

301809
107
205-

UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO

**CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**"EL FIDEICOMISO TURISTICO, COMO
INSTRUMENTO DE INVERSION EXTRANJERA
EN MEXICO "**

T E S I S

Que presenta, para obtener el titulo de :

LICENCIADO EN DERECHO

ALEJANDRO MELENDEZ CASTANEDO

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

1o. REVISOR

2o. REVISOR

LIC. MARTIN MARTINEZ VARGAS

LIC. JORGE ESTUDILLO AMADOR.



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

INDICE :

INTRODUCCION :

CAPITULO PRIMERO.-ANTECEDENTESHISTORICOS DEL FIDEICOMISO.

	PAG.
I. 1.-ANTECEDENTES EN ROMA	1
I. 2.-ANTECEDENTES EN EL DERECHO INGLES Y LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMERICA.....	6
I. 3.-APARICION DEL FIDEICOMISO EN MEXICO.....	12
I. 3.A.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.....	13
I. 3.B.- PROYECTO LIMANTOUR.....	14
I. 3.C.- PROYECTO CRELL.....	14
I. 3. E.- DOCTRINA DEL JURISTA PANAMEÑO J. ALFARO.....	17
I.3.F.- ACUERDO DE LAZARO CARDENAS DE 1937.....	17
I.3.G.-ACUERDO DE MANUEL AVILA CAMACHO DE 1941 Y DECRETO DE 1944.....	20
I.3.H.- DECRETO DEL 10 DE OCTUBRE DE 1970.....	24

I.3.1.- DECRETO DEL 29 DE ABRIL DE 1971.....	27
I. 4.-LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DEL 24 DE DICIEMBRE DE 1924.....	30
I. 5.-PROYECTO JORGE VERA ESTAÑOL.....	16
I. 6.-LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO DE 1926.....	31
I. 7.-LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIEN- TOS BANCARIOS DE 1926.....	32
I.8.-LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO DEL 29 DE JUNIO DE 1932	33
I. 9.-LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO DE 1932	33
I. 10.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DE 1941	36
I. 11.-LEY PARA PROMOVER LA INVERSION MEXICANA Y REGULAR LA INVERSION EXTRANJERA.....	38

I.11.A.- REGLAMENTO DE LA LEY PARA PROMOVER LA INVERSION MEXICANA Y REGULAR LA INVERSION EXTRANJERA.....	39
I. 12.- LEY ORGANICA DE LA FRACCION I DEL ARTICULO 27 DE LA CONSTITUCION DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.....	45

CAPITULO SEGUNDO.-CLASIFICACION DE LOS FIDEICOMISOS

II. 1.- CONCEPTO LEGAL DEL FIDEICOMISO	48
II. 2.-ELEMENTOS PERSONALES DEL FIDEICOMISO	51
II. 3.- ELEMENTO FORMAL DEL FIDEICOMISO.....	55
II. 4.-ELEMENTOS MATERIALES DEL FIDEICOMISO	57
II. 5.- FINES DEL FIDEICOMISO.....	59
II. 6.- MODOS DE EXTINCION DEL FIDEICOMISO.....	60
II. 7.- EFECTOS DE LA EXTINCION DEL FIDEICOMISO.....	62
II. 8.-FIDEICOMISOS DE INTERES PUBLICO Y FIDEICOMISOS PRIVADOS	63

II. 9.-FIDEICOMISOS TRASLATIVOS DE DOMINIO Y FIDEICOMISOS SIN TRANSMISION DE PROPIEDAD	69
II.10.-FIDEICOMISOS REVOCABLES E IRREVOCABLES.....	74
II.11.-FIDEICOMISOS DE INVERSION, DE ADMINISTRACION Y DE GARANTIA	76
II.12.-FIDEICOMISOS GRATUITOS Y FIDEICOMISOS ONEROSOS.....	83
II.13.-FIDEICOMISOS CON FIDEICOMISARIO DETERMINADO Y SIN EL	86

CAPITULO TERCERO.-NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO.

III.1.-EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO JURIDICO.....	92
III.2.-EL FIDEICOMISO COMO PATRIMONIO EN AFECTACION.....	95
III. 3.-EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO.....	100
III.4.- EL FIDEICOMISO COMO MANDATO.....	107

III. 5.-EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO INDIRECTO	112
III. 6.-EL FIDEICOMISO COMO INSTITUCION	115
III.7.-EL FIDEICOMISO COMO CONTRATO	120

**CAPITULO CUARTO.-ANALISIS DEL FIDEICOMISO TURISTICO Y
SU OPERACION.**

IV. 1.-ELEMENTOS PERSONALES DEL FIDEICOMISO CON FINES TURISTICOS.....	130
IV. 2.-REGULACION LEGAL DEL FIDEICOMISO TURISTICO.....	137
IV. 3.-REGISTRO DEL FIDEICOMISO TURISTICO DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGAL Y NOTARIAL.....	159
IV. 4.-BIENES Y DERECHOS QUE PUEDEN SER OBJETO DEL FIDEICOMISO TURISTICO.....	165
IV.5.-FIDEICOMISOS PROHIBIDOS SEGUN LA LEY	167
IV. 6.-FUNCIONAMIENTO DEL FIDEICOMISO TURISTICO.....	168
IV. 7.-EXTINCION DEL FIDEICOMISO TURISTICO.....	171

CONCLUSIONES173

BIBLIOGRAFIA.....178

INTRODUCCION :

Es conocido por todos la situación económica actual de nuestro país, por esta razón que la figura del Fidelcomiso Turístico sobresale, ya que los recursos provenientes del extranjero permiten la generación de Ingresos a nuestro país, por que los Inversionistas extranjeros cubren los Impuestos correspondientes a los municipios ubicados en zonas turísticas, por medio de una institución Fiduciaria.

Fundamental es la derrama económica que genera la estancia de los extranjeros, ya que se crean empleos directos (prestadores de servicios) e Indirectos, que generan Ingresos .

Es importante el mantener siempre que la figura del Fidelcomiso es un Instrumento Jurídico tan elástico como la misma Imaginación lo permita, siempre y cuando los fines de éste sean lícitos.

Como lo mencionamos en el curso del presente trabajo en el primer capítulo explico brevemente los antecedentes históricos más importantes del Fidelcomiso en general y que han sido fundamentales para el desarrollo de ésta figura, con el fin de

comprender de donde surge y cuales son los resultados que se obtienen.

En el segundo capítulo, presento una de las múltiples clasificaciones que diversos autores han realizado, recopilando lo más destacado ya que como se menciona, es sabido que el Fideicomiso es un instrumento flexible y de gran utilidad en cualquier campo que se le sitúe, adaptándose a cualquier tipo de negocio o inversión.

La diversidad de la figura jurídica del Fideicomiso como mencionamos anteriormente, es tan flexible que se ha utilizado desde una forma de testamento, como para garantizar créditos (utilizado en una época por las casas de bolsa de México, hoy prohibidos por la Ley del Mercado de Valores), hasta para regular la inversión extranjera en la Bolsa Mexicana de Valores llamado como inversión neutra, como Fideicomisos traslativos de dominio en zona prohibida, para la creación de maquiladoras, etc.. .

Hablar de la figura jurídica del Fideicomiso es un tema tan apasionante como el que habla sobre materia Mercantil o Penal, con una diversidad de modalidades que sobre cada una se puede escribir un libro en forma detallada, es tan amplia que considero como en algunas Universidades de nuestro país ya la consideran

como materia optativa en nuestra carrera, pero considero que ya se le puede denominar como una disciplina más en materia jurídica.

Una vez expuestas mis razones sobre de este tema, pasamos al desarrollo de el, sin pretender con esto creer ser un experto en la materia pero si un apasionado de ella, buscare establecer criterios que puedan servir como tema de consulta a estudiantes de este tema. que igual al suscrito consideren que el Fideicomiso Turístico es un instrumento de Inversión que nuestro país ha venido utilizando para obtener ingresos del exterior y que en corto plazo pueda ser considerada como es el sector Turismo, **UNA INDUSTRIA SIN CHIMENEAS .**

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS

I. 1.- ANTECEDENTES EN ROMA :

Para hablar del Fideicomiso, nos remontaremos a los antecedentes historicos ; en el Derecho Romano, siendo en este caso el " FIDEICOMMISSUM" , el cual para Bojalil Julián proviene del Latín "FIDES" que quiere decir Fé y "COMMISSUS" que significa encargo o comisión; mismo, que surge por la necesidad de los testadores de imponer su voluntad respecto de sus bienes transmitidos a sus herederos cuando éste falleciere y su deseo era el no dejar algunos de estos a sus primogenitos, que según el derecho Romano eran los herederos legitimos y de esta forma anulaban la falta de capacidad para heredar que tenían algunas personas; en cierta forma surge la figura del Fideicomiso con el deseo de favorecer a ciertas personas "Post Mortem" a quienes carecian de la " Testamenti Factio Passiva" o para evadir la "Lex Falcidia" .

Mario Bauche Garciadiago señala que: " Entre personas que estaban incapacitadas para heredar, se encontraban los "Peregrinus", que eran los extranjeros ciudadanos residentes en Roma, provenientes de una ciudad distinta ; los "Caelibes" que

eran viudos, divorciados sin casarse de nuevo y los solteros ; además estaban los "Orbi" que eran aquellas personas casadas sin hijos legítimos, vivos o concebidos, en donde todos y cada uno de ellos carecía de la "Testamenti Factio Passiva" que era la capacidad exigida para poder considerarse como heredero, o bien porque carecían del "Ius Capendi" que se refería a la facultad o derecho de beneficiarse al aceptar un legado o una herencia " (1).

Por otra parte, el Maestro Ocatvio A. Hernandez coincide con el Maestro Margadant al señalar que : "El Fideicomiso era una suplica dirigida por un Fideicomitente a un Fiduciario para que entregara determinados bienes a un Fideicomisario, denominándosele " Fideicomiso Mortis Causa " el cual se realizaba " Verbis Precativitis" que significa con libertad de forma, basado en la "Bona Fides" del Fiduciario, sin contar con sanciones jurídicas.

Por otro lado la " Lex Falcidia " era un medio por el cual el testador podía disponer por legados, de las tres cuartas partes de sus bienes, quedando una parte (cuarta falcidia) reservada para el heredero que tuviera derecho a retenerla " (2).

El mismo autor señala, que el mecanismo de éste, se realizaba en forma verbal, con absoluta libertad, con o sin testigos, ya que la base del mismo era la buena fé del Fiduciario,

1) Operaciones Bancanas, ed. Porrúa, Mex. 5a edic. 1895.p. 330.

2) Derecho Bancario Mexicano, Tomo II. 1983. p. 913

llevándose a cabo con unas tablillas como cartas, en las que se consignaba el codicillo, que simulaba una especie de acta en donde se manifestaba la voluntad del Fideicomitente y dicha carta debía estar dirigida al heredero Fiduciario y a su beneficiario

Con posterioridad a la Guerras Púnicas, en Roma imperó un espíritu nuevo, donde importaba más el factor económico que la propia reputación, por lo que los Fideicomisos quedaban inconclusos, creando un gran escándalo, por lo que en época del Emperador Octavio Augusto, el General Lucio Lentulo lo encargó a Augusto que cumpliera con el encargo de sus bienes a su muerte, nombrándolo su Fiduciario; asimismo los encargó a los cónsules que juzgaran en forma extraordinaria los casos en que hubiera queja por infidelidad del Fiduciario, por lo que Claudio en Emperador constituye una preturia especial (formada por Magistrados encargados de administrar justicia), denominada de los "Pretores Fideicomisari" misma que posteriormente se extendió a los Gobernadores de las provincias con gran reconocimiento

* Por su parte Claret y Martí señala que: " El " *Paratum Fiduciae* " forma solemne de transmitir la propiedad, era llevado a cabo entre vivos, con interés de una o de varias partes que lo celebraran, consistente en que el " *Accipiens* " recibía la propiedad

del bien transmitido y se obligaba con el "Tradens" o con un tercero" (3).

Existieron dos clases de Fiduciarias :

a) PACTUM FIDUCIAE CUM AMIGO .

Mediante la cual una persona transmitía a otra la propiedad de una cosa para usarla y disfrutarla gratuitamente y posteriormente devolvérselo al transmitente o a un tercero. Es decir que por medio de este, un amigo de confianza guardaba los bienes, liberando de ciertas obligaciones al propietario .

b) PACTUM FIDUCIAE CUM CREDITORE .

Consistente en un negocio Jurídico entre acreedor y deudor, donde el primero recibía en propiedad ciertos bienes dados en garantía y obligándose a restituirlos cuando se hubiere liquidado la deuda ; y en caso de no cumplir con la obligación tenía el derecho de retener la cosa sí o para enajenarla.

Del anterior análisis nuestra opinión es, que el Fideicomiso surge como un negocio Fiduciario de confianza, mediante el cual el

Fiduciario adquiriría los bienes en propiedad, para beneficio de un tercero.

Otro de los antecedentes del Fideicomiso es el Mayorazgo también conocido como " Substituciones Fideicomisarias " el cual para Octavio A. Hernandez, citado por el tratadista Bauche Garciadiego, expresa :

" Se origina en la Edad Media, basado en un régimen Feudal que surge por la necesidad de que el Barón Feudal perpetuara sus propiedades en su descendencia familiar, con la finalidad de mantener intactos sus bienes, heredando sólo a su primogénito " Mayor Natu " e imponiéndole la obligación de que éste hiciera con su descendencia lo mismo " (4).

Por su parte Bojail Julián opina que, " este mecanismo trajo como consecuencia la vinculación bienes-patrimonio familiar, al establecer un orden de sucesión por tiempo indefinido" ; por lo que se inició un movimiento para liquidar dicho sistema y por decreto especial de la Asamblea Legislativa Francesa en 1792, se prohibieron los Fideicomisos graduables o instituciones Fiduciarias, hecho que duro muy poco durante la época de Napoleón, ya que posteriormente se establecieron perpetuando cuantiosos patrimonios, por lo que en 1849 Francia las abolió

definitivamente ; por el hecho de que dicho mecanismo tenía la finalidad de perpetuar los bienes en familia, en donde el heredero no sólo jugaba el papel de Fiduciario sino también el de Fideicomisario con la condición de que los restituyera a su muerte y así sucesivamente, de lo que se deduce que los bienes inmuebles gravados pasaban a ser bienes vinculados e inalienables de generación en generación, privándoseles de enajenarlos.

Otros autores señalan como un antecedente más a las "Capellanías " que eran una especie de censo o carga real impuesta como gravamen sobre un inmueble denominado "Fundo Capellanico " con la finalidad de que, de sus productos anualmente se celebraran servicios religiosos. Dicho antecedente se puede observar en el Código de Derecho Canonico de 1412 ; no obstante, me uno a la consideración al negar con objetividad, relación alguna con el Fideicomiso .

I. 2. A.- ANTECEDENTES EN EL DERECHO INGLES.

" Para Rodolfo Batiza, " el Trust como institución Jurídica ha evolucionado cada siglo, dando la posibilidad de que se remonte al Siglo XIII en Inglaterra con la aparición de los "USES" (transmisión

de tierras a favor de prestanombres), " Feoffes to uses " con el propósito de evitar que se les exigiera la aplicación de Leyes de Manos Muertas " Statutes of mortain ", lo que provocó que su origen poseyera una intención ilícita y codiciosa; es por esto que se afirma que tanto el use como el Trust provienen de progenitores como el fraude y el temor y de nodriza el tribunal de conciencia." (5).

Dentro de la evolución histórica del Trust según afirma Maitland, sostiene que tuvo su origen en el antiguo Use, consistente en el en la transmisión de tierras por acto entre vivos o por testamento a favor de un prestanombre, el cual el cual las poseía a favor del beneficiario "Cestui que Use " por el cual una persona llamada "Feoffe to Use " era revestido según el Common Law de poder Jurídico.

La palabra "Use" proviene del vocablo "Opus", término comprobado en documentos jurídicos, Lombardos y Francos que equivale a " en su representación " .

Diversos autores explican que las fuentes reales del "Use" fueron el Salam y el True-Hand del derecho Germanico; otros le atribuyen orígenes diversos; los primeros manifiestan que esta práctica se realizó en época de guerra, ya que el caballero que

salía de misión temiendo perder sus bienes, los transfería a un amigo para el uso de su familia, además de que servía para defraudar acreedores o delegar bienes que las instituciones Fiduciarias impedían en materia de propiedad. Por esta razón en el siglo XV se expidió la "Statute of Uses " (Ley de usos) con el objeto de abolir esta práctica abusiva, dejando de llamarse así para en lo sucesivo denominársele Trust.

Por otra parte, los segundos señalan que un grave problema en la historia del derecho es el origen de los usos ; por lo que presento las diversa hipótesis que se han manejado :

"En primer lugar mencionaremos la corriente Romanista, que al decir de Keeton, se trataba de una contrapartida del usufructo y del Fideicomiso Romano, a lo que la creencia de Blackstone, autores como Perry opina que el antiguo Fideicomiso había sido modelo del Use, mismo que para Maitland el término Use deriva no de la expresión " Ad Uses" sino mas bien de "Ad Opus ".

En segundo término se le atribuye la corriente Germana, postulada por Holmes, mismo precursor del " "Feoffe to Uses " encontrado en el "Truehand o sala Mand", planteado como una especie de albacea a quien se le transmitían bienes inmuebles

para que a la muerte del dueño cumpliera con el fin predeterminado.

En la tercer teoría, denominada como aborígen, para Maitland el Uso nació de las reglas del Common Law relativas al mandato carente de formalidades, aplicado en un principio para bienes inmuebles, paralelamente para Ames el Uso fué un producto del sistema jurídico Ingles; a razón de que la equidad actúa sobre la conciencia, estimado a que cuando el canciller sancionaba jurídicamente, lo hacía en base a las acciones de "Accounty detinue del Common Low".

La última hipótesis, denominada como de origen indeterminado; ya que las anteriores al sentir de Keeton se encuentran fuera de lugar, salvo cuando se trate de corregir interpretaciones erróneas de hechos históricos, ya que como es propio en el derecho Ingles moderno se asimila de forma distinta a el albacea con el Trusste, por lo que se estaría en un error al suponer que el albacea deriva del Fiduciario o viceversa (6).

Por lo que Lepaulle Pierre concluye diciendo : "Que fuerón las mismas necesidades de la época las que dieron nacimiento al Use, sin omitir la posibilidad de que la imitación de las instituciones haya sido la influencia de tal configuración " .

Por lo que se puede decir, que el Trust en su acepción económica jurídica se emplea para denominar a las grandes mezclas económicas y financieras encaminadas a la creación de monopolios industriales; de esta manera se entiende que el Trust es un derecho esencialmente de dominio que tiene una persona en beneficio de otra, ya sea sobre bienes muebles e inmuebles.

Sin embargo, es curioso que pese a su antigüedad no se haya podido llegar a una conclusión del Trust.

"Ahora bien, los integrantes del Trust son:

a) SHETTLOR ; llamado también "Creator o Trustor " que equivale a Fideicomitente, es el que crea el Trust o bien que dá el encargo de confianza " .

b) Trustee ; llamado administrador, ya sea persona física o moral con capacidad para ejercer el cargo; por medio del Trust se convierte en titular del bien o derecho.

c) Cestui que Trust ; conocido también como "Beneficiari" debiendo tener la capacidad necesaria para adquirir la propiedad legal del bien o derecho, es la persona que recibe el o los

beneficios del Trust ; al derecho que posee éste se le denomina "Equitable Statute", que significa estar protegido por el Tribunal de Equidad " (7).

Por lo que concluimos diciendo que, de todos los frutos de equidad, el más grande e importante es la inversión y desarrollo del Trust, ya que se presenta como una institución de gran elasticidad y generalidad como en el contrato, mismo que puede ser destinado a cualquier fin siempre y cuando sea lícito y no contravenga a los intereses públicos.

I. 2.B.- ANTECEDENTES NORTEAMERICANOS .

Para Scott, el sistema de equidad fué aceptado en la mayor parte de las colonias Inglesas, no obstante fué visto con gran desconfianza, provocando las sospechas en los habitantes, debido a las prerrogativas del Rey y como consecuencia de que la equidad era administrada por los gobernadores reales, especialmente en Masachussets y Pensylvania.

Paralelamente a dicha aceptación, en Estados Unidos de Norteamérica se adopta el Trust, no obstante de que era conocido, no se utilizaba con frecuencia como en Inglaterra. Se puede tomar como aportación de Norteamérica a favor del Trust, el empleo del

7) Rabasa Oscar. El Derecho Angloamericano. Mex. Fondo de Cultura, p. 287

Trustee Corporativo, criterio que se aprobó a partir de 1743, cuando las corporaciones adoptaron el uso del Trust.

Otros investigadores aseguran que Estados Unidos heredó a Inglaterra el Trust, semejante en estructura pero distinto funcionamiento; además porque el primero se encuentra ligado al crecimiento industrial y financiero del país, de lo que se deduce que fué un instrumento para efectuar grandes operaciones.

I. 3.- APARICION DEL FIDEICOMISO EN MEXICO .

Como manifestamos con anterioridad, el antecedente inmediato del Fideicomiso es el Trust Angloamericano, desarrollado a su vez del antiguo Use, consistente en la transmisión de tierras realizada por acto entre vivos o por testamento a favor de un prestanombre, quien lo poseía en favor del beneficiario; también mencionamos que el Use es un tema muy controvertido, por lo que para el estudio del presente trabajo mencionaremos que : A principios del siglo XX, en nuestro país ya se había utilizado el Trust como instrumento de garantía, en emisiones de Bonos destinados al financiamiento de Ferrocarriles; siendo el Código Civil de 1884 y la Ley de ferrocarriles de 1889 quienes permitieron el uso del "Trust Deed" aunque el origen extranjero se adopta en nuestras leyes surtiendo efectos, además

del cual se cree que descompuesto en todos sus elementos se asemeja al contrato de Prestamo, Mandato e Hipoteca. Pero con el animo de entrar de lleno en materia, nos limitaremos a enfocar los proyectos que antecedieron al Fideicomiso con el fin de lograr una comprensión del tema al que nos hemos avocado.

I. 3. A.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

Para ilustrar mejor el tema haremos un recorrido por los antecedentes legales del Fideicomiso, destacando los aspectos de importancia y haciendo a un lado los aspectos técnicos de la Fiducia Romana, el Mayorazgo Feudal de la Edad Media, las Capellanias, el Trust Anglosajon, por considerar que fueron tocados en su oportunidad.

Las primeras manifestaciones del Fideicomiso en la Legislación Mexicana, se encuentran en los codigos de 1870 y 1884 ; y que algunos legisladores de aquella época consideraban a las instituciones Fiduciarias como antieconómicas, en especial el Codigo de 1870, mediante el cual se prohibio el uso de dicha institución, ya que su propia naturaleza proporcionaba medios para infringir la leyes o evadir las trayendo como consecuencia un negativo estancamiento de los capitales, cuya movilidad es conveniente para el mejor y más pronto desarrollo de la riqueza

pública ; por lo que algunos autores opinan que dicha institución es útil, pues por medio de esta se han establecido instituciones en favor de los hijos o de los indigentes con el fin de fomentar la educación "(8). Mucho se ha manifestado que en nuestro derecho Mexicano no existen antecedentes del Fideicomiso, lo que hace suponer de que se trata de una incorporación de alguna institución jurídica, por lo que para no situarnos en un espacio vacío del derecho, se dice que antes de que se adoptara el Fideicomiso en nuestra legislación de 1826, el antecedente más remoto en nuestro país fué la implantación de Ferrocarriles Nacionales interviniendo en dicho convenio las empresas Ferrocarrileras, el Gobierno Mexicano y algunas instituciones Norteamericanas, aclarando que no obstante lo anterior dicho instrumento fué contituido en el extranjero.

1. 3. B.- PROYECTO LIMANTOUR.

El primer intento por incorporar al Fideicomiso a nuestra Legislación Mexicana, fué el 21 de Noviembre de 1905, cuando el entonces Secretario de Hacienda, José Ivés Limantour, por instrucciones del Presidente de la República, propuso a la Cámara de Diputados del H. congreso de la Unión, una iniciativa formulada por el Lic. Vera Estañol (siendo éste el verdadero autor del proyecto, se le denominó así para distinguirlo de otro), mediante el

cual pretendía facultar al Ejecutivo para que se expidiera una Ley que reglamentara el establecimiento de instituciones comerciales, encargadas de llevar a cabo las funciones de agentes Fideicomisarios.

"Dicha iniciativa era muy breve, contaba únicamente con ocho artículos, mismos que iban precedidos de una especie de prólogo o exposición de motivos, donde se manifestaba la carencia de conocimientos del legislador sobre esta materia, la cual no era ignorada, ya que en nuestro país se tenían noticias de las "Trust Companies " o compañías Fideicomisarias, que en Estados Unidos de América fungían como intermediarias en las operaciones de Fideicomiso como medio de aseguramiento del mismo, ya que amén de que no eran incluidas las compañías Fideicomisarias al régimen bancario, proporcionaban el funcionamiento del fundamento característico del Fideicomiso Mexicano " El Fiduciario Persona Moral, Institución Créditicia." Al término de la revolución Mexicana, cuando el país se encontraba en época constructiva y favorable, precisamente en Febrero de 1924, en la primera convención bancaria, celebrada en Monterrey, Nuevo Leon, cuando el Sr. Enrique C. Creel, expuso que había iniciado en la Republica la formación de compañías bancarias de Fideicomisos y Ahorros, asimismo por ser autor de dicho proyecto, consideraba como un deber el proporcionar informes acerca del

funcionamiento de las llamadas " Trust and Saving Banks " en Estados Unidos de Norteamérica, en donde permaneció por espacio de más de nueve años.(9)

"Por su parte el Lic. Molina Pasquel, sitúa esta convención convocada por el Ing. Alberto J. Pani, entonces Ministro de Hacienda, en Diciembre de 1923, en el que recomendó la expedición de un decreto, autorizando al Ejecutivo de la Unión para expedir una Ley General mediante la cual se rigieran las instituciones de crédito conocidas en el extranjero, por medio de las cuales se facultaran las bases de las hoy denominadas instituciones Fiduciaras "(10).

1. 3. D.- PROYECTO JORGE VERA ESTAÑOL.

Fué en Mayo de 1926, cuando el Lic. Jorge Vera Estañol presentó ante la Secretaría de Hacienda un proyecto denominado por él como "Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro ", situándose lo más sobresaliente en su Capitulo II; donde reglamentaba las operaciones Fideicomisarias; entre las que señala el encargo que por virtud de un contrato hicieran dos o más personas a la compañía ; ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto a bienes determinados en beneficio de alguno o de todos los contratantes; o el de hacer efectivos los

9) Rodolfo Batiza. El Proyecto Limanour...Primer Intento Legislativo Mundial de Aportacion del Trust y los Sistemas Romanistas Revistas " El Foro " Nums. 18 y 19 Mex. 1957. p. 96

10) Ibid p. 98

derechos o cumplir con las obligaciones estipuladas en dicho contrato o que resulten de su consecuencia final.

I. 3. E.- DOCTRINA DEL JURISTA PANAMEÑO J. ALFARO.

En el año de 1920, México contó con una aportación muy brillante en materia de fideicomiso; nos referimos al proyecto de Ley sobre Fideicomiso, realizado por el jurista panameño mejor conocido como el padre de la legislación panamericana sobre fideicomiso, siendo ésta una contribución interpretativa del Trust Anglosajón.

"Dicha intervención consistió en introducir el fideicomiso anglosajón en la segunda década del siglo a nuestros sistema jurídico, considerándolo como una especie de mandato irrevocable, en virtud del cual se transmitían ciertos bienes a una persona llamada fiduciario, para que hiciera con ellos lo que le ordenase otro sujeto llamado fideicomitente, siempre a beneficio de otro más denominado fideicomisario".

I. 3. F.- ACUERDO DE LAZARO CARDENAS DE 1937.

Con fecha 22 de Noviembre de 1937 y bajo el registro número 1932-11538, El Presidente Lázaro Cárdenas, dictó un acuerdo a la Secretaría de Relaciones Exteriores que a la letra

dice:

"...CONSIDERANDO : Que es necesario fomentar el desarrollo económico de las zonas situadas dentro de cien Kilómetros a lo largo de las playas, a las que se refiere el último párrafo de la fracción I del Artículo 27 Constitucional, que este desarrollo puede facilitarse fomentando el establecimiento de empresas que se dediquen a la Industria Hotelera y de Turismo en las propias zonas, así como permitiendo que los extranjeros adquieran en las mismas la posesión pacífica, el uso y usufructo de inmuebles urbanos para fines residenciales.".....

ACUERDO : Se autoriza a la Secretaría de Relaciones Exteriores para que en uso de la facultad discrecional que otorga al Estado la Fracción i del Artículo 27 de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos, conceda los permisos a que se refiere el Artículo 2 ° de la Ley Orgánica de la fracción citada, a las Instituciones Nacionales de Crédito que efectúen operaciones de Fideicomiso para adquirir el dominio directo de bienes inmuebles urbanos ubicados dentro de la zona a que alude el último párrafo del precepto Constitucional mencionado, siempre que el objeto de la adquisición sea transmitir la posesión, goso o usufructo de los mismos a particulares mediante contratos de fideicomiso.....".

Es importante recalcar que es el primer paso para dar a las Instituciones Nacionales de Crédito con departamento fiduciario la posibilidad de adquirir bienes inmuebles en zona prohibida a fin de adquirir estos para fines de explotación turística, pero consideramos oportuno hacer dos observaciones al citado acuerdo:

En dicho acuerdo no se entendió el funcionamiento del Fideicomiso, se utilizaron expresiones equivocadas al decir que concedían derechos de usufructuario o poseedor al extranjero, y no derechos de fideicomisario que son los que corresponden por virtud del contrato de fideicomiso.

Se advierte también, que los bienes objeto del fideicomiso deberían ser inmuebles urbanos para uso de residencia, excluyendo los inmuebles rústicos y cualquier otro fin en cuanto a su destino que sea el de residir en ellos, como podría ser el establecimiento de un negocio de cualquier tipo e inclusive el de servicio hotelero, del cual hace mención el acuerdo.

I.3.G.- ACUERDO DE MANUEL AVILA CAMACHO DE 1941.

Con fecha 6 de Agosto de 1941 y bajo el registro número 1917, el C. Manuel Avila Camacho, Presidente de la república, dió un acuerdo a la Secretaría de Relaciones Exteriores, ratificando el acuerdo del C. Lázaro Cárdenas, cuyo texto es el siguiente :

ACUERDO: "Esa Secretaría continuará otorgando los permisos a que se refiere el Acuerdo Presidencial del 22 de Noviembre de 1937 ; pero exigirá a la Institución Nacional de Crédito que solicite el permiso, el nombre y datos que estime pertinentes del extranjero, o empresa mexicana con socios extranjeros, a cuyo favor deba constituirse el usufructo y bajo su completa responsabilidad y exclusiva facultad de resolución, concederá o negará el permiso, según lo considere conveniente o nocivo para el país. Los permisos que se concedan permitirán la constitución de usufructos hasta de veinticinco años, con la expresa mención que al concluir dicho plazo los bienes quedarán sujetos a los dispuesto en la parte final del Artículo 6º de la Ley Orgánica de la Fracción I del Artículo 27 de la Constitución Federal, para el caso de que, de acuerdo con los términos del contrato de fideicomiso, el inmueble usufructuado no deba ser vendido y necesite la propiedad pasar al patrimonio de algún extranjero.

Esa Secretaría llevará un registro especial de los permisos concedidos y de los bienes dados en usufructo, con los datos necesarios para su inmediata localización y vigilancia. Cuando se violare alguna de las condiciones esenciales de los permisos que esa Secretaría conceda, por medio de la Procuraduría General de la República promoverá su inmediata cancelación,

Los certificados conteniendo los correspondientes permisos contendrán la citada condición resolutoria. Sólo se concederán los permisos a que se refiere este acuerdo, para bienes ubicados en las poblaciones costeras y a más de cien kilómetros de las fronteras terrestres".

Los puntos significativos de este acuerdo considero que son:

Ratifica la facultad de la secretaria para continuar concediendo los permisos bajo su absoluta responsabilidad, sin dar ingerencia por ejemplo a la Secretaría de Gobernación, que en caso específico es la que regula la internación a nuestro país de los extranjeros.

Exige que la Institución Nacional de Crédito que solicite el permiso, exhiba el nombre y datos generales que considere

oportunos del extranjero o empresa mexicana con socios extranjeros a cuyo favor deba constituirse el usufructo.

Los permisos para constituir el fideicomiso o usufructo tendrán una vigencia hasta por 25 años .

Los permisos sólo se podrán conceder para bienes ubicados en las poblaciones costeras y a más de cien kilómetros de las fronteras terrestres.

En este acuerdo al igual que el anterior, se sigue confundiendo la figura del fideicomiso con el usufructo y no se da margen a la adquisición de bienes mediante esta figura para negocios.

Posteriormente a este acuerdo la Secretaría de Relaciones Exteriores restringió el otorgamiento de permisos para este fin, dándose únicamente cuando el fideicomitente era mexicano al igual que el fideicomisario siendo una aberración ya que de acuerdo a la Constitución Política, los mexicanos tienen pleno derecho de adquirir en estas zonas restringidas.

DECRETO DE MANUEL AVILA CAMACHO DE 1944.

Con fecha 7 de Julio de 1944, el entonces Presidente Manuel Avila Camacho Decreto :

".....Artículo 1º .- Durante el tiempo en que permanezca en vigor la suspensión de garantías decretada el 1º de Junio de 1942, los extranjeros y las sociedades mexicanas que tengan o puedan tener socios extranjeros, sólo podrán mediante permiso que previamente y en cada caso otorgue la Secretaría de Relaciones Exteriores :

a) Adquirir negociaciones o empresas, o el control sobre ellas, de las ya existentes en el país, que se dediquen a cualquier actividad industrial, agrícola, ganadera, forestal, de compra venta, o de explotación con cualquier fin, de bienes inmuebles rústicos o urbanos, o de fraccionamientos y urbanizaciones de dichos inmuebles.

b) Adquirir bienes inmuebles destinados a alguna de las actividades señaladas en el inciso anterior.

c) Adquirir bienes raíces, ya sean urbanos o rústicos, cualquiera que sea la finalidad a que se dediquen.

d) Adquirir el dominio de tierras, aguas y sus accesorios a que se refiere la fracción I del Artículo 27 Constitucional.

e) Adquirir concesiones de minas, aguas o combustibles minerales permitidos por la legislación ordinaria.

Para los fines de este Decreto, se asimilan a las adquisiciones a que se refieren, los incisos a), b), c), y d) arrendamiento por más diez años y los contratos de fideicomiso en que el fideicomisario sea alguna de las personas a que se refiere el primer párrafo..."

Este decreto dejó de surtir efectos, al levantarse la suspensión de garantías el 28 de Septiembre de 1945, en tal virtud nos sirve en el presente trabajo como una mera referencia a los cambios que ha tenido nuestro tema.

I. 3. H.- DECRETO DEL 10 DE OCTUBRE DE 1970.

El Decreto del Presidente Gustavo Díaz Ordaz del 10 de octubre de 1970, publicado en el Diario Oficial de la federación el

18 de Octubre del mismo año, hizo accesible a los extranjeros el uso y aprovechamiento de inmuebles en las zonas restringidas.

Mediante este Decreto se expropiaron en favor de la Nación Mexicana los terrenos ejidales que se encontraban en la Bahía de Banderas, en las costas de Jalisco y Nayarit, por considerarse de interés público el desarrollo turístico de esos terrenos.

En otro de sus puntos se dice que varios extranjeros se han apropiado de tierras ilícitamente y para regularizar esta situación se expropiaron los ejidos, no nos parece una razón muy loable ya que si los extranjeros se apropiaban ilícitamente, entonces porque privar de las tierras a los legítimos poseedores para dárselas a los ilegítimos ? .

El Gobierno de la república regularizó estas situaciones creando el fideicomiso "Bahía de Banderas ", donde el fideicomitente del Gobierno Federal sería la Secretaría de Hacienda y crédito Público y como fiduciario el Banco de Obras y Servicios Públicos. (posteriormente la Secretaría de Programación y Presupuesto pasa a ocupar el lugar de fideicomitente y en la actualidad nuevamente es la S.H.C.P.).

La finalidad de este fideicomiso fué la venta de los terrenos para aplicar los productos a la realización de las obras que señalaré el fideicomitente, la enajenación sería válida únicamente si se realizaba a favor de personas físicas mexicanas o de personas morales mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros.

A nuestra consideración, el utilizar este instrumento jurídico, fué una solución acertada, ya que la consecuencia inmediata del decreto fue el otorgamiento de escrituras públicas donde se consignaban fideicomisos que regularizarón las operaciones anteriores y permitieron a los extranjeros nuevos convenios para ocupar los inmuebles, con la limitación de la Fracción I primer párrafo del Artículo 27 Constitucional.

Otra solución pudo haber sido el anular todas las ficticias compraventas realizadas, que realmente eran adquisiciones de derechos posesorios sobre los bienes inmuebles, y así no se hubieran expropiado tantas tierras (ocho ejidos) aunque el verdadero proposito del Decreto fué el de regularizar un problema ya existente y evitar situaciones a futuro que se pudieran convertir en un conflicto internacional.

I. 3. I.- DECRETO DEL 29 DE ABRIL DE 1971.

El Decreto del presidente Luis Echeverría Álvarez, del 29 de Abril de 1971, publicado en el Diario Oficial de la federación el día 30 del mismo mes, permitió a los extranjeros el uso y aprovechamiento de inmuebles ubicados en zona prohibida, mediante contratos de fideicomiso.

El acuerdo se funda en la siguiente exposición de motivos :

En el deber del Gobierno Federal de vigilar y mantener la integridad del territorio nacional, así como el cumplimiento de la Constitución ; en la necesidad de sostener y acelerar el desarrollo industrial y turístico en las zonas fronterizas y litorales del país, en forma planificada sin que, en ningún caso, los extranjeros adquieran el dominio directo sobre las mismas, en la conveniencia de eliminar los subterfugios utilizados para transgredir la prohibición Constitucional, como la simulación de contratos y actos jurídicos, en la utilización del fideicomiso que permita a la fiduciaria ha conservar el dominio y al fideicomisario el uso del inmueble, y en la posibilidad de que las instituciones fiduciarias capten recursos importantes mediante la emisión de certificados de participación inmobiliaria, que representen para los beneficiarios el derecho a la utilización y aprovechamiento de los inmuebles, sin

transmitirles en ningún caso la propiedad, ni crear a su favor derechos reales.

Los puntos más relevantes de este acuerdo son los siguientes :

I.- Se autoriza a la secretaría de Relaciones exteriores resolver sobre la conveniencia de conceder a las Instituciones Nacionales de Crédito los permisos necesarios para adquirir como fiduciarias el dominio de bienes inmuebles, destinados para la realización de actividades industriales o turísticas, ubicados en la faja de cien kilómetros a lo largo de la frontera y de cincuenta kilómetros a lo largo de las playas, para permitir a los fideicomisarios unicamente el uso y aprovechamiento de dichos bienes sin concederles derechos reales.

II.- Se crea la comisión consultiva intersecretarial, formada por la Secretaría de relaciones Exteriores, la de Gobernación, la de Hacienda y Crédito Público, la de Industria y Comercio y el Departamento de Turismo, dicha comisión resolvía sobre las solicitudes de permisos presentados ante la Secretaría de Relaciones Exteriores.

III.- Se indico que la institución fiduciaria conservaría siempre la propiedad de los inmuebles y tendría la facultad de arrendarlos por plazos no superiores a diez años.

IV.- La duración de los fideicomisos no excedería de treinta años y a su extinción la fiduciaria podría transmitirlos en propiedad a personas legalmente capacitadas para adquirirlos.

V.- Se reserva el Gobierno Federal la facultad de verificar en cualquier tiempo el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

VI.- Las Instituciones fiduciarias podrán emitir Certificados de Participación Inmobiliaria nominativos y no amortizables, que representarán para el beneficiario exclusivamente los derechos consignados en los incisos a) y c) del Artículo 228-A y en el Artículo 228-E, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

VII.- Señala que no se requerirá del permiso de la Secretaría de Gobernación para la adquisición por extranjeros de los derechos derivados del fideicomiso, en virtud de que no constituyen derechos reales.

Algunas de las disposiciones de este Acuerdo, actualmente son clausulas del permiso que otorga la Secretaría de relaciones exteriores, para la constitución de fideicomisos.

1. 4.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DEL 24 DE DICIEMBRE DE 1924.

La presente Ley a que haremos referencia, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 16 de Enero de 1925, bajo el Gobierno del General Plutarco Elías Calles, fungiendo como Secretario de Hacienda el Ingeniero Alberto J. Pani, quien abroga el ordenamiento de 1897, mismo que regía a las instituciones de crédito.

Esta fué la primer Ley que otorgó al Fideicomiso una acertada similitud al Trust Ingles, no obstante omitió dar un concepto, naturaleza jurídica y elementos propios relativos a la materia, dejando la opción a una futura Ley especial que reglamentara dicha figura.

"Dicha Ley disponía que las instituciones reglamentadas tenían en común la función de facilitar el uso del crédito,

distinguiéndose entre sí por la naturaleza de los servicios prestados al público quedando comprendidas en ésta los bancos de Fideicomiso, mismos que serían reglamentados por una ley especial(11)".

1. 5. - LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO DE 1920.

Con fecha 30 de junio de 1926 surgió ésta Ley, misma que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 17 de Junio de ese mismo año, teniendo una vida efímera ; así mismo su articulado se componía de solo cinco capítulos y son :

CAPITULO I. OBJETO Y CONSTITUCION DE LOS BANCOS.

CAPITULO II. OPERACIONES DE FIDEICOMISO.

CAPITULO III. DEPARTAMENTO DE AHORRO.

CAPITULO IV. OPERACIONES BANCARIAS, DE DEPOSITO Y DESCUENTO Y ;

CAPITULO V. DISPOSICIONES GENERALES(12).

distinguiéndose entre sí por la naturaleza de los servicios prestados al público quedando comprendidas en ésta los bancos de Fideicomiso, mismos que serían reglamentados por una ley especial(11)".

1. 5. - LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO DE 1926.

Con fecha 30 de junio de 1926 surgió ésta Ley, misma que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 17 de Junio de ese mismo año, teniendo una vida efímera ; así mismo su articulado se componía de solo cinco capítulos y son :

CAPITULO I . OBJETO Y CONSTITUCION DE LOS BANCOS.

CAPITULO II. OPERACIONES DE FIDEICOMISO.

CAPITULO III. DEPARTAMENTO DE AHORRO.

CAPITULO IV. OPERACIONES BANCARIAS, DE DEPOSITO Y DESCUENTO Y ;

CAPITULO V. DISPOSICIONES GENERALES(12).

11) Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924.
D. O. F. del 18 de Enero de 1925.

12) *Ibid.* p. 101

Cabe señalar que dicha Ley, tuvo aplicación por espacio de 5 meses, ya que posteriormente la abrogó la Ley que a continuación señalamos.

I. 6.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1926.

Esta ley fué decretada el 31 de Agosto de 1926 y reproduce casi en su totalidad el ordenamiento que analizamos anteriormente, además establece los bancos de Fideicomiso y agrega como puntos secundarios a las operaciones de ahorro, descuentos y depósito.

Cabe hacer mención que pese a la existencia de dos ordenamientos en un solo año y la segunda ser casi replica de la primera, ninguna de estas se puso en práctica ; situación y hecho que podemos confirmar en un informe sustentado por la Dirección General de Crédito de la Secretaría de Hacienda, al señalar que en el año de 1926 no se otorgó ninguna concesión a los Bancos Fiduciarios.

I. 7.- LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 29 DE JUNIO DE 1932.

Con fecha de promulgación de 28 de junio de 1932, y publicada en el Diario Oficial el 29 de junio de ese mismo año, en cuya exposición de motivos el legislador apunta las grandes posibilidades de desarrollo del Fideicomiso como un instrumento de gran utilidad para las actividades económicas del país, así como, que puede observarse su punto de vista hacia la Ley anterior, manifestando que no se precisó el carácter sustantivo de la institución en cuestión; dejando un sin fin de preguntas en torno a ella; señalando además la necesidad de reglamentar las instituciones Fiduciarias respecto de sus funciones; así como, la necesidad de definir un concepto, aunado a su contenido y efectos relativos a la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito de las que se pudiera apreciar un análisis completo, con el fin de que se relacionaran.

I. 8.- LEY GENERAL DE TITULOS Y OERACIONES DE CREDITO DE 1932.

Dicha Ley fué publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 1932; misma que con la Ley anterior fueron

elaboradas paralelamente con el propósito de que se conjuntaran, relacionaran y complementaran mutuamente; ya que la Ley de Instituciones regula a las Instituciones Fiduciarias y la Ley de Títulos constituye el Fideicomiso propiamente dicho y en cuya exposición de motivos señala que:

"Tratándose de Fideicomiso, advierte que aún cuando ello ofrece los peligros inherentes a la implantación de Instituciones Jurídicas extrañas, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito reglamenta el Fideicomiso; ya que desde 1926 la ley General de Instituciones de Crédito las habían señalado, porque su implantación sólida en México, en los límites que nuestra estructura jurídica permite, significará un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo para nuestra economía. Corrigiendo los errores y lagunas más evidentes de la Ley de 1926; la nueva Ley conserva en principio el sistema previamente establecido, de admitir solo el Fideicomiso expreso, que circunscribe a ciertas personas la capacidad de actuar como fiduciarias, establece las reglas fundamentales para evitar los riesgos que con la prohibición absoluta de instituciones similares al fideicomiso eludidas por la legislación mexicana.

Por lo que respecta a los fines sociales que el fideicomiso tiene en países de organización jurídica diversa a la nuestra,

pueden ser considerados con notorias ventajas, por el uso de otras instituciones jurídicas mejor constituidas que las nuestras.

El fideicomiso expreso puede servir en propósitos que no se lograrían sin él, por el mero juego de otras Instituciones Jurídicas que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación"(13).

Creemos propio señalar que esta Ley se encuentra actualmente en vigor, así como también señalar que la reglamentación del fideicomiso se encuentra contenida en el Capítulo V, con un promedio de trece artículos que lo rigen; dentro de los cuales se establece la naturaleza del fideicomiso referente a la afectación patrimonial, fundamento que establecido a las normas de nuestro régimen significa que la titularidad de los bienes no queda desamparada, ya que el propio artículo 356 manifiesta que la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del mismo, salvo las normas o limitaciones que establezcan al efecto de la constitución del fideicomiso.

13) Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. D. O. F. del 27 de agosto de 1932. Exposición de Motivos.

I.9.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DE 1941.

El surgimiento de dicha Ley, aparece a la luz pública en el Diario Oficial del 31 de mayo de 1941, misma que abrogó a la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, en cuya exposición de motivos refleja en su capítulo dedicado a las instituciones de crédito un leve razgo de modificaciones, añadiendo a sus resultados algunos comentarios que pueden ser propios de éstas, y ciertas normas nuevas por las que deben regirse las operaciones de inversión que realice la institución en ejercicio del fideicomiso, mandato o comisión, cuando de la naturaleza de éstos de las instuccionas recibidas no resulten indicaciones suficientemente precisas. Sin advertir la naturaleza jurídica del fideicomiso, se ha prescrito la notificación obligatoria a los interesados de las operaciones, que se realicen en cumplimiento a sus encargos y de los datos que permitan identificar los bienes destinados al fin respectivo, siempre que sea posible o cuando no se haya renunciado a ella expresamente y con el fin de hacer mas real la responsabilidad de las instituciones en el cumplimiento de sus obligaciones.

Esta Ley fué derogada por la nueva Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, la cual aunque no

desglosamos en un punto separado aprovechamos este espacio para comentar que en su exposición de motivos manifiesta la necesidad de contar con una moderna y adecuada legislación que propicie una participación más eficiente del sistema financiero en el logro de los grandes propósitos nacionales; mediante la cual el Ejecutivo Federal se propuso importantes reformas a manera de proveer un adecuado desenvolvimiento del sistema financiero, así como una mayor complementariedad entre las instituciones bancarias y no bancarias, públicas y privadas, también señala que en la actualidad el sistema financiero básicamente se encuentra integrado por las Instituciones de Crédito y los Intermediarios Financieros, así como también las Compañías Aseguradoras y Afianzadoras, Casas de Bolsa, Sociedades de Inversión y Organizaciones Auxiliares de Crédito. Por lo antes expuesto es necesario reestructurar las funciones de los diferentes intermediarios financieros, de tal manera que se establezca un equilibrio, tal y como lo requiere nuestro sistema de economía mixta.

Del anterior análisis observamos que se trata de una operación fiduciaria a realizar, para la que están facultadas las instituciones de crédito en nuestro contexto legal; por lo que concluimos diciendo que en las Leyes de 1926 se señala al fideicomiso como un mandato y las siguientes lo determinan como

una afectación de bienes; coincidiendo con la existencia de que el cargo de fiduciaria lo realice, y valga la redundancia, una institución fiduciaria autorizada para fungir como tal en dichas operaciones del fideicomiso.

1.11.-LEY PARA PROMOVER LA INVERSION MEXICANA Y REGULAR LA INVERSION EXTRANJERA .

Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 9 de Marzo de 1973.

En el capítulo IV, título que habla del Fideicomiso en Fronteras y Litorales contiene las siguientes disposiciones .

Artículo 18. En los términos de la Fracción I del Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de su Ley Orgánica, se faculta a la Secretaría de Relaciones Exteriores para que autorice en cada caso la conveniencia de conceder a las Instituciones de Crédito, permisos para adquirir como fiduciarias el dominio de bienes inmuebles destinados a la analización de actividades Industriales y Turísticas en la faja de cien kilómetros a lo largo de las playas del país, siempre que el objeto de la adquisición sea el de permitir la utilización y el

aprovechamiento de dichos bienes a los fideicomisarios, sin constituir derechos reales sobre ellos, pudiendo emitir para estos efectos certificados de participación inmobiliaria, nominativos y no amortizables.,

Las Instituciones de Crédito son las únicas autorizadas para ser fiduciarios y deben actuar en todo lo referente a la solicitud y constitución del fideicomiso a través de sus Delegados fiduciarios. Lo anterior con fundamento en el Artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito vigente .

El Artículo 19 concede a la Secretaría de Relaciones Exteriores la facultad de resolver las solicitudes de constitución de Fideicomiso considerando los aspectos económicos y sociales que impliquen la realización de los fideicomisos .

La duración de los fideicomisos no podrá exceder de treinta años, la Institución Fiduciaria podrá arrendar los inmuebles por plazos no superiores a diez años (14).

I.11.A.-. Reglamento de la Ley para promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera .

Fué publicado en el Diario Oficial de la federación el día 16 de Mayo de 1989 .

El Reglamento marcó innovaciones respecto a la Constitución de Fideicomisos sobre inmuebles en zona restringida.

Permite renovar los fideicomisos por plazos de treinta años .

Amplio los fines a los que se pueden destinar los fideicomisos, la Ley de Inversiones sólo habla de fines turísticos e industriales, el Reglamento en su Artículo 19 da un catálogo de lo que considera actividades turísticas e industriales, permitiendo autorizar fideicomisos sobre inmuebles, cuyo destino sea el comercio en general .

La Secretaría de Relaciones Exteriores exige que en las solicitudes que se presenten ante ella se indiquen claramente el destino que se pretende dar al fideicomiso, el cual debe de estar señalado en el catálogo, pero existe el problema de que muchas veces el inversionista extranjero solicita el permiso con un destino no incluido en aquél, la solución por la que se a optado es la siguiente: Se limitan los fines a turísticos, industriales y

comerciales, y a criterio de la Secretaría se encuadran los distintos destinos a esos tres .

A partir de la expedición de este Reglamento, únicamente se requiere el permiso de la Secretaría si el fideicomiso está ubicado en la zona restringida y los fideicomisarios son personas físicas extranjeras, personas morales extranjeras , y personas morales mexicanas con cláusulas de admisión de extranjeros.

Existe un Artículo en este reglamento que desde nuestro punto de vista requiere de un análisis especial .

Artículo 36. - Sólo se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para que las personas físicas y morales extranjeras adquieran derechos de fideicomisario en fideicomisos cuyo patrimonio esté constituido por tierras, aguas y sus accesiones ubicadas fuera de la zona restringida, cuando por virtud de tales fideicomisos se constituyan o se otorguen a los fideicomisarios derechos reales sobre dichos bienes (15).

Es una disposición dirigida a personas físicas extranjeras y personas morales extranjeras, las personas físicas extranjeras pueden adquirir la propiedad fuera de la zona restringida mientras que las personas morales extranjeras no pueden . Ahora bien, por

la figura del fideicomiso únicamente se crean derechos personales, el fideicomisario es acreedor del fiduciario por lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones a cargo de dicho fiduciario que se derivan del acto constitutivo del fideicomiso y que consisten en el ejercicio obligatorio de los derechos de que es titular, para el cumplimiento del fideicomiso .

Por lo anterior nos surge una pregunta ¿ pueden derivar derechos reales del fideicomiso como tal ? , nosotros sostenemos que no .

Nuestra legislación civil contempla los siguientes derechos reales : La propiedad, la servidumbre, el usufructo, el uso y la habitación .

En un fideicomiso en zona restringida el fideicomisario tiene el uso del bien inmueble fideicomitado.

El Artículo 1049 del Código Civil para el Distrito Federal, define al uso como el derecho real que permite percibir los frutos de una cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y su familia, aunque ésta aumente .

Si el inmueble ubicado en zona restringida no puede ser propiedad del extranjero es cosa ajena y aquél percibe los beneficios sobre la misma, ¿entonces el fideicomisario obtiene un derecho real y se está contraviniendo lo dispuesto por el Artículo 18 de la Ley de Inversiones ? .

La respuesta que se ha dado es que como el bien está afectado en fideicomiso aunque el extranjero obtenga el uso, éste no es un derecho real sino que es distinto ya que el fideicomiso no se puede equiparar a ninguna otra figura jurídica, y de la relación entre fiduciario y fideicomisario surge únicamente un derecho personal para el fideicomisario como asentamos anteriormente , pero el Artículo analizado contempla la posibilidad de obtener un derecho real .

En la realidad el fideicomisario extranjero goza de un derecho real ya que siguiendo la doctrina aceptada por nuestro derecho positivo, aquél existe cuando una cosa se encuentra sometida, completa o parcialmente, al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata, oponible a terceros .

Este punto es una gran laguna en nuestra legislación y como sostuvimos en el capítulo anterior surge por tratar de dar una

salida a la prohibición Constitucional otorgando este tipo de fideicomisos .

La Secretaría de Relaciones Exteriores resuelve este problema, girando un oficio en que indica que sólo que la sociedad extranjera demuestre que por virtud del fideicomiso adquirirá derechos reales, se otorgará el permiso, pero este criterio no es válido , el extranjero no tiene ninguna seguridad jurídica, la solución más leable sería derogar este artículo y que la Secretaría se apegara a las siguientes disposiciones ;

1) En la zona restringida las personas físicas y morales extranjeras y las personas morales mexicanas con cláusula de admisión de extranjeros , no podrán adquirir el dominio directo de tierras y aguas sino únicamente mediante fideicomiso previo permiso de la Secretaría .

2) Fuera de la zona restringida, los extranjeros personas físicas pueden adquirir el dominio de tierras y aguas, solicitando permiso a la Secretaría y celebrando el convenio a que se refiere el párrafo primero de la fracción 1 del Artículo 27 Constitucional.

3) Las sociedades extranjeras no pueden tener el dominio de aguas y tierras , ni en la zona restringida ni fuera de ella.

A partir de la publicación de este reglamento el número de permisos otorgados por la Secretaría aumento considerablemente esto también se debe a la simplificación de trámites, pero como ya lo indicamos en el capítulo anterior existe el problema de la gran cantidad que de ellos existe, así como de todas las irregularidades que sobre la zona restringida se han suscitado, es por ello que se han creado políticas nuevas de las que hablaremos más adelante .

1.12.- Ley Orgánica de la Fracción 1 del Artículo 27 de la Constitución Mexicana .

De esta Ley sólo citaremos sus Artículos 2- y 6- que consideramos los más importantes.

El Artículo 2- como analizamos en el tercer capítulo, estipula que los extranjeros están impedidos a ser socios en sociedades mexicanas que adquieran dominio directo sobre tierras y aguas situadas en playas y fronteras ,

Y en sus Artículo 6- determina :

" Cuando alguna persona extranjera tuviera que adquirir por herencia derechos cuya adquisición estuviere prohibida a

extranjeros por la Ley , la Secretaría de Relaciones Exteriores dará el permiso para que haga la adjudicación y se registre en la escritura respectiva. En caso de que alguna persona extranjera tenga que adjudicarse en virtud de derecho preexistente adquirido de buena fe un derecho de los que están prohibidos por la Ley, la Secretaría de Relaciones Exteriores podrá dar el permiso para tal adjudicación "(16).

En ambos casos, el permiso se otorgará con la condición de transmitir los derechos de que se trate a persona capacitada .

16) *Ibid.*, p. 328.

CAPITULO II

CLASIFICACION DE LOS FIDEICOMISOS

La clasificación que contiene éste capítulo, es una de las numerosas formas que puede tomar el fideicomiso, ya que como podremos observar son muchos los autores que han escrito sobre el tema y varias las instituciones que lo han clasificado, siendo ésta por la que nosotros nos inclinamos.

Para la elaboración del presente, realizamos un estudio sustentado en disposiciones aplicables al fideicomiso y contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular Inversión Extranjera, Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, así como de diversos Acuerdos y Decretos expedidos por el Ejecutivo Federal, mismos que sirvieron de base a ésta clasificación de fideicomisos y que exponemos de manera limitada por razones obvias, ya que como podrán apreciar del título principal, éste no es precisamente el estudio de nuestro trabajo, pero sí amerita que analicemos puesto que de alguna forma constituye parte integrante del mismo.

II.1. - CONCEPTO LEGAL DE FIDEICOMISO .

De igual manera que los conceptos privativos de la ciencia del derecho, el fideicomiso pretende unificar tanto derechos como obligaciones, mediante los cuales quedan sometidos los sujetos que se ubiquen dentro de la hipótesis de Ley .

No obstante, el fideicomiso como otras figuras del derecho mercantil, surgieron en un sistema en el que las clasificaciones y definiciones pasan a un segundo plano, ya que el primero corresponde a la práctica diaria del comercio, misma que va a ser la encargada de crear y dictar las normas a seguir, pese a la similitud que guarda con el derecho inglés el fideicomiso se ha arraigado a tal grado que ocupa un grado muy importante en el fomento económico comercial tanto público como privado e incluso se ha llegado a convertir en uno de los instrumentos más útiles de la actividad del Poder Ejecutivo .

La Ley General de Títulos y Operaciones de Créditos, establece en su artículo 346 que : En virtud del fideicomiso el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria, donde las características principales de la definición anterior son :

- I . Afectación de patrimonio a la realización de un fin ,
- II . El fin en cuestión debe ser lícito y determinado ,
- III . La realización de confianza de dicho fin queda a cargo de la institución fiduciaria exclusivamente ,
- IV . La realización del fin podrá o no tener destinatario, en caso de que lo hubiere se le denominará fideicomisario .

" Jorge A. Martínez Domínguez es el primero en postular la necesidad de analizar la naturaleza del fideicomiso, como un acontecimiento dotado de personalidad jurídica propia, sin aislarlo de su origen o efecto, por lo que al dar su opinión se refiere diciendo que el fideicomiso es un negocio jurídico de tipología compleja, que implica un negocio unilateral en su constitución , no obstante que en su ejecución implica un acto de naturaleza contractual, y continúa diciendo que el primer paso en el perfeccionamiento del fideicomiso es la declaración unilateral de voluntad, y el segundo es que se trata de un contrato inonimado pero asimilable a la teoría general, así como que la transmisión del derecho de disposición de los bienes afectados, pero no por ello la

transmisión del derecho de propiedad, la cual se reserva totalmente a favor del fideicomisario .

Generalmente la doctrina considera al fideicomiso como un negocio fiduciario, mismo que Barrera Graf, señala que es aquel en virtud del cual una persona transmite a otra bienes o derechos, obligándose ésta a aceptarlos para la realización de una finalidad lícita determinada, como consecuencia propia, obligándose a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o restituirlos en favor del transmitente . Por su parte Rodríguez y Rodríguez, manifiesta que el fideicomiso es un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad y el dominio sobre ciertos bienes, con una limitativa de carácter obligatorio, siendo ésta la realización de aquellos actos exigidos para el cumplimiento del fin al que se destinen .

Para Cervantes Ahumada, el fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un determinado fin "(17)

Nuestra opinión respecto al fideicomiso propiamente dicho, no presenta objeción alguna respecto a su definición legal, más bien es el análisis de sus disposiciones legales y su rutina diaria la que

nos induce a encontrar un concepto mejor y cada vez más entendible de lo que es el fideicomiso.

No obstante lo anterior en México se entiende por fideicomiso, tal y como lo sugiere su etimología latina " Fidescomisio " que significa encargo o comisión, por lo que nuestro concepto lo enfocáramos diciendo que : El fideicomiso es un contrato en virtud del cual una institución de crédito llamada fiduciaria, recibe de una persona física o moral a la que se le llama fideicomitente, la titularidad de bienes patrimoniales, para la realización de un fin lícito, determinado y posible en favor de una persona física o moral a la que se conoce como fideicomisaria .

De lo que se deduce que cuando un propietario ha decidido el destino de sus bienes, éstos salen de su patrimonio para que por medio del fiduciario se asegure el destino, evitando que el fideicomitente o terceros lo desvíen de su destino .

II.2. - ELEMENTOS PERSONALES DEL FIDEICOMISO .

A lo largo de éste estudio hemos notado que se habla de tres figuras importantes que integran el fideicomiso, dos de las cuales

son indispensables y la tercer aunque no lo es se configura su presencia dentro del fideicomiso mismo, siendo estas :

a) Fideicomitente : La Ley de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 349 señala quienes pueden serlo, y se trata de las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria, entendiendo por ésta no sólo la capacidad de ejercicio, sino también la suficientemente necesaria en materia comercial para afectar los bienes que el fideicomiso implique , ya se entenderán competentes de igual forma las autoridades judiciales o administrativas cuando se trate de la guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación que corresponda a su caso en concreto o bien las autoridades que estas designen .

Para nosotros el fideicomitente es una persona que por declaración unilateral de la voluntad constituye un fideicomiso, la cual debe tener poder de disposición de sus bienes materiales o derechos que constituyan el patrimonio fideicometido .

b) Fiduciaria : El artículo 350 de la Ley de la materia establece que sólo podrán ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello; conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito, ahora Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, es la persona a quien se le encomienda la

realización del fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso, es a quien se le atribuye la titularidad de los bienes fideicometidos. Por su parte el artículo 30 fracción XV de la propia Ley , dispone que las instituciones fiduciarias están autorizadas para practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

" El fiduciario tiene el deber de desempeñar el cargo como un buen padre de familia, no podrá apropiarse de los bienes fideicometidos, ni usarlos en su provecho, sus percepciones se deducirán a honorarios y comisiones, deberá mantener por separado el patrimonio de cada fideicomiso debiendo rendir cuentas al fideicomisario o al fideicomitente; el derecho de designar fiduciario queda a cargo del fideicomitente ; por otro lado le está prohibido al fiduciario reunir en uno sólo las calidades de fiduciario y fideicomisario; el fiduciario puede renunciar a su cargo por causa grave calificada por el juez, así como que el desempeño de sus funciones lo hará por medio de sus Delegados fiduciarios especialmente designados por la Comisión Nacional Bancaria, la cual a su vez puede pedir la remoción del cargo "(18).

c) Fideicomisario : Plasmado en el Artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que

18) De Pina Vara Rafael Elementos de Derecho Mercantil Mexicano.
Ed. Porrúa, Onceava Edición, Mex. 1973, p. 309.

tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

Para Martínez y Flores Moguel, " Fideicomisario es la personas que recibe los beneficios que el fideicomiso requiera, mismo que podrá tener el carácter de fideicomisario y fideicomitente en el mismo contrato, pero no el carácter de fiduciario .

Para muchos autores éste elemento no es necesario, ya que pueden constituirse fideicomisos sin fideicomisarios; también dentro del fideicomiso se pueden nombrar varios fideicomisarios para que reciban simultáneamente o sucesivamente el provecho del fideicomiso "(19).

Por otra parte, se dice que el fideicomisario tendrá los derechos que se le asignen en el acto constitutivo, y además le podrá pedir cuentas a la fiduciaria con el fin de exigirle el exacto cumplimiento de su función . También se dice que los derechos del fideicomisario son personales contra los de la fiduciaria .

A nuestro modo de ver concluimos diciendo que, el fideicomitente puede ser la persona con capacidad para comprometer bienes en fideicomiso; el fiduciario debe ser una institución de crédito legalmente autorizada para ello y

fideicomisario sólo puede ser la o las personas legalmente autorizadas para ello con el fin de que pueda aprovecharse de los beneficios que el fideicomiso implica .

II. 3.- ELEMENTO FORMAL DEL FIDEICOMISO .

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 352 establece que, puede ser constituido el fideicomiso por acto entre vivos o por testamento; entendiéndose por elemento formal del fideicomiso a la forma que ésta va a tomar para que pueda ser considerado como tal; la constitución del fideicomiso debe constar siempre por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común, sobre la transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que den en el mismo fideicomiso .

El contrato de fideicomiso deberá celebrarse en los términos de la celebración del contrato en materia civil. Por su parte los artículos 353 de la Ley en cuestión, exigen el cumplimiento de formalidades como son la de inscripción en la Sección de la Propiedad del Registro Público y la notificación al deudor, para el efecto de que dicho negocio sea oponible ante terceros, ya que en toda clase de fideicomiso se constituye un patrimonio destinado exclusivamente al cumplimiento de la finalidad pactada, la cual se impone como

obligación y como limitación a la fiduciaria retenedora de dicho patrimonio .

En virtud del fideicomiso, cuando menos dos personas quedan vinculadas en términos de un escrito (art. 352 segunda parte de la Ley en cuestión) que en mayor o menor grado tienen ciertas obligaciones y derechos para cada una de las partes. La fijación conceptual de aquello a lo que se concluya que se obligaron las partes y mas aún tratándose de un negocio nominalmente mercantil;

Sólo es accesible con la consideración que se haga de el como un contrato. No hay reglas de conducta específicas, simplemente son modalidades de denominación que circunstancialmente pueden ser utilizadas por autores que elaboran argumentos doctrinales subjetivamente a fin de explicar la conformación de esta figura.

" El maestro Carlos Dávalos Mejía menciona que":

"El único parámetro susceptible de proporcionar reglas en el caso del fideicomiso es el contrato, además de la secuencia normal de la constitución del mismo, desprendiéndose que su estructura concuerda perfectamente con el artículo 1793 del Código Civil por

lo que se refiere a la forma de expresión de voluntad; y 1836 y 1839 del Código Civil por lo que se refiere al tratamiento que puede dársele al objeto del fideicomiso " (20).

Estamos de acuerdo con la opinión del profesor Barrera Graf, cuando denomina al fideicomiso como un negocio fiduciario, que sólo puede concretarse mediante formalidad contractuales originaldas por la manifestación de voluntad que emitan y hagan concordantes fideicomitente y fiduciario; esto es que significa una unidad de voluntades reducida a una emisión de parecer sin importancia técnico legal, donde el interés que formalmente manifieste el fideicomitente al afectar parte de su patrimonio a un fin, completándose con la participación de la institución fiduciaria.

II. 4 .- ELEMENTOS MATERIALES DEL FIDEICOMISO .

" Joaquín Rodríguez y Rodríguez señala que : El negocio de fideicomiso establece obligaciones principales a cargo del fideicomitente para con el fiduciario y del fiduciario para con el fideicomisario; las cuales tienen a su vez por contenido la transmisión de bienes, que son el medio para el cumplimiento del fideicomiso, y los actos que debe ejecutar al fiduciario para la realización de las finalidades supuestas por el cumplimiento del fideicomiso; Dichos bienes se considerarán afectos al fin al que se

destinan y en consecuencia sólo podrá ejercitarse respecto de ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente " (21).

Se le denomina así a lo que va a ser materia del fideicomiso, el cual se puede señalar desde el punto de vista de un bien determinado mueble o inmueble, corpóreo e incorpóreo, presente o futuro, con valor o transmisible, además de ser susceptible de constitución en objeto de fideicomiso .

Atendiendo a lo que señala el Código Civil en su artículo 1824 al mencionar que son objeto de contratos; la cosa que el obligado deba dar y el hecho que el obligado deba o no hacer. Por su parte la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala en su artículo 351 que pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que conforme a la Ley sean estrictamente personales de su titular .

Podemos observar que en el contrato de fideicomiso, el objeto es el bien o cosa material que reúna las características antes descritas, hecho que debemos separar del concepto " fin ", ya que no obstante que se trate de sinónimos este último representa el resultado perseguido en su constitución.

II. 5.- FINES DEL FIDEICOMISO .

El fin del fideicomiso lo constituye el resultado que se persigue con la creación del contrato, el cual debe atender a un fin lícito y determinado conforme se señale o quede delimitado por el fideicomitente; se entiende que el fiduciario tiene la obligación de realizar lo dispuesto por aquel, realizando las operaciones convenientes con el plan .

" Hace algunos años, la Asociación de Banqueros de México, en uno de sus proyectos de fideicomiso estableció que se constituía para la realización de un determinado fin, tal y como lo establece el artículo 347 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no siendo de esta manera en el Código Civil en su artículo 1831 por medio del cual se establece que el fin es el motivo determinante de la voluntad de los que contratan .

El fideicomitente es libre para establecer el fin a cuya realización debe destinarse el patrimonio fideicometido, siempre y cuando se apegue a la disposición contenido en los artículos 346 y 347 de la Ley de la materia " (22).

En conclusión, podemos señalar que el fin del fideicomiso es el destino que el fideicomitente ha escogido darle al objeto del fideicomiso .

II. 6.- FORMAS DE EXTINCION DEL FIDEICOMISO .

Para comenzar con este punto, mencionaremos que la duración del fideicomiso puede prolongarse más allá de la vida del fideicomitente, más no de la vida del fideicomisario; salvo el caso de que el fideicomiso sea constituido por tiempo fijo, o bien que consista en una cosa específica, como puede ser la entrega de un bien a los herederos en el momento del fallecimiento del beneficiario.

También se afirma que, entrándose de fideicomiso, los hechos se realizan por una sola vez: como puede ser el pago de una deuda, la liquidación del concurso de acreedores, etc; extinguiéndose al alcanzar el objetivo planteado .

Por el lado contrario, aparece cuando en la celebración del fideicomiso propiamente, se requiere de operaciones cronológicas o periódicas, tal y como sucede en el pago de una pensión o cuando se administra un patrimonio, donde la extinción no dará lugar sino hasta que concluya el término, si es que lo hay o cuando

fallezca la persona cuya existencia se haya tomado como término, pudiendo ser el fideicomitente o el fideicomisario.

Las causas de extinción del fideicomiso legalmente constituidas se encuentran plasmadas en el artículo 357 de la Ley en cuestión, mismas que pueden provenir de actos voluntarios de una o varias partes, o de hechos impropios de su voluntad siendo estas :

I. Por la realización del fin para el que fué constituido. Esto significa que terminará la relación fiduciaria cuando llegue y se obtenga el fin que dió origen a la formación del fideicomiso.

II. Por hacerse éste imposible. Lo que resulta concordante con la Teoría General del Contrato a que hace referencia el artículo 1827 del Código Civil .

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

IV. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto. Esto es dentro del caso específico.

V. Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario. Esto quiere decir que convencionalmente las partes extingan el contrato.

VI. Por revocación hecha por el fideicomitente cuando este se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso. Este sólo podrá materializarse cuando se haya reservado .

VII. En el caso del párrafo final del artículo 350, el cual se refiere a que en el caso de que haya renunciado el fiduciario a su cargo o no sea posible su sustitución; lo cual solo se podrá hacer por causas graves a juicio del juez de primera instancia del lugar de su domicilio .

II. .7.- EFECTOS DE EXTINCION DEL FIDEICOMISO .

Se entiende por efecto, al resultado de la causa; en materia jurídica se aplica el principio de que " No hay causa sin efecto ", es por esta razón que en el caso del fideicomiso los bienes a él destinados que queden en favor de la fiduciaria serán devueltos al fideicomitente o a sus herederos ; no obstante para que esta devolución surta efectos, tratándose de derechos o de inmuebles impuestos sobre ellos, bastará con que la institución fiduciaria lo

asiente en el documento constitutivo del fideicomiso, y que esta declaración se inscriba en la Sección de la Propiedad del Registro Público en que se hubiere asentado originalmente .

" La reintegración de los bienes objeto del fideicomiso, seguido de la extinción deberá revertir por el mismo conducto que produjo efectos contra terceros como se constituyó; es decir que se cancelarán las inscripciones efectuadas en en el Registro Público de la Propiedad o en el Registro cuando se trate de títulos registrables; y desde luego con la entrega de la cosa y su posesión en términos de la Ley"(23)

II. 8 - FIDEICOMISOS PUBLICOS DE INTERES PUBLICO Y FIDEICOMISOS PRIVADOS .

Se dice que actualmente el fideicomiso público es una de las múltiples figuras utilizadas en el desarrollo social y económico del país por medio del cual se llegan a propiciar y promover determinadas actividades, llegando a convertirse en instrumento financiero, dinámico y efectivo del Gobierno Mexicano .

Para poder definirlo de alguna manera se debe partir del concepto de interés público, el cual por carecer de una regulación detallada, permite emitir elásticamente su propio concepto,

señalando que se trata de una figura jurídica por medio de la cual el Gobierno Federal, los Estados de la Federación o los Municipios, con el carácter de fideicomitente transmite la titularidad de bienes del dominio público o afecta fondos públicos en una institución fiduciaria, para realizar un fin de interés público, lícito y determinado; mismo que podemos identificar por sus seis elementos :

1) Fideicomitente : Pudiendo ser el Gobierno Federal, Estatal o Municipal .

2) Patrimonio : Cuando los bienes afectos en fideicomiso sean del dominio público o privado de los fideicomitentes, ya sea dinero en efectivo, etc.

3) Objeto : El cual puede ser desde el fomento a actividades industriales, hasta para el cobro de créditos, manejo de fondos ejidales, operación de parques industriales, participación en el capital de sociedades, etc .

4) Fines : Siendo en este caso de interés público, como en el caso del fomento de actividades prioritarias, el desarrollo de zonas urbanas-industriales, el fomento a las exportaciones, desarrollo de nuevas tecnologías, etc.

5) Fideicomisario : Es el agrupamiento o entidad de beneficiarios, los cuales pueden ser ; ejidatarios, exportadores, pequeños y medianos industriales, etc.

6) Determinación de Ley: Esto quiere decir que cuando se pacte por disposición de Ley, se deberá señalar que se trata de un fideicomiso de carácter público .

El fideicomiso público se relaciona con la Banca Múltiple y la Banca de Desarrollo, y atendiendo a la reciente normatividad sobre el Servicio Público de Banca y Crédito en sus artículos 2., 9., 30 y 31, así como los lineamientos consignados en el Plan Nacional de Desarrollo en lo referente a los fideicomisos públicos que tengan por objeto cualquiera de las actividades encomendadas a la Banca de Desarrollo y constituídos por el Gobierno Federal, así como los constituídos por el Gobierno cuando su objeto no esté ligado a los encomendados a la propia Banca podrán llevarlos a cabo las instituciones de Banca Múltiple.

Por su parte la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su exposición de motivos plasma que el fideicomiso público se deriva del fideicomiso en general, siendo este un acto que implica una relación jurídica condicionada a la celebración del contrato

respectivo, esto último también se encuentra sustentado por la Suprema Corte de Justicia en diversas ejecutorias .

Ahora bien, partiendo de que los bienes del dominio público son inalienables y que los fideicomisos traslativos de dominio supondrían la extinción del derecho de propiedad, o bien el derecho del Estado sobre los bienes del dominio público, no cabe la posibilidad de constituir fideicomisos traslativos de dominio sobre bienes del dominio público de la federación; distinto que si los fideicomisos que mantuvieran el régimen del dominio público sobre los bienes fideicometidos y que de igual forma permitieran destinarlos a un fin determinado de servicio o interés público.

Por otro lado, en cuanto a los bienes privados, nada impide que sobre ellos las personas físicas o morales constituyan fideicomisos, siempre que se satisfagan las condiciones relativas de aprovechamiento y enajenación de bienes del dominio privado que cada tipo de fideicomiso implica .

Nuestra legislación vigente, llama a los negocios de fideicomiso " De interés público " cuando se trata de operaciones de fideicomiso constituidas por el Gobierno Federal donde participan entidades públicas en Instituciones Nacionales de Crédito o que el mismo para efectos de el artículo 66 de la Ley

Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, no será aplicable el plazo que establece la fracción III del artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y que desde 1945 hace referencia a la duración del fideicomiso constituido en favor de persona jurídica, el cual no excedería de treinta años, salvo los casos en que se designara como beneficiario a una persona jurídica de orden público o una institución de beneficencia, o bien en caso de que el fin fuera de manutención de museos artísticos o culturales sin fines lucrativos; además de que el Gobierno los declare como tales, teniendo de igual manera que los fideicomisos públicos una duración indefinida .

Por otra parte, en cuanto a la forma, tanto el fideicomiso público de interés público y el privado deberán constar por escrito, previa determinación del Congreso o del Ejecutivo Federal en caso de que sean instituidos por el Gobierno Federal, como ejemplo podemos señalar el fideicomiso de Conjuntos, Parques, Ciudades Industriales y Centros Comerciales mejor conocido como FIDEIN, cuya duración se determinó por Acuerdo publicado en el Diario Oficial el 24 de diciembre de 1970; o bien el Fondo de Garantía denominado FOGAIN, creado mediante Ley de 30 de diciembre de 1953 .

Cabe hacer notar que en la celebración del contrato y acto de creación se señalarán los derechos y obligaciones de la fiduciaria en el desempeño de sus funciones, así como los derechos del fideicomitente y los términos en que se otorgarán los mandatos; asimismo se fijarán las bases para la integración y funcionamiento del Organo de Gobierno del Fideicomiso y Comité Técnico, y la designación de Director o Gerente del Fideicomiso y Delegado Fiduciario. También se dice que dentro del panorama institucional, los fiduciarios públicos son las instituciones nacionales de crédito que disfrutan de concesión para operar; son las instituciones de crédito concesionadas por el Gobierno Federal para que actúen como fiduciarias .

Asimismo observamos que no existe disposición legal que impida de alguna manera la correspondencia entre el sector público de la operación con la institución que lo lleva a cabo, sin embargo, prácticamente los fideicomisos públicos son encomendados a las instituciones públicas, las cuales deben de estar sumamente preparadas en la captación de fideicomisos, además de que el Gobierno Federal se reserva la facultad de revocarlos cuando no exista disposición legal que ordene su creación, requiriéndole al Congreso de la Unión que derogue tal disposición .

De lo anterior podemos observar que, este tipo de fideicomiso se encuentra apoyando por normas legales de la materia, pero ante todo por disposiciones de orden administrativo, y en la práctica se apoya en sus contratos constitutivos y reglas de operación, así como en una serie de modalidades que lo transforman en figura jurídica de alternativa ágil y eficiente para la administración pública ; no obstante creemos conveniente la creación de manuales cuyo contenido defina la creación y extinción del fideicomiso público o en el caso de que este mismo llegue a perpetuarse como un órgano de la administración pública, los cuales llegarían a ser instrumentos de gran utilidad.

II. 9 .- FIDEICOMISOS TRASLATIVOS DE DOMINIO Y FIDEICOMISOS SIN TRANSMISION DE PROPIEDAD .

Este tipo de fideicomisos poseen por naturaleza un problema de gran trascendencia, el cual de acuerdo a nuestro análisis señalaremos que ; el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito utiliza la palabra " destina " con el ánimo de crear contradicción a la palabra " transmisión " sin dar pie a identificarlas plenamente. Consecuentemente en sus artículos 352 y 353 señala que la constitución del fideicomiso deberá ajustarse a los términos de la legislación, referente a la transmisión de derechos o de propiedad de los bienes que se destinen, mismo

que se refiere a que cuando se trate de inmuebles se deberá cumplir con los requisitos formales e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que surta efectos contra terceros, y en caso de tratarse de muebles surtirá efectos desde la fecha en que se lleven a cabo las formalidades señaladas en el artículo 354 de la propia Ley .

Ahora bien, dicha destinación surge como consecuencia de la transmisión hecha por el fideicomitente, la cual surtirá efectos en el momento en que los bienes o derechos salgan del patrimonio del fideicomitente ya que si éste los posee en su peculio incurrirá en un mandato más no en fideicomiso, y es por esta razón que el efecto traslativo de dominio es un elemento esencial en la definición de fideicomiso, ya que el hecho de que el fideicomitente se reserve determinados derechos no implica la no transmisión de propiedad, sino que significa que el fiduciario sólo podrá ejercer los derechos y acciones relacionadas con el fin del fideicomiso, y es entonces cuando el fideicomitente conserva el ejercicio de los derechos reservados y adquiere lo que el fideicomiso implica.

Afirmando lo anterior, podemos demostrar que en la transmisión de bienes o derechos integrantes de la universalidad jurídica de la relación fiduciaria no podría llevarse a cabo sin fideicomisario, el cual de acuerdo a lo señalado por el artículo 60 de la Ley

Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, menciona que los bienes fideicometidos no se incorporan al patrimonio de la fiduciaria, la cual debe registrarlos en cuentas separadas por cada fideicomiso relacionado con los diversos bienes que se le confien (sin propiedad) para que llegado al momento ella transmita a su vez la propiedad al fideicomisario, lo que por el contrario sin dicha transmisión no sería posible la realización del fin al que se destinan los bienes fideicometidos ,

Joaquín Rodríguez y Rodríguez afirma que el "fideicomiso traslativo de dominio origina una novedad dentro del derecho de propiedad, ya que aparentemente por el efecto traslativo de dominio se considera dueño al fiduciario, quien a decir verdad carece de voluntaria libertad en cuanto a disposición, disfrute y uso sobre los bienes fideicometidos, ya que dichas facultades se encuentran limitadas y la fiduciaria sólo es titular jurídica, no obstante que dicho título sea temporal y revocable, lo que deduce que una vez llevada a cabo la finalidad del fideicomiso el fideicomisario y en su caso el fideicomitente serán los " titulados económicos " (24), a quien van dirigidos los beneficios de la propiedad.

Cervantes Ahumada, expresa que, "La titularidad debe ser asimilada como una cualidad jurídica que determina el poderío de

una persona sobre el o los derechos de una relación jurídica sin que por esto sea el propietario "(25).

De lo anterior podemos señalar que el concepto "titularidad" no implica propiedad como se usaba en Roma, bajo las expresiones de "ius utendi", "ius fruendi" y "ius abutendi" (uso, disfrute y disposición de la cosa), ya que la propiedad que ejerce la fiduciaria se encuentra limitada tanto en sus facultades como en el disfrute económico; esto lo vemos sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al denominarla "propiedad fiduciaria" donde ésta sólo ejerce los derechos que el fideicomiso implica actuando sólo como retenedor, depositario, intermediario; sin olvidar que sólo en caso excepcional podrá gozar de los derechos y obligaciones al término del fideicomiso, cuando previamente se estipule.

Es por esta razón que no es posible señalar alguna fórmula universal, ya que habrá ocasiones en que las características del fin establecido, la naturaleza y amplitud de la fiduciaria que lo obligan a otorgar facultades, llegando a aparentar el dominio y disposición, sin que por ello llegue a ser propietaria plena, así como que en otras ocasiones por la insignificancia del fin y la limitada función de la fiduciaria, hacen innecesaria la transferencia de la facultad de dominio; donde dicha facultad dominical

transferida no es libre, ya que debe ser ejercida atendiendo a las instrucciones recibidas y sólo en caso de que no las hubiera la fiduciaria podrá actuar discrecionalmente, orientada al logro del fin fideicometido .

En el caso contrario, cuando la fiduciaria omitiera las instrucciones dadas por el fideicomitente y se apartara del fin perseguido, el fideicomitente podrá invalidar su acción jurídicamente, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 355 de la Ley de la materia .

" Ahora bien, entrándose de fideicomisos no traslativos de dominio, la facultad dominical la mantiene el fideicomitente, y este puede otorgarla o transferirla ya sea al fiduciario o bien al fideicomisario directamente, salvo en los casos en que el fiduciario cumpliendo con el fideicomiso transfiere oportunamente al fideicomisario dicha facultad, mediante un acto jurídicamente especial, distinto a la constitución del fideicomiso " (26).

En resumen, nuestra opinión acerca de este tipo de fideicomiso, va encaminada a demostrar de alguna manera la existencia de " transmisión de bienes o derechos" los cuales integrarán la universalidad jurídica a la fiduciaria, transmisión que como ya

mencionamos no podría llevarse a cabo si no existiera persona a quien se le transmitiera .

II. 10.- FIDEICOMISOS REVOCABLES Y FIDEICOMISOS IRREVOCABLES .

El fideicomiso revocable, reserva al fideicomitente la facultad de revocar en el acto constitutivo el fideicomiso, mientras tanto no llegue el momento de su extinción. Podemos mencionar que el artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala entre las causas de extinción del fideicomiso " la revocación hecha por el fideicomitente, cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso".

De lo anteriormente expuesto se deduce al fideicomiso en cuanto a su estructura normal, y en los casos en que la Ley lo autorice supondrá una duración preestablecida o bien indefinida, y en cuanto a la forma previa reserva por parte del fideicomitente, voluntariamente dará por concluído el fideicomiso; dicha revocabilidad unilateral del fideicomiso prueba que este se aparta de la configuración contractual, donde no se concibe la renovación unilateral de un contrato .

No obstante lo anterior, es dable pensar que no todos los fideicomisos son revocables, y aquí es donde podemos pensar en aquel que se constituye en virtud de un mandamiento legal, mientras dicho mandamiento tuviera vigencia, ya que el fideicomiso será un acto obligado o debido y no un acto libre.

Otra suposición de fideicomisos no revocables serían aquellos constituidos por testamento, donde una vez muerto el testador, el albacea o los herederos del fideicomitente ejercerán el derecho de renovación del fideicomiso constituido, ya sea en vida o por testamento por el fideicomitente en caso de que este expresamente hubiera señalado en el acto constitutivo tal derecho, para que de esta manera se le diera el nombre de revocación fundada en causa justificada.

Por otro lado tampoco serían revocables los fideicomisos constituidos por el propio fideicomitente o impuestos por la Ley en cumplimiento de una obligación; pensemos el caso de aquel fideicomiso constituido para garantizar la pensión alimenticia de los hijos cuando está de por medio el divorcio, ya que el propio fideicomitente no podría establecer la reserva de revocación unilateral, pues esta misma equivaldría a librarse de ésta obligación.

Ahora bien, cuando la revocación no puede tener efectos retroactivos, es porque de antemano el fideicomitente debe comunicar al fiduciario su deseo de revocar con el fin de que sea válido incluso frente a terceros, y así se lleven a cabo los actos de cumplimiento del fideicomiso, mientras no se lleve a cabo la publicidad necesaria de la revocación, como sería el caso de la inscripción en el Registro Público de la Propiedad, en el caso de fideicomisos constituidos sobre inmuebles, a contrario sensu, la fiduciaria será la responsable por los daños y perjuicios ocasionados por los actos de cumplimiento de un fideicomiso, si este los realiza posteriormente a la notificación de la renovación .

II. 11.- FIDEICOMISOS DE ADMINISTRACION, DE GARANTIA Y DE INVERSION .

Otra de las divisiones a que tuvo lugar el fideicomiso es la que vamos a analizar, la cual surgió de manera práctica y conveniente para las operaciones de las instituciones fiduciarias, como el caso en que los particulares evitaban gravámenes o molestias otorgando a las instituciones especializadas la administración y manejo de sus bienes, o bien cuando fiscalmente les resultaba mas económico transmitir un inmueble por medio de la constitución de un fideicomiso o bien cuando un fideicomiso de garantía resultaba mas sencillo y menos costoso que una garantía

prendaria hipotecaria, procedimiento que se ha ido modificando hasta comprenderlo de la siguiente manera :

Los fideicomisos de administración poseen características muy flexibles que permiten manejar fondos en cuentas separadas, existir mientras que perdure el fin y realizar múltiples operaciones; es por estas razones que se define al fideicomiso de administración como aquel en que el fideicomitente entrega bienes inmuebles al fiduciario, para que este a su vez se encargue de la celebración de contratos de arrendamiento, cobro de rentas, promoción de juicios de desahucio y lanzamientos, etc., todo esto con el fin de beneficiar al fideicomitente.

Dentro de los ejemplos que podemos citar se encuentra el fideicomiso liquidador de instituciones de crédito, establecido con el fin de administrar activos y pasivos de instituciones con problemas financieros, proteger derechos de terceros y proteger la seguridad y confianza característica de los bancos; otro ejemplo viene a ser el de la construcción de conjuntos habitacionales, con la finalidad inicial de edificación y posteriormente la cobranza y pagos de pasivos propios; y finalmente aquellos fideicomisos que tienen como finalidad la administración de una planta industrial, como es el caso del fideicomiso para el establecimiento y

operación de una planta manufacturera de guantes industriales, etc. .

Nuestra opinión acerca de este tipo de fideicomiso es que tiene por objeto como su nombre lo indica , solamente la ejecución de actos administrativos del fideicomiso en cuanto a sus bienes, como ya lo mencionamos en el caso de la celebración de contratos de arrendamiento, pago de impuestos territoriales, cobro de rentas, etc., con el afán de beneficiar al fideicomisario, para el manejo de sus valores o para el arrendamiento de sus inmuebles .

Por su parte los fideicomisos de garantía han contribuido en el impulso de la actividad bancaria, evolucionando en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 en la cual no existía impedimento para que las instituciones de crédito intervinieran como fiduciarias y fideicomisarias en un mismo contrato de fideicomiso, lo que ocasionó que los departamentos de crédito de los bancos otorgaran créditos garantizados con un fideicomiso de garantía; de esta manera los bancos aprovechaban la ejecución de la garantía en caso de que el deudor no cumpliera, y se llevaba a cabo sin necesidad de juicio previo ni autoridad especial judicial, simplificando de esta manera el costo del crédito y reduciendo los gastos .

Posteriormente surge una modificación al artículo 348 de la Ley Cambiaria y se le adiciona un párrafo, mismo que establece que es nulo el fideicomiso constituido en favor de la fiduciaria, superándose la ventaja que pudiera percibir la actividad crediticia y se argumentó que al ejecutarlo la institución en su propio beneficio, actuaba como juez y parte, dando lugar al abuso perjudicial del fideicomitente deudor .

" Por su parte la Asociación Mexicana de Bancos determina a este tipo de fideicomiso como " una operación fiduciaria cuyo objeto principal es garantizar con uno o varios bienes muebles o inmuebles el pago oportuno de un adeudo o el cumplimiento de una obligación a cargo del fideicomitente, en el cual se pacta que en caso de incumplimiento del adeudo u obligación garantizada, el fiduciario ejecutará el fideicomiso llevando a cabo la venta de los bienes o derechos fideicometidos y con el producto de la venta que se obtenga se deducirán los gastos y se hará el pago al fideicomisario o acreedor; y en caso de cumplimiento se revertirá la propiedad de los bienes fideicometidos al propio fideicomitente, quedando de esta manera concluida la función de la fiduciaria"(27).

Como característica principal de este tipo de fideicomiso; es siempre que el objeto vaya dirigido a la búsqueda de la

recuperación del crédito, la garantía se complementará con asistencia técnica tanto de identificación como de evaluación de proyectos financieros durante su desarrollo, así también podemos observar que éstos funcionan complementariamente a los que realizan operaciones de crédito y descuento con la finalidad de crear un sistema integral de apoyo financiero a alguna actividad, tal es el caso del Fondo Especial de Asistencia Técnica y Garantía para Créditos Agropecuarios, integrante del FIRA (referente a los Fondos Instituidos en Relación con la Agricultura).

Asimismo, podemos observar que proporcionan seguridad al fideicomitente o fideicomisario porque el pago efectivo y la preferencia que trata de obtener el acreedor o el vendedor quedan asegurados tanto para el caso de incumplimiento mediante el valor de un determinado bien, invistiendo a la institución fiduciaria de legitimación para realizar el valor de dicho bien, ya sea a través de una venta única o mediante una serie de ventas, lotes de un fraccionamiento, construcción de casas, locales o departamentos bajo el régimen de condominio .

Por último, haremos alusión a los fideicomisos de inversión, mismos que al decir de Rodolfo Batiza los define diciendo que :

" Son aquellos que consisten en el encargo hecho por el fideicomitente al fiduciario de conceder préstamos con un fondo constituido al efecto ; celebrándose de ésta manera dos o mas contratos: primeramente el de fideicomiso y ,posteriormente en ejecución del mismo el de o los de mutuo "(28).

En el primer caso se consignan: nombre, razón social o denominación de las partes integrantes (fideicomitente, fiduciario y fideicomisario), suma de dinero que constituye el fondo, fin del fideicomiso, disposición del otorgamiento de préstamos a interés y demás clausulas integrantes del contrato, como la irrevocabilidad del fideicomiso durante la vigencia del mutuo, la obligación del fiduciario de actuar como " buen padre de familia ", su responsabilidad en caso de pérdidas y menoscabos del fondo causados por su culpa, monto de sus honorarios y comisiones, el apego de los contratantes a los tribunales del lugar de la celebración del contrato, etc; y en el segundo caso, o sea en la ejecución del fideicomiso se otorga el contrato de mutuo, mismo que establece el plazo del vencimiento, tasa de interés, y en su caso la forma en que se va a garantizar la devolución del préstamo.

28) Rodolfo Batiza. Ob. Cit. p. 89

A este tipo de fideicomiso también se le conoce como fideicomiso de inversión con finalidades múltiples y lo podemos definir :

" Como aquellos fideicomisos mediante los cuales el fideicomitente entrega determinada cantidad de dinero al fiduciario, para que ésta sea invertida en valores bancarios de renta fija a determinado plazo y productividad en beneficio del propio fideicomitente o de los fideicomisarios que el propio aportante de recursos determine "(29).

Se le llama de inversión con finalidades múltiples por que permiten el sostenimiento de actividades sociales, culturales, deportivas, educativas, asistenciales, turísticas, etc; o bien porque el destino de la inversión de estos fideicomisos es de diversa naturaleza, otros mas destinan recursos extraídos del Gobierno Federal para la realización de obras públicas que generalmente no son recuperables directamente, por lo que se les llama inversiones a fondo perdido; como ejemplo podemos señalar el fideicomiso para Obras de Infraestructura Rural .

"Asimismo, otros fideicomisos de inversión se refieren a los apoyos de capital, temporal y complementariamente a industrias en proceso de crecimiento con escasez de capital, tal es el caso

29) Eduardo Cerizzo Mac Gregor. Asociación Mexicana de Bancos Memoria Comisión de Fideicomiso. Seminario sobre la Comercialización de los Servicios Fiduciarios. Morelia 1985 p. 7

del Fondo y Apoyo a la Agroindustria y el Fondo Nacional de Fomento Industrial (fomin), el cual participa con capital de riesgo en el capital social de empresas agroindustriales, y como pequeña y mediana industria en función de su capital respectivamente"(30).

En consecuencia, podemos decir que este tipo de fideicomisos aportan de manera temporal y minoritariamente capital otorgando la opción de compra de la proporción del capital propiedad del fideicomiso a los socios de la empresa, facilitando la opción de contar con capital de largo plazo que permita consolidar su operación sin desapropiarse de la misma y así evitar costos financieros derivados del crédito .

II. 12. - FIDEICOMISOS GRATUITOS Y FIDEICOMISOS ONEROSOS .

Considerando la causa o motivo que motiva al fideicomitente a constituir dicho fideicomiso, podríamos también dividir a la institución fiduciaria en gratuita u onerosa, atendiendo al tipo de fideicomiso que se quiera constituir, por ejemplo: podemos señalar el caso de una persona que libremente constituye un fideicomiso gratuitamente en favor de determinada persona, o bien en el caso de un fideicomiso constituido en favor de los acreedores del fideicomitente con el objeto de satisfacerles un crédito; en donde

30) Clemente Licon Baca. Ob. Cit. p. 99.

podemos observar que la causa que dió origen al fideicomiso en los casos anteriores fué gratuita y onerosa respectivamente. Es por esta razón que el beneficio del fideicomisario no necesariamente supone un enriquecimiento por parte suya, sino que puede suponerse también de un tercero extraño al acto que se convierte en beneficiado; por lo que consecuentemente podemos manifestar que se puede dividir el fideicomiso en gratuito a oneroso, atendiendo a la causa que originó su constitución más no al carácter remunerado o gratuito de su administración y con el fin de entrar un poco más a fondo en ésta situación;

" Si suponemos que en un fideicomiso, quien presta los servicios y a cambio de ello percibe una remuneración es precisamente la institución de crédito, lo que por el contrario resultaría gratuito el negocio por la abstención del fiduciario de percibir honorarios; más sin embargo no existe razón alguna al pensar que una institución de crédito que se constituye con el fin de lucro por los servicios que presta, los lleve a cabo gratuitamente "(31).

La legislación panameña establece que " todo fideicomiso se entiende remunerado " y si esto lo unimos con el principio que señala que " el fiduciario tiene derecho a cobrar los mismos honorarios que la Ley otorga a los tutores, salvo pacto en contrario

" nuestra opinión se inclinaría por justificar tal encargo, ya que las gestiones que realiza el fiduciario van encaminadas al beneficio de un tercero mejor conocido como fideicomisario y por consecuencia no se puede esperar que una persona por atender asuntos ajenos desatienda los propios sin que medie un beneficio; pero no obstante lo anterior, no podemos descartar que gratuitamente el fiduciario preste sus servicios .

En consecuencia, el caracter de gratuito del fideicomiso no es la esencia, puesto que observamos que en ocasiones el fideicomitente con el fin de liberarse de alguna obligación constituye un fideicomiso; o bien en otras ocasiones el propio fideicomitente le impone al fideicomisario cargos equivalentes a los beneficios llegando incluso éstos a ser superiores; cosa que a nuestro modo de ver y pensar no existe el fideicomiso gratuito, sino más bien ventaja por parte del fideicomitente, cuando impone ciertas cargas al fideicomisario con el fin de obtener algún beneficio o liberarse de alguna obligación .

II. 13.- FIDEICOMISOS CON FIDEICOMISARIO DETERMINADO Y SIN EL .

Estos tipos de fideicomisos se encuentran regulados por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, misma que en su artículo 346 señala que el fideicomitente es la persona que destina ciertos bienes a un fin lícito, con voluntad propia para afectar sus bienes en fideicomiso y que aunado a la aceptación del fiduciario hace posible la realización del fideicomiso; por lo que podemos afirmar que la presencia del fideicomiso no es sumamente indispensable, ya que esta se puede integrar en la personalidad del fideicomitente, puesto que se sabe de algunos casos en los que no sería posible admitir la intervención del fideicomisario como una persona determinada, como es el caso del fideicomiso constituido con finalidad de beneficencia, cultural, etc, donde no se determina el fideicomisario en el momento de la celebración del acto.

Por su parte el artículo 347 de la misma Ley reafirma lo antes expuesto al señalar que el fideicomiso será válido aún cuando se constituya sin señalar fideicomisario, siempre y cuando el fin sea lícito y determinado. Además se contempla que la Ley otorga preferencia a la afectación en fideicomiso que desea realizar el fideicomitente cuando señale fideicomisario determinado

relegándolo a un segundo plano; ya que como se contempla en dicha Ley el beneficio puede estar establecido en favor del propio fideicomitente .

Como señalamos anteriormente en el fideicomiso aparecen tres personas, siendo el beneficiario persona distinta al fideicomitente, lo que jurídicamente se conoce como una estipulación en favor de tercero, por lo que atendiendo a lo dispuesto en el artículo 355 de la Ley de la materia, el fideicomisario adquiere interés en la realización del fin, ya que va a recibir el beneficio que el fideicomitente previamente ha convenido con la fiduciaria; y es aquí donde se observa la distinción con los contratos plurilaterales ya que sus intereses son diversos y sucesivos, puesto que en el contrato de fideicomiso una vez que el fideicomisario se integra en la relación jurídica tendrá el derecho de exigir el mismo derecho que con anterioridad correspondía al fideicomitente .

Sobre el particular, nos corresponde opinar en el sentido de que, si la plurilateralidad del fideicomiso radica en la intervención de tres personas más no de tres partes, la diferencia radica en que una parte es representada por el fideicomitente y su beneficiario, caso contrario en que si se tratara de tres personas, el fideicomisario asumiría derechos y obligaciones sobre el fideicomitente originados por el propio fideicomiso; por lo que

podemos decir que la aceptación del fideicomisario del derecho creado en su favor atendiendo a lo dispuesto por el artículo 357 fracción II de la propia Ley atañe jurídicamente en la ejecución del fideicomiso para aceptar o rechazar la estipulación creada en su favor .

Cuando el fideicomisario acepta expresa o tácitamente la estipulación en su favor se desliga del fideicomitente y en caso de no aceptar se extinguiría, cuando no existiera probabilidad de revertir el fideicomitente y entonces se le denominaría como " no nacido " tal y como lo señala el artículo 1871 del Código Civil, o bien en el caso de que sea imposible su realización como lo señala el artículo 357 antes comentado .

Por otra parte se dice que la aceptación del fideicomisario es necesaria para el perfeccionamiento del propio fideicomiso, pese a que los derechos de éste nacen en el momento de la perfección del fideicomiso o bien cuando su exigibilidad se encuentre ligada con ciertas condiciones, caso en el cual se retrasaría el perfeccionamiento de la propia estipulación, tal y como lo podemos observar en el artículo 1870 del Código Civil en relación con el artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ahora bien, la irrevocabilidad natural del fideicomiso no es necesaria para no considerarlo como estipulación a favor de tercero, ya que el fideicomiso constituido con beneficiario, llámesele fideicomisario, lejos está de compararse con los terceros a que hacen referencia los artículos 353 y 354 de la Ley en cuestión, a los que en un momento pudiera perjudicar la operación; ya que al igual que como manifiesta el estudioso del derecho Barrera Graff, no asimilamos que un tercer beneficiario intente basarse en el artículo 354 en contra del fideicomiso, cuando en vez de esto se limitaría a no aceptar el beneficio que le será otorgado .

No obstante lo anterior, el legislador previó la posibilidad de perjuicio del fideicomiso frente a terceros en el artículo 351 párrafo primero de la Ley de la materia, al señalar que pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que conforme a la Ley sean estrictamente personales de su titular .

Por último señalaremos que, la norma básica aplicable a la posición jurídica del fideicomisario se encuentra plasmada en el artículo 355 de la Ley en cita, misma que establece que :

" El fideicomisario tendrá además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria, el de atacar los actos

que ésta cometa en su perjuicio, de mala fé o en exceso de sus facultades que por virtud del acconstitutivo o de la Ley le corresponda, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que consecuencia de estos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso .

En caso de que no exista fideicomisario determinado o cuando éste sea incapaz, los derechos a que se refiere el párrafo anterior corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público según el caso " (32).

En conclusión, nos adherimos a la opinión del maestro Joaquín Rodríguez al afirmar que cuando existe fideicomisario, este posee los derechos que se establezcan en el propio acto o contrato, atendiendo a su naturaleza propia, además de que legalmente puede exigir a la institución fiduciaria el estricto cumplimiento de lo convenido, incluso reivindicar los bienes cuando hayan sido separados por el fiduciario del patrimonio especial con mala fé o con exceso de sus facultades, no siendo esta acción reivindicatoria propia, ya que se le otorga a quien no es propietario contra quien si puede serlo, con la finalidad de restituir los bienes al patrimonio de un tercero (fiduciario), mas no en favor del titular de la acción (fideicomisario) .

C A P I T U L O I I I

NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO

A lo largo de nuestro trabajo y como resultado de la adaptación del trust anglosajón en los sistemas jurídicos de ascendencia romana, nos dimos cuenta de que fué tanta la impresión de los legisladores por las diversas aplicaciones que tiene hasta la fecha en los pueblos ingleses, que hubo la necesidad de crear un concepto basado en diversas teorías .

Asimismo, han sido bastantes las tesis sustentadas que tratan de dar alguna explicación en torno a ésta figura y muchas más las que habrán de sustentarse, que partiendo de todas esas bases estamos concientes de que nos encontramos ante una institución cambiante, ya que su evolución es día con día y hasta cierto punto podemos pensar que es inalcanzable e indescifrable.

Ahora bien, en el derecho mexicano la fuente formal es el procedimiento legislativo; el producto jurídico es la Ley, misma que ante las demás fuentes posee supremacía, por lo que el artículo 19 del Códig Civil para el Distrito Federal señala que : "Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la Ley o a su interpretación jurídica ". Por su parte el artículo 10 del propio ordenamiento confirma lo expuesto al

señalar que " contra la observancia de la Ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario", tal y como lo sustenta el artículo 14 Constitucional. Es por esta razón que nuestra estructura jurídica que consideramos necesario incluir en nuestro trabajo las diversas teorías aplicativas al fideicomiso, en cuanto a su naturaleza jurídica se refiere .

III.1.- EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO JURIDICO .

Para poder hablar de esta teoría, comenzaremos diciendo que el Estado protege y reconoce la libertad del hombre por medio del orden jurídico, y la cual se sitúa en la autonomía de la voluntad manifestada en sentido amplio o restringido.

Dicha libertad denominada contractual crea o modifica los negocios jurídicos, los cuales exteriorizados por el hombre traen consigo consecuencia jurídica .

Autores Italianos definen al negocio jurídico como : "El acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios, en las relaciones con otros (actos de autonomía) y al que el derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico social que caracteriza su tipo (típicos en este sentido) " (33).

" Los actos jurídicos en sentido estricto y los negocios jurídicos difieren en cuanto a la manifestación de la voluntad, ya que los primeros tienen como finalidad la creación de determinadas consecuencias jurídicas y en los segundos los efectos son involuntarios de quien los realizó " (34).

" A consecuencia de la deficiencia normal de Leyes y Códigos que no prevén ciertas situaciones, nacen los negocios jurídicos, cuyos efectos provienen de la fenomenicidad (resultado exterior), voluntariedad (capricho del acto) y el propósito (del agente)"(35).

El trust, incorporado a la tradición Romana no implica una traslación de la institución inglesa al orden jurídico mexicano pues el concepto de equidad y derecho estricto se encuentran limitados, ya que la costumbre, la jurisprudencia y la equidad son representantes de nuestro derecho, mismos que poseen características propias; por ejemplo la equidad en nuestro sistema se aplicará en los casos en que no haya disposición sujeta a una situación especial, cuando se hayan agotado otros recursos de interpretación, y no exista contrariedad entre un principio general y la norma de equidad aplicable al caso en particular. La costumbre, plasmada en los artículos 1. y 2. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que los actos a que se hace referencia se encuentran establecidos en la propia Ley y en las

34) *ibid.* p. 26.

35) Albaladejo Manuel. *El Negocio Jurídico*. Ed. Bosch. Barcelona 1968.
p. 42 Citado por Martínez Domínguez Ob. Cit. p. 181

Leyes especiales relativas; a falta de éstas por la legislación mercantil general y en su caso por los usos bancarios y mercantiles .

En relación a lo antes expuesto confirmaremos que se trata de una fuente supletoria del derecho, para lo cual el autor Nussbaum Arthur afirma que : " particularmente es cierto que una nación puede pedir prestado un concepto jurídico extranjero, pero no puede pedir prestada una tradición de siglos " , esto es que la institución anglosajona del trust fué la causa de nuestro fideicomiso, siendo una especie de elemento subjetivo inherente en el espíritu del legislador con la finalidad de crear normas jurídicas, influencia en nuestro derecho, por negocio jurídico por su gran versatilidad, amplitud de objeto y fines a desarrollar, ya que como en ciertos contratos, las partes se sujetan a los preceptos legales que específicamente los regulan, como sucede en el caso del mandato o en el arrendamiento, además de que toma como forma jurídica la necesaria con el objeto de alcanzar el fin propuesto.

Los medios adecuados existentes para demostrar que el fideicomiso es un negocio jurídico, los podemos encontrar en el fin mismo para el que fué constituido, la designación del fiduciario y en la del fideicomisario, asimismo también en la exposición de

motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito cuando menciona que " El fideicomiso expreso puede servir en propósitos que no se lograrían sin él, por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación " , con lo que nos podemos sostener al señalar que el fideicomiso frente a la teoría de los actos jurídicos constituye un negocio jurídico porque:

" En su variedad de modalidades y en su estructura, posee el origen y desarrollo de la actividad humana, ya que las modificaciones que ha sufrido con el transcurso del tiempo no han sido con el fin de perder su estructura básica original, sino que tales modificaciones se han adaptado a las necesidades de la época " (36).

III. 2 . - EL FIDEICOMISO COMO PATRIMONIO AFECTACION .

Entre los estudiosos del derecho, la mayoría opina que la interpretación del fideicomiso se inspiró en la definición del trust, elaborada anteriormente por el francés Pierre Lepaulle como:

" Una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo, sujeto de derecho y cuya unidad está

36) Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Segunda Época, # 6
Julio - Septiembre 1981. Nuevo León p. 37.

constituída por una afectación que es libre dentro de los límites de las Leyes en vigor y del orden público(37) y que posteriormente fué modificada, para llegar a ser considerado como : Una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derecho que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación " (38).

Por otra parte, al hacer nuestro análisis de los elementos del trust, observamos la existencia de dos:

a) Un patrimonio distinto que supone la existencia de un conjunto de derechos sobre los que el trust operaba, no obstante que por ello que la finalidad del trust fuera el único elemento. Por lo que este patrimonio forma parte de un todo distinto que no pertenece a nadie, ya que por un lado no es del settlor porque se estaría hablando de una donación con carga o estipulación a favor de tercero, y por otro lado tampoco se le atribuiría al cestui que trust porque la figura principal de la afectación se convertiría en administrador, mandatario o tutor pero jamás de un trustee .

Asimismo podemos observar que los derechos patrimoniales a que hacemos alusión forman parte de un todo aislado, distinto,

37) Ricardo Alfaro J. Adaptación del Trust del Derecho Anglosajón al Derecho Civil.
Cursos Monográficos Vol I. La Habana Cuba. 1948. p. 31

38) Pablo Macedo, traductor. La naturaleza del Trust, revista general de Derecho y Jurisprudencia, Tomo III, 1931.p.

con individualidad propia, donde los derechos que confiere el patrimonio son impersonales, y si hubiese que nombrar un propietario, sería en este caso el propio patrimonio y el trustee sería el administrador de los bienes .

b) La afectación en tratándose del patrimonio, es la que se refiere a los motivos por los cuales se creó el trust, misma que se basa en las directrices establecidas, donde el trustee viene a ser sujeto de los derechos que realice en la afectación y siendo éste imprescindible dentro del funcionamiento.

Por su parte, Landerreche Obregón, en su obra escrita sobre el fideicomiso, al referirse al fideicomiso precisa y califica como acertada la reglamentación de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y apoyando de alguna manera la teoría de Lapaulle señala que :

" Resulta económica y jurídicamente fundada la formación de un patrimonio autónomo destinado a un fin lícito, sin que necesariamente tenga como requisito la existencia de un propietario determinado, ya que éste opera por condición de un órgano para que realice el fin que se persigue " (39).

De lo anterior podemos observar que Lepaulle, justifica en el derecho anglosajón, que el trust ha sido constituido por un

39) La Naturaleza del Fideicomiso en el Derecho Mexicano. Revista Jus. Tomo X No 50. México, 1942, p. 193 y sig

patrimonio y por una afectación sin que exista relación entre los sujetos; por lo que al propio fideicomiso se le imputarán todas las características de una persona jurídica .

Ahora bien, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en sus artículos 346 y 351 segundo párrafo, establece los elementos aludidos con anterioridad, siendo conveniente transcribirlos con el fin de externar nuestra opinión, por lo que señalaremos que: " en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria " , además de que " los bienes que se dan en fideicomiso se considerarán afectos al fin que se destinan " ; donde en ambas disposiciones observamos la influencia de Lepaulle en nuestra Ley actual, cuando cita como ejemplo la afectación de patrimonio sin titular, misma que tachamos de inaceptable, ya que la afectación del patrimonio requiere de personalidad jurídica inherente al sujeto de derecho titular del patrimonio .

Dicho de otra forma nosotros asimilamos que : Lepaulle pretende que existan derechos sin sujeto, y si de alguna manera analizamos a Brinz y Bekker, cae por suelo el argumento lógico de García Maynez en el sentido de que :

" Todo derecho es a fortiori, facultad jurídica de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado. Hablar de derecho sin titular es contradicción, ya que entre los conceptos de deber y persona existe una relación idéntica a las de las ideas su sustancia y atributo " (40).

Asimismo, entrandose de fideicomiso cada una de las partes que lo integran posee personalidad jurídica, sin llegar a ser esta una personalidad jurídica del negocio; ya que dentro de nuestro derecho no se puede concebir la existencia de un patrimonio sin titular y mucho menos que éste posea personalidad jurídica propia, tan es así que nuestra Ley reconoce personalidad jurídica de las partes, transmisión y patrimonio propios, siendo estos necesarios para realizar las formalidades del fideicomiso de que se trata .

Por lo que a nuestra opinión, con el fin de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, no estamos de acuerdo con la teoría del patrimonio afectación sin titular, sustentada por Lepaulle, ya que en el fideicomiso existe una unidad patrimonial que proviene de la Ley y de la cual se derivan derechos y obligaciones, en cuya posibilidad de ejercicio de la fiduciaria, esta se encuentra sometida al fin de el negocio siendo la fiduciaria su titular además

40) Introducción al estudio del Derecho Ed Porrúa, S.A México 1940, p.285.

de ser ésta quien realice la afectación del patrimonio al fin propuesto .

Para finalizar señalaremos que, los efectos de la afectación fiduciaria son la constitución de un patrimonio integrado por los bienes afectados, respecto de los cuales sólo se puede ejercitar las acciones y derechos que el fideicomiso implique, así como los adquiridos con anterioridad a la constitución de este por el fideicomisario o terceros, atendiendo a lo dispuesto por los artículos 351 segundo párrafo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito .

III. 3.- EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO .

Juristas Alemanes e italianos han dedicado gran parte de sus investigaciones en el estudio del negocio fiduciario con el fin de aportar una definición.

Tal es el caso de Grassetti que lo define como : "Una manifestación de voluntad con la que se atribuye a otro, una totalidad de derecho a nombre propio en el interés del transmitente o de un tercero "(41).

41)Grassetti, Cesare, Del negozio Fiduciario e Della sua ammissibilità del nostro ordinamento giuridico. Revista del diritto Commerciale del Diritto Generale delle obbligazioni, 1936. Obra citada en el estudio sobre el Fideicomiso.

Puliese, denomina "fiduciarios a aquellos negocios por medio de los cuales una parte transmite a otra plena titularidad de un derecho contra la promesa de quien adquiere, de retransmitir el derecho mismo al enajenamiento o a un tercero, con la modalidad de que efectúe un cierto fin práctico " (42).

"Finalmente, en nuestro país Barrera Graff da una definición plenamente satisfactoria señalando que el negocio fiduciario es aquel en virtud del cual una persona transmite plenamente a otra ciertos bienes, o derechos, obligándose ésta a afectarlos a la realización de una finalidad lícit y determinada, y como consecuencia de dicha finalidad, obligándose a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o a revertirlos en favor del transmitente " (43).

El negocio fiduciario goza de ser integrante de los negocios indirectos, con la firme intención de obtener un efecto jurídico, cuyos elementos nos reflejan que se trata de un negocio único integrado por dos diferentes relaciones : una real que consiste en la transmisión de un bien o de un derecho al fiduciario, y otra obligatoria mediante la cual el fiduciario se obliga a afectar los bienes o derechos al fin para el que fueron creados para que con posterioridad se retransmitan. Se dice que funcionan en conjunto

42) La similitudine del negocio fiduciario. Cedan Padova, 1938.

43 Estudios de Derecho Mercantil, ed. Porrua, S. A. México 1958 p. 317.

para que de esta manera se pueda hablar de la cognosción del negocio jurídico con autonomía propia .

Otro elemento se puede apreciar en la transmisión de la propiedad o titularidad de ciertos bienes o derechos a la fiduciaria, adquisición plena y absoluta en contra de que la fiduciaria adquiera una propiedad relativa o formal. Dicho de otra manera si se es o no se es propietaria de los bienes, pues no existen dos tipos de propiedades (interna y externa como suponen), por el contrario sólo existe una que se hace valer frente a todos .

Por lo anteriormente señalado, nuestra opinión va enfocada a la transmisión de propiedad, siendo válido el derecho del fiduciario que está sujeto a la obligación de destinar a una finalidad determinados bienes o derechos.

" Depende de la situación de cada una de las partes para que exista subordinación resolutoria y absoluta, dejando sin efecto cualquier disposición opuesta a la finalidad. Por lo que se debe actuar neutralmente en las disposiciones; ya que en el caso de que predominara la real se trataría de un acto de dominio simplemente, y en caso de que sobresaliera la personal u obligatoria desaparecería totalmente la función del fiduciario"(44) .

Además, como lo señalamos con anterioridad el fiduciario es titular de los bienes y derechos, adjunto de que posee la obligación de realizar los fines del negocio; consecuentemente a la transmisión, no habrá acción reivindicatoria frente a terceros adquirentes, pudiendo sólo llegar a ejercitar una acción por daños y perjuicios. Por lo que si no admitieramos esencialmente la transmisión del negocio, estaríamos apoyando la acción reivindicatoria .

En conclusión, se dice que económicamente hablando los beneficiarios son el fideicomitente o un tercero, cuyos derechos son personales mas no reales ya que la transmisión plena que se realiza del fideicomitente al fiduciario, tiene características especiales, a causa de que la realización del fin del negocio se encuentra limitada. Por lo que Barrera Graff y Grasseti afirman que : "No se origina un nuevo derecho real a causa de la transmisión, sino que sólo se le atribuyen efectos diversos, como en el caso de los negocios fiduciarios, que la transferencia es temporal, únicamente limitada al cumplimiento de la finalidad prescrita sin que aumente el bien objeto de la transmisión en el patrimonio del fiduciario " .

Finalmente, el elemento personal u obligacional consiste en la obligación que tiene el fiduciario de afectar los bienes o

derechos con el fin de realizar determinado encargo impuesto en forma lícita, denominado " pacto oculto " por Arrechea Alvarez, y no es otra cosa mas que una relación negativa, es decir la obligación impuesta de afectar frente a la positiva real mejor conocida como " transmisión " , entendiendo que el fin debe estar reglamentado por las partes, siendo preciso y lícito para no incurrir en fraude de acreedores o bien en simulación .

" Barrera Graff menciona que, otro elemento más consiste en la causa del negocio fiduciario, señalando que en los negocios típicos son aquellos relacionados a una causa específicamente admitida por el ordenamiento jurídico y basado en las necesidades económicas y sociales; donde la normatividad de estos constituye un verdadero problema en cuanto a reglamentación legislativa expresa se refiere y siendo estos calificados por el derecho positivo " (45).

Sostenemos que, específicamente un contrato reglamentado o bien nonimado siempre será típico, sin embargo no todo contrato típico será nonimado, ya que puede no estar reglamentado aunque posea alguna causa referida .

Ahora bien, dentro del derecho moderno, la causa puede ser propia de cada contrato reglamentado y genérica por la aceptación

de las necesidades económicas cambiantes y las exigencias políticas transitorias o permanentes. Por su parte los negocios atípicos pueden referirse a una causa genérica, siendo ésta admitida por el derecho, la cual, fundada en la libertad contractual hará un negocio lícito; por lo que será un problema de causa la atipicidad, ya que dentro de determinado ordenamiento jurídico la finalidad de la licitud será perseguida .

" Es de esta forma, que la causalidad de los negocios se nos muestra doblemente: por la tipicidad legal y la tipicidad social. Los negocios típicos aún cuando no se integren dentro de la taxatividad de las causas específicas " in genere " deben ser admitidos por la conciencia social, por responder a una exigencia práctica, legislativa y a un interés social perdurable " (46).

No obstante lo anterior, es necesario señalar que el negocio fiduciario ha sido reconocido y plasmado por el legislador en el artículo 1858 del Código Civil para el Distrito Federal, donde implícitamente se admite la causa genérica como aceptable para atribuir el carácter de licitud a las causas genéricas de los negocios atípicos, dando primacía a las situaciones que la vida comercial y económica desarrollan, e interpretándola jurídicamente. Por su parte Carriota Ferrara señala que :

" El negocio fiduciario nace de esta forma, para reparar la grave omisión de un derecho, que encerrado en algunas instituciones formales, en algunas ocasiones se muestra avaro respecto del medio, tendiente a la satisfacción de las necesidades más elementales de la economía " (47).

Por lo anterior el negocio fiduciario es ; Un negocio integrado por un negocio válido ante terceros y que por otro negocio jurídico oculto responde a la finalidad perseguida, además de tener validez entre las partes que lo integran.

Un negocio indirecto, ya que hace uso de un medio jurídico-idóneo con la intención de alcanzar el fin propuesto .

Un negocio no tipificado por la Ley, ya que ésta ni lo concibe ni lo reglamenta, siendo de esta manera ilícito y extralegal con la intención de violar los lineamientos legales.

Cabe aclarar que al hablar del convenio oculto, este no es oponible a terceros y no existe la certeza de que alguna de las partes pueda alegar a otra la mala fé, pudiéndose aplicar el principio NEMO AUDITUR PROPIAM TRUPITUDINEM ALLEGANS cuyo significado es que la justicia se rehusará al

demandante cuando no pueda invocar por él un acto inmoral en apoyo de su demanda.

III.4. - EL FIDEICOMISO COMO MANDATO,

El jurista Panameño, Ricardo Alfaro, inspirador de nuestra Ley de 1926, quiso adaptar el trust anglosajón a los sistemas norteamericanos de ascendencia romana, definiendo al fideicomiso como un contrato sui generis, y en especial como :

" Un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario"(48).

Por lo que sostiene que el fiduciario desempeña la función encomendada por el fideicomitent, situación que la jurisprudencia define como mandato; y el contrato de mandato es aquel por medio del cual una persona se obliga a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra, en el cual el fiduciario tiene el carácter de mandatario y el fideicomitente de mandante .

48)El trust, del Derecho Ingles, Panamá, 1920, p.48

Podemos hacer un poco de historia señalando que en el fideicomiso romano, al fiduciario se le permitía desempeñar un encargo al ser instituido como heredero; en el trust anglosajón se le confería el título legal sobre los bienes y en ambas situaciones se ejecutaba un encargo por cuenta del constituyente, mejor conocido como testador .

Asimismo, dicho autor menciona que las características de revocabilidad y de extinción del mandato no serían eficientes en el trust, por lo que posteriormente origina el concepto de mandato irrevocable, definiéndolo como " Aquel por medio del cual el fideicomitente se desprende del dominio de las cosas objeto de fideicomiso " . Situación que originó miles de críticas por lo que suprimió la denominación de mandato irrevocable, sustituyéndola por la de acto, considerando a los tres elementos del fideicomiso, siendo estos :

Transmisión del patrimonio, el destino que se dá al patrimonio y el encargo . Por lo que en conclusión se deduce que :

" La naturaleza del fideicomiso se encuentra en la transmisión del patrimonio porque dicha transmisión es la que regularmente engendra en el fiduciario el derecho de dominio"(49).

49) El Trust en el Derecho Civil, revista Jus No. 97, Mex. Agosto 1948, p. 185

En nuestra opinión, el concepto de Fideicomiso al mandato irrevocable no es correcto, pues como menciona el jurista Molina Pasquel; en el Derecho Civil al referirse a las instituciones, éstas no van en función general con otras del mismo ordenamiento, se encuentran faltas de técnica, y señala :

" Fuera aceptable la definición si el Fideicomiso resultara simplemente una modalidad o variante del mandato, como lo es el mandato irrevocable, ya que existen muchas diferencias entre sí, principalmente en la enajenación yuxtapuesta, siendo imposible considerarlo como mandato " (50).

Por su parte, el artículo 2596 del Código Civil prevee la figura del mandato irrevocable, y Molina Pasquel adhiriéndose con tal ordenamiento señala que su efecto es no poder impedir la ejecución de los actos materiales del mandato al mandatario, sin abstener al mandante de la facultad de realizar los propiamente, que constituyendo una distinción con el trust ya que el trustee es el único titular de los bienes y el dueño conforme a la Ley, en otras palabras es el " Legal owner " respecto de los derechos y obligaciones relativos a los bienes.

En caso de que el mandato constituya la entrega de bienes al mandatario, esta no implica la transmisión de la propiedad de los

mismos, ya que a diferencia del fideicomiso " los bienes del mandante que posea el mandatario, podrán ser objeto de acciones de los acreedores del primero, puesto que forman parte de su patrimonio, y el mandatario no puede oponerse ni tampoco excepcionarse ". Los bienes fideicometidos no se encuentran en poder del fideicomitente y no pueden sus acreedores ejercitar acciones sobre ellos, a diferencia del mandatario, el fiduciario puede a título propio oponerse .

Distintamente, la integración del patrimonio en el fideicomiso se encuentra sujeto a la realización de un fin, sin llegar a ser objeto de secuestro, lo que podemos ver plasmado en el artículo 12 de la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, cuando señala que, se consideran inembargables cuando el patrimonio respecto del cual se confiere el mandato, se encuentre dentro del haber del mandante. Por lo que existe facultad alguna para incluir al fideicomiso como mandato sin representación, pese a que en los mismos existen relaciones entre el mandatario o el trustee y los terceros, por lo que en el mandato afectará el patrimonio del mandante, cosa que no podrá suceder en el fideicomiso.

Nos adherimos a lo anterior, con la opinión de Alfaro cuando señala que :

" Para lograr los fines del trust en el sistema civil, es indispensable hacer del trustee un propietario ordinario y regular, en capacidad de gozar y ejercitar todas las facultades y atributos inherentes al derecho de dominio "(51) .

Por lo que finalmente concluimos diciendo que , el mandato y la transmisión jurídicamente son distintos, porque o bien hay mandato sin transmisión o hay transmisión que no es mandato. Además de que por unanimidad existen múltiples objeciones en dicha teoría, en virtud de que los elementos esenciales entre el fideicomiso y el mandato son variables.

Por un lado, como primer punto distintivo entre ambas instituciones se encuentra la traslación de propiedad o titularidad como lo define Lizardi, existiendo en el fideicomiso más no en el mandato, ya que en este simplemente existe una delegación de facultades; otra distinción se sitúa en el caso de que el mandatario actúa por cuenta del mandante en el caso del mandato, contrariamente al fiduciario que actúa en nombre propio .

Asimismo no creemos que sea procedente el empleo de método analógico con el fin de determinar la naturaleza jurídica del negocio como mandato, aún cuando se alegue que su intención es práctica.

III. 5. - EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO INDIRECTO .

Este tipo de fideicomiso se caracteriza por el empleo de figuras jurídicas, con la finalidad de satisfacer necesidades imprevistas en los ordenamientos jurídicos .

Ascarelli lo define como : "Aquel por virtud del cual las partes recurren a un negocio jurídico determinado, aún cuando el fin último que desde el punto de vista práctico propuesto no venga a ser la situación de hecho que normalmente deriva de ese negocio realizado por las partes "(52).

Se refiere a un fin diverso, análogo al de otro negocio que carece de forma típica en los ordenamientos legales. Dicho de otra forma es cuando las partes recurren a una de las figuras típicas con el fin de lograr a través de ellas fines distintos a los de su estructura propia .

" Lizardi Albarrán señala que : El Negocio-medio funge como instrumento para lograr los fines posteriores que desearon las partes, siendo estos fines los propios negocios jurídicos, como ejemplo: las traslaciones con fines de mandato que puede asumir e implicar la elaboración de resultados jurídicos distintos a los

correspondientes por su naturaleza al negocio medio, como ejemplo citaremos el contrato de arrendamiento prorrogable tácitamente, encaminado a ser un contrato a plazo, indefinido, mismo que se ha denominado como " negocio con cláusula indirecta " y donde el efecto indirecto es producido como consecuencia de la cláusula misma, más no del negocio"(53) .

También existen los negocios en donde el resultado al negocio medio, se produce por disposición de la Ley y no por la voluntad de las partes, a los cuales se les considera fuera del ámbito de los negocios indirectos. Por lo que podemos afirmar que la causa final de este tipo de negocios, distinta de la del negocio medio utilizado, normalmente es requerida voluntariamente por quienes prefieren el instrumento adecuado con el ánimo de conseguir el fin propuesto.

" En los negocios indirectos existen especies diversas, como son los negocios fiduciarios, en donde el negocio medio es la traslación del dominio o la titularidad del mismo; los negocios en fraude a la Ley, cuyo medio es con el objeto de evitar Leyes prohibitivas mediante las permisivas; y los negocios aparentes, cuyo objetivo consiste en obtener un resultado no previsto por la Ley " (54).

Asimismo, es de gran importancia señalar que los negocios jurídicos indirectos, expresamente no se encuentran regulados en la Ley, por lo que su validez e interpretación se encuentra encomendada al poder judicial .

El autor en cita considera al fideicomiso como un negocio indirecto en cuanto a su estructura y certeramente manifiesta que:

" El legislador, al introducir en nuestro derecho el fideicomiso, partió del supuesto de que por diversas causas se practicaban en nuestro medio operaciones por vía indirecta, y quiso reglamentar el procedimiento en lugar de operaciones concretas considerándole así en cuanto a su estructura, ya que es una figura prevista por la Ley y en consecuencia carece del carácter inonimado del negocio indirecto " (55).

Por su parte Rodríguez y Rodríguez, apoya dicha tesis, " Una variedad del negocio fiduciario, ya que se caracteriza por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo; en donde la fórmula jurídica empleada excede, con conocimiento de las partes, de los efectos exigidos para el fin práctico que se persigue, poniendo como ejemplo el endoso en propiedad para el cobro de un crédito " (56).

Finalmente señalaremos que, la inclusión del fideicomiso es en virtud de que se consigán los fines por medio de otros negocios reglamentados, sobresaliendo en nuestro sistema jurídico como resultado de la libertad contractual.

III. 6. - EL FIDEICOMISO COMO INSTITUCION .

Jorge Ledesma Uribe sostiene que dentro del concepto jurídico de la institución, se sitúa al trust y al fideicomiso. Por su parte Haouriou y Renard explican que se trata de un nuevo camino en las investigaciones jurídicas del tema en cuestión y del interés de la colectividad sobre los intereses, defienden la superioridad de éstas sin que por esto se deterioren .

" Dichos autores señalan para mejor comprensión de esta teoría que ; contra la postura del absolutismo individualista, deberá desarrollarse como medida protectora de la colectividad, señalando los tres elementos de la institución: en primer lugar la idea, con el fin de realizar una obra en un grupo social; en segundo lugar el poder organizado, con el propósito de su realización al servicio de esa idea; y en tercer lugar las manifestaciones de comunión, mismas que existen entre los individuos del grupo alrededor de la idea "(57).

Dicha definición la designa a todo elemento de la sociedad, cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados; y como ejemplo de instituciones nos menciona a la Corona Inglesa, la familia, a la propiedad, inclusive al héroe desconocido cuyos restos reposan bajo el famoso Arco del Triunfo; además de que tal definición se sitúa en una cierta suma de conciencias individuales, subjetivas, cuyas manifestaciones de comunión se orientan a seleccionar el personal de agentes, funcionarios u órganos que obran en nombre de la institución; dicho de otra manera es la organización institucional que funciona a través de sus órganos o de sus representantes.

Asimismo, se define a la institución en dos tipos: la institución grupo y la institución cosa; las cuales tienen en común la idea de penetrar en la realidad, duración y además, un poder objetivo equilibrador de las fuerzas de la propia institución.

En la institución grupo el principal elemento es la idea, ya que esta nace de la participación de sus miembros; y la segunda, la institución cosa, se constituye a base de relaciones interindividuales aproximándose al tipo de la sociedad individualista, y es aquí que Haouriou manifiesta la realidad sociológica, que es la sustracción del individualismo jurídico.

El fin de la institución será el bien común, más no el bien propio, donde la autoridad constituye un principio jurídico interno del organismo institucional en cuanto a su finalidad, es intrínseca a la misma institución, como condición de existencia, por lo que el fundamento de la autoridad estriba en las exigencias de la vida social.

Y si por alguna causa no fueran claras las ideas de Haouriou, Ledesma Uribe amplía tal teoría basado en las ideas de Georges Renard de la siguiente manera :

" Señala que la institución posee una intimidad organizada, por lo que las relaciones entre sus miembros son impersonales, propias de los contratos; y se refiere a reciones de incorporación, de órgano a órgano, derivadas de su competencia al mismo organismo, siendo su carácter la objetividad" (58).

El concepto de institución se encuentra encaminado por las relaciones jurídicas; por lo que el contrato está vinculado con la institución. De esta manera se afirma que hay contratos dentro de la institución e instituciones de forma contractual; existiendo situaciones jurídicas individuales, contractuales por un lado e institucionales por el otro, como sucede en el caso de la concesión de servicio público; por otro lado se presentan situaciones jurídicas

individuales de jerarquía, las cuales se transforman en derechos subjetivos mejor conocidos como derechos reales administrativos; también existen otras situaciones jurídicas estatutarias o institucionales que engendran derechos subjetivos o bien derechos del funcionario, y finalmente podemos señalar que se crean diversas situaciones que chocan de lo institucional a lo contractual o viceversa, tal y como sucede con el servicio doméstico en el primer caso y en el segundo la condición de los trabajadores .

Es por esta razón que Ledesma Uribe considera al fideicomiso como institucional, por la serie de características que reúne y que son : su finalidad propia, por ser un instrumento distinto del comercio jurídico, por los fines que implica de interés común promordial sin llegar a crear un perjuicio propio o individual .

Finalmente , señalaremos que el Fideicomiso como institución, es un esfuerzo encaminado con el fin de concebir una realidad efectiva del fideicomiso, ya que teóricamente la institución es idealista, originada en la mente de quien la impone como solución y por otra parte marca un camino nuevo en el que sin deterioro de los intereses individuales aparece en beneficio de la colectividad .

Al respecto, no está por demás mencionar el concepto del Dr. Preciado Hernández quien señala que :

" El orden jurídico se instituye entre personas a las que ordena imperativamente el bien común, de tal suerte que sólo en cuanto existe este ajustamiento puede calificarse de jurídica la regla que lo establece; y de este ajustamiento o adecuación al bien común desprende su obligatoriedad la regla de derecho "(59) .

Consideramos necesario mencionar que la teoría institucional no sólo representa una solución realista al problema de la personalidad jurídica colectiva, sino que además resuelve cuestiones fundamentales del derecho, es por esto que debe ser considerada como doctrina general y como una filosofía institucional del derecho, ya que las normas que regulan al fideicomiso son reglas de derecho obligatorias, las cuales principalmente velan por intereses particulares .

Por su parte, Haouriou manifiesta que la fundación se encuentra constituida por dos modalidades, las cuales integran a la institución; siendo éstas :

" La individual, originada por la voluntad exclusiva de un individuo; y la fundación por voluntad común de varios individuos,

dando como resultado los establecimientos y las corporaciones. De la fundación misma se desprenden tres elementos : La operación jurídica de fundación compleja o simple; los estatutos, recursos afectados y organización, y el reconocimiento de la personalidad jurídica; poniendo como ejemplo a las sociedades por acciones, mismas que contienen una fundación en su forma contractual"(60).

No obstante lo anterior, la institución se integra por : autoridad, organización, patrimonio, duración, que a diferencia del fideicomiso posiblemente dentro de lo contractual a lo institucional se podría situar al fideicomiso pasajeraamente con el contrato, por lo que si hemos de definir al fideicomiso como una institución, nos apoyaríamos en lo sustentado por Rojina Villegas, al determinarlo como :

" Un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad " (61) .

III. 7.- EL FIDEICOMISO COMO CONTRATO .

Sustentado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su citado artículo 352, señala que el contrato de fideicomiso se puede constituir por acto entre vivos o por

60) Idem ob. cit. p. 518 y sig.

61) Compendio de Derecho Civil, Mex. 1968. Tomo I p. 281

testamento, reafirmado la tesis que lo refiere a un acto constitutivo, se encuentra contenido en los artículos 350, 355, 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y artículo 61 de la Ley del Servicio Público de Banca y Crédito, que hace hincapié de que, en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un Comité Técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Asimismo, el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones y Crédito, nos habla del encargo hecho del fideicomitente al fiduciario de destinar los bienes afectos al fin que va a realizar implicando una bilateralidad.

Diversos autores, entre ellos Cervantes Ahumada, Landerreche Obregón, Molina Pasquel y Domínguez Martínez, señalan que el acto constitutivo a que hace referencia la Ley, es una declaración unilateral de voluntad y que el contrato que se celebra entre las partes (contrato de ejecución), no tiene por objeto la constitución del fideicomiso, sino su ejecución .

De lo anterior podemos observar que : en virtud de un acto unilateral, el fideicomitente destina ciertos bienes a la realización de un fin; consecuentemente de éste acto unilateral surge otro acto jurídico por el acuerdo de voluntades del fideicomitente y de la institución fiduciaria con la intención de realizar el fin primero de la encomienda, y aceptando en el contrato los actos encaminados a

su logro, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 346 de la multicitada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en cuestión; en donde el fideicomitente se puede abstener de designar nominalmente, por lo que el juez de primera instancia o el fideicomisario lo pueden designar sin la necesidad de intervenir en el acto constitutivo y si por alguna circunstancia no hubiera fiduciaria ya sea por aceptación, por renuncia o remoción, la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito prevee que ante la imposibilidad de sustitución cesará el fideicomiso, tal y como lo señala en su artículo 350 y basta con la expresión de voluntad del fideicomitente para que el fideicomiso exista, no obstante de que en el caso de que no existiera fiduciaria la podrá designar el fideicomisario o el juez y en caso de sustitución de la fiduciaria cesará el fideicomiso .

" En los Códigos de 1870 y 1884 no se consideraba la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones, derivando solamente del contrato, cuasicontrato, delito y cuasidelito; donde las tres últimas se originaban en un hecho personal del obligado y de la Ley, más no se previó la posibilidad de creación de una obligación a cargo del deudor en virtud de su propia voluntad " (62).

Fué así como se admitió como auténtica fuente civil de las obligaciones voluntarias, el consentimiento de las partes para la celebración del negocio jurídico (contrato) .

En conclusión, se dice que puede existir la declaración unilateral de voluntades de destinar a un fin lícito un bien determinado, teniendo solamente efectos de fideicomiso cuando permita el fiduciario recibir el bien afectado, con la finalidad de que posteriormente lo destine tal y como lo deseó el fideicomitente y es aquí donde la voluntad declarada por este, se liga a la voluntad del fiduciario y se fusionan en el momento de la perfección del fideicomiso. algunos autores no están de acuerdo en esta opinión, de considerarlo como contrato de ejecución, ya que éste es el fideicomiso mismo; es el acto en que se perfecciona el contrato y no se puede separar a uno del otro .

A mayor abundamiento en la práctica bancaria, los fideicomisos surgen de un acuerdo de voluntades (entre fideicomitente y fiduciario) en virtud del cual a dicha operación se afectan los bienes y derechos materia del contrato, atendiendo a lo establecido por los artículos 1792, 1793 y 1794 del Código Civil para el Distrito Federal .

Asimismo, el fideicomiso constituido por testamento o con estipulación a favor de tercero posee forma bilateral, ya que las voluntades del testador, consignadas en el propio testamento, o bien entre quien hace la estipulación con la del fiduciario o de las partes, y si acaso no se aplicara tal suposición y si no se llevara a cabo, no sería posible la existencia del fideicomiso; y es por esta razón que el contrato afectará la personalidad de sus autores sin formar un ser jurídico distinto, siendo producto de su constitución (el contrato mismo), el cual estará regulado por la igualdad en todo momento .

Finalmente les diremos que al ser analizadas las teorías más importantes acerca de la naturaleza jurídica del fideicomiso, nos surgió otro tema a tratar, acerca de si tienen o no personalidad jurídica los fideicomisos, lo cual resulta negativo; porque se dice que la persona es todo ente susceptible de derecho y obligaciones, dentro de las cuales se encuentra a las físicas y a las morales, y como obviamente las personas físicas no tienen comentario, les diremos que las morales atendiendo a lo establecido por el artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal son :

"1 . La Nación, los Estados y los Municipios ;

II . Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la Ley .

III . Las sociedades civiles o mercantiles;

IV . Los sindicatos, asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal;

V . Las sociedades cooperativas y mutualistas.

VI. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la Ley y ;

VII. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2737" (63)

Como observamos con anterioridad, el fideicomiso no está considerado como persona moral por la Ley, ni tampoco se puede crear por capricho, y la respuesta la encontramos en la Suprema Corte de Justicia al resolver negativamente, estableciendo los distintos tipos de personas jurídicas o morales que rige la Ley, y

aclarando que los particulares no pueden crear a su antojo otros distintos. (Ampara directo 5295-55. " La Conchita " , S. de R.L. fallado el 4 de febrero de 1959. Antecedente : Directo 3556-57-I. sección primera del sindicato de trabajadores de petróleos de la República Mexicana. Marzo 19 de 1958. 4. Sala. Informe 1959. pág. 21) .

Ahora bien, en base a lo anterior afirmamos que distintos entes de las personas físicas o morales no tienen personalidad jurídica, pues en el derecho mexicano es requisito indispensable que la Ley los reconozca como tales expresamente, y esto lo vemos sustentado en la ponencia del C. Mtro. Lic. Gabriel García Rojas. Quejoso: Pablo Rubio Urriolagoytia. Directo : 7517-958. Tesis aprobada por unanimidad de 5 votos. Resuelto el 26 de agosto de 1959, negando el amparo. 3a, Sala Informe .1959. pág. 89. cuando señala que " en el Derecho Mexicano todavía hay un presupuesto de carácter legal y es el de que haya un reconocimiento de dicha personalidad por Ley " .

Por lo que llegamos a la conclusión de que : el fideicomiso no es persona moral, ni tampoco goza de tener personalidad jurídica propia; ya que se trata de un contrato por medio del cual el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario, quien se obliga a disponer de ellos y a ejercer los

derechos para la realización de los fines establecidos en beneficio del propio fideicomiso .

CAPITULO IV

ESTUDIO DEL FIDEICOMISO TURISTICO Y SU FUNCIONAMIENTO

De acuerdo con el estudio y análisis que hemos venido desarrollando, sabemos que existe una norma constitucional en lo referente a la zona prohibida, relacionada con diversas disposiciones reglamentarias, de las que se valen los extranjeros para la obtención de inmuebles dentro de dicha zona.

Así mismo dentro de nuestra legislación, concretamente la Ley que regula la inversión extranjera, permite que los extranjeros o las sociedades extranjeras o las sociedades en cuyos estatutos se establezca qué extranjeros pueden ser beneficiarios o accionistas de fideicomisos en los cuales el bien fideicometido sea inmueble o derecho real en lo que conocemos como zona prohibida.

Legalmente en nuestro país, la única forma en que los extranjeros pueden tener un interés o una inversión en inmuebles en la zona prohibida es por medio del fideicomiso, que como veremos a continuación, no concede derechos reales al

beneficiario, sino solamente derechos personales, para exigir a la institución de crédito que sea fiduciaria, el cumplimiento de los fines del fideicomiso, que normalmente en caso de fideicomiso de desarrollo turístico son : permitir que el extranjero use y disfrute del inmueble de que se trata, del derecho de indicar a la fiduciaria a quien debe vender el inmueble, extinguiendo así el fideicomiso, del derecho de instruírlo para rentarlo por lapsos no mayores de 10 años, y finalmente al término del fideicomiso el derecho de indicarle a la institución de crédito a quien debe transmitir la propiedad del inmueble .

Una definición que podemos aportar referente al fideicomiso turístico es : " Es aquel que se constituye por una declaración unilateral de voluntad por parte del fideicomitente, el cual transmite la titularidad del bien inmueble a una institución fiduciaria, con el fin de que sea le permita el uso y aprovechamiento a un fideicomisario extranjero, mismo que entregará una cantidad de dinero (regularmente, equivalente al precio del terreno) a la institución fiduciaria, para que ésta lo entregue al fideicomitente " .

Ahora bien, una vez que dimos una semblanza de lo que modestamente entendemos por fideicomiso turístico, entremos de lleno al estudio y análisis que referimos anteriormente .

IV .I. - ELEMENTOS PERSONALES DEL FIDEICOMISO TURISTICO .

Como lo señalamos anteriormente, cuando iniciamos nuestro estudio en general, de igual manera explicaremos los alcances que tienen cada una de las partes del fideicomiso turístico sólo que en esta ocasión se analizará en el caso particular .

Fideicomitente : Es la persona física ó moral que crea el fideicomiso, mediante la entrega irrevocable que hace a la fiduciaria de los bienes y derechos para ser destinados a un fin lícito; o sea el propietario original del inmueble, el cual será un mexicano o empresa mexicana y un institución fiduciaria, haciendo notar que el inmueble estará situado en zona prohibida; por lo que recordamos lo que establece el artículo 349 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala que sólo pueden ser fideicomitente; Las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de los bienes que el mismo implica .

" Dentro de los derechos del fideicomitente podemos señalar :

I. Exigir de la institución fiduciaria el exacto cumplimiento del fideicomiso.

2. En caso de que se reserve ese derecho, podrá exigir la rendición de cuentas a la propia institución .

3. Asimismo, dentro de la reserva de ese derecho, exigirá la devolución de los bienes, al extinguirse el fideicomiso.

4. Podrá en todo tiempo modificar o variar los términos de fideicomiso, previa condición de también haberse reservado ese derecho.

5. También podrá revocar el fideicomiso.

6. También tiene facultad de ser beneficiario en el fideicomiso, y consecuentemente tendrá todos los derechos que le corresponden en cada caso por ser fideicomisario .

Dentro de las obligaciones del fideicomitente podemos señalar :

I. Al crearse el acto constitutivo del fideicomiso, el fideicomitente deberá entregar los bienes que se afecten al fiduciario, en la forma y términos establecidos .

2. Responderá ante el fideicomisario y el fideuciario para el caso de evicción de los bienes que se afecten .

3. Pagará el fiduciario los honorarios o comisiones que se hubieren pactado.

4. Todas las demás obligaciones que se estipulen en el acto constitutivo o que deriven del mismo " (64).

En consecuencia el fideicomitente es el propietario original del bien inmueble que se afecta para el desarrollo de un complejo industrial o turístico con la participación de extranjeros dentro de zona prohibida .

Fiduciario : es una institución de crédito debidamente autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para actuar con dicho carácter, y que además es quien recibe el bien o derechos del fideicomitente y es quien se encarga de que se cumpla con el fin lícito encomendado por este. El fiduciario es la institución de crédito legalmente autorizada, a quien se le encomienda la realización de los fines que se estipularon en la relación fiduciaria. Es la institución a quien se le transfiere la titulación de los bienes que se afectan en el fideicomiso, titulación que es indispensable para la realización de los mismos. En consecuencia el fiduciario es

el órgano de realización y de ejecución del fideicomiso; por lo que la Ley ha restringido la posibilidad de ser fiduciario sólo a las instituciones de crédito, a quienes se autoriza con tal carácter, mismas que deben estar legalmente constituidas, siendo natural que la Ley exija este requisito ya que de esta forma están estrechamente vigiladas por el Estado, y puesto que el fideicomiso es un cargo esencialmente de confianza ya que los particulares depositan en sus manos los bienes e intereses que afectan en fideicomiso, estos deben correr el menor riesgo que sea posible.

" El fiduciario o la institución fiduciaria posee las siguientes facultades :

1. Son todas aquellas que se le concedan expresamente en el acto constitutivo .
2. Exigir al fideicomitente la entrega y legal transmisión de los bienes que se afecten en el fideicomiso .
3. Derecho a percibir los honorarios o comisiones que por su gestión le correspondan.
4. A juicio del Juez de Primera Instancia del lugar, tiene derecho a renunciar del cargo de fiduciario .

El fiduciario o la institución fiduciaria posee las siguientes obligaciones :

1. Estará obligado a cumplir fielmente con todo lo que se hubiere pactado en el acto constitutivo.

2. Estará obligado a vigilar que se efectúe el registro del fideicomiso en el Registro Público de la Propiedad cuando recaiga sobre bienes inmuebles.

3. Registrará en sus libros de contabilidad los frutos o productos que los bienes afectos rindan .

4. Tendrá obligación de rendir cuentas ya sea al fideicomitente o al fideicomisario de su gestión en la forma y plazos convenidos"(65) .

En conclusión el fiduciario es la Institución de Crédito que se responsabiliza a llevar a cabo la operación en la que actuará un extranjero en calidad de fideicomisario .

Fideicomisario ; Es la persona que recibe el provecho de la relación jurídica, es decir es la última persona de la relación que

mediante un contraprestación recibe los beneficios perseguidos con la creación de esta figura contractual.

Creemos conveniente recalcar que el fideicomisario tendrá el beneficio durante el término legal, el cual nunca podrá ser mayor de treinta años y al concluir éste, el fiduciario tendrá la obligación de transmitir la propiedad a persona capacitada legalmente si las Leyes vigentes en esa época así lo permiten; en caso contrario se realizará otro contrato de fideicomiso en los mismos términos .

En pocas palabras el fideicomisario, es la persona que recibe el provecho que la realización del fideicomiso implica, es aquel a favor de quien se constituye el fideicomiso; es el directo beneficiario y quien recibe los frutos o productos en la forma y términos establecidos, y también en este caso no está por demás recordar lo establecido en el artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que señala quienes pueden ser fideicomisarios, y dice que son " Las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica, así como también consideramos conveniente consignar que el fideicomitente tiene facultad para designar a uno o varios fideicomisarios para que reciban el provecho del fideicomiso.

" El fideicomisario o beneficiario puede tener los siguientes derechos :

1. Recibirá todos los productos o beneficios que se estipulen en el acto constitutivo .

2. Podrá exigir al fideicomitente o al fiduciario el cumplimiento de las obligaciones a que se hubiere comprometido, en virtud de la creación del fideicomiso.

3. Cuando así proceda podrá elegir la institución fiduciaria que desempeñe el cargo .

4. Cuando se haya estipulado expresamente en el acto constitutivo, dará su para la terminación del fideicomiso .

5. Tendrá la facultad de reivindicar los bienes que como consecuencia, de un acto doloso de mala fé, o en exceso de las facultades que le corresponden, hubieran salido del patrimonio del fiduciario.

6. Si se hubiere previsto, tendrá la facultad de pedir la remoción del fiduciario.

7. También tendrá en general todos los demás derechos que le corresponde como consecuencia del fideicomiso, su acto constitutivo o las que deriven de las leyes.

El fideicomisario o beneficiario puede tener las siguientes obligaciones :

1. El fideicomisario no tiene más obligaciones que aquellas que expresamente se le hubieren impuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, o aquellas que sean condición para recibir los beneficios .

2. Si así se hubiera pactado, también tendrá la obligación de cubrir los honorarios o las comisiones a la institución fiduciaria " (66).

Podemos concluir diciendo que el fideicomisario es el extranjero que invierte en el fideicomiso atendiendo a los requisitos que la legislación establece .

IV.2.- REGULACION LEGAL DEL FIDEICOMISO TURISTICO .

Asimismo lo que hemos ido desarrollando a lo largo de nuestro trabajo, nos podemos dar cuenta de que aparte de tener

gran versatilidad el fideicomiso en general, este tipo de fideicomiso en particular tiene como finalidad el progreso de determinada región, y podemos observar que en muchos casos el fideicomisario va a fungir como depositario del inmueble y estará facultado para habitarlo y hacer uso del mismo, pidiéndole a la fiduciaria que lo grave en su beneficio. Pero bueno, comencemos por hacer un poco de historia acerca e las razones que llevaron a nuestro gobierno a la creación del fideicomiso en franjas o zonas prohibidas.

Como es propio de nuestro saber y entender, a través del tiempo México se ha enfrentado a problemas y conflictos difíciles de solucionar, por lo que los legisladores con el afán de dar solución se vieron en la necesidad de crear normas precisas en cuanto al fideicomiso turístico se refiere, situación que sucedió despues de largos disturbios y que trataremos de resumir, entender y analizar a continuación .

I. - Decreto de 27 de noviembre de 1937 . Basado en nuestra soberanía nacional y en nuestra tendencia nacionalista, durante el periodo del señor Presidente Lázaro Cárdenas, se emitió el Decreto en cuestión, cuyos principales objetivos se enfocaron al fomento de desarrollo económico de las zonas situadas dentro de los cien Kilómetros a lo largo de las fronteras y

cincuenta a lo largo de las playas, por medio de la creación de industrias hoteleras y de turismo en las propias zonas, además de permitir a los extranjeros poseerlas de manera pacífica, así también el uso y el usufructo de inmuebles urbanos con fines residenciales . . . "

Dicho acuerdo, establecía que en los permisos solicitados, correspondía a la fiduciaria otorgar los datos de identificación del extranjero, reservándose la Secretaría de Relaciones Exteriores el conceder o negar el permiso, quedando establecido que dichos permisos debían ser concedidos por un plazo de 25 años como máximo, al término del cual el inmueble (objeto del fideicomiso) sería vendido, para lo cual la Secretaría de Relaciones Exteriores debería llevar un registro de tales permisos, además cuando las condiciones de las operaciones no se llevaran a cabo, la Procuraduría General de la República debería intervenir exigiendo la cancelación del permiso a petición de la propia Secretaría .

2. - Decreto de 1. de Junio de 1942. Publicado en el Diario Oficial de la Federación, aprobando la suspensión de las garantías individuales consignadas en varios artículos constitucionales, durante todo el tiempo en que nuestro país se encontraba en estado de guerra con Alemania, Italia y Japón .

Dicho Decreto, autorizó al Ejecutivo de la Unión para legislar en los distintos ramos de la administración pública .

3. - Decreto de 29 de junio de 1944. Decreto dictado por el Presidente Manuel Avila Camacho y basado en el estado de emergencia que existía en nuestro país; en cuyo primer considerando se exponía que " en virtud de que el capital extranjero podía invertirse en adquisiciones y acaparamiento de inmuebles tanto rústicos como industriales y comerciales en perjuicio de la distribución de nuestra riqueza " se había procedido a la expedición de dicho Decreto, así también en el tercer considerando señalaba la obligación de México de encausar los capitales hacia una finalidad productiva y la protección que el gobierno estaba obligado a prestarle a las empresas ya establecidas ; también se señalaba que debían evitarse los problemas nacionales e internacionales ocasionados por una súbita inversión de capitales extranjeros de manera transitoria ya que con posterioridad acarrearía la emigración por no tener lazos de interés con la nación permanentemente.

Dentro de los artículos que contiene, señalaremos los más importantes; En su artículo primero señalaba que " durante el tiempo que permanezca en vigor la suspensión de garantías decretada con fecha 1. de junio de 1942, los extranjeros y las

sociedades mexicanas que tengan o puedan tener socios extranjeros sólo podrán mediante permiso que otorgue la Secretaría de Relaciones Extranjeras adquirir el dominio de tierras, aguas y sus accesorios a que se refiere la fracción I del artículo 27 Constitucional; adquirir bienes inmuebles destinados a algunas de las actividades como ; adquirir negociaciones o empresas, o el control sobre ellas, de las ya existentes en el país, que se dediquen a cualquier actividad industrial, agrícola, ganadera, forestal, de compraventa o de explotación , con cualquier fin, de bienes inmuebles rústicos o urbanos o de fraccionamiento y urbanización de dichos inmuebles .

En otro de los considerandos se imponía la pena de privación de la libertad de seis meses a tres años o multa de \$150,000.00, M.N., en los casos de ocultación de la calidad de extranjeros por falsas declaraciones o interpósita de la calidad de extranjeros por falsas declaraciones o interpósita persona ; así también se incluyó el arrendamiento por más de diez años sin llegar a considerárseles como enajenación de bienes, y también los contratos de fideicomiso en los que el fideicomisario fuera extranjero o sociedad mexicana que tuvieran socios extranjeros. Asimismo señaló necesario el requisito de permiso previo por parte de la Secretaría de Relaciones Exteriores en los casos de

constitución de sociedades mexicanas que tuvieran socios extranjeros .

Otro artículo que consideramos de gran importancia es el :

3., que señalaba que " las sociedades existentes o que en el futuro se establezcan, que se dediquen a las actividades o adquisiciones a que se refiere el artículo I. no se considerarán como sociedades que tengan o puedan tener socios extranjeros ". Asimismo el artículo 8. del Reglamento de la Ley Orgánica del 27 Constitucional, en lo referente a la pena o sanción impuesta en caso de contravención al admitir socios extranjeros, ya que todos los actos se tendrán por nulos y el capital de la sociedad se reduciría a la participación con la cual hubiera intervenido el extranjero; a diferencia del artículo 5. que establecía que los actos no producirían efectos, pero que además los bienes pasarían a propiedad de la Nación como sanción por la misma contravención.

4.- Con la Política del Presidente Don Adolfo Ruíz Cortines. En su régimen Presidencial se realizaron inversiones en materia portuaria por 700 millones de pesos, sobre todo debido a la pobreza de esas zonas, ya que eran explotadas en sus recursos naturales y belleza geográfica, actividad gubernamental calificada como " La marcha al mar ", por lo que el 23 de junio de 1947 se

creó una Comisión Mixta Intersecretarial, con el fin de resolver problemas relativos a cada Secretaría de Estado, de acuerdo con lo establecido por los artículos : 2. 87, y 88 de la Ley General de Población; artículo 27 fracción I de la Constitución; el Reglamento de la misma; el Decreto del 29 de junio de 1944 y del artículo 251 de la Ley General de Sociedades Mercantiles .

5.- Acuerdo de 30 de abril de 1971, publicado en el Diario Oficial de la Federación y emitido por el Presidente de la República, Lic. Luis Echeverría Alvarez, con la finalidad de fomentar el desarrollo en las citadas zonas prohibidas y legalizar algunas situaciones irregulares. Por medio de este acuerdo se autoriza a la Secretaría de Relaciones Exteriores para conceder a intituciones de crédito permisos, para adquirir en fideicomiso bienes inmuebles con fines industriales o turísticos en las fronteras y costas, así como permitir a los extranjeros su uso y aprovechamiento durante un plazo máximo de treinta años ; dicho acuerdo se encuentra integrado por seis artículos :

I.- Faculta a la Secretaría de Relaciones Exteriores a otorgar permisos discrecional a Instituciones de Crédito para que actúen como fiduciarias de los bienes que se encuentran dentro de la zona prohibida, con la condición de que los fideicomisarios no adquieran ningún derecho real sobre estos bienes, también se

faculta a las fiduciaras para que emitan certificados de participación inmobiliarios, representativos de los derechos que tienen sus tenedores respecto a los inmuebles sobre los que son emitidos .

2.- Las instituciones de crédito privadas también podrán solicitar el permiso correspondiente a la Secretaría de Relaciones Exteriores .

3.- Por medio de este artículo se crea una Comisión denominada " Comisión Consultiva Intersecretarial " encargada de emitir opiniones acerca de las solicitudes que sean presentadas por parte de la Secretaría de Relaciones Exteriores para la constitución de fideicomisos en fajas prohibidas, pero desde luego quedando a juicio de tal dependencia el conceder o negar el permiso. Por lo que dicha Comisión quedó integrada por un representante de cada una de las Secretarías, siendo estas : Relaciones Exteriores, Hacienda y Crédito Público, Gobernación, Industria y Comercio (ahora Comercio y Fomento Industrial) y Departamento de Turismo .

4.- Establece las condiciones a que están sujetos los permisos para fideicomisos expedidos por la Secretaría de Relaciones Exteriores, siendo estas ;

a) Que la institución fiduciaria conserve en todo tiempo la propiedad de los inmuebles durante la vigencia del fideicomiso, la cual no podrá exceder de treinta años .

b) Que la institución fiduciaria pueda dar en arrendamiento los inmuebles por plazos no superiores a diez años a la persona que indique el fideicomisario .

c) Que a la extinción del fideicomiso, la institución fiduciaria sólo pueda transmitir la propiedad de los inmuebles a personas capacitadas legalmente .

d) Que el gobierno federal se reserve en todo tiempo la facultad de verificar el cumplimiento de los fines del fideicomiso .

5. - Quedan establecidos en este artículo los derechos que representan los certificados de participación inmobiliaria que se emitan por la constitución de dicho fideicomiso .

6.- Establece que no se requiere el permiso de la Secretaría de Gobernación en la adquisición de los derechos derivados del fideicomiso por parte de los extranjeros, ya que como señalamos con anterioridad no constituyen derechos reales .

Donde podemos observar y así comentar que : El derecho de utilizar para sí los inmuebles afectos en fideicomiso, permitir a terceros la utilización de dichos inmuebles en cualquier forma legal, el derecho de instruir a la institución fiduciaria para dar en arrendamiento los inmuebles por plazos hasta de diez años, a recibir los frutos o rendimientos de los inmuebles derivados del arrendamiento o de otras operaciones entre otros corresponden al fideicomitente, y la persona que se señala como futuro adquirente deberá estar legalmente capacitada para obtener el derecho de propiedad de inmuebles situados en zona prohibida.

Por lo anteriormente señalado el profesor Oscar Ramos Garza opina que :

" El acuerdo de 30 de abril de 1971 en el producto del reconocimiento oficial de una necesidad calificada como desesperada, en el desarrollo económico de las fajas fronterizas y costas, misma que consiste en crear nuevas fuentes de trabajo, en arraigar a los nativos en sus necesidades a sus lugares de origen, ayudando a establecer nuevas y grandes poblaciones que impulsen el crecimiento ordenado de nuestro país y que justifiquen el establecimiento de escuelas y centros escolares superiores con el objeto de evitar el centralismo en la Ciudad de México. No

obstante que la necesidad de desarrollo de dichas zonas, se hace más alarmante cuando se toma en consideración que dichas fajas representan un cuarenta y tres por ciento aproximadamente de nuestro territorio nacional " (67).

Ahora bien, entremos de lleno a la regulación legal del artículo 27 Constitucional, ya que éste es el fundamento que da origen al problema que nosotros convertimos en tema de estudio, y que de una manera razonada nos permitimos analizar:

Por medio del artículo 27 Constitucional se establecen las bases jurídico-filosóficas de la propiedad, he de ahí que desde la promulgación de nuestra insigne carta fundamental fuera objeto de gran importancia .

A continuación analizaremos lo que consideramos el fundamento teórico-político, al cual le otorgaremos la importancia que se merece en nuestro tema de estudio.

Comenzaremos señalando que en un plazo de 300 años los españoles poseyeron nuestro territorio, haciendo alarde de recursos incluyendo algunos otros de su población; por lo que dejándose venir gran cantidad de capital extranjero con deseos de establecerse y con el propósito de alcanzar un lucro en su

economía, situación paralela al de querer acabar con el monopolio colonial, permitiéndosele su introducción .

" Posteriormente en época de Don Porfirio, se vió mas clara la inversión extranjera, al grado de ser mayor el capital extranjero sobre el nacional, situación que nos representaba peligro; ya que se presentaba el caso de que existían propiedades de tierras en manos de los extranjeros, y se entregaron terrenos baldíos de la Baja California en una extensión de 10,500 hectáreas de las 14,000 que venían a ser el territorio; terrenos entre los que se encontraban los puertos de Bahía Magdalena, San Quintín y parte del Río Colorado, pagando por ellos risibles cantidades que equivalían a centavos de aquel entonces, situación que aunada a la amotización de bienes en manos de la iglesia fué tomado en cuenta por el constituyente de Querétaro en la exposición de motivos del artículo en cita, para dar origen al establecimiento de algunos de los principios teóricos-políticos " (68).

De esta manera, se esperaba que el surgimiento del artículo 27 Constitucional (33 en el proyecto), iba a dar solución al problema relacionado con el régimen de propiedad, situación que se presentó en forma distinta, incluso llegó a culminar en una revolución, motivando al constituyente a que estudiara este tema

con gran profundidad, hasta que llegó a ser redactado en los términos de la actual Constitución.

" El antiguo artículo 27 Constitucional consagraba las mismas disposiciones sobre la capacidad para la adquisición de bienes raíces de las corporaciones eclesiásticas, civiles y comerciales que privaban en las Leyes de Reforma, otorgando capacidad a las instituciones de beneficencia pública y privada, siempre y cuando dichos bienes se destinaran al cumplimiento de su fin previamente establecido.

La primera declaración se refería a la propiedad originaria de la nación, en cuanto a su territorio y a la constitución de la propiedad privada, así mismo en materia de inversión se señalaba que " la conveniencia de esta disposición está demostrada por la práctica ya que se ha visto que los beneficios que podía haber reportado la nación por la afluencia del capital extranjero, ha sido nulificado por las exigencias y reclamaciones que los mismos extranjeros se han creído autorizados a formular bajo la protección de sus gobiernos, y tal actitud se incrementó gracias a la complacencia de los anteriores gobiernos y a su forma de reglamentar tal inversión " (69).

Es de esta manera, que Don Venustiano Carranza en su discurso hizo hincapié de que en la adquisición de bienes por extranjeros se estableciera como condición la renuncia de su nacionalidad respecto de dichos bienes, sometiéndose en relación a ellos la jurisdicción nacional; estimándose conveniente consagrar tal consideración en la Constitución, con la finalidad de que tuviera fuerza de Ley y así evitar las reclamaciones arbitrarias de los Ministros en nombre de sus connacionales incorporándose tal determinación en nuestro derecho positivo .

El artículo 27 Constitucional en su primer párrafo establece que : " La propiedad de tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares constituyendo la propiedad privada " .

Por su parte el cuarto párrafo establece, que corresponde a la nación el dominio directo de todos lo recursos naturales de la plataforma continental y de los zócalos submarinos de las islas . .

Asimismo en su quinto párrafo dispone que, son propiedad de la nación, las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional

Ahora bien, en su fracción primera señala :

I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas . . .

Como podemos observar de lo anterior; se mencionan conceptos como el de " propiedad originaria " , " dominio directo " , " propiedad " , " propiedad privada " ; mismos que han traído aparejadas grandes controversias; ya que muchos juristas de renombre identifican el concepto de propiedad originaria como equivalente o sinónimo de propiedad privada ; a contrario sensu en el derecho constitucional, para Ignacio Burgoa, en su libro titulado " Las Garantías Individuales " , la propiedad originaria de la nación es un concepto sui generis porque se ejerce sobre el territorio, elemento constitutivo del Estado donde dicho criterio se equipara al de impurium del que nos habla Sepúlveda en su obra de Derecho Internacional Privado .

No obstante por medio de la propiedad originaria, el Estado no tiene el uso y disfrute, sino sólo un derecho de disposición, en virtud del cual se le faculta para instituir la propiedad privada en beneficio de los particulares como garantía individual, equiparando

el concepto de derecho con el dominio eminente, también denominado propiedad estatal; estendiéndolo como la imputación de determinados bienes hecha en favor del Estado para uso, disfrute y disposición de ellos con exclusión de cualquier persona moral o física, con las restricciones que la Ley impone identificándosele como dominio directo y equiparando sus características a la propiedad privada de los particulares, por lo que podemos afirmar que " propiedad estatal " y " dominio eminente " son distintos al " dominio directo" .

" El autor Oscar Ramos Garza, no concibe distinción entre propiedad originaria dominio directo, y señala que la propiedad de las tierras comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la nación" (70).

Este derecho originario de propiedad, de naturaleza pública, es el dominio directo que tiene la nación sobre las tierras comprendidas dentro de los límites del territorio nacional".

Asimismo, continuando con el análisis del artículo 27 en cuestión, establece en su último párrafo que " En una faja de cien Kilometros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas " ; por lo que el legislador se vió en la

necesidad de elaborar sistemas jurídicos que permitieran a los extranjeros disfrutar de los derechos derivados de la propiedad preservando dicha prohibición constitucional, y dando origen al uso del fideicomiso .

El antecedente inmediato de la Ley de Inversiones Extranjeras en materia de fideicomiso, se encuentra situado en el acuerdo presidencial de 1971 emitido por el entonces Presidente Constitucional Lic. Luis Echeverría Alvarez, que ya señalamos, por medio del cual autorizaba a la Secretaría de Relaciones Exteriores facultad de conceder a las instituciones nacionales de crédito permiso de adquirir como fiduciarios el dominio de bienes inmuebles destinados a la realización de actividades industriales turísticas ubicados en zonas restringidas.

No obstante lo anterior, también es necesario hacer mención de que con antelación a este acuerdo ya se habían dictado otros dos, relativos a esta materia; el primero dictado por el Presidente General Lázaro Cárdenas el 22 de noviembre de 1937 y el segundo por Don Manuel Avila Camacho con fecha 6 de agosto de 1941 mismos que fueron Acuerdos no menos importantes que el primero .

Regresando de nuestro estudio, por el motivo de inquietud de la constitucionalidad de los fideicomisos instituidos en favor de extranjeros sobre inmuebles ubicados dentro de la zona de protección de las fronteras y costas, el último párrafo de la fracción primera a que hicimos referencia con anterioridad, no se encontraba incluido en el proyecto de la Constitución de 1917, sino sólo se prevenía que el Estado concediera a los extranjeros el derecho de adquirir tierras, aguas y sus accesiones, cuando manifestara a la Secretaría de Relaciones Exteriores que renunciaban a su calidad de tales y la protección de sus gobiernos, en lo relativo a bienes, leyes y autoridades de la nación. No obstante el constituyente coincidió en la necesidad de establecer una defensa para que las autoridades extranjeras intervinieran en la protección de sus súbditos en la República, optando por seguir una fórmula que incluye la prohibición de los extranjeros de adquirir tierras y aguas cerca de las fronteras y costas .

Después de nueve años de la promulgación de la Constitución de 1917 se comenzó a llevar a cabo la labor legislativa correspondiente a la reglamentación de la fracción I del artículo en cuestión, que culminó con la publicación de la Ley Orgánica de dicha fracción en el Diario Oficial de 21 de enero de 1926 y el 29 de marzo de ese mismo año se procedió a la expedición del Reglamento; por medio del cual los extranjeros pueden ser

accionistas de sociedades mexicanas y que estas de acuerdo a la Ley de Nacionalidad y Naturalización se consideran mexicanas, obsérvándose la conveniencia de dictar medidas en relación a dicha situación; y es así que en el artículo I. de la Ley Orgánica en cita se estableció que ningún extranjero podrá ser socio de las sociedades mexicanas que adquieran o pretendan adquirir la propiedad de bienes inmuebles dentro de la zona prohibida.

Asimismo el artículo 10 que también nos atañe, señala que para los efectos de la misma, no se reputarán como enajenación de propiedad los arrendamientos de inmuebles por término menor de 10 años en la extensión que sea estrictamente necesaria para los establecimientos o servicios del objeto industrial, minero, petrolero u otro no agrícola de la empresa, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales .

De todo lo que hemos venido analizándose se observa que, las disposiciones de restricción que tienen los extranjeros en la adquisición de inmuebles dentro de las zonas prohibidas, si lo relacionamos con el artículo 5. de la Ley Orgánica, observamos el por qué de la reclamación del gobierno norteamericano, ya en dicha disposición se establece que : " Los derechos objeto de la presente Ley, no comprendidos con anterioridad a la vigencia de la misma podrán ser conservados po los actuales propietarios hasta

su muerte " , dando como resultado que un extranjero que hubiere adquirido bienes raíces en la zona prohibida con anterioridad a la vigencia de esta Ley, podría conservar ese derecho hasta que pereciera. De lo que a nuestro entender se deduce ¿ Quienes serían los extranjeros a lo que hacía referencia ?

" Al respecto, Ezequiel Padilla en un discurso pronunciado por él, expresó " Ustedes saben que por una Ley del 54, reconocida después por Leyes sucesivas, estuvo prohibida, antes de la vigencia de la Constitución de 1917, adquirir tierras en la frontera en una faja de veinte leguas , etc. Y la Constitución de Querétaro establece la prohibición de cien kilómetros para las fronteras y cincuenta en las costas. De lo que se desprende que aquellos que hubirán adquirido tierras en las costas o dentro de la faja de cien y ochenta kilómetros, las han adquirido legalmente"(71) .

A nuestro parecer este discurso fué erróneamente formulado, ya que como él mismo expuso dicha prohibición se había implantado con anterioridad, por lo que los extranjeros no pudieron haber adquirido legalmente, salvo aquellos casos en los que se les había otorgado el permiso que se imponía como requisito .

71) Perez Verdín Antonio F. Centro de Estudios Jurídicos. Impr. Universitaria Mex. 1946 p. 58

" De igual manera que Batiza y Molina Pasquel nosotros creemos que es perfectamente legal que se permita a los extranjeros el uso y aprovechamiento en calidad de fideicomisarios, en los fideicomisos turísticos constituídos sobre bienes inmuebles en zonas prohibidas, ya que tales beneficios no constituyen derechos reales, como lo prohíbe el artículo 27 Constitucional es su último párrafo " (72) .

Del anterior análisis se desprende, que el párrafo final del multicitado artículo prohíbe la propiedad, más no el usufructo de los inmuebles, atreviéndonos a comentar que en el caso de un fideicomiso a favor de extranjero, de un inmueble ubicado en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y cincuenta a lo largo de las costas, se cumpla con los requisitos que exigen nuestras leyes (que veremos más adelante) en un fideicomiso constitucional, ya que como es propio saber, nuestro país necesita de la inversión extranjera, por lo que considero conveniente que se les permita el acceso a dichas zonas legalmente mediante contratos de fideicomiso, siempre y cuando cumplan con todas las formalidades sin que violen nuestra Constitución, mediante una vigilancia estricta y con estudios adecuados que canalicen en tal forma esas inversiones, para el desarrollo de zonas que se tienen al abandono y que se podrían aprovechar y de esta manera obtener resultados satisfactorios y armonizados, realizando un fin

económico y consecuentemente evitar violaciones a nuestra Constitución.

" Podemos darnos cuenta de que a la marcha de este mecanismo, tenemos como resultado : que durante 1987 la actividad turística nacional se consolidó como la segunda fuente generadora de divisas después que el petróleo, en virtud de que se recibieron a 5.3 millones de turistas extranjeros y se captaron dos mil trescientos millones de dólares, cifras que representaron un incremento del 18% en las metas previstas. Asimismo 1987 fué el año turístico más importante en la historia del país; ya que además se realizaron inversiones mexicanas por más de cien mil millones de pesos, independientemente de las japonesas, canadienses, inglesas y estadounidenses. Entre las inversiones extranjeras destaca a la construcción del Hotel " Nikko " de capital nipón, en el Distrito Federal que es uno de los más importantes del país . Inversionistas estadounidenses invertirán más de cien mil millones de pesos en la construcción de un complejo turístico en la península de Santiago, municipio de Manzanillo, Colima, que constará de 450 cuartos de gran turismo" (73).

Situación de la que no nos podremos quejar, ya que generará empleos, permitiendo mejorar el bienestar de la

ciudadanía, además de que sería una fuente de riqueza en beneficio de nuestra soberanía.

IV. 3. - REGISTRO DEL FIDEICOMISO TURISTICO .

Dentro de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera de fecha 7 de Febrero de 1973 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de ese año, se incluyó un Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, cuya función es dar una autenticidad a los actos relacionados con esa materia y recabar información de las Inversiones hechas en nuestro país.

Es de esta manera que en su artículo 23, la Ley establece que " Se crea un Registro Nacional de Inversiones Extranjeras en el que deberán inscribirse; fracción III. Los fideicomisos en que participen extranjeros y cuyo objeto sea la realización de actos regulados por esta Ley " .

Asimismo en el Reglamento del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de diciembre de 1973, se determina la

organización del Registro y establece la forma y los términos en que deberá proporcionarse la información .

Dicho registro depende directamente de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, bajo la dirección del Secretario Ejecutivo de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras .

Por su parte el artículo 22 del Reglamento del Registro señala : que " Las instituciones fiduciarias mexicanas, deberán solicitar la inscripción de los fideicomisos en los que participen o de los que se deriven derechos para extranjeros y cuyo objeto sea la realización de actos regulados por la Ley dentro del mes siguiente a la fecha de Constitución del fideicomiso o de la realización de los actos de los que se deriven derechos para los extranjeros " .

De lo anterior se observa que prevee la obligación del registro de fideicomiso en los que participen o de los que se deriven derechos para los extranjeros y cuyo objeto sea la realización de actos regulados por la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Extranjera. Por lo que la institución fiduciaria inscribirá fidelcomisos : En los que participen extranjeros o se deriven derechos para los extranjeros, y aquellos

cuyo objeto sea la realización de actos regulados por la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera .

Quedando obligadas las instituciones fiduciarias a solicitar la inscripción, dentro del mes siguiente a la fecha de su constitución, o bien de la realización de los actos de los que se deriven derechos para los extranjeros. Esto quiere decir : Que se faculta a la institución fiduciaria a no solicitar la inscripción dentro del mes siguiente a la fecha de su constitución del fideicomiso, ya que puede cumplir su obligación al solicitar la inscripción dentro de igual término contado a partir de la fecha de realización de los actos de los que se deriven derechos para los extranjeros .

No obstante lo anterior, debemos mencionar que los Notarios Públicos no quedan obligados al registro, ni el registro representa un obstáculo para la celebración del fideicomiso o su inscripción ante el Registro Público de la Propiedad y del Comercio que corresponda ; ya que es la Institución Fiduciaria la que debe solicitar su inscripción, la que normalmente efectuará después de la celebración del fideicomiso .

Por su parte, el artículo 24 del Reglamento del Registro de Inversiones Extranjeras, prevee obligaciones posteriores para el fiduciario, y señala la obligación de informar al registro cualquier

modificación, rescisión, revocación o extinción del fideicomiso, de igual forma la transmisión a extranjeros de los certificados de participación o de los derechos para utilizar o aprovechar los bienes dados en fideicomisos .

Asimismo, el artículo 23 del Reglamento en cuestión señala los datos que deberá contener la solicitud de inscripción para el registro del fideicomiso, siendo ésta suscrita por el delegado fiduciario de la institución, quien a su vez presentará la solicitud en la Sección Tercera del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, relativa a los fideicomisos .

Dentro de los datos que como dijimos con anterioridad debe contener la solicitud de inscripción, se encuentran :

- I. Denominación de la Institución Fiduciaria y la dirección de sus principales oficinas .
- II. Nombre, nacionalidad y domicilio de los fideicomitentes.
- III. Descripción de los bienes fideicometidos .
- IV. Fecha de constitución, fines y duración del fideicomiso.

V. Nombre, nacionalidad, domicilio, dirección y en su caso calidad migratoria de los extranjeros que sean fideicomisarios, tenedores de certificados de participación o que tengan derecho a utilizar o a aprovechar los bienes fideicometidos, con la indicación de sus derechos y obligaciones.

Asimismo, toda solicitud deberá ser presentada en español, por triplicado a la Oficialía de Partes de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, la que devolverá al interesado un ejemplar en el que conste la fecha de recibo. Dicha operación se puede también efectuar por medio de correo certificado .

En caso de que dicha solicitud se presente en otro idioma, deberá acompañarla una traducción al español, la cual será requerida por el Director del Registro para que la elabore un perito oficial . En caso de que alguna solicitud no satisfaga los requisitos establecidos por la Ley o por el Reglamento, se le comunicará al solicitante para que en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de notificado para que subsane el error u omisión, y en caso de que no cumpliera, se tendrá por no presentada su solicitud sin perjuicio de la aplicación de las sanciones correspondientes.

También entre las facultades del Director se encuentra el derecho de cerciorarse de la veracidad de los datos suministrados,

pudiendo exigir informes necesarios en los términos de Ley Posteriormente las inscripciones se reproducirían en microfilm u otro sistema que apruebe el Secretario de Comercio y Fomento Industrial, las cuales se concentrarán en un local distinto .

Las inscripciones, modificaciones y cancelaciones, se harán por acuerdo del Director del Registro o de los funcionarios facultados en los términos que determine el Reglamento del Registro, por lo que una vez hecha la inscripción, se expedirá constancia a las personas autorizadas, o bien como lo señalamos a un principio, también se podrá enviar por correo certificado, surtiendo efectos desde la fecha que se presenta la solicitud en la Oficialía de partes de la Secretaría de Industria y Comercio o se deposite en una oficina postal como pieza certificada.

De lo anterior podemos comentar que, el registro de fideicomisos de personas físicas o morales extranjeras, títulos representativos de capital y demás señalados en el artículo 23 de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, forman parte de la seguridad proporcionada al inversionista extranjero y nacional, además de ser instrumento auxiliar de nuestro gobierno para llevar un control de las inversiones que se lleven a cabo .

IV. 4. - BIENES Y DERECHOS QUE PUEDEN SER OBJETO DEL FIDEICOMISO TURISTICO .

A consecuencia de la suspensión de garantías individuales que había sufrido nuestro país por el estado de guerra en que se encontraba con Alemania, Italia y Japón en 1942; el Ejecutivo obtuvo autorización para legislar en distintas ramas de la administración pública; es por esto que en 1944 se estableció un Decreto que señalaba que mientras permaneciera en vigor la suspensión a que hicimos alusión, los extranjeros y las sociedades mexicanas sólo podrán desarrollar determinadas inversiones en el país, previo permiso que otorgue en cada caso discrecionalmente la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Este Decreto, establecía en su Artículo Primero que :
Durante el tiempo que permaneciera en vigor la suspensión de garantías decretada el 1. de junio de 1942, los extranjeros y las sociedades mexicanas que tengan o puedan tener socios extranjeros, solo podrán mediante permiso que previamente y en cada caso, otorgue la Secretaría de Relaciones Exteriores . . . "

a) Adquirir bienes inmuebles destinados a algunas de las actividades que enseguida se mencionan : adquirir negociaciones o empresas, o el control sobre ellas, de las ya existentes en el

país , que se dediquen a cualquier actividad industrial, turística, agrícola, ganadera, forestal, de compra venta o de explotación, con cualquier fin, de bienes inmuebles rústicos o urbanos, o de fraccionamiento y urbanización de dichos inmuebles.

b) Adquirir bienes raíces, ya sean urbanos o rústicos , cualquiera que sea la finalidad a que se dediquen .

c) Adquirir el dominio de tierras, aguas y sus accesorios a que se refiere la fracción I del artículo 27 Constitucional, y adquirir concesiones de minas, aguas o combustibles minerales.

También se incluyó el arrendamiento por mas de diez años y los contratos de fideicomiso en los que el fideicomisario sea extranjero o sociedad mexicana que tenga o pueda tener socios extranjeros .

Cabe hacer mención que, aunque dicho decreto fué expedido por estado de emergencia, en el lapso en que estuviera vigente la suspensión de garantías, el Ejecutivo hasta la fecha lo ha considerado y sigue considerándolo en vigor, razón por la cual le damos la aplicación actual en nuestro punto de estudio.

IV. 5. - FIDEICOMISOS PROHIBIDOS SEGUN LA LEY .

Atendiendo a lo dispuesto por el artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, quedan prohibidos:

I . Los fideicomisos secretos .

II. Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente, que deban sustituirse por muerte del anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente .

III Aquellos cuya duración sea mayor de treinta años, cuando se designe como beneficiario a una personas jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo puede constituirse con duración mayor de treinta años, cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro .

Consideramos que estas medidas prohibitivas tomadas por el legislador son puntos muy buenos en los que incurren personas, con la finalidad de incurrir en fraude o bien obtener de esta forma lucro. Tal es el caso de aquellos que se respaldan en esta figura

para eludir dicha prohibición constitucional y aun el mismo control y vigilancia que corresponde a la Junta de Asistencia Privada dependiente de la Secretaría de Salubridad y Asistencia Pública .

" Cuando suelen constituirse en la práctica fideicomiso con fines culturales o educativos, los que se les asignan permanentemente bienes raíces o capitales impuestos sobre ellos, sin que pueda invocarse como causa la fracción III del artículo en cita; porque además es disposición sólo exceptúa " el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro " , tales llamados fideicomisos no son fideicomisos sino que tienen que organizarse como verdaderas fundaciones o instituciones de asistencia privada, pues ni siquiera es posible el recurso que la letra de la mencionada fracción III parece permitir, porque la designación de fideicomisaria de una institución de asistencia privada implicaría fraude a la Ley o sea actuar contra la referida prohibición constitucional y de los preceptos de la citada Ley de Instituciones de Asistencia Privada"(74) .

IV . 6. - FUNCIONAMIENTO DEL FIDEICOMISO TURISTICO .

Para la realización del presente punto, no es necesario mencionar algún fundamento legal para hacer comprensible el

74) Sánchez Medial Ramón. La Verdadera Naturaleza Jurídica del Fideicomiso Mexicano. Revista de Investigaciones Jurídicas Escuela Libre de Derecho. año 4 No 4 Mex. 1980. p 95

funcionamiento del fideicomiso turístico, por lo que nos tomamos el atrevimiento de explicarlo con un ejemplo práctico, y que consideramos fácil de entender : El fideicomitente, como contraprestación por una cantidad recibida del fideicomiso, lo que vendría a ser el precio del inmueble, entrega en fideicomiso irrevocable al fiduciario, el inmueble ubicado en zona prohibida objeto del fideicomiso, para que a su vez el fiduciario lo transmita en propiedad al fideicomisario o a quien éste designe al término del contrato, o bien al momento en que así lo solicite el fideicomisario al fiduciario durante el contrato; siendo el plazo para la realización del fideicomiso hasta por treinta años, terminando ya sea cuando se haya transmitido la propiedad o bien cuando el plazo haya concluído, al término del cual se haya o no se haya realizado el fin para el que fué constituido se puede celebrar otro nuevo contrato .

Durante la realización del objeto del fideicomiso, el fideicomisario queda como depositario del inmueble, con las facultades de habitación, administración, arrendamiento, y si esto fuera poco también puede hacer que el fiduciario lo grave en beneficio del fideicomisario, sin que realice pago adicional por estos conceptos .

Como el fideicomisario, por ser extranjero, carece de capacidad para adquirir el inmueble en razón de su ubicación, no se podrá realizar el objeto del fideicomiso a menos que el fideicomisario designe a determinada persona capaz de adquirir la propiedad del inmueble durante todo el tiempo del fideicomiso. No obstante en caso de que falleciera el fideicomisario, sus derechos y obligaciones derivados del fideicomiso serán transmitidos a sus herederos testamentarios o legítimos .

Asimismo en el fideicomiso turístico, opera una translación del derecho de propiedad de la cosa objeto de fideicomiso, pues tal derecho sale del patrimonio del fideicomitente para ingresar al patrimonio del fiduciario e ir a dar sus beneficios al fideicomiso.

" Este es el mecanismo operativo del fideicomiso y poco importa si es creado para administrar una escuela, una fábrica o un centro recreativo; pero sí importa o cuando menos sí debe importar cuando ese fideicomiso tiene como fideicomisarios a personas que no son de nacionalidad mexicana y opera en la faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas a que se refiere el párrafo segundo de la fracción I del artículo 27 Constitucional " (75).

IV. 7.- EXTINCION DEL FIDEICOMISO TURISTICO

Uno de los grandes problemas que ha sido motivo de mucho estudio y aclaraciones es, que la Ley limita a los fideicomisos de inmuebles en zona prohibida, mejor conocidos como fideicomisos turísticos, a una duración que no puede exceder de 30 años; por lo que en 1971 se establece un Decreto que permitía estos fideicomisos, suponiendo que a la extinción del plazo marcado de treinta años o sea al vencimiento del término del fideicomiso, los derechos del beneficiario cesarían por completo. Situación que en la práctica no sucede así, ya que al término del fideicomiso, el extranjero no pierde sus derechos patrimoniales, sino que adquiere el derecho de indicarle a la institución fiduciaria que enajene el inmueble a una persona con capacidad legal y con deseos de adquirirlo, en el precio y condiciones que en el mercado se permita, y que el beneficiario decida recibiendo el beneficio económico de la inversión hecha (o sea el precio de la venta). Es por esta razón que lo que se extingue es el derecho a disfrutar del inmueble más no el contenido económico del valor del inmueble.

Ahora bien, legalmente existe la posibilidad de que al término de estos treinta años , el fideicomiso se renovara por otros treinta años y así constituir un nuevo fideicomiso en otra institución fiduciaria, con las mismas características que el anterior. Se dice

teóricamente que esto es posible, no obstante que en la práctica no se ha dado ningún caso, ya que este tipo de fideicomiso es permitido desde 1971 y lógicamente no se ha llegado a presentar.

CONCLUSIONES

Una vez dado por concluido nuestro trabajo, consideramos a bien sustentarlo por medio de conclusiones, las cuales sintetizamos de la siguiente manera :

1.- En el Derecho Romano, el fideicomiso surge como un negocio fiduciario de confianza, mediante el cual la fiduciaria adquiría los bienes en propiedad para beneficio de un tercero, donde aparecen originalmente figuras como : el pacto fiduciario, las sustituciones fideicomisarias y las capellanías entre otras, mismas que se pusieron en práctica y que con el paso del tiempo han constituido uno de los antecedentes más remotos de nuestro fideicomiso mexicano.

2.- El derecho de propiedad que poseía la institución fiduciaria era supremo, restrictivo y eterno, atendiendo a la concepción romana; mas no obstante la voluntad del dueño se concretaba a encomendarlo con cierta formalidad, por lo que el " use " inglés se creó con la finalidad de burlar la Ley, poseyendo características de negocio .

3.- El origen del " trust " como negocio jurídico lícito, es atribuido a la protección que proporcionaba el Tribunal de

Equidad al beneficiario del " use " , siendo este el " cestui que use " por lo cual una persona llamada " feoffe to use " era revestido de poder jurídico atendiendo a lo dispuesto por el " common law " ; donde el beneficiario del " use " tenía el derecho de percibir los beneficios de la propiedad conforme a las reglas de equidad, situación que de ninguna forma le atribuía el carácter de propietario .

4.- Cuando la Ley prohibió la existencia del " use " , éste se convierte en " trust " , siendo uno de los negocios más practicados entre los anglosajones, además de que en los Estados Unidos de Norteamérica es concebido como un negocio bancario, por lo que es utilizado en la realización de operaciones de financiamiento, ligadas al crecimiento industrial y financiero del país, ya que el trust en su acepción económica jurídica se emplea para denominar a las grandes mezclas económicas y financieras encaminadas a la creación de monopolios industriales.

5.- El fideicomiso como negocio bancario reglamentado, aparece en la Ley de Instituciones bancarias de 1926, el cual en primera instancia fué considerado dentro de las funciones del Banco y posteriormente como un mandato irrevocable, en donde el fiduciario actúa como propietario limitado a enajenar,

empeñar y gravar los bienes afectos al fideicomiso, no obstante que dicha limitación niegue efectos traslativos .

6.- En conclusión podemos afirmar que, la palabra fideicomiso se utiliza para darle nombre al acto constitutivo emitido voluntariamente por una de las partes (fideicomitente), el cual realiza la designación de la fiduciaria encargada, así como la aceptación hecha por el fideicomitente, el fideicomisario o en su caso el juez competente, siendo éstos, actos unilaterales creados por voluntad; teniendo el fiduciario el deber de llevar a cabo lo dispuesto por el orden jurídico, del cual derivan derechos con el fin de hacer posible su realización .

7.- Dentro de la propiedad fiduciaria, ha surgido una duda ya que algunos autores señalan que el término que se utiliza para designar a la fiduciaria es como nueva propietaria; en cambio esto no es posible, ya que la fiduciaria actúa como retenedora de los bienes en tanto que no se cumpla con la disposición del fideicomitente, teniendo los bienes en su poder con calidad de administradora, más no de propietaria.

8.- La doctrina ha considerado que el " trust " se constituye por un patrimonio y por una afectación, sin existir

relación entre los sujetos, por lo que será el propio fideicomiso a quien se le atribuyan los derechos y obligaciones de una persona jurídica, de lo que se deduce que se trata de una situación errónea, ya que en el fideicomiso existe la unidad patrimonial que se deriva de la Ley, desprendiéndose de ésta derechos y obligaciones encaminados al fiduciario, el cual además de ser el titular del patrimonio, realizará la afectación del mismo al fin para el que fueron creados, actuando a la vez fideicomitente, fiduciario y fideicomisario en conjunto, para que de esta manera se pueda hablar de la cognotación del negocio jurídico con autonomía propia.

9.- Dentro de los beneficios del Fideicomiso, encontramos que es la figura jurídica flexible, que permite guardar la Soberanía de nuestro país, ya que al tener plazos de vigencia del contrato de acuerdo al permiso otorgado por la Secretaría de Relaciones Exteriores, para que la Institución Fiduciaria detente la propiedad, se podrá ir ajustando la legislación , de acuerdo a las necesidades de inversión, que requiera nuestra nación, así mismo ,

10.- Las ventajas que recibe nuestro país por la inversión extranjera, va en una cascada de derrama económica, que llega desde la misma Secretaría de Relaciones Exteriores, pasando por las Instituciones fiduciarias, has el mas humilde

trabajador de jardinería o albañilería, con este tipo de inversiones podremos buscar un ritmo sostenido en el crecimiento económico del país, sin depender tanto de los avances de la tecnología extranjera como es en el caso de la industria, claro esta sin descuidar en ningún momento este aspecto fundamental para nuestro país .

También es fundamental la gran entrada de divisas extranjeras por este concepto, las cuales se podran distribuir a todas las ramas primordiales de nuestro país de acuerdo a los liniamientos y necesidades marcadas por el gobierno Federal.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO MANUEL
EL NEGOCIO JURIDICO. Edit. Bosch. Barcelona Esp. 1958.
- ALFARO J. RICARDO
ADAPTACION DEL TRUST DEL DERECHO ANGLOSAJON AL DERECHO CIVIL. Cursos Monograficos. Vol. I. La Habana Cuba. 1948.
- ASOCIACION MEXICANA DE BANCOS
SEMINARIO SOBRE LA COMERCIALIZACION DE LOS SERVICIOS FIDUCIARIOS. Morelia Mich.
- BARRERA GRAF JORGE
ESTUDIOS DE DERECHO MERCANTIL. Dos estudios sobre el Fideicomiso. Edit. Porrúa, S.A. Mex. D.F.
- BAUCHE GARCADIIEGO MARIO
OPERACIONES BANCARIAS. Edit. Porrúa S.A. MEX. D.F.
- BATIZA RODOLFO
EL FIDEICOMISO TEORIA Y PRACTICA. Edit. Porrúa, S.A. MEX. D.F.
- BOJALIL JULIAN
EL PROYECTO LIMANTOUR. PRIMER INTENTO LEGISLATIVO MUNDIAL DE APORTACION DEL TRUST Y LOS SISTEMAS ROMANISTAS. Revista El Foro # 18 y 19, Mex. D.F. 1957.
- BORJA MARTINEZ IGNACIO
EL FIDEICOMISO. Edit. Porrúa, S.A. MEX. D.F.
- Quirín
EL CONTRATO ATIPICO. Revista El Foro # 19, Epoca. Mex. 1965.
- CARIOTA FERRARA EDUARDO
II NEGOZIO FIDUCIARIO. CEDAM PADOVA. 1933.
- CARPISO MAC GREGOR EDUARDO
SEMINARIO SOBRE LA COMERCIALIZACION DE LOS SERVICIOS FIDUCIARIOS, Morelia Mich. 1985.
- CERVANTES AHUMADA RAUL
TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO, Edit. Herrero, S.A., Mex. 1984.
- CLARET Y MARTI POMPEYO
DE LA FIDUCIARIA Y DEL TRUST, Barcelona Esp.. Bosch, casa Editora Mex. 1969.
- DAVALOS MEJIA CARLOS
TITULOS Y CONTRATOS DE CREDITO. QUIEBRAS. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Mex. 1984.
- DE PINA VERA RAFAEL
ELEMENTOS DEL DERECHO MERCANTIL MEXICANO. Edit. Porrúa, S.A. 11a. Edic. Mex. 1979.
- DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE ALFREDO
EL FIDEICOMISO ANTE LA TEORIA GENERAL DEL NEGOCIO JURIDICO. Edit. Porrúa, S.A. Mex. 1982.

GARCIA MAYNEZ EDUARDO	INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO. Edit Porrua, Mex. D.F. 1949.
GARCIA MALDONADO	LA INVERSION EXTRANJERA EN LAS ZONAS TURISTICAS. Revista de Derecho Notarial Mexicano. Asociacion Nacional del Notariado Mexicano. año XXV # 81.
HERNANDEZ HRDZ. OCTAVIO	DERECHO BANCARIO MEXICANO. Tomo II, 1983.
LANDERRECHE OBREGON EDUARDO	LA NATURALEZA DEL FIDEICOMISO EN EL DERECHO MEXICANO. Revista "JUS" Tomo X # 50 Mex. 1942.
LA REPUBLICA EN CIFRAS	REVISTA TIEMPO. Servicio Notimex. # 2387, Mex. 1988.
LEPAULLE PIERRE	NATURALEZ DEL TRUST. Revista General y Jurisprudencia. Edit. a> Mijares y Hno. Tomo II Mex. 1932.
LIZARDI ALBARRAN JORGED	ENSAYO SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO. TESIS. U.N.A.M. 1945 .
LOREDO LOPEZ ALFONSO	ANTICONSTITUCIONALIDAD DEL FIDEICOMISO EN ZONAL PROHIBIDAS. DINAMICA DE DERECHO MEXICANO. COLECCION ACTUALIDAD DEL DERECHO # 8 1975.
MACEDO PABLO	LA NATURALEZA DEL TRUST. Revista General de Derecho y Jurisprudencia. Tomo III Mex. 1931.
MANUAL DEL FIDEICOMISO MEXICANO	BANCO NACIONAL DE OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS, S.A. MEX. 1976.
NAVARRO MARTORELL MARIANO	LA PROPIEDAD FIDUCIARIA. Barcelona Esp. 1950.
OLVERA DE LUNA OMAR	CONTRATOS MERCANTILES. Edit. Porrua, S.A. Mex. D.F. 1987.
RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ JOAQUIN	DERECHO MERCANTIL. TOMO II Edit. Porrua, Mex. D.F. 1974.