

20
2ej.



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
A R A G O N**

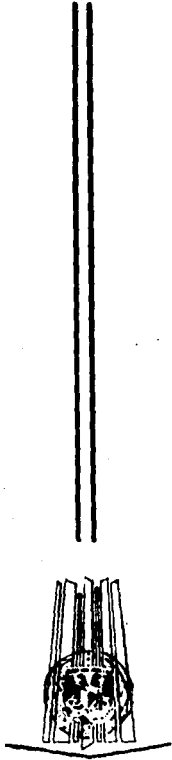
**ANALISIS JURIDICO DEL FIDEICOMISO OTORGADO
A EXTRANJEROS EN ZONA PROHIBIDA.**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
DANIEL ARELLANO CERON

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

SAN JUAN DE ARAGON, EDO. DE MEXICO

1984



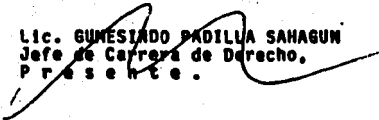


UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

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.


Lic. GUMERSINDO PADILLA SAHAGUN
Jefe de Carrera de Derecho,
P r e s e n t e .

En atención a su solicitud de fecha 25 de abril del año en curso, por la que se comunica que el alumno DANIEL ARELLANO CERON de la carrera de LICENCIADO EN DERECHO, ha concluido su trabajo de investigación intitulado "ANALISIS JURIDICO DEL FIDEICOMISO OTORGADO A EXTRANJEROS EN ZONA PROHIBIDA", y como el mismo ha sido revisado y aprobado por usted, se autoriza su impresión, así como la iniciación de los trámites correspondientes para la celebración del Examen Profesional.

Sin otro particular, le reitero las seguridades de mi atenta consideración.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
San Juan de Aragón, Edo. de Méx., Abril 28 de 1994
EL JEFE DE LA UNIDAD


LIC. ALBERTO IBARRA ROSAS

c c p Lic. Fernando Guadalupe Ortiz Santiago,
Asesor de Tesis.

c c p Interesado.

DEDICO ESTA TESIS

A DIOS:

Primamente por la oportunidad que me dió de vivir y por aquella fuerza que me entregó para poder seguir adelante.

A MIS PADRES:

Por el amor que me entregaron y por aquella confianza que pusieron en mí y sobre todo por aquel ejemplo que se refleja en lo que ahora soy.

A MIS HERMANAS

Por aquel apoyo que me brindaron y porque siempre creyeron en mí

A MI ESPOSA E HIJO:

Por la alegría y el cariño que ahora comparto con ellos y sobre todo a mi hijo porque sé que algún día con mi ejemplo llegará a ser un gran hombre en la vida.

A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS:

Por aquellos momentos llenos de alegría, pero también por aquellos instantes difíciles que pasamos juntos, momentos que fueron cruciales para el estudio y para la vida misma.

INDICE

**ANALISIS JURIDICO DEL
FIDEICOMISO OTORGADO A
EXTRANJEROS EN SONA PROHIBIDA.**

INTRODUCCION	Página
CAPITULO I	
ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO	
1. ROMA	3
a) Fiducia cum creditare	
b) Fiducia cum amico	
2. ALEMANIA	9
3. INGLATERRA	10
a) El Use	
4. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA	17
a) El Trust	
5. MEXICO	20
a) Proyecto Limantour	
b) Proyecto Creel	
c) Proyecto Vera Español	
d) Ley General de Instituciones de Crédito Establecimientos Bancarios de 1924.	
e) Ley de Bancos de Fideicomiso de 30 de junio de 1926.	
f) Ley General de Instituciones de Crédito Establecimientos Bancarios de 1926.	
g) Ley General de Instituciones de Crédito de 1932.	

CAPITULO II

EL FIDEICOMISO EN MEXICO

1. DEFINICION	30
2. NATURALERA JURIDICA DEL FIDEICOMISO	34
a) El acto jurídico y la teoría del negocio jurídico.	
b) La teoría del negocio jurídico.	
c) La doctrina del negocio fiduciario.	
d) El fideicomiso y la manifestación unilateral de voluntad.	
e) La declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones.	
f) Naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano.	
g) Modalidades y requisitos del contrato de fideicomiso.	
3. CLASIFICACION	53
a) de Garantía	
b) de Administración	
c) de Inversión	

CAPITULO III

LAS PARTES DEL FIDEICOMISO

1. FIDEICOMITENTE	67
2. FIDUCIARIO	73
3. FIDEICOMISARIO	77
4. COMITE TECNICO	80

CAPITULO IV
EL FIDEICOMISO COMO UNICA FIGURA
JURIDICA PARA GOZAR DE INMUEBLES
POR EXTRANJEROS EN SONA
PROHIBIDA.

1. LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACION INMOBILIARIA . . . 83

2. ANALISIS DE LA FRACCION I DEL ARTICULO 27 CONSTITUCIONAL ANTE EL CONTRATO DEL FIDEICOMISO . . 87

3. FIDEICOMISO E INVERSION EXTRANJERA 94

- a) Garantías y ventajas del fideicomiso en la Ley de Inversiones Extranjeras.
- b) Tipos de fideicomiso en la Ley de Inversiones Extranjeras.

4. EXTINCION DEL FIDEICOMISO . . . 99
CONCLUSIONES 103
BIBLIOGRAFIA 105

INTRODUCCION

La investigación del contrato de fideicomiso que a continuación se presenta adquiere suma importancia e interés a medida que se va abordando en su contenido.

Sin embargo, por ser una figura de raíces Romanas, acarrea una serie de dificultades e incertidumbre en su aplicación, así como también la adaptación a nuestra legislación.

Sus orígenes surgen de países como Roma, Alemania, Inglaterra y, de los Estados Unidos de Norteamérica, en donde tiene una gran influencia para la adaptación en nuestra legislación mexicana donde adquiere características propias que lo hacen diferentes de sus raíces.

El fideicomiso en términos generales lo presentamos como un instrumento por medio del cual una persona física o moral llamada fideicomitente destina ciertos bienes muebles o inmuebles para un fin lícito y determinado a una institución de crédito para que esta lo administre a favor de un tercero llamado fideicomisario.

Asimismo, existe una clasificación muy completa respecto al fideicomiso la cual nos precisa en forma muy clara y sencilla, los diferentes tipos de fideicomiso que son manejables por instituciones fiduciarias.

Por otra parte, a medida que se va adentrando en el tema vamos caracterizando el trabajo por su particularidad, basta con mencionar el doble sentido que guarda el fideicomiso, el primero que hace operaciones financieras por medio de una institución fiduciaria cumpliendo así su encargo a beneficio de otra persona, y el segundo aspecto a través de esta figura se viola de manera sutil y escondida la Ley, sin que exista algún medio de solución a este problema por encontrarse legalmente establecido.

Pero considerando que en la actualidad son una alternativa de inversión muy importante dentro de nuestro sistema financiero mexicano y que crean un aspecto muy amplio que brinda diversas opciones, para los inversionistas.

Por último, siendo una figura indispensable en la utilización de fines políticos, económicos y sociales en nuestro país, y por imprecisa reglamentación dieron motivo de Tesis tratando principalmente el estudio en doble aspecto, así como también el problema en que se enfrentan las instituciones fiduciarias en su aplicación.

C A P I T U L O I .
ANTECEDENTES HISTORICOS DEL
FIDEICOMISO

I. R O M A

El significado de la palabra fideicomiso deriva del latín FIDEICOMISSUM, que quiere decir fides (fe) y comissus (confiado), confiar en la buena fe, referida esta a un tercero.

Los antecedentes más remotos del fideicomiso los encontramos en el Derecho Romano, en las instituciones conocidas como Fiducia o Pactum Fiduciae y los fideicomisos testamentarios; en la época en que se decreta la Ley Falcidia en el año 40 a. de J.C.

El fideicomiso es una institución jurídica en virtud de la cual una persona, el fideicomitente, por disposición de su última voluntad encargaba a otra, el fiduciario, transmitir toda o una parte alicuota de su herencia o un bien determinado de su patrimonio a una tercera persona llamada fideicomisario. (fideicomiso testamentario).

La fiducia o pactum fiduciae consistía en una forma solemne de transmitir la propiedad (mancipatio) que se efectuaba con la obligación de quien la recibía (accipiens) de renunciarla o devolverla transcurrido cierto tiempo o previo cumplimiento de condiciones predeterminadas.

Dos formas principales revistió el Pactum Fiduciae, la llamada fiducia cum creditare y la denominada fiducia cum amico.

a) FIDUCIA CUM CREDITARE.

"Esta figura representó la forma de garantía consistente en que el deudor, requerido por su acreedor para prestarle una garantía real, transferida por mancipatio o in jure cessio la propiedad de un bien con la carga de que le fuera retransmitido una vez satisfecha la obligación. En caso de que el deudor incumpliera la obligación garantizada, el acreedor tenía el derecho derivado del pactum fiduciae, de retener la cosa para sí o para enajenarla a un tercero. Esto implicó que en un primer momento el acreedor figurara como propietario pleno sin que el deudor gozara de acción real alguna en caso de incumplimiento por parte de aquel, lo que contrastaba con las ventajas obtenidas por el acreedor".¹

¹ Azuero Rodríguez Sergio. Contratos Bancarios, su significación en América Latina. Primera Edición, Editorial Presencia, Colombia 1977. p. 107.

Como el acreedor obtenía la propiedad de el bien podría venderlo de mala fe o por descuido, en cuyo caso del deudor no tendría mas que un derecho personal en contra del primero y no un derecho real sobre el bien en cuestión.

"Por otra parte, la fiducia cum creditore no implicaba un acto de simulación, puesto que ningún tercero, reconociendo las apariencias se había dejado engañar respecto de la verdadera situación jurídica; todos sabían que bajo este pactum fiduciae con su transmisión temporal de propiedad se escondía en realidad una operación de garantías".²

Como evolución de esta institución pronto fueron apareciendo instrumentos destinados a proteger la posición de las partes y en especial, la del deudor. La primera defensa consistió en el reconocimiento de la actio fiduciae directa en favor del deudor y contraría en el favor del acreedor. Dos hipótesis sirvieron principalmente para el ejercicio de la acción directa:

1.- La enajenación por parte del acreedor del bien o bienes recibidos, antes del plazo previsto para la satisfacción y la obligación principal, en cuyo caso la actio fiduciae estaba encomendada a lograr la indemnización por dicha enajenación.

2.- La enajenación hecha por el acreedor una vez vencido el plazo sin haberse cumplido la obligación garantizada, cuando el valor de bien o bienes excedía en forma importante al monto de la deuda. En este caso el actio fiduciae tenía por objeto que el deudor recuperara tal diferencia, luego de satisfacerse la obligación a favor del acreedor.

b) FIDUCIA CUM AMICO.

Esta institución por su parte, se celebraba en interés del tradens y no del accipiens como en el caso de la fiducia cum creditore, y consistía en la transmisión de bienes con el objeto de quien los recibía pudiera disponer de los mismos y ejercitar las facultades inherentes al dueño, como administrar los bienes, celebrar contratos en torno de ellos, defenderlos contra el ataque de terceros, etc, se utilizaba entonces, cuando alguien contaba con una persona de su entera confianza, tenía que ausentarse durante largo tiempo y en vez de dejar el bien en manos de un amigo a través de un contrato que le confiriera la

² Píña Medina Jorge y Acosta Romero Miguel. Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México. Primera Edición. Editorial Libros de México, 1982. p. 65.

simple posesión, más amplias facultades, con lo cual su protección resultaba más eficaz.

Obviamente el accipiens a través del pactum fiduciae cum amico, asumía la obligación de retransmitir los bienes transcurrido cierto tiempo.

El uso de esta figura presentaba el inconveniente que se señaló en el punto anterior, por la clara posibilidad de abuso del adquirente.

En el Derecho romano, cuando cayeron en desuso las formas tradicionales de transmitir la propiedad (mancipatio in jure cessio), el ejemplo del pactum fiduciae o fiducia se fue sustituyendo por otros contratos reales, adoptaron formas más perfeccionadas, como lo son el comodato, la prenda y la hipoteca.

Manifiesta el maestro Margadant "que después de las guerras púnicas, en varias ocasiones los funcionarios deshonestos no cumplían en roma con el cargo, pues el dinero valía más que la buena fe, esta institución provocó el escándalo, por lo que el imperio de agosto encargo a sus consules que vigilaran el cumplimiento de los fideicomisos".³

El fideicomiso adquirió tanta importancia en la práctica del pueblo romano que posteriormente el emperador Claudio constituyó dos pretores fideicommissarii, para atender exclusivamente todos los asuntos relativos al fideicomiso.

Las principales características del Fideicomiso en la época clásica, que podemos señalar, son las siguientes:

a).- El Fideicomiso podía establecerse lo mismo en un testamento que en un codicilo.

b).- Podía constituirse un Fideicomiso para la persona que muriera intestada.

c).- El Fideicomiso podía dejarse a cargo no solo del heredero, sino también a un legatario.

d).- El Fideicomiso en principio, podía recogerse hasta por aquella persona privada de la testamenti factio y del

³ Floris Margadant, Guillermo. El Derecho Privado Romano Introducción a la Cultura Contemporánea. Editorial Esfinge, S.A México, 1979 p. 59

ius capiendi.

e).- El Fideicomiso no requería de solemnidades en su constitución.

f).- El Fideicomiso únicamente tiene un derecho de crédito derivado del fideicomiso.

Fideicomiso Testamentario

El Fideicomiso testamentario en el Derecho Romano se origina por una parte, por la tendencia de los testadores para imponer su voluntad aún más allá de su vida, respecto a los bienes que transmitían a sus herederos, y por otra parte, en el deseo de eludir las numerosos incapacidades para heredar.

Todos los incapacitados para heredar carecían de la Testamenti factio passiva, que era precisamente la capacidad exigida para poder ser considerado heredero; o bien carecía de una ius capiendi, que era el derecho o facultad para poder beneficiarse aceptando una herencia o legado.

Según Margadant, carecía de dicha capacidad las siguientes personas:

- 1.- Los peregrinos sin *ius commercii*.
- 2.- Los Latinos Junianos (Forma intermedia entre la ciudadanía y extranjería).
- 3.- Los *dedicticios* (Libertos que durante la esclavitud habían sufrido alguna pena infame, o ex-enemigos vencidos).
- 4.- Las mujeres, siempre que la herencia que se les ofreciera excediese de cien mil *sestercios*.
- 5.- Personas inciertas de las que el testador no pudo formar su idea exacta.
- 6.- "Personas jurídicas. Esta prohibición desapareció en varias etapas, Marco Aurelio las suprimió para sociedades León para municipios. Al ser admitido el Cristianismo como religión oficial y única, poco después se suprimió esta incapacidad respecto de convenios o de la Iglesia".*

* Floris Margadant, Guillermo. ob. cit. p. 59.

7.- Personas excluidas en virtud de las leyes caducarias, por no haberse casado (célibes) o por no tener hijos (orbi).

8.- Personas castigadas por herejía o apostasía.

El Fideicomiso Testamentario era una suplica dirigida por un fideicomitente a un fiduciario, para que entregara determinados bienes a un fideicomisario. En esta figura el fideicomitente era el autor de la herencia; el fiduciario, el heredero o legatario; y el fideicomisario un tercero."

Tal fideicomiso se realizaba "Verbis Precativis", con absoluta libertad de forma, y encontraba originalmente su base en la "Bona Fides" del fideuciario, sin contar con sanciones jurídicas. Servía para favorecer "Post Mortem" a personas que no tenían la "Testamenti factio passiva", o para burlar la "Lex Falcidia". Según esta ley falcidia el testador sólo podía disponer por legados, de las tres cuartas partes de sus bienes, quedando reservada una cuarta parte (cuarta falcidia) para el heredero que tenía derecho de retenerla.

"En un principio el cumplimiento del fideicomiso quedó a la buena fe y a la conciencia del heredero de ciertos fideicomisos, ocasionando notables ofensas a la opinión pública, el Emperador Augusto, lo hizo ejecutar con la intervención de los consules. Poco a poco se fue asimilando esta medida en el Derecho Romano por medio de un pretor especial llamado el "Pretor Fideicommissarius"."

Los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano (el primero dado bajo Nerón en el año 56 de nuestra era y el segundo bajo el Imperio Vespaciano) concedieron a los herederos fideicomisarios las situaciones de "Loco Herederis" y "Loco legatarii", respectivamente, para que se les transmitieran las acciones hereditarias a título de útiles, y al heredero fideicomisario el derecho de retener la cuarta parte del fideicomiso, como lo permitía la ley falcidia a los derechos gravados con la entrega de los legados.

"En la época de Justiniano, el heredero fideicomisario llegó a adquirir un derecho real en lugar de un

* Floris Margadant, Guillermo. ob.cit. p. 59.

* Villagorda Lozano, Jose Manuel. Doctrina General del Fideicomiso, Editorial Asociación de Banqueros de México, 1976. p. 67

derecho de crédito, teniendo a su favor la rei vindicatio sobre los bienes materia del fideicomiso, aun contra los terceros de buena fé, que ejercitaba dicho heredero fideicomisario el día que la restitución debía tener lugar en su beneficio".⁷

Esta figura del fideicomiso testamentario pasó a los regímenes jurídicos que tomaron sus bases en el derecho Romano donde se les conoció con el nombre de sustituciones fideicomisarias.

Por medio de la sustitución, un testador podía designar herederos sucesivos, integrando una cadena sin fin de propietarios sujetos al régimen de sustituciones.

El rasgo común de las sustituciones consiste en la obligación para el adquirente de transmitir los bienes heredados a una persona determinada, lo que producía el efecto jurídico de una propiedad vinculada y el económico que impide la libre circulación de esos bienes.

⁷ Villagordea Lozano José Manuel ob.cit. p. 69.

2. ALEMANIA

En el Derecho Germánico encontramos tres instituciones que son antecedentes del fideicomiso: la prenda inmobiliaria, el manusfidelis y el salman o treuhand.

"La Prenda Inmobiliaria constituía un medio por el cual el deudor transmitía a su acreedor para fines de garantía, un bien inmueble mediante la entrega de una carta venditionis, y al mismo tiempo se obligaba, el propio acreedor, con una contra carta a la sustitución del primer documento y del inmueble transmitido, en caso de que el deudor puntualmente cumpliera con su obligación".⁸

"El Manusfidelis se emplea para controvertir las prohibiciones o limitaciones establecidas a las disposiciones legales, para determinar la calidad de los herederos legítimos. Quien quería realizar una donación intervivos o post obtium, transmitía la cosa materia de la donación a un fiduciario, llamado Manusfidelis con una carta venditionis. El manusfidelis inmediatamente después de dicha transmisión, retransmitía al verdadero beneficiario la cosa adquirida, reservando al donante un derecho mas o menos amplio de goce sobre la cosa donada para que durante su vida disfrutara de ello".⁹

El manustidelis siempre era una persona del clero pues era necesario una garantía de esa naturaleza.

"El Salman o Treuhand era aquella persona que desempeñaba el cargo de fiduciario. El derecho germánico lo definía como la persona intermediaria que realiza la transmisión de un bien inmueble, y en parte se diferencian del propietario original al adquirente definitivo. Estas funciones en parte coinciden de las que son propias del manusfidelis".¹⁰

⁸ Villagorda Lozano, Jose Manuel. ob. cit. p. 5

⁹ Idem. p. 6

¹⁰ Ibidem.

3. INGLATERRA

Los Ingleses crearon la figura de USO o TRUST que se remonta al siglo XIII, como recurso para evadir muchas de las prohibiciones, nulidades, y cargos impuestos por viejas leyes.

"Al mismo tiempo con los usos (uses) con los cuales se buscaba obtener ciertos propósitos como el de evitar la exacción de tributos feudales y la aplicación de las Leyes Manos Muertas; su origen se encuentra en una intención ilícita y codiciosa".¹¹

La aparición de los usos hasta principios del siglo XV. No ha podido determinarse aún en forma precisa, el momento exacto en que los usos hacen su aparición en Inglaterra. Considerándose que su empleo había sido frecuente mucho tiempo antes de que fuera jurídicamente exigibles. Tal vez de acuerdo con la hipótesis del maestro Mitland, su primera y general utilización haya ocurrido en el siglo XIII como resultado de la transmisión de tierras para el uso de los frailes franciscanos, a quienes las reglas de la orden prohibían, en lo individual o comunalmente la propiedad de bienes ya que para principios del siglo XV se habían generalizado tanto es costumbre, que el reinado de Enrique V. (1413 - 1422), la mayor parte de las tierras estaban sujetas al régimen de los usos.

Durante ese período los usos consistían en obligaciones de carácter moral cuyo cumplimiento quedaba a la buena fe de prestanombre o feoffe. El beneficiario o cestui que use carecía de derechos protegidos por el orden jurídico, a cambio de lo cual estaba libre de los tributos y cargas que pesaban sobre la propiedad.

Oscar Rabasa nos explica que "desde tiempos remotos y por varios motivos, se comenzó en Inglaterra la práctica de que el propietario de una tierra traspasara su dominio a otra persona denominada feoffe to use (feudatario de uso), esto es, el cesionario del dominio sujeto al derecho de uso en favor de una tercera persona llamada Cestui que use (el que tiene dominio de la cosa), de un tercero beneficiario que sería dueño legítimo de la cosa, a quien el autor de uso quería favorecer, tendría el derecho de gozar y disfrutar de todos los

¹¹ Batiza, Rodolfo. El Fideicomiso, Ed. Porrúa, Méx. 1980. p. 34

beneficios y prerrogativas del verdadero propietario con respecto al mismo bien. Con esta operación el cesionario recibía el dominio pleno de la cosa a título de propietario en derecho, pero no para que él la aprovechara en su propio beneficio, sino con el encargo confiado a su buena fe, de que lo poseyera para su uso exclusivo del cestui que use, aquel en cuyo favor se constituía el uso y aprovechamiento absoluto del inmueble".¹²

a) EL USE.

El use consistía en una transmisión de tierras por acto entre vivos o por testamento a favor de un prestanombre, quien las poseería en favor del beneficiario o Cestui que use.

La palabra use, es un término que proviene del latín usus, pero en realidad, deriva de opus y desde tiempos remotos en los siglos VII y VIII, como puede comprobarse en documentos jurídicos lombardos y francos, encontramos en el latín bárbaro o vulgar ad opus como equivalente a en su representación. La expresión se convierte en el francés arcaico en al oen, uen, que en la pronunciación inglesa se confunden con "use" permaneciendo ad opus en el latín escrito.

Los usos fueron instituciones creadas por el derecho de equidad en Inglaterra, fue un instrumento producto del proceso de la costumbre del pueblo par defenderse de las pasadas e injustas cargas que les imponían los señores feudales.

Los primeros usos fueron instituciones utilizadas por un propietario de tierras que transferían parte de ellas a sus sirvientes o vasallos como compensación (en feoffe) para el uso otro, (feofor). El que recibía la propiedad se llamaba feoffes to uses y al beneficiario se le llamaba cestui que use.

Durante el siglo XII el clero en Inglaterra llegó a adquirir gran riqueza y poder, al grado de una cuarta parte de todas las tierras del país se hallaban en manos de las asociaciones religiosas, con el resultado de que la propiedad raíz se iba reiterando del comercio, era improductiva y se acaparaban los recursos económicos del Reino. De ahí que, para impedir estos males y la acumulación de tierras en esas manos improductivas o manos muertas, el parlamento de Inglaterra dictó en el año 1217, la Ley de manos muertas (statute of mortmain), seguida en épocas posteriores de otras leyes semejantes que prohibían que las corporaciones religiosas adquirieran y

¹² Rabasa, Oscar. El Derecho Angloamericano, Ed. Porrúa, S.A. México 1982. p. 270

poseyeran tierras. Para evadir esta ley, se hizo costumbre enajenar los bienes a una interpósita persona de la confianza del clero, que les permitiera usar las propiedades traspasadas como si fueran suyas en absoluto. De esta manera la Ley y los Tribunales de Derecho (common law) reconocían que quien tenía el título de propiedad era el adquirente (feoff to use), que no estaba en capacidad para tener esos bienes y por tanto, no había violación de leyes de manos muertas.¹³

El uso constituido sobre tierras y sus accesiones fue considerado, desde un principio como un derecho diverso al dominio o propiedad legal (legal estate), y estaba libre de todas las cargas y restricciones inherentes a la propiedad conforme al common law.¹⁴

Las personas a las que se les imponía el uso de los bienes, al mismo tiempo que escapaban de los diversos males y obligaciones que la calidad de propietarios conforme a derecho le reportaban, podían disponer del uso sin necesidad de emplear los complicados formalismos. En esos tiempos remotos, la propiedad se traspasaba mediante la tradición de las cosas, que requería la entrega simbólica del inmueble en una aparatosa ceremonia, o bien simulando los otorgantes juicios, para que, por sentencia judicial se operara la transmisión del dominio (fine y recovery eran las dos formas usadas para traspasar el dominio por medio de juicios ficticios, cuestión de la propiedad y servía de título). La institución del uso permitía a los beneficiarios, crear un nuevo patrimonio desconocido en absoluto por la ley común y transmitir este derecho en diversas formas inclusive por testamento.¹⁵

Las dos partes de este sistema fueron llamadas Equidad (equity) y Derecho Común (common law).

El Derecho Común pudo haber sido adecuado para la sencilla sociedad rural de la época feudal; en efecto fue producto del sistema feudal. Pero no fue suficiente o idóneo para las complejidades de los industriales o mercaderes en las actividades comerciales. Cuando era aplicado a sus problemas y conflictos con frecuencia dio lugar a evidente injusticia por sus

¹³ Rabasa, Oscar. ob. cit. p.271

¹⁴ Idea

¹⁵ Ibídem.

procesos rígidos o inflexibles formalidades. Desviaba el juicio a posibles errores o dejaba a la persona dañada en una condición de desamparo o irremediable pérdida y sufrimiento. Fue demasiado rígido y estrecho para admitir remedios tan generosos e indispensable como el interdicto. De aquí nació la necesidad de un sistema suplementario de jurisprudencia, es decir, la Equidad. En la Equidad el Rey como jefe del Estado, modificaba o revocaba resoluciones dictadas por las cortes de Derecho Común. Esta facultad del Rey fue delegada, por razones de crecimiento del reino, guerras y asuntos urgentes del Estado, en la persona de su canciller, el guardián de su conciencia. La equidad fue ciertamente, la corrección de lo que dentro de la ley, por razón de su universalidad, es deficiente, y como tal fue gradualmente desarrollada, por la mano fuerte del Canciller a través de un sistema de jurisprudencia separado y distinto, hasta que, durante el reinado de los Tudor, fue establecida firmemente por el parlamento y así como por el reconocimiento real, esta forma llegó a ser una parte impercedera en el doble sistema inglés de jurisprudencia.

La Ley de uso en Inglaterra de 1534.

Durante el reinado de Enrique VIII el parlamento Inglés expidió la Ley de usos de 1534, que disponía de quien gozara del uso iba a ser considerado como propietario de pleno derecho. Siempre que una persona poseyera un bien raíz a título de propietario pero sujeto a uso de otra, la propiedad absoluta en derecho ya no estaría a nombre de la primera persona, sino que pasaría íntegramente a la segunda. Como resultado de esta ley, todo traspaso de un bien raíz a determinada persona a uso de otra traía como resultado jurídico transmitir la propiedad, tanto la llamada legal como la equitativa, directamente al beneficiario del uso, eliminando al intermediario o interposita persona. "Esta consecuencia inmediata de la ley se llamaba ejecutar el uso, es decir, darle efectos legales de plena propiedad; durante algún tiempo impidió la existencia de los dos propietarios y de las dos especies de propiedad; la legal y la equitativa respectivamente, en una misma cosa que caracterizaba a dicha institución".¹⁴

Existieron tres casos en los que era aplicable la ley de los usos:

Primera. Que se impusiera un deber activo al cesionario de la cosa para que ejecutara ciertos actos con respecto a la misma

¹⁴ Rabasa, Oscar. ob. cit; p. 282.

para provecho y beneficio de otro; de ello se infería por tanto, que cuando se imponía un deber activo al cesionario legal de una cosa, el uso o trust, o sea el encargo hecho, no caía bajo la sanción de la ley sobre usos y su ejecución quedaba a cargo del tribunal de equidad.

Segunda. Cuando se creaba un trust como condición en un contrato de arrendamiento, en vista de que la ley sobre usos no se refirió expresamente a la cesión de derechos reales mediante arrendamiento de la cosa, si el dueño de ella daba bajo esta forma de convenio, por tiempo definido, al arrendatario, en calidad de trust o fideicomiso para un tercero, el derecho real derivado de este contrato lo adquiriría el arrendatario; más como la condición de fideicomiso quedaba fuera del texto legal antes citado, su ejecución y cumplimiento competía al Tribunal de Equidad.

Tercera. "Había una tercera situación del desdoblamiento entre los derechos legal y de equidad, seguía siendo factible la de un uso constituido sobre otro uso, o sea cuando una cosa se transmitía a una persona para el uso de otra, para el uso de una tercera. Por efecto de la ley de usos, la primera adquiría el título legal, careciendo la segunda de todo derecho".¹⁷

Personas que intervienen:

Pompeyo Claret y Martí "dice que constituir un trust es separar a una persona llamada Settlor, de un conjunto de bienes (inmuebles y muebles, así como créditos, etc) de su fortuna y confiarlos a otra persona llamada Trustee, para que haga de ellos un uso prescrito en provecho de un tercero llamado cestui que trust".¹⁸

SETTLOR. Es el creador del trust, por medio de un acto de voluntad, que contiene la afectación de un patrimonio a un fin. Los bienes del trust han de quedar no sólo también de los trustee, pues si la intención del Settlor fuese el confiarlos con los del trustee, había donación con gravamen.

¹⁷ Batiza, Rodolfo. ob. cit. p. 43

¹⁸ Claret y Martí, Pompeyo. De la fiducias y del trust. Estudio de Derecho Comparado. Bosch, casa editorial, Barcelona. p. 49

"Puede ser Settlor cualquier persona que tenga la capacidad de hacer testamento, de contratar, gozar y de ejercer sus derechos patrimoniales; que pueda disponer a su arbitrio de bienes".¹⁹

TRUSTEE.- Es aquella persona capaz de adquirir y retener el título legal sobre bienes, tener capacidad natural y jurídica para desarrollar el trust.

EL CESTUI QUE TRUST.- Es el beneficiario del trust, el que goza del beneficio real de la disposición, en cuyo provecho se constituye y funciona el trust. Su derecho se llama equitable state, por que es protegido por el tribunal de equidad, que es más eficaz que los tribunales ordinarios.

DIVERSAS CLASES:

Los trust se pueden dividir de la siguiente manera.

-Trust expreso. Es el constituido con la intención deliberada por las partes, puede contenerse en un convenio, testamento o declaración oral (siempre y cuando sea un bien mueble).

Su característica es que nace de un instrumento escrito.

-Trust ejecutado. Es aquel que se declara en los términos que dispone el settlor y no necesita precisar las modalidades a que esta sujeto.

-Trust por ejecutarse. Es aquel que otorga derecho a los beneficiarios, pero con la condición de que un tercero debe subordinarse a algún otro acto adicional.

Un ejemplo sería el de un testador que da sus bienes a un trustee con instrucciones de conservarlos durante un tiempo para después disponer de ellos.

- Trust implícito. Debe su existencia a los Tribunales de Equidad como resultado del instrumento del Trust, dando efecto a lo que su juicio debe haber sido la intención de las partes.

- Los que nacen por Ministerio de Ley. Son aquellos que impone la equidad con base en que los bienes se deben conservar en beneficio del alguien y a su vez se subdividen en :

¹⁹ Villagordoa Lozano, José Manuel. ob. cit. p. 19

Trust interpretativo:

Es aquel que exige a una persona que, ocupando una posición fiduciaria con respecto a ciertos bienes, debe obtener alguna ventaja personal.

Trust resultante.

Puede surgir de dos formas; primero por la transmisión a nombre de otro, como la compra de bienes cuyo precio cubre una persona, pero que en la propiedad se transmite a otra, en este caso nace un trust resultante por ministerio de ley, en favor de quién entrego el precio, a menos que las circunstancias del acto indiquen que se propuso hacer una donación; la segunda, cuando el trust expreso ya en existencia, se frustrara total o parcialmente, los bienes se revierten en favor del settlor o de sus herederos, salvo que una intención diversa aparezca del instrumento relativo.

4. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

La definición más aceptada por los americanos del fideicomiso o trust, es la del Restatement of Trust del American Law Institute, que es la siguiente:

"Un fideicomiso es la relación fiduciaria con respecto a bienes sujetando a la persona que depende de la posesión de dichos bienes, a deberes de equidad y para utilizarlos en beneficio de otra persona, lo cual surge como resultado de una intención manifestada de crearlo".²⁰

El elemento esencial del fideicomiso angloamericano es que el fideicomiso tiene el título legal de propietario en beneficio de otra persona, quien sólo tiene un interés protegido por la equidad, o sea un interés puede ser impuesto y que generalmente, sólo es reconocido por los tribunales en razón de los rendimientos especiales previstos por la equidad.

Los Estados Unidos de Norteamérica heredaron de Inglaterra su sistema jurídico y con él, el trust.

El sistema de equidad fue aceptado en la mayor parte de las colonias Inglesas de América, sin embargo fue visto con cierta desconfianza por que al igual que en Inglaterra y durante alguna época, la equidad fue considerado con recelo debido a su relación con las prerrogativas del régimen, por lo cual provocaba sospechas en habitantes del algunas colonias. La equidad era administrada por los gobernadores reales, esta acentada la sospecha acerca del resultado y desarrollo de la equidad.

Simultáneamente con la aceptación general de la equidad, en Estados Unidos de Norteamérica se fue adoptando la práctica del trust. Se sabe que el trust era ya conocido en la época de la Colonia, pero no fue utilizado contanta frecuencia como en Inglaterra.

El trust Norteamericano, se vincula estrechamente con el crecimiento industrial y financiero del país; es usado por las grandes empresas aseguradoras, instituciones bancarias y en

²⁰ Golsschimidt, Roberto. El fideicomiso (trust) en el derecho comparado. Editorial Arayó. Buenos Aires 1954. p.27

general participaba en las grandes operaciones financieras, especialmente en aquellas de carácter monopolístico.

a) EL TRUST.

Un trust es una realización fiduciaria con respecto a determinados bienes, por lo cual la persona que los posee (trustee) esta obligada en derecho de equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (cestui que trust). Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el trust.

Como ejemplos de la gran evolución que tuvo el trust en Estados Unidos de Norteamérica podemos mencionar que a diferencia de Inglaterra, el carácter del trustee puede recaer en una corporación; la actividad del trustee es compensada con honorarios; el settlor puede ser a la vez trustee; el trustee es valido aún que no se señale al momento de su constitución del cestui que trust o beneficiario, etc.

Algunas formas del trust son:

- Spendthrift trust. Literalmente puede traducirse como fideicomiso para pródigos o manirrotos y se crea para impedir que los beneficiarios puedan despilfarrar el patrimonio fideicomitado, o disponer en forma extravagante de sus productos. Su característica principal consiste en que el patrimonio fideicomitado permanece intocable y solo los productos que genera se distribuyen entre los beneficiarios.

- Investment trust. Fideicomiso de inversión a través de esta forma varias personas aportan bienes para construirse un fondo común cuyo manejo se encomienda a un trust company.

- Voting trust o fideicomiso de voto. Un grupo mayoritario de accionistas transfiere sus acciones a un trustee el cual recibe instrucciones acerca de la forma y sentido en que debe votar en las asambleas, lográndose así un control y dirección unitarias de la sociedad.

- Holding trust. Se crea con fines monopolísticos; se constituye cuando una compañía fiduciaria recibe aportaciones de personas individuales o colectivas, dedicadas a actividades similares y manejando empresas distintas, para la realización de un fin económico común.

- Trust de garantía. Su mecánica consiste en la emisión de bonos que efectúa una sociedad con el objeto de

augmentar sus recursos, entregando en fideicomiso irrevocables al fiduciario, propiedades, suficientes para garantizar el empréstito colectivo, con instituciones irrevocables al fiduciario de hacer efectiva la garantía en caso de incumplimiento.

El sólo análisis y clasificación del trust nos revelan su asombrosa flexibilidad y su extenso campo de aplicación. Ha contribuido notablemente al desarrollo económico de los Estados Unidos de Norteamérica y no es extraño que sus cualidades hayan atraído al legislador mexicano. Por lo tanto, es justificable y lógica la inserción de tan útil instrumento jurídico en nuestro derecho positivo, aunque haya ocasionado en un principio situaciones violentas y asperezas, que han ido limándose y que tendrán que desaparecer a medida que nos familiaricemos con su funcionamiento.

5. MEXICO.

a) PROYECTO LIMANTOUR.

A partir del presente siglo surge la necesidad, por parte de tratadistas legisladores, de regular adecuadamente esta figura tomada del sistema angloamericano y en 1905, el 21 de noviembre, el señor José Y. Limantour, secretario de hacienda de aquella época envía al Congreso de la Unión una iniciativa que facultaba al Ejecutivo para expedir la ley, por cuya virtud podía constituirse en la República Instituciones Comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios.

"Respecto de este hecho, distinguimos varios aspectos. En primer lugar, aunque el proyecto se denominó "Limantour", su autor fue el Licenciado Jorge Vera Estañol. según afirmación del señor Licenciado Pablo Macedo".²¹

Constaba de ocho artículos y en él, la institución quedaba configurada como el encargado hecho al fideicomisario, por virtud de un contrato entre dos o más personas de ejecutar cualesquier actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados en beneficio de alguna o de todas las partes del mismo contrato, o de un tercero; o para hacer efectivos los derechos y cumplir las obligaciones creadas expresamente en el contrato, o que fuera consecuencia legal del mismo.

El proyecto supeditaba la creación de estas Instituciones Comerciales a la autorización y vigilancia de la Secretaría de Hacienda y previas exenciones y privilegios en materia de impuestos en favor de las mismas.

Es de hacer mencionar que el término con que se denominó a este tipo de instituciones dentro del proyecto era erróneo, al llamarlas Fideicomisarias y no fiduciarias, como debería haber sido lo correcto.

Al no ser aprobado por el Congreso de la Unión este proyecto, tal vez por razones políticas de la época, se constituyó en el primer antecedente, meramente teórico, ya que no pasó de proyecto de esta institución México; antecedente que desde luego y no obstante las deficiencias comentadas, merece ser citado, al constituir al mismo tiempo, el primer intento en el mundo para adoptar el trust a un sistema jurídico tradicionalmente romanista.

²¹ Rabasa, Oscar. ob. cit. p. 448

b) PROYECTO CREEL.

Al atravesar el país por la crisis de la Revolución prácticamente se detuvo la evolución legislativa del objeto de nuestro estudio y fue hasta 1924, siete años después de establecida la Constitución de 1917, cuando en la primera convención Bancaria celebrada en la capital de la República en el mes de febrero, se presentó otro proyecto sobre Compañías Bancarias de Fideicomisos y Ahorro, cuyo actor fue Don Enrique C. Creel.

Este proyecto, corregía la terminología del anterior al sustituir la expresión Instituciones fideicomisarias por la denominación Compañías Bancarias de Fideicomisos y Ahorro; proponía que autorizara al Ejecutivo para expedir una ley sobre la materia que detallara las bases constituidas y de operación de las compañías citadas; sin mencionar el trust ni el fideicomiso se basaba en los trust and saving banks norteamericanos. Nótese también que el nombre de instituciones comerciales dado en el proyecto de 1905 es cambiado por el de compañías bancarias.

El señor Creel trató de aplicar mediante su proyecto, más que la legislación, la práctica norteamericana de esta institución, por él estudiada más de nueve años de estancia en los Estados Unidos de Norteamérica.

La principal operación que regulaba el proyecto Creel era la aceptación de hipotecas, de contratos de fideicomisos de toda clase de propiedades, bonos de compañías, ferrocarriles, etcetera, así como recibir bienes de viudas, huérfanos y niños.

Cabe también comentar que dentro del multi-citado proyecto se propusieron diecisiete bases, para expedir la ley, mediante las cuales se pretendían regular el capital con que deberían contar, su objeto y el tipo de operaciones que podía realizar.

Este proyecto tampoco tuvo ningún resultado práctico por lo que quedo como antecedente histórico de la institución.

c) PROYECTO VERA ESTAHOL.

Como ultimo antecedente doctrinario mexicano sobre la materia anterior a la creación de la ley de 1926, por parte de los estudios nacionales, creo oportuna la mención del proyecto mencionado presentando el mismo año, en marzo, por el Licenciado Vera Estahol, quien ya en 1905 había intervenido como se dijo en su oportunidad, en el primer proyecto.

Este documento fue denominado "Proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro", con lo que incurría como antecesor de 1905, en el uso de una terminología errónea, ya que como hemos notado, el término **Fideicomisaria** apunta más el beneficiario del fideicomiso, que a la institución o "Compañía" (como se la nombró en aquel entonces), mejor conocida como fiduciaria. El proyecto, presentado a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mantuvo básicamente las ideas expuestas por su autor en el de 1905, por lo que pensamos que influencia en la doctrina y en la legislación fue muy dudosa.

Queremos hacer destacar brevemente, antes de entrar al estudio de la evolución Legislativa del fideicomiso en nuestro país, la influencia que tuvo la obra del doctor Ricardo J. Alfaro en nuestras leyes sobre la materia, ya que de acuerdo con su proyecto panameño, el fideicomiso se constituía mediante mandato irrevocable en virtud del cual se transmitían determinados bienes, de toda clase, aun futuros, a una persona llamada fiduciario, para que se dispusiera de ellos conforme a las instrucciones giradas por el que los transmitía, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario (con el grave error de considerar al fideicomiso como mandato irrevocable).²²

Este proyecto vino a servir de modelo a legislaciones bancarias de otros países latinoamericanos, como Bolivia Chile y Perú.

d) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1924.

Aunque la primera ley sobre fideicomisos data de 1926, queremos advertir que la Ley Bancaria de 1924 (D.O. del 16 de enero de 1925), introdujo en su contenido el fideicomiso por primera vez en nuestro derecho: reputaba según su artículo 6° fracción VII, los bancos de fideicomiso como instituciones de crédito para todos los efectos legales, los sometía al régimen de concesión especial que otorgaba al Ejecutivo de la Unión, por un período máximo de treinta años, como se desprende de los artículos 7° y 8° del propio ordenamiento.

²² El Fideicomiso, estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución nueva semejante al trust del derecho Inglés, Imprenta Nac., Panamá, 1920. citado por Macedo, Pablo. ob. cit. p. XV

El capítulo VII de la Ley intitulado los Bancos de Fideicomiso, contenía sólo dos artículos, el 73 y 74, de los cuales denominaba bancos fideicomiso a los que sirven los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se confían e interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser admitidos éstos o durante el tiempo de su vigencia y prevenía que los mismos se seguirían por la ley especial que habría de expedirse.

e) LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO DE 30 DE JUNIO DE 1926

En el artículo 74 de la ley Bancaria de 1924, ya señalaba la necesidad de crear una ley especial para la regularización de esta institución.

El 30 de junio de 1926 se promulgó (D.O. de 17 de julio de 1926), la ley de Bancos de fideicomiso. En ella ya se le daba una estructura al fideicomiso mexicano.

Este ordenamiento, compuesto por 86 artículos, mismo que se dividían en cinco capítulos, fue influido notablemente por las ideas de Alfaro y Creel. A continuación analizaremos sus disposiciones más importantes.

La exposición de motivos determina que la institución del fideicomiso era nueva en México y que en consecuencia, esa ley aportaba una creación, mejor dicho, la legislación de una institución jurídica moderna que en otros países, especialmente en los anglosajones se practicaba hacía largo tiempo, con fecundos resultados; permitía que las operaciones financieras y comerciales se hicieran sin las trabas del derecho tradicional.

Además, afirmaba que el nuevo fideicomiso era en realidad una institución distinta de todas las anteriores y, muy particularmente, del fideicomiso del derecho romano.

La exposición de motivos en cita, concluía diciendo que en la nueva ley se autorizaba a los bancos de fideicomiso para tener departamentos de ahorros, y satisfacer así una necesidad social que contribuía a elevar la condición económica y aún la moral de las clases laborantes; autorizaba también el establecimiento de departamentos bancarios para descuentos y depósitos.

Creemos que no existe duda, como también lo expreso su exposición de motivos, de que esa ley constituyo un ensayo para aclimatar esta institución en nuestro país y que, al transcurrir el tiempo, al empezar a producir los resultados, la práctica fue aconsejando las reformas necesarias que, de acuerdo con sus necesidades, ha requerido la actitud bancaria.

Ahora bien, los lineamientos más importantes de la ley eran los siguientes:

El objeto por cuenta ajena y en favor de tercera, autorizadas en el artículo 1°.

Para su establecimiento, se requería el otorgamiento de una concesión, con la exigencia de ser constituida como sociedad anónima (artículo 2°).

Sus órganos de administración y vigilancia y la forma de estructurarse se regulaban en los artículos 3° y 4°.

El artículo 5° prohibía a los bancos o compañías establecidas en país extranjero, tener en la república agencias o sucursales cuyo objeto fuera a practicar operaciones de fideicomiso.

El artículo 6° de capital importancia, establecía que el "fideicomiso, propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco, con carácter de fiduciario determinados bienes, para que dispongan de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomisario". Este precepto seguramente inspirado en las ideas del doctor Alfaro, también incurría en el error de definir el fideicomiso como mandato irrevocable.

Las causas de su extinción se encontraban en el artículo 18 y entre ellas destacaban el cumplimiento de su objeto o su imposibilidad de cumplimiento; incumplimiento de la condición suspensiva de que dependían dentro de los veinte años siguientes a su constitución o cumplimiento de la condición resolutoria o por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario.

El artículo 22 establecía las operaciones que podían encargarse a los bancos de fideicomiso, completadas con la del artículo 23, para bancos de fideicomiso con operaciones de cuenta ajena.

Los demás preceptos de la ley precisaban los requisitos necesarios para la organización y el funcionamiento de este tipo de bancos, así como las operaciones que estaban autorizadas a llevar a cabo.

f) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1926.

La vigencia de la ley de Bancos de fideicomiso fue en verdad corta (4 meses), ya que el 31 de agosto del mismo año de 1926 (D.O. de 16 de noviembre) quedó aprobada la nueva Ley bancaria, denominada Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, misma que incorporó los preceptos de la anterior el 30 de junio del mismo año, sobre fideicomisos; ofrecía una gran semejanza con esta pues casi reproducía algunos de sus artículos.

El capítulo VI, del título primero, se denominó "De los Bancos de Fideicomiso", artículos 97 al 150.

Dentro de las disposiciones que consideramos importantes para nuestro estudio, mencionaremos las siguientes: El artículo 3º reiteró la prohibición a las instituciones de crédito extranjeras a llevar a cabo operaciones de fideicomiso en México.

El artículo 5º fracción V, señalaba los bancos de fideicomiso como instituciones de crédito; el artículo complementario al 5º, es el 6º, que era la necesidad del otorgamiento de concesión por parte del ejecutivo de la Unión para su establecimiento.

De acuerdo con el artículo 14, la duración de las concesiones en ningún caso excedían de treinta años, contados desde el 24 de diciembre de 1924.

Ahora bien, los artículos 97 al 101 normaban el objeto y constitución de los bancos de fideicomiso, mientras que los artículos del 102 al 150, donde se definía la institución en los mismos términos que en el artículo 6º de la ley anterior, trataban ya respecto a su organización y funcionamiento el tipo de operaciones que podrían llevar a cabo y las causas de extinción.

En virtud de la semejanza ya apuntada con la ley de ese mismo año, que le precedió, en materia de fideicomisos y no creemos necesario un estudio más amplio. En materia de fideicomisos consideramos que también tuvo por modelo el proyecto Alfaro; su vigencia fue de escasos seis años.

9) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE 1932

En opinión de Roberto Molina Pasquel, "durante la vigencia de la ley de 1926, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público no otorgo ninguna concesión para Bancos fiduciarios y no se práctico ningún fideicomiso propiamente dicho, según informó la Dirección General de Crédito de la Secretaría".²²

La ley de 1932, en su exposición de motivos, señalaba:

La ley de 1926 introdujo en México, rompiendo la tradición, la institución jurídica del fideicomiso. Evidentemente esta institución puede ser de muy grande utilidad para la actividad económica del país y está destinada probablemente a un gran desarrollo; pero, desgraciadamente, la ley de 1926, no precisó el carácter sustantivo de la institución y dejó, por tanto, gran vaguedad de conceptos en torno de ella. Para que la institución pueda vivir y prosperar en nuestro medio, se requiere en primer término, una definición clara de su contenido y de sus efectos, y una reglamentación adecuada de las instituciones que actúen como fiduciarias. Quedará el fideicomiso concebido, como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario precisándose así la naturaleza y los efectos de ese instituto que la ley actualmente en vigor concibe obscuramente con un mandato irrevocable. Siguiendo en ello el precedente ya establecido en la ley actual, la nueva ley solo autoriza la constitución especie fideicomisos, cuando el fiduciario es una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado, y mantiene todas las prohibiciones conducentes a impedir que, contra nuestra tradición jurídica, el fideicomiso de lugar a sustituciones indebidas o a la constitución de patrimonios alejados del comercio jurídico normal. La nueva ley conserva también, respecto a las instituciones autorizadas para actuar como fiduciarias la

²² Molina Pasquel, Roberto. Los derechos del fideicomiso, Ed. Jus, México, 1976. p.104

facultad de aceptar y desempeñar mandatos o comisiones de toda clase, de encargarse de albaceazgos, sindicaturas, tutelas, liquidaciones y en general, de aceptar la administración de bienes y el ejercicio de derechos por cuenta de terceros. Destruye pues la nueva ley, toda confusión de terceros; pero, por la semejanza de funciones y para asegurar a las instituciones fiduciarias, un campo más amplio de acción, las deja autorizadas, como queda dicho, sólo para encargarse de la ejecución de fideicomisos, sino para desempeñar todas las demás funciones.

Respecto de los preceptos de la ley, el artículo 1º; fracción II, incluso E, consideraba las fiduciarias como instituciones de crédito sujetas a concesión del gobierno (artículo 3º) y con la prohibición, ya tradicional, de que las sucursales de bancos extranjeros pudieran actuar como fiduciarias (artículo 5º).

Respecto del funcionamiento de las fiduciarias, la sección 6ª del capítulo segundo estaba dedicado íntegramente a ella. Sus disposiciones se contenían en los artículos del 90 al 96. Además, es de señalarse que el artículo 228, en su segundo párrafo, determinaba que:

En el caso de operaciones de fideicomiso o de comisiones o mandatos conferidos a instituciones autorizadas para actuar como fiduciarias, el acto constitutivo del fideicomiso o del documento en que conste la comisión o el mandato, quedarán comprendidos en la exención que este artículo establece; pero los actos, contratos o documentos que deban ejercitarse u otorgarse para la realización del fideicomiso o para desempeño del mandato o de la comisión, causarán el impuesto como si tales actos, contratos o documentos hubieran sido ejecutados u otorgados por el fideicomitente, mandante o comitente.

"La exención señalada en el texto transcrito se refería al impuesto del timbre, del entonces se eximía a las demás instituciones de crédito, y a la decisión del legislador era perfectamente lógica, ya que al aceptar el cargo de fiduciaria, mandatario o comisionista, obraba por cuenta propia, y en cambio, en el desempeño de sus funciones, obraba ya por cuenta ajena".²²

²² Macedo, Pablo. Estudios sobre el fideicomiso mexicano, en la introducción de la obra de Pierre Lepaulle, Tratado Teórico y Práctico de los Trust, 1a. ed. Editorial Porrúa, S.A., México, 1975, pp. XXII y XIII.

Por último queremos expresar que después de la ley Bancaria de 1932, paralela a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (D.O. de 27 de agosto de 1932), la que regulaba el fideicomiso como institución sustantiva y que aún continua vigente, fue promulgada la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941 (D.O. de 31 de mayo), la que en la actualidad regula las actividades de estas instituciones.

Conviene señalar que sin duda alguna pensamos que el propósito del legislador fue que tanto la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, como la Ley de Instituciones de Crédito del mismo año, suprida ahora por la Ley de 1941, fueran complementarias la una de la otra; la Ley de Títulos teniendo como campo propio la estructuración del fideicomiso y la de instituciones, y la regulación de la fiduciarias que habrían de desempeñarlo.

Además, concluiremos con la mención de que la evolución histórica no termina en 1932, con la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y la Ley Bancaria de 1941, ya citadas, sino que existen innumerables disposiciones que se han dado después de este último año, tanto en forma de leyes como en forma de reglamentos, que poco a poco han ido configurado el fideicomiso mexicano.

CAPITULO II
EL FIDEICOMISO EN MEXICO

1. DEFINICION

Primeramente analizaremos la definición que la vigente Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito nos dice en su artículo 346 "en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendado a la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

La anterior definición ha sido criticada. El Licenciado Molina Pasquel, en su artículo intitulado Sobre algunos aspectos del fideicomiso, publicado en la revista Jus, número correspondiente a abril de 1940, dice sobre la definición del fideicomiso, sino una explicación de los actos en que consiste, "estableciendo que el otorgamiento del acto originante del fideicomiso, significa el destino de ciertos bienes que hace el fideicomitente, a un fin lícito determinando, encomendando a la realización de ese fin a una institución fiduciaria".²⁶

Sin embargo tampoco el Licenciado Molina en su obra nos precisa el significado del fideicomiso.

Para Joaquín Rodríguez Rodríguez es de la misma opinión al expresar que más de una definición, las palabras anteriores se limitaban a descubrir el contenido externo del fideicomiso; también lo manifiesta el Licenciado Rafael de Pina.

El autor Rodríguez Rodríguez afirma que el fideicomiso es un "negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación de carácter obligatorio, de realizar solo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan."²⁷

Rafael de Pina "es un negocio jurídico en virtud del cual una persona física o moral denominada fideicomitente destina bienes o derechos a la realización de esa finalidad a una institución fiduciaria, que se convierte en titular de el patrimonio integrado por aquellos bienes o derechos".²⁷

²⁶ Molina Pasquel, Roberto. ob. cit. p. 104

²⁶ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, II, Librería Porrúa Hnos. y Cía. p. 534.

²⁷ De Pina, Rafael, Derecho Civil Mexicano, vol III, 4°. Ed. E. Porrúa S.A. México, 1977. pp. 67, 68, 69.

El Maestro Cervantes Ahumada dice que "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 fin determinado".²⁰

Oscar Rabasa el fideicomiso "es un acto traslativo de dominio en virtud del cual el fideicomitente transmite determinados bienes al fiduciario para que los tenga con ese carácter y disponga de ellos conforme a lo establecido en el acto constituido del fideicomiso en la ley, en beneficio del fideicomisario a quien pertenece en definitiva al patrimonio constituido en su favor, a título de aprovechamiento."²¹

El autor Luis Muñoz aporta una definición muy completa, "es el fideicomiso acto de comercio de los negociales; intervivos y también mortis causa, y por consiguiente negocio mercantil jurídico bancario, mejor que operación de crédito, complejo, tipo, típico, nominado, de fiducia y de naturaleza fiduciaria sujeto a cláusulas generales negociales o conditio luris, con efectos reales, y en virtud del cual una parte del fideicomitente tradita la propiedad fiduciaria de una esfera o centro de interés al fiduciario, que en principio esta sujeto ex lege al deber negociar, constituyéndosele esa suerte un patrimonio de afectación o separado para que el fiduciario observe los comportamientos pactados y congruentes con la fiducia negocial, lo que incide en la esfera de intereses del fideicomisario y en la del fideicomitente a consecuencia de la reversión".²²

Para el Maestro Guillermo Colín, "es contrato por medio del cual el fideicomitente transmite al fiduciario, la propiedad de determinados bienes que este a su vez, si es el caso, los afecte en garantía de las obligaciones que contraiga como consecuencia del propio fideicomiso y en tanto que aparezca como titular de los derechos de propiedad".²³

²⁰ Cervantes Ahumada, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito, 10ª ed., Editorial Herrera, S.A. México, 1978. pp. 35 y 36.

²¹ Rabasa, Oscar. ob. cit. p. 454

²² Muñoz, Luis. Derecho Bancario Mexicano; Cardenas, Editor y Distribuidor; México 1974, p. 299.

²³ Colín Sánchez, Guillermo. "Procedimiento Registral de la Propiedad". Edit. Porrúa, S.A., México. 1972. p. 217.

El fideicomiso según Andrés Serra Rojas, "es un acto jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio con bienes y derechos, cuya titularidad se atribuye a una institución fiduciaria expresamente autorizada, para la realización de un fin lícito determinado".²²

Carlos Dávalos Mejía, en su libro Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, señala "la propia LGTOC, es quien se encarga de definir al fideicomitente, al decir, en virtud del fideicomiso, el fideicomitente designa ciertos bienes a un fin lícito determinado...El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario. Artículo 347".²³

Olvera de Luna señala que el "fideicomiso es aquel en virtud del cual una persona transmite a otra bienes o derechos, obligándose esta a aceptarlos para la realización de una finalidad lícita determinada, y como consecuencia propia, obligándose a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o restituirlos en favor del transmitente".²⁴

Para Villagordoa Lozano J. Manuel, "el fideicomiso es un negocio fiduciario por medio del cual el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario, quien está obligado a disponer de los bienes y ejercitar los derechos para la realización de los fines establecidos del fideicomisario".²⁵

Puente Flores Arturo, "el fideicomiso es un contrato por el cual una persona destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendado a la realización de ese fin a una institución fiduciaria".²⁶

²² Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, Tomo I, IId; México 1982. p. 732.

²³ Dávalos Mejía, Carlos L. Títulos y Contratos de Crédito Quiebras, Editorial Harla, México 1987. p. 424.

²⁴ Olvera de Luna, Omar. Contratos Mercantiles. Segunda Edición, Edit. Porrúa, México, 1987. p.176.

²⁵ Villagordoa Lozano, José Manuel. ob. cit. p. 122.

²⁶ Puente Flores, Arturo y Otro. Derecho Mercantil, Editorial Banco y Comercio, S.A. 33ª. Edición; México 1987. p. 354.

Las características esenciales son:

- Afectación de parte de un patrimonio a la realización de un fin.

- Fin que deberá ser lícito y en todo caso determinado.

- La realización del fin no queda de aquel que desprendió de ciertos bienes, sino a cargo de una institución fiduciaria exclusivamente.

- Realización de tal fin podrá o no tener un destinatario específico al cual en la materia se denominará fideicomisario.

2. NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO

a) EL ACTO JURÍDICO Y LA TEORIA DEL NEGOCIO JURÍDICO.

En México la legislación es poco clara para determinar la naturaleza del fideicomiso; desde luego, los pocos artículos de la ley cambiaría, que se ocupan del fideicomiso y que desde el origen de éste lo regulan, no proporciona mucha luz acerca de cómo puede ser clasificado el fideicomiso lo cual ha dado origen a polémicas sobre el tópico.

Ya hemos visto que el trust como institución del derecho de equidad, surgió en Inglaterra desde el siglo XII y su evolución abarca ya aproximadamente siete siglos, de donde es claro deducir que en sistema inglés y en el norteamericano sus perfiles están bien definidos.

El fideicomiso mexicano tiene alrededor de cincuenta años de haberse introducido de manera efectiva en nuestro sistema legal y naturalmente tiene perfiles propios, pero para su interpretación la doctrina acude con frecuencia al estudio jurídico comparativo del trust.

En el estudio que haremos a continuación trataremos de seguir el método lógico-jurídico, tendremos necesariamente que hacer referencia a lo que los autores llaman negocio jurídico y negocio fiduciario. Primero trataremos de determinar lo que la doctrina entiende por negocio jurídico y su crítica.

Después trataremos de determinar si existe el negocio fiduciario, negocio de fiducia o negocio fiduciante, como también se le ha llamado y expondremos nuestro criterio sobre el particular.

b) LA TEORIA DEL NEGOCIO JURÍDICO.

La teoría del negocio jurídico está íntimamente relacionada con los hechos o fenómenos jurídicos y su clasificación.

La misma palabra negocio en el uso común del lenguaje corriente, implica ocupación, actividad, tarea, empleo, gestión lucrativa, acción o efecto de negociar o comerciar y en el uso común y corriente tal es la idea que se tiene de negocio.

Ahora bien, su uso en la teoría jurídica es una pretendida innovación de la doctrina, como muy bien lo apunta Cabanellas. "En un concepto que trata de ser innovador, de importación Germánica e Italiana, tal vez, para sustituir el nombre más clásico o anticuado para innovadores, que utiliza la tradición jurídica Francesa y de los países que siguen".³⁷

Para Branca:

Negocio Jurídico es "una expresión de voluntad (expresión de la propia autonomía, llamada negocial, del hombre) destinada a un fin práctico que por virtud de la ley logra más o menos cabal realización: lo que equivale a decir que el ordenamiento jurídico, en vista de la legitimidad del fin, al que corresponde una función y que, por esa razón, dada su fisonomía, es digna de tutela, le otorga las consecuencias jurídicas más adecuadas para realizarlo".³⁸

Más adelante, el mismo autor reconoce que el negocio jurídico es "una abstracción o una categoría lógica, lo cual en el fondo implica que no está reconocida por el derecho positivo".³⁹

Para Castán:

El negocio jurídico es "un acto integrado por una o por varias declaraciones de voluntad privada dirigida a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece".⁴⁰

Para Windscheid:

El negocio jurídico es la "declaración de voluntad de una persona, en virtud de la cual quien la hace se propone crear, modificar o extinguir un derecho o una relación

³⁷ Cabanellas, Guillermo, y N. Alcalá Zamora y Castillo, Diccionario Enciclopédico de Derecho, T. IV-J-O. 12ª. ed. 1979. Editorial Heliasta, S.R.L. p. 534.

³⁸ Branca, Instituciones de derecho privado, Traducción de la 6ª. edición italiana por Pablo Macedo. 1978. Edit. Porrúa, S.A. P. 51

³⁹ Idem p. 51.

⁴⁰ Cabanellas, Guillermo, ob. cit. p. 539.

jurídica".⁴¹

Para Héctor Negri:

"Dentro del esquema general de los hechos jurídicos voluntarios lícitos, la doctrina ha destacado cierta clase especial de hechos, que revistiendo de esos tres caracteres comunes (Juricidad, voluntariedad y licitud), tienen aún el siguiente atributo: el hecho humano en el que coinciden de alguna manera para producir efectos de derechos, precisamente aquellos efectos, que de preferencia han de serle imputados, estos hechos así definidos por esta última particular calidad se llaman negocios jurídicos".⁴²

En México los principales defensores de la doctrina del negocio jurídico puede decirse que son los doctores Raúl Ortiz Uriquidi y Miguel Villoro Toranzo. En efecto, para el primero el vocablo negotium se encontraba en los textos romanos y en los del antiguo derecho español, pero usado con tanta variedad de sentidos que parecía inservible para el lenguaje técnico-jurídico. Por ello, no se introduce directamente en la ciencia jurídica sino después de haberse dado especial relevancia al término de acto jurídico, entonces se empleará la frase negocio jurídico para nombrar un tipo especial de actos jurídicos, (negotium contractum, sinallagma).⁴³

Asimismo el doctor Ortiz Urquidi reconoce que este concepto es una figura básica de la dogmática del derecho privado y al reconocer tal característica y que sólo ha sido aceptada fundamentalmente en las doctrinas alemana-austriaca y belga también reconoce sus limitaciones.

En cuanto a las bases para la distinción precisa entre acto y negocio jurídico, el autor, cuyo pensamiento estamos exponiendo señala:

Hemos pensado que para distinguir pulcramente entre hechos, actos y negocios jurídicos, no hay sino tomar en cuenta la intervención de la voluntad, en estos momentos en que

⁴¹ Cabanellas, Guillermo, ob.cit. p. 539.

⁴² En el trabajo denominado Negocio Jurídico en la doctrina germana-alemana, en la Enciclopedia Omebs, t. XX multi-opc. Editorial Bibliográfica, Argentina Buenos Aires. p. 236.

⁴³ Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al estudio del derecho, 4^a. Ed., Editorial Porrúa, S.A., pp. 364 y 365.

este presente o no:

- a) La realización del acontecimiento en que el hecho, el acto o el negocio puede consistir.
- b) En la producción de las consecuencias jurídicas.

Acto Jurídico.

En el hecho, no interviene la voluntad ni la realización del acontecimiento, ni en la producción de las consecuencias. En el acto, y así se distingue del hecho, la voluntad interviene sólo en la realización del acontecimiento, más no en la producción de efectos, no obstante lo cual éstos se producen.“

Negocio Jurídico:

En cambio, en el negocio, la voluntad interviene en los dos citados momentos: en la realización del acontecimiento y en la producción de las consecuencias jurídicas. El ejemplo típico es el contrato, pues voluntariamente lo realizan quienes lo celebran -primer momento- y los propios contratantes están deseando al celebrarlo -segundo momento- la producción de las correspondientes consecuencias jurídicas, Verbigracia: el comprador y el vendedor voluntariamente celebran el contrato de compraventa, e indiscutiblemente que lo hacen con la innegable intención de que se produzcan, entre otras y como principales consecuencias jurídicas, la de adquirir el uno la propiedad de la cosa y el otro el precio.

En cuanto hace a las ideas del doctor Villoro, expuestas, en su obra introducción al estudio del derecho, afirma:

Nuestro código Civil dice: Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se oponga a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

No obstante lo que dice nuestra ley, es evidente que no se puede dar el mismo tratamiento al acto jurídico propiamente dicho y al negocio jurídico. En el primero, las normas jurídicas deben limitarse a reconocer la responsabilidad que tiene el sujeto sobre las consecuencias jurídicas de su acto;

“ Ortíz Urquidí, Raúl. Derecho Civil. Parte general, prólogo del doctor Roberto L. Mantilla Molina, 1997, Edit. Porrúa, S.A. p. 237.

en tanto que, en el negocio jurídico, las normas tienen además a verificar si se dieron todos los elementos necesarios para su nacimiento y para proteger sus efectos.⁴⁶

En efecto, el negocio es según definición de Emilio Betti. "El acto de autonomía privada reconocido por el derecho como productor del nacimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas entre particular y particular. El negocio jurídico es un acto creador de derecho, es fuente formal secundaria y subsidiaria de la ley. Como tal, el derecho lo sujeta a determinadas formas solemnes y, una vez nacido, lo protege coactivamente en sus consecuencias".⁴⁷

Cabe señalar que otros autores, dentro de la tradición jurídica mexicana, no recogen el concepto de negocio jurídico. Puede citarse a Rojina Villegas, Rafael de Pina y en el derecho extranjero, podemos citar a Eugene Gaudemet.⁴⁸

Resumiendo, puede afirmarse que los tratadistas que reconocen el concepto de negocio jurídico lo definen como un hecho consistente en la manifestación de voluntad, para producir efectos reconocidos por el orden jurídico y además lícitos.

En contra-posición con la doctrina del negocio jurídico esta toda la teoría derivada del sistema francés que clasifica los hechos jurídicos naturales y del hombre, y a éstos últimos, en hechos en estricto sentido y actos jurídicos.

En este sentido es casi unánime la doctrina francesa y gran parte de la doctrina mexicana, ya que consideran el acto jurídico como un hecho del hombre, consistente en una manifestación de voluntad que tiene la intención de crear efectos de derecho como son crear, transmitir, modificar, declarar o extinguir derechos y obligaciones.

A partir de este concepto, tanto la doctrina como la legislación han establecido las bases para su desarrollo y en cierta forma esta reconocido en nuestro derecho en los artículos 1792 y 1793 del Código Civil del Distrito Federal de 1928, al establecer el convenio es el acuerdo de dos o más personas para

⁴⁶ Villoro Toranzo, Miguel. ob. cit. pp. 364 y 365.

⁴⁷ Betti, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. 2ª. ed. Rev. D. Privado, Madrid, 1959. p. 39.

⁴⁸ Gaudemet, Eugene. Teoría General de las Obligaciones, traducción y notas de derecho mexicano por Pablo Macedo, 1977, Editorial Porrúa, S.A. P. 37.

crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y que los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos.

Como puede observarse, la terminología sobre el negocio jurídico es sensiblemente similar a la de acto jurídico; casi podríamos afirmar que la doctrina que insiste en esa distinción lo que hace es cambiar la palabra negocio por la palabra acto; pues en cuanto a los efectos que se originan, coinciden en que son la producción de derechos y obligaciones. Ahora bien, en cuanto al uso mismo de la palabra negocio, ya vimos que es discutible y confusa y que inclusive en el idioma francés no existe una palabra parecida al de negotium, como el español, sólo que en las esferas mercantiles y en las de los escándalos morales y del dinero.

Pensamos que el negocio jurídico no está formalmente reconocido en la mayor parte de la legislación del mundo y para ser más preciso el negocio jurídico no está reconocido como tal, ni definido en el sentido en que lo hacen los autores, en ninguna disposición legal mexicana.

Una vez expuesto nuestro criterio sobre el concepto negocio jurídico, analizaremos enseguida la cuestión de si al fideicomiso se le puede calificar como tal.

Los autores mexicanos con una persistencia notable y coincidente, afirman que el fideicomiso es un negocio jurídico.

En esto coinciden Octavio Hernández, Mario Bauche, Garcíadiego, el doctor Raúl Cervantes Ahumada, Jorge Alfredo Domínguez Martínez, Jorge Serrano Trasviña y José M. Villagordoa Lozano, principalmente.

En efecto, para Villagordoa "en nuestro derecho se ha reconocido y reglamentado el fideicomiso, que es una especie de negocio fiduciario; es así como el derecho positivo mexicano va comprendiendo dentro de su ámbito, las nuevas formas contractuales, desconocidas para su derecho tradicional".

Para Jorge Alfredo Domínguez, el fideicomiso "es un negocio jurídico por la diversidad tan grande de fines que pueden perseguirse con el mismo, el campo tan amplio en el que actúa la autonomía de voluntad y por las múltiples posibilidades que ofrece esta figura y por ello, afirma contundentemente que el fideicomiso debe considerarse como una especie de los negocios

" Villagordoa Lozano, José Manuel, ob. cit. p. 65.

jurídicos."⁴⁹

Para Octavio Hernández, el fideicomiso también es un negocio jurídico, sin embargo, señala que es "didácticamente contraindicado pretender dar la definición o tan siquiera el concepto de fideicomiso o abordar el estudio de su naturaleza jurídica, antes de hacer la descripción detallada de su constitución y de su funcionamiento sin cuya comprensión, aquellos serían difícilmente entendidos".⁵⁰

Mario Bauche Garcíadiego, afirma: el fideicomiso es un negocio jurídico que está cobrando mayor importancia cada día en nuestro país, y más adelante agrega: "como ya lo he indicado mediante el fideicomiso, una persona física o moral destina sus bienes o derechos a la realización de una finalidad lícita y determinada, encomendando a una institución fiduciaria llevar a cabo esa finalidad, en beneficio propio o de otra persona."⁵¹

Por virtud de este negocio jurídico, el bien o el derecho salen de la esfera patrimonial de quien lo constituye - fideicomitente- para que su titularidad pase a las instituciones y para los fines que haya determinado el autor del fideicomiso. Es una modalidad especial del cambio de titular de los bienes o derechos y se llama patrimonio fideicomitido.

Es igual sentido pueden consultarse Rodríguez y Rodríguez en su curso de derecho mercantil.⁵²

Como se puede observar en las transcripciones de los distinguidos autores que se han ocupado de esta cuestión hay cierta unanimidad al conservar el fideicomiso como negocio jurídico, pero no explican por que lo consideran como tal, con la excepción del doctor Domínguez Martínez. Ahora bien no debe aplicarse tal terminología al fideicomiso.

⁴⁹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico, 2ª. ed. Editorial Porrúa, S.A., México, 1975 pp. 34 y 35.

⁵⁰ Hernández, Octavio A. Derecho Bancario mexicano - Instituciones de Crédito 1956. p. 249

⁵¹ Garcíadiego Bauche, Mario, Operaciones Bancarias Activas y Pasivas y Comparativas, 1ª ed. aumentada y actualizada. 1973 Editorial Porrúa, S.A.

⁵² Rodríguez Joaquín. ob. cit. p. 534.

c) LA DOCTRINA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO.

En la doctrina, sobre todo en la extranjera y en aquellos países en los cuales no se ha introducido todavía el trust anglosajón, ni el fideicomiso, ni una figura equivalente, se ha desarrollado toda una corriente para definir lo que llaman negocio fiduciario y que consiste en aquel acto celebrado por particular no previsto expresamente por la ley con la intención aparente de celebrar un acto diferente de la finalidad querida por las partes, y que consiste en que una de ellas entrega bienes a otra, para que esta última cumpla con ellos una finalidad, y que ésta, solo será efectiva si aquel recibe los bienes, obra estricta buena fe y cumple moral y jurídicamente su obligación.

En los países en donde esta reconocido el trust o en su caso el fideicomiso, estas figuras llenan el vacío existente en otros ámbitos de un instrumento jurídico mediante el cual, una persona puede entregar a otra determinados bienes para cumplir ciertos fines lícitos.

En consecuencia, en esos sistemas jurídicos dichas figuras están reguladas expresamente por el derecho, delimitadas sus características, sus efectos y la forma de crearlas y extinguirlas, y en consecuencia, estimamos que en países como el nuestro y en aquellos en que acoge el trust o el fideicomiso, el llamado negocio fiduciario resulta un concepto exótico que linda mucho con la simulación de actos jurídicos.

En efecto, se puede citar por ejemplo en México al doctor Octavio Hernández, que habla de negocio fiduciario y lo conceptúa de la manera siguiente: "negocio fiduciario es negocio jurídico manifiesto válido ante terceros, y otro negocio oculto, que responde a la verdadera finalidad perseguida por las partes, valido sólo entre ellas, negocios jurídicos cuyos efectos no coinciden; para después concluir que es secreto, que persigue un fin lícito y oculto, que no se haya reglamentado por el derecho y que en el mismo puede participar cualquier persona que es indirecta y atípica."²²

Postura similar adopta Villagordoa Lozano, quien también habla de este tópico y de las figuras atípicas innominadas y muy especialmente de los negocios fiduciarios.²³

²² Hernández, Octavio. ob. cit. pp. 245 a 248.

²³ Villagordoa Lozano, José Manuel. ob. cit. pp. 89 a 93.

Domínguez Martínez en su obra ya mencionada también habla del negocio fiduciario y lo concibe " como aquel acuerdo mediante el cual un sujeto transmite la propiedad de un bien o la titularidad de derecho a otro, y este se obliga a destinar lo transmitido a una finalidad determinada que aquel le señaló, y lo que corresponderá a la confianza que para ello tuvo el primero".⁶⁶

También habla este autor de la dualidad de relaciones de la licitud o ilicitud del mismo.

Gran parte de la doctrina hace referencia a la llamada substitución fiduciaria para tipificar este concepto.

La doctrina del negocio fiduciario ilícito, atípico, simulado creemos que no tiene ninguna relación con el fideicomiso, pues mediante este, el fideicomitente destina ciertos fines a un fin lícito determinado, encomendado a la realización de este fin a una institución fiduciaria, con los efectos, modalidades, límites y consecuencias que el régimen jurídico establece.

Por lo tanto, el fideicomiso "es una figura típica, lícita, legal y perfectamente reglamentada, y en consecuencia no parece lógico ni congruente, compararla con los actos simulados ni con figuras, que con todo respeto teórico, pueden presentarse teórica y prácticamente en otros países, en los cuales no se ha adoptado legalmente una institución similar al trust ni al fideicomiso".⁶⁷

d) EL FIDEICOMISO Y LA MANIFESTACION UNILATERAL DE VOLUNTAD.

Hay un gran sector de doctrina mexicana que afirma que el fideicomiso puede ser constituido por un acto unilateral de voluntad, o que es un acto unilateral de voluntad.

La confusión sobre la naturaleza del acto que crea el fideicomiso, se deriva de la redacción que dio el legislador a dos artículos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que son el 350 y 352 que a la letra dicen:

⁶⁶ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Ob. Cit. p.167.

⁶⁷ Cervantes Ahumada, Raúl. ob.cit. p. 35 y 36.

ARTICULO 350:

Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito.

En el caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria y se tendrá por designada la que elija el fideicomisario, o en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuvieron ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la ley.

El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, establecido el orden y las condiciones en que hayan de substituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya. Si no fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso.

Artículo 352:

"El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso".⁵⁷

Por lo que toca a la cuestión de si el fideicomiso puede constituirse en un acto unilateral de voluntad, los autores son poco claros al decirnos que existe fideicomiso por el hecho de que el fideicomitente lo constituye, aunque la fiduciaria no lo haya aceptado, y que parece más bien sofisma a la luz de la lógica jurídica.

Por orden lógico analizaremos primero los efectos de la declaración unilateral de voluntad y después compararemos esta figura con el fideicomiso.

⁵⁷ Artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

e) LA DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES.

El maestro de Pina al respecto nos dice:

"La manifestación unilateral de la voluntad, de acuerdo con la interpretación corriente de nuestro ordenamiento civil, solo es eficaz tratándose de los casos expresamente autorizados, sin que sea posible dar eficacia alguna a manifestaciones distintas de las reguladas directamente por el legislador".⁵⁵

Sobre esta cuestión la doctrina nacional no es sin embargo, uniforme, pues se encuentra frente a frente, en posición irreductible, los dos civilistas mexicanos más caracterizados, Borja Soriano y Rojina Villegas.

Para Borja Soriano:

"Las únicas manifestaciones unilaterales de la voluntad eficaces por ser legalmente reconocidas por nuestra legislación civil, son las nominadas, es decir, aquellas que el Código Civil admite y regula"; por el contrario para el señor...

Rojina Villegas:

"Que sostiene que existe la posibilidad legal de formular manifestaciones unilaterales de la voluntad innominadas, considerando como tales, el acto dispositivo unilateral gratuito, la oferta libre a persona determinada y la promesa abstracta de deuda".⁵⁶

De lo expuesto inclusive por la doctrina de Rojina Villegas, podemos considerar como manifestación unilateral de voluntad además de los casos citados, el testamento, que tiene determinados efectos jurídicos. En materia mercantil, la ley reconoce expresamente efectos a la manifestación unilateral de voluntad, en: la emisión por parte de sociedades anónimas o de instituciones de Crédito, de obligaciones (no mencionamos las Cédulas hipotecarias porque ya no existen en nuestro medio jurídico), bonos hipotecarios y financieros, bonos bancarios y certificados de participación.

⁵⁵ De Pina, Rafael . ob. cit. p. 68.

⁵⁶ Rojina Villegas, Rafael. Derechos Mexicano, T.III Bienes, Derechos Reales, México, 1981. p. 67.

El artículo 213 de LGTOC en su primer párrafo dice: "La emisión será hecha por declaración de voluntad de la sociedad emisora que hará constar ante notario..." y todos los efectos, características, modalidades, etc; están regulados en los artículos 208 al 228.

Para los certificados de participación el artículo 228 m del mismo ordenamiento, señala que "La emisión se hará previa declaración unilateral de voluntad de la emisora, expresada en escritura pública..."

Para los bonos hipotecarios, el artículo 123, de la Ley Bancaria en su fracción I prevé que se emitirán mediante declaración unilateral de voluntad de la institución emisora; para los bonos financieros del artículo 29 fracción I del mismo ordenamiento también habla de la declaración unilateral de voluntad de la emisora, expresada ante notario y respecto de los bonos bancarios.

La simple manifestación unilateral de voluntad no transmite las obligaciones o derechos, pues para que esta transmisión se realice, es necesario la aceptación de aquella persona que va a recibir tales bienes.

En consecuencia, la afirmación de que la simple manifestación unilateral de voluntad constituye y perfecciona el fideicomiso, resulta totalmente ilógica, pues mientras no haya aceptación de la fiduciaria, no habrá transmisión de bienes y no habrá perfeccionamiento del contrato.

"La defectuosa redacción del párrafo tercero del artículo 350 de la LGTOC lleva a esta interpretación sofisticada, cuando habla que el fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que, conjunta o sucesivamente, desempeñen el fideicomiso estableciendo el orden y las condiciones en que haya de sustituirse".⁶⁰

En primer lugar, en la práctica o uso bancario puede afirmarse que en los fideicomisos no se designan varias instituciones fiduciarias que conjuntamente las desempeñe, pues esto acarrearía muchos problemas prácticos de ejecución.

La experiencia ha demostrado que solamente substituyen cuando por alguna causa el fiduciario no puede cumplir el fideicomiso, o bien, por acuerdo entre las partes fideicomitentes y fideicomisario o, como en el caso de la banca

⁶⁰ Artículo 350, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

múltiple, en que con motivo de las fusiones de diversas instituciones de Crédito la fusionante adquiere al mismo tiempo el carácter de fideicomitente y beneficiario, en ciertos fideicomisos de garantía.

En conclusión, no se deduce que el fideicomiso en el pensamiento y letra del legislador puede tomarse como una manifestación unilateral de voluntad y sí lo ha reconocido más bien como un contrato.

El párrafo del artículo transcrito que consideramos que ha dado origen a toda esa polémica, es el siguiente:

En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elijan el fideicomisario, o, en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuvieran ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas, conforme a la ley.

Estimamos que hay consenso general de los autores en reconocer que es un efecto lógico, básico, natural del fideicomiso, la transmisión o transferencia de bienes al fiduciario, para que este realice un fin lícito establecido en el acto constitutivo, ¿Cómo es posible que puede haber transmisión de bienes en una manifestación unilateral de voluntad?, pues ningún artículo de la ley habla de que por la manifestación unilateral de voluntad salgan esos bienes del patrimonio del fideicomitente y pasen al fiduciario, y menos si éste es indeterminado, pues si se trata de inmuebles el fideicomiso debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y cancelar la inscripción a favor del fideicomitente y hacer la correspondiente al fiduciario, si se trata de otros bienes, como acciones, valores, dinero y joyas, para que exista transmisión de la mayor parte de esos bienes, es necesaria la tradición o entrega de los mismos, además del endoso en aquellos títulos de Crédito que así lo requieren, ¿cómo es posible que la simple manifestación unilateral de voluntad haga salir del patrimonio del fideicomitente esos bienes, sino existe fiduciario o este no ha aceptado ? y no se le hace tradición de los mismos.

En este aspecto, los autores partidarios de la manifestación unilateral de voluntad son totalmente omisos.

El otro aspecto por cuya razón los autores comparan el fideicomiso con la manifestación unilateral de voluntad, es relativo a que nuestro legislador, siguiendo el proyecto Alfaro y las leyes mexicanas anteriores a 1932, estableció la posibilidad de que el fideicomiso puede constituirse mediante testamento, sin embargo, si analizamos a fondo este aspecto, se puede llegar a la conclusión de que testamento y fideicomiso son conceptos que se excluyen uno al otro.

En principio, cabe un comentario sobre una cuestión constitucional.

Hay una contradicción de competencia legislativa en el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pues si bien el legislador federal tiene facultades constitucionales en materia mercantil de acuerdo con el artículo 73 fracción X, carece en cambio de facultades para legislar en materia civil (sucesiones), que es especialmente local y está reservada a la autonomía de los Estados y a los legisladores de dichas entidades, por lo tanto al hablar de testamento, el legislador de 1932 invadió la competencia legislativa de las entidades federativas.

Creemos que en este aspecto no puede argumentarse que el Código Civil Federal sea supletorio conforme al artículo 2° de la L.G.T.O.C., pues la supletoriedad sigue unicamente para aquellos casos de lagunas de la Ley, no previstas por el legislador y en este supuesto evidentemente que no se trata de una laguna de la ley, sino de una invasión de la competencia legislativa de los Estados.

Compararemos a continuación el testamento y el fideicomiso, para ver que con incompatibles, pues uno excluye al otro.

"El testamento tal como lo define el Código Civil de 1928 en su artículo 1295, es un acto personalísimo revocable y libre por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de la muerte".⁴¹

En este orden de ideas, puede tomarse el testamento como un acto unilateral de voluntad esencialmente revocable, de disposición de bienes y derechos para después de la muerte; el fideicomiso por el contrario, es un acto mediante el

⁴¹ Artículo 1295 del código Civil del Distrito Federal.

cual una persona destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria (artículo 346 L.G.T.O.C.), además el fideicomiso debe constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o transmisión de la propiedad de las cosas que se den en fideicomiso (artículo 352 L.G.T.O.C.)

Formalmente, el testamento puede revestir todas las variantes a que se refieren los artículos 1500 y 1501 del Código Civil por lo cual, tratándose de bienes inmuebles, el fideicomiso no puede constituirse mediante testamento holografo o privado y es dudoso que tratándose también de esos bienes, se constituya en el testamento militar o marítimo.

Por otra parte, la distinción fundamental consiste a nuestro modo de ver, en que el fideicomiso es disposición de bienes entre vivos, es decir, en el momento en que se constituye, y no puede ser condicionado a la muerte, pues en ese caso ya no es fideicomiso, sino testamento y por otra parte, este último es un acto de disposición de bienes para después del fallecimiento, estimamos que no basta la voluntad del testador para que se transfiera una propiedad inmueble al fiduciario, ni para que el fideicomiso surta sus efectos; en este caso, no lo inscribiría el Registro Público de la Propiedad, ya que es necesaria la aceptación de la institución fiduciaria para ello y la determinación de los derechos y obligaciones de las partes.

Puede suceder que el testador disponga que a su muerte ciertos bienes de la masa hereditaria, sean dados en fideicomiso para un fin lícito, en cuyo caso esa disposición no es constitutiva del fideicomiso, sino que corresponderá al albacea, como representante de la sucesión, celebrar el contrato respectivo con una institución fiduciaria, en ejecución de las disposiciones testamentarias del de cuius (lo cual no es un acto de ejecución de fideicomiso, puesto que éste no existe).

Ahora bien, si una persona constituye una fideicomiso en vida, celebra un contrato con la fiduciaria y le entrega ciertos bienes para que la fiduciaria, a su muerte, realice con ellos un fin lícito como puede ser el pagar colegiaturas de sus hijos, o darles alimentos, el fideicomiso se está constituyendo por acto entre vivos, aunque contenga disposiciones que en opinión de ciertos autores pudieran ser testamentarias, pero el fideicomiso en tal caso no es testamento, simplemente está sujeto a la condición suspensiva de la muerte del fideicomitente, por que en el momento en que éste entrega los bienes a la fiduciaria, han salido de su patrimonio y ya no podrían ser embargados ni expropiados y si el fideicomiso fuere irrevocable, ya no podría disponer de ellos, ni podrían esos

bienes ser materia de sucesión.

Por virtud de cierto uso bancario, se habla de fideicomisos testamentarios y no obstante la proliferación con que se maneja este concepto, creemos que no es una cuestión que se hace en vida del fideicomitente, el fideicomiso es aceptado por la fiduciaria, transmitidos los bienes, con disposiciones que entraran a regir obligaciones y derechos a la muerte del fideicomitente.

Es de hacer notar que, en México, hasta donde hemos podido investigar, ha sido muy escasa o casi nula la práctica de constituir fideicomisos mediante testamento, habida cuenta de las limitaciones señaladas.

f) NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO MEXICANO.

Considerando que el fideicomiso es un contrato y enseguida vamos a dar los razonamientos en que se basa esta afirmación.

Desde luego, el fideicomiso puede encuadrarse como un acto jurídico, ya que es la expresión de voluntad de dos o más personas para crear, transmitir, reconocer, declarar, modificar o extinguir, derechos y obligaciones.

Ahora bien, dentro de las especies de actos jurídicos, nuestro Código Civil Federal, en sus artículos 1792 y 1793, define al convenio como el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y, añade, los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Para calificar el fideicomiso mexicano como contrato nos basamos en que es una relación jurídica entre dos o más personas, puesto que siempre debe haber un fideicomitente y una institución fiduciaria; esta relación establece derechos y obligaciones entre dos partes y, por lo tanto, no puede concebirse como un manifestación unilateral de voluntad.

Consideramos que está reconocido que el fideicomiso es un contrato; pero creemos que resulta todavía más firme este punto de vista, cuanto el propio legislador, autor de la redacción de los preceptos relativos al fideicomiso de la L.G.T.O.C. de 1932, señor Licenciado Pablo Macedo, explica con gran amplitud su intervención en la redacción de dichos preceptos, y en dos ocasiones afirma que el fideicomiso es un contrato, ya que habla textualmente de que "se configura en el caso como un contrato que requiere la voluntad de ambas partes" y más adelante expresa "en esta forma se evitan las discusiones

existentes en otros regímenes jurídicos, acerca de la bueno o mala fe de quienes contratan con el fiduciario. No queda duda pues de que la intención del legislador fue diseñar el fideicomiso como un contrato.⁴²

Por otra parte, un sector de la doctrina mexicana también reconoce que es un contrato.

Otra práctica administrativo-legal que viene a abundar en favor del criterio de que el fideicomiso es un contrato, es el hecho que todos los fideicomisos del gobierno federal son establecidos mediante contrato, no obstante que se creación se ordena, bien sea por acuerdos presidenciales, bien por leyes, en cuyos casos, en ambos supuestos son actos unilaterales de gobierno y por sí mismos no crean los fideicomisos.

A nuestro modo de ver, todo el conjunto de razonamientos y disposiciones que hemos analizado, nos lleva a la conclusión clara de que el fideicomiso en México es un contrato.

Si ese contrato es bilateral o plurilateral, si además tiene la característica (discutible) de que es una forma de operación de crédito o un contrato bancario con sus efectos, son cuestiones que de ninguna manera, en nuestra opinión afectan su naturaleza de contrato.

El contrato de fideicomiso no es un contrato tipo ni uniforme, ni tampoco inmutable, es por ello que dan origen a que la doctrina con frecuencia divague al tratar de precisarlo, puesto que es tan amplio y puede abarcar tantas posibilidades que además entraña una serie de actos de administración, de dominio, de pleitos y cobranzas que debe desempeñar el fiduciario, pues no siempre el contrato de fideicomiso es simple, sino que a veces su complejidad es mucha por la característica de su gran flexibilidad por ello hay que entenderlo como uno de los pocos contratos que todavía se redactan y discuten entre las partes cuya gama de posibilidades para establecer derechos y obligaciones es enorme.

El fideicomiso, ya lo hemos afirmado, es un instrumento legal mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes a la institución fiduciaria, para que con ellos se realice un fin lícito, que la propia persona señala en el contrato respectivo.

⁴² Macedo, Pablo. ob. cit. pp. XXX y XXXII

g) MODALIDADES Y REQUISITOS DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO.

En nuestro concepto algunos autores confunden la naturaleza del fideicomiso con algunas modalidades del mismo, con sus efectos o con otras figuras jurídicas.

Uno de los efectos fundamentales del fideicomiso, es la transmisión de la propiedad de los bienes del fideicomitente que pasan a formar lo que se conoce en el uso bancario como el patrimonio fiduciario, a partir de la fecha en que surta efectos del contrato de fideicomiso.

La teoría del patrimonio de afectación seguida fundamentalmente por Pierre Lepaulle recogida en México por el Licenciado Pablo Macedo, autor de los artículos relativos al fideicomiso de la L.G.T.O.C. y por el Licenciado Juan Landereche Obregón en un artículo denominado "Naturaleza del Fideicomiso en el Derecho Mexicano".⁶³

Esta teoría está totalmente superada en la actualidad, puesto que el derecho se ha aceptado en forma casi unánime, que no pueden existir patrimonios que carecen de titular jamás podran llegar a ser sujetos jurídicos. Mas no es el caso de abundar en esta crítica, ya que no se trata de un patrimonio sin titular y autónomo toda vez que la institución Fiduciaria es la titular del Patrimonio fiduciario, y en sí el fideicomiso no es el patrimonio, sino que éste constituye el objeto de aquel.

Examinemos la llamada teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad, sostenido en Italia por Remo Franceschelli y en México por Manuel Lizaldi Albarrán en su obra denominada ensayo sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso.

En el fideicomiso no hay ningún desdoblamiento de la propiedad, porque el patrimonio fiduciario no puede tener dos titulares; es muy claro cuando el fideicomitente transmite la propiedad al fiduciario, pasa por un titular a otro y no hay ningún desdoblamiento de la propiedad, puesto que los derechos de los fideicomitentes y fideicomisarios una vez constituido el fideicomiso son personales y exigibles frente al fiduciario, y de alguna manera derechos reales.

Existe otro sector de la doctrina que habla de titularidad del fiduciario, en este sentido, puede citarse al doctor Cervantes Ahumada, Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Mariano Navarro Martorell y a Jorge Serrano Trasviña.

⁶³ Macedo, Pablo. ob. cit. pp. XXX y XXXII.

Ahora bien, Joaquín Rodríguez y Rodríguez entre otras cosas afirma que el fideicomiso "es una operación bancaria y que, en consecuencia, también es un acto de comercio y una operación de crédito".⁴⁴

Con frecuencia también los autores mexicanos inciden en la tendencia de comprar el fideicomiso con otras figuras jurídicas, el mandato, posiblemente continuando la confusión terminológica que originó el proyecto del doctor Alfaro, al decir que el fideicomiso es un mandato irrevocable y cuya función fue seguida en los primeros proyectos y en la primera ley mexicana que rigió esta institución.

El área fiduciaria de las instituciones de banca múltiple puede llevar a cabo desde luego fideicomisos, pero además de esto, puede prestar una gama muy amplia, de servicios fiduciarios que no tienen la característica de ser fideicomisos.

Para que existieran fideicomisos debe haber transmisión de bienes; tal es la diferencia específica que existe con otro tipo de contratos en los cuales si no hay transmisión de bienes no habrá fideicomiso, sino que estaremos en presencia de servicios fiduciarios.

Independientemente del fideicomiso, los fiduciarios en México pueden prestar una amplia gama de servicios, con seriedad, profesionalidad, discreción y eficacia podemos enunciar simplemente, a saber: a) Administración a toda clase de bienes, b) Servicios de tesorería, c) Desempeñar el cargo de comisario o miembro del consejo de administración de sociedades, d) Albaceazgo, e) Realización de avalúos, f) Certificación de firmas, g) Cesión de domicilios, h) Llevar libros de contabilidad y actas de consejo de administración y de asamblea, i) Desempeñar depositarias judiciales, j) Emitir certificados de participación, k) Intervenir en emisión de títulos de crédito y actuar como representante común, l) Actuar como síndico o liquidador de instituciones de crédito y sociedades mercantiles m) Actuar como interventor en quiebras; ser representante común de obligacionistas, realizar toda clase de mandatos y comisiones, n) Ser representante de ausentes o ignorados y desempeñar tutorías y curadurías.

En ninguno de estos casos, aunque se trate de servicios fiduciarios, el contrato que se celebra para su prestación es de fideicomiso.

⁴⁴ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. ob. cit. p. 534

3. C L A S I F I C A C I O N .

a) DE GARANTIA.

Por medio del fideicomiso de garantía se le asegura al acreedor el cumplimiento de la obligación que con el contraiga el deudor.

Si intentáramos dar una definición de este fideicomiso, podríamos decir que es aquel que se constituye por una persona deudora o un tercero a solicitud de él, mediante el cual se afecta bienes inmuebles o derechos para que el supuesto caso de que el deudor no cumpla su obligación, el fiduciario proceda a la venta o realización de la materia o patrimonio fideicomitado y en el supuesto caso de que el deudor cumpla oportunamente con la obligación contraída, el fiduciario revierta el patrimonio fiduciario a favor del fideicomitente y se cancele el fideicomiso.

En esta clase de fideicomisos el fideicomitente por lo general conserva la posesión, el uso e incluso el usufructo de los bienes fideicomitados; en caso de incumplimiento del deudor, el fideicomitente pierde esos derechos y es cuando se inicia el llamado proceso de ejecución fiduciaria.

Para proceder a la venta de los bienes fideicomitados, las instituciones fiduciarias, por disposición expresa de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros (circular número 59716 de 6 de diciembre de 1971) deberán atender a lo establecido por las fracciones III y IV del artículo 141 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

Con el producto de la venta se harán los siguientes pagos:

- a).- Gastos, impuestos y derechos originados con motivo de la venta y remate.
- b).- Honorarios de la institución fiduciaria.
- c).- Importe del crédito garantizado, incluyendo los intereses del acreedor o fideicomisario.
- d).- Si existiera algún remanente será entregado al fideicomitente.

Muchos autores critican el proceso o procedimiento que el fiduciario utiliza para dar cumplimiento a su obligación, una vez que se cumple la condición suspensiva del incumplimiento del deudor para con el acreedor, en el plazo establecido.

Al respecto, el Licenciado Octavio Hernández, dice: "... es posible que no pueda, dada nuestra estructura constitucional, concederse llanamente facultad de la fiduciaria para que venda el patrimonio fideicomitado dado en garantía, pues es esta atribución de carácter jurisdiccional..."⁶⁸

Por otro lado, el doctor Raul Cervantes Ahumada, también considera violatoria de las garantías constitucionales la llamada ejecución fiduciaria y establece que: "... la facultad que se pretende conceder al banco, para ejecutar la venta del bien dado en garantía, en caso de que el deudor no pague, no se ajusta a nuestro sistema constitucional, ya que se trata de una verdadera atribución jurisdiccional..."⁶⁹

Con el mismo criterio que los mencionados autores, en los tribunales se han venido ventilando juicios en contra de las instituciones fiduciarias, haciendo valer el contenido de los artículos 14 y 16 de nuestra Constitución Política.

El bien fideicomitado sale del patrimonio del fideicomitente y se destina a la realización de un fin lícito y determinado, es decir, el fideicomitente ya no es dueño y, por tanto, no podría disponer en lo absoluto del bien efecto, puesto que se transfirió a la fiduciaria, habiéndose establecido en el clausulado que si llegado el plazo para el cumplimiento, de la obligación por parte del deudor éste no hubiera liquidado su adeudo, ese bien fideicomitado que garantiza su cumplimiento, debe ser vendido para que con el producto de la venta se pague al acreedor.

De lo anterior deducimos que la obligación de la fiduciaria se limita a:

- 1.- En caso de que el deudor pague, revertirá el patrimonio fideicomitado al fideicomitente.
- 2.- En caso de que el deudor no cumpla con la obligación contraída con el acreedor, el fiduciario realizará el bien fideicomitado y liquidará al acreedor el importe de su crédito.

Esa es la obligación de la fiduciaria y si esta actúa conforme a la voluntad que las partes expresaron al momento de la constitución del fideicomiso, estaremos ante un caso de cumplimiento de una obligación contraída.

⁶⁸ Hernández, Octavio. ob. cit. p. 260

⁶⁹ Cervantes Ahumada, Raúl. cit. p. 42

Y en cuanto a que si hay violación de las garantías constitucionales, porque la fiduciaria vende en pública subasta un bien dado en fideicomiso de garantía; puesto que se suprime la posibilidad del sujeto de ser oído y vencido en juicio, y que se desposee al fideicomitente sin mandamiento de autoridad, es decir es una polémica que carece totalmente de significado y sentido, porque simplemente lo que hay es cumplimiento.

En conclusión consideramos que la finalidad de este fideicomiso es garantizar al acreedor, ya sea persona física o moral, el pago de la obligación contraída con anterioridad. Este tiene un carácter irrevocable, en tanto no sea cumplida la obligación.

En caso de incumplimiento del deudor, el Banco sacará a remate el inmueble, ya con el producto de éste será cubierta la obligación garantizada.

En caso de incumplimiento por parte del deudor, el Banco revertirá el inmueble al fideicomitente.

Mediante este tipo de fideicomisos, se logra sustituir y reemplazar otro tipo de gravámenes y garantizar. Además de proporcionar una seguridad para el deudor y el acreedor de que el fiduciario cumplirá imparcialmente las finalidades del fideicomiso.

Este tipo de fideicomiso, también se puede establecer con base en valores y efectivo.

b) DE ADMINISTRACION.

ADMINISTRACION DE TODA CLASE DE BIENES.

Estos pueden ser:

1.- Bienes inmuebles urbanos. Abarca lo relativo a cobrar rentas, pagar impuestos, derechos por consumo de agua, etcétera, realizar actos de conservación de los inmuebles celebrar contratos de arrendamiento y en su caso rescindir los existentes, e iniciar y proseguir juicios de desocupación.

2.- Se pueden administrar también fincas rústicas, pero en este caso por un plazo máximo de dos años, para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios o acreedores, o para pagar obligaciones o garantizar su cumplimiento con el valor de las fincas o de sus productos.

3.- Administrar toda clase de bienes muebles títulos o valores, como pueden ser acciones, bonos certificados de participación, etcétera, cobrar dividendos, intereses y aplicarlos a los fines que señale el cliente, en el mandato respectivo.

SERVICIOS DE LA TESORERIA.

A virtud de los cuales el cliente nombra a la fiduciaria como representante de una empresa, o ante ésta, para que a su nombre otorgue a los accionistas los servicios de pago de dividendos, recepción de fondos para suscribir aumentos de capital, canje de títulos cuando se emitan nuevas acciones o se cancelan anteriores, retención de pago.

DESEMPEÑO DEL CARGO DE COMISARIO O MIEMBRO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION.

Los comisarios de las sociedades tiene una función muy importante, que es verificar la regularidad y legalidad de las operaciones realizadas por las mismas; tienen además encomendada su vigilancia.

Las funciones de los comisarios son temporales, revocables y remuneradas; los designa la Asamblea General Ordinaria de Accionistas; y no pueden desempeñar ese cargo los empleados de la sociedad o parientes de los administradores.

Esta función puede llegar a ser muy importante; las fiduciarias por su responsabilidad y seriedad presuponen un buen desempeño como órganos de vigilancia.

ALBACEAGO.

El albacea como representante de la sucesión tiene una serie de funciones que pueden resumirse así:

a).- Ejecutar lo ordenado por el autor de la herencia en el testamento, hacer el inventario y mandar realizar el avalúo de los bienes de la sucesión.

b).- Guardar, conservar y administrar esos bienes.

c).- Representar judicial o extrajudicialmente el patrimonio de la sucesión y en general todos los actos que serán necesarios y se encaminen a la liquidación y repartición de los bienes de la sucesión entre herederos y legatarios.

La designación de albacea compete en primer lugar al testador, en segundo lugar a los herederos, en tercer lugar al

juez de la sucesión, se tramita judicialmente y en ciertos casos muy especiales a los legatarios.

Se estima que las instituciones fiduciarias dada su solvencia y profesionalidad, pueden desempeñar el cargo de albaceas en sucesiones, aun cuando en la practica han sido poco utilizados estos servicios en nuestro medio.

AVALUOS.

Las instituciones fiduciarias pueden realizar avalúos de toda clase de bienes, los que tendrán la misma fuerza probatoria que la ley asigna a los que con hechos por corredores titulados o peritos.

En relación con los inmuebles, los avalúos de las fiduciarias pueden tener, los siguientes propósitos:

Para efectos fiscales de impuestos sobre la renta, impuesto sobre adquisición de inmuebles y traslación de dominio.

Para que los inmuebles sirvan de garantía y se fije convencionalmente por las partes un valor a los mismos. Para que las personas puedan conocer el valor comercial actual de algún bien.

Como se indicó, las fiduciarias también pueden realizar avalúos sobre toda clase de bienes, principalmente acciones.

CONTABILIDAD.

Las fiduciarias pueden prestar el servicio de llevar contabilidades, esto implica la contratación de personas especializadas para este efecto y llevar la contabilidad de acuerdo con las técnicas que sean aplicables a cada empresa y conforme a los catálogos mas usuales en la materia, pues (los únicos catálogos de cuentas obligatorias y aprobadas por las autoridades son los relativos a las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares), este es un servicio que hasta la fecha parece que no han prestado las instituciones fiduciarias, pero puede ser un renglón de importancia, si se cuenta con el apoyo técnico y los recursos humanos necesarios para prestarlo.

DEPOSITARIAS JUDICIALES.

El depositario judicial es el encargado de la custodia, administración y vigilancia de bienes embargados y puede ser designado por el acreedor o bien por las autoridades judiciales. (incluidas las laborales).

Esta es otra área poco explotada, pero cuya implementación es conveniente meditar, por los riesgos que implica, primero, la necesidad de contar con locales adecuados para el depósito de los bienes y segundo, la responsabilidad que siempre tienen los depositarios judiciales.

EMISION DE CERTIFICADOS DE PARTICIPACION

La emisión de certificados de participación, siempre debe hacerla una institución fiduciaria, previa autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros y representa zonas urbanas normales el certificado de participación no parece ser operativo, por los problemas fiscales que entraña y el alto costo de los mismos.⁶⁷

SINDICATURAS

Por medio de Ley, artículo 80; fracción IX de la Ley Bancaria, en la suspensión de pagos y quiebras de las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares, el cargo de síndico siempre corresponderá a una institución fiduciaria.

La Sindicatura es una actividad, que en general, no es vista con grado por las fiduciarias, por los problemas que entraña el personal que tiene que dedicarse a atender estos asuntos, lo poco remunerativo de la actividad y la responsabilidad que acarrea, todo esto aunado o lo tardado de los procedimientos de quiebra. En consecuencia no parece recomendable aceptar sindicaturas y en general es conveniente seguir esta política y sólo aceptar por excepción y por razones de peso.

LIQUIDACIONES.

Las liquidaciones en que pueden intervenir los fiduciarios, son las siguientes:

a).- De comerciantes individuales. El fiduciario proporciona una función de asesoramiento, cuando la liquidación de comerciantes individuales no está manifestada por insolvencia y tiene por objeto finiquitar derechos y obligaciones y hacer concordar los activos y pasivos del comerciante.

b).- De sociedades. La liquidación de sociedades es una etapa posterior a la disolución de éstas y tiene por objeto finiquitar los negocios pendientes y reducir a dinero todos los bienes de la sociedad para repartirlos entre los

⁶⁷ Artículos 228a. al 228v. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

socios, su monto alcanza para ello.

c).- De concursos. La liquidación de concursos, es similar al procedimiento que se sigue en la quiebra. El concurso solo se da cuando las deudas son de carácter Civil y no Mercantil.

d).- De herencias. La liquidación de herencia tiene por objeto realizar actos pertinentes encaminados a la liquidación y reparte de los bienes de la sucesión entre legatarios y herederos.

También en materia de liquidación, cuando se trata de instituciones de crédito y organizaciones auxiliares, por disposición del artículo 80 fracción IX de la Ley Bancaria, el cargo de liquidador debe ser desempeñado por un Fiduciario.

REPRESENTACION DE AUSENTES O IGNORADOS.

De acuerdo con el artículo 649 del Código Civil para el depósito federal:

"Cuando una persona haya desaparecido y se ignore el lugar donde se halle y quien es la representante, el juez a petición de parte o de oficio, nombrará un depositario de sus bienes y citará por edictos publicados en los principales periódicos de su último domicilio, señalándose para que se presente un término que no bajará de tres meses ni pasará de seis y dictará las providencias necesarias para asegurar sus bienes".

Las obligaciones y facultades del depositario serán las que la ley asigna a los depositarios judiciales.

Si cumplido el término del llamamiento el citado compareriere por sí o por interpósita persona, facultada para representarlos, se procederá al nombramiento de un representante y administrador quien tendrá las mismas facultades y obligaciones de los tutores.

Esta actividad de las fiduciarias ha sido poco utilizadas en la práctica.

** Artículo 649 del Código Civil del Distrito Federal.

TUTORIAS Y CURADURIAS.

Conforme al artículo 449 del Código Civil para el Distrito Federal, el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede tener también por objeto la representación interna del incapaz, en los casos especiales que señale la ley.

Tienen incapacidad natural y legal y por tanto son sujetos a tutela:

- a).- Los menores de edad.
- b).- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos.
- c).- Los sordomudos que no sepan leer ni escribir.
- d).- Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso de las drogas o enervantes.

Curadurías. Curador es la persona designada para vigilar la actuación del tutor correspondiente. Todos los individuos sujetos a tutela ya sea testamentaria, legítima o dativa, además del tutor tendrán un curador (artículos 492 y 500 del Código Civil).

El servicio fiduciario de tutorías y curadurías ha sido inexplorado por la práctica fiduciaria, pues la presentación de esa clase de servicio implica, además de una gran responsabilidad, la formación o contestación de especialistas en esa materia dentro de las instituciones fiduciarias, y sólo se podrá proporcionar en casos excepcionales y a sabiendas de que la fiduciaria tendría que soportar el costo de los servicios de las personas que se contratan para ese efecto.

c) DE INVERSION.

PERSONAS FISICAS.

En la práctica del fideicomiso tiene tan amplia gama de posibilidades como necesidades haya que cubrir. El campo de la inversión existen diversas alternativas para personas físicas.

a) FIDEICOMISO DE INVERSION SIMPLE CON CLAUSULA TESTAMENTARIA PARA LA PLANEACION PATRIMONIAL.

En este contrato el fideicomiso entrega una cantidad de dinero o bienes y valores, estipulando diversos beneficios en favor de miembros de su familia o de terceras personas, las cuales permanecerán aun después del fallecimiento del propio fideicomitente, liberando a los herederos del trámite sucesorio con la ventaja y oportunidad de modificarla en vida o irrevocabilidad después de su muerte.

Algunos de estos beneficios son los siguientes:

- Garantizar gastos de educación universitaria de los hijos.
- Ayudan a los hijos a emprender su vida profesional en mejores condiciones.
- Conservan el nivel económico y social familia.
- Solventar gastos médicos familiares.

FIDEICOMISOS DE INVERSION PARA FINES DIVERSOS.

A través de este tipo de fideicomisos, una persona destina ciertos bienes (efectivo, valores o derechos) a efecto de que el Banco se encargue de su administración, custodia e inversión en beneficio de las personas, instituciones u organismos que se designen como beneficiarios, en atención a los términos pactados en el contrato de fideicomiso.

Con este tipo de contrato se asegura el cumplimiento de finalidades diversas; tales como ayuda a:

- Enfermos e incapacitados
- Estudiantes
- Becas
- Premios
- Donativos
- Instituciones culturales y científicas
- Instituciones de beneficencia o deportivas.
- Organismos de investigación y desarrollo tecnológico.
- Pensiones alimenticias

Es un instrumento que permite institucionalizar fines altruistas del fideicomitente o perpetuar la imagen filantrópica de una persona conmutada.

FIDEICOMISOS PARA INMIGRANTES RENTISTAS.

El extranjero que se interna en el país legalmente, con el propósito de radicar en él, ya sea solo o con su familia y en que cuenten con los recursos económicos para ello, puede garantizar a la Secretaría de Gobernación dicho propósito y la existencia de medios para su subsistencia.

El cliente deberá depositar la suma que indique la propia Secretaría de Gobernación, por un plazo de 5 años de su rendimiento, se entregara al interesado, una cantidad mensual, misma que se establecerá en el contrato.

Este tipo de fideicomiso, además de proporcionar una garantía a Secretaría de Gobernación, constituyen un fondo de inversión para el cliente.

La ley establece que el depósito en garantía puede hacerse en efectivo y en valores del Estado Mexicano.

FIDEICOMISO SOBRE INMUEBLES CON FINES TURISTICOS.

A través de la celebración de este tipo de contrato de fideicomiso, se promueve la inversión mexicana y se regula la inversión extranjera, de tal manera que personas físicas o morales de nacionalidad extranjera puedan usar y disfrutar un plazo máximo de 30 años, un inmueble ubicado en la llamada zona prohibida que corresponde a una faja de nuestro territorio de 100 kms a lo largo de nuestras fronteras y 50 kms en las costas, sin adquirir la propiedad.

Durante la vigilancia del contrato de fideicomiso, los fideicomisarios podrán vender el inmueble a nacionales o ceder sus derechos a extranjeros. En el último caso, será únicamente por el tiempo que falte, por transcurrir. También permite la designación de fideicomisarios sustituidos para el caso de fallecimiento, evitándose así juicios sucesores y problemas jurídicos internacionales.

Este tipo de fideicomisos también pueden constituirse sobre inmuebles que se encuentran en cualquiera de los Estados de la República Mexicana o en el D.F.

PERSONAS MORALES.

Como resultado de la alta industrialización de nuestro país, las empresas requieren atraer y retener mano de obra calificada, que consecuentemente demanda mayores salarios y mejores prestaciones, lo cual implica no solamente el mantener una adecuada escala de sueldos y salarios, sino también establecer planes de presentaciones adicionales que permitan cubrir áreas, tales como: jubilación, ahorro, enfermedad, invalidez y fallecimiento, lográndose con esto un mayor arraigo del personal calificado, dentro de las empresas que cuenten con este tipo de planes.

Lo anterior, hace necesario que las empresas establezcan una adecuada planeación estratégica, que se ha venido desarrollando a partir de la década de los cincuentas, a través de planes concretos del tipo de los que analizaremos.

Toda empresa en pleno desarrollo, generadora de flujos de efectivo y utilidades, pueden implementar planes de beneficio como cumplimiento a las prestaciones otorgadas a su personal; en nuestro caso, a fin de hacer rentable la prestación de nuestros servicios, las empresas deben tener las características que a continuación se señalan, aunque pueden estudiarse casos de excepción.

- Son centros de trabajo, con un número de empleados superior a 100.

En relación con el pago del impuesto sobre la renta, se encuentra en el rango de 35%.

- Su común denominador es su alto grado de planeación financiera.

FONDOS DE PENSIONES POR JUBILACION.

Son estructuras de previsión social, por medio de las cuales la empresa crea e incrementa reservas de efectivo para ser destinadas al pago de pensiones por jubilación y en algunos casos por incapacidad o fallecimiento, complementarias a las que otorga el I.M.S.S.

Para su establecimiento es necesario:

- Señalar los objetivos y el alcance de los beneficios.
- Conocer los datos del personal: sexo, edad, antigüedad y sueldo.

Con estos elementos, el actuario desarrollará un estudio que permita a la empresa conocer el costo-beneficio del plan de pensiones y diseñará el texto mismo, que contendrá:

- Requisitos de elegibilidad: antigüedad, edad.
- Tipo de jubilación: anticipada, diferida, a edad normal.-
- Opciones para el pago de la pensión, pago único, vitalicio, garantizada, de último sobreviviente.

Para que la reserva se considere deducible y los rendimientos exentos de impuestos, se debe afectar en fideicomiso irrevocable, presentando a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, los siguientes documentos: contrato de fideicomiso, texto de plan de pensiones, y cálculo actuarial.

RESERVAS PARA EL PAGO DE PRIMAS DE ANTIGÜEDAD.

La Ley Federal del Trabajo establece un pago de primas de antigüedad en favor de los trabajadores y a cargo de los patrones; este beneficio consiste en el pago de 12 días de sueldo, por cada año de servicio, estableciéndose como máximo el doble del salario mínimo que rija en la zona económica en que se genera.

Se debe pagar en los siguientes casos:

Retiro Voluntario.- Cuando el trabajador, habiendo cumplido 15 años de servicio, se separa voluntariamente de su empleo; en este caso se deberá cubrir la prima por toda la antigüedad acumulada.

Muerte.-Conforme al artículo 501 de la mencionada ley, deberá pagarse el total de la prima de antigüedad a los beneficios del trabajador, independientemente del número de años que este presente.

Despido Justificado o Injustificado.- En estos casos deberá pagar la prima de antigüedad devengada.

Para financiar esta obligación la empresa puede constituir reservas que gozarán del beneficio de deductibilidad para efectos fiscales, y con un procedimiento similar al establecido para los planes de pensiones por jubilación; para lo cual, deberá elaborarse un estudio técnico actuarial que determine el monto de la reserva que se afectará en fideicomiso irrevocable.

FONDOS DE AHORRO.

Prestación adicional que otorga la empresa a su personal, con fundamento en los artículos 24 fracción XII de la Ley de Impuestos sobre la Renta y 22 de su reglamento.

Las condiciones para su establecimiento se encuentran reguladas en el artículo 22 del reglamento y son las siguientes:

Que las aportaciones por parte de la empresa en favor de sus trabajadores, no excedan del 13% del sueldo de cada participante y que éstas en que se encuentran el establecimiento.

El trabajador podrá retirar la parte que le corresponda únicamente al término de la relación del trabajo o una vez al año.

Que el fondo se destine al otorgar préstamos a los participantes y el remanente se invierta en valores aprobados.

En el caso particular de los fondos de ahorro el fideicomiso viene a ser el instrumento de administración que permite estructurar el plan de ahorro y llevar a cabo el manejo de las inversiones, para alcanzar los objetivos propuestos.

El plan que regule el fondo de ahorro debe contener las condiciones relativas a la prestación otorgada por la empresa, estableciendo las bases y requisitos para su aplicación.

CAPITULO III
LAS PARTES DEL FIDEICOMISO

1. FIDEICOMITENTE.

a) CONCEPTO.

Villagordoa Lozano ofrece el siguiente concepto: "Es la persona que constituye el fideicomiso y destina los bienes o derechos necesarios para el cumplimiento de sus fines transmitiendo su titularidad al fiduciario".⁶⁹

Fideicomitente, según Batiza, es: "La persona que constituye un fideicomiso por una manifestación expresa de voluntad".⁷⁰

Muy parecida a la anterior es la definición que respecto al fideicomitente aporta Rodríguez Ruiz al decir que: "Es la persona que, mediante la expresa manifestación de su voluntad, da nacimiento al fideicomiso".⁷¹

Rafael de Pina lo define como "la persona física o moral que constituye un fideicomiso, para destinar ciertos bienes o derechos a la relación de un fin lícito y determinado y encarga dicha realización de una institución fiduciaria".⁷²

Por su parte Acosta Romero señala que fideicomitente "Es la persona titular de los bienes o derechos que transmite a la fiduciaria, para el cumplimiento de una finalidad lícita y desde luego, debe tener la capacidad jurídica para obligarse y para disponer de los bienes".⁷³

Particularmente se piensa que el fideicomitente es pues, la persona física o moral que, mediante una manifestación expresa de su voluntad, y habida cuenta de la capacidad legal necesaria para ello, afecta la propiedad o titularidad de ciertos bienes al fiduciario para constituir el fideicomiso a fin de que se realicen con ellos los fines para los que éste se constituye.

⁶⁹ Villagordoa Lozano, José M. ob.cit. p. 172.

⁷⁰ Batiza, Rodolfo. ob. cit. p. 61.

⁷¹ Rodríguez Ruiz, Raúl. El fideicomiso y la Organización contable fiduciaria. 1ª ed. México 1977. p. 38

⁷² Pina, Rafael De. ob. cit. p. 220

⁷³ Acosta Romero, Miguel. Derecho Bancario. 1ª. ed. México 1978 Edit. Porrúa, S.A. p. 337.

Resta sólo examinar lo que respecto al fideicomitente mencionó la L.G.T.O.C; en su artículo 349 señala: "Artículo 349. Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o de administración competentes, cuando, se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que estas designen."⁷⁴

b) CLASIFICACION.

Conviene analizar primeramente lo señalado en el artículo 349 de L.G.T.O.C.

Se indica el mismo diciendo que: "sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas...".

La palabra persona proviene del verbo latino sano, as, are, aui, atum, y del prefijo per, que significan sonar fuertemente. En el teatro antiguo se llamaba persona a la máscara utilizada por los actores para representar sus papeles, por lo que posteriormente pasó a usarse este término aplicado al ser humano toda vez que éste representa un papel en la vida.

En forma general, persona-según señala. Eduardo García Maynes es: "Todo ente capaz de tener facultades y derechos".⁷⁵

Ahora bien, este es el concepto jurídico general de persona, pero debe señalarse que existen dos clases distintas de personas para el derecho, a saber:

- a) Personas físicas o jurídicas individuales
- b) Personas morales o jurídicas colectivas

La primera de ellas puede conceptuarse como: "La expresión unitaria y sintética de los derechos y deberes de un hombre".⁷⁶

⁷⁴ Artículo 349 Ley General

⁷⁵ García Maynes, Eduardo. Introducción al estudio del derecho 16ª ed, México 1969. editorial Porrúa, S.A. p. 271.

⁷⁶ Enciclopedia Jurídica ONEBA, t. XXII, Argentina, 1964, Edit. Bibliográfica Argentina, S.R.L. p. 99

O para decirlo a la manera de Recasén Siches:
 "Consiste en el conjunto de deberes jurídicos y de derechos subjetivos atribuidos a imputados a un determinado sujeto humano; es el sujeto conceptual que funciona como común término ideal de referencia o de imputación de todos los actos que forman los contenidos de esos deberes jurídicos y de esos derechos subjetivos".⁷⁷

Así, la persona física no es otra cosa que el hombre individualmente considerado, al ser humano por el hecho de serlo, de existir.

Conceptuar a la persona moral no es tan sencilla, toda vez que el término moral no hace referencia a un ente físico, si no aun ser creado por la unión de varias personas físicas, las cuales tienen, como presupuesto básico una misma finalidad.

c) CAPACIDAD

Es importante señalar que solo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas... el artículo en estudio continúa diciendo... que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica...

La capacidad, para el maestro Eduardo Pallares, es "La condición jurídica de una persona por virtud de la cual puede ejercitar sus derechos, contraer obligaciones, celebrar contratos y realizar actos jurídicos en general. También significa la aptitud o idoneidad que se requiere para ejercer una profesión, oficio, empleo o cargo público".⁷⁸

A su vez, García Maynes dice de ella: "La capacidad suele ser definida como aptitud que una persona tiene que ejercitar los derechos y obligaciones".⁷⁹

Los conceptos antes mencionados conducen a distinguir entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

⁷⁷ Recasén Siches, Luis. Introducción al estudio del derecho. 5ª ed; Editorial Porrúa, S.A., México 1979.

⁷⁸ Pallares, Eduardo. Diccionario de derecho procesal civil. 10ª ed. México, 1980. Edit. Porrúa, S.A. p. 180.

⁷⁹ García Maynes, Eduardo. ob. cit. p. 412.

La capacidad de goce consiste en la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones.

La capacidad de ejercicio consiste, precisamente en la facultad de ejercitar, por sí mismo, los derechos y obligaciones de los que se es titular.

d) DERECHOS

A).- Constitución del fideicomiso sin señalar fideicomisario.

El artículo 347 de la L.G.T.O.C. establece que: "El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado.

B).- Designación de varios fideicomisarios.

El segundo párrafo del artículo 348 de la L.G.T.O.C. "El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultáneamente o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 359".

C).- Designación de varios fiduciarios.

El artículo 350 de la L.G.T.O.C. prescribe: "El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse...".⁶⁰

D).- Supervisión del fideicomiso.

Este es uno de los derechos que el fideicomitente puede reservarse al constituirse el fideicomiso. Y no obstante que no se haga mención expresa, puede ejercitarlo si en el acto constitutivo del fideicomiso se reserva el derecho de requerir cuentas, puesto que ambos derechos se encuentran íntimamente relacionados.

⁶⁰ Artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

E).- Requerimientos de cuentas.

Otro de los derechos que se puede reservarse el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones que él se hagan, consiste en la facultad del fideicomitente de solicitar del fiduciario le dé cuentas de su gestión.

F).- Remoción del fiduciario.

La Ley Bancaria en vigor dispone que si al ser requerida para ello, la institución fiduciaria no rinde las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días; o si es declarada por sentencia ejecutoria, culpable de las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes dados en fideicomiso, o responsable de tales pérdidas o menoscabos por negligencia grave, procederá su remoción.

G).- Transmisión de derechos.

Toda vez que las leyes en vigor no determinan en una disposición específica, si el fideicomitente puede transmitir los derechos que se haya reservado al constituir el fideicomiso, deberá estar a lo dispuesto por el CCDF, que en su artículo 2030 establece "el acreedor puede ceder su derecho a un tercero sin el consentimiento del deudor, a menos que la cesión este prohibida por la Ley, se haya convenido en no hacerla o no permita la naturaleza del derecho".

e) OBLIGACIONES

A).- El pago de honorarios y gastos al fiduciario.

El fideicomitente está obligado a pagar al fiduciario los honorarios que se hayan pactado a la fecha de la constitución del fideicomiso o en las posteriores reformas al mismo, así como a reembolsarle los gastos que éste hubiera erogado por cuenta de aquél.

Esta obligación, conforme al artículo 137 de la ley Bancaria, no sólo puede corresponder al fideicomitente, sino a sus causahabientes o al fideicomisario, en su caso, y de no ser cumplida, faculta al fiduciario para renunciar al desempeño de su cargo.

B).- Saneamiento para el caso de evicción.

Obligación que surge para el fideicomitente, toda vez que el fideicomiso implica traslación de dominio de bienes. Es necesario distinguir, no obstante, dos situaciones:

1.- Si el fideicomiso es Oneroso.

Caso en el que el fideicomitente adquiere siempre la obligación de responder del saneamiento.

2.- Si el fideicomiso es gratuito.

Caso en que el fideicomitente sólo responderá del saneamiento si expresamente se hubiera obligado a prestarlo.

C).- Colaboración.

Es innegable que el fideicomitente tiene la obligación de colaborar con el fiduciario para el cumplimiento de aquellos fines que así lo requieran, especialmente si tales fines no pueden ser alcanzados sin la ayuda del fideicomitente.

2. FIDUCIARIO

a) CONCEPTO

Dice de Pina que: "Es la persona encargada por el fideicomitente de realizar el fin del fideicomiso".⁶¹

Cervantes Ahumada, por su parte, lo define como "La persona a quien se encomienda la realización del fin establecido en el acta constitutiva del fideicomiso y se atribuye la titularidad de los bienes fideicomitados"⁶²

Juan Escriche dice que es "La persona en cuya propiedad y buena fe se confía que hará lo que se le manda o encarga".⁶³

A la vez, el maestro Acosta Romero señala que el fiduciario "Es la institución de crédito que tiene concesión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para actuar como tal".⁶⁴

A) Requisitos para su ejercicio.

Con lo estipulado por el artículo 350 de la L.G.T.O.C.,⁶⁵ sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello, conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito".

La mencionada Ley en su artículo 2° establece: Para dedicarse al ejercicio de la banca y del Crédito se requiere concesión del Gobierno Federal, que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros y la del Banco de México, S.A.

B) Designación:

La designación del fiduciario es hecha por el fideicomitente al constituir el fideicomiso o en las reformas posteriores al mismo, no obstante, de acuerdo con lo señalado por el artículo 350 de la L.G.T.O.C:

⁶¹ Pina Rafael de ob. cit. p. 220

⁶² Cervantes Ahumada, Raúl. ob. cit. p. 292

⁶³ Escriche, Joaquín. ob. cit. 703

⁶⁴ Acosta Romero, Miguel. ob. cit. p. 337

"En caso de que al constituirse el fideicomiso no designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario; o, en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que se estuviesen ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la ley". "

C) Derechos del fiduciario:

Facultad de administrar: Toda vez que la administración de bienes se compone de un variado número de actos, se analizarán en forma breve algunas de las más importantes del fiduciario.

D) Honorarios

Las leyes especiales no prevén específicamente el derecho del fiduciario a percibir emolumentos por su actuación, no obstante este derecho, se infiere del análisis del artículo 137 de la L.G.I.C.O.A, que establece como causa grave para que la institución fiduciaria renuncie al desempeño de su cargo, el que el fideicomitente, sus causa-habientes o el fideicomisario, en su caso, se nieguen a pagar las compensaciones a favor de la institución fiduciaria.

E) Pleitos y Cobranzas:

No obstante que las leyes especiales no contienen ninguna norma al respecto, se piensa que el fiduciario tiene facultad de decir todas las acciones que se deriven del desempeño de su cargo relacionadas con el patrimonio fideicomitado puesto que de otra manera y al no defender tal patrimonio, en caso del conflicto se faltaría al cumplimiento de su obligación de actuar como un buen padre de familia.

F) Obligaciones del Fideicomiso.

Aceptación del fideicomiso: "El artículo 356 de la L.G.T.O.C. señala que el fiduciario está obligado a aceptar el fideicomiso, y que no puede excusarse o renunciar a su cargo, sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio". "

" Artículo 350 de La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

" Idem Artículo 356.

Cumplir fielmente las instrucciones: La obligación primordial del fiduciario consiste, conforme a lo estipulado en el artículo 356 de la L.G.T.O.C. en cumplir el fideicomiso conforme al acto constitutivo.

Acatar las ordenes del comité técnico: Al constituirse el fideicomiso, o en las reformas al mismo, el fideicomitente puede prever la formación de un comité técnico o de distribución de fondos, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades.

El fiduciario tiene la obligación de cumplir fielmente las instrucciones que reciba de tal comité, en la medida de las facultades que el mismo posea; la fracción IV del artículo 45 de la Ley Bancaria establece que cuando la institución fiduciaria obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad.

Conservación del patrimonio: "El artículo 356 de la L.G.T.O.C dispone que la institución fiduciaria será responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa. De otra manera, la ley impone al fiduciario la obligación de vigilar que los bienes dados en fideicomiso no sufran daño o menoscabo. Si tales bienes se pierden, destruyen o disminuyen su valor, no queda sujeto el fiduciario a la responsabilidad, salvo que haya existido negligencia de la institución de crédito en el cumplimiento de su obligación".⁴⁷

G) Secreto Profesional

La fracción X del artículo 145 de la LGICOA establece que:

Con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria, la violación del secreto propio de nuestra clase de operaciones, incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que no son aquellos entablados por el fideicomitente o fideicomisario comité o mandante contra la institución o viceversa, constituye a ésta responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes.

⁴⁷ Artículo 356 de la Ley Federal de Títulos y Operaciones de Crédito.

H) Estados mensuales y balance general.

Todas las instituciones de crédito tienen obligación de publicar el estado mensual de sus operaciones y su balance general anual, según el modelo establecido por la Comisión Nacional Bancaria, dentro del mes y de los sesenta días siguiente a su fecha, respectivamente.

3. FIDEICOMISARIO

a) CONCEPTO

Fideicomisario, según Rafael de Pina, "es la persona física o moral que recibe el beneficio derivado de un fideicomiso". "

Para Miguel Acosta: "Fideicomisario, es la persona que recibe el beneficio (no siempre existe), del fideicomiso, o la que reciben los remanentes una vez cumplida la finalidad". "

Conforme a lo señalado en el artículo 348 de la L.G.T.O.C, pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fiduciario implica.

b) CAPACIDAD

Con respecto a la capacidad del fideicomisario, también es válida la distinción hecha entre la capacidad de goce y capacidad de ejercicio, así como los conceptos que respecto a cada una de ellas se señalaron. No obstante, en el caso en estudio debe hacerse algunas observaciones a saber:

Se puede señalar que para adquirir un bien, ya sea este mueble o inmueble, es necesario contar con la capacidad de goce-aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, pero es posible contar además con capacidad de ejercicio, requisito que no obstante no es indispensable, por ser factible para el beneficiario adquirir la titularidad o propiedad de bienes por medio de un representante legal. En este último sentido se encuentra lo prescrito por el segundo párrafo del artículo 355 de la LGTOC, que señala que cuando el fideicomisario sea incapaz, los derechos a que se refiere el primer párrafo del mismo artículo, corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al ministerio público, según sea el caso.

Respecto a la capacidad es pertinente mencionar algunas de las excepciones a la misma que imposibilitan a determinada persona o sector de personas para ser fideicomisarias y por ende, para aprovechar el beneficio del fideicomiso.

Extranjeros. Los extranjeros no pueden ser fideicomisarios en un fideicomiso que recaiga sobre acciones de

" Pina Rafael De. ob. cit. p. 219

" Acosta Romero, Miguel. ob. cit. p. 337

una empresa concesionaria de un servicio público de transporte, de una estación de radio o de un canal de televisión, puesto que la ley prohíbe ser titular de esas acciones.

Por falta de reciprocidad internacional, son incapaces de heredar por testamento o por intestado, a los habitantes del Distrito Federal, los extranjeros que, según las leyes de su país, no pueden testar o dejar por intestado sus bienes a favor de los mexicanos.

c) DERECHOS DE FIDEICOMISARIO

A) Cumplimiento del fideicomiso

Esencialmente y conforme a lo estipulado por el artículo 355 de la LGTOC, el fideicomisario tendrá el derecho de exigir a la institución fiduciaria el cumplimiento del fideicomiso.

B) Reivindicación de los bienes.

Conforme al artículo 355 de la LGTOC, podrá el fideicomisario reivindicar los bienes que a consecuencia de actos que la institución fiduciaria haya cometido en su perjuicio, de mala fe o en exceso de sus facultades, hayan salido del patrimonio fideicomitido; debe entenderse que, conforme al artículo 4º del CPCDF. La reivindicación compete a quien está en posesión de la cosa, de la cual tiene la propiedad, y su efecto será declarar que el actor tiene dominio sobre ella y se la entregue el demandado con sus frutos y accesorios en los términos prescritos por el Código Civil.

C) Derecho a modificar el fideicomiso.

Si el fideicomiso se constituyó como irrevocable por el fideicomitente, podrá el fideicomisario efectuar las modificaciones que estime pertinentes, excepción hecha de aquellos fideicomisos en los cuales en forma expresa se hubiere asentado prohibición en tal sentido o cuando las modificaciones pudieran atentar contra fines para los cuales el fideicomiso se constituyó.

D) Transmisión de derechos

No obstante no haber regulación específica al respecto, se estima que es válida tal transmisión siempre y cuando no exista en el fideicomiso prohibición expresa sobre el particular o bien, que tal transmisión esté prohibida por la ley.

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

79

E) Requerimiento de cuentas

Conforme a lo estipulado por el artículo 138 de la LOICOA, la institución fiduciaria, al ser requerida para ello deberá rendir las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días.

d) OBLIGACIONES

La obligación principal del fideicomiso es pagar los honorarios de la institución fiduciaria, así como los gastos que la misma hubiere erogado, y todos los impuestos y derechos que se pudieran generar por la ejecución de fideicomiso.

4. COMITE TECNICO

De acuerdo con lo estipulado en el último párrafo de la fracción IV del artículo 45 de la LGICOA en el acto constitutivo de fideicomiso, o en sus reformas, que requerirán el consentimiento del fideicomisario, si lo hubiese, podrán los fideicomitentes prever la formación de un comité técnico o de distribución de fondos, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades, y además la institución fiduciaria deberá obrar de acuerdo con las indicaciones de este comité, en cuyo caso quedará libre de toda responsabilidad.

El fideicomitente—señala Krieger— "aún confiado de los actos de ejecución a una institución fiduciaria, atribuir a un comité integrado por personas de su confianza, la facultad de tomar decisiones fundamentales, especialmente en aspectos técnicos o de distribución de fondos fideicomitados. Sin embargo el nombre que la ley da al comité no es limitativo de sus funciones, pues estas pueden ser tan amplias como el fideicomitente lo desee, según el texto expreso de la ley, que faculta al fideicomitente para fijar las facultades del comité".^{oo}

Aún cuando no existe límite en la cantidad de personas que deben integrar el comité, es sin embargo aconsejable que su número no sea grande, toda vez que esto podría perjudicar en lugar de beneficiar su funcionamiento.

Por no prohibir la ley que el fideicomitente nombre sustitutos para aquellos miembros del comité técnico que por cualquier razón dejen de cumplir con su encargo, es deseable que desde el momento de su constitución se haga el señalamiento de las personas que deberán ocupar el puesto de los que por alguna razón no desempeñen sus funciones.

Es importante para un buen funcionamiento del comité que el acto de su creación el fideicomitente deje perfectamente establecidas las reglas de su actuación, señalando la frecuencia con que el comité sesionará, la manera en que se tomarán las decisiones, la forma en que estas deben comunicarse al fiduciario, los honorarios que puedan a llegar a percibir los miembros del Comité, etcétera.

^{oo} Krieger, Emilio. Manual del fideicomiso mexicano. México, 1976 Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A., p. 40.

Por último, si bien es cierto que en tanto el fiduciario cumpla las instrucciones del comité técnico dejará de tener responsabilidades, esto no es aplicable en aquellos casos en que tales instrucciones induzcan al fiduciario a ejecutar actos ilícitos, o bien cuando tales instrucciones sean claramente contrarias a los fines del fideicomiso, Puesto que en ambos casos, y en otros similares, el fiduciario podrá oponerse a cumplir las instrucciones recibidas, y solicitar de la autoridad judicial competente que lo libere de toda responsabilidad.

CAPITULO IV.

**EL FIDEICOMISO COMO UNICA
FIGURA JURIDICA PARA GOEAR DE
INMUEBLES POR EXTRANJEROS
EN SONA PROHIBIDA.**

1. LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACION INMOBILIARIA.

La Ley de Inversiones Extranjeras en vigor desde 1973, cuyo objeto es promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera, considera como inversión extranjera la que lleven a cabo:

- I.- Personas morales extranjeras.
- II.- Personas físicas extranjeras.
- III.- Unidades económicas extranjeras sin personalidad jurídica.
- IV.- Empresas mexicanas en las que participe mayoritariamente capital extranjero o en las que los extranjeros tengan por cualquier título, la facultad de determinar el manejo de la empresa.

Entendiéndose por inversión extranjera la afluencia de capitales del exterior con objeto de establecer negocios que permitan a los inversionistas participar en su administración y en los beneficios que estos generen.

Para determinar la conveniencia de autorizar la inversión extranjera y fijar los porcentajes y condiciones conforme a los cuales se debe regir, la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (CNIE) deberá tomar en cuenta las características de inversión y seguir ciertos criterios a saber:

- a) Que sea complementaria de la nacionalidad.
- b) Que no desplace a empresas nacionales que estén operando satisfactoriamente.
- c) Deben considerarse lo efectos positivos sobre la balanza de pagos, especialmente incremento de las exportaciones.
- d) Igualmente deben considerarse sus efectos sobre el empleo entendiendo al nivel de ocupación que genere y remuneración de mano de obra.
- e) Se tendrá en cuenta la ocupación y capacidad de técnicos y personal administrativo de nacionalidad mexicana.
- f) Asimismo la incorporación de insumos y componentes nacionales en la elaboración de sus productos.

g) Asimismo la medida en que se financien sus operaciones con recursos del exterior.

h) La diversificación de fuentes de inversión y la necesidad de impulsar la integración regional y el área metropolitana.

i) Se procurará preservar los valores sociales y culturales del país.

j) Finalmente se tendrá en cuenta la identificación del inversionista extranjero con los intereses del país y sus centros de decisión económica del exterior.

CERTIFICADOS DE PARTICIPACION INMOBILIARIA.

Intervienen para tal operación:

La fideicomitente, que es para la persona física o 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 del inmueble, que siempre debe de ser un mexicano o empresa mexicana, y una institución fiduciaria.

La fiduciaria, que es una institución de crédito, pública o privada, debidamente autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para actuar como fiduciaria y que es quien recibe el bien o derechos del fideicomitente y es quien recibe el bien o derechos del fideicomitente y es quien se encarga de que se cumpla el fin lícito.

La fideicomisaria, que es la persona que recibe el provecho de esta relación jurídica, es decir, es la última persona de la relación que mediante una contraprestación recibe los beneficios perseguidos con la creación de esta figura contractual; es conveniente recalcar que el fideicomisario tendrá beneficio durante el término legal, el cual nunca se podrá ser mayor de treinta años y al concluir éste el fiduciario tendrá la obligación de transferir 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.

Para poder celebrar un contrato de fideicomiso sobre inmuebles ubicados dentro de la zona prohibida, es necesario primeramente que la institución de Crédito pueda adquirir inmuebles en esa zona y en segundo lugar que obtenga el permiso previo de la Secretaría de Relaciones Exteriores para proceder a la celebración del contrato, o constituirlo

condicionado a la obtención del mismo, salvedad que han venido practicando los notarios públicos.

El citado acuerdo presidencial de 1971 fue el primero que calificó el fideicomiso como el único procedimiento lícito, puesto que se apegó a las normas constitucionales y permite a los extranjeros gozar del uso y del aprovechamiento del inmueble ubicado en la zona prohibida y durante un plazo máximo de treinta años, y considera como procedimientos ilícitos a los anteriores a la publicación del acuerdo.

Las autoridades gubernamentales tuvieron como propósito no solamente constituir nuevos fideicomisos si no que en esta figura fuese el medio de regularizar a los anteriores.

Ahora bien, la Ley de Inversiones Extranjeras establece la posibilidad de que con base en el fideicomiso, la fiduciaria emita certificados de participación inmobiliarios nominativos y no amortizables.

Estos certificados representaron los derechos consignados en los incisos a) y e) del artículo 228-A y del artículo 228-E de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sin que confieran derechos a ninguna parte alícuota de la propiedad sobre los inmuebles fideicomitados, es decir, se les incorporan los derechos de aprovechamiento y uso del inmueble obtenga el fiduciario, así como el derecho al producto neto que resulte de la que haga la institución fiduciaria.

Los certificados de participación inmobiliarios se inspiraron en los Trust Certificates o Participating Certificates emitidos por el Trusts de inversión surgidos en Inglaterra a mediados del siglo XIX y que con posterioridad pasaron a los Estados Unidos de América. Mediante estos certificados se integran pequeños capitales que reciben en fideicomiso las compañías de inversión, quienes invierten esos capitales en diversos valores bursátiles para poder pagar a los titulares de los certificados la proporción que corresponda de los productos que se tengan y al finalizar el fideicomiso reembolsables las cantidades que hubieran aportado.

Con las características especiales que el legislador mexicano concedió a los certificados de participación inmobiliarios al conferirles el derecho no solamente a una parte de los valores bursátiles, si no el derecho a una parte alícuota del derecho de propiedad sobre los inmuebles o cualquier otra clase de bienes que pueden ser muebles o derechos, surge el problema de si dichos títulos de crédito incorporan un simple derecho de crédito o un derecho de naturaleza real sobre los bienes inmuebles dados en fideicomiso.

En cuanto a este problema, nosotros opinamos que para la emisión de estos certificados debe constituirse un fideicomiso irrevocable traslativo de dominio de los bienes, que faculte al fiduciario para que en ejecución del mismo y mediante una declaración unilateral de voluntad, emita los certificados que son títulos de crédito y como tales independientes de la causa que los ha originado, es decir, el propietario de los bienes es la fiduciaria emisora. Dichos certificados no confieren a sus tenedores acción o derecho real alguno, cualquier acción real debe ser ejercitada por el fiduciario en defensa de los intereses de los tenedores y también en defensa del patrimonio fideicomitado, así como la mal llamada acción reivindicatoria es para el efecto de que el bien reingreso al patrimonio fideicomitado, y pueda decidir la asamblea de tenedores el destino que se le habrá de dar al bien que ha sido restituido.

Los certificados de participación a que se alude el artículo 228-A de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito representan lo siguiente:

a) El derecho a una parte alicuota de los frutos o rendimientos de los valores, derechos o bienes de cualquier clase que tenga en fideicomiso irrevocable para ese propósito la sociedad fiduciaria, que los emita.

b) El derecho a una parte del derecho de propiedad de la titularidad de esos bienes, derechos o valores.

Lo que representan en este caso es el derecho a una parte alicuota del derecho de propiedad pero no la propiedad de los bienes, derechos o valores. El derecho a que se alude en este inciso b) de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito añade a la posición del fideicomisario acreedor la de destinatario de una parte de los bienes pero sólo al extinguirse el fideicomiso. Este derecho no es real, el derecho de propiedad corresponde al fiduciario; el certificado representa el derecho de exigir cosa cierta sujeta a plazo o condición.

Cuando el fideicomiso se extingue tampoco los tenedores de los certificados tienen un derecho real; la sociedad emisora procederá a hacer la adjudicación y venta de los bienes fideicomitados a la persona legalmente capacitada para adquirirlos y la distribución, entre los tenedores, del producto neto de la misma en los términos del artículo 228-A.

**2. ANALISIS DE LA FRACCION I
DEL ARTICULO
27 CONSTITUCIONAL ANTE EL
CONTRATO DE FIDEICOMISO.**

La fracción I del artículo 27 Constitucional establece textualmente en su último párrafo :

"En una faja de cien kilómetros 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".²¹

Atento a esta prohibición, el legislador se preocupó por elaborar sistemas jurídicos que permitieran a los extranjeros disfrutar de los derechos derivados de la propiedad pero preservando la prohibición constitucional y es así como nació el uso del fideicomiso.

El antecedente inmediato de la Ley de Inversiones Extranjeras en cuanto al fideicomiso, se encuentra en el acuerdo presidencial de 1971 dictado por el entonces presidente de la República Mexicana, Licenciado Luis Echeverría Álvarez, que autorizaba a la Secretaría de Relaciones y Exteriores para resolver en cada caso sobre la conveniencia de conceder a las instituciones nacionales de crédito el permiso de adquirir como fiduciarios el dominio de bienes e inmuebles destinados a la realización de actividades industriales o turísticas ubicados en zona restringida, aunque con antelación a este acuerdo ya se habían dictado otros dos sobre la materia por los presidentes General Lazaro Cardenas (22 de Noviembre de 1937) y Don Manuel Avila Camacho (6 de Agosto de 1941), acuerdos no menos importantes que el primero.

Motivo de inquietud es la Constitucionalidad de los fideicomisos instituidos en favor de extranjeros sobre inmuebles ubicados dentro de las zonas de protección de las fronteras y costas.

El último párrafo de la fracción I del artículo 27 Constitucional no se incluía en el proyecto de la Constitución de 1917, sino que sólo se prevenía que el Estado podría conceder a los extranjeros el derecho de adquirir tierras, aguas y acciones cuando manifestaran a la Secretaría de Relaciones que renunciaban a su calidad de tales y a la protección de sus gobiernos, en todo a lo que los bienes relativos se refiera,

²¹ Fracción I del Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

quedando enteramente sujetos respecto a ellos, a las Leyes y autoridades de la nación, sin embargo el constituyente coincidió totalmente en la necesidad de establecer una base de defensa para impedir que las naciones extranjeras intervinieran para proteger los bienes de sus súbditos en la República, así finalmente después de diversos estudios se optó por la fórmula adoptada que incluye la prohibición para los extranjeros de adquirir tierras y aguas en las cercanías de las fronteras y las costas.

Sin embargo no parece que se pueda sostener que la prohibición se extiende a impedir a los extranjeros que usen y disfruten inmuebles en zonas cercanas a las fronteras y a las costas bajo títulos jurídicos distintos de la propiedad puesto que la fracción I del artículo 27 limita su prohibición al dominio directo. Así, mediante el fideicomiso, el extranjero puede tener los derechos de goce y disfrute sin contravenir la disposición Constitucional.

La naturaleza jurídica de los derechos del fideicomisario difiere fundamentalmente de los derechos del propietario; éste tiene un derecho real en tanto que los derechos del fideicomisario requieren del concurso del fiduciario para su ejercicio.

Las diversas fracciones del artículo 27 Constitucional que reglamentan la capacidad para adquirir tierras y aguas, distinguen en forma expresa cuando sus limitaciones se refieren su propiedad o dominio directo (equivalente) y cuando se extiende a la posesión; por ende al aludir sólo al dominio directo la prohibición del párrafo final de la fracción I autoriza contrario sensu que los extranjeros puedan adquirir otras clases de derechos sobre las tierras y aguas inmediatas a las fronteras y a las costas.

Luego entonces hay suficiente para estimar que la prohibición del párrafo final de la fracción I del artículo 27 es aplicable únicamente a la propiedad, pero no a otras clases de derechos sobre inmuebles.

Ahora bien, la adopción del fideicomiso en nuestra legislación, sobre todo en la práctica bancaria, ha hecho surgir el problema de la constitucionalidad de fideicomisos en favor de extranjeros respecto de inmuebles ubicados en zonas prohibidas, esto es, fideicomisos mediante los cuales una institución fiduciaria reciba con tal carácter un inmueble de esa ubicación en favor de un extranjero que pueda usar y disponer de él conforme a las disposiciones del acto constitutivo.

El Licenciado Juan Landerreche Obregón, en un estudio publicado en la revista *Ius*, señala que este problema

reviste dos aspectos: El primero relativo a la validez del fideicomiso mismo en atención a la fracción I del artículo 27 y segundo a la capacidad de las instituciones fiduciarias para recibir en general inmuebles en fideicomiso dados en los términos de la fracción V del mismo artículo 27 que por su parte dispone:

"Los Bancos debidamente autorizados conforme a leyes de instituciones de crédito, podrán tener capitales impuestos, sobre propiedades urbanas y rústicas de acuerdo con las prescripciones, de dichas leyes, pero no podrán tener en propiedad o en administración más bienes raíces que los enteramente necesarios para su objeto directo".

Para los efectos del examen del primer problema, sigue diciendo Landerreche Obregón, se distinguen dos corrientes en la teoría del fideicomiso: La primera, sustentada por Lepaulle en el sentido de que los bienes fideicomitados no pertenecen al fideicomitente que se desprende del dominio de ellos, ni al fideicomisario que sólo tiene el derecho de exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso y los beneficios de éste; tampoco pertenecen al fiduciario, quien no adquiere los derechos y acciones relativos a esos bienes dentro de su patrimonio, ni puede usar ni disfrutar de ellos para sí. En estas condiciones, los bienes forman un patrimonio de afectación autónomo y sin propietario personal.

Conforme a la segunda corriente de teorías fiduciarias derivadas de la tradición del trust anglosajón, el fiduciario es dueño del patrimonio, pero dueño fiduciario lo que quiere decir que es dueño en función del fin que debe cumplir.

Estas dos teorías tienen en común que ambos coinciden en que los derechos del fiduciario sobre los bienes fideicomitados no son derechos a un patrimonio propio, sino que posee esos bienes con un destino específico para fines determinados que lo concluyen de un proyecto personal.

Si nos referimos concretamente a la capacidad constitucional de las instituciones fiduciarias para recibir inmuebles en fideicomisos en general o en zonas prohibidas, se pueden aducir en 1917, época en que se redactó la Carta Magna, el fideicomiso era desconocido en el derecho mexicano, de tal manera que las disposiciones del artículo 27 no pueden considerarse aplicables a este problema.

Por lo que corresponde a la fracción V del artículo 27 que prohíbe no solo la adquisición en propiedad sino aún la administración por los bancos de inmuebles no necesarios para su objeto directo, habría que saber si en caso de que ya hubiere existido en aquel tiempo la figura del

fideicomiso, los habría autorizado y de resolverse afirmativamente la cuestión, si serían posibles los fideicomisos en favor de extranjeros.

El fondo del problema estriba en saber si la adquisición de inmuebles en fideicomiso por instituciones fiduciarias puede ser factor de amortización de la propiedad raíz y quedar así prohibido constitucionalmente.

Económicamente hablando la amortización implica la concentración de la propiedad en manos de corporaciones que la substraen del comercio en forma perpetua o indefinida; luego entonces cuando los bancos fiduciarios concentran la propiedad raíz no pueden considerarse amortizada, puesto que si siempre actúan por cuenta de terrenos, de modo que cada fideicomiso constituye un negocio distinto y por tanto, aunque los bienes los maneje una sola institución, el fiduciario no lo hace en beneficio de un mismo interés.

De acuerdo con lo anterior se puede concluir que no existe base para extender la prohibición que se refiere a la fracción V del artículo 27 Constitucional a la adquisición en fideicomiso de inmuebles por parte de bancos autorizados para operar como fiduciarios.

Otro aspecto de interés no menos importante en cuanto al tema de que se trata es el de los procedimientos para adquirir inmuebles ubicados en zona prohibida que utilizaban los extranjeros.

Anterior al decreto presidencial en 1971 a la Ley de Inversiones Extranjeras, y como consecuencia de las restricciones que impone el artículo 27, fracción I de la Constitución Federal, la Ley Orgánica del propio artículo y fracción y su reglamento, así como los demás preceptos derecho positivos mexicanos, el extranjero, con el deseo de llevar a cabo algún negocio lucrativo o algún otro fin, se había venido auxiliando diversos procedimientos cuya validez jurídica resultaba dudosa.

Estos diferentes subterfugios eran los siguientes:

Los inversionistas extranjeros habían venido utilizando esos subterfugios para poder llevar a cabo fuertes inversiones de infraestructura turística o para la adquisición de bienes inmuebles ubicados dentro de la zona prohibida y principalmente para construir casas habitación.

Las causas determinantes de esta anómala situación fueron la belleza de nuestros litorales y la política que se

había seguido durante los años treinta y siguientes.

En esta época cualquier inversión de tal clase buscaba únicamente la explotación del negocio con un beneficio lucrativo, para ello se simulaban actos legales a fin de que la Secretaría de Relaciones les otorgara el permiso respectivo. Los multitudinarios subterfugios eran:

a) El primero, posiblemente el más sencillo, consistía en la adquisición del dominio de tierras por interpósita persona, es decir, la actuación de una persona capaz jurídicamente de adquirir ese dominio, ya fuera de que se tratara de una persona física mexicana o una persona moral mexicana con cláusula de exclusión de extranjeros.

El primer sistema se llevaba a cabo con una persona física a la que le llamaba vulgarmente "prestanombre", este procedimiento es ilícito por dondequiera que se analice; se encuentra previsto y penado por el artículo 7o. del decreto de 29 de junio de 1944 que a la letra dice:

"Cuando la infracción a las disposiciones del presente ordenamiento se verifique mediante falsas declaraciones, ocultación de carácter de extranjero o por interpósita persona se impondrá a los que resulten responsables la pena de seis meses a tres años de prisión y multa hasta de \$10,00.00."

El segundo sistema consistía en la formación de una sociedad mexicana con cláusulas de admisión de extranjeros y entrañaba igualmente la actuación de interpósita persona que en este caso era una sociedad.

b) El segundo procedimiento consistía en la formación de dos sociedades, una con una cláusula de exclusión de extranjeros y la otra con cláusula de admisión, la primera estaba capacitada para adquirir bienes inmuebles dentro de la zona prohibida, la segunda era incapaz de ser propietaria de los mismos bienes pero jurídicamente capaz para adquirir acciones de la primera. En consecuencia la fórmula permitía al extranjero controlar los inmuebles prohibidos y por lo tanto era violatoria del espíritu de la Constitución. La Secretaría de Relaciones Exteriores en ocasiones ha permitido la constitución de ese apartado social a sabiendas de los fines buscados y del capital que participaba; esta práctica ha sido abolida por la nueva ley de inversiones, la cual tipifica en su artículo 31 su ilegalidad; por otra parte la Secretaría de Relaciones Exteriores ya no permite por ninguna causa este procedimiento, y niega de ante mano la expedición de permisos respectivos; por su parte, el

espíritu del reglamento de Registro Nacional de Inversiones fue exigir que cualquier título representativo de capital sea nominativo puntualmente para evitar aquel supuesto.”

c) El tercer procedimiento ilícito operaba mediante arrendamiento sucesivos a extranjeros; su uso implicaba un negocio jurídico indirecto mediante el cual el supuesto arrendador le entregaba al arrendatario extranjero el bien inmueble, cuya adquisición estaba prohibida y le renovaba dicho arrendamiento por periodos que nuestro Código Civil desautoriza.

Esta mecánica también era ilícita pues el artículo 49 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización considera como enajenación todo arrendamiento del inmuebles cuando el término del contrato excede de diez años. Se ha intentado evitar la infracción mediante contratos de nueve años once meses, renovables por el mismo tiempo. lo cual implicaría un acto jurídico reconocido por nuestro derecho positivo, pero considerando como la simulación y ocultación de un negocio que resulta de fondo entre las partes violatorio por constituir un fraude a la Ley.

Otro medio de violación a lo que prohíbe la fracción I del artículo 27 Constitucional consiste en la contratación de usufructos vitalicios a favor de extranjeros sobre inmuebles ubicados en las fajas prohibidas.

El usufructo es en los términos del artículo 980 del Código Civil para el Distrito Federal un derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos, además los artículos 982 y 986 del mismo ordenamiento establecen:

1.- Es usufructo puede constituirse a favor de una o varias personas sucesivamente.

2.- Es vitalicio el usufructo si en el título constitutivo no se expresa lo contrario.

El usufructo es un derecho real sobre inmuebles, por lo tanto es cosa inmueble. La Constitución prohíbe a los extranjeros el dominio de inmuebles dentro de las fajas citadas y jurídicamente el usufructuario puede ejercitar todas las acciones y excepciones reales, personales o posesorias, por lo cual de hecho goza de todos los atributos del dominio.

²² Ramos Garza, Oscar. México ante la Inversión Extranjera. 3a. ed: 1974, p. 260.

De este modo el extranjero ejercía dominio de inmuebles por que su usufructo le conceda derechos reales que conforme a la ley resultan inmuebles y además son de tal naturaleza que de hecho le permitían un ejercicio en forma de dominio.

El artículo I, inciso c) del decreto de junio de 1944 obligaba al extranjero a obtener permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para adquirir bienes inmuebles y el usufructo en los términos antes expuestos del bien inmueble, por lo tanto debe de solicitar el mencionado permiso; pero como hemos apuntado no puede el extranjero adquirir derechos reales sobre inmuebles ubicados en la zona prohibida, por lo que de ninguna manera lograría el permiso y si lo hiciera estaría violando la prohibición constitucional; en resumen el extranjero no puede adquirir ni obtener usufructos sobre los inmuebles ubicados en la zona prohibida.

El último medio violatorio de precepto constitucional era creación de un club con venta de membresía para extranjeros. La membresía les daba derecho a usar y gozar de un inmueble, propiedad de club o de la empresa que se hubiera constituido, pagando una cuota inicial y otras periódicas. Este sistema también es un negocio indirecto que viola el espíritu de la constitución y constituye un fraude a la ley. En última instancia, opera como un arrendamiento a largo plazo, y esto como ya vimos, es ilícito en los términos del artículo 49 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización.

3. FIDICOMISO E INVERSION EXTRANJERA.

a) GARANTIAS Y VENTAJAS DEL FIDICOMISO EN LA LEY DE INVERSIONES EXTRANJERAS.

El fideicomiso constituido al amparo de la ley de Inversiones Extranjeras representa para el inversionista un instrumento adecuado para hacer sus inversiones dentro de un conjunto de garantías y ventajas como son:

I.- El fideicomiso es el único instrumento jurídico que permite a los inversionistas extranjeros realizar una transacción inmobiliaria en zona restringida conforme a la ley.

II.- El fideicomiso puede ser utilizado para fines unifamiliares (casas, habitación y condominios, operaciones hoteleras, centros turísticos, etcétera).

III.- El fideicomiso permite que se aplique en promoción de complejos turísticos, y otorga las garantías que emanan de su desarrollo.

IV.- El fideicomiso es irrevocable, pero en relación con el propietario original permite la disponibilidad de que se garantice el pago del precio pactado con el propio inmueble afectado fiduciariamente, cuando ese pago deba hacerse en forma diferida.

V. En el fideicomiso, el inversionista extranjero con calidad de fideicomisario tiene el derecho de recibir los beneficios que el mismo implique y que comprenderían los frutos y los productos que se obtengan incluyendo los que genere la venta del inmueble o sus derechos.

VI.- El fideicomisario puede ordenar al fiduciario que de en arrendamiento la propiedad por períodos que no excedan de diez años sin que esto implique la pérdida de derechos.

VII.- El fideicomisario, durante el período de vigencia del fideicomiso, puede ordenar el fiduciario la venta del inmueble o ceder sus derechos de fideicomisarios por el tiempo que aún le quede de vigencia al fideicomiso.

El fideicomiso, de acuerdo con su naturaleza convierte al fiduciario en propietario de la inversión extranjera que se excede del porcentaje autorizado para que el capital extranjero participe en determinada actividad.

b) TIPOS DE FIDEICOMISOS EN LA LEY DE INVERSIONES EXTRANJERAS.

Mediante sus diversas modalidades ofrece la LIE legalidad, estabilidad y seguridad jurídica a los inversionistas extranjeros, amén de que esas modalidades constituyen la única institución jurídica que da las soluciones más viables a los intereses que ocurren en la realización de sus fines; a reserva de explicar brevemente sus mecanismos, se enumeran como sigue:

Fideicomiso zona restringida, como su modalidad por medio del fideicomiso maestro; es importante en el desarrollo de centros o complejos.

Funcionamiento de fideicomiso maestros.

La práctica de estos fideicomisos ha puesto de manifiesto que el fideicomiso más adecuado es una persona moral porque aparte de detentar los derechos que le confiere su carácter de fideicomisario, es quien debe desarrollar y fraccionar la propiedad.

Asimismo vende y promueve, mediante instrucciones dadas al fiduciario, para que transmita la propiedad a personas físicas o jurídicas legalmente aptas para adquirirla o, cuando se trate de extranjeros, mediante la cesión de derechos de fideicomisario.

I.- LOS FIDEICOMISOS PARA PARQUES INDUSTRIALES E INDUSTRIAS MAQUILADORAS.

Igual trato se les ha dado a estos fideicomisarios que se han desarrollado en la franja fronteriza del norte del país con lo que se ha permitido el establecimiento de empresas industriales que, aparte de utilizar la mano de obra mexicana pueden utilizar y aprovechar mediante un sistema legal seguro, inmuebles dentro de la zona registrada.

Operatividad del fiduciario en los fideicomisos tocante a inversiones extranjeras y sus modalidades.

Generalmente en la constitución se establece un comité técnico cuyas facultades se dictan por operación en la escritura constitutiva, pero se pueden ser modificadas siempre y cuando se le obligue a ello al fiduciario.

Para empezar el financiamiento de una unidad sobre todo tratándose de unidades turísticas, se contrata los servicios de una compañía administradora que se encargara de la administración de la unidad turística; se hace la contratación

por medio de un contrato de operación en el que se fijan las bases de operación.

El fiduciario debe mantener la información total del funcionamiento del fideicomiso al día, por si el comité técnico la requiere.

Generalmente el fiduciario puede participar en el comité técnico con voz pero sin voto.

Asimismo para cualquier controversia puede el fiduciario otorgar poderes a favor de las personas que el propio comité técnico le indique y el apoderado debe rendir información al fiduciario sobre las funciones desempeñadas hasta treinta días después de su actuación.

II.- FIDEICOMISO DE TIEMPO COMPARTIDO.

El tiempo compartido en México ha venido a ser una innovación pero dada su poca antigüedad aun no existe reglamentación específica en nuestro sistema y por dicha razón su funcionamiento se hace de diversas figuras jurídicas como lo es el fideicomiso, sobre todo cuando se trata de bienes inmuebles con fines turísticos en zonas costeras por la gran atracción que esto representa.

Mediante el sistema de tiempo compartido las personas adquieren los derechos de uso, disfrute y aprovechamiento de suites, condominios, apartamentos o cabañas durante determinados días del año.

Funcionamiento: el tiempo compartido funciona mediante fideicomisos, de la siguiente forma:

Fideicomitente: el dueño del predio o finca.

Fiduciario: institución de crédito.

Fideicomisario : alguna inmobiliaria que es la que concede el uso y el aprovechamiento temporal de las unidades o departamentos.

El inmueble estará sujeto al régimen de tiempo compartido.

Deberán expedirse según el caso, certificados de participación inmobiliarios nominativos y no amortizables a las personas designadas por el fideicomisario original en representación a sus derechos.

Este fideicomiso también tiene una duración máxima

de 30 años.

Esta modalidad es una de las formas adecuadas para dar solución al problema de carencia de hospedaje en zonas turísticas, cuyo costo es muy elevado.

Resulta atractivo tanto para el mercado nacional como para el extranjero, ya que siempre garantiza al adquirente el derecho de disfrutar durante sus vacaciones sin tener que preocuparse por obtener hospedaje seguro.

Al igual que el fideicomiso maestro el tiempo compartido establece la posibilidad de que el inversionista extranjero participe en el desarrollo del conjunto turístico o aproveche los beneficios de la adquisición del uso o explotación fragmentaria del tiempo de un inmueble con estas características.

El tiempo compartido el fideicomisario principal puede conservar la totalidad de fideicomiso sólo otorgar el uso de la propiedad por un lapso que no sea superior al término del fideicomiso que concluirá con este y desde luego el fideicomisario tendrá el derecho de percibir el producto de la venta de la propiedad.

III.- FIDEICOMISOS DE MEXICANIZACION DE EMPRESAS.

Al entrar al vigor la LIE había actividades en las que predominaba la proporción de capital extranjero superior a los porcentajes que en dicho ordenamiento se fijaron para la participación de la inversión extranjera.

Su artículo 40. mencionaba las actividades reservadas en forma exclusiva a sociedades mexicanas con cláusulas de exclusión de extranjeros; y el artículo 50. de la misma indica los porcentajes de inversión extranjera que podrán admitir en ciertas actividades como la explotación y el aprovechamiento de substancias minerales, productos secundarios de la industria petroquímica, fabricación de componentes de vehículos automotores etcétera.

Aunque la ley de inversiones extranjeras tiene ya varios años de vigencia, actualmente en varias empresas se sigue teniendo una proporción de capital extranjero superior a los porcentajes establecidos por la Ley citada.

Para que la inversión extranjera en México guarde la proporción que la autorizan las disposiciones que regulan la materia debe transmitir parte del capital social en exceso a inversionistas mexicanos, teniendo cuidado de que caigan en manos de sociedades mexicanas con cláusula de admisión de extranjeros.

Precisamente a este proceso se le ha llamado mexicanización de empresas por virtud del cual la mayoría del capital social debe estar en manos de inversionistas mexicanos.

Precisamente a este proceso al parecer muy sencillo, no lo es tanto en virtud de previamente son necesarios ciertos estudios contables y financieros.

Los procesos de mexicanización de empresas son además delicados pues existen formas no idóneas que dan apariencias de legalización, hay además detrás de esto simulación de renta ficticia, en que aparece el inversionista mexicano como legal propietario de ese capital social excedente los límites autorizados en tanto que el propietario de ese capital social excedente en realidad un inversionista de extranjeros.

Por los motivos anteriores, las dos vías citadas no son medios idóneos para mexicanizar empresas al permitir desviaciones en el objetivo y dar lugar a que se defraude la ley.

Por otra parte se debe olvidar que el proceso de mexicanización es lento toda vez que el capital social en manos de extranjeros representa inversiones de capital demasiado elevadas.

4. EXTINCION DEL FIDEICOMISO

A) Aspectos Generales.

Conforme al artículo 357 de la L.G.T.O.C., existen causas de terminación del fideicomiso en donde interviene definitivamente el aspecto volitivo, es decir, que la voluntad de las partes o de una de ellas determina la existencia del fideicomiso.

Asimismo podemos contemplar que existen causas de terminación del fideicomiso que provienen de hechos ajenos a la voluntad de las partes.

Por virtud de estos aspectos generales veremos que ciertas casualidades de extinción provienen de ambas partes o de una sola de ellas y otras de hechos que lo son ajenos; con este criterio enfocaremos la clasificación de las causas de terminación del fideicomiso.

B) Diversos tipos de extinción.

Los tipos de extinción no se limitan únicamente a aquellos que enuncian el artículo 357 de la L.G.T.O.C., si no que existen otras causales que dicho ordenamiento omite; como sería el caso de las causas previstas con el acto constitutivo y de algunos supuestos establecidos casuísticamente por el fideicomitente; incluso la destrucción de la cosa y otras análogas que se llegaren a presentar.

Entre las diversas clases de extinción del fideicomiso cabe destacar aquellas en que interviene la voluntad de las partes, sin tomar en cuenta si están o no previstas en la ley; tenemos también aquellas en que no interviene la voluntad de las partes, como sería el caso que se prevé en las fracciones II y II del artículo anotado en el párrafo anterior.

De esta forma podemos concluir que existen dos formas básicas para la extinción del fideicomiso y que son:

- Causas de extinción conforme a la ley.
- Causas de extinción conforme a la voluntad de las partes.

CAUSAS DE EXTINCIÓN CONFORME A LA LEY.

El artículo 357 de la ley de la materia, señala en siete fracciones las causas de extinción del fideicomiso, las cuales analizaremos a continuación:

A).- Por la realización de fin para el cual fue constituido: esto es, que para la constitución del fideicomiso se establece un fin u objeto, mismo que va a determinar la extinción del mismo. Alcanzarse el fin determinado se extingue, perece el fideicomiso.

B).- Por hacerse imposible el fin: Sobre este punto, consideramos que es un tanto ambigua esta causal, en virtud de que no se determina si es una imposibilidad física, en la que queda comprendida en forma relativa.

C).- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva en el plazo señalado al momento de la constitución: en este supuesto se habla de una condición suspensiva, que establece la extensión de un fideicomiso ya nacido, cuya eficacia ha quedado sujeta a la realización de una condición que se ha convertido en imposible o en su defecto a los veinte años siguientes a la constitución, lo cual implica que si no se cumple la condición en el plazo de veinte años, con lo que se elimina la posibilidad de que el fideicomiso se convierta en un mecanismo de amortización y estancamiento de la riqueza.

D).- Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto: en esta fracción encontramos cierta relación con la fracción primera, con la sola diferencia de que en esta fracción se habla de una condición y no de un fin, aunque bien podría hablar de un paso final o extintivo.

E).- Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario: esta causa de determinación excluye a los fideicomisos creados por testamento, así como aquellos en que no aparece la figura del fideicomisario o su aceptación, y aquellos en que el fideicomitente se haya reservado el derecho de revocar discrecionalmente el fideicomiso.

F).- Por renovación hecha por el fideicomitente: ésta procede únicamente cuando el fideicomitente se ha reservado ese derecho al constituir el fideicomiso.

G).- El caso del párrafo final del artículo 350 de la L.G.T.O.C.: dicho artículo dice: "El fideicomitente podrá

designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden en que hayan de sustituirse. Salvo en lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la sustituya. Si no fuere posible esta sustitución, cesará el fideicomiso".

CAUSAS DE EXTINCIÓN CONFORME A LA VOLUNTA DE LAS PARTES.

La voluntad de las frases es factor determinante para la terminación del fideicomiso, como se consigna en el artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en sus fracciones V y VI. Es decir, que el fideicomiso puede extinguirse por convenio expreso entre fideicomisario y en caso de revocación, cuando el fideicomitente se haya reservado ese derecho en el acta constitutiva del fideicomiso.

Asimismo podemos deducir causas que no estén previstas en la ley.

A).- Renuncia el fideicomisario. Cuando el beneficiario o el fideicomisario no aceptan los beneficios instituidos a su favor, en otras palabras, se rechazan dichos beneficios y, habiendo fallecido ya el fideicomitente, estaremos en otro caso de extinción del fideicomiso.

B).- Cumplimiento del término o plazo. Por acuerdo de voluntades entre fideicomitente y fiduciario se puede establecer el término de vigencia de un contrato de fideicomiso. Una vez llegado este término, el fideicomiso se extinguirá y se entregarán los bienes al fideicomitente en caso de que se haya establecido a su favor la reversión del patrimonio o a favor del fideicomisario, en cumplimiento de lo establecido en el clausulado del fideicomiso.

C).- Destrucción de la cosa. Partiendo de la base de que el objeto o la cosa materia del fideicomiso es un elemento indispensable para la existencia del mencionado contrato, podemos afirmar que si la cosa se destruye, como consecuencia lógica sobrevendrá la terminación del fideicomiso, en el entendido de que en esta destrucción forzosamente deberá ser total, pues en caso contrario el fideicomiso subsistiría sobre la parte que debe de los bienes, claro que hasta donde sea física y legalmente posible.

" Artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

D).- Desaparición o transmisión de la materia del fideicomiso por causa de utilidad pública. Al no existir bienes afectos al fideicomiso, este dejará tener materia u objeto.

EFFECTOS DE LA TERMINACION

La terminación del fideicomiso trae una serie de consecuencias y una de las principales es la que se encuentra contenida en el artículo 358 de la L.G.T.O.C., y que consiste en la desaparición del patrimonio y bienes afectados al fideicomiso, salvo disposición expresa en contrario del fideicomitente, volverán a este o a sus herederos.

Como consecuencia de la terminación, el fideicomitente o sus herederos podrán practicar una detallada inspección de los bienes que reciben en devolución, y si encuentran un deterioro excepcional podrán ejercer acción encontrada del fiduciario, si estiman que dicho deterioro obedece a la negligencia de este último.

Naturalmente que el extinguirse el fideicomiso y transmitirse el patrimonio (de afectación), cesará el derecho del fideicomisario o fideicomisarios a continuar percibiendo los beneficios de la situación resultante del fideicomiso que termina.

La terminación del fideicomiso trae como consecuencia la cancelación de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad en que haya sido inscrito. Para hacer esta cancelación ordena el mencionado artículo 358 que bastará tratándose de bienes e inmuebles o de sus derechos reales impuestos sobre ellos. Que la institución fiduciaria así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso, y que esta declaración se asiente en el Registro Público de la propiedad en que haya sido inscrito.

De esta forma podemos concluir que la terminación del fideicomiso entraña la liquidación del patrimonio fideicomitado, y por consiguiente, la implicación de la institución fiduciaria.

C O N C L U S I O N E S .

PRIMERA. En términos generales, se puede concluir que un fideicomiso es un contrato en virtud del cual una persona física o moral entrega a una institución de crédito una cantidad de dinero, valores e inmuebles con una finalidad determinada para beneficio propio o de una tercera persona; así como también es una fuente de inversión muy importante dentro de nuestro sistema financiero mexicano, y que a su vez brinda opciones muy amplias para los inversionistas nacionales como extranjeros.

SEGUNDA. En la práctica el fideicomiso tiene tan amplia gama de posibilidades como necesidades que haya que cubrir. En el campo de la inversión existen diversas alternativas.

TERCERA. A través de la celebración de este tipo de contrato de fideicomiso, se promueve la inversión mexicana y ser regula la inversión extranjera, puede usar y disfrutar por un plazo de treinta años, un inmueble ubicado en la llamada "Zona Prohibida" que corresponde a una faja de nuestro territorio de cien kilómetros a lo largo de nuestras fronteras y cincuenta en las costas, sin adquirir la propiedad.

CUARTA. Durante la vigencia del contrato de fideicomiso, los fideicomisarios podrán vender el inmueble a nacionales o ceder sus derechos a extranjeros. En el último caso, será únicamente por el tiempo que falte por transcurrir.

QUINTA. En este tipo de fideicomisos hay motivo de inquietud de su constitucionalidad. El último párrafo de la fracción I del artículo 27 Constitucional incluye la prohibición para los extranjeros de adquirir tierras y aguas en las cercanías de las fronteras y de las costas. Sin embargo no parece que se pueda sostener que la prohibición se extienda a impedir a los extranjeros que usen y disfruten inmuebles en zonas cercanas a las fronteras y a las costas bajo títulos jurídicos distintos de la propiedad puesto que el precepto legal antes citado limita su prohibición al dominio directo. Así mediante el fideicomiso, el extranjero puede tener los derechos de goce y disfrute sin contravenir la disposición Constitucional.

Luego entonces hay bases suficientes para estimar que la prohibición del párrafo final de la fracción I del artículo 27 Constitucional es aplicable únicamente a la propiedad, pero no a otras clases de derechos sobre inmuebles.

SIXTA. Por lo tanto, de lo anteriormente dicho se puede resumir que el fideicomiso es una de las figuras más importantes en el desarrollo financiero, ya que brinda diversas alternativas para satisfacer necesidades económicas, sociales y políticas del país. Sin embargo es el único medio a través del cual un extranjero puede obtener el goce y disfrute bienes inmuebles dentro dentro de la zona prohibida, violando de una manera muy sutil y escondida las disposiciones de nuestra constitución sin que se pueda hacer nada al respecto, ya que este contrato esta debidamente reglamentado.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Acosta Romero, Miguel. Derecho Bancario. 1ª ed., Editorial Porrúa, 1978.
- 2.- Azuero Rodríguez, Sergio. Contratos Bancarios. su significación en América Latina. 1ª ed., Editorial Presencia, Colombia 1977.
- 3.- Batiza, Rodolfo. El Fideicomiso Teoría y Práctica. 2ª ed., Asociación de Banqueros de México, México, 1973.
- 4.- Betti, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. 2ª ed., Rev. D. Privado, Madrid 1959.
- 5.- Branca, Ghesepe. Instituciones de Derecho Privado. traducción de la 6ª edición Italiana por Pablo Macedo, Editorial Porrúa. S.A. México, 1978.
- 6.- Cabanellas, Guillermo. El Fideicomiso. 12ª ed., Editorial Heliasta, S.R.L., México, 1979.
- 7.- Cervantes Ahumada, Raul. Títulos y Operaciones de Crédito. 10ª ed., Editorial Porrúa, México, 1979.
- 8.- Claret y Martí, Pompello. De la Fiducia y el Trust. Estudio del Derecho Comparado. Bosh, 1ª ed., Cas Editorial, Barcelona, 1980.
- 9.- Colín Sánchez, Guillermo. Procedimiento Registral de la Propiedad. 1ª ed., Editorial Porrúa, S.A. México, 1972.
- 10.- Dávalos Mejía, Carlos L. Títulos y Contratos de Crédito Quiebras. 3ª ed., Editorial Harla, México, 1987.
- 11.- De Buen Lozano, Nestor. Derecho del Trabajo. 5ª ed., Editorial Porrúa, S.A. México, 1979.
- 12.- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. El Fideicomiso ante la Teoría del Negocio Jurídico. 2ª ed., Editorial Porrúa, S.A. México, 1975.
- 13.- Escriche, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. 1ª ed., Editorial Porrúa, S.A. México, SRA.
- 14.- Floris Margadant, Guillermo. El Derecho Privado Romano. Introducción a la Cultura Contemporánea. Editorial, S.A. México, 1979.

- 15.- García Maynes Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 16ª ed., Editorial Porrúa, S.A. México, 1979.
- 16.- Garcíadiego Bouche, Mario. Operaciones Bancarias Activas y Pasivas y Comparativas. 1ª ed., aumentada y actualizada, Editorial Porrúa, S.A. México, 1978.
- 17.- Gaudement, Eugene. Teoría General de las Obligaciones. traducción y notas de derecho mexicano por Pablo Macedo, Editorial Porrúa, S.A. México, 1977.
- 18.- Goltschmidt, Roberto. El Fideicomiso (Trust) en el Derecho Comparado. Editorial Arayó. Buenos Aires 1954.
- 19.- Hernández Octavio A. Derecho Bancario Mexicano-Instituciones de Crédito 1ª ed., Editorial Porrúa, S.A. México, 1979.
- 20.- Krieger, Emilio. Manual de Fideicomiso Mexicano. 1ª ed., Editorial Porrúa, S.A. México, 1975.
- 21.- Macedo, Pablo. Estudio sobre el Fideicomiso Mexicano. 1ª ed., Editorial Porrúa, S.A. México, 1975.
- 22.- Molina Pasquel, Roberto. Los Derechos del Fideicomiso. Editorial Jus, México, 1946.
- 23.- Muñoz, Luis. Derecho Bancario Mexicano; Cédernas; Editor y Distribuidor, México, 1974.
- 24.- Olvera de Luna, Omar. Contratos Mercantiles. 2ª ed., Editorial Porrúa, S.A. México, 1987.
- 25.- Ortiz Urquidí, Raúl. Derecho Civil General. Prólogo del Dr. Roberto L. Mantilla Molina 4ª ed., Editorial Porrúa, S.A. México, 1977.
- 26.- Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. 10ª ed., Editorial Porrúa, S.A. México, 1980.
- 27.- Peréz Nieto, Leonel. Derecho Internacional Privado. 4ª ed., Editorial harla, S.A. México, 1980.
- 28.- Piña Medina, Jorge y Acosta Romero Miguel. Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México. 1ª ed., Editorial Libros de México, México, 1982.
- 29.- Piña, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Vol. III, 4ª ed., Editorial Porrúa, S.A. México, 1977.

- 30.- Puentes Flores, Arturo y Otro. Derecho Mercantil. 33ª ed., Editorial Banco y Comercio, S.A. México, 1987.
- 31.- Rabasa, Oscar. El Derecho Angloamericano: Estudio Expositivo y Comparado del Common Law, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.
- 32.- Ramos Garza, Oscar. México ante la Inversión Extranjera 3ª ed., Editorial Porrúa, S.A. México, 1974.
- 33.- Recasén Siches, Luis. Introducción al Estudio del Derecho. 5ª ed., Editorial Porrúa, S.A. México, 1979.
- 34.- Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. 5ª ed., Editorial Porrúa, S.A. México, 1983.
- 35.- Rodríguez Ruíz, Raúl. El Fideicomiso y la Organización Contable Fiduciaria 4ª ed., Editorial Ecasa, México, 1977.
- 36.- Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa S.A., Tomo I, II ed., México, 1982.
- 37.- Villagordoza Lozano, José M. Doctrina General del Fideicomiso Editorial Asociación de Banqueros de México, A.C. México, 1976.
- 38.- Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho. 4ª ed., Editorial Porrúa, S.A. México, 1985.

LEGISLACION

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- Código Civil para el Distrito Federal.
- 3.- Ley Orgánica de la fracción I del artículo 27 Constitucional (1926) y su reglamento.
- 4.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- 5.- Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.
- 6.- Ley de Nacionalidad y Naturalización.
- 7.- Ley de Extranjería y Naturalización de 1986.
- 8.- Ley General de Población.