

24, 80



Universidad Nacional Autónoma de México

Escuela Nacional de Estudios Profesionales
"ACATLAN"



El Certificado de Participación
Inmobiliaria no Amortizable,
desde el punto de vista
de la Práctica Notarial

T E S I S

Que para obtener el Título de:

LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a:

JERONIMO EDUARDO FERNANDEZ PERAFAN



Santa Cruz Acatlán, Edo. de Méx.

1988

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

	PAGINA
PRELUDIO.....	1
CAPITULO I	
1.1 EL FIDEICOMISO Y EL CERTIFICADO DE PARTICIPACION (ANTECEDENTES).....	4
1.2 EL FIDEICOMISO BASE DE LA EMISION DEL CERTIFICADO DE PARTICIPACION INMOBILIARIA.....	21
1.3 EL TITULO DE CREDITO COMO GENERO AL QUE PERTENECE EL CERTIFICADO DE PARTICIPACION.....	30
1.4 EL CERTIFICADO DE PARTICIPACION, NATURALEZA JURIDICA.....	35
1.5 LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACION INMOBILIARIA AMORTIZABLES Y NO AMORTIZABLES (DIFERENCIAS).....	46
1.6 EL CERTIFICADO EN LA PRACTICA.....	55
CAPITULO II	
ALGUNAS DIFERENCIAS FUNDAMENTALES EN LA FORMA DE TRANSMISION INMOBILIARIA ENTRE EL DERECHO CIVIL Y EL DERECHO MERCANTIL.....	77
CAPITULO III	
LA FORMA.....	89
3.1 LA FORMA COMO REQUISITO DE VALIDEZ.....	95
3.2 CODIGOS CIVILES DE 1870, 1928.....	100
3.3 ALGUNOS CRITERIOS SOBRE LA FORMA COMO REQUISITO DE VALIDEZ.....	120

CAPITULO IV

LA INTERVENCION DEL NOTARIO PUBLICO EN LA TRANSMISION DE LA PROPIEDAD INMUEBLE Y EN LA TRANSMISION O NEGOCIACION DE LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACION INMOBILIARIA.....	124
4.1 NOTARIO PUBLICO (DEFINICION).....	126
4.2 ANALISIS DE LA DEFINICION DE NOTARIO PUBLICO.....	133
4.3 FEDATARIO PUBLICO.....	137
4.4 FUNCIONARIO PUBLICO.....	142
4.5 LA INTERVENCION DEL NOTARIO PUBLICO EN LA TRANSMISION DE BIENES INMUEBLES.....	146
4.6 LA INTERVENCION DEL NOTARIO PUBLICO EN LA TRANSMISION O NEGOCIACION DE LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACION INMOBILIARIA NO AMORTIZABLES.	152
CONCLUSIONES.....	166
BIBLIOGRAFIA.....	171
LEGISLACION.....	175
CAPITULADO	177

P R E L U D I O

Uno de los predicados fundamentales de la Ciencia Jurídica consiste en desentrañar la esencia y naturaleza de las materias que comprende. Cuando las dificultades de comprensión y descripción empírica se multiplican con el desarrollo de esta misma Ciencia, a causa del desenvolvimiento de sus concepciones y la praxis que resulta de todas estas creaciones; el jurista tiene como objetivo fundamental el contribuir a la fijación del concepto; el legislador, el resolver conforme a su técnica, los hechos que se suscitan; y el práctico, elaborar nociones claras y precisas de esa realidad normativamente contemplada.

Esta función se hace tanto más elaborada, cuanto que los Institutos de Derecho poseen disímbricas formas de apreciación por más que pertenezcan a alguna rama especializada de la Ciencia Jurídica.- Estos es, el Conjunto Normativo nunca se puede apreciar como un aislado cúmulo de concepciones de una sociedad.- Es más, es un todo homogéneo que, si bien se compone de diversificadas creaciones de la voluntad humana, que podemos distinguir, esas mismas diversificaciones y distinciones también le unen y sustentan en un calidoscopio que muestra que la unidad no es sino producto de muchos y distintos componentes del todo jurídico.

El hecho de que un resultado de la normatividad: El Certificado de Participación haya sido anotado en nuestro sistema legal como perteneciente al rubro del Derecho Mercantil, ello no es óbice para que contengan una variedad extensa de aplicaciones que hablan de la necesidad de contemplarlo desde otros puntos de vista; y con esto queda incluido entre las muchas columnatas del Derecho que tiene perspectivas diversas.

Esa es la voluntad que encamina este trabajo: El contem---
plar la figura jurídica del Certificado de Participación -
desde el punto de vista de la Función Notarial, el acto --
jurídico que le da origen y el grado de la intervención --
del perito en Derecho llamado Notario, con sus correlati--
vas expresiones por cuanto a la propiedad inmueble, o sea:
El Certificado de Participación Inmobiliaria, más clara---
mente y no el simple Certificado de Participación como di-
bujo del Derecho Comercial, sin más. El Título llamado así,
posee, así sea en lontananza, otra visión por lo demás muy
clara, exclusiva del Derecho Civil, propia y exacta, como
trataré de demostrar en el curso de este opúsculo.

Para su elaboración he dividido su contenido en cuatro ca-
pítulos de organización e información: Primero, la noción
precisa de lo que constituye un Certificado de Participa-
ción. Segundo, las diferencias notables entre el Derecho -
Común y el Derecho del Comercio para la transmisión de la
propiedad inmobiliaria; Tercero, el punto ineludible de la
propiedad inmobiliaria y su formalidad, y cuarto, la fun-
ción de la Autoridad Notarial en la transmisión o negocia-
ción de los documentos a cuyo juicio asistimos; punto acá-
pite, se señalan las conclusiones a que creo que da lugar
el desglose de los marcados epígrafes cardinales esquemá-
ticos.

No es ocioso mencionar que existen otros aspectos de total
importancia que, en homenaje a la substancia del ensayo --
que produce, los incluyo como partes integrantes de cada -
uno de los rótulos de separación: La actividad Notarial y
sus limitaciones, la benevolencia de la movilidad a lo in-
mobiliario no obtenida, la naturaleza meramente represen-
tativa del Título, la posible inseguridad jurídica que de-

rivará de su negociación, etcétera, que --insisto-- se comentan como parte informante de cada uno de los capítulos.

También me apresuro a inscribir que esta proposición de -- Tesis es producida sólo por el interés del sustentante en el tema, que espera como serán, ver superadas sus afirmaciones por los conocedores de la materia, que también es resultado del estudiante de Derecho que recién pretende -- ingresar en la profesionalidad de la disciplina, por lo -- que espera benevolencia a su tirocinio; en desagravio, pone su mejor voluntad para dejar escrita una opinión fundada en las doctrinarias que cree idóneas al respecto, y en algunas breves referencias paradigmáticas que pienso adecuadas al asunto, por lo que, en espera de si logra interesar al estudioso en rectificar sus yerros, su propósito está logrado.- Entonces, "gaudeamus, igitur".

C A P I T U L O I

1.1 EL FIDEICOMISO Y EL CERTIFICADO DE PARTICIPACION

ANTECEDENTES

Al referirse a los Certificados de participación, la Ley - General de Títulos y Operaciones de Crédito menciona expresamente, que para la emisión de los mismos es necesario que existan dados en fideicomiso irrevocable valores, derechos, o bienes de cualquier clase, respecto de los cuales, dichos certificados representan el derecho de una parte alícuota de sus frutos o rendimientos, o una parte alícuota del producto neto obtenido como resultado de su venta.

Así mismo, dicha Ley faculta en su artículo 228 b, únicamente a las Instituciones de Crédito autorizadas, para practicar operaciones fiduciarias, a emitir Certificados de Participación.

Para una mejor comprensión del tema fundamental a desarrollar, resulta conveniente recordar, así sea en forma somera, algunas ideas de la figura Jurídica del Fideicomiso en sus inicios; y de las instituciones jurídicas extranjeras que sirvieron de antecedente a nuestro legislador para reglamentar la introducción del mismo en el sistema jurídico mexicano.

Etimológicamente "Fideicomiso:", deriva de las raíces latinas "fides" (fidelidad, fé, lealtad) y "commissum" (comisión, encargo, secreto o confidencialidad), que unidas forman la palabra "fideicommissum".

En el Derecho Romano, nos dice el Maestro Margadant: "El fideicomiso era una súplica, dirigida por un fideicomitente a un fiduciario, para que entregara determinados bienes a un fideicomisario. La forma normal que tomó en el derecho romano era el del fideicomiso "mortis causa", en el cual el fideicomitente era el autor de la herencia; el fiduciario, el heredero o legatario; y el fideicomisario, un tercero.

No siempre el fiduciario tenía que entregar inmediatamente el objeto del fideicomiso. Podía mediar un intervalo de propiedad fiduciaria, durante el cual el fiduciario gozaba del objeto en cuestión. Este intervalo podía ser limitado por un término resolutorio o por una condición.

Tal fideicomiso se realizaba "verbis precativis" 142 (sic) con absoluta libertad de forma, y encontraba originalmente su base en la "bona fides" del fiduciario, sin contar con sanciones jurídicas. Servía para favorecer "post mortem" a personas que no tenían la "testamenti factio passiva" o para burlas la "Lex Falcidia" (1).

Cuando un testador quería favorecer a una persona con la cual no tenía la testamenti factio, no tenía otro recurso que rogar a su heredero que fuese el ejecutor de una voluntad, para dar al incapaz, bien fuera un objeto particular, o bien la sucesión en todo o en parte. Es lo que se llamaba un fideicomiso a causa de los términos empleados; "rogo fideicommitto".

Al heredero gravado se le llamaba fiduciario; y aquel a quien debía restituirse, fideicomisario.

1. Margadant S. Guillermo Floris. "El Derecho Privado Romano". Editorial Esfinge, S.A. Segunda Edición. México, 1965. Págs. 297 y 298.

La base del negocio fiduciario estribaba precisamente en la confianza que el transmitente depositaba y la palabra empeñada por el adquirente, de que éste obraría conforme al fin propuesto.

Como antecedentes históricos remotos, pero directos de esta figura jurídica, coinciden los tratadistas del derecho en su gran mayoría, en señalar al "trust" anglosajón, institución jurídica que surge en el siglo XII, al parecer en Inglaterra como los primeros "uses" en su forma primitiva, consistentes en transmisiones de tierras realizadas a favor de prestanombres, quienes poseían en provecho de sí mismos o de un tercer beneficiario.

Esta Institución perfeccionada pasó al "trust" angloamericano y se dice es la aceptación jurídica modernizada y --- perfeccionada del "use" inglés y que actualmente sirve para realizar variadas actividades económicas en el vecino país.

"El trust Moderno, como afirma Maitland, se desarrolló del antiguo use que consistía en una transmisión de tierras -- realizadas por acto entre vivos o por testamento a favor de un prestanombre, quien las poseería en provecho del beneficiario o "cestui que use". La palabra use, señala dicho jurista, es un término curioso que podría decirse ha equivocado su propio origen; pudiera pensarse que proviene del latín usus, pero, en realidad, deriva de opus y desde tiempos remotos en los siglos VII y VIII, como puede comprobarse en documentos jurídicos lombardos y francos, encontramos en el latín bárbaro o vulgar ad opus como equivalente a "en su representación". La expresión conviértese en el francés arcaico en el oes, ues, que en la pronuncia-

ción inglesa se confunden con use, permaneciendo ad opus - en el latín escrito" (2).

La palabra "trust", dicho sea de paso, tiene varias acepciones, a saber; una económica; utilizada para designar a ciertas organizaciones de tipo monopolítico que controlan la producción y distribución de bienes o servicios, o de ambos a la vez, con el objeto de eliminar la libre competencia y de ese modo decidir a su arbitrio acerca de la producción, abastecimiento y fijación de los precios y satisfactores producidos; otra acepción de carácter humano bastante generalizada, nos da la idea de confianza, fé o creencia en la bondad u honradez de alguien y, por último, una acepción, que es la que lo define como una obligación de equidad, por la cual una persona llamada "trustee", debe usar una propiedad a su control llamada "trust property", para el beneficio de personas llamadas "cestui que trust".

Se ha mencionado con frecuencia como antecedentes del fideicomiso, a la fiducia, Institución de Derecho Romano, -- consistente en un Pacto agregado a las formas de transmitir la propiedad, por virtud del cual el adquirente se --- obligaba a devolver la cosa adquirida..." "...El Pacto de Fiducia iba unido a una enajenación por mancipación o in-jure cessio (Gayo II, 59)" (3).

Por nuestra parte, estimamos, que el Fideicomiso debe haber surgido en distintas partes del mundo y en distintas etapas históricas con características propias, pero sustancialmente enmarcando la misma figura; ya que en cuanto el hombre siente necesidades por satisfacer, de inmediato

2. Batiza Rodolfo. "El Fideicomiso". Teoría y Práctica. Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición. México, 1980. Págs. 33 y 34, citando a Maitland, F.W.: Equity A Course ax dictares, Revised and Annotated by ahn Brunyate. Cambridge University Press, 1949, p. 23.
3. Petit, Eugéne.- "Tratado Elemental de Derecho Romano", Editorial Nacional, México, 1959, pág. 321.

le encuentra soluciones parecidas, como ejemplo podemos -- citar el vestido que, aunque difiere en su aspecto y contextura en diferentes lugares, sirve para la misma finalidad; o los instrumentos para comer que pueden ser para los orientales palillos y para los occidentales cubiertos; pero llenan una misma necesidad.

Pero volviendo al "trust", la mayoría de los autores anglo americanos están de acuerdo en considerar que aún y cuando en sus inicios de hayan desarrollado instituciones similares a éste, en países como Holanda, Francia y Bélgica; fue en Inglaterra en donde encontramos el origen del "trust" - de inversión. Para esto nos hemos de apoyar en el estudio realizado por el Licenciado Javier Iglesias Santiestevan, en su tesis intitulada "Estudio sobre el Certificado de -- Participación", en donde nos habla brevemente de su desarrollo histórico en Inglaterra y en el Derecho Norteamericano.

"...No se ha podido precisar el momento en que se inicia - el desarrollo del trust de inversión británico, se considera que la primera institución de esta clase que aparece en Inglaterra es la llamada "The London Financial Association", que se forma en 1863 con la ayuda financiera de --- Crédit Mobilier de París, aunque sólo en etapas posteriores de su evolución viene a convertirse en una auténtica - compañía de inversión.

A partir del año de 1863 y durante más de un cuarto de siglo, los trusts de inversión ingleses se encuentran en una etapa de experimentación. Sin embargo y principalmente en los años 1887 a 1890 estas instituciones adquieren un gran auge; se organizan numerosas compañías que realizan gran - cantidad de inversiones y sus socios obtienen altos divi--

dados; se denota una fiebre de especulación. Esta acarrea múltiples problemas, entre ellos: la falta de directores - capaces y honorables, una gran competencia en el mercado, especialización en vez de diversificación, etc.

El año de 1890 señala el principio de una época crítica en la vida de las compañías de inversión británicas, es una - etapa de decaimiento que dura hasta el año de 1894.

La depresión fue ocasionada principalmente por dos hechos: la quiebra de la firma denominada Baring Brothers, que era por entonces la compañía financiera más importante dentro del territorio inglés y la revolución en Argentina que --- causó un descenso en el precio de los valores de ese país. Estos sucesos dieron como resultado una reducción bastante considerable en el valor de las acciones, causando cuan--- tiosas pérdidas, con lo que se creó un sentimiento de in-- seguridad, por lo que nadie se arriesgaba a realizar nue-- vas inversiones. Por ello, los trusts de inversión se vol-- vieron impopulares.

Esta crisis económica motivó una cuidadosa revaluación, -- que tuvo consecuencias favorables, pues se subsanaron mu-- chos de los errores que se habían cometido durante épocas anteriores. Las experiencias sufridas por los trusts de -- inversión en este lapso, dieron lugar a un cambio casi ra-- dical en la política de estas instituciones. Se siguieron cánones más conservadores basados en los conocimientos ad-- quiridos y como resultado se logró un crecimiento más uni-- forme y continuo de estas compañías.

Con el advenimiento de la primera guerra mundial (1914), - cambió la situación financiera, las necesidades de Ingla--

terra fueron de crédito en oro y donde lo podían conseguir rápida y fácilmente fue en América. Así, mediante los valores adquiridos de los ferrocarriles en Estados Unidos de Norteamérica y otras acciones extranjeras que habían acumulado los trusts de inversión, asistieron a su gobierno para que lograra sus fines, ya sea vendiendo esos valores o bien movilizándose, por lo que la situación de las compañías de inversión se tornó delicada, pues vendieron sus acciones a precios sumamente bajos y el dinero obtenido se utilizó en bonos del gobierno que proporcionaban un interés mínimo.

Lo que vino a salvar esta situación, fue que los Estados Unidos de Norteamérica entraran en el conflicto, lo que ocasionó un alza en el dólar, circunstancias que aprovecharon los trusts ingleses para sacar beneficios de la venta de valores americanos que les quedaron en cartera, y restaurar su posición.

Los trusts ingleses después de la primera guerra mundial, entraron en una etapa de prosperidad y desarrollo, invirtiendo principalmente en valores americanos, empresas domésticas y acciones de sus colonias..."

"...En las primeras etapas de los trusts de inversión británicos, no existía una legislación especial que los reglamentara, por lo que estos adoptaron la forma de 'trust', que parecía convenir perfectamente al fin que perseguían, pero debido a los malos manejos de algunos directores y a los fraudes que en múltiples ocasiones sufrieron los inversionistas, el parlamento inglés se propuso aliviar esta situación y en el año de 1862 las declaró como asociaciones ilegales, condicionando su existencia jurídica, al re-

quisito de que se organizaran y funcionaran conforme a la legislación comercial inglesa, la cual ha sido varias veces revisada y modificada desde esa fecha, especialmente por la "Companies Consolidation Act" de 1908 y más recientemente por la "Companies Act" de 1929.

Por lo tanto estas instituciones desde el año de 1862, actúan ajustándose a la "Comanies Act" (Ley de Sociedades), debiéndose organizar y funcionar como sociedades por acciones de responsabilidad limitada (Company Limited by Shares), pudiendo ser públicas o privadas..."

"... La forma en que se estructura el capital de las compañías de inversión británicas, es sumamente importante -- para nuestro estudio, ya que nos da a conocer el funcionamiento y características de los valores que emiten estas - instituciones.

Las sociedades de inversión británicas obtienen su capital mediante la venta de certificados de participación originales, los cuales una vez cubierto su valor son cambiados por acciones ordinarias y preferentes.

Algunas compañías además de los títulos de referencia, --- emiten los llamados certificados o acciones de fundadores (Founders Shares) que se otorgan a los organizadores de la empresa, y por los cuales obtienen grandes rendimientos. Estos documentos son más bien de carácter histórico, ya -- que fueron utilizados por unas cuantas empresas durante -- las primeras etapas del trust de inversión expidiéndose a favor de los directores como una compensación por sus servicios pero en la actualidad tienden a desaparecer, pues - el interés de los tenedores de estos títulos es opuesto al

quisito de que se organizaran y funcionaran conforme a la legislación comercial inglesa, la cual ha sido varias veces revisada y modificada desde esa fecha, especialmente por la "Companies Consolidation Act" de 1908 y más recientemente por la "Companies Act" de 1929.

Por lo tanto estas instituciones desde el año de 1862, actúan ajustándose a la "Comanies Act" (Ley de Sociedades), debiéndose organizar y funcionar como sociedades por acciones de responsabilidad limitada (Company Limited by Shares), pudiendo ser públicas o privadas..."

"... La forma en que se estructura el capital de las compañías de inversión británicas, es sumamente importante -- para nuestro estudio, ya que nos da a conocer el funcionamiento y características de los valores que emiten estas instituciones.

Las sociedades de inversión británicas obtienen su capital mediante la venta de certificados de participación originales, los cuales una vez cubierto su valor son cambiados por acciones ordinarias y preferentes.

Algunas compañías además de los títulos de referencia, --- emiten los llamados certificados o acciones de fundadores (Founders Shares) que se otorgan a los organizadores de la empresa, y por los cuales obtienen grandes rendimientos. Estos documentos son más bien de carácter histórico, ya -- que fueron utilizados por unas cuantas empresas durante -- las primeras etapas del trust de inversión expidiéndose a favor de los directores como una compensación por sus servicios pero en la actualidad tienden a desaparecer, pues - el interés de los tenedores de estos títulos es opuesto al

de los inversionistas; los primeros obtienen un provecho - excesivo en perjuicio de los segundos, razón por la cual - han sido sumamente combatidos.

Los certificados de participación originales, (original -- certificate of participation), no son más que la forma de documentar la aportación del inversionista al capital inicial del trust de inversión (original authorized shared -- capital), cuando esa contribución no ha sido totalmente -- cubierta, ya que una vez que es íntegramente pagada, estos documentos se cancelan y retiran de la circulación, emi-- tiéndose en su lugar acciones comunes y preferentes.

La propiedad del trust de inversión descansa por completo en los tenedores de certificados de participación original, quienes más tarde se convierten en poseedores de los valores de la compañía, cuando reciben sus porciones respectivas de acciones comunes y preferentes; son ellos los que - reciben los frutos de la empresa o soportan las pérdidas, asumen las luchas que lleva a cargo la organización para - lograr un éxito en las inversiones, siendo su fin no sólo alcanzar la devolución de su aportación, sino un provecho adicional..." (4).

Por otra parte, pasando al Derecho Norteamericano, el nacimiento del "trust" de inversión obedece a los resultados obtenidos de la primera Guerra Mundial, ya que las Naciones Europeas, con el fin de recuperar su economía, iniciaron un gran comercio de materia prima y mercancía con los Estados Unidos, por lo que este país incrementó su industria y comercio, convirtiéndose rápidamente en un país -- acreedor.

4. Iglesias Santiestevan, Javier.- "Estudio sobre el Certificado de -- Participación. Tesis Profesional. México 1958, págs. 8,9,10 y 11.

"...como las operaciones que se hacían con Europa eran a base de crédito, surgieron múltiples obstáculos ya que los inversionistas norteamericanos necesitaban garantías y por ello se recurrió a la fórmula conocida del trust de inversión, como un medio a través del cual los capitalistas pudieran operar con el extranjero.

En virtud de esta situación y con el fin de proteger a sus nacionales el gobierno estadounidense puso en vigor la -- "Egde Act", que promulgó el 24 de diciembre de 1919, legislación que adoptó la teoría de los trust de inversión ingleses, pero que tuvo poco éxito.

No tuvo gran resultado el trust orientado al estímulo del comercio exterior, pero en lo interno tuvo gran auge.

Se considera a la compañía denominada "International Security Trust of América", establecida en 1921 y que desplegó gran actividad a partir de 1923, como el primer trust de inversión en los Estados Unidos, siendo su estructura similar a las sociedades inglesas.

Estos trusts de inversión surgen como se vió, después de la primera gran guerra, pero de 1920 a 1924 sufren una depresión, que ocasionó principalmente la crisis económica en Inglaterra, volviendo a tener un auge inusitado a partir de 1924, debido a que se utilizaron preponderantemente para operar con valores nacionales.

En los años de 1924 a 1928 se produce en Estados Unidos -- una gran inflación, la que motivó un notable desarrollo de las compañías de colocación. Ante ese fenómeno, el Gobierno se vió en la necesidad de intervenir para regular el --

funcionamiento y desarrollo de estas sociedades, sin embargo, la especulación siguió un ritmo ascendente hasta 1929 en que sobrevino la crisis y la caída de los valores. Esto ocasionó una depresión que duró hasta 1932, y durante ese lapso, los trust atravesaron por una época sumamente difícil.

Las pérdidas alcanzaron cifras enormes y multitud de organizaciones cesaron sus actividades. Esta experiencia sirvió para que las instituciones de que se trata, sigieran en adelante, una política más conservadora.

En 1936 la Comisión de Valores y Bolsa (Securities and Exchange Commission) emprendió una concienzuda investigación de las sociedades de inversión, la cual culminó con la expedición, en 1940, de la Ley de Sociedades de Inversión (Investment Company Act) vigente. Con la promulgación de esa ley se inició una nueva etapa en el desenvolvimiento del trust de inversión en Estados Unidos de Norteamérica..."

"...Las compañías de inversión características de Norteamérica, constituyen un tipo original, que se asemejan a las inglesas solamente en que su objeto es repartir los riesgos entre los inversionistas y en la existencia de personas encargadas de invertir el capital del trust en valores, sobre una base técnica. En cambio las diferencias son múltiples, siendo la principal, para nosotros de mucha importancia, el hecho de que emiten una sola clase de valores respecto a su fondo común.

Los títulos emitidos por los trusts norteamericanos son llamados certificados de participación, y otorgan a sus tenedores el derecho a una parte alícuota respecto de los

valores contenidos en cartera. El inversionista tiene un interés directo en las acciones que forman el capital de la institución y por lo tanto sus derechos se ejercitan -- sobre esta masa común de bienes y no en contra del trust..." (5).

En una forma general podríamos decir que los trust de inversión norteamericanas siguen los lineamientos de los ingleses, obviamente con características propias y formas -- diferentes, pero esencialmente siguen fines idénticos.

Por todo esto, nos inclinamos, a pesar que nuestro fideicomiso mexicano, ha recibido influencia del derecho anglosajón y posiblemente provenga del propio derecho romano, ya que reúne ciertas características originales apropiadas a nuestra vida económica, social y jurídica.

Ahora bien, históricamente en nuestro país aún y cuando ya habían existido proyectos de ley muy importantes, como el Proyecto Limantour, de fecha 21 de noviembre de 1905, el cual "Facultaba al Ejecutivo, para expedir una ley por -- cuya virtud pudiesen constituirse en la República, instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes Fideicomisarios; de la cual era autor el -- señor Licenciado Jorge Vera Estañol 185 (sic), (6); y el Proyecto "Limantour", durante la etapa constructiva después de la agitada época revolucionaria, y que "se basó en el caso de las compañías conocidas como "Trusts Companies" y Trust an Savig Banks"; en los Estados Unidos de Norteamérica" (7). Fue finalmente la Ley General de Instituciones

5. Idem. Pág. 13,14 y 15.

6. Batiza, Rodolfo; "El Fideicomiso", Teoría y Práctica, Editorial -- Porrúa, 4a. Edición México, 1980, pág. 98.

7. Idem. Pág. 101.

de Crédito y Establecimientos Bancarios, de fecha 24 de -- diciembre de 1924, publicada el 16 de enero de 1925, la -- que primeramente se ocupó de los llamados Bancos de Fidei- comiso y a los cuales sometía a un régimen de concesión -- Estatal.

Posteriormente, a mediados de marzo de 1926, se presentó - a la Secretaría de Hacienda un proyecto de Ley de Compa--- ñías Fiduciarias y de Ahorro, preparado por el señor Licen- ciado Jorge Vera Estaño, cuyo Capítulo II, se refería a -- las operaciones fiduciarias.

Más tarde, en el Diario Oficial de 17 de julio de 1926, - se publicó la Ley de Bancos de Fideicomiso, de fecha 30 de junio del mismo año, abrogada por la Ley General de Insti- tuciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 31 de agosto de 1926, publicada en el Diario Oficial de 29 de -- noviembre del propio año y en ella se incorporó a su texto íntegramente el artículo de la ley primeramente citada.

El 29 de junio de 1932 se publicó la Ley General de Insti- tuciones de Crédito, y entendía por Instituciones de Cré-- dito a las Sociedades Mexicanas que tuvieran por objeto -- exclusivo la práctica de operaciones activas de crédito y la celebración de ciertas operaciones, entre las cuales se contaba la de actuar como fiduciarias "(Art. 10. Fracc. II inc.- e)" y conservaba el requisito de la "Concesión" del Gobierno Federal e imponía a las Fiduciarias un capital -- mínimo de \$20,000 y de \$100,000 según se establecieran en la Capital de la República o en otras ciudades del país, - (Art. 30. parfs. 10. y 17); reproducía la prohibición de - que las sucursales de Bancos o de Instituciones de Crédito del extranjero actuaran como Fiduciarias (Art. 50.)" (8).

8. Idem. págs. 114 y 115.

Un mes más tarde se publicó en el Diario Oficial del 27 de agosto de 1932 la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente en la actualidad, y que se preocupó por -- definir mejor al fideicomiso (definición que veremos más -- adelante), augurándole en su exposición de motivos, un --- gran desarrollo, por estimarlo de evidente utilidad para - la actividad del país.

Posteriormente el Fideicomiso se encontró configurado y -- reglamentado por la Ley General de Instituciones de Crédi- to y de Organizaciones Auxiliares de 1941, así como por -- algunas leyes especiales como son la Ley Orgánica del Ban- co Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A., (actual- mente Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos Sociedad Nacional de Crédito), Institución de --- Banca de Desarrollo, publicada en el Diario Oficial de la federación el 20 de enero de 1986, por lo que se refiere a sus operaciones propias; la Ley para el Control por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, por lo que se refiere a Fideicomisos constituidos por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público como Fideicomitente Unico del Gobierno Fe- deral; y la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Re-- gular la Inversión Extranjera en cuanto a Fideicomisos que se constituyan en zonas Fronterizas y Litorales del país.

Por otro lado históricamente por lo que respecta al propio certificado de Participación, éste aparece por primera vez en nuestra legislación por Decreto de fecha 30 de agosto - de 1933, publicado en el Diario Oficial de la Federación - al día siguiente, el cual agregó la fracción IX al art. 90 de la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932 que ya hemos mencionado, para quedar redactada como sigue:

"ART. 90.- Las sociedades y los departamentos autorizados al efecto, conforme al artículo 3o. - para actuar como fiduciarios, podrán igualmente:

"IX.- Emitir certificados nominativos que - podrán ser negociables, haciendo constar la participación de los distintos copropietarios en bienes, títulos y valores que se encuentren en poder de la institución, o la participación de los acreedores en las liquidaciones - en las que la institución fiduciaria tenga el carácter irrevocable de liquidador o síndico.

"Cuando los certificados de participación hagan constar el derecho del copropietario o del acreedor a una cantidad fija, se entenderá que la institución emisora garantiza el pago de esa cantidad; cuando los certificados hagan constar solamente la participación del copropietario o del acreedor en una parte alícuota de los bienes o del activo o valor neto que resulten en la venta o liquidación, - la institución fiduciaria sólo será responsable de la existencia de los bienes o de la legitimidad del crédito".

Siguiendo el orden cronológico nos encontramos con la Ley Orgánica de la Nacional Financiera, S.A. de fecha 30 de -- diciembre de 1940, Institución que se ocupa por primera -- vez de estos títulos ya que dentro de sus funciones art.21 fracc. XI, está facultada para emitir certificados que han -- gan constar la participación de distintos copropietarios - en títulos o valores, que posea o que fuera a adquirir la Sociedad.

El 31 de marzo de 1941 se publicó en el Diario Oficial la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones - Auxiliares, estableciendo en sus arts. 44 inciso i), y 45 fracc. V como una función propia de los bancos fiduciarios la de emitir certificados de participación.

El 30 de diciembre de 1946 se promulgan simultáneamente el Decreto que adicionó al Título Primero de la Ley General - de Títulos y Operaciones de Crédito, de fecha 26 de agosto de 1932, el Capítulo V bis "De los Certificados de Parti-- cipación", comprendido dentro de los arts. 228 a) a 228 v); y la Ley Orgánica del Banco Nacional Hipotecario Urbano y de Obras Públicas, S.A., que derogó a la Ley Orgánica de - la propia Institución, y que en el Capítulo IX, arts. 25 - a 42 reglamentaba a los Certificados de Participación.

Finalmente en la actualidad, sólo la Nacional Financiera, S.A. en su Ley Orgánica, art. 6o. fracc. II, está faculta-- da literalmente, para emitir certificados de participación; aunque claro está, la Ley Reglamentaria del Servicio Úbli-- co de Banca y Crédito en su art. 30 fracc. XXIV, faculta a las Instituciones de Crédito, llevar a cabo operaciones -- análogas o conexas a ésta.

A todo esto podríamos decir brevemente que aún y cuando la naturaleza jurídica de nuestro fideicomiso ha recibido influencia del "trust" anglosajón, debido a que el primero es de recién creación a comparación del segundo; las causas que originan en nuestro país a los certificados de participación son diferentes a las que dan nacimiento en norteamérica a los "trust certificates" y a los títulos emitidos por los "trust de inversión" ingleses, debido a que sus razones históricas y económicas son distintas. Sin embargo la influencia indirecta de las sociedades de inversión inglesas, al "trust" norteamericano fue la idea que inspiró a nuestro legislador para emitir en base a un fideicomiso los certificados de participación que enseguida estudiaremos.

1.2 EL FIDEICOMISO BASE DE LA EMISION DEL CERTIFICADO DE PARTICIPACION INMOBILIARIA.

Actualmente el fideicomiso se encuentra regulado y reglamentado como una de las operaciones que pueden realizar -- las Instituciones de Crédito según el artículo 30 fracc. XV de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación -- el día 14 de enero de 1985; sin embargo nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su Capítulo V Artículo 346 nos define al fideicomiso como:

"ART. 346.- En virtud del fideicomiso, el fideicomitante destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin, a una institución fiduciaria".

Esto es, nuestro derecho caracteriza al Fideicomiso como -- un acto jurídico de carácter mercantil, o sea una manifestación de voluntad, susceptible de producir efectos jurídicos dentro del ambiente reservado a la regulación del -- Derecho Mercantil, y en el caso particular, a través de -- esa figura jurídica, una persona física o moral, destina -- ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando -- la realización de ese fin a una Institución Fiduciaria.

Los elementos constitutivos del Fideicomiso se pueden diferenciar en elementos: subjetivos, personales, patrimoniales y formales.

Al mencionar el elemento subjetivo del Fideicomiso, nos -- queremos referir a la existencia obligada de una intención perfectamente determinada de realizar un fin o varios fines que pueden ser de muy diferente índole; estos deben -- estar claramente establecidos en el documento en que se -- plasme el Fideicomiso, pues si la finalidad del Fideicomiso no está claramente expresada, pueda dar lugar a la invalidez de este acto jurídico.

Pero además esa finalidad debe ser lícita y en ninguna --- forma ser contraria a derecho, sino perfectamente permisible por la ley.

Por lo que respecta a los elementos personales, de todo -- fideicomiso son los siguientes:

- A) Fideicomitente.- Es la persona física o moral que constituye el Fideicomiso, es decir quien destine ciertos bienes o derechos a un fin determinado y lícito encargando su ejecución a una Institución de Crédito; y sólo podrá tener ese carácter quien física y legalmente, tenga la capacidad jurídica necesaria para afectar los bienes en Fideicomiso. "Es la persona que por declaración unilateral de voluntad constituye un fideicomiso" (9).

El Fideicomitente debe estar capacitado legalmente para poder transmitir sus bienes, sin este requisito es imposible la celebración y realización del Fideicomiso.

9. Cervantes Ahumada, Raúl.- Títulos y Operaciones de Crédito. Edit. Herrera, 10a. Edición México 1978, pág. 291.

- B) El Fiduciario.- Quien de acuerdo con nuestras leyes, - debe ser siempre una Institución de Crédito expresamente autorizada para ello conforme a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito y de conformidad con el Art. 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, debe ser legalmente autorizada para practicar operaciones fiduciarias, y ésta se convierte en la titular de los derechos de los bienes fideicomitidos durante toda la vigencia del Fideicomiso.

El Fiduciario debe desempeñar su cargo como lo haría - "un buen padre de familiar" (10), o sea deberá cuidar el patrimonio que se le encomiende, como una persona prudente, sin poder aprovecharlo en su beneficio propio, ni disponer libremente de esos bienes, pues por disposición expresa de la ley siempre estará constreñido a obrar de acuerdo con las instrucciones establecidas en el Fideicomiso.

El Fiduciario puede desempeñar su cometido por conducto de: Delegados Fiduciarios, Comités Técnicos y Personal Auxiliar.

Los Delegados Fiduciarios son funcionarios que la Fiduciaria libremente designa especialmente para atender los Fideicomisos; pero "el nombramiento de tales Funcionarios que tienen el carácter de apoderados deberá someterse a la aprobación de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros", (11), quien tiene facultad de vetar o de relevar de su cargo a los delegados.

10. Idem.- pág. 292.

11. Idem.- pág. 293.

Los Comités Técnicos o de Distribución de Fondos, son órganos colegiados potestativos de los Fideicomisos, - que pueden ser designados en el acto constitutivo del mismo o en el de su reforma, y su objeto es coadyuvar con el Fiduciario al desempeño de su cometido, conforme a las reglas y facultades que para el caso se estipulan.

Cuando el Fiduciario obra con apego a las determinaciones del Comité Técnico, queda relevado de toda responsabilidad (Art. 61, fracc. III de la L.R.S.P.B.C.).

El personal auxiliar es el encargado de coadyuvar con la Fiduciaria, con los Delegados Fiduciarios y con los Comités Técnicos en trabajos relativos a funciones específicamente determinados.

El personal auxiliar de un Fideicomiso determinado, no queda sujeto al mismo régimen jurídico de los trabajadores bancarios, pues los empleados y funcionarios dependientes de una Institución Fiduciaria que atienda - la totalidad de los Fideicomisos manejados por ésta, - si pertenece al personal de la Institución, pero los que trabajan al servicio de un solo negocio o empresa dada en Fideicomiso, quedan excluidos de la categoría de empleados bancarios y su relación de trabajo queda ligada a dicho negocio o empresa fideicomitada, "no -- formará parte del personal de la institución, sino que se considerará al servicio del patrimonio fideicomitado" (12).

Es importante esta interpretación de la Ley, en virtud de que los empleados bancarios en ciertos aspectos es-

tán sujetos a un régimen jurídico laboral especial; y finalmente:

- C) El Fideicomisario.- Que es el elemento personal que -- generalmente interviene en todo el fideicomiso, es la persona física o moral que recibe los beneficios del -- negocio jurídico, quien deberá tener la capacidad requerida por la Ley para recibir los provechos producidos por el Fideicomiso.

Ahora bien es necesario destacar que cada uno de los elementos personales antes mencionados, tienen ciertos derechos y ciertas obligaciones que cumplir, los cuales están perfectamente catalogados en la Ley, y pueden complementarse y delinearse en la redacción del documento en que se concrete el Fideicomiso, pero desde luego buscándose siempre el cumplimiento fiel de la voluntad del Fideicomitente, la preservación de los derechos del Fideicomisario y la -- protección de los honorarios y derechos de la Institución Fiduciaria, lo cual queda sujeto a la voluntad de las partes.

El patrimonio del fideicomiso lo constituye el conjunto de bienes, derechos o servicios de diversa naturaleza, que -- tenga un valor en el mercado, y que el Fideicomitente destine a un fin lícito que el Fiduciario se encargará de --- realizar.

El patrimonio fideicomitado debe ser autónomo, es decir, -- se desprende del patrimonio personal del Fideicomitente y pasa a la Institución Fiduciaria, pero sin ingresar al patrimonio de esta última.

Por otra parte, si bien es cierto que el Fiduciario adquiere ciertos derechos o expectativas de derecho, no ingresan esos bienes a su patrimonio, ya que los bienes afectados - en Fideicomiso, pasan a ser propiedad fiduciaria de la --- Institución designada, sujetos a una reglamentación muy -- especial y estricta, que hacen a ese derecho de propiedad un Derecho limitado a la realización de los fines para los cuales fueron afectados los bienes fideicomitidos.

Debido a la autonomía del patrimonio, los bienes dados en Fideicomiso, inclusive los dados en numerario, no se deben confundir con el patrimonio de la Institución Fiduciaria, ni tampoco con el patrimonio de otros fideicomisos, sino - por el contrario, deberán tener contabilidad especial e -- inconfundible "Por patrimonio autónomo entendemos un pa--- trimonio distinto, de otros y distinto, sobre todo de los patrimonios propios de quienes intervienen en el fideico-- miso" (13).

En cuanto al aspecto formal del fideicomiso, podemos decir de acuerdo con nuestro Derecho, que éste puede constituirse por pacto entre vivos y por testamento, en la inteli--- gencia que debe ser expreso, o sea no se admite la constitución de Fideicomisos en forma tácita, a diferencia de -- otros actos jurídicos.

La vigencia del Fideicomiso empieza con la constitución -- del mismo por parte del Fideicomitente y dicho acto deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación sobre transmisión de los bienes.

Existen diversas causas de extinción de los Fideicomisos; y éstas se enumeran en el Artículo 357 de la Ley General -

13: Idem.- pág. 289.

de Títulos y Operaciones de Crédito de la siguiente manera:

- I. Por realización del fin para el cual fue constituido.
- II. Por hacerse éste imposible.
- III. Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que depende o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de veinte años siguientes a su constitución.
- IV. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto.
- V. Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario.
- VI. Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso; y
- VII. En el caso del párrafo final del artículo 350".

Esto es, cuando no fuere posible la sustitución de la Institución Fiduciaria.

Siguiendo con el tema, se llegó a considerar al Fideicomiso como la figura jurídica más versátil, pues permite la realización de un sin número de operaciones, al grado que se estimó podían haber tantos fideicomisos como el ingenio humano lo determinare, siempre y cuando fueran física y jurídicamente posibles, no contrarios a las leyes de Orden Público y a las buenas costumbres.

Finalmente, los Fideicomisos más usuales son: El de Garantía, el de inversión y el de Administración, y de los cuales refiriéndonos únicamente, al primero; el maestro Rodolfo Batiza define al Fideicomiso de Garantía como: "Una variedad que tal vez fue la primera en practicarse en México, 248 (sic), se utilizó inicialmente por instituciones autorizadas para celebrar diversas clases de operaciones, a efecto de garantizar ante sí los préstamos que concedía a su departamento de crédito, procedimiento seguido durante varios años hasta que fue prohibido por la Ley" (249) - (sic)...(14).

Sigue diciéndonos el maestro Batiza que:

"El Fideicomiso de garantía ha venido a substituir con --- ventaja a la prenda y a la hipoteca, haciendo más sencillo, flexible y seguro el manejo del crédito. El Clausulado del contrato, por lo general, contiene las disposiciones en el sentido de ser traslativos de dominio e irrevocable mientras la obligación que garantiza permanezca insoluta, sea por suerte principal o accesorios legales; fija el plazo del vencimiento, la periodicidad en el pago de intereses, su tasa, la de los intereses moratorios, los supuestos de vencimiento anticipado de la obligación, ya porque el deudor no cubra puntualmente un cierto número de pagos periódicos de interés o los impuestos y cargos fiscales que --- gravan el inmueble; establece el trámite a seguir para la venta si la obligación no es cumplida al vencimiento, detalla requisitos de publicaciones, deducciones al precio - si la venta no se realiza en la fecha señalada, etc.

Se ha expresado la opinión aislada de que esta especie de fideicomiso pugna con el sistema constitucional mexicano y

que la facultad de vender concedida al fiduciario implica atribuciones jurisdiccionales" (15).

Nosotros pensamos que esta clase de fideicomiso, es en la práctica la fórmula exacta para aquellas operaciones, en las que exista un crédito o mutuo y que puedan garantizar el pago del deudor, al acreedor, quedando en garantía los derechos derivados de los Certificados de Participación -- Inmobiliaria No Amortizables como Títulos de Crédito cuyas características principales veremos en el siguiente apartado.

1.3 EL TITULO DE CREDITO COMO GENERO AL QUE PERTENECE - EL CERTIFICADO DE PARTI-- CIPACION

El numeral cinco de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, estatuye que los títulos de crédito, son los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal y autónomo en ellos consignados y que están destinados a circular; con lo que resultan ser documentos constitutivos y dispositivos de los derechos en ellos contenidos; -- constitutivos del derecho, porque el derecho se incorpora al documento mediante una declaración de voluntad surgida en el momento de creación del documento; y dispositivos, -- porque el documento es necesario para el ejercicio y transmisión de los derechos en él contenidos.

Este concepto de títulos de crédito, nos proporciona las características principales del mismo, y son las siguientes:

- I. LA INCORPORACION.- El Título de Crédito es un documento que lleva incorporado un derecho, de tal forma, que el derecho va íntegramente unido al título y su ejercicio está condicionado por la exhibición del documento; sin exhibir el título, no se puede ejercitar el -- derecho en él incorporado.

Nos dice el maestro Raúl Cervantes Ahumada que "Quien posee legalmente el título posee el derecho en el incorporado, y su razón de poseer el Derecho es el hecho de poseer el título; de allí la feliz expresión de --

MOSSA; "poseo porque poseo", esto es, se posee el derecho porque se posee el título" (16).

II. LA LEGITIMACION.- Esta es la consecuencia de la incorporación y tiene dos aspectos, uno activo y otro pasivo:

El Activo.- Es la facultad de exigir del o los obligados el cumplimiento de la obligación; y

El Pasivo.- Consiste en que el o los obligados en el título de crédito deberán cumplir con lo literalmente puesto en el documento a quien se le presente y legitime, para la liberación de esas obligaciones.

"La legitimación es una consecuencia de la incorporación. Para ejercitar el derecho es necesario "Legitimarse" exhibiendo el título de crédito" (17).

III. LA LITERALIDAD.- Por medio de esta característica se miden las obligaciones y derecho derivados del título de crédito por lo que literalmente se encuentre consignado en él.

"...Aceptamos que la literalidad es una característica de los títulos de crédito y entendemos que, presuncionalmente, la medida del derecho incorporado en el título es la medida justa que se contenga en la letra -- del documento..." (18).

16. Cervantes Ahumada, Raúl.- Ob. Cit. Pág. 10.
17. Idem.- pág. 10.
18. Idem.- pág. 10

- IV. LA AUTONOMIA.- Consiste en que es independiente el derecho que sucesivamente va adquiriendo sobre el título cada tenedor legal, y de que cada uno de los signatarios del mismo adquiere una obligación independiente y diversa a la de los otros suscriptores.

Por lo que se refiere a su destino, la circulación se asegura, porque la finalidad al momento de la emisión de los títulos de crédito es que pasen de persona a -- persona, otorgando a sus poseedores los derechos im-- plicitos en ellos.

En cuanto a su clasificación, el maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez, clasifica a los títulos de crédito en atención a:

"...a).- Su forma de circulación; puede ser de tres -- clases: Nominativos, son los redactados a favor de una persona determinada, se transmiten mediante anotación en su texto y en un registro especial del deudor; a la orden, son los expedidos a favor de una persona determinada y se transmiten por simple endoso; y, al Portador son los expedidos a favor de persona indeterminada y se transmite por simple entrega" (19). A este res-- pecto debemos aclarar que algunos autores sólo reconocen dos clases de títulos, los nominativos, en el que se incluyen los a la orden, y a los al portador.

"b).- Por la relación del título con su causa pueden ser; de dos clases: "Causales, son aquellos en que --- existen la posibilidad de oponer al actor de las excepciones derivadas de la relación fundamental y del acuer

19. Rodríguez y Rodríguez, Joaquín.- "Derecho Mercantil", Edit. Porrúa 7a. ed. México 1967. pág. 45.

do de emisión; y abstractos en donde la relación causal queda desvinculada del derecho documentado, y por lo tanto las excepciones que pudieran derivarse de la causa, no son invocables de la persona que como titular quiera hacer efectivo el derecho como el caso de la letra de cambio".

"c).- Atendiendo a la naturaleza del derecho incorporado a los títulos de crédito, pueden ser: "Crediticios (jurídico obligacionales), cuando el contenido patrimonial del derecho incorporado es un crédito que permite obtener una prestación en dinero; Representativos de mercancías (jurídico reales), es cuando incorporan un derecho real que pueden ser de propiedad o garantía, como en el caso de los Certificados de Depósito y Bonos de Prenda expedidos por los Almacenes Generales de Depósito; y, Títulos de Participación (jurídico personales), incorporan los derechos de una determinada calidad jurídica, como es la de socio o de obligacionista".

"d).- Por su regulación legal pueden ser de dos clases: "Nominados, comprendiendo este grupo a todos los títulos regulados por la Ley; como la letra de cambio, el pagaré y cheque, etc.; e Inominados, son los que nacen de los usos y costumbres con apoyo en lo establecido por el Artículo 2o. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, artículo que admite como fuente del derecho, los usos bancarios y mercantiles".

"e).- Por la forma de creación del título, pueden ser individuales o seriales".

"f).- Además, los títulos pueden ser únicos o con duplicado, principales o accesorios, sencillos y múltiples" (20).

El Licenciado Raúl Cervantes Ahumada, agrega dos nuevos grupos:

Atendiendo a la función económica del título, dice que pueden ser:

"de Especulación, o de Inversión".

"Existen títulos de especulación y de inversión. Quien va a exponer su dinero con objeto de obtener una ganancia, podrá exponerlo jugando, especulando o invirtiendo. Se juega comprando un billete de lotería, o un billete de las carreras de caballos; pero esta documentación no tiene la categoría de títulos de Crédito. Se especula con los títulos de crédito cuyo producto no es seguro, sino fluctuante, como en el caso de las acciones de las sociedades anónimas. Se invierte cuando se trata de tener una renta asegurada y con apropiada garantía, como cuando se compran Cédulas Hipotecarias" (21).

Tomando en cuenta la persona que las emite pueden ser Títulos Públicos, los creados por el Estado, y Privados los creados por particulares.

Finalmente, después de haber recordado las características de los títulos de crédito que servirán para precisar en su oportunidad la naturaleza jurídica de los certificados de participación, pasemos a ver estos últimos en particular.

20. Idem.- pág. 45

21. Cervantes Ahumada, Raúl.- Ob. Cit. pág. 31.

1.4 EL CERTIFICADO DE PARTICIPACION:

SU NATURALEZA JURIDICA

El Derecho Mexicano cataloga al Certificado de Participación, como un Título de Crédito el cual representa como lo indica el artículo 228 (a) de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, una parte alícuota sobre valores, derechos o bienes de cualquier clase afectos en fideicomiso irrevocable que para ese propósito tenga la institución fiduciaria, así dicho artículo otorga el derecho sobre:

"ART. 228 (a).- "...a) El derecho a una parte alícuota de los frutos o rendimiento de los valores, derechos o bienes de cualquiera clase que tenga en fideicomiso irrevocable..." "...b) El derecho a una parte alícuota del derecho de propiedad o de la titularidad de esos bienes, derechos o valores; c) O bien el derecho a una parte alícuota del producto neto que resulte de la venta de dichos bienes, derechos o valores..."

El tenedor de un certificado de participación, adquiere -- con la tenencia y transmite con la negociación de tal título, el derecho para alcanzar el aprovechamiento directo de los bienes derechos o valores que correspondan; para -- recibir los frutos o rendimientos de éstos; o para obtener la participación respectiva al realizarse el suceso condicionante de la adjudicación o venta de los aludidos bienes, o valores.

Los Certificados de Participación son títulos de crédito, no sólo por el reconocimiento expreso que de ellos hace la Ley, sino porque a dichos documentos se incorpora el derecho a la parte de ciertos bienes, constituyendo el certificado, un símbolo abstracto del derecho literal en él --- consignado y que confiere a sus poseedores autonomía respecto de los anteriores tenedores legales y están expedidos para circular.

Examinando la naturaleza jurídica del certificado de participación, es importante decir que por ser un título de crédito tiene el carácter de cosa mercantil según el Artículo 1o. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y su emisión, expedición, endoso y demás operaciones que en él se consignent, son actos de comercio.

Tomando en cuenta su forma de emisión, el certificado de participación es un título serial pues no se emite de manera singular, o en forma aislada, sino siempre habrá de hacerse en grupo o en masa, tal como ocurre también con las acciones, con las obligaciones de sociedad anónima, con los bonos, con las cédulas hipotecarias, etc.

De acuerdo con su forma de circulación, en un principio -- los certificados podían ser nominativos o al portador, --- siendo por tanto transmisibles según el caso, por endoso y entrega del título, o por simple tradición; actualmente -- deben ser nominativos, y para su transmisión se requiere -- como ya dijimos los dos elementos primeramente mencionados.

Por los efectos de la causa sobre la vida del título mismo, el certificado de participación es un título causal o con-

creto, toda vez que independientemente del número de veces que él sea negociado, nunca llega a desvincularse de la -- causa que le dió origen, como es el acta de emisión res-- pectiva. Tan es así, que siempre corre íntegramente ligado el título a la causa que le dió origen, y en caso de dis-- crepancia entre los datos consignados en él y en su corres-- pondiente acta de emisión, deberá estarse a los dispuestos en ésta.

Según su sustantividad, el certificado de participación es un título principal, siendo su accesorio, el cupón.

Por cuanto respecta a los derechos y demás bienes represen-- tados por los certificados de participación, pueden ser -- muebles, o inmuebles (según las clasificaciones de los ar-- tículos 750, 752, 753, 754, 756 del Código Civil); pero la naturaleza de estos derechos y bienes lo mismo que la de -- los valores antes citados, no trascienden a la naturaleza específica de los certificados.

El encabezado del artículo 228 (b) de la Ley General de -- Títulos y Operaciones de Crédito declara:

"ART. 228 (b).- Los certificados serán bienes muebles, aún y cuando los bienes fideicomitados, materia de la emisión, sean inmuebles ...", "...Los Certificados que las sociedades fiduciarias expidan haciendo constar la participación de los distin-- tos copropietarios en bienes, títulos o valores que se encuentran en su po-- der, no producirán efectos como títu-- los de crédito y serán considerados -- solamente como documentos probatorios".

El carácter de muebles o inmuebles de esos derechos y bienes se utiliza para otra clasificación que hace la misma Ley, en su artículo 228 (b) con respecto a los certificados.

Cuando los bienes fideicomitidos materia de la emisión son muebles, los certificados se designarán ordinarios; y si fuesen inmuebles, los certificados se denominarán inmobiliarios.

Otra clasificación para los certificados, es que pueden ser amortizables o no serlo. Si son amortizables, darán a sus tenedores, además del derecho, a una parte alícuota de los frutos o rendimientos correspondientes, el del reembolso del valor nominal de los Títulos.

Si por el contrario, no son amortizables, la sociedad emisora no estará obligada a reembolsar el valor nominal de los títulos, en ningún tiempo, esto en términos de los artículos 228 j y 228 k de la propia Ley, y que más adelante se verá con mayor claridad.

Cuando la sociedad emisora esté autorizada para practicar también operaciones financieras, sin obligar a su departamento fiduciario, podrá garantizar a los tenedores de los certificados que emita, un mínimo de rendimiento.

Para fijar el monto nominal de una emisión de certificados de participación, deberá estarse al dictamen, que formule, previo peritaje que se practique de los bienes fideicomitidos materia de esa emisión, la Nacional Financiera, S.A., o el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C., y según se trate de bienes muebles o inmuebles, respectivamente.

Una y otra Institución de Crédito, al formular su dictamen y fijar el monto total nominal de una emisión, deberá tomar como base el valor comercial de los bienes y, si se tratara de certificados amortizables, tendrán que estimar un margen prudente de seguridad para proteger la inversión de los tenedores correspondientes.

Ahora bien, una vez cumplidos los requisitos anteriores, - la emisión de los certificados deberá hacerse por medio de una declaración unilateral de voluntad de la sociedad fiduciaria emisora, expresada en escritura pública en la que deberán constar en forma obligatoria, los elementos que son enumerados en el Artículo 228 m de la Ley General de - Títulos y Operaciones de Crédito a saber:

"ART. 228(m).- "La emisión se hará previa declaración unilateral de voluntad de la sociedad - emisora expresada en escritura pública, en la que se harán constar:

I. La denominación, el objeto y el domicilio de la sociedad emisora;

II. Una Relación del acto constitutivo del fideicomiso, base de la emisión.

III. Una descripción suficiente de los derechos o cosas materia de la emisión.

IV. El dictamen pericial a que se refiere el artículo 228 h.

V. El importe de la emisión, con especificación del número y valor de los - certificados que se emitirán, y de las series y subseries, si las hubiere.

VI. La naturaleza de los Títulos y de los derechos que ellos confieran.

VII. La denominación de los Títulos.

VIII. En su caso, el mínimo de rendimiento garantizado.

IX. El término señalado para el pago de productos o rendimientos, y si los certificados fueren amortizables, los plazos y condiciones y forma de la amortización.

X. Los datos de registro que sean procedentes para la identificación de los bienes materia de la emisión y de los antecedentes de la misma.

XI. La designación de representante común de los tenedores de certificados y la aceptación de éste, con su declaración:

a) De haber verificado la constitución del fideicomiso base de la emisión.

b) De haber comprobado la existencia de los bienes fideicomitidos y la autenticidad del peritaje practicado sobre los mismos de acuerdo con el artículo 228 h; En caso de que los certificados se ofrezcan en venta al público; los avisos o la propaganda contendrá los datos anteriores.

Por violación de lo dispuesto en este párrafo quedarán solidariamente sujeto a daños y perjuicios aquellos a quienes la violación sea imputable".

Vemos que mediante inserción de dichos datos en el instrumento público de referencia, se protegen los intereses de los posibles adquirentes y además se previenen dificultades futuras, pues en el caso de discrepancias entre los certificados y el acta de emisión, como hemos dicho, deberá estarse siempre a lo que ésta establezca.

Respecto a los datos que deberán contener los certificados de participación, podemos decir, éstos son obligatorios, y están determinados en el artículo 228 n de la propia disposición y que textualmente dice:

"ART. 228 n.- El certificado de participación deberá contener:

- I. Nombre, nacionalidad y domicilio del titular del certificado;
- II. La mención de ser "Certificados de Participación" y la expresión de si es ordinario o inmobiliario;
- III. La designación de la sociedad emisora y la firma autógrafa del funcionario de la misma, autorizado para suscribir la emisión correspondiente;
- VI. La fecha de expedición del título;
- V. El importe de la emisión, con especificación del número y valor nominal de los certificados que se emitan;

VI. En su caso, el mínimo de rendimiento garantizado;

VII. El término señalado para el pago de productos o rendimientos y del capital y los plazos, condiciones y forma en que - los certificados han de ser amortizados;

VIII. El lugar y modo de pago;

IX. La especificación, en su caso de las garantías especiales que se constituyan para la emisión, con expresión de las -- inscripciones relativas en el Registro - Público;

X. El lugar y la fecha del acta de emisión, con especificación de la fecha y - número de la inscripción relativa en el Registro de Comercio;

XI. La firma autógrafa del representante común de los tenedores de certificados".

Estos son los elementos necesarios que se incorporan al -- título para identificarlo por su procedencia, su valor, su forma de pago y demás elementos que lo caracterizan.

Los términos y condiciones de las emisiones de certificados de participación, así como los textos de las actas de emisión y de los certificados lo mismo que cualquier modificación de ellos, deberán ser aprobados por la Comisión - Nacional Bancaria y de Seguros, lo anterior, sin perjuicio de que en el otorgamiento de su acto de emisión o de modificación, deba de estar siempre un representante de dicho organismo.

Para salvaguardar los derechos de los tenedores y para regular los organismos representativos de estos últimos, --- operan las mismas reglas que para los obligacionistas.

Por otra parte, los órganos por cuyo conducto pueden ejercer los tenedores sus derechos son: El Representante Común y la Asamblea General.

Son aplicables al Representante Común los Artículos 216 y 226, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, referentes al Representante Común de los obligacionistas. Además tendrán las siguientes reglas específicas:

El cargo de Representante Común es personal y será desempeñado por el individuo designado al efecto o por los Representantes Ordinarios de la Institución de Crédito, o de la sociedad financiera o fiduciaria que sean nombradas para el cargo;

El Representante Común podrá otorgar poderes judiciales;

El Representante Común de los tenedores operará como mandatario de éstos, con las siguientes obligaciones y facultades, además de lo expresamente consignado en el acta de emisión:

- a) Verificar los términos del acto constitutivo del fideicomiso base de la emisión;
- b) Comprobar la existencia de los derechos o bienes dados en fideicomiso, y en su caso, que las construcciones y los bienes inmuebles incluidos en el fideicomiso estén asegurados, mientras la emisión no se amortice totalmente;

- c) Recibir y conservar los fondos relativos como depositario y aplicarlos al pago de los bienes adquiridos o de su construcción en los términos que señale el acta de emisión, cuando el importe de la misma o una parte de ella, deban ser destinados a la adquisición o a la construcción de bienes;
- d) Autorizar con su firma los certificados que se emitan;
- e) Ejercitar todas las acciones o los derechos que al --- conjunto de tenedores de certificados correspondan por el pago de los intereses o del capital debidos o por - virtud de las garantías señaladas para la emisión, así como los que requiera el desempeño de las funciones y deberes inherentes a su cargo, y ejercitar los actos - conservatorios de esos derechos y acciones;
- f) Asistir a los sorteos, en su caso;
- g) Convocar y presidir la asamblea general de tenedores - de certificados y ejecutar sus decisiones, y;
- h) Recabar de los funcionarios de la institución fiduciaria emisora, todos los informes y datos que necesite - para el ejercicio de sus atribuciones, inclusive los - relativos a la situación financiera del fideicomiso -- base de la emisión.

A la Asamblea General de Tenedores son aplicables los Artículos 219, 220, 221, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que rigen a la Asamblea General de -- Obligacionistas por remisión que a ellos hace el Artículo 228 s de la propia Ley la que además dispone que para que se encuentre legalmente instalada la asamblea en primera - convocatoria deberán estar representadas en ella la mitad, más una, de las obligaciones en circulación y sus decisio-

nes serán válidas a excepción hecha de quorum especial del 75%. En segunda convocatoria se considera instalada legalmente con cualquiera que sea el número de obligaciones representadas.

En el caso de designar representante común, revocar la designación o modificar el acta de emisión se requerirá la asistencia del 75% de las obligaciones y sus resoluciones serán válidas cuando se aprueban por mitad más uno.

A las asambleas de obligacionistas podrán concurrir cuando hayan depositado sus títulos o certificados de depósito, expedidos por una Institución de Crédito; las obligaciones que no se hayan puesto en circulación, no podrán ser representadas. La asamblea será firmada por todas y tendrán el derecho de solicitar del representante común copias certificadas de la misma; los votos se tomarán en base a las obligaciones que posean.

Además, de lo antes expuesto en los mencionados artículos, y para terminar con la parte de generalidades, diremos que la Asamblea General de Tenedores de Certificados de Participación representará el conjunto de éstos, y sus decisiones tomadas en los términos de ley, y de acuerdo con las estipulaciones relativas del acto de emisión, serán válidas para todos los tenedores, aún los ausentes o disidentes.

1.5 LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACION INMOBILIARIA - AMORTIZABLES Y NO AMORTIZABLES (DIFERENCIAS)

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito atribuye la denominación de "Certificado de Participación" a los documentos que nos ocupan, como un concepto de dos caracteres; el de documentos representativos y el de títulos de una participación alicuota, ambos unificados en la figura de un título de crédito, así como ya hemos visto, con fundamento de la Ley.

Los certificados de participación son títulos representativos porque constituyen signos de una imputación que llamaríamos objetiva, ya que trasciende de una situación material, relativa al documento (cosa corpórea), a una afectación normativa (cosa incorpórea) relativa a bienes, valores o derechos, que la Ley o el acto delemisor de los certificados conectan con ellos en diversos aspectos, alcance y modalidades y que dependen de determinadas condiciones.

El tenedor de un certificado (situación de un poder de hecho que, para legitimarse, debe tener un fundamento de derecho) adquiere con la tenencia y transmite con la entrega del documento, diversos derechos como por ejemplo el de ejercitar acciones individuales, por la remisión que hace él (artículo 228 u, a los artículos 223 y 224), o para alcanzar el aprovechamiento directo del inmueble que corresponda (artículo 228 a), o también para percibir frutos o rendimientos, además del reembolso del valor nominal

del título (si es "amortizable", según el artículo 228 j), y finalmente par obtener la porción respectiva al realizar el suceso condicionante de la adjudicación o venta de los bienes (si se trata de un título no amortizable, según lo que previene el artículo 228 k), que textualmente dice:

"ART. 228 k.- Tratándose de certificados de participación no amortizables, la sociedad emisora no está obligada a hacer pago del valor nominal de ellos a sus tenedores en ningún tiempo.

Al extinguirse el fideicomiso base de la emisión, y de acuerdo con las resoluciones de la asamblea general de tenedores de certificados, la sociedad emisora --- procederá a hacer la adjudicación y venta de los bienes fideicomitados; y la -- distribución del producto neto de la --- misma, en los términos del artículo 228 a".

Un certificado de participación es pues el título necesario para colocar a su tenedor, en una posición jurídica -- determinada en el ámbito general de la organización de una masa de cosas, con la cual se coordinan objetivamente ---- otros tenedores de títulos idénticos; de manera que todos y cada uno de ellos como representantes de un derecho o -- una parte alícuota de esa masa, están habilitados para --- ejercitar por sí mismos derechos inherentes a tal posición, conforme a las reglas establecidas concretamente en el acta constitutiva, o en todo caso por el ordenamiento legal.

Atendiendo a lo ya visto en los puntos anteriores y para mejor facilidad de comprender en sí, las diferencias fundamentales entre los certificados amortizables y los no amortizables, es imprescindible destacar que los derechos y demás bienes representados por los certificados de participación pueden ser muebles o inmuebles (según las clasificaciones de los artículos 750, 752, 753, 754, 755 y 756 del Código Civil); pero la naturaleza de estos derechos y bienes, lo mismo que la de los valores antes citados, no trascienden a la naturaleza específica de los certificados.

En efecto, el encabezado del artículo 228 b de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, declara que tales certificados serán bienes muebles, aún y cuando los bienes fideicomitidos materia de la emisión, sean bienes inmuebles.

El carácter de "muebles o inmuebles" de estos derechos y bienes, se utilizan para otra clasificación que hace la misma Ley, en su artículo 228 d, con respecto a los certificados de participación; menciona que cuando los bienes fideicomitidos materia de la emisión, son muebles, aquellos certificados serán designados como "ordinarios", y si esos bienes fuesen inmuebles, los certificados se denominarían "inmobiliarios".

"Esta división bipartita no es solamente nominativa, si no corresponde a una organización jurídica diversa con relación a los derechos de los tenedores y a facultades de la sociedad emisora" (22). Pero volviendo al tema que nos ocupa, podemos ver en atención a una clasificación hecha -

22. Esteve Ruiz, Roberto A.- "El Certificado de participación".- Revista publicada por el Banco Nal. Hipotecario Urbano y de Obras Públicas.- 1960, pág. 14.

por la forma de pago de los certificados de participación, que los artículos 228 i, 228 j, 228 k; y 228 m en su inciso IX, permiten a la sociedad emisora según fuere la naturaleza de los títulos conforme a los grupos del artículo - 228 a) fijar en la escritura de emisión, el plazo para pagar los productos o rendimientos; así como las condiciones y formas de pago del valor nominal de los títulos; por lo que cuando los títulos que se emiten dan a sus tenedores, además del derecho a una parte alícuota de los frutos o -- rendimiento correspondientes, el del reembolso del valor - nominal de dichos títulos, éstos se denominan "amortiza--bles" (artículo 228 j).

Si por el contrario, no imponen a la emisión la obligación de hacer pago del valor nominal de ellos a sus tenedores - en ningún tiempo, hasta que el fideicomiso relativo se extinga, deben denominarse en la escritura de emisión como - "certificados de participación no amortizables" (artículo 228 k).

El certificado de participación, cualquiera que sea su naturaleza de los bienes del patrimonio constituido para el objeto; ya sea "ordinario" (por ser muebles los bienes fideicomitados, materia de la emisión); ya sea "inmobilia---rio" (por ser inmuebles tales bienes), ya sea representativo de derechos sobre propiedad, sobre productos, sobre - aprovechamiento directo del inmueble fideicomitado; ya se emita o no como amortizable, o ya con rendimiento fijo o - variable, será siempre un título de inversión productiva.

Veamos porque y sigamos con las diferencias fundamentales.

"Si es amortizable, la adquisición del certificado atribuye una parte alícuota de los frutos o rendimientos correspondientes, además del reembolso del valor nominal del título (artículo 228 j), con lo cual, su adquirente recupera del dinero que ha invertido, al cumplirse el vencimiento respectivo; y entre tanto, percibe los productos de los bienes fideicomitidos, que pueden ser frutos naturales o rendimientos de intereses o utilidades" (23).

"De no ser amortizables los certificados, como en tal caso la sociedad emisora no está obligada a hacer pago del valor nominal de ello en ningún tiempo, es posible que el adquirente pensará que su inversión es improductiva; sin embargo, hay que fijarse en las circunstancias que clara y expresamente menciona el artículo 228 k.

Si se excluye el reembolso del valor nominal, durante la vigencia del fideicomiso base de la emisión, es en razón de no ser amortizable esos títulos antes de que el fideicomiso se extinga" (24).

Esto quiere decir que el adquirente del certificado no percibirá frutos ni rendimientos de interés o dividendos; pero que, en definitiva, su título le dará derecho a que se le adjudiquen los bienes (en su caso) o a que se le entregue la porción proporcional que le corresponde en la distribución del producto neto que se obtenga de la venta de esos bienes.

La Ley ha previsto (en el párrafo final del artículo 228a, al que hace remisión el 228 k), la posibilidad de que, al hacerse la adjudicación o la venta de los bienes, derechos o valores; el valor comercial de éstos haya disminuido bajo

23. Idem.- pág. 16.

24. Idem.- pág. 27.

uno de estos dos aspectos; o el de que la disminución no sea el importe nominal total de la emisión; o el de que, por lo contrario ese valor comercial de la masa fiduciaria fuere inferior al valor nominal total de la emisión.

En la primera hipótesis, previene la norma que la adjudicación de los bienes o la liquidación en efectivo se haga a los tenedores "hasta por un valor igual al nominal de sus certificados". Esto equivale al reembolso del dinero invertido por el tenedor en la adquisición del título.

En la otra hipótesis, por ser inferior el valor comercial de la masa fiduciaria, al nominal total de la emisión, tendrán derechos los tenedores "a la aplicación íntegra de los bienes o del producto de la venta de los mismos".

En esta eventualidad, es claro que habrá pérdida en la inversión.

En otros términos; a pesar de las exclusiones señaladas, el certificado "no amortizable" asume igualmente la calidad de título de "inversión productiva".

Hay, desde luego, una diferencia esencial entre los certificados de participación en frutos o rendimientos y los que participan en la propiedad, en la titularidad o en el producto que resulte de la venta de los bienes, derechos o valores.

"Respecto de frutos (o productos) y rendimientos, a que corresponde el enunciado del inciso "a" del artículo 228 a, los tenedores de los certificados tienen derecho a percibirlos en los términos que, para su pago se señala en cada

certificado (fracción VI, artículo 228 n), congruentemente con todos los de la emisión respectiva, y del plazo que se fije en la escritura que se haga (fracción IX, artículo -- 228 m).

Cuando se trata de la participación en el derecho de pro-- piedad o en la titularidad (inciso a y b del artículo 228 a), el derecho de cada tenedor de certificado, es el de -- una parte alícuota del porcentaje que represente, en el -- momento de hacerse la emisión, el valor total de ellas en relación con el valor comercial de los bienes, derechos o valores correspondientes, fijado por el peritaje practica-- do en los términos del artículo 228 h , que hemos expli--- cado antes; y eso en razón de lo que el párrafo final del repetido artículo 228 a previene, acerca de que el derecho total de los tenedores de certificados de cada emisión ha de ser igual a aquel porcentaje" (25).

Los certificados "amortizables" con respecto a los "no --- amortizables", no solamente corresponde a métodos diversos en cuanto ala forma de su pago (según dijimos en anterio-- res hojas); y si aquí los mencionamos es por razón de mé-- todo para su clasificación.

Etimológicamente y en su aspecto jurídico, la palabra Amor-- tización, significa dejar completamente sin substancia una deuda de modo paulatino, económicamente, amortización sig-- nifica la adquisición o atribución permanente de bienes -- inmuebles en poder de manos muertas, o sea de aquellas --- corporaciones que no transfieren o tienen prohibido trans-- ferir esos bienes, para disfrutar permanentemente, mien--- tras dure la corporación, de los productos de ellos, con - lo cual se estanca la circulación de la riqueza, y que fue

a lo que propusieron poner fin algunas de las leyes mexi-- canas de Reforma, lladas de "desamortización" de bienes -- raíces pertenecientes al Clero, y en general, a corpora--- ciones civiles y eclesiásticas.

En lo que se refiere a la amortización en el punto de vis-- ta que veníamos desarrollando, es decir, como método de -- pago paulatino de una deuda, hay que fijarse que los certi-- ficados de participación "amortizables" se denominan así, no porque el valor de cada certificado lo vaya a pagar --- paulatinamente o en abonos la sociedad emisora, sino en -- razón de que, como el conjunto de los títulos correspon--- dientes a determinada emisión integra una unidad económica unitaria con calidad digámoslo así, de crédito colectivo a cargo de la masa fiduciaria de los bienes materia de la -- emisión, resulta que, cada vez que vencen el plazo o las - condiciones para el reembolso del valor de un certificado, se produce una amortización del valor del mismo, que redu-- ce proporcionalmente el de la unidad fiduciaria correspon-- diente.

"La amortización, aunque la ley nada diga en este Capítulo V bis, se acostumbra por dos procedimientos, el de fecha - fija o el de sorteos.

En ambos casos, al llegar aquélla o al salir el número co-- rrespondiente al certificado, éste dejará de causar inte-- réses o de seguir con derecho a productos o rendimientos, y se dará origen a la acción para exigir el reembolso del valor nominal del título.

Pero como puede ocurrir que la sociedad fiduciaria no hi-- ciere el pago de aquel valor nominal en su oportunidad, el

segundo párrafo del artículo 228 j concede en ese caso, a los tenedores de los títulos vencidos, los derechos a que se refieren los incisos "b" y "c" y el párrafo final del artículo 228 a, que hemos estudiado anteriormente.

En caso de estipularse sorteos para la amortización, se -- seguirá el mismo procedimiento del artículo 222 (artículo 228 p), que la Ley establece para los sorteos de amortización de las obligaciones que pueden emitir las sociedades anónimas" (26).

Cuando los certificados se emiten como "no amortizables", sus tenedores carecen de derecho para recibir, el pago de su valor nomina; y solamente, al extinguirse el fideicomiso, y mediante acuerdo de la asamblea de tenedores, la Sociedad emisora procederá a la adjudicación de los bienes o bien recibirán proporcionalmente el producto neto de la -- venta de los bienes fideicomitidos (artículo 228 k).

1.6 EL CERTIFICADO EN LA --- PRACTICA

Como hemos visto, el Certificado de Participación Inmobiliaria No Amortizable fue poco a poco logrando mayor aceptación dentro del ámbito Mercantil, fundándose sobre la -- imperiosa necesidad de encontrar un título jurídico que -- amparara derechos de habitación en favor de personas de -- escasos recursos y que otorgase facilidades en el pago de las viviendas, así como la simplificación de los trámites y formalidades para su adquisición garantizando en última instancia el derecho de propiedad de las mismas.

Dicho título de crédito se pensó que sería un dispositivo de especial adaptación dentro de los medios de crédito, la banca y el seguro; siendo en aquel entonces la solución a una de las principales preocupaciones; la adquisición de -- una casa habitación.

Fue entonces que con la venta de los Certificados de Participación Inmobiliario no Amortizables se estableció una operación que facilitaría mediante pequeños desembolsos la adquisición de una vivienda por la cual de inmediato se le entregase a su tenedor el uso y goce de la misma.

Una vez creado el Certificado de Participación Inmobiliaria no Amortizable se empezaron hacer programas de construcción de viviendas en donde intervendrían tanto la iniciativa privada, como el Estado; todo esto dentro de un -- ámbito Económico, Político y Social.

Dichos planes o programas de construcción de viviendas se desarrolló por Entidades Oficiales como el Departamento -- Central (actualmente Departamento del Distrito Federal), - el Banco Nacional Hipotecario Urbano de Obras Públicas --- (después Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.- A.), actualmente Sociedad Nacional de Crédito, y el Gobier no Federal.

En efecto, el Banco Nacional Hipotecario Urbano y de Obras Públicas, Sociedad Anónima, después Banco Nacional de ---- Obras y Servicios Públicos, S.A., actualmente S.N.C., por medio del Fideicomiso denominado "Fondo de Habitaciones -- Populares", constituido por el Gobierno Federal; adquirió según Decretos de fecha diecinueve de mayo de mil novecien tos sesenta, y quince de enero de mil novecientos sesenta y cuatro, y por diversos contratos de compraventa entre -- particulares, ciertos terrenos circunscritos por las ca--- lles de Manuel González; Paseo de la Reforma, Nonoalco y - Avenida Insurgentes Norte, con una superficie aproximada - de 750,000 m².

Estos terrenos fueron adquiridos por la Institución Fidu-- ciaria, para cumplir con los fines previstos por el Fidei- comiso denominado Fondo de Habitaciones Populares según lo señalaba el Capítulo X Art. 47, y 49 de la Ley Orgánica -- del Banco Nacional Hipotecario Urbano y Obras Públicas, S. A. y que textualmente en algunos incisos decía:

"ART. 47.- Se crea en la Institución un Fondeo de Ha- bitaciones Populares que se formará e in--- crementará con los siguientes recursos:

I. Los subsidios que para el efecto pueda -

destinar la Federación;

II. Sumas provenientes de empréstitos contratados para este efecto por la Federación, los Estados, el Distrito y Territorios Federales o los Municipios;

III. Sumas producidas por la recaudación de los derechos, impuestos, ingresos, bienes y servicios afectados al Fondo por la Federación, por cualquiera de las entidades arriba citadas o por organismos públicos o privados en general.

IV. Cualquiera otras sumas, bienes o ingresos que prevean las disposiciones legales, administrativas o contractuales aplicables"

"ART. 49.- El Fondo deberá ser destinado:..."

"...II. A proyectar y constituir habitaciones populares..." (27).

En aquella época, y con lo concretamente ordenado por los citados Decretos, el Banco procedió a la urbanización del Conjunto Urbano "Presidente Adolfo López Mateos", ubicado como ya dijimos, en Nonoalco Tlaltelolco de esta Ciudad; de acuerdo con el proyecto que para ese efecto aprobó el Departamento del Distrito Federal, y que fue uno de los primeros conjuntos Urbanos motivo o base de la Emisión de los Certificados de Participación no Amortizables.

Dentro del Conjunto Urbano "Adolfo López Mateos", tomaremos como ejemplo práctico el Edificio "General José María

27. "Ley Orgánica del Banco Nacional Hipotecario Urbano y de Obras Públicas, S.A.".- Publicación del propio Banco.- México, D.F. 1953. págs. 25 y 26.

Arteaga"; mencionaremos algunas cláusulas básicas de la declaración unilateral de voluntad, otorgada en la escritura Pública correspondiente y por ende la emisión de los Certificados de Participación Inmobiliaria no Amortizable respecto de dicho inmueble.

El 5 de Octubre de 1970; el entonces Banco Nacional de --- Obras y Servicios Públicos, Sociedad Anónima, como Institución Fiduciaria, en representación del Fideicomiso del Fondo de Habitaciones Populares, otorgó ante la Fé del Licenciado Heriberto A. Román, Notario Público Número 53 del -- Distrito Federal, la escritura Pública Número 13,718; en la cual se hizo constar la emisión de los Certificados de Participación Inmobiliaria no Amortizables, que por Declara--- ción Unilateral de Voluntad hizo dicha Institución, con la comparecencia de Asociación Hipotecaria Mexicana, S.A. de - C.V., en su carácter de representante común del conjunto de Tenedores de los Certificados de Participación Inmobilia--- ria; y de la Comisión Nacional Bancaria para la aprobación de dicha Emisión.

Para una mejor comprensión, insertaremos al texto algunas - de las cláusulas más importantes contenidas en la misma escritura de referencia y así analizar con mejor claridad el objeto de su nacimiento, y principalmente las obligaciones y derechos que amparan cada uno de estos títulos.

"...CLAUSULA: PRIMERA.- A) EMISION.- El Departamento Fidu--- dicario del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, - Sociedad Anónima, en representación del Fideicomiso del --- Fondo de Habitaciones Populares, de conformidad con lo es--- tablecido por el artículo doscientos veintiocho-a y doscien--- tos veintiocho-m de la Ley General de Títulos y Operaciones

de Crédito; veinte, fracción VIII y veinticinco a veintisiete, veintinueve a treinta y tres; treinta y seis y cuarenta y cinco a cincuenta y uno de su Ley Orgánica; y demás relativos de ambos ordenamientos; por declaración unilateral de voluntad emite Serie de Certificado de Participación Inmobiliaria, no amortizable, Serie "B", de aprovechamiento, a fin de representar, mediante esos títulos de crédito, los derechos y obligaciones que en términos de esta escritura tendrán sus tenedores sobre el inmueble --- descrito en los antecedentes dos y tres.

b) DENOMINACION, OBJETO Y DOMICILIO DE LA EMISORA.

Conforme a su escritura constitutiva y Ley Orgánica, la denominación que corresponde a la Emisora es la de "BANCO NACIONAL DE OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS, SOCIEDAD ANONIMA", Institución Fiduciaria, siendo su objeto el definido y --- precisado en ellas, teniendo su domicilio establecido en esta Ciudad.

C) BIENES MATERIA DE LA EMISION.- El edificio denominado "General José Arteaga", marcado con el número trescientos dos de la Avenida Manuel González, que forma parte del --- conjunto Urbano "PRESIDENTE LOPEZ MATEOS", ubicado en la Zona Nonoalco-Tlaltelolco, de esta Ciudad..."

"... SEGUNDA.- IMPORTE DE LA EMISION.- Respecto al inmueble descrito en los puntos dos y tres del capítulo de antecedentes y de acuerdo con lo establecido por el artículo veinticinco de la Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, Sociedad Anónima, el Fiduciario emite una serie de Certificados de Participación Inmobiliaria no Amortizables, que representarán para sus titulares los derechos que se precisan en la cláusula Sexta, siendo su -

importe de \$44,985,700.00 (CUARENTA Y CUATRO MILLONES NO--
VECIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS PESOS, 00/100 --
M.N.).

TERCERA.- DESTINO DE LOS PRODUCTOS.- Los productos que ob-
tenga la Fiduciaria con la colocación de los Certificados
de Participación Inmobiliaria No Amortizable Serie "B" se
destinarán, de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo --
veinticinco de la Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras
y Servicios Públicos, Sociedad Anónima, (en aquel enton--
ces), a cubrir los rendimientos y el valor nominal de los
Certificados de Participación Inmobiliaria Amortizables --
Serie "A", que se hubieren emitido y a ese fin se tendrá -
por afectados específicamente dichos productos, así como a
redimir preferentemente los gravámenes que en su caso lle-
gare a reportar el edificio materia de la emisión.

CUARTA.- DENOMINACION, NUMERO Y VALOR DE LOS CERTIFICADOS.
Los Certificados de Participación Inmobiliaria de esta Se-
rie, se denominarán "Certificados de Participación Inmobi-
liaria No Amortizables", Conjunto Urbano "Presidente López
Mateos", Zona Nonoalco, Tlaltelolco, México, Distrito Fe--
deral, Edificio "General José Arteaga", Serie "B", y esta-
rán representados por trescientos doce títulos, uno por --
cada departamento y local de los que forman parte del ci--
tado edificio, cuya numeración corresponderá a la de los -
departamentos y locales comerciales a que los títulos se -
refieran; otorgarán a sus tenedores y legítimos titulares
los derechos y obligaciones por las leyes que los rigen y
los que específicamente se establecen en este instrumento
y tendrán los valores nominales que se indican...".

QUINTA.- CARACTERISTICAS.- Los Certificados de Participación Inmobiliaria No Amortizables, Serie "B", tendrán las siguientes características:

- 1) Representar para sus tenedores y legítimos titulares - los derechos que establecen los artículos doscientos - veintiocho-a de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y veintinueve y demás relativos de la - Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios - Públicos, Sociedad Anónima, y en particular el derecho de aprovechamiento directo del inmueble materia de la emisión; derecho cuya extensión, límites, modalidades, términos y condiciones, se determinan en esta escritura, con las obligaciones que aquí se fijan.

- 2) Serán nominativos y para que su transmisión por endoso o cualquier otra forma legal surta efectos, deberá --- inscribirse en el Registro que para tal fin llevará la Emisora desde el momento en que le haya sido pagado -- cuando menos uno de estos Certificados, Registro en el cual se expresarán los datos generales del titular y - los que identifiquen, tanto los Certificados, como los departamentos o locales comerciales a que se refiere, además de las transmisiones de que hayan sido objeto.

El fiduciario sólo considerará como tenedores y legítimos titulares de los Certificados y de los derechos y obligaciones que ellos incorporan a quienes aparezcan como tales en el Registro citado.

Las inscripciones y anotaciones sólo se harán si previamente se cumplen las condiciones establecidas en la Cláusula Sexta de este instrumento. Si no está total--

mente cubierto el precio de estos Certificados y mientras sus compradores o adquirentes no hayan cumplido con todas y cada una de las prestaciones a que se hubieren obligado y con las demás condiciones y obligaciones y satisfecho los requisitos necesarios para su transmisión, no tendrán otros derechos que los establecidos en los respectivos contratos de compra-venta con reserva de dominio que hayan celebrado.

3. Estarán redactados en español y en su texto se insertarán las menciones y requisitos indicados en la Cláusula Décima Primera.
4. El Fiduciario no está obligado a hacer el pago de su valor nominal a sus titulares en ningún tiempo, de acuerdo con el artículo doscientos veintiocho-k de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

SEXTA.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS TENEDORES Y LEGÍTIMOS TITULARES DE LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACION INMOBILIARIA NO AMORTIZABLE, SERIE "B".

El Fiduciario transmitirá estos títulos en forma que juzgue más conveniente para sus intereses, reservándose tanto la propiedad como su tenencia, hasta en tanto se cumplan las obligaciones y condiciones establecidas en los contratos de compraventa respectivos, los cuales no podrán celebrarse sino con las personas que reúnan las cualidad y se encuentren comprendidos en las circunstancias que el propio Fiduciario exija como requisitos para ocupar los departamentos o locales comerciales que forman parte del inmueble materia de la emisión y siempre y cuando los beneficiarios y sus familiares estén ya ocupando y desde luego vayan a ocupar realmente el departamento o local comercial

amparado por el título, según lo dispuesto por el artículo treinta de la Ley Orgánica del Banco (en aquel entonces) y tomando en consideración, además, lo señalado por los artículos treinta y seis y setenta y dos, fracción sexta del ordenamiento invocado.

1. Mientras los adquirentes de estos Certificados Serie - "B" no hayan cubierto en su totalidad el valor nominal de sus títulos y cumpliendo además, con todas las prestaciones a que están obligados y con las demás obligaciones y requisitos que se les exijan para su entrega, el Fiduciario conservará en su poder los Certificados y se reservará invariablemente el dominio de los mismos; por lo que, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo treinta, fracción III de la Ley Orgánica del Banco, no podrán ser objeto de embargo u operación alguna que los afecte en beneficio de terceros, salvo que se trate del cumplimiento de obligaciones contraídas con la Fiduciaria por sus propios titulares.

Queda claramente estipulado que sin autorización del - Fiduciario dada por escrito, no se podrán ceder, transferir, o de otro modo transmitir los mencionados derechos de ocupación anticipada ni ningún otro, y que por la sola inscripción de esta escritura en el Registro - Público de la Propiedad, surtirá efectos contra tercero tanto la reserva de dominio como todo lo estipulado en ella sin que sea necesaria para tal fin la inscripción posterior de documento alguno.

2. Queda expresamente establecido que aunque se encuentre íntegramente pagado su valor, los derechos que confieren esta clase de Certificados quedarán sujetos al --

régimen de Fideicomiso a que se encuentra afectado el inmueble materia de esta emisión, en tanto el mismo no se extinga en los términos previstos en esta escritura y sus tenedores deberán cumplir con las obligaciones - fiscales y de otra índole que les incumban en virtud o como consecuencia de sus Certificados.

3. Una vez que todos los adquirentes hayan cubierto íntegramente el valor nominal de sus títulos liquidando todas las prestaciones económicas a las que estén obligadas y cumpliendo con las demás obligaciones y condiciones que para ellos se establezca en los contratos de compraventa lisa y llana o con reserva de dominio relativos a estos certificados, se les entregarán transmitiéndoles dichos documentos, con todos los derechos y obligaciones incorporados en ellos. Al realizarse la situación señalada en el párrafo anterior y mientras no se extinga el Fideicomiso en lo que se refiere al Edificio materia de la emisión, ya sea porque los tenedores y legítimos titulares de los Certificados, que aparezcan como tales en el Registro de la Emisora, no puedan decidir sobre el destino del inmueble o si su decisión al respecto carece de validez y el Fiduciario no haya establecido el régimen de copropiedad en la forma prevista en la Cláusula Séptima, los tenedores y legítimos titulares mencionados, tendrán en especial los siguientes derechos y obligaciones, además de lo que a su favor establecen las otras cláusulas de este instrumento...".

"...A.- DERECHOS.- 1.- RELATIVOS AL APROVECHAMIENTO DIRECTO DEL DEPARTAMENTO O LOCAL COMERCIAL AMPARADO POR LOS CERTIFICADOS Y DE LOS ELEMENTOS O PARTES COMUNES DEL EDIFICIO.

Los tenedores y legítimos titulares y/o su familia tendrán derecho a la ocupación y aprovechamiento directo y exclusivo del departamento o local comercial a que se refiere al Certificado y a servirse de los elementos, partes del edificio e instalaciones generales que se consideran como comunes, por ser necesarias para la existencia, seguridad, comunidad de acceso, recreo, ornato, o cualquier otro fin semejante, tales como pórticos, puertas, de entrada, vestíbulos, patios, jardines, galerías, azoteas, corredores, escaleras, alumbrado exterior y en general, los demás aparatos objetos e instalaciones que sirvan para el uso y disfrute común del edificio, de acuerdo con su naturaleza y destino ordinario, pero deberán utilizarse de manera de no perjudicar, restringir, impedir o hacer más oneroso el uso y disfrute a los demás ocupantes y con las prohibiciones y limitaciones que en esta escritura se fijan o que dispongan los reglamentos, normas técnicas y administrativas aprobadas al efecto por la Asamblea de Tenedores en el caso previsto en la Cláusula Séptima, o establecidos por el Fiduciario.- Estos derechos de aprovechamiento directo se extinguirán si la Asamblea de que se habla en la citada Cláusula llega a tomar una decisión por la que resulte incompatible su existencia y ejercicio de parte de los tenedores de Certificados.

2. Respecto de su Título.- Para que el endoso o de cualquier otro acto u operación referente a los Títulos y a los derechos y obligaciones que incorporan, surtan efectos contra el Fiduciario o contra terceros, la operación deberá inscribirse en el Registro de la Emisora, así como en el propio título y será suficiente que le notifique dicha operación al Fiduciario, para que éste otorgue su autorización por escrito, la que sólo podrá negar si a su juicio

existen causas justificadas para ello. Una vez conocida la autorización procederá a efectuar las anotaciones de que se ha hablado.

El endoso debe ser puro y simple.- Cualquier condición a la cual lo subordine el endosante se tendrá por no escrita.

El endoso parcial será nulo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo treinta y uno de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

El endosatario en propiedad, en su carácter de legítimo -- titular de Certificado, tendrá los mismos derechos y obligaciones establecidas en las leyes que rigen estos títulos y las que se señalan en esta escritura..."

3. RESPECTO AL FIDUCIARIO.- El tenedor o legítimo titular del Certificado tendrá derecho a exigir al Fiduciario por sí mismo o por conducto del Representante Común, según el caso, el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Fiduciario en esta escritura.

"4. ASAMBLEAS.- Todo tenedor o legítimo titular tendrá derecho de concurrir a las Asambleas, participar en sus deliberaciones e intervenir en sus resoluciones y acuerdos -- mediante el ejercicio de derecho de voto..."

"...SEPTIMA.- EXTINCION DE FIDEICOMISO EN LA PARTE RELATIVA AL INMUEBLE MATERIA DE LA PRESENTE EMISION.- El Fideicomiso relacionado con el antecedente número uno de esta -- escritura se extinguirá al cumplirse los términos y las -- condiciones siguientes.

1. Cuando todos los compradores de Certificados No Amortizables hayan cumplido íntegramente con las obligaciones y condiciones establecidas a su cargo por esta

escritura y los respectivos contratos de compra venta lisa y llana o con reserva de dominio; se hayan cubierto en su totalidad los certificados fiduciarios de adeudo, en caso de que se hubieren emitido; se encuentren amortizados totalmente los Certificados de la Serie "A", estén cubiertos por completo o debidamente -- garantizadas las erogaciones que correspondan, en los términos de esta escritura, a gastos generales y, por último, no existe a cargo de los compradores ningún -- adeudo por otros conceptos, el Fiduciario requerirá al Representante Común para que convoque a Asamblea General Extraordinaria de tenedores a fin de que éstos --- ejerciten los derechos que les otorgan los artículos - doscientos veintiocho k), de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, previniéndole que la misma - deberá celebrarse dentro del término de un año contado a partir de la fecha del citado requerimiento.

2. Si dentro de dicho plazo de un año no llegare a celebrarse la Asamblea General Extraordinaria o si habiéndose celebrado no se adoptó válidamente alguna resolución respecto al destino del inmueble, el Fiduciario - con su sola comparecencia procederá a otorgar la es--- critura pública de copropiedad a favor de los tenedo--- res de los Certificados de Participación Inmobiliaria No Amortizables, precisando que cada uno de ellos será titular de los derechos que se señalan a continuación:

- a) Derecho exclusivo a una parte alícuota del edificio materia de la emisión y derecho de ocupación y aprovechamiento directo y exclusivo del departamento o local comercial representado por su Certificado de Participación Inmobiliaria No Amortizable, Serie --

"B", estándose a lo dispuesto por el Código Civil - en materia de medianerías y servidumbres en relación a los muros que circunscriben el departamento o local comercial, lo mismo que respecto a las losas de entresijos, techos y azotea.

- b) Copropiedad proindiviso respecto de los elementos o partes comunes, objetos, aparatos, instalaciones -- generales o servicios comunes; los cuales sólo podrán ser modificados con el consentimiento de todos los copropietarios del inmueble o si media orden de autoridad competente en dicho sentido.
 - c) Copropiedad pro-indiviso del terreno en que se halla construido el edificio materia de la emisión, - en proporción a la realización existente entre el - valor nominal de los Certificados No Amortizables - Serie "B" de que sean titulares a la superficie de dicho terreno.
3. Si dentro del plazo fijado se celebra la Asamblea General Extraordinaria de Tenedores de Certificados Serie "B", en ella podrá optarse por:
- a) La venta del inmueble y la distribución del producto neto de la misma en los términos del artículo -- doscientos veintiocho a, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en cuyo caso el Fideciario otorgará la escritura correspondiente a nombre del comprador o compradores a quienes los tenedores y titulares hayan decidido transmitir dicha - propiedad; o bien:

- b) La adjudicación a su favor del inmueble materia de la emisión, adoptando cualquier régimen de propiedad compatible con las características del mismo y que se encuentren previsto por las leyes respectivas.

En este caso el Fiduciario otorgará la escritura en los términos que procedan quedando extinguido el Fideicomiso a partir de este momento. En caso de que la Asamblea dicte una resolución incompatible con las características del inmueble o si el régimen adoptado por la misma resulta legalmente inaplicable o inoperante, el Fiduciario dará por extinguido el Fideicomiso y procederá a otorgar la escritura de copropiedad en los términos establecidos en el punto dos de esta cláusula...".

"...OCTAVA.- OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO.- El Fiduciario tendrá, además de las otras señaladas en esta escritura y de las que le imponen las leyes aplicables, las siguientes obligaciones, mientras no se extinga este Fideicomiso, en la parte que afecta al inmueble materia de la emisión:

1. Permitir a los adquirentes y/o sus familiares el uso y disfrute del departamento o local comercial en su caso.
2. Administrar el inmueble en los términos señalados en la cláusula Sexta..."

"...5.- Aplicar los productos que obtenga con la colocación de los Certificados Serie "B" al pago de los rendimientos y a la amortización del valor nominal de los Cer--

tificados Serie "A", que se hubieren emitido..."

"...b) FACULTADES, OBLIGACIONES Y DECLARACIONES DEL REPRESENTANTE COMUN.

"...2.- Ha verificado la constitución del Fideicomiso base de la emisión...."

"...6. Autorizará con su firma los Certificados que se --- emitan..."

7. Convocará y presidirá la Asamblea de Tenedores de Certificados de Participación Inmobiliaria No Amortizables.

8. Vigilará la administración que lleve a cabo el Fudiciario..."

"...DECIMA PRIMERA.- TEXTO DE LOS CERTIFICADOS.- Serie "B". Los Certificados de Participación Inmobiliaria No Amortizable Serie "B", deberán contener; los requisitos establecidos por las fracciones I a IV inclusive, IX y X del artículo doscientos veintiocho n de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, así como el nombre y nacionalidad de su titular; la especificación del número del departamento que amparan; el porcentaje que sobre el importe de la emisión le corresponde a cada título; número de votos a que tendrán derecho en las Asambleas; una descripción general del edificio materia de la emisión y del departamento que ampara el Certificado; los derechos concedidos y las obligaciones impuestas a los Tenedores y en general la transcripción de las primeras Cláusulas de esta escritura relativas a dichos títulos o que tengan conexión con ellos.

En esta clase de títulos se expresarán las causas de extinción del Fideicomiso previstos en la cláusula Séptima de esta escritura..."

"...DECIMA TERCERA.- ADHESION DE LOS TENEDORES.- Se entenderá que se adhieren incondicionalmente a esta escritura - en todas sus partes, quienes llegaron a ser por cualquier medio Tenedores de Certificados de participación Inmobiliaria No Amortizables de la Serie "B", cuya emisión se -- consigna en este instrumento..." (28).

Después de haber visto en una forma general la creación de los certificados de Participación Inmobiliaria No Amortizables, consideramos pertinente resumir algunos puntos del estudio somero que se ha hecho de este título de crédito; precisando principalmente los motivos de su creación.

El Certificado de Participación Inmobiliaria No Amortizable, consistió (por lo menos así lo pensamos nosotros), en ser únicamente un instrumento de inversión que representase, podríamos decir (en una forma sui-generis), una parte proporcional o cuantitativa del derecho de uso y goce, y - finalmente del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles.

Llamamos en cierta forma cuantitativa o parte proporcional de una propiedad, por la transformación que sufre ésta, -- por virtud del fideicomiso.

Sabemos que el fideicomiso implica una transmisión que hace el fideicomitente a la Institución Fiduciaria en lo inmediato; y a los fideicomisarios o a terceros en lo mediató.

28. Escritura Pública No. 13718 de fecha 5 de octubre de 1970.- Otorgada ante la Fé del Lic. Heriberto A. Román, Notario No. 53 del -- Distrito Federal.

Por causa de éste, se separa totalmente al fideicomitente de la propiedad de la cosa; pero no para instalar en la -- plenitud del sitio que el ha desocupado, al fiduciario, -- como acontece respecto del comprador en una venta lisa y llana; sino para colocar la cosa en una situación transi-- toria que designamos propiedad fiduciaria por oposición, - por decirlo así, a la propiedad de pleno dominio.

Ahora bien; Quien asume los derechos de uso, goce y de --- abuso de la cosa, característicos de la propiedad, tal y - como la heredamos de la Civilización Romana.

Si el fiduciario sólo tiene una parte tan limitada de esos derechos es lógico preguntarse: ¿qué suerte se ha reservado a los demás atributos de la propiedad?.

En lo inmediato el fiduciario actúa como propietario sin - serlo, en lo mediato para saber a quien se le entregará el pleno derecho de la propiedad; siempre es preciso basarse al acta del fideicomiso.

Las posibilidades que encontramos serán tres:

- a) Que se prevea en el mismo una reversión de la propie-- dad al propio fideicomitente;
- b) Que prevea una transmisión de la propiedad al fideico-- misario;
- c) Que prevea una transmisión a terceros.

En algunos casos, sabremos de antemano específicamente --- quien habrá de tener la plenitud de la propiedad sobre la cosa. En otros casos sólo lo sabremos en forma genérica, -

pero a fin de cuentas y cualquiera que sea el propietario final, sólo podrá serlo por cumplimiento del fideicomiso o por terminación del mismo; y en ambos casos, la cosa tendrá que salir del régimen fiduciario, para poder ser materia de plena propiedad.

Lo dicho significa que el fideicomiso con transmisión de dominio nos permite considerar la cosa fideicomitida como un fondo, o mejor dicho, como un patrimonio sin un titular específico, suspendido en manos del fiduciario, y por lo tanto ser susceptibles de ser transmitido en todo o en parte, a quienes se coloquen sucesiva o conjuntamente dentro de lo previsto por dicho fideicomiso.

En esta posibilidad jurídica descansa la existencia del certificado de participación inmobiliaria no amortizable, ya que éste lo podríamos definir como un título de crédito que representa la participación de sus tenedores en los atributos de uso y goce y finalmente sobre la propiedad de un bien fideicomitado que su acta de emisión especifique.

Como consecuencia de todo esto el certificado puede representar para nosotros partes de usos, partes de aprovechamiento, de rendimientos de productos, y finalmente de partes de propiedad; y en cada uno de esos u otros casos está limitada dicha participación por lo estipulado en el fideicomiso base de la emisión, o en ambos.

Ahora bien, desde el punto de vista práctico, podríamos decir que los Certificados de Participación Inmobiliaria No Amortizables, incursionaron de figuras Jurídicas extranjeras a la Legislación Inmobiliaria Mexicana y fueron creados, debido a una Política económica y social determinada;

siendo un dispositivo de especial adaptación en un momento histórico de nuestro país, el cual fue estudiado en función de lo que ha constituido una de nuestras preocupaciones básicas; el de la habitación.

Tal vez este título sería el instrumento jurídico económico que presentare las mayores ventajas para centralizar y dirigir capitales hacia el campo de la vivienda, resolviendo así el problema de la habitación.

Relacionado con inmuebles, el certificado de participación inmobiliaria permitiría (en teoría) una movilización total del valor cristalizado en dichos bienes, ya que tradicionalmente se ha dicho que los inmuebles han formado en su alrededor un dispositivo legal de protección, que ha llegado a convertirlo en algunos casos, en una lentitud dentro de su manejo desde el punto de vista económico.

Resumiendo este primer aspecto general del uso del certificado como instrumento representativo de valores de cambio o como instrumento para la inversión de capitales en la edificación de casas populares, podríamos decir que a través de este título se trató de encontrar la forma de movilizar una mayor afluencia general de capitales privados en apoyo de programas de vivienda; y es en relación con esto en donde encontramos el principal aspecto práctico del Certificado de Participación.

Sin embargo la verdad es que con las primeras emisiones, como se vino a comprobar más adelante, se presentaban facilidades y se descubrían escollos de tipo fiscal, por lo que fueron hechas más con el fin de evitar tanto para el emisor, como para cualquier tenedor, los problemas de pa--

gos de impuestos, que con el fin primordial que era el de darle movilidad a la propiedad inmueble; soslayando el --- verdadero espíritu de la ley.

La principal desventaja que encontramos, para analizar a - los Certificados de Participación Inmobiliaria No Amorti-- zables en la vida de práctica, es que el número de sus --- emisiones fueron contadas, y en nuestro Distrito Federal - podríamos decir que los principales conjuntos urbanos, pa- ra los que fueron emitidos son: TLALTELOLCO, VILLA COAPA, VALLE DE ARAGON Y ACUEDUCTO DE GUADALUPE; por lo que para el público en general han sido hasta la fecha desconoci--- dos.

Sin embargo pensamos que primordialmente su desarrollo y - su conocimiento no tuvieron el éxito esperado, porque en - primer lugar los modelos de éstos títulos importados del - Derecho Anglosajón, no fueron tomados sustancialmente y al adecuarlos a nuestras propias necesidades, trajeron consi- go una modalidad, que si bien era lógica, nuestros legis- ladores no supieron quizá darle una regulación adecuada -- para que prestara la utilidad que tanto se esperaba.

En segundo lugar, la falta de circulación de estos título, como una omisión a la ley según los art. 228n y 228r de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; trajo --- aparejada la falta de conocimiento del público inversionis- ta.

Otra desventaja que encontramos dentro de la vida de un -- certificado de participación en su uso diario, es que su - representación de una parte alicuota del inmueble materia de la emisión y de los derechos de ocupación y aprovecha--

miento, no son más que derechos posesorios, y estos es muy importante.

Se pensó en que, debido a sus características de título de crédito y su facilidad de tradición se solucionaría el --- sistema de la Transmisión Inmobiliaria y el Traslado de -- Dominio, sin embargo debido a su desconocimiento, su aplicación inicial trajo consigo multitud de problemas traducidos en inseguridad jurídica respecto de los derechos en ellos consignados; y más aún cuando todo se reduce a la -- adquisición y transmisión por un simple endoso en su caso, del certificado de participación, de rasgos tan simples -- como los de una letra de cambio o de un bono, ya que quien lo tiene, legítimamente es el titular de todos los dere--- chos relacionados con la parte del inmueble materia de la emisión.

Inclusive al ser analizados comparativamente los Certifi-- cados de Participación Inmobiliaria, con los Certificados de Vivienda (otro título de Crédito) y con las escrituras -- públicas como sistema de titulación de Vivienda que hace - por ejemplo en la actualidad el INFONAVIT; se concluyó que efectivamente los dos primeros podrían ser más ágiles en su trámite pero que al no transmitir el dominio, no se cum--- pliría con el fin establecido de otorgar una habitación -- decorosa, además de que por requerir la intervención de un banco durante la vigencia del fideicomiso se traduciría en gastos para los adquirentes. Estos aunado a los gravámenes fiscales que en la actualidad gravan a estos títulos de -- crédito trajo consigo el regresar a la escritura pública - otorgada ante notario, situación que no ha llevado a cabo el INFONAVIT con su modalidad de titulación actual que --- además de constituir un peligro, es ineficaz en contra de - terceros, pero esto es tema de otro problema, que más adelante veremos.

C A P I T U L O I I

ALGUNAS DIFERENCIAS FUNDAMENTALES EN LA FORMA DE
TRANSMISION INMOBILIARIA ENTRE EL DERECHO CIVIL
Y EL DERECHO MERCANTIL

"Uno de los problemas fundamentales de toda ciencia jurídica, consiste en la determinación de la materia que comprende y la demarcación de sus límites frente a objetivos y relaciones similares que pertenecen y están regulados -- por disciplinas afines" (1). Este es el planteamiento fundamental del Derecho Mercantil, el de fijar su contenido - frente al Derecho civil, que es la otra rama del Derecho - Privado.

Determinar la materia comercial es una tarea necesaria, ya que ha nacido y se ha desarrollado a costa de la materia - civil, y ésta, en la actualidad, constituye una rama especial del Derecho Común.

"La determinación del contenido de una disciplina jurídica puede hacerse con un criterio a priori, que permita señalar anticipadamente la materia de una determinada rama del derecho o bien con un método analítico de realidades y de situaciones que el derecho positivo ofrezca, las cuales se estudien y se definan.- El primer método se aplica a varias disciplinas jurídicas; así, por ejemplo, el Derecho - Constitucional comprende, en general, las normas que regulan la organización del Estado y los derechos y obligaciones de los particulares en cuanto a miembros de una colectividad Política; el Derecho Procesal se refiere, también en general, a las reglas dictadas por el poder público para dirimir los conflictos de los particulares entre sí, o

1. Barrera Graf, Jorge.- "Estudios de Derecho Mercantil", Editorial -- Porrúa, S.A. 1a. Edición, 1958, pág. 223.

de éstos con el Estado.

Pero hay otras disciplinas cuya naturaleza y cuyos límites no pueden establecerse con dichos criterios, por la circunstancia de que su estructura no es uniforme y su evolución obedece a razones históricas de índole y características muy diversas y variables.

Tal es el caso del Derecho Mercantil, que nació para atender las necesidades del comercio y ha crecido al parejo -- del desarrollo y de la evolución de éste y de la economía, siempre a costa del Derecho común..."

"... El problema de fijar el contenido del Derecho Mercantil es un problema de Derecho positivo como unánimemente lo reconoce la doctrina moderna, ya que la materia comercial se determina en función de los actos y relaciones regulados por un determinado derecho; actos y relaciones que pueden variar de un sistema positivo a otro puesto que las necesidades económicas y la misma evolución histórica del derecho comercial no son iguales en todos los países" (2).

Precisar su naturaleza, volveremos a decir "es tanto una exigencia constitucional, como imperativo interno de la -- misma ciencia jurídico-comercial la cual establece la interpretación análoga como procedimiento para colmar las -- lagunas que ofrece y para calificar de comerciales ciertas relaciones" (3); es decir simple y sencillamente para poder designar como comerciales algunas relaciones o actos - de comercio reguladas por la legislación mercantil.

En cuanto al principio constitucional, recordamos que la -

2. Idem.- pág. 224.

3. Idem.- pág. 225.

fracción X del artículo 73 de nuestra Carta Magna reserva a la Federación la facultad de legislar en materia de comercio; por otro lado, en cuanto a las atribuciones del legislador, constituyen factores históricos, económicos y políticos a veces para encuadrar y precisar la naturaleza del Derecho Mercantil, distinguiéndolo del Derecho Civil, y de otras ciencias jurídicas.

Precisar qué debe entenderse por tal, es necesario determinar si una cierta norma legal o una determinada situación o acto concreto no regulado en la ley, debe quedar comprendido en el Derecho Mercantil o en otra ciencia jurídica.

Para empezar este estudio, hagamos una breve consideración. "De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 10. de nuestro Código de Comercio, las disposiciones de dicho Código sólo son aplicables a los actos comerciales. Esta afirmación, por exagerada y contraria a otras disposiciones de nuestra legislación mercantil, es falsa. A pesar de ello, podemos indicar que el contenido del Derecho Mercantil Mexicano, está constituido fundamentalmente por los actos de comercio enumerados en el artículo 75o. Ahora bien, ni dicho artículo comprende a todos los actos de Comercio, ya que otros están comprendidos en la Ley Reglamentaria del art. 27o. Constitucional en el Ramo del Petróleo, (art. 1-9o.), en la Ley de Minas (art. 98o.), y en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (art. 10.); ni la enumeración de todos los actos de comercio, -- agota el contenido de nuestra ciencia" (4). De las situaciones jurídicas reguladas por el derecho, el Código de Comercio se refiere solamente a las manifestaciones de voluntad encaminadas a producir consecuencias jurídico co--

4. Idem.- pág. 228.

mercantiles; por lo que de esta forma se excluyen los hechos jurídicos, es decir en donde no interviene la voluntad del Hombre. Básicamente, sus consecuencias nacen de -- actos jurídicos.

"Los actos jurídicos regulados por el Derecho Mercantil, - comprenden tanto las manifestaciones lícitas (negocios jurídicos), como las ilícitas de la voluntad del hombre. Es - decir, comprenden, dentro de la terminología romana todavía en boga, a los contratos, cuasi-contratos, a los delitos, y a los cuasi-delitos comerciales" (5).

Es el contrato la primera de las fuentes particulares del Derecho Mercantil, fuente importantísima para la teoría -- jurídica y para la ley. La Teoría Jurídica, que proclama - la existencia de toda clase de obligaciones nacidas del -- acuerdo de voluntades, que es precisamente lo que constituye el contrato; la ley, como declaración expresa en nuestro Código Civil, ya que dice, que las obligaciones que -- nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, el precepto citado del Código Civil, es de perfecta aplicación a aquél, también el Código de Co-- mercio declara de un modo expreso que el contrato es fuente del derecho.

El tratar de definir el acto de comercio, es una idea tan vieja como la regulación de dichos actos.

"Los más antiguos comentaristas franceses del Código de -- Napoleón ensayaron, en efecto, definiciones basadas en la naturaleza y las características, sino del acto mismo, sí del comercio y de la actividad de los comerciantes; busca-

ban en dicho método no sólo la posibilidad indicada de reducir la variada serie de actos de comercio a un concepto unitario y dogmático sino, principalmente, la de fijar el ámbito de aplicación del Derecho Mercantil, evitando así dudas y conflictos, en cuanto a la calificación y a la regulación de las relaciones jurídicas" (6).

"Ante esta dificultad los mercantilistas optaron por dar una definición que se basara en el examen y en la clasificación de los distintos actos propuestos por los diferentes sistemas positivos. Si la definición no se lograba con un concepto previo y el procedimiento deductivo era ineficaz habría que analizar cada uno de ellos, tratar de agruparlos y, por inducción, llegar a la definición que los comprendiera" (7).

Precisaremos en la historia algunos criterios y doctrinas que estudiaron el acto de comercio y que son base o fundamento de nuestro Código de Comercio.

Rocco, insigne mercantilista italiano que profundizó en el estudio del acto de comercio, al analizar los actos contenidos en los artículos 3 y 4 del Código de Comercio de 1882 propuso un primer criterio de clasificación: Actos mercantiles por su naturaleza intrínseca, de un lado, y Actos mercantiles por conexión, del otro; los primeros fueron caracterizados por un atributo común, a saber, que a través de ellos se realizaba una interposición en el cambio; los segundos, se consideraron "conexos con una operación de interposición".

6. Idem.- pág. 230.

7. Idem.- pág. 231.

Los primeros a su vez los clasificó Rocco, en cuatro categorías:

- "a) Actos de interposición entre productores y consumidores, encaminados a facilitar el cambio de bienes tanto muebles, como inmuebles (fraccs. I y II de nuestro --- art. 75);
- b) Actos de interposición en el cambio a crédito de dinero con dinero, que comprendería las operaciones de --- banca, (fracc. XIV), tanto activas, como pasivas;
- c) La tercera categoría estaría integrada por los actos - de interposición, en el cambio del trabajo, o sea, que darían aquí comprendidas aquellos actos en los que --- existe la utilización y la organización del trabajo -- ajeno y una función de intermediación entre los trabajadores y el público, como es el caso, según Rocco, de todos los actos de empresa (fraccs. V a XI); y
- d) Por último la cuarta categoría se formaría con los actos en los que existe una intermediación en el cambio de riesgos o sea, los seguros (frac. XVI), en los que siempre se da el "cambio de un riesgo individual por - una cuota proporcional de un riesgo colectivo", cambio que se efectúa por intermediarios, o sea, las empresas de seguros" (8).

La primera clasificación es la que a nosotros interesa, ya que desde entonces toma a los bienes inmuebles como cosas mercantiles.

8. Rocco, citado por Barrera Graf, Jorge.- ob. cit. pág. 231.

Muy pronto se le hicieron críticas a esta teoría, pero lo importante para nosotros dentro de la clasificación el de insertar dentro de los actos mercantiles o de comercio a los bienes inmuebles, que por tradición han sido siempre regulados y protegidos por la ley común.

Otro criterio de clasificación propuesto en Italia brillantemente en aquel entonces, fue hecho por el jurista Arcangeli; adaptado sin variaciones sustanciales a nuestro derecho por el Maestro Tena, y sobre todo por el Maestro --- Mantilla Molina.

Se base en dos consideraciones, una de carácter legal o -- extrínseca al acto, y la otra, de carácter sustancial o -- propia del acto de comercio. "En virtud de la primera nota, Arcangeli, califica a los actos de absolutamente comerciales, cuando ciertas disposiciones legales de derecho positivo así lo establecen (y quien quiera que los ejerce de - cualquier modo que sea y para cualquier finalidad).

La Ley, según este autor, al declarar tales actos como absolutamente mercantiles "prescinde del todo de las razones intrínsecas, es decir, de aquellas razones que se fundan en la naturaleza misma de los actos; son razones históricas, de origen y de tradición y razones prácticas de oportunidad, para evitar cuestiones de competencia y para reforzar la tutela jurídica de ciertas instituciones, las -- que han ocasionado al legislador a forzar la naturaleza de dichos actos, considerándolos como absolutamente comerciales" (9).

Junto a estos actos absolutamente comerciales, este autor nos dice, existen los relativamente comerciales, ya que --

9. Arcangeli.- Citado por Barrera Graf, Jorge.- ob. cit. pág. 233.

éstos suponen la presencia de supuestos y condiciones internas del mismo acto.

"Arcangeli distingue cuatro grupos en esta segunda categoría:

- a) Actos que responden a la noción económica del comercio como son la compraventa y las operaciones de Banca;
- b) Actos emanados de empresas;
- c) Actos accesorios o conexos a otros actos de comercio, por ejemplo, el depósito mercantil, el seguro, la comisión, etc.; y
- d) Actos que se refieren a la actividad del comerciante" (10).

La verdad es que esta teoría es criticable en el sentido - de establecer de absolutamente comerciales o mercantiles - los actos que la ley considera siempre como tales. Que sucedería en nuestro caso, cuando nuestro Código de Comercio en su art. 75 fracc. II establece que "Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial" son actos de comercio.

Creemos que la excepción para los bienes inmuebles es precisamente el aspecto subjetivo del sujeto en cuanto a la existencia o no de la especulación comercial, lo que definitivamente es muy discutible.

Finalmente y para establecer una mejor comprensión de las diferencias de la transmisión de Propiedad entre estas dos

grandes Ramas del Derecho, el Maestro Jorge Barrera Graf - propone una clasificación distinta de las anteriores, clasificándolos de actos de comercio principales y actos de comercio accesorios. A los primeros les da una independencia propia de otro acto, ya que su mercantilidad no deriva de otro; caso contrario de los segundos que tienen una dependencia o subordinación de un acto principal; siendo esto dentro de su criterio jurídico la causa de la falta de su estudio.

Pero volviendo con los actos principales, este autor nos propone la división de los mismos según cuatro elementos - (que esencialmente requiere todo contrato en general y que además pertenece al estudio del Derecho Civil) que son:

- a) El sujeto que interviene en la relación;
- b) El objeto de ésta;
- c) Su motivo o fin (causa); y
- d) La forma que la ley exige para la manifestación del -- acto.

Los primeros los clasifica como actos de comercio por el sujeto que los realiza; los segundos, como actos de comercio por el objeto en que recaen; los terceros, actos de -- comercio por el motivo o fin que interviene en la ejecu--- ción, y por último la cuarta, actos de comercio por la --- forma a través de la cual se manifiestan.

Para nuestro estudio tomaremos en consideración la segunda y tercera clasificación, es decir, aquellos actos de co--- mercio por el objeto en que recaen, y por su motivo o fin.

Nos dice el Maestro Barrera Graf:

"Por recaer sobre cosas mercantiles, son actos de comercio aquellos cuyo objeto esté constituido por un título de --- crédito.

La calificación de títulos de crédito como cosas mercantiles está reconocida de manera expresa en el artículo 10. - de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual, además agrega que la emisión, expedición, endoso, -- aval o aceptación y en general, las demás operaciones que en ellos se consignent, son actos de comercio.

A pesar de esta fórmula tan genérica hay actos que pueden consignarse en un título de crédito que no son mercanti--- les, porque su naturaleza sea esencialmente civil; y es -- esta disciplina la que los regula de manera exclusiva; por ejemplo, la hipoteca (art. 2926 del C.C.), actos que, a -- pesar de hacerse constar en el título, son de naturaleza - esencialmente civil" (11); nosotros agregaríamos los atributos de la propiedad y la participación en el derecho de la misma sobre bienes inmuebles que recaen sobre la figura jurídica que estamos estudiando.

Por lo que ve a los actos de comercio por su motivo o fin nos indica el maestro Barrera Graf, podemos hablar a su -- vez por tres clases de actos que integran este grupo:

- "a) Los clasificados en la fracc. XVI del art. 75 del Código de Comercio.
- b) Los clasificados en las fraccs. de la V a XI del art. 75 del Código de Comercio.

11. Barrera Graf, Jorge.- Ob. Cit. págs. 237, 238.

c) Los clasificados en las fraccs. I y II del art. 75 del Código de Comercio" (12).

A nosotros nos interesan estos últimos; es decir los actos y contratos sobre muebles y sobre inmuebles, llevados con el propósito de una especulación comercial, la que insistentemente es difícil verificar, por lo que creemos conveniente y práctico que el legislador suprimiese a los bienes inmuebles de la fracción II, del mencionado art. 75 de nuestro Código de Comercio; aún y cuando haya de ir en contra de la comercialidad en atención a la finalidad o al motivo -- que algunas de las partes persiga en el contrato.

Si recaen sobre cosas muebles, se consideran como mercantiles tanto los actos como los contratos y operaciones --- análogas o parecidas, que no sean de naturaleza estrictamente civil.

Si el objeto es inmueble, nuestra legislación, al igual -- que la Italiana, que le sirvió de base y modelo, limita el carácter comercial a los actos y contratos de enajenación o transmisión de propiedad, pero siempre y cuando sea con un propósito de lucro, de lo contrario todos los contratos traslativos de dominio que enumera nuestra ley común se -- refutarían como mercantiles.

Creemos pues que la norma excluye todo acto no traslativo y que la aplicación sólo cabría para otros contratos que -- transmiten la propiedad, siempre que ellos no fueran de -- naturaleza esencialmente civil, como lo hemos visto por -- tradición respecto de los bienes inmuebles.

12. Barrera Graf, Jorge.- ob. cit. págs. 238, 239.

Hemos visto ya algunos elementos y algunos factores de importancia para resumir en pocas palabras las diferencias importantes que hasta la fecha rigen la transmisión de --- propiedad inmueble en estas dos ramas del Derecho.

Ya dijimos que todas las cosas tanto muebles, como inmuebles, pueden ser objeto de especulación mercantil; pero -- las últimas los son sólo por accidente y de un modo casi -- excepcional ya que su condición jurídica no sufre la in--- fluencia de lo mercantil; esto es que los bienes inmuebles pudiendo ser objeto de especulaciones comerciales, son de naturaleza esencialmente civil.

Además por tradición y por costumbre, la comercialidad es un fenómeno excepcional en la manera de ser de los bienes inmuebles, no así como general y ordinario en los bienes - muebles.

Creemos finalmente que la comercialidad de los inmuebles o mejor dicho la transmisión de propiedad de los bienes inmuebles mediante algún título mercantil, como la figura -- que hemos estudiado en el Capítulo anterior debe fundarse entre otras cosas, en el valor, y la importancia social y jurídica de los inmuebles, y esto obviamente es un régimen diferente al del derecho civil, que si bien llega a tener a veces formalidades y garantías un tanto lentas y tradicionalistas en la transmisión de la propiedad, por lo menos existe en éstas un elemento primordial y vital para -- toda propiedad inmueble que es la seguridad jurídica.

Esperemos pues, que la seguridad jurídica perdure dentro - del derecho civil y que la mercantilidad no nos lleve tajantemente en la actualidad, como en otros países, a la -- adaptación de la transmisión de propiedad inmueble, al régimen de la propiedad naval.

C A P I T U L O I I I

LA FORMA

En los actos jurídicos y en especial en los contratos, la palabra "FORMA", al tener diversas acepciones o significaciones, provoca a veces en nosotros, alguna confusión, pero dentro de las doctrinas generales que pretenden explicar los actos jurídicos, encontramos algunas soluciones -- para el mejor entendimiento sobre la definición de la --- "FORMA".

Algunas veces por "FORMA", entendemos el continente del -- acto jurídico como si se tratara de un elemento ajeno o -- extraño a él, otras veces como elemento de validez, como - lo enuncia el artículo 1795 de nuestro Código Civil, o --- simplemente como un medio de prueba.

"Para Aristóteles, la forma es lo determinante para que la materia se origine en lo que es y sea lo que es, es el --- fundamento de la unidad y del sentido de la cosa, de tal - manera, que no hay materia sin forma; la forma es la Idea por la que una cosa es intelegible" (1).

La diversidad de acepciones del término "FORMA", nos obliga a hacer un breve y simple análisis para conocer su contenido y significado.

Veamos que es la materia y la forma:

La primera es aquella de lo que está hecho, aquello de lo que consta o se compone; la segunda, o sea la forma, sig--

- 1.- Aristóteles citado por Pérez Fernández del Castillo Bernardo.- Revista de Derecho Notarial, Asociación Na. del Notariado Mexicano A.C. Año XXII, Diciembre de 79, número 83, pág. 71.

nifica la figura en el sentido común de contorno, perfil o perímetro en el campo de la Geometría.

Estos conceptos que alguna vez estudiamos y que de alguna forma los aplicamos al campo del Derecho, en especial a lo que nos constriñe en este momento, que son los actos jurídicos y los contratos, vemos que todo acto humano consta también de los mencionados elementos: Materia y Forma.

La "Materia" es el acto de la voluntad interna del sujeto; la "Forma" es su expresión, ya sea por medio de signos --- verbales, escritos, o por la realización de conductas, tal como lo expresa el artículo 1803 de nuestro Código Civil, al mencionar que:

"ART. 1803.- El consentimiento puede ser expreso o tácito.

Es expreso cuando manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El Tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por Ley o por convenio, la voluntad deba manifestarse expresamente".

Lo anterior significa que no hay acto jurídico ni contrato que no tenga forma.

En muchos casos la "FORMA" en la práctica y en la teoría se confunde con los formalismos o las formalidades, razón por la cual más adelante veremos dentro de algunos criterios -- sobre la forma como requisito de validez, como algunos autores hablan de la forma como formalismos o formalidades.

Como ya dijimos, la "FORMA", se puede definir como "El --- signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o los agentes de un acto jurídico o del contrato" (2).

En el caso de los formalismos o formalidades como:

"El conjunto de normas establecidas por el ordenamiento -- jurídico o por las partes que señalan cómo se debe exte--- riorizar la voluntad para la validez del acto jurídico y -- del contrato" (3).

En estas dos definiciones podemos establecer la distinbu--- ción entre la forma como elemento de existencia y los for--- malismos o formalidades como elemento de validez.

En el presente estudio enfocaremos nuestra atención en los formalismos consignados en los Códigos Civiles de 1870, -- sus reformas breves en el de 1884 y el Código Civil de --- 1928.

Para el efecto principiaremos con breve y limitada refe--- rencia a la evolución de los formalismos o formalidades -- dentro del Derecho Privado y sus diversas clasificaciones.

Los formalismos han ido variando conforme transcurre el -- tiempo y de acuerdo a las necesidades legislativas de cada lugar y pueblo. La evolución de los formalismos dentro del derecho, decíamos se remontan antes del derecho Romano, --

2.- Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. "Revista del Derecho Notarial", Asociación Nal. del Notariado, A.C. No. 84, 1978, pág. 113.

3.- Idem.- pág. 115.

donde estos eran fundamentalmente religiosos; se hacían a través de un sacerdote que intervenía como elemento mágico en toda contratación.

Posteriormente indicamos ya en el derecho Romano los formalismos o formalidades tomaron un matiz de tipo civil. En este derecho los formalismos fueron cambiando de su principio que eran rudimentarios y complicados, a su final que se simplificaron.

Ejemplo de esa evolución está en los modos de transmisión de la propiedad que van de la Mancipatio, y la Injure Cessio, a la Traditio.

Veamos:

La Mancipatio.- "Procedimiento que sólo podían efectuar los ciudadanos romanos comerciantes y cuyo objeto eran los resmancipi (Terrenos dentro de Italia; algunas servidumbres rústicas de éstos, esclavos y animales de tiro y carga)" (4).

Esta se celebra en presencia de cinco testigos ciudadanos romanos y las partes contratantes, con una portabalanza, una balanza y un trozo de bronce. El que habría de adquirir la propiedad (Mancipatio Accipiens) golpea uno de los platos de la balanza con el trozo de bronce (Símbolo del precio) y al mismo tiempo pronunciaba una fórmula solemne afirmando que la cosa se volvía suya.

La Injure Cessio.- Tuvo un origen procesal.- "se trataba de un pleito ficticio". Quien transmitía y quien adquiría

4.- Margadant S. Guillermo Floris.- "El Derecho Privado Romano". Edit. Esfinge México, D.F. 1965, pág. 174, 206.

comparecían delante del tribunal del Pretor en Roma, con - el *ius commercii*, podía transmitir la propiedad de *res --- Mancipi* o *res Mancipii* (inclusive *iura in re aliena*).

Desde luego no hubo la garantía de la *actio autoritatis*; - formalmente el comprador no había adquirido algo del ven-- dedor sino que sólo había afirmado que la propiedad de un objeto le correspondía y por la defectuosa defensa de par-- te del demandado, el actor había ganado el pleito" (5).

La Traditio.- Esta forma de adquisición consta de varios - elementos, como nos menciona el maestro Margadant:

- a) Debe haber una entrega. Sin embargo ésta no basta pues *nungam nuda tradito*" es decir una mera entrega física - "*transfert dominium*" "*sed ita aut alia iusta causa -- praccesserit*" (actualmente subasta) de manera que a es-- te elemento, exterior y objetivo debemos añadir otro in-- terior y subjetivo.
- b) La intención de las partes de celebrar uno de los múl-- tiples negocios lícitos normalmente tiene por consecuen-- cia una transmisión de la propiedad. Esta intención de-- be existir en forma concordante entre ambas partes: Si uno pensaba que el negocio era una denominación que --- transmite la propiedad, y el otro, que era un préstamo de uso o comodato, que no transmite la propiedad, el -- resultado no era traditio" (6).

Como vemos esta forma es más sencilla que los anteriores ya que se entregaba sólo la cosa con la intención de darlo, --

5.- Idem.- pág. 207.

6.- Idem.- pág. 208.

esto es la cláusula "venddit" (vendió y entregó).

Este desarrollo de la forma, en el Derecho Romano, indudablemente se debe a que el Pueblo Romano era un pueblo materialista, ya que no podía considerar que la sola voluntad de las partes creara obligaciones y transmitiera el -- derecho de propiedad. Era necesario conformar esa voluntad con actos exteriores para poder convencerse, y probar por medio de signos que había acuerdo de voluntades, pues le - daba poca importancia a lo espiritual. En cambio el Dere-- cho Canónico, más interesado por lo espiritual, preocupado más por los aspectos interiores que exteriores, concedió - mayor importancia a la intención de las partes al conteni-- do expresado por necesidad de sujetarse a formalidades, -- que dió paso al consensualismo.

3.1 LA FORMA COMO REQUISITO DE VALIDEZ

Como ya vimos, el consentimiento o el acuerdo de voluntades se puede manifestar por medios directos o sea en forma expresa, ya sea por el lenguaje escrito o por el hablado, o también por medios indirectos en formas tácitas consideradas por la ley como expresión de la voluntad.

En cuanto a los formalismos o formalidades, los contratos se han clasificado históricamente, en: solemnes, reales, -consensuales y formales; veamos cada uno de ellos:

Contratos Solemnes.- Se considera a la solemnidad como un elemento esencial del contrato, de tal forma que si no se llenan las formalidades requeridas por la ley, el contrato es inexistente. En nuestro derecho no existen contratos --solemnes, pues el Código Civil sólo reconoce la solemnidad en el testamento y el matrimonio.

En otras legislaciones como la Española regula como solemnes los siguientes contratos:

- a) Reconocimiento de Hijos Naturales.
- b) Adopción.
- c) Emancipación
- d) Donación de Inmuebles.
- e) Testamentos.
- f) Capitulaciones Matrimoniales.
- g) Enfiteusis.
- h) Sociedad.
- i) Hipoteca Mobiliaria (7).

7.- Von Tuhr A.- De los Contratos.- Traducido del Alemán y concordado por W. Roces. Tomo II 1a. Edic. Edit. Reus, S.A. Madrid, 1934. pág. 39.

Contratos Reales.- Son aquellos contratos cuyo perfeccionamiento exige la entrega de la cosa.- Desde el derecho Romano han sido clasificados como contratos reales, la prenda y el depósito. En nuestro derecho como lo hemos venido estudiando, el único contrato real es la Prenda. Sin embargo en nuestro Código Civil no se requiere la entrega física del bien para el perfeccionamiento del contrato, -- basta la entrega jurídica para que se tenga por perfeccionado este contrato, se faculta al deudor para conservar el bien en su poder.

Los Artículos 2858 y 2859 del Código Civil vigente para el Distrito Federal dicen:

"ART. 2858.- Para que se tenga por constituida la prenda deberá ser entregada al acreedor, real o jurídicamente".

"ART. 2859.- Se entiende entregada jurídicamente la prenda al acreedor, cuando éste y el deudor convienen en que quede en poder de un tercero, o bien cuando quede en poder del mismo deudor, por que así lo haya estipulado con el acreedor o expresamente lo autorice la ley. En estos dos últimos casos, para que el contrato de prenda produzca efectos contra terceros, debe inscribirse en el Registro Público...".

El Deudor puede usar la prenda que quede en su poder en los términos que convengan las partes.

Contratos Consensuales.- En estos contratos para su perfeccionamiento se requiere de la expresión exterior de la voluntad o del acuerdo de voluntades, ya sea verbal, por escrito privado o por escritura pública. Cabe aclarar por nuestra parte que en todo contrato existe consentimiento (Consensu).

Contratos Formales.- Son aquellos que la Ley señala que para su validez se requiere que la voluntad se manifieste de acuerdo con los formalismos establecidos expresamente por la Ley.

Para nosotros como ya dijimos en sentido estricto, todos los contratos son formales, porque requieren de una forma de exteriorizar la voluntad. Para algunos contratos la ley establece una determinada formalidad y para otros no.

"El acto Jurídico no formal o sustraído de la obligación de una forma absoluta es pues, una manifestación de la voluntad más o menos libre respecto a la forma de su expresión; pudiéndose designar con las palabras "Forma Libre y Forma no Libre", por una parte la carencia de formas y por la otra el formalismo de los actos jurídicos" (8).

Una vez en forma breve determinados ya a grandes rasgos --cuales son los contratos solemnes, consensuales, formales y reales, podemos hacer oposición entre los tres últimos --tomando en consideración ciertos criterios a saber.

Parte de la Doctrina clasifica los contratos consensuales en oposición a los reales, y los consensuales en oposición a los formales, así pues, el maestro Rojina Villegas nos -

8.- Gual Vidal, Manuel.- "El Formalismo en los Contratos, Estudios, -- Problema en nuestro Derecho". México, pág. 108.

dice:

"Cuando se dice que un contrato es consensual en oposición al real simplemente se indica que no se necesita la entrega de la cosa para la constitución del mismo. En cambio -- cuando se dice que un contrato es consensual en oposición al formal se considera que existe por simple manifestación verbal del consentimiento sin requerir una forma escrita - pública o privada para la validez del acto" (9).

Las formalidades a su vez han sido clasificadas en ad --- solemnitaten y ad probatoriem.

"Las formalidades ad solemnitaten son aquellos que son necesarios para la existencia del acto o contrato jurídico; su falta produce la inexistencia del mismo. A esta forma-- lidad se le puede llamar ad substantiam, es decir, que se le puede llamar la sustancia del acto jurídico" (10).

A esto mismo Carrara citado por Bernardo, Pérez Fernández nos dice:

"El Legislador al prescribir la forma ad solemnitatem la - prescribe con carácter obligatorio: Como un elemento esencial del negocio, de tal suerte que no nacen, no se crean derechos y obligaciones entre las partes, si la forma no - ha sido observada" (11).

Por otro lado las formalidades ad probatoriem, son las --- formalidades para la prueba del acto jurídico. No son ne-- cesarios ni para la existencia ni para la validez del acto

- 9.- Rojina Villegas, Rafael.- "Derecho Civil Mexicano". Editorial --- México 1977.- pág. 33.
- 10.- Pérez Fernández del Castillo, Bernardo.- "Revista del Derecho --- Notarial". Asociación Nal. del Notariado Mexicano, A.C. México -- 1978.- pág. 83.
- 11.- Carrara citado por Pérez Fernández del Castillo, Bernardo.- "Re-- vista Nal. del Notariado Mexicano, A.C. México 1978, No. 84, 1978 pág. 82.

jurídico.

Cuando hablamos de estos formalismos, el acto jurídico es válido y produce sus efectos jurídicos por la manifestación o exteriorización del acuerdo de voluntades aunque los formalismos legales no se hayan observado.

Por otro lado la oposición del jurista italiano Alberto Trabucchi citado por Bernardo Pérez Fernández del Castillo, hace referencia a la distinción entre forma y publicidad.

Este autor considera que "mientras la forma es el modo de exteriorización de la voluntad interna del sujeto, la publicidad busca procedimientos para permitir que los terceros conozcan la existencia de algunos hechos de situaciones jurídicamente relevantes o bien el contenido de negocios judiciales" (12).

Así mismo este autor menciona que el fin directo de la forma es el adquirir el derecho, mientras que la publicidad busca conservarlo, pero también aclara que aunque generalmente la publicidad tiene eficacia declarativa, ya que el acto o hecho jurídico existe independientemente y antes de ser conocido por la sociedad; hay veces que tiene eficacia constitutiva por que el derecho no surge si no han sido observadas las formas de publicidad.

Este criterio nos indica que tanto la forma, como la publicidad imponen determinadas formalidades, así pues creemos al igual que este autor, que la inscripción es una forma de publicidad que nos permite tener una seguridad o mayor eficacia en el acto ya perfeccionado.

3.2 CODIGOS CIVILES DE 1870, 1928

El Código Civil de 1870, fue un Código Consensualista, --- aunque de sus preceptos se desprende que se trata de un -- Código Formalista.

Este Código sentó el principio del Consensualismo al establecer en su artículo 1392:

"ART. 1392.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan - no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consencuencias que según su naturaleza son conformes a la buena Fé, al uso o a la Ley".

Este Código al comentar ese artículo, en su exposición de motivos, señala:

"El artículo 1392, consigna el principio absoluto de que - los contratos se perfeccionan por el consentimiento.- En - este particular la comisión siguió el espíritu de la ley - la. Título 1o., Libro X de la Novísima Recopilación, y lo ha desarrollado, estableciendo en el artículo 1546 que --- desde la perfección del contrato el riesgo de la cosa es - de cuenta del que la adquiere y en el artículo 1552, que - la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato sin dependencia de --- tradición. La adopción de este sistema pondrá fin a las -- complicadas cuestiones sobre pertenencia de los efectos de la cosa, producidos y percibidos antes de la tradición.

La sencilla aplicación del axioma de que la cosa fructifica para el dueño, reducirá en lo futuro las cuestiones para averiguar la fecha del contrato, pues que desde allá se transfiere el dominio y como consecuencia el derecho de -- hacer suyos los frutos el que adquiere la cosa" (13).

Los artículos 1546 y 1552, mencionados en el párrafo que -- antecede dicen:

"ART. 1546.- Desde que el contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes es de --- cuenta del acreedor el riesgo de la cosa, aún cuando ésta no le haya sido entrega-- da".

"ART. 1552.- En las enajenaciones de cosas ciertas y - determinadas la traslación de la propie-- dad se verifica entre los contratantes -- por mero efecto del contrato sin depen--- dencia de tradición ya sea natural, ya -- sea simbólica, salvo convenio en contra-- rio".

Del Libro III, Capítulo VI, "De la forma externa de los -- Contratos", el artículo 1439 dice:

"ART. 1439.- La validez de los contratos no depende de formalidad alguna externa; menos en aque-- llos casos en que la ley dispone expresa-- mente otra cosa".

Por otro lado el artículo 1895, establece los requisitos - para la validez del contrato:

"ART. 1895.- Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones:

- 1a. Capacidad de los Contratantes.
- 2a. Mutuo consentimiento.
- 3a. Objeto Lícito".

De todos los artículos relacionados se desprende que se -- acepta el consensualismo y que, por excepción, cuando la ley regula algunos contratos establece formalismos especiales. Veamos ahora el Código Civil de 1884.

En materia de formalidades o formalismos, como hemos venido refiriéndonos, el Código de 1884, varía en relación al de 1870. Acaba y deroga el principio del consensualismo al que nos referimos en al artículo 1392 del Código de 1870, ya que al establecer en el artículo 1276, correspondiente dice:

"ART. 1276.- Los contratos legalmente celebrados obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza -- son conforme la buena fé, al uso o a la ley".

Aquí podemos nosotros apreciar que en esta disposición en comparación con lo del Código Civil de 1870, contradice el principio del consensualismo.

Miguel S. Macedo en su comentario a esta disposición dice: "Desde el momento que se sanciona este precepto, es inexacto

to el principio de que todo contrato es consensual y que - por lo mismo se perfecciona por el simple consentimiento, - independientemente de las formalidades externas" (14).

Por otra parte, de los veintisiete contratos que regula, - dieciseis requieren de formalidades expresamente determinadas para su validez, y once tienen libertad de formalidades.

El artículo 1279, del mismo ordenamiento, regula los requisitos de validez del contrato:

"ART. 1279.- Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones:

- I. Capacidad de los Contrayentes.
- II. Mutuo Consentimiento.
- III. Que el objeto materia del contrato -- sea lícito.
- IV. Que se haya celebrado con las FORMAS -- LIDADES externas que exige la ley".

Miguel S. Macedo, al comentar esta disposición dice:

"Como hemos dicho al determinar formalidades externas especiales para ciertos contratos, el legislador se ha propuesto evitar litigios y poner a salvo, fuera de toda duda y de todo ataque, los derechos que ha creído de mayor importancia, como son los de propiedad raíz, o que ha considerado más expuestos a abusos, como los de seguros, etc. A fin de proteger este interés social, se han establecido formas especiales y necesarias, que no pueden ser modifi--

14.- S. Macedo Miguel.-"Datos para el Estudio del nuevo Código Civil - del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, promulgado el 31 de marzo de 1884", México D.F.S.E. Suprema Corte de -- Justicia de la Nación pág. 79.

cadadas ni dispensadas por contrato: "Privatorum convenio -- juri publico non de rogat" (Dig. Ley 45 1, Tit. XVIII, Libro L).

Para dar sanción a este proyecto, ha sido necesario declarar nulos los contratos celebrados sin respetarlo, que es lo que se ha hecho al adicionar el artículo en cuestión" (15).

Don Jacinto Pallares en su artículo titulado: "De los contratos solemnes", afirma que con la redacción de ese artículo del Código Civil de 1884:

"Las formalidades externas" ad probatoriem" adquirieron el carácter de condiciones tan esenciales para la validez y existencia de un contrato como lo son las de capacidad de los contrayentes y entonces el mutuo consentimiento y la licitud en el objeto materia del contrato sigue comentando el mismo autor.- El legislador no logró el propósito de -- asimilar absolutamente los contratos solemnes con los que no lo son, porque no cuidó de reglamentar en todas sus --- consecuencias el principio sancionado en el artículo 1279. Así, no estableció que en virtud de ese precepto, los contratos que carecen de solemnidades legales ni son susceptibles de ratificación, ni la nulidad se subsana por la -- prescripción y el cumplimiento voluntario, ni deja de ser preciso hacer valer esa nulidad por vía de acción y excepción.

Al comentar el artículo 1279, considera que las formalidades en él establecidas no son "solemnitatis causa".

1. El artículo 1679 establece que: La ratificación y cumplimiento voluntario de una obligación nula, por falta de forma o solemnidad en cualquier tiempo que se haga, extingue la acción de nulidad.

"ART. 1679.- La ratificación y cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de FORMA o SOLEMNIDAD en cualquier tiempo que se haga, extingue la acción de nulidad; --- exceptuándose los casos en que la ley expresamente dispone lo contrario".

2. El artículo 1674 da a las nulidades el carácter de excepción o acción respectivamente, es decir de alegación de hecho o derecho que debe someterse a un debate judicial.

"ART. 1674.- La acción y la excepción de nulidad competen a las partes principales y a sus fiadores; exceptuándose aquellos casos en que la ley dispone otra cosa".

3. No hay disposición expresa que excluya en la aplicación de esos dos preceptos a los contratos hechos, por falta de formalidades.

Y concluye: "Bastan esos preceptos para que esas formalidades no deban considerarse "solemnitatis causa" y para que tome legítimo asiento en nuestro derecho toda la teoría o doctrina relativa a la ratificación tácita o expresa de los contratos nulos por ese defecto y a los demás medios de justificar esa nulidad.

En efecto, en los contextos solemnes no es posible que el cumplimiento voluntario extinga la acción de nulidad por lo que se concluye que la formalidad establecida en la ley no es "solemnitatis causa".

Pero además en el Código de 1884 no hay posibilidad de elevar a la forma legal el contrato que no se otorgó conforme a los formalismos de ley.

Según Miguel S. Macedo, el contenido de los artículos 1276 y 1279 de este Código, hace insostenible la doctrina alegada en la práctica de que "el contrato celebrado sin las formalidades externas prescritas por la ley da acción para reclamar que se llenen esas formalidades, y una vez llenadas reclamar el cumplimiento del contrato".- Conforme a -- estos dos artículos "sólo son obligatorios los contratos -- legalmente celebrados, y no son válidos sino las obliga--- ciones contraídas en la forma exigida por la ley" (16).

Por lo antes expuesto vemos que en ninguno de los dos Códigos se estableció el derecho para elevar a la forma legal el contrato que se hubiere celebrado, sin sujetarse a la formalidad establecida por la ley.

El Código Civil de 1928 en materia de formalismos, sigue -- el principio del consensualismo del Código de 1870, con -- fundamento en los artículos 1796 y 1832, que dicen:

"ART. 1796.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deb--
ben revestir una forma establecida por la
ley. Desde que se perfeccionan obligan a

16.- Pallares, Jacinto.- "De los Contratos Solemnes", citado por Ber--
nardo Pérez Fernández del Castillo, Ob. Cit. pág. 87.

los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que según su naturaleza, son conforme a la buena fé, al uso o a la Ley".

"ART. 1832.- En los contratos civiles, cada uno se --- obliga en la manera y términos que aparece que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley".

En materia de formalismos de los contratos, la regla general es, consensualismo. Sin embargo, por las múltiples excepciones que el Código consigna a este principio se puede decir que la excepción es la regla general y viceversa.- Esto nos hace pensar también que es un Código formalista, sin embargo, en la exposición de motivos, del Código al -- referirse a este tema expresa:

"...Por lo que a la forma toca, se procuró en cuanto fue posible suprimir las formalidades que hacía necesaria la intervención de Notarios o de otros Funcionarios Públicos para que el contrato se legalizara, haciéndolo así más --- expeditas y económicas las transacciones, y sólo se exceptuaron los casos en que para la formación de la historia de la propiedad y seguridad del regimen territorial se --- exigió la inscripción de los actos en el Registro Público" (17).

Por dicha exposición el legislador buscó facilitar la contratación, haciendo más rápidas y menos costosas las operaciones regidas por ese ordenamiento.

Los contratos que constituyen excepciones al consensualismo en el Código Civil de 1928, por estar estipulado el --- formalismo por la Ley son:

PROMESA DE CONTRATO

"ART. 2246.- Para que la promesa de contrato sea válida debe constar por escrito, contener los elementos característicos del contrato -- definitivo y limitarse a cierto tiempo".

COMPRA VENTA DE INMUEBLES

"ART. 2317.- Las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor de avalúo no exceda al equivalente a trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación o transmisión de derechos -- reales estimados hasta la misma cantidad o que garanticen un crédito no mayor de dicha suma, podrán otorgarse en documento privado firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se ratifiquen -- ante Notario, Juez de Paz o Registro Público de la Propiedad.

Y luego en su segundo párrafo establece:
".. Los contratos a que se refiere el párrafo segundo, así como los que se otorgan con motivo de los programas de regularización de la tenencia de la tierra -- que realice el Departamento del Distrito Federal sobre Inmuebles de propiedad ---"

ticular, podrán también otorgarse en el - protocolo abierto especial a cargo de los notarios del Distrito Federal, quienes en esos casos reducirán en un cincuenta por ciento las cuotas que correspondan conforme al arancel respectivo".

"ART. 2320.- Si el valor del inmueble excede de quinientos pesos, su venta se hará en escritura pública, salvo lo dispuesto por el artículo 2317".

"ART. 2321.- Tratándose de bienes ya inscritos en el Registro y cuyo valor no exceda de cinco mil pesos, cuando la venta sea al contado puede hacerse transmitiendo el dominio -- por endoso puesto en el certificado de -- propiedad que el registrador tiene obligación de expedir al vendedor a cuyo favor estén inscritos bienes..."

DONACION DE MUEBLES E INMUEBLES

"ART. 2344.- Si el valor de los muebles excede de doscientos pesos, pero no de cinco mil, la donación debe hacerse por escrito.

Si excede de cinco mil pesos, la donación se reducirá a escritura pública".

"ART. 2345.- La donación de bienes raíces se hará en la misma forma que para su venta exige la ley (1)".

ARRENDAMIENTO URBANO Y RUSTICO

"ART. 2406.- El arrendamiento debe otorgarse por escrito cuando la renta pase de cien pesos anuales".

"ART. 2407.- Si el predio fuere rústico y la renta pasara de cinco mil pesos anuales, el contrato se otorgará en escritura pública".

MANDATO VERBAL Y MANDATO ESCRITO

"ART. 2552.- El mandato verbal es el otorgado de palabra entre presentes, hayan o no intervenido testigos.

Cuando el mandato haya sido verbal debe ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio para que se dió".

"ART. 2554.- En todos los poderes generales para pleitos y cobranzas bastará que se diga que se otorga con todas las facultades generales y las especiales que requieran cláusula especial conforme a la ley, para que se entiendan conferidos sin limitación alguna.

En los poderes generales para administrar bienes, bastará expresar que se dan con ese carácter para que el apoderado tenga toda clase de facultades administrativas.

En los poderes generales, para ejercer actos de dominio, bastará que se den con ese

carácter para que el apoderado tenga todas las facultades de dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para hacer -- toda clase de gestiones, a fin de defenderlos.

Quando se quisieren limitar, en los tres casos antes mencionados, las facultades de los apoderados, se consignarán las limitaciones, o los poderes serán especiales. Los notarios insertarán este artículo en los testimonios de los poderes que otorguen".

OBRA A PRECIO ALZADO

"ART. 2618.- Siempre que el empresario se encargue por ajuste cerrado de la obra en cosa inmueble cuyo valor sea de más de cien pesos, se otorgará el contrato por escrito, incluyendo en él una descripción pormenorizada, y en los casos que lo requieran, un plano, diseño o presupuesto de la obra".

TRANSPORTE

ART. 2656.- El porteador de efectos deberá extender al cargador una carta de porte de la que éste podrá pedir una copia....".

ASOCIACION

"ART. 2671.- El contrato porque se constituya una asociación debe constar por escrito".

SOCIEDAD

"ART. 2690.- El contrato de sociedad debe constar por escrito, pero se hará constar en escritura pública cuando algún socio transfiera a la sociedad bienes cuya enajenación deba hacerse en escritura pública".

APARCERIA

"ART. 2740.- El contrato de aparcería deberá otorgarse por escrito, formándose dos ejemplares, - uno para cada contratante".

RENTA VITALICIA

"ART. 2776.- El contrato de renta vitalicia debe hacerse por escrito, y en escritura pública -- cuando los bienes cuya propiedad transfiere re deban enajenarse con esa solemnidad".

PRENDA

"ART. 2860.- El contrato de prenda debe constar por -- escrito. Si se otorga en documento privado, se formarán dos ejemplares, uno para cada contratante.

No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta la certeza de la fecha -- por el registro, escritura pública o de -- alguna otra manera fehaciente".

HIPOTECA

"ART. 2917.- Para la constitución de créditos con garantía hipotecaria se observarán las for-

malidades establecidas en los artículos -
2317 y 2320".

TRANSACCION

"ART. 2945.- La transacción que previene controversia futura debe constar por escrito si el interés pasa de doscientos pesos".

De todos los contratos antes expuestos, en lo que se refiere a las transmisiones o enajenaciones de bienes inmuebles y la constitución y transmisión de Derechos reales, - estos fueron modificados en su texto original, ya que el artículo transitorio de la Ley del Notariado, de 31 de Diciembre de 1945 (abrogada) dispuso que los artículos 1177, 2033, 2016, 2317, 2320, y 2917 del Código Civil, quedasen reformados en los términos del artículo 54 de la propia ley.

Por su parte, el citado artículo 54 de la Ley del Notariado, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1966, quedó reformado en los términos siguientes:

"ART" 54.- Las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor convencional sea mayor de quinientos pesos y la constitución o transmisión de derechos reales estimados en más de esa suma o que garanticen un crédito por mayor cantidad que la mencionada, para su validez, deberán constar en escritura ante notario, salvo los casos de excepción a que se refirieron los artículos 2317 y 2917 del Código para el Distrito Federal".

Actualmente el artículo 78 de la vigente Ley del Notariado para el Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial - de la Federación el día 8 de enero de 1980, establece:

"ART. 78.- Las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor, según avalúo bancario, sea mayor de treinta mil pesos y la constitución a transmisión de derechos reales estimados en más de esa suma o que garanticen un crédito por mayor cantidad que la mencionada, deberán - constar en escritura ante notario, salvo -- los casos de excepción a que se refieren -- los artículos 730, 2317 y 2917 del Código - Civil para el Distrito Federal".

La sanción para el caso de que no se satisfagan los formalismos marcados, es la invalidez del contrato de acuerdo a lo que dispone el artículo 1795 del Código Civil que establece:

"ART. 1795.- El contrato puede ser inválido:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas.
- II. Por vicios del consentimiento.
- III. Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito.
- IV. Porque el consentimiento no se haya - manifestado en la forma que la ley -- establece.

De la lectura del artículo anterior nos podríamos preguntar que clase de invalidez o nulidad sería si el consenti-

miento, no se ha manifestado en la forma establecida por la ley, Nulidad Absoluta o Nulidad Relativa.

De éstas, la falta de Forma, encuadra dentro de la nulidad relativa, esto de acuerdo con lo que dispone el artículo 2228, del Código Civil, el cual dice:

"ART. 2228.- La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo".

En el caso del artículo 2229, nos dice que la acción y la excepción de nulidad por falta de forma corresponde a todos los interesados; y por último el artículo 2227, por su parte, indica cuando la nulidad es relativa.

"ART. 2227.- La nulidad es relativa cuando recibe todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos".

Las características propias de la nulidad absoluta, que excluye a la nulidad relativa, son las establecidas en el artículo 2226, el cual establece:

"ART. 2226.- La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pro---

nuncie por el juez la nulidad. De ella -- puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción".

Las reformas que implanta el Código Civil de 1928, en relación con el 1870 y 1884, es que establece el derecho de las partes para que en cualquier momento, puedan otorgar, el contrato de acuerdo con las formalidades establecidas - en la propia ley y así convalidarlo.

Este derecho está establecido en los artículos 1833 y 2232 del Código Civil, los que dicen:

"ART. 1833.- Cuando la ley exija determinada forma no será válido salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes -- para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal".

"ART. 2232.- Cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, - cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma -- prescrita por la Ley".

Finalmente, nosotros creemos que la inclusión de estos artículos 1833 y 2232, fueron de gran importancia en nuestra legislación, ya que protegen los ideales de justicia, pues si la voluntad ha sido manifestada por los contratantes, -

aunque no se haya entregado el objeto del contrato, éste produce, provisionalmente, sus efectos y da derecho a satisfacer los requisitos de formalidades establecidos por la ley, evitando que la sanción vaya más allá del derecho que se protege.

"Si una de las partes demanda judicialmente la nulidad del contrato, la otra parte, al ser emplazada a juicio, puede reconvenir el otorgamiento de la formalidad omitida (1833 y 2232), en cuyo supuesto debe prevalecer esta última acción frente a la primera por respecto al mencionado principio de que nadie puede ir contra sus propios actos "adversum factum suum quis venire non potest", pero si dicho demandado no reconviene el otorgamiento de la forma, con su actitud pasiva y omisa, se conforma prácticamente con dicha nulidad (en forma similar a la vieja "in jure cessio") y se configura entonces en el fondo una retracción o revocación del contrato por parte de los contratantes: por --- parte del contratante que demanda, al intentar la acción de nulidad relativa por falta de forma, y también por parte del otro contratante por virtud de su conformidad tácita a virtud de que no reconvino o intentó la acción "proforma".

En este último caso, pues, aunque procede la acción de nulidad no se quebranta ni el principio de la conservación del contrato ni tampoco el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, toda vez que tiene entonces aplicación otro principio en el sentido de que el contrato que nace por mutuo consentimiento, puede también deshacerse o revocarse por "mutuo disenso".

Pero al decir de este último autor citado, por Bernardo --

Pérez Fernández del Castillo si la parte demandada no re--
conviene el otorgamiento de la formalidad debida, se está
conformando con la nulidad del contrato.

En este caso cuando la parte demandada no se hace valer de
la acción "proforma", el juez puede declarar la nulidad --
del contrato.

El autor tiene razón, desde un punto de vista exegetico.
La declaración de nulidad resultaría injusta, pues piénsese
se en el caso de una compraventa en que se haya satisfecho
la totalidad del precio y se haya entregado el objeto ha--
biéndose transmitido la propiedad por efecto del contrato
y que por capricho de la parte vendedora se pida la nuli--
dad del contrato y por no reconvenir el demandado la ac---
ción "proforma", se vea privado de su derecho de propiedad;
la actuación judicial es injusta, porque es olvidar que la
ley busca la vida del contrato a través de la convalida---
ción; el legislador concedió la oportunidad para que los -
contratos viciados por falta de forma pudieran valer ple--
namente, mientras que, al declarar nulo el contrato, el --
juez olvida la intención del legislador de permitir la ---
eficacia del contrato" (18).

Nos dice este autor que el fin directo de la forma es el -
de adquirir el derecho, mientras que la publicidad busca -
conservarlo, pero también aclara que aunque generalmente -
la publicidad tiene eficacia declarativa, ya que el acto o
hecho jurídico existe independientemente y antes de ser --
conocido por la sociedad, hay veces que tiene eficacia ---
constitutiva porque el derecho no surge si no han sido ob--
servadas las formas de publicidad.

18.- Pallares Jacinto.- Citado por Bernardo Pérez Fernández del Casti--
llo Ob. Cit. pág. 88.

Este criterio nos indica que tanto la forma, como la pu---
blicitad, imponen determinadas formalidades. Así pues, ---
creemos al igual que este autor, que la inscripción es una
forma de publicidad que nos permite tener una seguridad o
mayor eficacia en el acto ya perfeccionado.

3.3 ALGUNOS CRITERIOS SOBRE LA FORMA COMO REQUISITO DE VALIDEZ.

CONSENSUALISMO Y FORMALISMO

Conforme pasa el tiempo se nota un regreso hacia el formalismo y la solemnidad. Actualmente en muchas legislaciones existe una marcada tendencia a las formalidades, a pesar de que sus Códigos consagran en artículo expreso el consensualismo. La opinión de las doctrinas son variadas para referirse a estas transmisiones. Autores como Bonnacasse, citado por Bernardo Pérez Fernández del Castillo, considera que: "no debe hablarse de un renacimiento de los actos jurídicos del Derecho Civil sino más bien de supervivencia".

El Derecho Civil Moderno nunca ha repudiado de una manera general el formalismo y que simplemente lo ha restringido por lo demás con fines múltiples" (19).

Otro autor, como Miguel S. Macedo decía:

"Ha prevalecido la teoría de bastar el simple consentimiento para dar por perfeccionados los contratos. Sin embargo, las legislaciones modernas, que han comprendido que existe un grande interés público en prevenir los pleitos y asegurar ciertos bienes por mayor importancia, han sancionado el precepto de que determinadas especies de obligaciones deben constar precisamente en cierta forma, y que, en consecuencia, no son válidas si se otorgan en diferente" (20).

19.- Bonnacasse citado por Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Ob. Cit. pág. 76.

20.- S. Macedo, Miguel, Ob. Cit. pág. 79.

Por otro lado Demogue, citado por Manuel Borja Soriano --- afirma que: "El formalismo en nuestras civilizaciones adelantadas tiende a renacer para dar más seguridad en las -- transacciones, por un parte, y por otra parte proteger --- ciertas clases sociales, en fin, para permitir operaciones jurídicas más rápidas" (21).

Otros autores como Luis Diez Picazo y Antonio Guillán --- citados por Bernardo Pérez Fernández del Castillo, "afirma que el formalismo pretende un cumplimiento de ciertas fi-- nalidades prácticas, que resumen sustancialmente como si-- gue:

1. Obtener claridad en lo que concierne a la circunstancia de la conclusión de un negocio, como su contenido.
2. Garantizar la prueba de su existencia.
3. Tutelar a las partes previniéndoles contra precipita-- ciones y decisiones poco meditadas.
4. Servir de vehículo para alcanzar una publicidad del -- negocio haciendo que sea reconocido por terceros.
5. Evitar en lo posible nulidades negociales por la inter-- vención de técnicos (el notario en la escritura públi-- ca etc)" (22).

Planiol, citado también por Bernardo Pérez Fernández del - Castillo decía:

- 21.- Demogue citado por Borja Soriano, Manuel "Teoría General de las - Obligaciones" México. 1968, pág. 217.
- 22.- Diez Picazo, Luis y Guillán, Antonio, citados por Pérez Fernández del Castillo, Ob. Cit. pág. 77.

"El exceso de cultura produce así efectos análogos a los de la simplicidad y de la ignorancia de los pueblos antiguos.

La solemnidad de los actos jurídicos reaparece pronto en todas partes en formas nuevas bajo los nombres de autenticidad, registro, transcripción.

Esto no es simbolismo, es la Desconfianza" (23).

En la actualidad la supervivencia o renacimiento del formalismo obedecen a razones diferentes: "la forma se exige en nuestros días no porque se atribuya a las palabras en sí o a las formas escritas o pronunciadas, una determinada fuerza propia, sino por otros motivos; interés público en evitar los litigios, dotar de precisión a las obligaciones asumidas y de seguridad a ciertos bienes importantes, inducir a mayor reflexión a las partes contratantes" (24).

Hemos dicho ya, que en el Código Civil se toma en cuenta el consentimiento que hayan expresado las partes, para producir consecuencias jurídicas de tal manera que se perfeccionan por la sola expresión de éste; pero para algunos contratos será necesaria una forma determinada siendo perfecto el contrato cuando se otorgue con los formalismos de ley.

La forma es considerada por el Código Civil como de los elementos de validez del acto jurídico; por tanto, cuando el contrato carece de los formalismos legales, es inválido, afectado de nulidad relativa; en este caso, el contrato produce sus efectos, pero no por esto desaparece la nuli-

23.- Planiol, citado por Pérez Fernández del Castillo Ob. Cit. pág.77.

24.- Sánchez Meda! Ramón, "De los Contratos Cíviles", México, 1973,-- pág. 41.

dad que le afecta, pues una cosa es producir efectos y --
otra dejar de ser nulo.

Estamos pues frente a una eficacia del acto jurídico invá-
lido.

Finalmente creemos que la tendencia de los legisladores --
para poder enmarcar la celebración de los actos jurídicos
a un sin número de formalismos, busca ante todo, preservar
una finalidad del derecho, que es la seguridad jurídica y
esto, directamente a nuestro modo de ver, pretende asegu--
rar el derecho de las personas.

C A P I T U L O I V

LA INTERVENCION DEL NOTARIO PUBLICO EN LA TRANSMISION
DE LA PROPIEDAD INMUEBLE Y EN LA TRANSMISION O
NEGOCIACION DE LOS CERTIFICADOS DE
PARTICIPACION INMOBILIARIA

Originalmente la transmisión del Dominio se hacía de acuerdo con el consentimiento de todos los miembros de una comunidad sin ninguna formalidad; la propiedad era colectiva, pero este concepto fue sustituido por el de propiedad privada y es entonces cuando surge el Derecho.

Por una necesidad Jurídica se tuvo que ordenar y asegurar lo que cada uno poseía. Surge de esta forma la necesidad de asegurar las relaciones jurídicas y en base a ello se establecieron fórmulas, usos y costumbres con categoría de instrumentos probatorios.

El hombre primitivo actuaba sin pensar en lo futuro, sintió sólo la necesidad de vivir y bajo este sentimiento --- trazó oralmente las primeras líneas de la Institución Jurídica. Así estas Instituciones nacieron por una necesidad por un sentimiento espontáneo.

Del Derecho oral se paso al derecho escrito. El papel y la imprenta quitaron prácticamente la función a la memoria, porque entonces los hechos ya podían asentarse en documentos; el testimonio y el juramento se hacían ante testigos que probaban lo dicho en el documento.

Al amparo de esa necesidad y del sentimiento mencionado se creó un orden jurídico totalmente individual con el nombre de Notario.

Así pues, vemos que se pasó desde el acuerdo popular de -- una comunidad, hasta el notario; desde la palabra privada que se la lleva el viento, hasta el instrumento público; - desde lo probatorio hasta lo constitutivo; desde la forma totalmente libre, hasta lo jurídico formal; desde la es---critura privada, hasta la fórmula de la perfección que es la escritura pública y detrás de todo ello la figura del - profesionalista, del perito en derecho, del fedatario y au--tenticador que es el Notario.

4.1 NOTARIO PUBLICO (DEFINICION)

Antes de poder hablar acerca de la definición del Notario Público, tomaremos en cuenta algunas consideraciones históricas y un breve esquema de la evolución del mismo desde sus inicios como tal, hasta la actualidad.

El Notario nació en el siglo VI con el nombre de Tabellio. Era una pública persona, porque desempeñaba un oficio "ad publicam utilitatem partinentis".

Por razón de su oficio era un servidor público de carácter privado dedicado a la escrituración de los negocios jurídicos de los particulares y asumía el carácter de asesor en Derecho.

No obstante su carácter de profesional libre, permaneció bajo una vigilancia bastante rigurosa del estado, la que era ejercida en las Capitales por el "Magister Census".

El documento del tabellio, es desde el principio, un documento profesional, de carácter técnico y parece regulado en una Constitución Justiniana de 528 (.4.21.17), según la cual, era válida la fórmula escrita, si había sido hecha por el Tabellio y autorizada por él mismo, sin que pudiera derivarse algún derecho en tanto éste no fuere declarado completo y absoluto por el Tabellio.

Los Tabellios o Tabelliones romanos sobreviven a la caída del Imperio de Occidente y empieza a utilizarse en la práctica el título de Notarius.

En Roma, tras la conquista Bizantina empieza a sentirse la influencia política de la Iglesia y se crea un verdadero - Estado Pontificio, con sus propios funcionarios, y éste -- crea también a sus notarios nombrados mediante Título Pa-- pal pero seguían funcionando los sucesores de los Tabellio-- nes Romanos, como escritores profesionales independientes con propio despacho y no consta que precisaran un nombra-- miento real o municipal para ejercer un oficio, ni obtuvie-- ron una regulación legal en su actividad, aunque sí se les exigieron conocimientos técnicos jurídicos (1). Es enton-- ces cuando se les conoce como Notarios o scribae, ya con - características propias.

"En el año de 727 un importante edicto dirigido a los --- Scribae sienta los principios por los que debía regularse la escrituración, el documento autorizado por el Notarius, adquiere el carácter de prueba preferente. Nuestra legis-- lación la llama prueba plena, por la absoluta riqueza que en materia procesal se le reconoce".

En los siglos IX a XII, con la conquista Franca del Reino Longobardo nace de la evolución del Notarius, la función - de los notarios, a quienes se les reconoce con una propia función notarial independiente del estado, para cuyo desem-- peño se exigía la competencia técnica, la idoneidad moral y la formalidad del juramento notarial como garantía del - buen ejercicio de aquella" (2).

Es así como en el siglo XII, empezó a desarrollarse como - una profesión independiente la de Scribano tomando de nue-- vo las bases fundamentales del Tabellio.

- 1.- Morales Dfaz Francisco de P. "Historia del Notariado", Revista de Derecho Notarial Año XXII, Junio de 78. No. 71.
- 2.- Hidalgo Mendoza, Horacio.- Conferencia dictada en la Ciudad de Ve-- racruz, con motivo del XIV Congreso Nacional del Notariado. 1982.

Es importante puntualizar que, el renacimiento de la Ciencia del Derecho, se inicia en Bolonia, a fines del siglo - XI, con crítica a la obra Justiniana; se manifiesta con -- todo vigor en el siglo XII en Italia, con la Escuela de -- los Glosadores, y Francia con la de los Legistas.

Así pues con estas dos importantes Escuelas surge el Notario Público como titular de la función pública, de confe-- rir autenticidad legal al documento, implantando el instru-- mento público.

"En la Decretal del Papa Alejandro III, de fecha incierta de los años de 1167 a 1169, se estableció, recogiendo la - doctrina de los Glosadores y de los Legisladores, pero es-- pecíficamente de la Constitución Justiniana de 528 origen de la Fé pública notarial "Que no tendrán eficacia los do-- cumentos que no hubieren sido autorizados por Notario". En esta exigencia va implícita la del cumplimiento de los re-- quisitos de forma.

Este Decreto fue recogido en las complicaciones siguientes y llega hasta nuestros días en los distintos ordenamientos jurídicos"(3).

Dando un salto, y siguiendo con la historia de el notaria-- do en México, diremos que la legislación aplicable en la - nueva España y demás tierras conquistadas, fue inicialmen-- te la vigente, en Castilla, complementada por cédulas, --- provisiones, ordenamientos, e instrucciones reales que --- iban resolviendo casos concretos reunidos en la llamada -- compilación de Indias.

3.- Nuñez, Lagos.- Citado por Morales Díaz Francisco de P.- Ob. Cít.
pág. 34.

Para seguir adelante, nos apoyamos en el "Estudio para la Historia del Notariado en México" del destacado Notario, - Bernardo Pérez Fernández del Castillo y del Licenciado --- Froylán Bañuelos Sánchez.

En 1792, se erigió el Real Colegio de Escribanos de la --- Ciudad de México a semejanza del establecido en las Cortes de Madrid.

En años siguientes se creó la Academia de Pasantes y Aspirantes de Escribanos, que otorgaba a quienes eran aprobados en sus estudios un certificado de preparación técnica o intelectual que los habilitaba para ejercer el cargo de Escribanos, sin otorgarles el título el cual sólo lo otorgaba el Rey; se fijó también la colegiación obligatoria.

En las siete partidas se señalaba dos clases de Escribanos los primeros llamados de la Corte del Rey y los segundos - Escribanos Públicos.

Los primeros se encargaban de escribir y sellar las cartas y los privilegios reales y los segundos de autorizar las - actas y contratos que celebraban los particulares y hacían las diligencias judiciales promovidas ante un Juez.

La Legislación Positiva Española, las leyes de Indias, y - demás decretos, provisiones y Reales Cédulas, expedidos -- durante la Colonia, continuaron aplicándose en México, --- después de la consumación de la Independencia.

Para 1843, existían tres clases de escribanos, según La -- Curia Filípica Mexicana: Nacionales, Públicos y de Diligen- cias; todos tenían por objeto autorizar, asegurar y guar-- dar los secretos y los derechos o intereses más importan--

tes de los ciudadanos.

Los primeros eran los que habiendo sido examinados y aprobados por la Suprema Corte de Justicia en el Distrito Federal o por los Tribunales Superiores en los Estados, habían obtenido el título correspondiente.

Los segundos, o sea escribanos Públicos, eran aquellos que tenían oficio o escribanía propia, en la que protocolizaban o archivaban los instrumentos que ante ellos se otorgaban.

Los escribanos de Diligencias eran los que practicaban las notificaciones y además diligencias judiciales.

Posteriormente, Maximiliano expidió la Ley Orgánica del -- Notariado y Escribano, quienes eran las personas que realizaban las tareas similares a la de los Secretarios y actuarios judiciales de ahora.

Esta fue la primera Ley Orgánica del Notariado Mexicano, -- es decir es la primera disposición que en forma sistemática regula el Notariado con exclusividad (4).

En 1867 el Presidente Juárez, promulgó la Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal, esta ley consideraba a los Notarios, como profesionales del Derecho; y -- es aquí en donde encontramos una primera definición para -- nuestro estudio del Notariado; en efecto esta Ley mencionaba o definía, el Notario como: "El Funcionario que reduce a instrumento público los actos, contratos y últimas -- voluntades".

4.- Ob. Cit. pág. 39.

En el inicio de este siglo, el presidente Porfirio Díaz, - promulgó el 19 de diciembre de 1901, La Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios Federales, definiendo al Notario en su Artículo 12, como sigue:

"ART. 12.- Notario es el Funcionario que tiene Fé Pública para hacer constar conforme a las Leyes los actos que según éstas deban ser autorizadas por él".

Esta Ley dispuso que el ejercicio de la Función del Notariado era de orden público y únicamente podía conferirse por el Ejecutivo de la Unión (art. 10.); además, el art.12 señalaba al Notario como Funcionario por primera vez.

Más tarde en 1917 el Gobierno del Distrito Federal, conoció de los asuntos del Notariado en su jurisdicción, por lo que en 1932, se publicó una nueva Ley, en 1945 otra, y en 1979, la que está vigente actualmente; para este entonces, se definía al Notario en su art. 10o. como sigue:

"ART. 10o.- Notario es el Funcionario Público investido de Fé Pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley, a los instrumentos en que se consignen los actos y hechos jurídicos".

Esta definición fue reformada por el Decreto de fecha 27 de diciembre de 1985, publicado en el Diario Oficial el 13 de enero de 1986, entrando en vigor el día siguiente, para quedar redactado como sigue:

"ART. 10o.- Notario es un Licenciado en Derecho investido de Fé Pública, facultado para auten-

ticar y dar forma en los términos de Ley a los instrumentos en que se consignent los actos y hechos jurídicos".

Esta definición la analizaremos, en comparación a las tomadas por las Leyes anteriores, haciendo una crítica de aquellas en cuanto al concepto de funcionario público, en referencia al Notario, por cuanto a las funciones que éste realiza en la Sociedad.

4.2 ANALISIS DE LA DEFINICION DE NOTARIO PUBLICO

El Notario es un profesional que ejerce funciones públicas o en otros términos de interés público, sin que esas actividades impliquen unirlos a la Administración Pública; lo mismo diríamos del médico, que también ejerce funciones -- públicas, pues tiene que atender la Salud Pública, o si -- somos más claros, también ejerce funciones de interés público.

La Salud, como la seguridad jurídica, es de interés público. El cuidado de la seguridad jurídica lo ejerce el Notario, y al igual que el médico, ambos están regulados por la Ley de Profesiones y en el caso del Notario, además por la Ley del Notariado; la cual en su artículo primero, nos indica que la función notarial es de orden público.

Para analizar la definición del Notario Público sería conveniente ver, aunque sea en una forma somera, algunas Doctrinas, que en el fondo tratan de establecer la comparación entre tres diferentes sistemas jurídicos del Notario en el mundo.

Veamos:

El primero, que es el sistema del Notariado administrativo o Notariado Estatizado, convierte al Notario en un funcionario público al servicio de la administración, con funciones casi exclusivamente Fedatarias. En este sistema los Notarios son equiparados a los Jueces, como en Dinamarca o Andorra; o bien son empleados administrativos, encargados de autorizar o registrar los contratos, como en Rusia.

El segundo, que sería el sistema anglosajón, se caracteriza por la preferencia del documento privado, de tal forma que el Notario cuando interviene lo hace sólo para legitimar las firmas de los otorgantes y en algunos casos para aseverar su capacidad.

Aquí el Notario no es profesional del derecho, su número es ilimitado; y su función es por tiempo determinado como en Inglaterra, Suecia, E.U.A.

En estos dos primeros sistemas del Notariado sólo sobrevive el vocablo de "Notario", y no así lo esencial, su función y su espíritu.

Ahora veamos el tercer sistema, que es el sistema Latino, al cual pertenece el Notariado Mexicano. El Notario es un profesional del Derecho que ejerce una función pública, -- consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los documentos adecuados y necesarios para ese fin, dándoles la formalidad, la autenticidad, conservando los originales de éstos y expidiendo copias que den fé de su contenido.

Así pues, en el Derecho Latino, la función Notarial se --- ubica dentro del cuadro de una profesión, que exige pro--- fundos y amplios conocimientos de las leyes y del Derecho; de ahí el análisis a la reforma que hubo del artículo 10o. de la Ley del Notariado para el Distrito Federal en cuanto a la definición que nos ocupa por decreto de 27 de diciembre de 1985, publicado en el Diario Oficial de 13 de enero de 1986, para quedar redactada como sigue:

"ART. 10o.- Párrafo Primero.- Notario es un Licenciado en Derecho investido de Fé Pública, facultado para autenticar y dar forma, en los términos de Ley, a los instrumentos en que se consignen los actos y hechos jurídicos".

Hasta antes de esta reforma (llevada a cabo en el curso -- del presente trabajo), se definía al Notario como un funcionario público, concepto del cual hablaremos más adelante, por ser un tema importante en cuanto a lo sustancial -- del mismo, esto es, en cuanto a su función, y no en cuanto a su funcionamiento como un adjetivo.

En cuanto al tema que nos ocupa, consideramos que la definición del art. 10o. de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, aún cuando sólo cambia el adjetivo del Funcionario Público por el de Licenciado en Derecho (requisito, sine qua non, se puede obtener la patente de aspirante al Notariado, Art. 13, fracc. II de la Ley del Notariado -- para el Distrito Federal), creemos al igual que otros autores que estudian al Notario, sería mejor abandonar cualquier concepto acorde o no a la función que realiza el Notario, y analizarlo saliéndose de los cánones tradicionales y olvidando las definiciones de funcionario público, -- abogado, etc. etc., y verlo como lo que es "Notario"; ya -- que como hemos visto brevemente en su desarrollo histórico evolucionó espontáneamente, obedeciendo a una clara necesidad social que es la seguridad jurídica.

Pero como es propio de nosotros los latinos definir y clasificar (no así los sajones que son más prácticos y no le dan tanta importancia a las definiciones), lo creó como -- una figura muy útil y nueva; y así conjungando ideas y ---

conceptos, por la fuerza de una necesidad social, apareció la definición del Notariado, con la reforma actual que hemos ya analizado, y que creemos no fue más que la corrección a un error que a petición del propio Colegio de Notarios y de varios autores se llevó a cabo sin más estudio ni trámite, que la ya mencionada.

4.3 FEDATARIO PUBLICO

La expresión de Fé Pública, no es más que una especificación de la palabra Fé; y por lo tanto, tiene muchos sentidos que corresponden a diversas acepciones en que pueda entenderse la palabra Fé.

Froylan Bañuelos Sánchez nos dice: que "el que tiene Fé -- tiene una creencia, una convicción, una confianza, o una seguridad.

Ahora bien, puede haber Fé individual y Fé pública o colectiva.

Sigue diciendo este autor:

La primera depende de cada individuo, porque se forma en cada uno de nosotros, ya sea fundada en un proceso intelectual relacionado por nuestra razón, o bien, alimentado y apoyado por la Gracia Sobrenatural (Fé Religiosa).

La segunda tiene la misma fundamentación; se dice de una Sociedad que cree o no cree, o de la fé colectiva que se tiene de un Héroe, o de un Santo" (5).

Casi todo lo que se ha dicho de la fé, hace referencia a la fé en su acepción de simple creencia en lo que no se vé por ejemplo: San Agustín decía y afirmaba que "Nadie puede ser obligado a la Fé"; lo mismo decía Shopenhauer en otra frase, al decir que la Fé, como el amor, "No puede ser --- forzada".

5.- Bañuelos Sánchez Froylan.- "Derecho Notarial". Cárdenas, Editor y Distribuidor. 1a. Ed. México 1977 pág. 18.

Según el origen de la autoridad, la Fé es religiosa o Humana, como ya dijimos. La Religiosa es la que proviene de la Autoridad de Dios; la humana proviene de afirmaciones hechas por el hombre.

Si la Fé humana, proviene de una autoridad privada común, se llama Fé privada obviamente, ya que estos pertenecerían a documentos privados firmados por particulares; si el documento por el contrario, proviene de una autoridad pública, estamos en presencia de un documento público, el cual tiene o lleva aparejada la Fé Pública.

Nos dice el Maestro Luis Carral y de Teresa que la Fé pública puede ser original o derivada:

"La Fé pública originaria, que se dá cuando el hombre se traslada al papel, en forma de narración, captando directa y coetáneamente por la vista y el oído del funcionario "de visu et auditu suis sensibus". Se trata de un documento directo (percibido por inmediato, narrado en el mismo momento), y la Fé pública derivada, es aquella en que el funcionario no actúa sobre hechos, cosas o personas sino únicamente sobre otros documentos. El hecho sometido a la "videncia" del funcionario es otro documento preexistente. Estamos en presencia de Fé pública derivada, cuando vemos que la fórmula "concuerta con su original" u otra semejante" (6).

Además de la Fé pública Notarial (cuyo estudio haremos más adelante en particular), existen diversas clases de Fé pública, entre las cuales las más importantes son: La Fé pública Mercantil, la Fé pública Registral, etc. etc.

6. Carral y de Teresa, Luis.- "Enciclopedia Jurídica", Tomo XV, pág. - .103 citado por, Bañuelos Sánchez Froylan. ob. cit. pág. 19.

Veamos pues la Fé pública en la persona del Notario.

La Fé pública, como función notarial trae también ciertas confusiones, porque quizá es confuso utilizar la palabra - pública, junto con la de Fé, ya que posiblemente malinterpretaremos el concepto jurídico de la Fé.

Compete al Notario en el ejercicio de la Fé pública la autenticación de relaciones jurídicas, susceptibles de percepción sensorial, de hechos que le consten, relacionados con hechos y actos de consecuencias jurídicas.

La autenticación de hechos y actos jurídicos, es y ha sido la esencia de la función notarial.

La función notarial, como dice el Maestro Gutiérrez y González "Tiene su base de sustentación en la Fé" (7).

A diferencia de ésta, cuando hay circunstancias que hacen que se exteriorice la fé pública a través de diversas funciones del Poder Ejecutivo, Legislativo, o Judicial, que son órganos del Estado, estamos en presencia de una Fé pública Corporativa o de carácter Administrativo, como nos dice el jurista Eduardo Bautista Ponde, citado por Horacio Hidalgo Mendoza:

"La manifestación de la Fé pública a través de estos Organos, se llama Fé pública Corporativa, que no va implícita en la función del Organos; es una consecuencia de su actuación, por lo que sus actos no autentifican, sino sólo hacen Fé; así, hay Fé pública de carácter administrativo que posee el cuerpo del Poder Ejecutivo y sus actos hacen Fé - pública.

7.- Gutiérrez y González, citado por Hidalgo Mendoza, Horacio.- Notario e Instrumento Público, Ponencia presentada en la Ciudad de Veracruz, Ver. 1982.

Sancionadas las Leyes que elaboran los Senadores y Diputados, éstas tienen autoridad indubitable, que dimana de la Fé del Poder Legislativo, que es Fé del Cuerpo Legislativo.

Los Magistrados, los Jueces, los Secretarios, los Actuarios o los Diligenciaros del Poder Judicial, en cuanto ejercen y dan a los actos la fuerza de Fé Pública, lo están haciendo porque están ejerciendo la Fé pública del Cuerpo Judicial.

En otros términos el Presidente de la República, los Secretarios de Estado, los Gobernadores, los Agentes del Ministerio Público, los encargados del Registro Público (Registradores), del Registro Civil (Jueces), Ministros de la Suprema Corte de Justicia, los Magistrados del Tribunal, Jueces, Secretarios, Diligenciaros, Diputados, Senadores, todos carecen de Fé pública de carácter personal; son los Poderes, los cuerpos Gubernamentales, los que tienen la facultad Fideifaciente" (8).

La Fé pública Notarial en cambio, es estrictamente personal, más bien personalísima, para ser más exactos es intransferible; por todo esto, la Fé pública del Notario explica el carácter autónomo de su función.

Es pues la Fé pública un atributo personal y primordial del Notario, ya que ésta constituye funcional y esencialmente el acto Notarial.

Su mal uso puede causar desastres sin medida, de ahí el gran cuidado que se tiene para la selección de los Notarios, este cuidado nos conduce en primer lugar a que debe

8.- Eduardo Bautista Ponde.- Citado por Hidalgo Mendoza Horacio. Ob. Cit. pág. 13.

de existir en la persona del Notario una integridad moral y un nivel y grado intelectual, cultural y profesional.

La Fé Notarial, es entonces una función Orgánica descentralizada del Estado que permite al Notario, cuando actúa como fedatario, quedar constituido con una determinada personalidad jurídica que le hace percibir y dar validez a todos los actos que dentro de sus capacidades se someten a su actuación o función notarial.

Nos dice el Licenciado Hidalgo Mendoza:

"El notario es un Profesional de la Fé, de una Fé como Institución Jurídica necesaria, simplemente lógica, un procedimiento lógico científico, una autorización jurídicamente decretada para la constatación de situaciones y convenios que por la preparación adquirida y verificada a través de los requisitos que se le exigen, le autoriza a manifestar que en el caso, la voluntad requirente está de acuerdo con las disposiciones legales estrictamente aplicables, por lo que tiene plena operancia jurídica, a la cual la propia ley, por ello, le reconoce que constituye prueba plena en el procedimiento judicial, y en el mundo de los negocios le guarda el respeto necesario y aceptan que le sea garantía plena, creando así juridicidad plena y general a partir de situaciones particulares" (9).

Resumiendo en pocas palabras, la Fé notarial como se ha dicho, es un atributo de la propia calidad del Notario que reviste una condición diferente a las ya vistas, y que con sólo intervenir y autorizar un acto o un hecho cualquiera con su firma y sello, le impone autenticidad, que es lo que en el fondo implica la Fé notarial, de la cual es depositario.

4.4 FUNCIONARIO PUBLICO

Siguiendo el breve análisis del Notario y su Función en la Sociedad, llegamos a un punto clave dentro de ésta, que es la de lograr entender que el notario no es un funcionario público, como se le ha llegado a conocer en nuestro país, en algunas de las legislaciones locales, aún en el Distrito Federal; que aunque, como ya vimos la definición que se tenía de funcionario público, fue cambiada por la de Licenciado en derecho (según decreto del 27 de diciembre de 1985, publicado el 13 de enero de 1986), se sigue teniendo la idea de pensar en el Notario, como un funcionario público.

Desde sus orígenes, como se ha visto fue y es esencia de la función Notarial el no integrarse a la administración pública; no obstante que el notario es denominado en algunos textos todavía como funcionario público.

Nosotros pensamos que se sigue teniendo la idea de denominarlo así, o por lo menos encuadrarlo dentro de la idea, porque su actuación se tiene que ajustar a una serie de formalidades y solemnidades que la ley exige, y por la publicidad de la función; sin embargo ello no le dá ese carácter.

Para precisar bien la diferencia que existe, entre el notario y el funcionario público, tomaremos algunos puntos de la conferencia dictada por el Licenciado Francisco de P. Morales Díaz, notario número sesenta del Distrito Federal, en el Congreso Nacional del Notariado, llevada a cabo en la Ciudad de Veracruz, Veracruz, en octubre de 1982.

Nos dice el Licenciado Morales Díaz:

".... la terminología funcionario público trae una cantidad de consecuencias, si el notario fuere un funcionario público a secas, sucedería lo siguiente:

- a) Dependería absolutamente del Ejecutivo y ya no tendrá esa autonomía.
- b) No podría decirse que el notario ejerce una profesión libre.
- c) Su remuneración será cubierta por el Estado y no por los particulares.
- d) Su actuación ya no será puesta en marcha a solicitud de los particulares, sino que los negocios podrán ser turnados por el mismo mecanismo burocrático.
- e) Los particulares no se sentirán en la idea de acudir a una figura independiente del Estado, sino a un Organó del mismo.
- f) El notario estará en la imposibilidad de realizar esa función equilibrada entre el Estado y el particular.

De lo antes expuesto, el Notario no es eso.

Punto número uno.- siempre deberá tener autonomía frente al Estado.

Punto número dos.- Deberá ejercer una función libre.

Punto número tres.- Deberá ser remunerado por los particulares.

Punto número cuatro.- Deberá actuar por solicitud de los particulares.

Punto número cinco.- Deberá hacer sentir a los particulares que no es órgano del Estado, y por ende.

Punto número seis.- Deberá ser el equilibrio entre particulares y el Estado" (10).

Además por lo que respecta a la responsabilidad que tiene un funcionario público frente a la responsabilidad de un notario, nos demuestra que se trata de dos figuras distintas.

En el caso del funcionario público su responsabilidad está regulada en una ley especial, además dicha responsabilidad no se rige por los presupuestos normales, previstos en el Código Civil y Código Penal; y en el caso de daños y perjuicios, ocasionados a terceros, responde el patrimonio del Estado.

En el caso del notario es todo lo contrario, su responsabilidad se regula específicamente, en la Ley del Notariado, y ésta se norma por las disposiciones del Código Civil y Penal, como cualquier ciudadano sin privilegios o tratamientos especiales; y a diferencias también del funcionario público, en el caso de daños y perjuicios a terceros, no queda afectado el patrimonio del Estado, sino que responderá el notario con su patrimonio propio.

En base a estos puntos, diferenciamos al Notario del funcionario público, (término con el cual se le venía definiendo hasta antes de la reforma ya citada para el Distrito Federal), y cuyas características como hemos visto son totalmente distintas.

Pero cabe hacer mención que todavía existen algunos textos legales y específicamente las leyes del Notariado de algunas Entidades Federativas, como la de Morelos, Hidalgo, -- Sonora, Durango, Yucatán, Zacatecas, y otras más, en donde todavía se sigue empleando la palabra funcionario público, para definir al notario.

Insistiremos diciendo que el notario siempre ha ejercido su función como un profesionista libre, y es por eso, que conoce como perito en Derecho, como defender al particular del estado, y hasta donde éste puede llegar, y al mismo -- tiempo los recursos que el propio Estado proporciona al -- particular; generando así una función equilibradora muy -- clara y muy importante entre el Estado y el particular.

4.5 LA INTERVENCION DEL NOTARIO PUBLICO EN LA TRANSMISION DE BIENES INMUEBLES

Conforme el consensualismo cede terreno al formalismo, la intervención del Notario en la transmisión de la propiedad inmueble va haciéndose cada día más necesaria.

Esta necesidad, de revestir de la forma requerida por la Ley a los contratos es de vital importancia para la vida y la eficacia de todo acto jurídico.

El fundamento legal para la intervención del Notario en la transmisión inmobiliaria y las disposiciones referidas a todo lo relativo a las enajenaciones de bienes inmuebles y la constitución de derechos reales, la encontramos en la Ley del Notariado, y en nuestro Código Civil.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal en su artículo 78 establece.

"ART. 78.- Las enajenaciones de bienes inmuebles, cuyo valor según avalúo bancario sea mayor de -- TREINTA MIL PESOS, y la constitución o ---- transmisión de derechos reales estimados en más de esa suma o que garanticen un crédito por mayor cantidad que la mencionada deberán constar en escritura, ante Notario, --- salvo los casos de excepción a que se refieren los artículos 730, 2317 y 2927 del Código Civil para el Distrito Federal".

Por su parte el Código Civil, en su artículo 2320 menciona:

"ART. 2320.-Si el valor de avalúo del inmueble excede de trescientos sesenta y cinco veces el -- salario mínimo general diario vigente en -- el Distrito Federal en el momento de la -- operación, su venta se hará en escritura -- pública, salvo lo dispuesto por el artículo 2317".

Así pues, podemos ver que en ambos preceptos, se mencionan los casos de excepción para la intervención del Notario -- cuyos Arts. 730 y 2317 del Código Civil para el Distrito -- Federal establecen básicamente dichos casos.

"ART. 730.- El valor máximo de los bienes afectados -- al patrimonio de la familia conforme el -- artículo 723, será la cantidad que resulte de multiplicar por 3650 el importe del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en la época en que se --- constituye el patrimonio".

Si analizamos la cantidad a que se refiere el artículo que antecede una vez obtenido su producto, llegamos a tener -- una contradicción con lo estipulado por el artículo 78 de la Ley del Notariado.

Pero veamos que dice el art. 2317, respecto a la forma del contrato de compraventa.

"ART. 2317.-Las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor de avalúo no exceda al equiva---- lente a trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente -

en el Distrito Federal en el momento de la operación y la constitución o transmisión de derechos reales estimados hasta la misma cantidad o que garanticen un crédito no mayor de dicha suma, podrán otorgarse en documento privado firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se ratifiquen ante Notario, Juez de Paz o Registro Público de la Propiedad".

Y luego en su segundo párrafo establece:

"...Los contratos a que se refiere el párrafo segundo, así como los que se otorgan con motivo de los programas de regularización de la tenencia de la tierra que realice el Departamento del Distrito Federal sobre Inmuebles de propiedad particular, podrán también otorgarse en el protocolo abierto especial a cargo de los notarios del Distrito Federal, quienes en esos casos reducirán en un cincuenta por ciento las cuotas que correspondan conforme al arancel respectivo".

Parece ser que la excepción, son las transmisiones que en especial haga el Departamento del Distrito Federal; a los contratos, que para constituir la vivienda popular otorgue el Ejecutivo Federal; pero en uno u otro caso, en la práctica diaria vemos que aún en estos casos, el notario llega a intervenir.

Volviendo al tema que nos ocupa y fundamentando la inter--
vención del notario en la transmisión inmobiliaria; el ---
propio Código Civil nos señala cual es la sanción para el
caso de que no se satisfagan los formalismos marcados para
los contratos y éste como lo vimos en el capítulo anterior,
su artículo 1795 dice:

"ART. 1795.- "El contrato puede ser invalidado..." ---
"...IV.- Porque el consentimiento no se -
haya manifestado en la forma que la Ley -
establece".

Pero, además de todos estos fundamentos legales, la reali-
dad es, que de la necesidad de buscar los medios adecuados
para satisfacer las aspiraciones de lograr una seguridad -
jurídica de los contratantes en las transmisiones de pro-
piedad, se llegó a la solución del problema definitivamen-
te con la creación de la instrumentación pública de todos
aquellos actos jurídicos inmobiliarios, trayendo consigo -
aparejada la intervención forzosa de un profesional del --
derecho como lo es, el Notario.

De esto debemos destacar también, las importantes venta---
jas, que representa el Instrumento Público y que el Gran -
Jurista Rudolf Van Ihering, citado por el Licenciado Jesús
Zazueta Sánchez, Notario del Estado de Sinaloa, nos enume-
ra de la siguiente forma:

- "a) Garantía de Seguridad para que los contratos puedan --
circular en el comercio jurídico.
- b) Los terceros y las partes tendrán la certeza y seguri-
dad de la pactación.

- c) Los tribunales podrán determinar las consecuencias de derecho, que se deriven.
- d) Les pertenece a las partes no precipitarse en su celebración y meditar las consecuencias que del contrato -deriven.
- e) Crea en la mente de los contratantes la certeza de que se han comprometido solemnemente.
- f) El compromiso y sus términos no se dejan a la memoria.
- g) Permite que intervenga el Notario y así se busca evi-
tar consecuencias.
- h) Es indispensable para que puedan inscribirse en el Re-
gistro Público.
- i) Es un medio de hacer ejecutiva la obligación" (11).

y nosotros podemos agregar que:

El Instrumento Público, como formalización del consensua-
lismo lo perfecciona dándole una fijeza jurídica definiti-
va, permitiendo que el contrato se haga exigible ante ter-
ceros, en otras jurisdicciones o en el extranjero, y gene-
ra el cumplimiento en su caso, de las obligaciones fisca-
les.

Creemos que es sabido de todos que la intervención del No-
tario en la transmisión de la propiedad inmueble es como -
hemos venido afirmando, una necesidad jurídica que atañe a
todos en una u otra forma; y en especial por el amplio ---
progreso social, económico y cultural que existe hoy en --
día.

11. Rudolf Van Ihering, citado por Jesús Zazueta Sánchez.- "Revista de
Derecho Notarial".- Asociación Na. del Notariado A.C.- No. 71, --
1978.- pág. 115.

En este sentido el Notario se ha desarrollado jurídicamente cada vez más y en menos tiempo que en el pasado, entre otras razones, como ya dijimos por el crecimiento de la -- complejidad de las actuaciones y transacciones privadas y públicas.

Es también sabido, que el Notario dentro de su interven--- ción tiene una responsabilidad gigante ante los particula--- res y ante el Estado, y es por esta razón que en los más - importantes ordenamientos jurídicos como: el Código Civil, el Código de Comercio, la Ley General de Sociedades Mer--- cantiles, la Ley General de Títulos y Operaciones de Cré--- dito, Código Fiscal, Ley del Impuesto sobre la Renta, la - Ley de Hacienda, la Ley del Impuesto sobre Adquisición de Bienes Inmuebles, la Ley de Reforma Agraria, la Ley de --- Asentamientos Humanos, la Ley de Desarrollo Urbano y mu--- chas, muchas más, el notario tiene que ver su exacto cum--- plimiento y esta responsabilidad, es otro fundamento de su intervención.

Por todo esto, su intervención en la transmisión inmo--- bliaria, volveremos, a insistir es una necesidad netamente jurídica, no ideológica, ni ligada a situaciones de menos hechos administrativos, ya que por esencia va en contra -- del burocratismo. Es una necesidad de asegurar a las par--- tes evitando la posibilidad del peligro, de una incerti--- dumbre futura; de proporcionar a quienes han contratado un título legítimo que sea eficaz y que produzca los efectos pretendidos por las partes ante terceros, haciendo de los contratos un testimonio de prueba y validez; que es la me--- ta final de la fé pública y de la función notarial.

4.6 LA INTERVENCION DEL NOTARIO PUBLICO EN LA TRANSMISION O NEGOCIACION DE LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACION INMOBILIARIA NO ---- AMORTIZABLE

Queremos recordar que el Certificado de Participación Inmobiliaria no Amortizable, nació en nuestro derecho a raíz de una política financiera llevada a cabo en la década de los sesentas para someterse así a una dinámica evolución.

Durante su vida práctica analizando su forma de transmisión, ésta se ha reducido a un estricto marco netamente comercial o mercantil, dada las características propias del mismo.

Es decir, la importancia de su transmisión se reduce a una serie de negociaciones y transacciones que quisieron superar con su sencillez, el sistema tradicional de la transmisión inmueble, reduciendo todas aquellas formalidades de una escritura, las cuales traen consigo como consecuencia la presentación de formas oficiales, pago de impuestos, registros, aranceles y demás; a una simple transmisión de derechos sobre un inmueble por medio de un endoso en su caso, o cesión de un título de crédito de rasgos operativos tan claros y simples como la de un bono, una letra de cambio, o un pagaré.

Esta forma de transmisión ha traído dentro de la vida práctica del propio certificado una serie de irregularidades y principalmente una serie de inseguridades para su --

titular y terceros adquirentes; generando con esto en muchas ocasiones la necesidad jurídica y práctica de la intervención del Notario.

En aquel entonces el Certificado de Participación como un instrumento jurídico nuevo, chocó totalmente con nuestro derecho formal y tradicionalista que estimaba que las operaciones de venta de inmuebles mediante la expedición de Certificados de Participación Inmobiliaria, iban a superar y a ser preferibles a las formas clásicas de compraventa, ya fuesen simples o con reserva de dominio; ya que estos últimos contratos requerían de mayores formalidades y gastos, como la propia intervención del Notario, el pago de impuestos, como lo fueron el Traslado de Dominio y el Timbre (actualmente Adquisición de Bienes Inmuebles), y de Derechos, como los del Registro Público de la Propiedad; o preferibles también en el caso de quedar éstos como una garantía, al de la hipoteca, cuyas características clásicas de ser una garantía real auxiliar del crédito, seguía encadenada a lo formal en su constitución, y en muchas ocasiones a lo oneroso en su perfeccionamiento.

Fue entonces cuando surgió la disyuntiva de prescindir de los contratos formales y reales, adoptando una tendencia nueva y artificial del derecho anglosajón, o continuar con éstos.

Lo cierto es que de la urgencia de dar movilidad a la propiedad territorial, se decidió por la creación en masa de estos títulos de crédito dejando atrás a la solemnidad, la forma y la publicidad, como complicaciones opuestas por el derecho a la movilización de los bienes inmuebles, que se mantenían según estas nuevas tendencias, como una supervi-

vencia extralógica, pero no como algo jurídico funcional.

Nosotros creemos que la idea del legislador, de poder agilizar y darle mayor movilidad a los bienes inmuebles y a los derechos reales existentes sobre ellos con la emisión del Certificado de Participación Inmobiliaria, fue muy --- buena pero quizá la falta de conocimiento por todos nosotros y su mal aplicación dentro de la vida práctica de dicho título de crédito, trajo consigo, hasta hoy, una serie de irregularidades jurídicas y administrativas que no han permitido conocer los alcances de éste.

Por todo ello, podríamos afirmar que la intervención del - Notario en la existencia y transmisión del certificado de Participación Inmobiliaria es necesaria, desde su creación con la escritura constitutiva de su emisión, como ya hemos visto, hasta su extinción con la transmisión de la propiedad de los inmuebles materia del fideicomiso a sus tenedores, ya sea bajo la modalidad de copropiedad o bien bajo - el régimen de propiedad y condominio.

Pero veamos dentro de la práctica, cómo y en que actos, -- interviene el notario en la vida o existencia del certificado, la cual podríamos dividir en tres etapas:

- a) Su creación o emisión.
- b) . Su negociación o transmisión.
- c) Su extinción o adjudicación.

I. CREACION O EMISION

El artículo 228m de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, enuncia; que para la emisión de los certificados de participación, se requerirá de una declaración unilateral de voluntad que haga la Sociedad emisora expresada ésta, en una escritura pública; lo que implica desde luego la intervención del Notario.

Esta escritura pública, la cual ya vimos en forma detallada en el primer Capítulo del presente trabajo, deberá ser redactada por el Notario en una forma precisa, tomando en consideración todos los elementos constitutivos del fideicomiso, base de su emisión.

Dentro de estos elementos constitutivos, además de la denominación, o razón social, el objeto y domicilio que sirven para identificar a la sociedad emisora, (art. 228m --- fracc. I) de la ley, existen otras menciones de importancia de que depende la validez de aquél instrumento.

Estas serían, principalmente el objeto de dicha emisión, - la denominación, el valor y el número de certificados que se van a emitir, con las características de los mismos establecidas en el artículo 228a; y los derechos y obligaciones de sus tenedores establecidos en sus incisos a), -- b), y c); y en el artículo 228c. de dicha ley.

Estos derechos y obligaciones que se establecen en la escritura de emisión son tan importantes, que dependerá de éstos las condiciones del tenedor como titular de la parte alícuota correspondiente sobre la propiedad inmueble obje-

to del fideicomiso y su derecho exclusivo de ocuparlo; y - las condiciones de la institución fiduciaria en cuanto a - su forma de transmitir los certificados.

Dicho de otro modo, la escritura que redacte el Notario -- además de ser base de la emisión, será la que regule en -- todo momento la existencia jurídica de los Certificados de participación Inmobiliaria no amortizables.

Estos títulos de crédito, como hemos dicho, nunca llegan a desvincularse de la causa que les dió origen, es decir --- siempre van íntimamente ligados al acta a que venimos haciendo referencia.

Lo mencionado en el párrafo que antecede es de vital importancia, porque cuando llegase el caso de que existiera una discrepancia entre los datos consignados en el título y -- los consignados en su correspondiente acta de emisión, deberá siempre estarse a lo dispuesto en esta última.

II. NEGOCIACION O TRANSMISION

No obstante aún y cuando ya hemos visto en el Capítulo --- primero que los certificados de participación inmobiliaria como todo título de crédito (género al que pertenece), incorporan en ellos todas y cada una de las características propias de los mismos; en muchas ocasiones para su trans-- misión se requiere además de su endoso y entrega (caracte-- rística propia del título), de una formalidad que revista una seguridad jurídica para las partes que intervienen en su negociación o transmisión.

Jurídicamente podríamos decir que para la transmisión de -- los certificados de participación, no se requiere de la -- intervención del notario, sin embargo en la práctica dia-- ria encontramos lo contrario.

La causa lógica, es que casi toda transmisión de propiedad inmueble encontramos su intervención, por lo que el crite-- rio seguido y generalmente aceptado por las partes y, en -- muchos casos por la propia institución que los emite es el de generar con esto una seguridad jurídica.

Nosotros pensamos que este criterio se funda en un proble-- ma doctrinal, ya que si bien es cierto que los derechos y obligaciones derivados de los certificados son derechos -- personales, se ha tomado en consideración que al transmi-- tirse estos títulos, trae como consecuencia aparejada un - vínculo jurídico con el inmueble que ampara (derecho real).

Recordemos que nuestro artículo 228a, confiere a los cer-- tificados de participación, la calidad de títulos de cré--

dito que representan únicamente el derecho a:

"...a) el DERECHO a una parte alicuota de los frutos o rendimientos de los valores, derechos o bienes de cualquier clase que tenga un fideicomiso irrevocable para ese propósito la sociedad fiduciaria que los emita;

b) el DERECHO a una parte alicuota del derecho de propiedad o de la titularidad de esos bienes, derechos o valores; y

c) el DERECHO a una parte alicuota del producto neto - que resulte de la venta de dichos bienes, derechos o valores..."

Este enunciado como antes se dijo, suscita seguramente la cuestión tan debatida en la doctrina, de si es o no posible la existencia de una DERECHO sobre un DERECHO.

Observemos que lo representado en el inciso b) del citado artículo es la representación del derecho a la parte alicuota del derecho de propiedad o de la titularidad de esos bienes, derechos o valores; pero nunca de los propios bienes, derechos o valores.

Dentro de la práctica esto es muy importante, porque la -- gran mayoría de los titulares de los certificados, tienen la idea de tener la propiedad del inmueble que ampara dicho título de crédito; ya que además gozan del uso y de la ocupación del inmueble que la sociedad emisora les concede en términos del acta respectiva.

Esta errónea idea nos llevaría a pensar en la existencia de una co-propiedad de tenedores, calidad que calificaríamos de sui-generis.

En efecto, el artículo 228b, párrafo tercero de la multi--citada ley, niega el carácter de certificados de partici--pación al que hace mención el propio artículo 228a; ya que literalmente dice:

"ART. 228b.- "... Los certificados que las sociedades fiduciarias expidan, haciendo constar la participación de los distintos copropie--tarios en bienes, títulos o valores que - se encuentren en su poder, no producirán efectos como títulos de crédito y serán - considerados solamente como documentos -- probatorios".

Pero volviendo al punto que nos ocupa, el desconocimiento de la figura jurídica que analizamos y la falta de infor--mación por parte de la sociedad emisora, hacen que los tit--ulares de los certificados, no tengan conocimiento de qué medios legales existen para la transmisión de éstos, y ---siendo su finalidad la enajenación o venta del local o ha--bitación que ampare su título, y como el notario es la per--sona encargada de dar fé de todos aquellos actos jurídicos (contratos) que transmitan la propiedad inmueble; simple y sencillamente acuden ante él, con el propósito de darle un aspecto formal a lo que por disposición de la ley no lo --requiere, ya que como dice el artículo 26 de la Ley Gene--ral de Títulos y Operaciones de Crédito:

"ART. 26.- "Los títulos nominativos serán transmisi--bles por endoso y entrega del título mis--mo, sin perjuicio de que puedan transmi--tirse por cualquier otro medio legal".

Aún y existiendo las consideraciones antes expuestas las partes interesadas acuden ante el notario para encontrar aquel asesoramiento jurídico que evite una serie de dudas y problemas que estos títulos les crean, por lo que la intervención del notario en toda transmisión o negociación de los Certificados de Participación, se constriñe la mayoría de veces, en hacer constar la Cesión de Derechos derivados del contrato de compraventa del cual es materia el propio título, o la ratificación del endoso del mismo.

Cabe hacer la aclaración que no siempre se endosa el título ante la fé del notario, y esto lo recalcamos porque la Sociedad que los emitió (en nuestro caso concreto BANOBRAS S.N.C.) en varias de sus emisiones, nunca los puso a la circulación, lo que trae como consecuencia el incumplimiento al acto de emisión y a la ley; más aún, si no existen físicamente los títulos, ¿cómo puede transmitir la tenencia de algo que no existe físicamente?.

Si bien es cierto que en la mayoría de los contratos de compraventa, la Institución fiduciaria tiene la facultad de reservarse el dominio de los títulos de crédito, hasta en tanto no se cumplieren con todas y cada una de las obligaciones contraídas en éste, las transmisiones del título nominativo por cesión ordinaria, como venimos diciendo, obliga al cedente a entregar el título al adquirente, ya que el artículo 27 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito le concede el derecho de exigirlo; y para poder entregarlo físicamente debe existir.

Lo único que podemos decir al respecto es que para que surta efectos la cesión de derechos o el endoso de estos títulos contra terceros, deberán inscribirse en el Regis-

tro de la Emisora, y siempre será el endoso hecho a favor de persona determinada, es decir en forma nominativa; ya - que no es ocioso recordar que el artículo 32 de la propia ley establece que:

"ART. 32.- "...tratándose de..." "...y certificados de participación el endoso siempre será a favor de persona determinada; el endoso en -- blanco o al portador no producirá efecto -- alguno".

Por otra parte hay casos en donde la intervención del notario se hace más necesaria, y ésta la encontramos cuando un tercero pretende adquirir un inmueble amparado por un certificado de participación inmobiliaria por medio de un préstamo bancario; situación que se ha generalizado por -- existir tantas unidades habitacionales manejadas bajo este sistema y que hoy en día se pretende remediar.

En cualquier contrato de mutuo en donde intervenga una --- institución de crédito otorgando un préstamo para la ad---quisición de un bien inmueble, éste quedará gravado con -- una garantía real de hipoteca; pero para el caso que nos - ocupa, siendo el certificado de título que otorgue sólo el derecho sobre el derecho de propiedad del bien, se requere---rá de otra figura jurídica que garantice el préstamo --- otorgado, por lo que se ha llegado a la forma de afectar - dichos derechos a un fideicomiso de garantía.

Es pertinente aclarar también, que el sistema de responsabilidad, que gira alrededor del notario en la realización de sus funciones, es lo que asegura y garantiza en una --- forma jurídica la adquisición de un derecho real sobre un

bien inmueble; por ello mismo, el Estado al percatarse de la intervención del notario en la transmisión de los certificados de participación y principalmente por darse ---- cuenta de la evasión de impuestos en la negociación de estos títulos; gravó su transmisión, ingresándolos dentro de los supuestos de enajenación de bienes a que alude el artículo 14 del Código Fiscal de la Federación, en el sentido de entender por enajenación de bienes, también las llevadas a cabo o que se efectúen por medio de títulos de --- crédito.

Creemos que esto se debió a que las subsecuentes emisiones de estos títulos se hicieron más que con el propósito de poner en circulación la propiedad inmueble, con el deseo de resolver para el emisor y para los tenedores los problemas relacionados con el pago de diversos impuestos, como son el Impuesto Sobre la Renta, el de Adquisición de -- Bienes Inmuebles (anteriormente traslado de Dominio y Timbre), y en algunos casos el Impuesto al Valor Agregado.

Por ello, el legislador tomó la decisión de incluir dentro del Impuesto Sobre la Renta y del Impuesto Sobre Ad---quisición de Bienes Inmuebles la transmisión de derechos derivados de estos títulos, sin más fundamento que lo antes expuesto; es decir tomó por analogía todo acto que --- transmita la propiedad, o los derechos que representen a la misma, lo que creemos fue un completo error, ya que el espíritu que dió origen a la creación de estos títulos fue definitivamente la de evitar a toda costa la innecesaria - práctica de notario, registros, impuestos, derechos, etc., dándoles una agilidad y movilidad a los bienes inmuebles.

Esta situación ha convertido actualmente al título de crédito, como algo que no ha cumplido con sus fines, quizá --volvemos a repetir no tanto por ser una figura ajena o importada a nuestro sistema jurídico, sino porque las deficiencias de su regulación, lo han orillado a ser una figura jurídica que no tiene razón de ser.

Sin embargo, estas razones de índole fiscal, son otra de las causas por las cuales el notario como enterador de impuestos y obligado solidario ante el Fisco de la observancia o cumplimiento de las mismas, hace que intervenga en la negociación o transmisión de los certificados de participación inmobiliaria no amortizable.

Así pues la transmisión o negociación de estos títulos de crédito, por la cesión de derechos que se haga de ellos, - el endoso en su caso, la aceptación que haga la sociedad - emisora reconociendo la transmisión del título, el contrato mutuo con la institución acreedora, el fideicomiso que lo garantice y todo el marco fiscal que rodea a estos actos, se llevan a cabo ante notario, no solamente por un --accidente compuesto por todas estas operaciones (ya que -- como hemos visto se puede llevar a cabo sin la interven---ción de éste), sino más bien diremos, se debe a la búsqueda de encontrar una forma que garantice a todos los que en ella intervienen, incluyendo al propio fisco, previendo -- problemas futuros y resolviendo problemas actuales; se debe más bien a la búsqueda de un instrumento público que -- represente la esencia misma de la función notarial y que - como hemos dicho a lo largo de todo este capítulo es la -- seguridad jurídica.

III. EXTINCION O ADJUDICACION

Una vez extinguido el fideicomiso base de la emisión de -- los certificados de participación Inmobiliaria no Amorti-- zables, los tenedores de estos certificados podrán resol-- ver sobre el destino que se les dé a los inmuebles ampara-- dos por éstos; ya sea optando por la adjudicación de los - mismos a sus poseedores, o bien para su venta, distribu--- yéndose proporcionalmente el importe de la misma, esto se-- gún lo resuelva la propia asamblea general de tenedores.

Dado que los titulares de esos certificados, han venido -- ocupando durante la vigencia del fideicomiso una determi-- nada vivienda o localidad, y su idea al adquirir por con-- trato de compraventa dicho certificado fue la de adquirir la propiedad de la misma, será del interés de cada uno de ellos que se les adjudique el inmueble que vienen ocupando bajo el régimen de propiedad en condominio; por que éste - les permite continuar disfrutando del inmueble amparado -- hasta ese entonces por tal certificado.

Un ejemplo claro de la intervención del Notario en la ex-- tinción de estos certificados, la encontramos una vez más en la Unidad Habitacional "López Mateos" (TLALTELOLCO).

Estas escrituras de adjudicación a los tenedores de cada - certificado, se están llevando a cabo por varios notarios, que nombrados por el Departamento del Distrito Federal y - la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología, cumplen con una función social de poder brindar un título legítimo y - seguro que otorgue y ofrezca a su titular un documento --- oponible (erga omnes).

Con una simplificación administrativa llevada a cabo en -- conjunto por el Departamento del Distrito Federal, a tra-- vés de la Tesorería, la Secretaría de Hacienda, la Secre-- taría de Desarrollo Urbano, el Registro Público de la Pro-- piedad, y demás autoridades administrativas; ha logrado el Gobierno Local con ayuda del Colegio de Notarios, la es--- crituración masiva de varias Unidades Habitacionales de la magnitud de unidad Tlaltelolco, extinguiendo el fideicomiso y los certificados emitidos en base a aquél; y consti-- tuyendo en cada edificio o unidad el régimen de propiedad en condominio correspondiente, y así mismo adjudicando fi-- nalmente a cada poseedor (hasta ese entonces tenedor) el - departamento o local adquirido.

Dicho de otro modo, con la intervención nuevamente del No-- tario, se extingue la existencia jurídica del Certificado de Participación Inmobiliaria no Amortizable dando naci--- miento a un título de propiedad legítimo, que otorgue a su propietario la seguridad jurídica de haber adquirido al -- fin de cuentas, la propiedad del inmueble que por mucho -- vino poseyendo, y que en un principio se quiso evitar con motivo de la creación de los títulos de crédito que hemos analizado.

CONCLUSIONES

- I. Nuestro derecho caracteriza al Fideicomiso como un acto jurídico de carácter mercantil, o sea que es una -- manifestación de voluntad susceptible de producir efectos jurídicos dentro del ámbito reservado a la regulación del derecho mercantil; y en el caso particular -- que nos ocupa, a través de esa figura jurídica las --- Instituciones de Crédito que disfruten de esa autori-- zación para llevar a cabo operaciones fiduciarias po-- drán emitir Certificados de participación Inmobiliaria No Amortizables, que en la actualidad se han dejado de emitir, precisamente por los resultados imprácticos -- obtenidos de las primeras emisiones a que hemos hecho referencia.

- II. Los Certificados de Participación Inmobiliaria No Amortizables, incursionaron en nuestra Legislación a raíz de ciertas ideas jurídicas ajenas a la nuestra, y fueron creados y emitidos en nuestro país debido a una -- política determinada, y en un momento histórico y económico distinto al que estamos viviendo; formando en -- aquel entonces un nuevo dispositivo de especial adap-- tación que con el transcurso del tiempo ha llegado a -- ser un experimento más de nuestros legisladores, para resolver uno de los mayores problemas al que se ha enfrentado nuestro país en estas últimas décadas, y que es el de la habitación.

- III. Por todo ello, la principal finalidad de la creación -- de estos títulos de crédito, fue la de encontrar una -- nueva forma de proveerse de los medios económicos ne--

cesarios y suficientes para que el Gobierno Federal, a través de las Instituciones Autorizadas para dichos -- fines y entre los cuales está el Banco Nacional Urbano de Obras y Servicios Públicos, Sociedad Anónima, ac--- tualmente "BANOBAS", Sociedad Nacional de Crédito, y Nacional Financiera Sociedad Anónima, específicamente, llevasen a cabo la realización de proyectos de vivien- da popular, erigiendo para ello grandes conjuntos habi- tacionales por medio de centralización de capitales -- hacia el campo de la construcción, utilizando para --- ello, al Certificado de Participación Inmobiliaria como la fórmula para lograr una inversión segura y pro-- vechosa para los tenedores y pequeños ahorradores, y - principalmente para la economía del país.

Por todas estas razones su creación quedó incluida --- dentro de nuestra Legislación Mercantil, ya que siem-- pre se manejó como un título de Inversión productivo - que otorgará a sus tenedores una inversión segura y -- provechosa, que no logró.

- IV. La Naturaleza Jurídica del Certificado de Participa--- ción Inmobiliaria No Amortizable la encontramos, en el Capítulo V Bis; de la Ley General de Títulos y Opera-- ciones de Crédito, el cual fue adicionado por Decreto Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1946; en las Leyes Orgánicas de Nacio- nal Financiera, Sociedad Anónima, y del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos Sociedad Nacional de --- Crédito; las cuales, en la actualidad son letra muerta.

V. Este Título de Crédito, llamado Certificado de Participación Inmobiliaria intentó dentro de su vida práctica, dar movilidad a los bienes inmuebles, tratando de soslayar las formas tradicionales de transmitir la propiedad, resultando inoperante su uso y más aún en las operaciones llamadas de interés social, condición básica de su creación. Por lo anterior, su existencia como otro medio de enajenar la propiedad inmueble y la constitución y transmisión de derechos reales sobre éstos, mediante los títulos de crédito que hemos visto, nos da la idea de la falta de una operación constitutiva que propicie una verdadera e integral seguridad jurídica.

VI. La comercialidad de los bienes inmuebles, la transmisión de propiedad de éstos y la creación, constitución y enajenación de los derechos reales que recaen sobre aquéllos, pueden ser objeto de especulación mercantil, pero sólo por accidente y de forma casi excepcional, ya que su condición jurídica no sufre la influencia de lo mercantil; lo que no se presenta en el caso de transmisión o enajenación mediante el título que hemos visto, tales actos no deben fundarse en una especulación comercial, ya que la importancia social y jurídica de los inmuebles descansa sobre su naturaleza esencialmente civil y cuyas formalidades necesarias, revisten a toda transmisión de propiedad con una seguridad jurídica.

VII. Las formalidades necesarias para las enajenaciones y la constitución y transmisión de derechos reales, en nuestro derecho mexicano, no obedece a su condición de tal sino a condiciones de seguridad jurídica que la Ley considera necesario otorgar.

VIII. De acuerdo al estudio que abarca la presente tesis, consideramos necesario asentar desde el punto de vista de la práctica notarial, la importancia que presenta -- la existencia de estos títulos de crédito dentro de -- las negociaciones y transmisiones diarias que sufren -- éstos; por lo que sería conveniente por parte del le-- gislador el reformar el Capítulo V Bis de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el sentido de precisar los alcances y objetivos de su creación -- aludiendo y estableciendo los derechos que representan para sus titulares y separar de éstos los atributos de la propiedad inmueble previendo con esto problemas de confusión; o en su defecto, derogar este Capítulo dado que en la práctica bancaria actual no tienen razón de existir.

IX. El medio ideal de procurar esa garantía en relación -- con las transmisiones antes referidas es el instrumen-- to notarial, al cual la Ley otorga y reconoce la cali-- dad de ser autónomo, porque es creado para dar fé pú-- blica por perito en derecho, mediante la expresión del consentimiento de las partes y el debido acreditamien-- to de su personalidad, garantizando el interés de las partes mediante su conservación, inscripción y archi-- vo.

Difícilmente en cualquier otro medio, que no sea el -- instrumento creado por la función notarial para la --- transmisión de bienes inmuebles y la inscripción de -- éstos en el Registro Público de la Propiedad procura y proporciona una íntegra y cabal seguridad jurídica.

Dicho de otro modo en la actividad notarial la seguridad jurídica existe, porque esta actividad es constitutiva; pues se trata de actos de fedatarios con total eficacia estructural jurídica, legitimadora y autenticadora de los actos en que intervienen, con un alto valor decisorio.

BIBLIOGRAFIA

1. Bañuelos Sánchez Froylan.- "Derecho Notarial" (Interpretación, Teoría, Práctica y Jurisprudencia). Cárdenas, Editor y Distribuidor.- Primera Edición.- México, 1977.
2. Barrera Graf Jorge.- "Estudios de Derecho Mercantil" (Derecho Bancario, Derecho Industrial).- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1958.
3. Batiza Rodolfo.- "El Fideicomiso".- Editorial Porrúa, S.A., Cuarta Edición.- México, D.F., 1980.
4. Cervantes Ahumada Raúl.- "Títulos y Operaciones de Crédito".- Editorial Herrero, S.A.- Décima Edición, México, 1978.
5. Dávalos Mejía L. Carlos.- "Títulos y Operaciones de Crédito".- Colección Textos Jurídicos Universitarios.- Industrial Editorial.- México, 1984.
6. Calixto Valverde y Valverde.- "Tratado de Derecho Civil Español".
7. Esteva Ruiz Roberto A.- "El Certificado de Participación Inmobiliario como título de inversión productiva" Banco Nacional Hipotecario Urbano y de Obras Públicas, S.A.- México, 1960.
8. Margadant S. Guillermo Floris.- "Derecho Romano".- Editorial Esfinge, S.A.- Segunda Edición.- México, 1965.

9. Petit Eugene.- "Tratado Elemental de Derecho Romano".- Editorial Nacional.- México, D.F., 1959.
10. Rodríguez y Rodríguez Joaquín.- "Derecho Mercantil".- Editorial Porrúa.- México, 1952.
11. Von Tohr A.- "Tratado de las Obligaciones.- Editorial Reus, S.A., Tomo II, Primera Edición. Madrid, 1934.

OTROS TEXTOS

12. Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros Volún CLXXVII. Madrid.
13. Centro de Consulta e Investigaciones Jurídicas Bando de Obras, A.C. No. 2.- Organó de Difusión. Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A., - México, 1981.
14. Décimo Cuarto Congreso Internacional del Notariado -- Latino.- Asociación Nacional de Notariado Mexicano, - A.C.- Delegación Mexicana, 1977.
15. Revista del Derecho Notarial.- Asociación Nacional -- del Notariado Mexicano, A.C., Año XXII, No. 42.- Marzo de 1971.
16. Revista del Derecho Notarial.- Asociación Nacional -- del Notariado Mexicano, A.C., Año XVI.- No. 46.- Marzo de 1972.

17. Revista del Derecho Notarial.- Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., Año XVI.- No. 47.- Junio de 1972.
18. Revista del Derecho Notarial.- Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., año XVI.- No. 48.- Septiembre de 1972.
19. Revista del Derecho Notarial.- Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., Año XX.- No. 64.- Septiembre de 1976.
20. Revista del Derecho Notarial.- Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., Año XX.- No. 65.- Diciembre de 1976.
21. Revista del Derecho Notarial.- Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., Año XXII.- No. 71.- Junio de 1978.
22. Revista del Derecho Notarial.- Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., Año XXII.- No. 72.- Septiembre de 1978.
23. Revista del Derecho Notarial.- Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., Año XXIII.- No. 75.- Junio de 1979.
24. Revista del Derecho Notarial.- Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., Año XXVII.- No. 85.- Abril de 1983.

25. Revista del Derecho Notarial.- Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., Año XIX.- No. Especial.- --- Agosto de 1975.
26. Revista del Derecho Notarial.- Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., Año XX.- No. Especial.- Febrero de 1976.
27. Tesis Profesional.- Iglesias Santistevan, Javier.- --- "Estudio sobre el Certificado de Participación". UNAM. México, 1958.
28. Trueba Buenfiel Fernando, Notario No. 9 del Distrito Judicial de Texcoco, Edo. de Méx. XIV Congreso Nacional del Notariado Mexicano, Octubre de 1982.- Veracruz Ver.

LEGISLACION

1. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1870.- MEXICO, 1875.
2. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1884.- IMPRENTA DIAZ DE LEON, -- MEXICO, 1884.
3. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1928.- EDITORIAL PORRUA, S.A., 54a., QUINCAGESIMA CUARTA EDICION, MEXICO, 1986.
4. CODIGO CIVIL ESPAÑOL.
5. CODIGO DE COMERCIO.- EDITORIAL PORRUA, S.A., 44a., -- CUADRAGESIMA CUARTA EDICION, MEXICO, 1985.
6. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECI---MIENTOS BANCARIOS DE 1924.
7. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES.
8. LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.- EDITORIAL PORRUA, S.A., 44a., CUADRAGESIMA CUARTA EDICION MEXICO, 1985.
9. LEY ORGANICA DEL BANCO NACIONAL HIPOTECARIO URBANO Y - DE OBRAS PUBLICAS, S.A.- PUBLICADA POR LA MISMA INSTITUCION, MEXICO, 1953.

10. LEY ORGANICA DEL BANCO NACIONAL DE OBRAS Y SERVICIOS - PUBLICOS, S.N.C.- INSTITUCION DE BANCA DE DESARROLLO, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 20 DE ENERO DE 1986.
11. LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO.- PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION DE 14 DE ENERO DE 1985.
12. LEGISLACION BANCARIA.- EDITORIAL PORRUA, S.A., 31a. -- TRIGESIMA PRIMERA EDICION, MEXICO, 1986.
13. LEY DEL NOTARIADO.- SECRETARIA DE ESTADO Y DEL DESPACHO DE JUSTICIA E INSTRUCCION PUBLICA.- MEXICO 1901.
14. LEY DEL NOTARIADO PARA EL D.F., Y TERRITORIOS FEDERALES 1932.
15. LEY DEL NOTARIADO PARA EL D.F., Y TERRITORIOS FEDERALES 1946.
16. LEY DEL NOTARIADO PARA EL D.F., 1979.

C A P I T U L A D O

CAPITULO I

- 1.1 EL FIDEICOMISO Y EL CERTIFICADO DE PARTICIPACION (ANTECEDENTES).
- 1.2 FIDEICOMISO BASE DE LA EMISION DEL CERTIFICADO DE -- PARTICIPACION INMOBILIARIA.
- 1.3 EL TITULO DE CREDITO COMO GENERO AL QUE PERTENECE EL CERTIFICADO DE PARTICIPACION INMOBILIARIA.
- 1.4 EL CERTIFICADO DE PARTICIPACION; SU NATURALEZA JURIDICA.
- 1.5 LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACION INMOBILIARIOS ---- AMORTIZABLES Y NO AMORTIZABLES. DIFERENCIAS.

CAPITULO II

ALGUNAS DIFERENCIAS FUNDAMENTALES EN LA FORMA DE TRANSMI--
SION INMOBILIARIA ENTRE EL DERECHO CIVIL Y EL DERECHO MER-
CANTIL.

CAPITULO III

L A F O R M A

- 3.1 LA FORMA COMO REQUISITOS DE VALIDEZ.
- 3.2 CODIGOS CIVILES DE 1870, 1928.
- 3.3 ALGUNOS CRITERIOS SOBRE LA FORMA COMO REQUISITO DE VALIDEZ.- CONSENSUALISMO Y FORMALISMO.

CAPITULO IV

LA INTERVENCION DEL NOTARIO EN LA TRANSMISION DE LA PRO---PIEDAD INMUEBLE Y EN LA TRANSMISION O NEGOCIACION DE LOS - CERTIFICADOS DE PARTICIPACION INMOBILIARIA.

- 4.1 NOTARIO PUBLICO (DEFINICION).
- 4.2 ANALISIS DE LA DEFINICION DE NOTARIO PUBLICO.
- 4.3 FEDATARIO PUBLICO.
- 4.4 FUNCIONARIO PUBLICO.
- 4.5 LA INTERVENCION DEL NOTARIO PUBLICO EN LA TRANSMI---SION DE BIENES INMUEBLES.
- 4.6 LA INTERVENCION DEL NOTARIO PUBLICO EN LA TRANSMI---SION O NEGOCIACION DE LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPA---CION INMOBILIARIA NO AMORTIZABLE.

CONCLUSIONES