiciones y conceptos que la ley y la doctrina contemplan.

Por obligación se entiende la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas llamada acreedor tiene derecho de exigir de otra llamada deudor, cierta prestación (hecho o abstención). Entre estos dos sujetos existe un vínculo de derecho, por virtud del cual el acreedor puede apremiar al deudor a que cumpla con la obligación, y el deudor debe cumplir con su obligación.

---

<sup>7</sup> De conformidad con el Código Civil Federal.

Si bien el fideicomiso es un acto mercantil, lo referente a las obligaciones mercantiles está regulado en forma limitada en los artículos 77 al 88 del Código de Comercio, por lo que se aplican supletoriamente las disposiciones sobre obligaciones civiles, siendo aplicable el Código Civil.

Así, son fuentes de las obligaciones, aplicables al negocio fiduciario:

**1. El Contrato:** En todo contrato hay cláusulas esenciales (aquéllas que no pueden ser derogadas por voluntad de las partes en un contrato, dado que determinan la esencia de la operación), naturales (las partes pueden modificar las disposiciones legales siempre y cuando no vayan en contra de una disposición de orden público), y accidentales (las partes regulan libremente los aspectos especiales de cada operación), en consecuencia, es lícito establecer en los contratos cláusulas que limiten la responsabilidad de las partes, pues las mismas tienen el carácter de naturales, salvo tratándose de exención de responsabilidad por dolo, mala fe o negligencia, de conformidad con el Código Civil<sup>8</sup>, que establece que: “La responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la ley disponga expresamente otra cosa”.

Respecto de las obligaciones que derivan de los contratos, el artículo 1796 del mismo ordenamiento prevé que: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso o a la ley”.

---

<sup>8</sup> Artículo 2117.

De lo anterior se deriva que, cumplir el contrato conforme a la ley implica que las partes al momento de celebrar un contrato, están creando una norma de carácter particular que debe subordinarse al ordenamiento legal del país; y conforme a los usos del lugar donde se celebra, destacando que en materia mercantil los usos tienen el carácter de fuente del derecho, y que existen usos generales que son los practicados por todo el comercio, y especiales en tan sólo determinados ramos de él, y en caso de conflicto prevalece el uso especial sobre el general, en el mismo sentido, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito declara aplicables al fideicomiso los usos bancarios, esto es, los especiales y en segundo término los generales, es decir, los mercantiles.

El uso puede considerarse como una cláusula tácita, sobreentendida en los contratos mercantiles, por la cual, las partes deciden someter sus relaciones a la práctica establecida.

**2. Los Hechos ilícitos:** Por ilícito se entiende todo aquello que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

El Código Civil<sup>9</sup> ordena que: “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”, y este es el principio de la responsabilidad civil.

**3. La responsabilidad objetiva o teoría del riesgo creado:** es una fuente de obligaciones reconocida por nuestra legislación, por virtud de la cual el que hace uso de cosas o mecanismos peligrosos, debe reparar los daños que cause,

---

<sup>9</sup> Artículo 1910.

aun cuando haya procedido lícitamente<sup>10</sup>, por ejemplo si la fiduciaria recibe en fideicomiso una fábrica de químicos y como consecuencia de un accidente se causan daños a terceros, está obligada a responder civilmente de los mismos, aun cuando no haya obrado con culpa, pero en este caso la responsabilidad de la fiduciaria está limitada al monto del patrimonio del fideicomiso.

Conforme a lo anterior, la fiduciaria está obligada a cumplir conforme al acto constitutivo del fideicomiso, y en consecuencia, no podrá excusarse o renunciar a su encargo, sino por causas graves cuya determinación y valor queda al juicio del juez, pero nadie está obligado a hacer lo imposible; sin embargo, será responsable civilmente de la pérdida o menoscabo que los bienes sufran por su culpa.

Ante estas situaciones, el fideicomisario puede ejercer los derechos que se le conceden en el contrato constitutivo; podrá exigir su cumplimiento, atacar la validez de los actos que realice el fiduciario en su perjuicio cuando éste actúe de mala fe o en exceso de sus facultades y que en consecuencia, se ponga en riesgo el patrimonio del fideicomiso.

---

<sup>10</sup> Artículo 1913 del Código Civil Federal.

## **II. LA RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO.**

Para constatar la responsabilidad hay que verificar la presencia de los siguientes elementos:

- a) Una acción u omisión.
- b) Que cause daño o perjuicio: entendiéndose por daño<sup>11</sup>, la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación; y por perjuicio<sup>12</sup>, la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.
- c) Ambos deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación.
- d) Que la conducta dañosa sea imputable al autor de la acción u omisión, salvo que exista una causa que lo libere de la responsabilidad.
- e) Que la acción u omisión sea de hecho propio, de personas que tienen a su cuidado, o de cosas o animales que poseen.
- f) Tratándose de obligaciones contractuales, se requiere además que haya mora, que implica el retraso culpable en el cumplimiento de una obligación.

Pero para determinar el nivel de responsabilidad del fiduciario en su actuación hay que tomar en cuenta dos factores:

---

<sup>11</sup> Artículo 2108 del Código Civil Federal.

<sup>12</sup> Artículo 2109 del Código Civil Federal.

**1.** El fideicomiso es un negocio de confianza, por tener su antecedente en el sistema Anglo-norteamericano, en el cual se desarrolló la noción del Trust. Sin embargo, el alcance de la Responsabilidad Fiduciaria en México excede este término.

Las relaciones de confianza, pueden generar abuso o exceso, lo que conduce a que se mire con severidad la actuación de la fiduciaria, ya que se supone que las facultades otorgadas deben ser ejercidas de manera cabal, por la confianza que la ley le exige por virtud de su posición.

**2.** La legislación exige contar con un fiduciario profesional y especializado, de quien cabe esperar responda a la confianza que en él se deposita, a la hora de aceptar y ejecutar los contratos fiduciarios, y ello explica por qué su gestión y los deberes inherentes a su labor son indelegables, y por lo cual responde por la diligencia propia de un buen padre de familia, y su conducta como profesional es examinada con más rigor.

En este sentido incumplir es no emplear los medios razonables a su alcance para obtener el resultado esperado, es decir, prestar los servicios sin tener los conocimientos o la experiencia suficientes; o no utilizar los recursos científicos y técnicos disponibles; o no obrar con la diligencia ordinaria, todo lo cual refleja la existencia de una responsabilidad.

Se ha considerado que la responsabilidad civil y la profesional, pueden derivarse del incumplimiento o violación de un contrato, o consistir en un acto u omisión que cause perjuicio a otro, y la gama de la responsabilidad profesional es extensa, desde la negligencia hasta el dolo.

La responsabilidad está vinculada con la noción clásica de culpa a través de tres grados:

- a) Culpa grave: implica no manejar los negocios con el cuidado que aún las personas negligentes pondrían en sus negocios propios, al grado de no prever consecuencias fácilmente previsibles y equivale al dolo.
- b) Culpa leve: es la falta de diligencia y cuidado que se emplea por una persona en el manejo de sus propios negocios, y corresponde a la noción del manejo y administración de los bienes como un buen padre de familia.
- c) Culpa levísima: implica la falta de esmerada diligencia que un experto emplearía en el manejo de sus negocios (se responde hasta de la más leve culpa).

No es que existan tres clases de culpa, sino que para la determinación de su existencia, se califican distintas conductas según el interés que tenga la persona en la operación.

La legislación mexicana<sup>13</sup> exige a las instituciones que presten servicios como fiduciarias, que obren siempre como un buen padre de familia, de manera que la responsabilidad en su gestión alcanza hasta la culpa leve, sin dejar de observar que también responden por dolo y negligencia.

Cabe destacar que las causas excluyentes de responsabilidad son:

1. El caso fortuito o fuerza mayor.
2. La culpa grave del cliente.
3. El establecimiento de una cláusula penal.

---

<sup>13</sup> Artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

4. El establecimiento de una cláusula de no responsabilidad.

5. Cuando se establece un Comité Técnico y la fiduciaria obra ajustándose a sus instrucciones, responsabilidad que se matiza, ya que la fiduciaria debe abstenerse de cumplir resoluciones del comité técnico dictadas en exceso de las facultades expresamente fijadas por el fideicomitente, o en violación a las cláusulas del contrato de fideicomiso, debiendo responder de los daños y perjuicios que se causaren en caso de ejecutar actos en acatamiento de acuerdos dictados en exceso de dichas facultades o en violación del contrato.

De conformidad con lo expuesto, las fiduciarias son personas morales que obran y se obligan por medio de los órganos que las representan y en consecuencia, responden por los hechos ilícitos que lleguen a cometer sus representantes y directivos (generalmente denominados delegados fiduciarios), y también el estado responde por los actos de los funcionarios públicos que atiendan la gestión fiduciaria, en la medida que establece la propia ley.

Así el artículo 1918 del Código Civil Federal establece que: “Las personas morales son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones”.

Existe una salvedad para el Estado, considerándolo como responsable subsidiario en el artículo 1927 del mismo ordenamiento que dispone que: “El Estado tiene obligación de responder por los daños y perjuicios causados por sus empleados y funcionarios con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo

podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos”.

Sin embargo, esta responsabilidad general cede ante las leyes mercantiles, pues el fideicomiso es un contrato de naturaleza mercantil, por lo que si existe un acto ilícito cometido por un empleado de la fiduciaria, deberá acudir a la legislación mercantil, ya que la ley especial prevalece sobre la general.

En este sentido, la Ley de Instituciones de Crédito<sup>14</sup> contempla que: “En las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta ley, las instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios. La institución responderá civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento de las condiciones o términos señalados en el fideicomiso o la ley”, y que “El personal que las instituciones de crédito utilicen directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos, no formará parte del personal de la institución, sino que, según los casos, se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso. Sin embargo, cualesquier derechos que asistan a esas personas conforme a la ley, los ejercerán contra la institución de crédito, la que en su caso, para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte afectará en la medida que sea necesaria, los bienes materia del fideicomiso”.

En cuanto a los actos cometidos por los delegados fiduciarios si bien la fiduciaria responde, los mismos no están exentos de

---

<sup>14</sup> Artículos 80 y 82, respectivamente.

las sanciones por sus actos, de los que tienen que responder en caso de comprobarse la existencia de un dolo.

Una práctica corporativa que pueden llegar a implantar las instituciones fiduciarias para dar solución a este problema, es que en el nombramiento de los delegados fiduciarios, hagan comparecer mancomunadamente a dos de ellos a los actos jurídicos que realicen en ejercicio de sus facultades.

En el caso de los delegados fiduciarios especiales, aquellos que reciben el nombramiento para representar a la fiduciaria en un fideicomiso en específico de la administración pública, son objeto de una regulación particular contenida en el artículo 110 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al considerar que los Directores Generales de los fideicomisos públicos podrán ser considerados sujetos de juicio político.

En este mismo sentido, el riguroso marco legal en materia de responsabilidad fiduciaria, genera alto riesgo para las instituciones que desempeñan tal encargo en caso de verse involucradas en litigios y reclamaciones que no tengan una relación directa a sus obligaciones legales y contractuales, sino que estén relacionadas a pretensiones diversas de los fideicomitentes, fideicomisarios o terceros ajenos al fideicomiso; ante esta situación, se pueden generar gravísimos inconvenientes económicos, de imagen y de requerimientos de tiempo extraordinario para su atención, tanto para la institución fiduciaria como para sus delegados y otros empleados.

Si bien es cierto que existe la figura indemnizatoria de la condena de gastos y costas para el litigante temerario, en muchas ocasiones resulta de imposible ejecución por la falta de bienes de la contraparte procesal.

Por estas consideraciones, y con objeto de solventar el problema resulta conveniente generar una cobertura de riesgo ante la posibilidad de quejas, reclamaciones, denuncias penales o demandas temerarias generadoras de actos de molestia para la obtención de prestaciones en disputa a cargo del patrimonio fideicometido.

Como ejemplo de lo anterior podemos citar: la creación de provisiones o reservas contables de finalidad exclusiva, la constitución de fideicomisos con aportaciones de la institución fiduciaria, y la contratación de seguros especializados en responsabilidad civil profesional. A través de cualquiera de las opciones señaladas, el delegado fiduciario y otros empleados de la institución fiduciaria, contarán con la posibilidad de apoyo legal para el patrocinio de su defensa, el pago de fianzas o garantía de libertad condicional o reparación de daños y perjuicios, y propiamente el pago de la responsabilidad patrimonial. La cobertura de riesgo de mérito otorga beneficios tanto a la institución fiduciaria como a su personal, garantizando la ausencia de presiones económicas.

Desde luego resulta indispensable reglamentar las modalidades y limitaciones de la cobertura como por ejemplo: funcionarios elegibles, instrumentos generadores de la prestación, catálogo de abogados patronos, reembolso de gastos en caso de acreditar dolo, límite económico por evento, exclusiones, entre otros aspectos a considerar .

### **III. OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO Y FORMAS DE LIMITAR SU RESPONSABILIDAD.**

Comenzaremos por recordar las obligaciones de la fiduciaria, por la razón de que todo debate de responsabilidad suele partir de una valoración de la conducta esperada cotejada contra una lista de obligaciones, por lo que el incumplimiento, deriva de la discordancia entre la conducta y la obligación asumida.

Las obligaciones del fiduciario pueden ser de:

- a) Hacer: Ejecutar los fines del fideicomiso y dependen del tipo de fideicomiso.
- b) Dar: por ejemplo, realizar pagos a los fideicomisarios.
- c) No Hacer: No hacer mal uso de los derechos transmitidos y no excederse del ejercicio de sus facultades.

Las obligaciones que se derivan para el fiduciario no se limitan a lo que expresamente se señala en los contratos de fideicomiso, sino a todas aquellas obligaciones que emanan de la naturaleza misma del contrato.

Los derechos y obligaciones se pueden precisar dependiendo la naturaleza jurídica de los bienes y derechos y los fines que el mismo persiga, ya que los mismos se traducen en los actos jurídicos a cargo del fiduciario, por lo que no se puede establecer un catalogo concreto de las obligaciones y derechos del fiduciario, que comprenda todos los fideicomisos posibles; sin embargo, se pueden contemplar algunas

obligaciones de la fiduciaria aplicables a todos los fideicomisos.

Las demandas que se han presentado en contra de las fiduciarias por supuestos malos manejos de los patrimonios fideicomitidos, han motivado la inclusión en los contratos de cláusulas que reducen los riesgos en la actuación de las instituciones fiduciarias.

A continuación se señalarán algunas de las obligaciones de la fiduciaria aplicables a todos los fideicomisos, así como la forma de limitar la responsabilidad de ésta, mediante la inserción de cláusulas en los contratos de fideicomiso:

**1. Revisar el acto constitutivo de fideicomiso y cualquier acuerdo adicional:** para evaluar si está en condiciones y capacidad de cumplir su encargo, debiendo actuar de manera prudente, con cautela, y diligente, es decir, haciendo todo aquello que sea necesario, para cumplir con la finalidad encomendada.

Por tanto, tiene que actuar, no puede dejar de hacerlo, pero no puede actuar en forma precipitada, de lo contrario es responsable, por lo que tiene que buscar el equilibrio entre ser diligente y prudente.

Esta es una de las responsabilidades más delicadas<sup>15</sup>, ya que deberá obrar como un buen padre de familia, es decir, de manera tal que sus actos no puedan ser calificados de imprudentes o maliciosos.

**Para limitar su responsabilidad:** Se deberán rechazar todos aquellos negocios en los cuales el fiduciario tenga conocimiento de que no los podrá llevar a cabo con la prudencia y diligencia requerida, así como aquellos negocios

---

<sup>15</sup> Artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

fiduciarios que tengan un propósito cuya obtención se dificulta a través de las figuras contractuales típicas, ya que se han presentado discusiones doctrinales acerca del carácter simulado de tales negocios o de la consideración de su celebración como un fraude a la ley.

Frente al anterior entorno, las instituciones fiduciarias en México, para acotar riesgos han establecido comités internos de evaluación y aceptación de nuevos negocios de fideicomiso, estableciendo reglas o políticas estrictas de aceptación de nuevos negocios, de tal modo que todo nuevo negocio, previo a su aceptación, tiene que ser aprobado por ese Comité. Algunas de las reglas o políticas de aceptación de negocios que se han establecido son las siguientes:

1.-No aceptar negocios donde el fiduciario se obligue cambiariamente o suscriba deudas.

2.-Revisar que las obligaciones que asuma el fiduciario sean factibles de cumplir.

3.-Revisar la rentabilidad de cada negocio, analizando las cargas de trabajo y la compensación que vía honorarios recibirá el fiduciario.

4.-En fideicomisos de garantía analizan las calidades morales y el prestigio comercial de los participantes.

5.-En negocios inmobiliarios evitan vincularse con compradores de terrenos o departamentos en operaciones a plazos.

**2. Cumplir las disposiciones del contrato constitutivo:** Si la fiduciaria no cumple con lo expresamente señalado en el contrato responderá civilmente por los daños y perjuicios que cause con su incumplimiento, pero la fiduciaria no será responsable de hechos, actos u omisiones de los fideicomitentes, fideicomisarios, comité técnico, autoridades o

terceras personas que impidan o dificulten el cumplimiento de los fines del fideicomiso<sup>16</sup>.

**Para limitar su responsabilidad:** En el contrato se especificarán las facultades y atribuciones de la fiduciaria, en aspectos relacionados con la administración de los bienes y su transmisión a terceros, así:

- a) En fideicomisos de garantía, la fiduciaria dependiendo del tipo de bienes que se aporten podrá pedir al fideicomitente o fideicomisarios la designación de un depositario que se encargue de la guarda y custodia de los bienes.
- b) En fideicomisos testamentarios generalmente los fideicomisarios son menores de edad, por lo que podrá solicitar la designación de representantes legales.
- c) En fideicomisos de inversión deberá establecer que será el fideicomitente, los fideicomisarios, el Comité Técnico o un Comité de Inversiones constituido para estos efectos, los que instruyan respecto a los valores que se adquieran, y solamente a falta de instrucciones, podrá discrecionalmente invertir en valores autorizados procurando instrumentos que ofrezcan tasas de interés competitivas y del menor riesgo posible.
- d) En todos estos fideicomisos lo conveniente es que la fiduciaria se deslinde de la responsabilidad por la aplicación y manejo que a los recursos entregados den los fideicomitentes o fideicomisarios, para el caso de que los mismos se utilicen en parte o en su totalidad a fines diversos a los previstos en el contrato.
- e) Asimismo, el uso de medios electrónicos proporciona a las fiduciarias una mayor seguridad en las operaciones que realizan, lo que disminuye considerablemente el riesgo, debido a los puntos de control y validaciones que

---

<sup>16</sup> Artículos 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y 80 de la Ley de instituciones de Crédito

se realizan de manera automática, identificando al cliente mediante mecanismos de firma electrónica (certificados digitales y encriptación de datos).

- f) Aunado a lo anterior, contar con procesos diseñados en función de las actividades de la fiduciaria y de los sistemas, contribuye a obtener un alto grado de certidumbre en las operaciones y calidad de los servicios, lo que se traduce en la obtención de la certificación ISO 9000.

### **3. Obligaciones en relación con los bienes fideicomitidos:**

La fiduciaria tendrá que observar diversas obligaciones dependiendo del tipo de bienes que se aporten al fideicomiso, para poder actuar como titular del patrimonio<sup>17</sup>, como por ejemplo:

- a) Si se trata de inmuebles, verificar la inscripción de los mismos en el Registro Público de la Propiedad a nombre del fideicomitente y que se obtenga el certificado de libertad de gravámenes.
- b) Respecto de muebles, recibirlos físicamente, para que el fideicomiso surta efectos contra terceros.
- c) Tratándose de créditos no negociables o de un derecho personal, se deberá notificar al deudor, pues de lo contrario el deudor se libera pagando al acreedor inicial, y esto podría causar un perjuicio al fideicomisario y en consecuencia responsabilidad para la fiduciaria.
- d) En títulos nominativos, se debe observar la continuidad de los endosos y en caso de acciones de sociedades que no cotizan en bolsa, verificar que se haga la anotación correspondiente en los registros del emisor; y en acciones que cotizan en bolsa, inscribirlas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, y

---

<sup>17</sup> Artículo 389 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

depositarse en el Instituto Nacional para el Depósito de Valores.

**Para limitar su responsabilidad:** Recomendable que cuando se reciban documentos que acrediten la propiedad de bienes o derechos, exista una cláusula por virtud de la cual los fideicomitentes se responsabilicen de la autenticidad y legitimidad de dichos documentos, y de las firmas que en los mismos consten, así como de que el fideicomitente tenga capacidad jurídica para afectar los bienes, haciéndose responsable de la existencia de gravámenes sobre los mismos, y obligándolo a responder por el saneamiento para el caso de evicción ante el fiduciario y futuros adquirentes. Asimismo, la fiduciaria deberá cuidar la exacta descripción de los bienes o derechos a fideicomitirse y su forma de afectación, de conformidad con las formas de transmisión de bienes y derechos que determina la legislación.

En varias legislaciones se ha empezado a aceptar la teoría del error legítimo, aquella equivocación que si bien no era imposible descubrir, es de tal magnitud, que excede la diligencia normal que podría esperarse, en este caso la actitud de la fiduciaria se calificaría de legítima y no daría lugar a responsabilidad, y la diligencia debida de la fiduciaria debe exonerarla de responsabilidad.

**4. Hacer inventario y prestar caución:** son obligaciones excepcionales, el hacer un inventario tomando nota detallada de los bienes que se han recibido y prestar la caución a petición de parte interesada o por decisión judicial, y como medida conservatoria tendiente a garantizar el cumplimiento de sus obligaciones.

**Para limitar su responsabilidad:** en caso del inventario, el mismo surge del documento constitutivo donde deben precisarse los bienes a afectarse en fideicomiso, por lo que

en la práctica implicaría tan sólo hacer el recuento y la constatación física de su existencia.

**5. Administrar los bienes en la forma establecida:** consiste en el manejo de los bienes según su naturaleza, con los cuidados y precauciones que pueden exigírsele al fiduciario y buscando obtener las mejores condiciones de inversión, y remuneración de los recursos o productos.

Si bien el fiduciario no puede delegar el cumplimiento de sus funciones, si puede emplear auxiliares y colaboradores para una debida atención del fideicomiso y aún designar delegados fiduciarios especiales.

**Para limitar su responsabilidad:** Determinar cuidadosamente en el contrato de fideicomiso las facultades de la fiduciaria, de conformidad con los fines del fideicomiso, cuya realización comienza con la adecuada conservación y custodia de los bienes, así como en caso de que el fideicomiso contemple la figura de un Delegado Fiduciario Especial, o de un Director o Gerente General cuya función sea llevar a cabo casi en su totalidad los fines del fideicomiso, contemplar la necesidad de auditar periódicamente y llevar a cabo revisiones en cualquier momento.

**6. Obligación de suministrar informes periódicos:** parte de la noción amplia de rendición de cuentas, implica un reporte periódico, oportuno y suficiente sobre el resultado de las gestiones y de las perturbaciones o dificultades surgidas, ya que el Fiduciario tiene el deber de indicar los aspectos negativos y contraproducentes de los bienes y servicios, o de las prestaciones que se le encomienden, así como de las limitaciones técnicas de tales bienes o servicios o de los riesgos que conllevan, de manera que el cliente debe ser advertido de los peligros y de la forma de evitarlos.

**Para limitar su responsabilidad:** La fiduciaria deberá precisar forma y términos de cumplir con esta obligación, así como en que consistirán los mismos, y solo está obligada a entregar los reportes e informes a que se hubiere comprometido, por lo que no tendrá responsabilidad si cumple con lo pactado.

**7. Mantener los bienes separados del resto de sus activos:** los bienes dados en fideicomiso forman un patrimonio autónomo, separado del resto de los activos de la institución, y es precisamente en los fideicomisos públicos en los cuales las leyes aplicables, establecen que la fiduciaria llevará al respecto una contabilidad especial donde puedan distinguirse los recursos públicos del resto de las aportaciones.

Cabe recordar que a través del fideicomiso se crea un patrimonio autónomo, capaz de tener relaciones jurídicas y deudas propias, y ajeno a los gravámenes del patrimonio de la fiduciaria, por lo tanto, el fiduciario será titular de tanto patrimonio como fideicomisos en los que intervenga.

**Para limitar su responsabilidad:** más que obligación es una situación que se refleja en los registros contables, que permitan identificar dentro de la contabilidad del fiduciario la existencia de los bienes fideicomitidos, en relación con los cuales, un sistema de cuenta corriente muestre la evolución del encargo.

**8. Prestar Asesoría:** Suministrar de manera permanente consejos u opiniones para formar en el cliente un grado de conocimiento del negocio, en forma tal que pueda considerar los factores a favor o en contra de la conclusión de un determinado negocio o asunto.

**Para limitar su responsabilidad:** Generalmente en los contratos se establece una cláusula por virtud de la cual se instruye contratar un responsable jurídico, así como auditores, personal contable y demás especialistas que presten la asesoría requerida por el fideicomiso.

**9. Obligación de cumplir con las disposiciones de orden público:** Por ejemplo:

- a) En caso de que el fideicomiso se refiera a inversión extranjera deberá cuidar los porcentajes de participación señalados en la ley y no intervenir en fideicomisos donde los extranjeros deseen participar si dicha actividad está reservada a la nación mexicana o a mexicanos exclusivamente.
- b) Inscribir los fideicomisos en los registros que corresponda, así por ejemplo:
  - En fideicomisos en los que se afecten inmuebles, se debe registrar en el Registro Público de la Propiedad, aunque la ley civil no establezca la obligación, ya que de no hacerlo se podría causar perjuicios al fideicomisario y la fiduciaria incurriría en responsabilidad.
  - Inscribir en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras fideicomisos de acciones o partes sociales de inmuebles y de inversión neutra por virtud de los cuales se deriven derechos a favor de la inversión extranjera.
  - Fideicomisos y mandatos que celebren las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, deberán inscribirse en el Registro de Fideicomisos que al efecto lleva la Unidad de Política y Control Presupuestal de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

**Para limitar su responsabilidad:** se deberá pactar en el contrato a cargo de quién es la obligación de realizar estos registros.

**10. Vigilar el ejercicio de los derechos corporativos de acciones fideicomitidas:** Generalmente el fideicomitente se reserva el derecho de voto, y la fiduciaria sólo está obligada a otorgar el poder que el fideicomitente o el fideicomisario le indique.

**Para limitar su responsabilidad:** La fiduciaria puede pactar que no será responsable por la falta de asistencia del apoderado a la asamblea, ni por el sentido del ejercicio del voto.

**11. Conservar los bienes y derechos en su integridad, y protegerlos frente a ataques de terceros (Defender el patrimonio fideicomitado):** debe velar por su conservación tanto física como jurídica, protegiéndolos frente a los ataques que puedan recibir, de terceros, del fideicomisario e inclusive del propio fideicomitente, incluso a través del ejercicio de acciones judiciales y proponiendo las defensas pertinentes ante perturbaciones de hecho o de derecho, o de cualquier circunstancia que pueda afectar el patrimonio fideicomitado, ya que el fiduciario como titular jurídico de los bienes o derechos tiene la obligación de protegerlos contra cualquier pretensión extraña.

**Para limitar su responsabilidad:** Se deberá establecer en el contrato de fideicomiso que para la defensa del patrimonio, el fiduciario sólo estará obligado a notificar la situación que ponga en riesgo el mismo, para lo cual sólo otorgará los poderes que instruya el Comité Técnico, el fideicomitente o el fideicomisario, terminado su responsabilidad con dicho aviso.

Asimismo, en caso de considerarlo conveniente, se les exija a los apoderados el otorgamiento de finazas para garantizar el cumplimiento de su encargo, y la rendición de cuentas a la terminación del mismo.

**12. Cumplir con las instrucciones del Comité Técnico:** Si por la complejidad de los fines del fideicomiso se requiere un cuerpo colegiado que tome decisiones en cuanto a diversos aspectos del fideicomiso, cuando la fiduciaria actúe con sujeción a las mismas quedará libre de toda responsabilidad, y si el fideicomiso tiene que responder frente a terceras personas, se afectará en la medida que se necesite y hasta donde alcancen los bienes fideicomitidos.

**Para limitar su responsabilidad:** La fiduciaria debe pactar la integración, las funciones y facultades del Comité Técnico, estableciendo límites a su responsabilidad para el caso de que no cumpla dichas instrucciones cuando sean contrarias a los fines o naturaleza del fideicomiso, o a la legislación aplicable, pues en caso de que cumpla acuerdos en detrimento de los fines del fideicomiso, no queda liberada de responsabilidad.

La participación del fiduciario en dicho Comité deberá ser discrecional, solamente contando con voz pero sin voto, para vigilar el buen funcionamiento del mismo y se deberá designar un representante del comité ante el fiduciario, para que por su conducto, se reciban las instrucciones, que deberán constar por escrito de forma oportuna para su ejecución.

No obstante, existe la opinión en la doctrina de que al simplemente actuar el fiduciario conforme a las instrucciones de éste órgano colegiado, se reducen los contratos fiduciarios a una simple ejecución de instrucciones.

**13. Contratar al personal que se considere necesario para el buen funcionamiento del fideicomiso:** Si bien es cierto que el fiduciario no puede delegar sus funciones, esto es, debe ejercer directamente las facultades que se le asignan, ello simplemente supone el ejercicio por él mismo de las facultades derivadas de su carácter, ya que el fiduciario no es persona que tenga que ser conoedor de todas las actividades lo que le permita ocuparse de todos los negocios que se le encomienden. Al ser el fiduciario un profesional se supone que tiene la organización empresarial suficiente para saber que puede gestionar los negocios que acepta. Para ello requiere personal y auxiliares que laboren bajo su responsabilidad pero puede precisar de profesionales externos que le apoyen.

**Para limitar su responsabilidad:** Se debe prever en el contrato que la fiduciaria no tendrá ninguna responsabilidad laboral derivada de este personal al servicio del fideicomiso, teniendo que ser en caso de que exista Comité Técnico, el que instruya a la fiduciaria la contratación de dichas personas y el monto de los honorarios a cubrirse a las mismas.

**14. Otorgar los poderes a la persona que se vaya a encargar de la administración del fideicomiso:** Esta obligación se deberá cumplir, previa instrucción del Comité Técnico, siendo a cargo del fideicomitente o del patrimonio del mismo, el otorgamiento y la revocación de los citados poderes.

**Para limitar su responsabilidad:** Es conveniente establecer en el acto constitutivo del fideicomiso, los casos de sustitución del administrador para el caso de que incurra en incumplimiento o deficiencia de su servicio, y que en estos casos la fiduciaria no es responsable de la actuación del mismo, precisamente por haber actuado con sujeción a

instrucciones del cuerpo colegiado, ni tampoco de los gastos y honorarios de dichos apoderados, los cuales serán a cargo del patrimonio del fideicomiso o del fideicomitente.

**15. Cobrar los honorarios fiduciarios que se hubieren previsto en el contrato y gastos operativos:** Más que una obligación es un derecho de los fiduciarios. Generalmente los fiduciarios contemplan tarifas por el manejo del fideicomiso, dependiendo su cuantía de la complejidad y carga operativa del negocio, y los cuales serán con cargo al patrimonio del fideicomiso, con independencia de los gastos en que incurra el fiduciario por el manejo del fideicomiso.

**Para limitar su responsabilidad:** Es conveniente señalar en el contrato constitutivo el mínimo de honorarios a cubrir y que serán revisados anualmente para ajustarlos a los cambios del mercado.

Asimismo, que tanto los gastos como los honorarios serán cubiertos con cargo al patrimonio del fideicomiso, y para el caso de que no hubiere recursos en el patrimonio, se deberá establecer que los mismos sean cubiertos por el fideicomitente, o en su caso, por el fideicomisario, y que no está obligada a realizar acto alguno que implique erogaciones sino existen fondos suficientes en el patrimonio.

Asimismo, podrá pactarse que la falta de pago de los honorarios a la fiduciaria, se considera causa grave para dar por terminado el fideicomiso ante los tribunales, o instancias arbitrales correspondientes.

**16. Deber de imparcialidad:** para satisfacer la confianza depositada en el fiduciario, este deber ser imparcial y su conducta neutral frente a su propio interés, ya que debe hacer primar el interés del fideicomiso sobre los intereses de la propia fiduciaria y de su matriz o de su grupo, incluso del

propio fideicomitente, para prevenir potenciales conflictos de interés, mediante la prudencia y lealtad.

En conflictos de interés (cuando hay discrepancia en los motivos que persiguen quienes intervienen en una relación jurídica) tendrá la obligación de abstenerse de realizar operaciones que las impliquen.

Igual podría decirse de la actuación en conflicto de interés cuando al tomar una decisión, esta puede beneficiar a una persona distinta de su cliente o lo que es más grave al propio fiduciario, aquí por aplicación del principio de imparcialidad, el conflicto tiene que resolverse a favor de los intereses del cliente y mejor, del fideicomiso.

**17. Guardar el Secreto Fiduciario:** La Ley de Instituciones de Crédito<sup>18</sup> determina que: "Con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria, la violación del secreto propio de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta ley (operaciones fiduciarias), incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que no sean aquellos entablados por el fideicomitente o fideicomisario, comitente o mandante, contra la institución o viceversa, constituirá a ésta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes".

Este precepto prohíbe a la fiduciaria proporcionar información a personas o entidades ajenas a las partes del fideicomiso, bajo pena de incurrir el delegado fiduciario en responsabilidad penal, y la institución en responsabilidad civil.

**Para limitar su responsabilidad:** Recientemente las leyes mexicanas han establecido que en los contratos de fideicomiso o en sus modificatorios se pacte una cláusula

---

<sup>18</sup> Artículo 118.

mediante la cual el fideicomitente o los fideicomisarios, en su caso, autoricen a la fiduciaria a proporcionar información a las autoridades competentes, relativa al manejo y aplicación de recursos públicos federales.

**18. Transparencia de Recursos Públicos Federales:** Esta obligación se encuentra muy vinculada con la obligación de guardar el Secreto Fiduciario. En México a partir de la creación en 2002 del Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI), de la entrada en vigor de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG), de su reglamento y lineamientos, las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal tienen la obligación de transparentar y rendir cuentas sobre el manejo de sus recursos y de toda información que generen, obtengan, conserven, adquieran o transformen, lo cual implica publicitar la información de los fideicomisos cuando dichas dependencias actúen como fideicomitentes, incluso tratándose de fideicomisos privados en los que las mismas aporten recursos públicos pero sólo en cuanto a éstos últimos.

A fin de salvaguardar el secreto fiduciario la LFTAIPG estableció<sup>19</sup> que se podría clasificar como información reservada la concerniente al secreto fiduciario, con lo cual las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal en su carácter de fideicomitentes y a la vez sujetos obligados de la ley, acogieron dicha excepción a la regla de publicitar la información, clasificando la información relativa a fideicomisos como secreto fiduciario sin considerar que el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito que prevé dicha figura sólo puede ser argumentada por las instituciones de crédito que funjan como fiduciarias.

---

<sup>19</sup> Artículo 14 fracción II de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Observando esta problemática, el 6 de septiembre de 2004 se publicó el Acuerdo que establece los lineamientos que deberán observar las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal para el control, la rendición de cuentas e informes, y la comprobación del manejo transparente de recursos públicos federales otorgados a fideicomisos, mandatos o contratos análogos, que ordenan adicionar una cláusula en los contratos de fideicomiso, mandato o análogos, en la que se establezca que la Fiduciaria con la autorización del Fideicomitente, tiene la obligación de transparentar y rendir cuentas sobre el manejo de los recursos públicos federales que se hubieren aportado al Fideicomiso, y a proporcionar los informes que permitan su vigilancia y fiscalización, a la Secretaría de hacienda y Crédito Público, a la Secretaría de la Función Pública y a la Auditoría Superior de la Federación, para que rinda los informes correspondientes que faciliten la fiscalización referida.

**Para limitar su responsabilidad:** Es recomendable incluir una cláusula en el contrato de fideicomiso por virtud de la cual el Fideicomitente autorice de manera genérica a la fiduciaria a rendir los informes que requieran las tres autoridades que se han mencionado, sin tener que pedir autorización por cada solicitud de que éstas efectúen. Asimismo, al recibir una solicitud de acceso a la información clasificar la misma como reservada y orientar para que la información se solicite al Fideicomitente o en su caso, que éste último autorice a la fiduciaria a proporcionar dicha información si es que ésta se encuentra en su poder.

**19. Invertir los recursos líquidos del fideicomiso:** Para que produzcan frutos y rendimientos, se deberán invertir en operaciones seguras y rentables, generalmente de

conformidad con las instrucciones del fideicomitente, del fideicomisario o del Comité Técnico, y en caso contrario, de acuerdo con sanas normas de administración, diversificando las inversiones para evitar los riesgos derivados de una excesiva concentración en una sola actividad económica, haciendo más énfasis en la seguridad que en la rentabilidad, lo que significa que todo acto en relación con ellos debe ser a título oneroso.

**Para limitar su responsabilidad:** Prever en el contrato constitutivo la forma en que se deberán invertir los recursos, a falta de instrucciones, con el objeto de obtener una seguridad jurídica para el fiduciario en inversión, delimitándose la responsabilidad del fiduciario y de las partes, limitándose a inversiones de renta fija con características de seguridad, liquidez y rentabilidad que no supongan grandes riesgos.

**20. Cumplir con lo dispuesto en la fracción XIX del artículo 106 de la Ley de Instituciones de Crédito:** A las instituciones de crédito les está prohibido responder a los fideicomitentes, del incumplimiento 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<sup>20</sup>, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.

Si al término del fideicomiso constituido para el otorgamiento de créditos, éstos no hubieren sido liquidados por los deudores, la institución deberá transferirlos al fideicomitente o fideicomisario, según sea el caso, absteniéndose de cubrir su importe.

**Para limitar su responsabilidad:** se deberá insertar como cláusula lo dispuesto en este artículo, por regla general, la

---

<sup>20</sup> Artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

obligación del fiduciario es de medio y no de resultado, pero no hay que olvidar que el hecho de que el fiduciario no pueda asumir obligaciones de resultado, salvo los casos en que así lo prevea la Ley, no significa, que todas las obligaciones que se derivan del contrato tengan tal naturaleza

**21. Cumplir con las obligaciones fiscales:** La Ley del Impuesto Sobre la Renta establece que cuando a través de un fideicomiso se realicen actividades empresariales, la fiduciaria determinará la utilidad o pérdida fiscal de dichas actividades y cumplirá por cuenta de los fideicomisarios las obligaciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta, incluso la de efectuar pagos provisionales.

**Para limitar su responsabilidad:** Se recomienda que la fiduciaria obtenga la conformidad del fideicomitente para contratar despachos contables para realizar auditorías a la contabilidad del fideicomiso como al correcto cumplimiento de las obligaciones de esta ley, incluyendo la de presentar correcta y oportunamente las declaraciones de ingresos y los pagos provisionales que correspondan, y en caso de que el fideicomiso cuente con un administrador o delegado fiduciario especial, que dichas obligaciones fiscales se cumplan por éste último.

**22. Rendir cuentas de su gestión:** de la administración de los bienes surge la necesidad de responder por su manejo, se refiere a presentar informaciones completas y fidedignas sobre el movimiento contable de los bienes fideicomitidos (ingresos, egresos, la suma o bienes con que cuenta el fideicomiso así como sus pasivos), supone la presentación de un balance del fideicomiso acompañado de un estado de pérdidas y ganancias que registre ingresos y egresos y muestre la existencia o no de un superávit, pudiéndose hacer

en distintos momentos, y la no rendición de cuentas constituye justa causa para solicitar la remoción del fiduciario.

**Para limitar su responsabilidad:** establecer la forma y términos en que deberá rendir cuentas, aunado a que la presentación de informes periódicos es una manera de ir rindiendo cuentas durante el manejo del fideicomiso.

**23. Cumplir con las disposiciones sobre lavado de dinero:** Es obligación de las instituciones de crédito prevenir operaciones de lavado de dinero, por lo que la información que la fiduciaria tenga que rendir a las autoridades correspondientes, no constituye violación del secreto bancario y fiduciario, y la omisión de esta obligación por parte de la fiduciaria la constituye en responsabilidad<sup>21</sup>.

**Para limitar su responsabilidad:** para dar cumplimiento a las leyes especiales aplicables, generalmente se solicita al fideicomitente y en su caso, a los fideicomisarios información y documentos personales, a efecto de detectar este tipo de operaciones, con los cuales se crea un expediente de identificación del cliente.

Asimismo, es conveniente que los empleados de la fiduciaria sean capacitados en materia de prevención y detección de operaciones inusuales y sospechosas derivadas de recursos de procedencia ilícita.

**24. Consultar a autoridades en caso de duda:** para cumplir cabalmente con la administración de los bienes, muchas legislaciones prevén que el fiduciario pueda o deba obtener la opinión de autoridad judicial o administrativa en caso de dudas sobre el alcance de las facultades otorgadas, se trata de una función de vigilancia y control sobre la debida

---

<sup>21</sup> artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito

ejecución del fideicomiso como respaldo a la confianza depositada por el fideicomitente.

**Para limitar su responsabilidad:** En México, tratándose de fideicomisos públicos federales en caso de que se tenga alguna duda relativa a cuestiones del fideicomiso, se puede obtener la opinión de las Secretarías de Hacienda y Crédito Público o de la Función Pública, para efecto de exonerar de responsabilidad a la fiduciaria por un determinado actuar.

**25. Transmitir los bienes a quien corresponda a la finalización de su encargo:** Una nota fundamental del fideicomiso es su temporalidad, porque el fiduciario detenta sus facultades en relación con los bienes única y exclusivamente para el cumplimiento de las finalidades, y tiene la obligación de transferir los bienes a quienes estén destinados a la finalización de su cargo.

**Para limitar su responsabilidad:** para evitar futuros conflictos, en el contrato debe estipularse a quién pasarán los bienes al terminar el fideicomiso, las reglas generales son dos: jamás el fiduciario puede convertirse en fideicomisario y salvo pacto en contrario, los bienes deberán pasar al fideicomitente o sus herederos, es decir, a quien realmente haya aportado los bienes.

**26. Someterse en caso de conflicto a la jurisdicción convenida:** Siendo la competencia por territorio la única prorrogable de conformidad con la legislación del país, las partes pueden pactar someterse a la justicia jurisdiccional o arbitral.

**Para limitar su responsabilidad:** en el contrato de fideicomiso deberá pactarse que en caso de controversia derivada de la interpretación, ejecución o cumplimiento del

fideicomiso, las partes se someterán a la legislación aplicable del país donde el fideicomiso se constituya, no debiéndose someter el fiduciario a la jurisdicción de tribunales o leyes en el extranjero, o en su caso determinarse si el conflicto se someterá a la justicia arbitral, determinado desde el contrato, la institución arbitral competente y demás cláusulas esenciales del procedimiento arbitral.

Si frente a las obligaciones asumidas se produce un incumplimiento por acción u omisión, ya sea total o parcial, porque las obligaciones se entienden incumplidas cuando no se cumplen o cuando se atienden imperfectamente, en la medida en que el fideicomitente o el fideicomisario se sienta perjudicado, podrá generarse una responsabilidad a cargo del fiduciario, que tendrá que valorar el juez en cada caso concreto, ya que se produce un daño o una situación que deben ser reparadas, es decir, surge la obligación de indemnizar por daños y perjuicios, en estos casos la carga de la prueba, sobre el cumplimiento efectivo de las prestaciones debidas corresponde al fiduciario.

También cabe considerar la forma de limitar la responsabilidad de la Fiduciaria en su gestión en Fideicomisos especializados y muy operativos como lo son los fideicomisos de titularización o bursatilización.

## **IV. CONCLUSIÓN.**

Una solución para que las fiduciarias en el desempeño de su encomienda reduzcan los posibles riesgos a enfrentar una responsabilidad derivada del incumplimiento total o parcial de sus obligaciones, es ser muy cuidadoso en la redacción de los contratos de fideicomiso, estableciendo el alcance de la responsabilidad del fiduciario, lo cual impactará de manera directa en la vida operativa del negocio, lo anterior a través de cláusulas tipo que limiten la responsabilidad de la fiduciaria, eximiéndola en los casos en que por ley es posible, y mediante la ejecución de sus facultades, siempre al amparo de las instrucciones del fideicomitente.

Aunado a lo anterior, se requiere aplicar un buen criterio en la operación y funcionamiento del fideicomiso, teniendo siempre a la vista la responsabilidad que esta asumiendo el fiduciario en cada acto, porque en ocasiones cuando las operaciones no se documentan adecuadamente, el contrato no es suficiente respaldo para cubrir la responsabilidad del fiduciario.

Sin embargo, la actuación fiduciaria supone la aplicación de principios de equidad e implica en la gestión, velar porque en ella haya habido imparcialidad, justicia, dedicación, fidelidad, franqueza, lealtad y buena fe, lo cual es expresión de lo que se esperaría de un gestor profesional especializado en quien se deposita la confianza.