

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL



**EL CONTRATO DE FIDEICOMISO COMO INSTRUMENTO JURIDICO
PARA REALIZAR INVERSION EXTRANJERA EN MEXICO**

T E S I S
Que Para Obtener el Titulo de :
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
GABRIEL A. ROMERO GARCIA

ASESOR:
LIC. ERICK CARVALLO YAÑEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA

JUNIO 1996

564
2ij



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta 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.

**A mi madre, quien con su amor y paciencia
alimentó mi espíritu, logrando con ello,
inculcar en mí sólidos valores.**

**A mi padre, cuya imagen, rectitud y
amistad, me otorgaron las herramientas
necesarias para ser un hombre de bien.**

**A mi querida esposa marykarmen, quien
me brinda día con día amor y comprensión,
lo cual me da fuerza para salir adelante.**

**A mis pequeños hijos Jharyf Gabriel y
Alexis Dominique, de quienes espero que en
el futuro me brinden la misma satisfacción.**

A mis hermanos Angélica y Arturo, de quienes siempre he recibido amor y apoyo, pero sobretodo su amistad.

A mis sobrinos con todo mi cariño, en especial a Luis Fernando, a quien espero le sirva de aliciente.

A la Universidad Nacional Autónoma de México y en especial a la Facultad de Derecho, todo mi cariño y profundo respeto.

Ami asesor Lic. Erick Carvalho Yañez, mi eterna gratitud por todo su apoyo.

A todas aquellas personas que de alguna forma contribuyeron para la elaboración de este modesto trabajo, mil gracias.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ.
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION ESCOLAR.
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.
P R E S E N T E .

El alumno ROMERO GARCIA GABRIEL , realizó bajo la dirección de este Seminario y con la asesoría del Lic. Erick Carvalho Yañez, el trabajo titulado "EL CONTRATO DE FIDEICOMISO COMO INSTRUMENTO JURIDICO PARA REALIZAR INVERSION EXTRANJERA EN MEXICO", que presentará como tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El mencionado asesor nos comunicó que el trabajo realizado por dicho alumno, reúne los requisitos reglamentarios aplicables para los efectos de su aprobación formal.

En vista de lo anterior, comunico a usted que el trabajo de referencia puede ser sometido a la consideración del H. Jurado que habrá de calificarlo.

Atentamente.
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F. 20 de mayo de 1996.
El Director del Seminario.

DR. PEDRO ASTUDILLO

c.c.p.- Secretaría General de la Facultad.
c.c.p.-Lic. Erick Carvalho Yañez.
c.c.p.- El alumno.

FACULTAD D' DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MER.

INDICE

EL CONTRATO DE FIDEICOMISO COMO INSTRUMENTO JURIDICO PARA REALIZAR INVERSION EXTRANJERA EN MEXICO.

Introducción

Capitulo I ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO.

El Fideicomiso en el Derecho Romano	1
L-Fideicomissum	5
II.- Pactum Fiduciaie	5
A) Cum Creditore	5
B) Cum Amico	6
El Trust Moderno	11
Ordenamientos Jurídicos en México	17
Ley General de Instituciones de Crédito y Estatutos Bancarios de 16 de Enero de 1925	17
Proyecto Limantour	18
Proyecto Creel	19
Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924	20
Ley de Bancos de Fideicomiso	22
Ley General de Instituciones de Crédito del 11 de Noviembre de 1926	26
Ley General de Instituciones de Crédito del 28 de Junio de 1932	26
Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932	28
Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941	30
Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito,	32
Ley de Instituciones de Crédito	34

Capitulo II NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO

I Teoría del Negocio Fiduciario	39
II Teoría del Mandato	47
III La Manifestación Unilateral de la Voluntad y El Fideicomiso	48

Capitulo III ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO

A) Personales	55
1) El Fideicomitente	55
Capacidad Para Ser Fideicomitente	56
Derechos del Fideicomitente	58
Obligaciones del Fideicomitente	61
2) El Fiduciario	63
A) Concepto	63
B) Designación del Fiduciario	64

C) Personal de La Fiduciaria	65
D) Nombramiento del Delegado Fiduciario	66
E) Obligaciones del Fiduciario	67
F) Derechos del Fiduciario	72
3) El Fideicomisario	78
a) Concepto	78
b) Capacidad	79
c) Derechos	80
d) Obligaciones	83
B) Elemento Objetivo	84
a) Autonomía	85
b) Afectación	86
C) Elementos Formales	86
Comité Técnico	89
Responsabilidad Del Comité Técnico	90

Capitulo IV EL CONTRATO DE FIDEICOMISO EN LA INVERSION EXTRANJERA

I Fracción I Del Artículo 27 de La Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos	91
II La Inversión Extranjera a Través de Fideicomiso	95
A) Fideicomiso de Inversión Temporal	95
Requisitos	97
B) Fideicomiso de Inversión Neutra	98
C) Fideicomisos de Inmueble en Zona Restringida	101
Decreto del 29 de Abril de 1971	104
1.- Permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores	107
2.- Fideicomisos Para Maquiladoras y Parques Industriales	110
 CONCLUSIONES	 113
BIBLIOGRAFIA	115
LEGISLACION	118
JURISPRUDENCIA	119

INTRODUCCION

Capital importancia ha tenido en las últimas décadas el Fideicomiso en México, su análisis tanto histórico como teórico permiten llegar en la práctica profesional del abogado a vivir experiencias inimaginables por la versatilidad que esta figura del derecho mercantil reviste.

En virtud de experiencias vividas en las diferentes Instituciones donde he laborado me hicieron escoger del campo fiduciario la inversión extranjera dentro del marco del fideicomiso, que me permitió revisar su antecedente histórico en el derecho romano, revisar su naturaleza jurídica, estudiar sus elementos para concluir planteando el contrato de fideicomiso en la inversión extranjera, para este trabajo.

La oportunidad que me han brindado mis padres y maestros para estudiar Derecho y las Instituciones Bancarias para practicarlo despertaron en mí la inquietud de conocer más profundamente el negocio fiduciario con tintes internacionales, pretencioso sería afirmar que el tema se encuentra tratado con toda amplitud y profundidad, por el contrario este trabajo no es más que una humilde contribución para aquellos estudiosos de materias fiduciarias a quienes dejo la tarea de ampliarlo y completarlo.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL

FIDEICOMISO

CAPITULO I

EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO ROMANO

Antes de dar paso al estudio de la figura del fideicomiso es necesario hacer un paréntesis en el estudio de la figura del fideipromissio en roma, relativa a la fianza.

En Roma, esta figura aunque relativamente semejante al fideicomiso nada tenía que ver con éste, sin embargo, para evitar confusión entre estas figuras, es necesario estudiar un poco la figura relativa a la fianza, la cual se desarrolló paralelamente a otras dos instituciones llamadas sponsio y fideiussio.

La fianza romana surgió de la estipulación y de acuerdo con el verbo usado en la interrogación y en la respuesta, daba lugar a una sponsio, fideipromissio o una fideiussio.

La sponsio exigía el empleo del verbo spondere. Este correspondía a una promesa de matices religiosos, por lo cual no podía ser celebrado sino por personas que participaran en la religión romana, lo cual resultaba imposible para los extranjeros.(1).

De acuerdo con lo que señala el Lic. Sabino Ventura, la sponsio requería el empleo del verbo spondere, los garantes solo podían ser cives, quienes se obligan por medio de la siguiente fórmula *¿idem dari spondes? spondeo* (¿te comprometes a dar lo mismo? me comprometo)

Se contraían solamente obligaciones verbis, eran intransmisibles (2).

Ahora bien, de acuerdo con lo que manifiesta el Lic. René Foignet, sponsio fué la primer forma de garantía en Roma, y era reservada solo para los ciudadanos romanos.

Con el tiempo la sponsio cedió su lugar al fideipromissio con la cual los peregrinos podían participar.

(1) MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS. "DERECHO ROMANO" EDITORIAL ESFINGE MEXICO 1986 PAG. 387

(2) VENTURA SILVA SABINO. "DERECHO ROMANO" ED. PORRUA. MEXICO. 1985. PAG. 335.

Los vocablos utilizados para realizar una fideipromissio eran ¿idem fideipromittisne? fideipromitto.

A diferencia del sponsio el fideipromissor puede ser ciudadano romano o extranjero, pero que están sometidos a los mismos principios rigurosos que los sponsors (3)

Resulta lógico pensar que estas dos figuras de la fianza romana tenían diferencias y semejanzas, las primeras son tres.

1.- Forma.- En la sponsio las palabras eran ¿idem sponse? spondeo. En el fideipromissio era idem fideipromittisne? fideipromitto.

2.- Campo de aplicación.- la sponsio se aplicaba a los ciudadanos romanos únicamente, el fideipromissio era accesible a los peregrinos (extranjeros).

3.- La ley publicia.- Esta ley acordaba al sponsor una acción de pensi contra el deudor principal cuando era demandado por el acreedor, le había pagado a éste y no había sido reembolsado por el deudor en un término de seis meses; esta acción no se aplicaba a la fideipromissio.

Ahora pasemos a analizar las analogías de estas dos figuras.

1.- La sponsio y el fideipromissio no podían garantizar más que las obligaciones verbis.

2.- La deuda del sponsor y la del fideipromissor se extinguían con la muerte.

3.- La ley furia de fines del siglo VI, aplicable solamente en Italia, contenía dos reglas importantes:

a).- Al cabo de dos años el sponsor y el fideipromissor quedaban liberados.

b).- La deuda se dividía entre los sponsors y los fideipromissores vivos al momento del vencimiento.

(3) FOINET RENE. "MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO" ED. CAJICA. MEXICO 1956. PAG. 197

Cuando cayeron en desuso estas dos figuras surgió el fideiussio hacia mediados del siglo VII.

¿Fidesne tua id esse jubes? fidejubeo.

En esta fórmula el término jubere no quiere decir ordenar, sino asumir la responsabilidad de un acto bajo su fe, la fórmula del fideiussio quiere decir ¿me prometes que eso sucede por tu fe? Lo prometo.

La obligación del fideiussor se caracterizaba por ser una obligación accesoria, iba unida a una principal, se empleaba no sólo en las obligaciones verbis, sino que se extendía a una obligación futura, debía tener el mismo objeto que la obligación principal, por ello el fiador no podía prometer más que el deudor principal ni en condiciones más onerosas, la obligación del fiador era transmisible.

Como señalé en un principio, el fideipromissio es una figura que podía confundirse con el fideicomiso y aunque es una figura relativa a la fianza y que nada tiene que ver con el fideicomiso es claro observar que estas dos figuras conllevan un acto cometido a la fe de otro.

Una vez comentada la figura del fideipromissio daremos lugar al estudio de la figura del fideicomiso, objeto de este trabajo.

El análisis histórico de las instituciones, frecuentemente es criticado por algunos escritores, sin embargo el no colocarse en una dimensión de pasado, presente, y futuro, es condenarse a la ignorancia, la revisión histórica constituye un método incomprensible, pues los antecedentes para precisar conceptos, las hacen comprensibles en función del conocimiento de su evolución a través del tiempo, por tanto, en cuanto al fideicomiso, se estima indispensable ensayar un panorama general de la evolución del mismo.

Partiendo de su etimología la palabra FIDEICOMISO se desprende de las voces latinas FIDEI-Fe y COMISSUM comisión, o sea un acto cometido a la fe.

La encomienda de una persona a otra respecto de la realización de un acto, quedaba supeditada a la buena fe de quien tenía a su cargo la realización de ese acto.

Los orígenes más remotos de la figura del fideicomiso lo encontramos en la institución romana llamada "Fiducia" y en los fideicomisos de herencia en los que había dos clases:

- a) El universal o de herencia, que se refería a toda la sucesión o a una parte alícuota.
- b) El particular, que se refería a un bien determinado.

De acuerdo con lo que señalan tanto el Lic. José Villagordo y el Lic. Juan Iglesias, la "Fiducia" romana consistió en una mancipatio, una forma solemne de transmitir la propiedad, o una in iure cesio, que se acompañaba de un pactum o fiduciae, mediante el cual el accipiens, quien era el que recibía la propiedad del bien transmitido, se obligaba a su vez frente al tradens, a retransmitirselo a él o a una tercera persona después de realizar determinados fines. (4)

La fiducia pertenecía al tipo de los contratos reales que se perfeccionaban con la simple entrega de la cosa materia del contrato, como lo era el mutuo, el comodato, la prenda, el depósito y posteriormente la hipoteca, más aún se le ha considerado como una forma primitiva de la prenda o el comodato, cuando se realizaba para garantizar alguna obligación o únicamente para conceder el uso o goce temporal y gratuito del bien transmitido, en beneficio de quien lo recibía.

La fiducia romana originó el fideicomisum y el pactum fiduciae que a su vez este se dividió en dos:

A) PACTUM FIDUCIAE CUM CREDITORE.

B) PACTUM FIDUCIAE CUM AMICO.

(4) VILLAGORDO LOZANO JOSE "DOCTRINA GENERAL DEL FIDEICOMISO" MEXICO. 1976. ASOCIACION DE BANQUEROS DE MEXICO. PAG. 12

IGLESIAS JUAN. "DERECHO ROMANO". EDICIONES ARIEL. BARCELONA 1972. PAG. 356.

I.-FIDEICOMISSUM

En principio el fideicomiso tuvo por objeto disponer de los bienes de las personas que morían fuera del territorio romano y por lo tanto, no podían hacerlo por testamento con las solemnidades debidas, así como dar los bienes o parte de ellos a las personas que no podían ser nombradas herederos, por esto y para librar la Ley y poder disponer de sus bienes, introdujeron la costumbre de encargar a la buena fe de otros, la realización de todo aquello que no podían hacerlo legalmente. Desgraciadamente estos simples encargos no tenían fuerza obligatoria y quedaban encomendados a la buena fe de la persona encargada de ejecutarlos.

II.- PACTUM FIDUCIAE

Antes de pasar al estudio de las figuras antes mencionadas, es necesario hacer mención de la figura del pactum fiduciae la cual va íntimamente relacionada con las fiducias Cum Creditore y Cum Amico.

El Pactum Fiduciae se utilizaba para garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones, esto es, el deudor transmitía ciertos bienes a su acreedor, quien los recibía con el objeto de garantizarse y a su vez se obligaba en virtud de el Pactum Fiduciae a retransmitírselo al deudor cuando hubiese cumplido la obligación a su cargo.

A).- CUM CREDITORE

El Cum Creditore tuvo gran importancia porque sirvió para garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones, este tipo de fiducia se presentaba cuando el deudor para garantizar su adeudo transmitía determinados bienes a su acreedor mediante la mancipatio o la Injure Cessio quien los recibía con tal fin y este a su vez se obligaba en virtud del Pactum Fiduciae, lex pactum o pactum convertum, a retransmitírselos al deudor cuando hubiese pagado su crédito, es decir el deudor en virtud de tal convenio se hallaba asistido por una acción personal restituiría denominada Actio Fiduciae.

En caso de que el deudor no cumpliere con su obligación, el acreedor tenía el derecho implícito en el pacto de retener la cosa para sí o para enajenarla, que era lo que se denominaba la cláusula comisoría "lex comisoría".

En otras palabras podemos decir que la propiedad del objeto dado en garantía la ostentaba el acreedor fiduciario si no se pagaba la deuda fiduciariamente garantizada, aún cuando su valor excediera del importe de la obligación principal.

El acreedor como dueño de la cosa podía venderla aún sin consentimiento por parte del deudor, pero corría el riesgo de que una vez satisfecha la deuda, esta fuese condenada, como resultado del ejercicio de la Actio Fiduciae, que solo le proporcionaba al deudor una indemnización por el cumplimiento del deber de fidelidad naciente del Pactum.

En caso de que el acreedor fuese autorizado para vender la cosa mediante el "Pactum Vendendo", el deudor no podía intentar la Actio Fiduciae y no tenía derecho o por lo menos el acreedor no tenía la obligación de devolver alguna diferencia.

La fiducia romana, ofrecía condiciones muy ventajosas para el acreedor y no así para el deudor que se veía privado de la propiedad de la cosa y de sus productos, solo teniendo una acción personal para pedir la restitución de la cosa.

B.- CUM AMICO

Esta figura era utilizada por aquellas personas que eran perseguidas por el gobierno romano y que antes de emigrar dejaban sus bienes a alguna persona de su confianza, quien se obligaba a retransmitirle sus bienes en cuanto su situación cambiará, es decir, la persona que recibía el bien que en muchos casos era un amigo, podía usar y disfrutar los bienes gratuitamente en su beneficio, pero una vez realizado los fines o al vencer el plazo fijado o al darse la condición consignada, como consecuencia del pactum fiduciae, se las retransmitía al tradens.

Por lo que respecta a los fideicomisos de herencia, que era la otra forma del fideicomiso en Roma, podemos decir que de acuerdo con lo que señala el maestro Eugene Petit, eran aquellos que se daban cuando un testador quería gratificar a una persona con la cual no tenía la "Testamenti Factio Pasiva" o sea, la capacidad exigida para poder beneficiarse aceptando una herencia o legado, pedía al heredero que fuese el ejecutor de su voluntad para dar al incapaz parte del acervo hereditario o un objeto en particular, a causa de los términos empleados rogo, fideicomitto, al heredero gravado se le llamo fiduciario, y a quien restituye fideicomisario (5).

En su origen, semejante disposición nada tenía de obligatoria civilmente, era cuestión de conciencia y de buena fe para el heredero y el fiduciario .

De entre los que carecían de la "Testamenti Factio Pasiva" o del "Ius Capendi", se encontraban los peregrinos, que eran extranjeros ciudadanos de una civitas distinta a Roma, pero residentes en esta. Los caelibes, que eran los solteros, viudos o divorciados no vueltos a casar y por último los orbi, personas casadas sin hijos legítimos vivos o concebidos.

En virtud de lo anterior podemos decir entonces que la "Testamenti Factio activa", era la capacidad jurídica de testar en el derecho romano y la tenían las personas libres, ciudadanos romanos que debían ser "paterfamilias" el esclavo podía disponer por testamento de la mitad de su peculio.

El fideicomiso, en su origen, podía recogerse hasta por una persona privada de la testamenti factio o del jus capendi, pero algunos senado consultos habidos bajo adriano prohibieron dejar los fideicomisos a los peregrinos y a las personas inciertas. El senado consulto pagasiano, establece la misma prohibición contra los cebiles y los orbi, pero no alcanzaba a los latinos junianos.

Como se desprende del párrafo anterior, en Roma se permitía a una cierta clase de extranjeros gozar de los beneficios del fideicomiso, y aunque no se aplicaba a todos los extranjeros establecidos en los dominios de Roma, constituye un antecedente sobre la forma de adquirir la propiedad por parte de extranjeros a través del fideicomiso.

(5) EUGENE PETIT. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO. EDITORIAL NACIONAL. MEXICO 1975. PAG. 579.

El Lic. Guillermo Floris Margadant, clasifica al fideicomiso dentro del capítulo de sucesiones y lo define como *"una suplica dirigida por un fideicomitente a un fiduciario, para que entregara determinados bienes a un fideicomisario"*. (6)

La forma normal que tomo en el derecho romano era del fideicomiso "mortis causa", en el cual el fideicomitente era el autor de la herencia, el fiduciario el heredero o legatario y el fideicomisario un tercero.

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

Después de las guerras púnicas, penetra en Roma un nuevo espíritu y para muchos el dinero valía más que la buena reputación, por lo que muchos fideicomisos quedaban a menudo sin cumplirse, a causa de algunos escándalos provocados por fiduciarios deshonestos, Augusto encargó a sus cónsules que vigilaran el cumplimiento de los fideicomisos y desde Claudio, dos pretores especiales se ocuparon de las cuestiones fiduciarias.

Estos pretores especiales, nos dice el maestro Petit, se les llamo "Praetor fideicomissarios".

Después de este transplante desde el campo de la moral al de derecho, el fideicomiso sufrió en el curso del tiempo una gran variedad de restricciones.

Por otra parte nos dice el Lic. José Villagordoa que los senadocunsultos trabeliano y pegasiano (el primero bajo Nerón en el año 56 de nuestra era y el segundo bajo el imperio de Vespasiano) se concedieron a los herederos fideicomisarios las situaciones de loco heredis y loco legatarii, respectivamente, para que se les transmitieran las acciones hereditarias a título de útiles y al heredero fiduciario el derecho de retener la cuarta parte del fideicomiso como lo permitía la lex falcidia a los herederos gravados con la entrega de los legados. (7)

(6) FLORIS MARGADANT GUILLERMO. "DERECHO ROMANO" ED. ESFINGE. MEXICO 1986. PAG. 501

(7) Ob. Cit., Pag. 13.

En tiempos de Vespasiano se introdujo el principio de la *lex falcidia* en los fideicomisos y las incapacidades resultantes de la legislación caducaria se extendieron al fideicomiso.

Mediante la *lex falcidia*, el testador, solo podía disponer por legados de las tres cuartas partes de sus bienes quedando reservada una cuarta parte para el heredero que tenía derecho a retenerla.

Durante la época de Justiniano el heredero fideicomisario llegó a adquirir un derecho real, en lugar de derecho de crédito, teniendo a su favor la "*rei vindicatio*" sobre los bienes materiales del fideicomiso a un tercero de buena fe que ejercitaba dicho heredero fideicomisario el día en que la restitución debía tener lugar en su beneficio.

Esta institución del fideicomiso testamentario, pasa a los regímenes jurídicos que tomaron sus bases en el derecho romano, donde se les conoció con el nombre de sustituciones fideicomisarias.

Respecto de las sustituciones fideicomisarias, que fué una de las ventajas que conservo el fideicomiso, estas permitían designar por anticipado al fideicomisario del "fideicomisario", es decir, si el autor de la herencia quería que su heredero o legatario dejará a su vez el objeto de la herencia de algún próximo heredero o legatario, lo podía hacer mediante la sustitución fideicomisario, ya que esta no era posible en las figuras de la "*hereditas*" de la "*bonorum possessio*" o del legado.

Un caso excepcional era cuando se permitía al testador designar al heredero de su hijo *impuber*, *demente* o *imbécil*, siempre que este muriera después que el testador, pero antes de llegar a la pubertad o de recuperar su sano juicio.

De entre las diferencias que podríamos encontrar entre el fideicomiso y el legado, podemos mencionar una muy clara, que el fideicomiso gozaba de libertad de forma mientras que el legado debía constar en un testamento, otra diferencia era que el fideicomiso podía establecerse a cargo de un legatario o de otro fideicomisario, mientras que el legado no.

En cuanto a las palabras, los legados se dejaban con palabras directas, y los fideicomisos con palabras suplicativas como encargo, pido, ruego, encomiendo a tu fe, palabras que el maestro Petit, hace referencia en su concepto de fideicomiso.

Cuando el derecho romano, después de las épocas turbias de la edad media, surgió, fusionándose con los sistemas jurídicos de Europa, el fideicomiso puro y simple de los romanos se transformó en el régimen de las substitutiones fideicomisarias, que desvirtuaron su primitiva naturaleza y lo condujeron al sistema antieconómico e inconveniente del estancamiento de la riqueza inmobiliaria en poder de las familias aristocráticas o de las instituciones a quienes se llamó de manos muertas, porque al vincularse la propiedad raíz en un número determinado de personas, quedaba en realidad fuera del comercio y del intercambio económico.

El fideicomiso puro y simple, que originalmente apareció en el derecho romano y que consistía en que el testador nombrara heredero con la súplica de que éste, al morir el testador o en un día cierto, entregara los bienes de la herencia a la persona a la que realmente estaban destinados, no presentaba ningún inconveniente de carácter moral, económico o jurídico; pero cuando el fideicomiso puro u ordinario se convirtió más tarde en "gradual", "conservatorio" y "perpetuo", adquirió la forma de las llamadas substitutiones fideicomisarias tendientes a la vinculación de la propiedad del inmueble. Los testadores, con el propósito de perpetuar los bienes en la misma familia o en agrupaciones constituidas en personas morales determinadas instituían al heredero no solo con el carácter de fiduciario, sino, también como fideicomisario; le transmitían los bienes en propiedad durante su vida, con el gravamen de restituirlos a su muerte, a favor de otra persona, quien a su vez los adquiría y conservaba durante su propia vida, con la misma obligación, impuesta por el testador, de transmitirlos a su muerte a otra persona y así sucesivamente, de tal manera que mediante estas substitutiones fideicomisarias, en realidad los bienes inmuebles gravados se convertían en bienes vinculados, inalienables durante años y generaciones enteras.

El fideicomiso y las substitutiones fideicomisarias son distintas, a pesar de que algunos legisladores y jurisconsultos las han confundido como si se tratara de la misma institución jurídica; pero, en realidad son cosas totalmente distintas.

Cuando cayeron en desuso las formas tradicionales de transmitir la propiedad en Roma (mancipatio e injure cesio), la fiducia se fué sustituyendo por otros contratos reales como la prenda, comodato o hipoteca, la fiducia desaparece en la época post-clásica, justamente con la "mancipatio y la injure cessio" sobre las que se apoyaba.

EL TRUST MODERNO

Otro importante antecedente de la institución del fideicomiso mexicano lo constituye el use o trust del derecho británico y del derecho estadounidense que a través de más de siete siglos de evolución, adquirió perfiles muy definidos.

Antes de dar paso a estudiar la figura del trust moderno, el cual constituye el antecedente más próximo a nuestro fideicomiso, es necesario hacer una breve mención sobre las figuras que evolucionaron en el derecho germánico, ya que estas forman parte de la evolución del fideicomiso :

- a) La prenda inmobiliaria
- b) El manusfidelis
- c) El salman o trehuhand

De estas tres instituciones la que más se asemeja al fideicomiso, es el salman, ya que en el antiguo derecho germánico, el salman es el fiduciario, quien recibe sus facultades del enajenante y a su vez se obliga frente a él en forma solemne para transmitir los bienes al tercero destinatario de los mismos.

Ahora bien, pasando ya al estudio del trust moderno y de acuerdo con lo que señala el maestro Jorge Serrano, (8) "El trust es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por la cual la persona que los posee, o sea el trustee esta obligado a manejarlos en beneficio de un tercero el "Cestui que Trust", este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el trust o sea el settlor.

El use y el trust no surgieron a la vida real perfectamente definidos , pues hubieron de pasar centenas de gestiones antes de que devinieran instituciones legales y centurias de crecimiento y evolución , antes de que esas instituciones tomarán su lugar, como figuras centrales del sistema de equidad.

Desde de punto de vista, el use posteriormente trust, conjuntamente con el sistema de jurisdicción de equidad, fueron instituciones que, a virtud de una simbiosis operada a través de siglos, fueron perfilando sus características definitivas.

En efecto, los uses y posteriormente el trust fueron instituciones nacidas del derecho de equidad e intimamente relacionadas con los tribunales de equidad en Inglaterra y de todos los productos de la equidad el más grande y el más importante es el trust, desarrollado siglo tras siglo en los tribunales de equidad.

En sus orígenes, el use era un instrumento utilizado por un propietario de tierras que transfería parte de ellas a sus sirvientes o vasallos como compensación (enfeofes) para el uso de otro (feoffor).

El que recibía la propiedad se llamaba feoffee to uses y al beneficiario se le llamaba cestui que use.

(8) SERRANO TRANSVIÑA JORGE. "APORTACION DE FIDEICOMISO" MEXICO. 1950. PAG. 88

Explicando lo anterior, podemos decir que el beneficiario esta obligado a depositar su confianza en el trustee-fiduciario, en virtud de la relación que une a ambas partes y porque el fiduciario tiene el control sobre los bienes e intereses del beneficiario. Por lo que en cuanto al carácter personal de la relación fiduciaria esta generalmente obligado a no delegar a otra persona su deber de efectuar y alcanzar el fin que se le encomendó al constituir el trust, con lo que queda de manifiesto que si el trustee-fiduciario fué señalado en virtud de la confianza que se supone entre las partes, tiene la obligación de llevar a cabo su labor.

De lo anterior se desprende que en el derecho anglosajón llama relaciones fiduciarias a los que en derecho romano se llamaban "intuitu personae", que como ya se trato anteriormente, suponen confianza entre las partes.

La palabra cestui que trust significa "*El Individuo para quien existe el beneficio del trust*".

Retomando un poco la idea del trust podemos decir de otra forma, que este consiste en que una persona llamada settlor separe un conjunto de bienes (Inmuebles, muebles y créditos etc.), de su fortuna y confiarlos a otra persona llamada trustee-fiduciario para que haga de ellas un uso prescrito, en provecho de un tercero llamado cestui que trust. (9)

Como ya hemos visto, las personas que intervienen en el trust son tres :

- a) Settlor
- b) Trustee
- c) Cestui que trust

a) El settlor o fideicomitente, que es quién da origen al trust, pero que sin embargo una vez que el trust se a constituido el settlor desaparece a menos que se reserve el derecho de revocarlo o de revertirse la propiedad de los bienes afectos al fideicomiso.

(9) Oh. Cit., Pág. 27

El carácter de settlor lo puede tener cualquier persona siempre y cuando tenga la capacidad de testar, contratar, de gozar y ejercitar sus derechos patrimoniales, que puede disponerlos a su arbitrio , en resumen que sea sui iuris.

b) El trustee es la persona que en virtud del trust, se convierte en el titular del bien o derecho que se fideicomite. Para ser trustee no solo se requiere tener la capacidad de los bienes y derechos que constituyen su materia, si no necesita tener la capacidad de ejercitar tales derechos.

Por lo que concierne al cestui que trust, que es quién recibe el beneficio del trust, actualmente puede hacerlo cualquiera que tenga la capacidad de tener propiedad para si.

Dentro de las múltiples clases de trust que reconoce el derecho anglosajón encontramos una que menciona el Lic. Villagordoa, citando a Claret y Marti Pompeyo, siendo está clasificación la siguiente :

- a) EXECUTED TRUST
- b) EXECUTORY TRUST
- c) EXPRESS TRUST

a) El trust ejecutado, executed, es aquel que después de haber sido definitivamente declarado por el acto constitutivo, no exige para producir todos sus efectos, ningún acto ulterior.

b) Executory trust, es eventual el trust cuando existen instrucciones dadas con vistas a la transmisión del bien, trust y que el acta que las contiene no obra por si misma la transmisión que ordena las instrucciones, son solo un intento para servir como minuta a perfeccionar en un establecimiento posterior.

c) El express trust puede ser instrumental , en el cual el trustee debe seguir rigurosamente las instrucciones dadas, y puede ser "Discretionary" en el cual el trustee tiene un poder de apreciación.

Los impled trust deben su existencia a los tribunales de equidad, y como vemos son de dos clases.

1.- RESULTING TRUSTS

Éstos los crea el tribunal de equidad cuando encuentra motivos para presumir que una persona, a juzgar por ciertos actos de la misma pretendió crear un trust expreso, que debido a circunstancias invencibles no llegó a formalizarse

2.- CONSTRUCTIVE TRUST

Los constituye el propio tribunal sin que medie, ni presuntivamente, la voluntad de persona alguna y tiene por objeto evitar que un individuo acumule injustamente riquezas ilegítimas en perjuicio de un tercero.

Otra clasificación del trust es la que nos da el maestro Octavio A. Hernández (10) la cual tiene semejanza con nuestro fideicomiso :

1.-Por su finalidad Jurídica

- a) Pasivo o simple
- b) Activo

2.-Los Intereses Protegidos

- a) Privado
- b) Benefico o cuantitativo

(10) HERNANDEZ OCTAVIO, "DERECHO BANCARIO" TOMO II ED. JUS S.A. MEXICO. 1956. PAG. 240.

3.-Por su finalidad práctica

- a) Administración
- b) Herencia
- c) De garantía
- e) Inversión

De acuerdo con lo que señala el Lic. Octavio A. Hernández, los elementos esenciales para la formación y la vida del trust son dos : Un Patrimonio determinado y una afectación.

- a) Un patrimonio ; el trust supone necesariamente derechos patrimoniales sobre los que recae.

No basta con encomendar una misión a un "trustee", se necesita que esa misión este en relación directa con los bienes que se le confían y que constituye la indispensable base del trustee, debiendo haber necesariamente un patrimonio distinto adquiriendo por si mismo una individualidad propia, teniendo esos bienes, un responsable de administrarlos.

- b) Afectación. Si tal afectación no es específica, es ilícita o no se realizan, el trust no nacería.

Dado que el trust es un patrimonio afectado, es lógico que su primer elemento esencial sea la existencia de un patrimonio diferente, que en el lenguaje sajón se le denomina "res" y esto puede quedar constituido por todo lo que sea susceptible de quedar sometido al derecho de propiedad.

Otro elemento será el settlor, ya que tiene la intención de hacer salir la "res" de su patrimonio. esta "res" debe ser distinta al patrimonio del settlor; del trust y del beneficiario, ya que de lo contrario el trust hubiere fallado.

Un paso muy importante en la evolución del trust que tuvo su origen en el "use" del derecho inglés y el cual posteriormente fue reglamentado como trust, mismo que dio origen al trust americano o trust de inversión.

En Estados Unidos los fideicomisos se llevan a cabo a través de compañías especializadas o departamentos bancarios a diferencia de como sucede en México, en donde las instituciones de crédito están facultadas para realizar actividades fiduciarias.

Sin embargo, en el Diario Oficial de la Federación del 23 de julio de 1993, se publicaron diversas disposiciones para que las casas de bolsa pudieran realizar actividades fiduciarias respecto de sus actividades, las cuales trataremos más adelante.

ORDENAMIENTOS JURIDICOS EN MEXICO

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTATUTOS BANCARIOS DE 16 DE ENERO DE 1925

Con anterioridad se conoce en México el trust deed, eficaz aunque constituido en el extranjero y en relación con hipotecas, préstamos y mandatos, pues ello era imposible al tenor del código civil de 1884, y la ley de ferrocarriles de 1899, esto permitió que dicho "trust deed" pudiera surtir efectos jurídicos conforme a las Leyes Mexicanas (11).

La necesidad de que en nuestro sistema legal tomara carta de naturalización la institución anglosajona del trust, se vio palpable, cuando se empleo esta misma institución en los arreglos de la deuda pública exterior de México y especialmente en la emisión de obligaciones para la consolidación de la deuda de los ferrocarriles nacionales antes de que nuestra legislación diera cabida al fideicomiso como una típica operación en las instituciones de crédito.

(11) MUÑOZ LUIS. "EL FIDEICOMISO". ED. CARDENAS MEXICO. 1973. PAG. 53

El trust era utilizado en los Estados Unidos como instrumento de garantía en emisiones de bonos destinados a financiar la construcción de ferrocarriles y al darle efectos jurídicos en México, se considero que esta variedad del trust, descompuesta en varios elementos, correspondía a los contratos de préstamo, mandato e hipoteca como se menciona en un principio.

Otro antecedente se encuentra en el derecho del 29 de noviembre de 1897, sobre bonos de empresas ferroviarias, y según Rabasa (12) es el antecedente más notable de la aplicación del trust del fideicomiso angloamericano en nuestro país es el caso de la construcción de Ferrocarriles Nacionales de México y el convenio subsecuente para financiar dicha construcción mediante la deuda construida por los mismos ferrocarriles, con garantía de hipoteca otorgado en forma de fideicomiso sobre todo sus bienes y derechos.

En la consolidación y fusión de los ferrocarriles de México mediante emisión de bonos colocados en el extranjero, por primera vez se emplea el trust, mismo que fué celebrado el 29

de febrero de 1908, por el gobierno y las empresas ferrocarrileras con instituciones fiduciarias norteamericanas que surte sus efectos dentro del país.

PROYECTO LIMANTOUR

A partir del presente siglo surge la necesidad por parte de tratadistas y legisladores de regular adecuadamente esta figura tomada del sistema angloamericano, por lo que el 21 de noviembre de 1905, el Sr. José Y. Limantour, Secretario de Hacienda envió al congreso de la Unión una iniciativa que facultaba al ejecutivo para expedir la ley por cuya virtud podían constituirse en la República instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fiduciarios.

(12) RABASA OSCAR. "EL DERECHO ANGLOAMERICANO" ED. FONDO DE CULTURA ECONOMICA MEXICO 1974. PAG.

Respecto de este hecho hay varios aspectos que se deben destacar, en primer lugar aunque el proyecto se denominó LIMANTOUR, su autor fue el Lic. Jorge Vera Estañol tal y como lo afirma el propio Lic. Batiza.⁽¹³⁾

Este proyecto constaba de ocho artículos y en ella la institución quedaba configurada como el encargo hecho al fiduciario por virtud de un contrato entre dos o más personas, de ejecutar cualquier acto operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados en beneficio de alguna o de todas las partes del mismo contrato, o de un tercero para ser efectivos los derechos o cumplir las obligaciones creadas expresamente en el contrato o que fueran consecuencia legal del mismo.

Cabe hacer mención 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 de la época política, se constituyó en el primer antecedente meramente teórico ya que no pasó del proyecto de esta institución en México, antecedente que desde luego y no obstante las diferencias comentadas, tiene el mérito de constituir el primer intento legislativo en el mundo, para adaptar el trust a un sistema jurídico tradicionalmente romanista.

PROYECTO CREEL

Al atravesar el país por la revolución de 1910 prácticamente se detuvo la evolución legislativa del objeto de nuestro estudio (fideicomiso) y fue hasta -1924, cuando siete años después de establecer 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 Fideicomiso y Ahorro cuyo autor fue Enrique C. Creel.

(13) BATIZA RODOLFO. "EL FIDEICOMISO" ED. PORRUA, MEXICO, 1958 PAG. 84.

Este proyecto corregía la terminología de la anterior al sustituir la expresión institucional fideicomisaria por la denominación compañías bancarias de fideicomiso y ahorro, proponía que se autorizará al Ejecutivo para expedir una ley sobre la materia que detallará las bases constitucionales y de operación de las compañías citadas, y sin mencionar el trust ni el fideicomiso se basaba en los Trust and Saving Banks NA.

Según el maestro Batiza, dicho proyecto pecaba de heterogeneidad en cuanto a las funciones y actividades que encomendaba a las compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro; aunque este proyecto jamás fué sancionado como ley, no se perdió por ello el esfuerzo, puesto que sentó otro precedente y algunas de sus disposiciones influyeron sobre la legislación posterior.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1924.

La ley bancaria de 1924 (D.O 16 de enero de 1925) introdujo en su contenido el fideicomiso por primera vez en nuestro derecho, sin embargo en el fondo esta ley sigue el sistema de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1897, pero no llenó los vacíos que se encontraban en la misma ni tampoco precisa las características del fideicomiso ni reglamento sus efectos.

Esta ley creó siete instituciones de crédito a diferencia de la ley anterior que solo había creado tres, estas siete instituciones son :

- 1.- BANCO UNICO DE EMISION Y LA COMISION MONETARIA.
- 2.- BANCOS HIPOTECARIOS.
- 3.- BANCOS REFACCIONARIOS.
- 4.- BANCOS AGRICOLAS

5.- BANCOS INDUSTRIALES

6.- BANCOS DE DEPOSITO Y DESCUENTO

7.-BANCOS DE FIDEICOMISO

En el capítulo VII de la ley, intitulada "De los Bancos de Fideicomiso " contenía solo dos artículos, el 73 y 74 en los cuales denominaba bancos de fideicomiso a los que " sirven los intereses del público en varias formas y principalmente administrado los capitales que se les confían e interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios", al ser emitidos estos durante el tiempo de su vigencia y previa que los mismos se requerían por la ley especial que había de expedirse.

En su artículo 6. fracción VIII refutaba a los bancos de Fideicomiso como instituciones de crédito para todos los efectos legales y como tales, los sometía al régimen de concesión especial que otorgaba el Ejecutivo de la Unión, por un periodo máximo de 30 años.

El maestro Octavio A. Hernández (14) critica esta ley porque no se abordó el problema de la naturaleza jurídica del fideicomiso, ni precisó sus características, ni reglamentó sus efectos.

En marzo de 1926, el Lic. Jorge Vera Estañol, presentó a la Secretaría de Hacienda, un proyecto de ley de compañía fiduciaria y de ahorro, cuyo capítulo II se refería a las operaciones fiduciarias, proyecto conocido con el nombre de su autor "Vera Estañol".

Este proyecto establecía en su artículo 132 que la vigilancia de las instituciones de crédito y los establecimientos bancarios y sus asimilados, correspondía a la Secretaría de Hacienda, la cual ejercía esas atribuciones por medio de inspectores.

(14)Oñ. Cit., Pág. 225.

En el artículo 133 disponía que a fin de que la inspección fuera real y efectiva, se crearía la Comisión Nacional Bancaria la cual fué creada el 29 de diciembre de 1929.

En la Ley General de Instituciones de Crédito de 1925 quedaron mencionados los bancos de fideicomiso como instituciones de crédito para los efectos, aunque no se hizo su reglamentación, si no que se previno que había de regirse por una ley especial, cuya expedición quedo anunciada desde entonces.

LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO

En México la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, en su artículo 6° define el fideicomiso propiamente dicho como *"un mandato irrevocable, en virtud del cual se entregan al banco con el carácter de fiduciario determinados bienes para que disponga de sus productos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente a favor de un tercero llamado fideicomisario"*.

El 30 de junio de 1926, fué promulgada (D.O. DE 17 DE JULIO DE 1926) la Ley de Bancos de Fideicomiso por el entonces presidente de la República Plutarco Elias Calles, este ordenamiento, compuesto por 86 artículos, mismos que se dividían en 5 capítulos, fueron influidas notablemente por las ideas de Alfaro y Creel, con la única diferencia que en esta ley dice que los bienes se entregan y Alfaro menciona que se transmiten.

Esta ley vino a cumplir la promesa que se había hecho en la ley de 1925, dando así, una primera estructura la institución

La exposición de motivos determinaba que la institución de fideicomiso era nueva en México y que en consecuencia, esa ley importaba una creación o mejor dicho, la legislación de una institución jurídica moderna que en otros países especialmente en los anglosajones se

practicaba hacia largo tiempo con fecundos resultados, permitía que las operaciones financieras y comerciales se hicieran sin las trabas del derecho internacional.(15)

Los lineamientos más importantes de esta ley, eran los siguientes :

El objetivo propio de estas instituciones eran las operaciones por cuenta ajena y en favor de terceros, autorizadas en el artículos 1. y cuya ejecución se confía a la honradez y buena fué.

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

Entre los puntos más destacados cabe hacer mención que en el artículo 6° de la ley en cuestión se concebía el fideicomiso como un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan a la institución bancaria con carácter de fideicomiso determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomisario (16).

Este precepto seguramente inspirado en las ideas de Alfaro incurrian en el error de definir al fideicomiso como un mandato irrevocable.

En su artículo 14 disponía los siguiente:

" El banco fiduciario podrá ejecutar en cuanto a los bienes fideicomitidos todas las acciones y derechos inherentes al dominio, aun cuando no se exprese en el acto constitutivo del fideicomiso; pero no podrá enajenar, gravar y pignorar dichos bienes, a menos de tener facultad expresa o de ser indispensables esos actos para la ejecución del fideicomiso.

(15) BANCO MEXICANO SOMEX. "INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y EL FIDEICOMISO EN MEXICO" MEXICO. 1989. PAG. 256

(16) Ob. Cit. Pag 49

En esta ley, las causas de extinción del fideicomiso se encontraban reguladas en el artículo 18 y entre ellas destacaba el cumplimiento del objeto o su imposibilidad de cumplimiento de la condición suspensiva de que dependía dentro de los 20 años siguientes a su constitución, o cumplimiento de la resolutoria o por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario.

Son muchos los preceptos que esta ley contiene los cuales precisaban los requisitos necesarios la organización y el funcionamiento de este tipo de bancos así como las operaciones que estaban autorizadas a llevar a cabo.

Por su parte el maestro Octavio Hernández, (17) considera que las disposiciones principales de la Ley de Bancos de Fideicomiso fueron :

- a) Reglamento al fideicomiso en 17 artículos y definen la operación de crédito fiduciario en su artículo primero anteriormente comentado.
- b) Concibe a la institución como un mandato irrevocable artículo 6º Al respecto considera que la concesión del fideicomiso como mandato irrevocable, es errónea, en virtud de que ambas figuras jurídicas no son identificables.

En el artículo 22 se enumeran las operaciones que no siendo propiamente fiduciarias pueden llevar a cabo los bancos de fideicomiso. La única limitación que esta ley impone respecto a los bienes y derechos que pueden ser materia de fideicomiso , es aquella que se refiere a los derechos cuyo ejercicio sea de carácter personalísimo e intransmisible por su naturaleza o por disposición expresa de la ley por lo que concierne a la separación del cargo de fiduciaria esta se regulaba en el artículo 16 mismo que establecía lo siguiente:

- a) Cuando el fiduciario tenga intereses propios opuestos a la ejecución del fideicomiso.

(17) Ob. Cit. pag.243

b) Si el fiduciario malversara o administrare con dolo o culpa grave, los bienes fideicomitidos.

En cualquiera de los casos anteriores, tanto el fideicomitente como el fiduciario o el ministerio público cuando se trate de menores, incapaces o desvalidos, pueden solicitar al juez la remoción del fiduciario, tramitándose su demanda como incidente y con sujeción al Código de Comercio.

El mismo procedimiento se establece para promover las providencias necesarias, cuando los bienes fideicomitidos estuvieran en peligro de pérdida o menoscabo en poder del fiduciario.

Como se desprende del contenido del artículo 16 el procedimiento que se estableció en los casos referidos de remoción o de pérdida y menoscabo de los bienes fideicomitidos, era inadecuado, desde un punto de vista de la técnica procesal por lo que se refiere al artículo 18 de la ley en estudio, se refiere a los casos de extinción del fideicomiso mismo que a continuación se describe:

- a) Por cumplimiento del objeto para el cual fue constituido.
- b) Por hacerse imposible su cumplimiento.
- c) Por hacerse cumplido dentro de los 20 años siguientes a su constitución la condición suspensiva de que dependa.
- d) Por haberse cumplido la condición resolutoria en su caso.
- e) Por convenio expreso entre el fideicomitente y fiduciario.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DEL 11 DE NOVIEMBRE DE 1926.

La vigencia de la Ley de Bancos de Fideicomiso fué en verdad corta, ya que en agosto del mismo año (1926) quedo aprobada la nueva ley bancaria denominada " Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios", misma que incorporo los preceptos de la ley anterior sobre fideicomisarios, ofrecia una gran similitud, pues casi reproducia algunos de sus artículos.

Por ejemplo, en su artículo 3º, reitero la prohibición a las instituciones de crédito extranjeras de llevar a cabo operaciones de fideicomiso en México.

En el artículo 5 fracc. V, denominaba a los bancos de fideicomiso como instituciones de crédito.

Estos son solo unos ejemplos de la similitud con la ley que le precedió, tomando también como modelo las ideas del jurista Ricardo J. Alfaro, su vigencia fué de casi 6 años.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DEL 28 DE JUNIO DE 1932.

En la exposición de motivos de esta ley se consideró que el sistema bancario, adolecia de defectos y diferencias graves, por lo que el ejecutivo federal expediria una nueva ley , la cual sería complementada por la ley de Títulos y Operaciones de Crédito, dejando en la primera todas las prescripciones adjetivas que se refieren al régimen y al funcionamiento de las instituciones y llevando a la segunda las disposiciones legales sustantivas referentes a la organización jurídica de las operaciones de crédito y banca, a la creación y circulación de títulos de crédito.

Esta exposición de motivos también señalaba que la ley de 1926, introdujo en México rompiendo la tradición, la institución jurídica del fideicomiso. Es evidente que esta institución puede ser de gran 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 un vacío de conceptos en torno a ellas, 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, siendo esta definición materia de la LGT y OC, y una reglamentación adecuada de las instituciones que actúen como fiduciarias.

Esta ley conceptúa al fideicomiso 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 de 1926 concebía como mandato irrevocable.

Esta nueva ley solo autorizaba la institución de fideicomisos cuando el fiduciario fuere una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado, facultándolas para aceptar y desempeñar mandatos y comisiones de toda clase, de encargarse de albaceasgos, sindicaturas, tutelas, liquidaciones y en general de aceptar la administración de bienes y el ejercicio de derechos por cuenta de terceros.

El artículo 92 de esta ley, señalaba que las Instituciones fiduciarias desempeñarán su cargo y ejercerán sus facultades por medio de uno o más funcionarios que designen al efecto, pudiendo la Comisión Nacional Bancaria, en todo el tiempo, vetar la asignación de fideicomisarios.

El artículo 94, estableció que las instituciones fiduciarias solo estarán obligadas a obrar como lo harían en consecuencia un hombre honrado con conocimientos y experiencias ordinarias en el asunto de que se trata, como se desprende de este párrafo se encomienda a la buena fe de la institución, la realización de los fines.

Las instituciones de crédito tendrían por objeto exclusivo la práctica de operaciones activas de crédito y algunas otras como recibir depósitos en cuentas de ahorro, depósitos a la vista, emitir bonos hipotecarios y actúan como fiduciarios.

En concreto esta ley se modernizo y complemento el sistema financiero mexicano.

LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO DE 1932

Esta ley del 26 de agosto de 1932, se publicó en el diario oficial el 27 de agosto de 1932 y entró en vigor a partir del 15 de septiembre del mismo año.

En la exposición de motivos el legislador indica que dicha ley conserva en principio, el fideicomiso expreso a que alude la ley de 1926, procurando corregir "los errores o lagunas más evidentes".

Agrega el legislador diciendo que la implantación de esa institución jurídica en nuestro sistema legal, significaría de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía.

En los artículos 346 y 347 se encuentra explicada la naturaleza del fideicomiso, que sigue la teoría del autor francés Pierre Lépaule. Dichos preceptos nos dicen que en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendada la realización de ese fin a una institución fiduciaria, artículo 346.

Esta ley desechó la concepción del fideicomiso como un mandato, pero desgraciadamente no logra precisar la naturaleza jurídica del fideicomiso.

El artículo 347 agrega que el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar al fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado, así mismo señala el artículo 356 que la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso.

Por lo que se deduce, que necesariamente se tiene que transmitir al fiduciario los bienes y derechos que se afectan en fideicomiso, quedando de esta manera obligado a cumplir dicho fideicomiso, conforme al acto constitutivo

En este aspecto Lepaulle, pretende crear un patrimonio de afectación carente de titular, quedando vacante la titularidad de los mismos, cosa que en nuestro régimen jurídico no puede existir.

El artículo 357 establece las causas de extinción:

I. Por la realización del fin para el cual fué constituido.

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

IV. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto.

V. Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando este se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso.

VI. En el caso del párrafo final del artículo 350 dice:

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 sustituirse salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte o por renuncia o remoción en el desempeño de su encargo deberá nombrarse otra para que los sustituya, si no fuera posible esta sustitución, cesará el fideicomiso.

Si comparamos este precepto con los correspondientes de las leyes de 1926, vemos que el contenido del artículo 357 más completo que los preceptos correlativos de las referidas leyes de 1926 porque prevé la revocación del fideicomiso, hecha por el fideicomitente cuando se haya reservado ese derecho en el acto constitutivo del mismo. Otra causa de extinción se encuentra prevista en ese artículo cuando por renuncia o falta de aceptación del fiduciario, se haga imposible su sustitución.

Respecto a los derechos y obligaciones del fideicomitente, la fiduciaria y el fideicomisario se analizará más adelante.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DE 1941.

Esta ley es de fecha 3 de mayo de 1941 y entro en vigor a partir del mes de junio del mismo año, comprendía 117 artículos y los correspondientes transitorios, esta ley estuvo vigente hasta enero de 1983.

El articulado de esta ley estaba distribuido en 5 títulos de la siguiente forma:

- Título 1.- Disposiciones Preliminares.

- Título 2.- Las instituciones de Crédito.

En los 7 capítulos que integraban este título segundo, se referían a las instituciones de crédito que la propia ley reconocía.

a) BANCOS DE DEPOSITO

b) BANCOS DE DEPOSITO DE AHORRO

c) SOCIEDADES FINANCIERAS

d) SOCIEDADES DE CREDITO HIPOTECARIAS

e) SOCIEDADES DE CAPITALIZACION

f) SOCIEDADES FIDUCIARIAS

g) BANCOS DE AHORRO Y PRESTAMOS PARA LA VIVIENDA FAMILIAR

- Título 3 de las organizaciones auxiliares

- Título 4 disposiciones generales

- Título 5 de la inspección de vigilancia

Según esta ley el sistema bancario mexicano esta integrado por dos diferentes tipos de instituciones de crédito.

- 1.- Instituciones de Crédito
- 2.- Organizaciones Auxiliares de Crédito

Para los fines que se pretenden realizar en este trabajo solo nos abocaremos al estudio referente de las instituciones fiduciarias.

Estas instituciones se reglamentaban en los artículos 44 a 46, 126, 127 135 a 138 y 156.

En la fracción "C" del inciso II del artículo 45 porque la naturaleza jurídica del fideicomiso quedo plasmada en los artículos 352, 356 y 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vista anteriormente.

Al tratar las reglas a que se someterá la actividad de las instituciones fiduciarias y al indicar la fracción II la porción de las responsabilidades de dichas instituciones con relación a su capital sostiene la tesis de que el fiduciario es titular de los derechos fideicomitados pues señala especialmente en el inciso "e" que cuando se trata de operaciones de fideicomiso, por las que la institución ejerce como titular de derechos que le han sido transmitidos con el cargo de realizar determinado fin. En este precepto legal el legislador expresamente señala el funcionamiento jurídico del fideicomiso, al expresar que por medio de esta operación hay transmisión de derechos al fiduciario, para la realización del fin determinado.

LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO

Esta ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1985 , y que entro en vigor al día siguiente de su publicación , deroga la añeja Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, y la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito que estuvo en vigor solo dos años en el periodo comprendido de enero de 1983 al 14 de enero de 1985.

La ley en cuestión constaba de 112 artículos y 11 transitorios que derogaron aproximadamente 176 artículos de la Ley Bancaria de 1941 y 1943, y 5 transitorios de la antigua Ley Reglamentaria.

No obstante que se decreto, por Poder Ejecutivo el 28 de diciembre de 1984, se publicó no como se esperaba el 31 de diciembre de ese mismo año sino hasta el 14 de enero siguiente. Sin embargo quedaron algunas disposiciones pendientes de carácter general, mismas que se siguieron aplicando con las reglas dadas con anterioridad, por ejemplo tarjetas de crédito, operaciones de ahorro, algunas otras que expidieron en su momento para dar paso a la transformación de las sociedades anónimas a las muy controvertidas sociedades nacionales de crédito de las cuales también se expidieron en su momento, con respectivos reglamentos internos.

Como su nombre lo indicaba la L.R.S.P.B Y C, reglamentaba también a las organizaciones auxiliares de crédito, dichas sociedades se rigieron por otra ley específica la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito que entro en vigor el 15 de enero de 1985.

Es de reconocer la ardua labor que tuvieron los legisladores para formular esta ley porque no es tarea fácil recopilar lo que debe continuar vigente de la obsoleta ley de 1941 , en virtud de que esta reglamentaba a nivel de concesión a la banca especializada incluyendo a la banca múltiple, reglamentaba también a las organizaciones auxiliares de crédito , incluía aspectos del depósito obligatorio; asimismo se tuvo que a partir de la ley reglamentaria anterior que se presume, se hizo en muy poco tiempo ya por la nueva administración que tomo posesión el 1. de diciembre de 1982 , aunado a que también había que adecuar nuevas reglas de acuerdo a las nuevas experiencias, realidades de la economía y objetivos conforme a los planes, principalmente el programa nacional de financiamiento del desarrollo. Por esta razón es explicable que algunos conceptos de interés no se previeron.

Lo que hasta 1991 se conoció como el servicio público de banca y crédito se presto por instituciones bancarias conocidas como sociedades nacionales de crédito, las cuales eran de 2 tipos.

- INSTITUCIONES DE BANCA MULTIPLE

- INSTITUCIONES DE BANCA DE DESARROLLO

Un aspecto importante de la antigua LRSBPC, es que la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros podía acordar que se procediera a la renovación o suspensión de los delegados fiduciarios y servidores públicos que pudieran obligar con su firma a la Institución, con excepción del Director General.

Otro artículo importante o por lo menos destacado a esta extinta ley, lo fué el artículo 25, el cual establecía que para acreditar en forma fehaciente la personalidad y facultades de los servidores públicos de las ya también extintas sociedades nacionales de crédito, bastaba exhibir una certificación de su nombramiento, inscrito en el RPC, expedida por el secretario del consejo directivo.

Para acreditar la personalidad de los delegados fiduciarios, bastará la protocolización del acta en la que conste el nombramiento por parte del consejo directivo o el testimonio del poder general otorgado por la institución, aun cuando en el acta o en el poder, no se mencione especialmente el asunto o negocio en que conste la representación. Por los que se refiere al secreto fiduciario, a esta ley se agregó un artículo, el 94, que estableció lo siguiente:

"Con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, la violación del secreto propio de las operaciones a que se refiere la fracc. XV del artículo 30 de esta ley incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que no sean aquellos entablados por el fideicomitente o fideicomisario, comitente o mandante, contra la Institución o viceversa, constituirá a esta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes."

LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO

Esta ley fué promulgada en el Diario Oficial del 18 de junio de 1990 y entro en vigor el día siguiente de su publicación, dada la política económica establecida por el entonces Presidente de la República, era necesario crear una ley que regulará a los bancos como instituciones privadas de crédito, por lo que era necesario reformar los artículos 28 y 123 constitucionales a efecto de restablecer el régimen mixto en la prestación del servicio de banca y crédito.

Existieron otros motivos por los cuales era necesario llevar a cabo estas reformas, motivos que estaban sustentados en lo siguiente:

- 1.- La impostergable necesidad de que el Estado concentrara su atención en el cumplimiento de sus objetivos básicos.
- 2.- El cambio profundo de las realidades sociales, de las estructuras económicas del propio Estado y del sistema financiero del mismo, había modificado de raíz las circunstancias que explicaron la estatización de la banca en 1982.
- 3.- El propósito de ampliar el acceso y mejorar la calidad de los servicios de banca y crédito en beneficio colectivo.

Aunque la reprivatización bancaria comenzó un año más tarde, la Ley de Instituciones de Crédito, sustituye a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985, misma que como ya vimos regulaba a las sociedades nacionales de crédito, realmente estas dos legislaciones marcan un verdadero contraste, en el renglón económico de México; la Ley de Instituciones de Crédito actual, a diferencia de las legislaciones pasadas no profundiza en la regulación de las instituciones fiduciarias, y solo las regula como una operación bancaria tal y como se establece en el artículo 46, que dice lo siguiente:

- Artículo 46 las instituciones de crédito solo podrán realizar las siguientes operaciones:
- Fracc. XV practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y comisiones.

Realmente no hay mucho que destacar sobre fideicomiso en esta ley de reciente creación , ya que el capítulo IV que se refiere a los servicios en solo dedica cuatro pequeños artículos al fideicomiso de entre los que destacan el siguiente:

"Artículo 80, en las operaciones de fideicomiso a que se refiere la fracc. XV del artículo 46, de esta ley, las Instituciones desempeñaron su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios."

Es claro observar que la Ley de Instituciones de Crédito relega al fideicomiso como un servicio bancario más, aunque en la práctica el fideicomiso representa mucho más que un simple servicio, es un verdadero instrumento jurídico para llevar a cabo un sin fin de operaciones de las cuales destacan los contratos de fideicomiso inmobiliarios en zona restringida , ya que hasta antes de la reforma a la ley general de población, los extranjeros necesitan del fideicomiso para poder adquirir inmuebles en el interior de la república y ahora solo se necesita de este instrumento para adquirir inmuebles en la llamada zona restringida a la cual también ya se hicieron algunas reformas, mismas que tratare más adelante.

Como señalaba en puntos anteriores, se publicó en el Diario Oficial de fecha 23 de Julio de 1993, diversas disposiciones por las que se modifican algunos artículos de la Ley de Instituciones de Crédito y de la Ley del Mercado de Valores, modificaciones que tienen una gran importancia, ya que regulan de una forma más clara y extensa al fideicomiso. ya que por una parte rompe con el esquema que por mucho tiempo prevaleció en nuestro país sobre el hecho de que solo las Instituciones de Crédito podían prestar el servicio fiduciario, extendiéndose este mismo a las casas de bolsa en los términos que mas adelante señalare.

Primeramente comentaremos el artículo 104 de la L.I.C. que con la reforma publicada en el D.O. citado, que como sigue:

Artículo 104.-

"Cuando la Comisión Nacional Bancaria (Hoy Comisión Nacional Bancaria y de Valores) presuma que una persona física o moral está realizando operaciones en contravención a lo dispuesto por los artículos 2 o 103 de esta ley, o actúa como fiduciario sin estar autorizado para ello en la ley, podrá nombrar un inspector y los auxiliares necesarios para que revisen la contabilidad y demás documentación de la negociación, empresa o establecimiento de la persona física o moral a fin de verificar si efectivamente esta realizando las operaciones mencionadas, en cuyo caso, dicha Comisión podrá ordenar la suspensión inmediata de operaciones o proceder a la clausura de la negociación empresa o establecimiento de la persona física o moral de que se trate.

Es claro observar que este artículo tiende a respaldar el hecho de que las instituciones de crédito, las casas de bolsa las aseguradoras y las afianzadoras son los únicos entes autorizados para realizar operaciones fiduciarias.

Ahora, por lo que corresponde a las reformas que se realizaron a la Ley del Mercado de Valores, las cuales son de gran importancia para el fideicomiso en nuestro sistema jurídico y financiero, destacamos las siguientes:

Artículo 22.- Las casas de bolsa solo, podrán realizar las siguientes actividades:

IV.-

d) Actuar como fiduciarias en negocios directamente vinculados con las actividades que les sean propias, sin que sea aplicable en este caso el primer párrafo del artículo 350 de la LGTyOC.

De aquí se desprende que es necesario reformar o adecuar el primer párrafo del artículo 350 de la LGTyOC., a efecto de que no se contraponga con lo establecido con el artículo 22 de la LMV.

El artículo 103 de la misma ley, establece las bases sobre las cuales las casas de bolsa deben de desempeñar su función de fiduciarios, del cual destacamos lo siguiente:

Artículo 103.- Los fideicomisos en los que intervengan las casas de bolsa en los términos del artículo 22, fracción IV inciso d) de esta ley, se regirán en lo conducente por lo dispuesto en el capítulo segundo de la Ley General de Título y Operaciones de Crédito, debiéndose observar en todo caso lo siguiente:

I.- Solo podrán afectarse en estos fideicomisos los valores sujetos al régimen de la presente Ley, o en efectivo destinado a la adquisición de tales valores.

II.- Las casas de bolsa desempeñaran su cometido y ejercerán sus facultades por medio de delegados fiduciarios.

IV.- En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas se podrá prever la formación de un comité técnico, establecer las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. cuando la fiduciaria, en los términos del fideicomiso, obre ajustándose a los dictámenes y acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad.

V.- El personal que las casas de bolsa utilicen directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos, no formará parte del personal de las mismas, sino que, según los casos, se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso. Sin embargo cualquier derecho que asista a dicho personal conforme a la ley, lo ejercerán contra la casa de bolsa, en la que, en su caso y para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte, afectará en la medida que sea necesario, el patrimonio fiduciario.

De los párrafos transcritos, se deduce a todas luces, que a las casas de bolsa al otorgárseles la facultad de realizar operaciones fiduciarias, se les aplico de forma análoga los mismos criterios que regulan a las instituciones de crédito para realizar la función de fiduciarias, por lo que una casa de bolsa o una institución de crédito, al realizar una operación de fideicomiso, lo harán bajo las mismas reglas, aunque dichas reglas se plasmen en diferentes ordenamientos jurídicos, y al tenor de la LGTyOC.

En cuanto a las adiciones que se le hicieron a la Ley General de Instituciones de Fianzas, se encuentra la siguiente:

Artículo 16.- Las Instituciones de Fianzas sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

Fracción VX

Actuar como Institución Fiduciaria sólo en el caso de fideicomisos de garantía en que se afecten recursos relacionados con las pólizas de fianza que expidan, como excepción a lo dispuesto por el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Asimismo, por lo que respecta a las instituciones de seguros, se hicieron las siguientes reformas:

Artículo 34 de la Ley de Instituciones Mutualistas de Seguros

Las Instituciones de Seguros sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

Fracción IV.- Actuar como Institución Fiduciaria en el caso de los fideicomisos de administración en que se afecten recursos relacionados con el pago de primas por los contratos de seguro que se celebren como excepción a lo dispuesto en el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

CAPITULO SEGUNDO

NATURALEZA JURIDICA DEL

FIDEICOMISO

CAPITULO II

En México la legislación es poco clara para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso, desde luego los pocos artículos de la ley cambiaria que se ocupan del fideicomiso y que desde el origen de este lo regulan, no proporcionan mucha información acerca de como puede ser clasificado el fideicomiso, lo cual ha dado origen a polémicas sobre el particular.

La doctrina mexicana se encuentra muy dividida sobre el particular, según veremos más adelante, y esta desorientación debe atribuirse fundamentalmente a la imprecisión de las teorías sobre los actos jurídicos por lo que trataré de determinar la naturaleza del fideicomiso con las teorías que más adelante se describen.

I. TEORIA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

Los maestros Rodríguez y Rodríguez, Molina Pasquel, Jorge Barrera Graf, entre otros conciben al fideicomiso como negocio fiduciario

Es importante determinar lo que los autores llaman negocio jurídico para que después lo podemos entender como negocio fiduciario.

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

Una definición de negocio jurídico nos la da el Lic. Rafael de Pina y dice:

" Es una especie de acto jurídico cuyo concepto ha sido elaborado por la doctrina extranjera, especialmente por la Alemana, siendo definido, en términos generales, como la situación jurídica que el derecho valora como creada y reglamentada por la voluntad declarada de las personas" (18).

(18) DE PINA RAFAEL. "DICCIONARIO DE DERECHO" ED. PORRUA S.A. MEXICO 1981 PAG. 354

Es conveniente aclarar que por lo menos en México no se reconoce en nuestra legislación la expresión negocio jurídico , ya que el Código Civil para el Distrito Federal desconoce la expresión de negocio jurídico.

Para el profesor Miguel Villoro Toranzo el vocablo negotium encontraba en los textos Romanos y en los del antiguo derecho español, pero usado con tanta variedad de sentidos que parecía inservible, por ello no se introduce directamente en la ciencia jurídica al término de acto jurídico, entonces se empleará la frase negocio jurídico , para nombrar un tipo especial de actos jurídicos.

Una tercera opinión , tomada de lo que menciona el Lic. Francisco Ferrara, nos dice que el negocio fiduciario consta de dos contratos de índole y de efectos diferentes.

1.- Un contrato real positivo que produce la transferencia de la propiedad o del crédito y que se realiza de modo perfecto e irrevocable.

2.- Un contrato obligatorio negativo, por la obligación del fiduciario de usar tan solo en cierta forma el derecho adquirido, para restituirlo después al transferirlo o aun tercero.(19)

Considero que la teoría antes expuesta no es del todo correcta ya que ninguna de las relaciones existe en forma autónoma sino que una subordinada a la otra, la relación de carácter real tiene que acompañarse de la relación personal que la limita, de otra manera los efectos reales de la fiducia, se confundirían con los otros negocios típicos traslativos, lo cual constituiría una duplicidad inútil.

El maestro Luis Muñoz, señala que el fideicomiso se perfecciona cuando en virtud de quedar integrado con todos sus elementos constitutivos culmina su proceso formativo llegando a ser un negocio jurídico completo, cuando carece de algunos de los elementos constitutivos genérico y específico se dice que está incompleto. (20)

(19) FERRERA FRANCISCO. "LA SIMULACION DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS" ED. REVISTA DE DERECHO PRIVADO.

(20) MUÑOZ LUIS "EL FIDEICOMISO" ED. CARDENAS MEXICO 1973 PAG.

Conviene advertir que al estar sometido a "Conditio Juris" condición legal o de Derecho por ser esta un requisito objetivo o un presupuesto lógico de la naturaleza legal la eficiencia y validez del fideicomiso está subordinada a esa condición impropia que es sobre entendida, de tal suerte que el negocio no nacerá ni será eficaz, inclusive aunque las partes no lo hayan hecho depender de la "Conditio Juris".

Tanto el supuesto de que el fideicomiso carezca de alguno de sus elementos constitutivos como por estar sometido a "Conditio Juris" debe apreciarse una situación de dependencia

El maestro Jorge Barrera Graf sostiene que *"El fideicomiso es un negocio fiduciario de carácter traslativo, en cuya virtud el fideicomitente transmite al fiduciario ciertos bienes o derechos, con la obligación de destinarlos a un fin cierto y determinado"*, de acuerdo con el profesor Barrera Graf, esta doctrina puede considerarse como denominante en el Derecho Mexicano.

El fideicomiso es un negocio fiduciario porque se trata de un negocio que atribuye un derecho patrimonial e interés de otro, porque puede ser tanto el fideicomitente como el fideicomisario, y a nombre propio existe dentro del negocio fiduciario una doble relación que es la transmisión de bienes o derechos al fiduciario (relación real) y obligación asumida por dicho fiduciario de afectar una determinada finalidad de dichos bienes o derechos (relación obligatoria o personal) de no aceptarse la explicación del negocio fiduciario tendríamos que admitir que el fideicomiso es un negocio sui generis lo cual no es decir nada, o que el plantea un tipo de relación especial no admitida en nuestro sistema y si, en el anglosajón en cuya virtud se opera un desdoblamiento de la propiedad, o sea un tipo de propiedad especial tanto al fideicomitente como al fiduciario. (21).

El fideicomiso es un negocio fiduciario y lo es tanto el testamentario como el contractual y el fideicomiso bilateral, en el que no hay fideicomisario o en el que el fideicomisario es el propio fideicomitente.

En todas estas formas de fideicomiso se da la traslación de propiedad y la afectación, es decir, la doble relación; en todas interviene el fideicomitente y el fiduciario.

(21) BARRERA GRAF JORGE. "NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO" ED. PORRUA, MEXICO 1958. PAG. 349.

Cabe señalar que en toda forma de fideicomiso se constituye un patrimonio de afectación destinado exclusivamente al cumplimiento de la finalidad pactada la cual se impone como obligación y como limitación al fiduciario dueño de dicho patrimonio

Concluyendo lo anterior podemos afirmar que el negocio fiduciario está constituido por dos relaciones, una real y la otra obligatoria las cuales son fundamentales ya que la segunda se deriva de la primera y ambas forman una indisoluble unidad.

Al inicio de este capítulo se expuso en forma breve el origen de la existencia de los negocios fiduciarios en el ámbito jurídico y como se puede observar juega un papel de suma importancia, el principio de la autonomía de la voluntad para que los participantes puedan llevar a cabo determinados negocios que no se encuentran previstos en la ley y que son indispensables en la solución de muchos problemas que se presentan en la práctica, así es como surgen a la vida jurídica los negocios indirectos y muy especialmente los negocios fiduciarios, que originalmente son siempre negocios atípicos e innominados.

Principalmente el origen de los negocios fiduciarios han precedido los negocios atípicos e innominados como ha sucedido en nuestro medio jurídico donde originalmente el negocio fue atípico e innominado, pero en la práctica constante los particulares de este tipo de operaciones, hizo que el legislador los tomara en cuenta al expedir los nuevos ordenamientos jurídicos; que en forma continua evolucionan paralelamente con el progreso social, como ha sucedido con los bienes inmuebles en lo que se denomina zona restringida.

Hoy en día el fideicomiso es una figura lícita, típica, legal y perfectamente reglamentada, en consecuencia no parece lógico ni congruente compararla con actos simulados ni con figuras que pueden presentarse teórica y prácticamente en otros países.

En México, el fideicomiso pese a su claro origen anglosajón, constituye un negocio fiduciario, dicho negocio jurídico al ser reglamentado por la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, es un negocio típico en cuanto a su finalidad (causa fiduciae) se trata de un negocio esencialmente traslativo, en el que junto a la relación real de enajenación a favor del fiduciario existe un vínculo obligatorio, que se traduce en la obligación en que este incurre de afectar el bien o el derecho objeto del fideicomiso, a la finalidad señalada por el fideicomitente en el acto constitutivo.

Molina Pasquel critica la teoria del negocio fiduciario por la presencia en el fideicomiso de un beneficiario, que puede ser diferente del fideicomitente, lo cual es ajena a dicho negocio fiduciario, con esta critica, el profesor Molina Pasquel parece admitir la presencia de tres partes en el fideicomiso, a diferencia de la fiducia romana, que solo involucraba a dos partes; lo que sucede en este caso, es que el fideicomisario no se toma en cuenta como una de las partes, por lo que la diferencia con los negocios fiduciarios, no existe.

El profesor Joaquin Rodriguez y Rodriguez, establece que *"El fideicomiso debe considerarse como un negocio fiduciario en cuanto a que se trata de un negocio juridico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominial 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"*. (22)

El dueño fiduciario tiene un dominio limitado, que no por eso deja de ser dominio, es decir, el fiduciario es el dueño del patrimonio, pero dueño fiduciario, lo que quiere decir que es dueño en función del fin que debe cumplir y que normalmente es dueño temporal.

Asimismo, sostiene que el fideicomiso debe considerarse como una variedad de los negocios fiduciarios, de este modo se advierte que en los negocios fiduciarios existe un aspecto real, traslativo de dominio que opera frente a terceros, y un aspecto interno, de naturaleza obligatoria, que restringe los alcances de la transmisión anterior pero solo con efectos interpartes. Por eso es evidente que el fideicomiso debe considerarse como un negocio fiduciario.

De lo anterior se desprende que el fiduciario es dueño juridico pero no económico de los bienes que recibió en fideicomiso y será el propio fiduciario quien ejerza las facultades dominiales pero en provecho ajeno.

(22) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN. "DERECHO MERCANTIL" ED. PORRUA MEXICO

Para el Doctor Jorge Alfredo Dominguez, el fideicomiso es un negocio juridico, por la diversidad tan grande de fines que pueden perseguirse con el mismo, el campo tan amplio en el que actúa la autonomía de la 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 juridicos.(23)

Afirma también, que el fideicomiso es un negocio juridico que se constituye mediante declaración unilateral de la voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud del cual este destina ciertos bienes o derechos a un fin licito y determinado y la ejecución de los actos que tienden al logro de ese fin, deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello.

En este mismo orden de ideas, el profesor Raúl Cervantes Ahumada, afirma que doctrinalmente al fideicomiso suele confundirse con los llamados negocios fiduciarios, siguiendo a la teoría angloamericana, y sostiene que el negocio fiduciario es un negocio completo, atípico, compuesto de dos negocios tipicos cuyos efectos son contradictorios.

El primer negocio es real, exteriorizado, es decir, efectivamente realizado por las partes, y el segundo negocio destruye entre las partes los efectos del primero, es un negocio oculto que solo tiene eficacia interna entre las partes; por ejemplo: se transfiere la propiedad para fines de "garantía". El negocio traslativo será válido, pero el acreedor deberá devolver la propiedad del deudor cuando este último pague su deuda.

Finaliza afirmando que si el negocio fiduciario es atípico por definición y el fideicomiso es un negocio atípico, por principio queda excluida la comparación.

En el negocio fiduciario, como ya se vio anteriormente, los efectos del negocio aparente se destruyen por el oculto; el fideicomiso es un negocio único, no compuesto de dos negocios, y cuyos efectos derivan del acto constitutivo o de la ley, no de relaciones internas y secretas que en el fideicomiso deben considerarse prohibidas.(24)

(23) DOMINGUEZ, JORGE ALFREDO. "EL FIDEICOMISO ANTE LA TEORIA GENERAL DEL NEGOCIO JURIDICO." ED. PORRUA MEXICO, 1982. PAG. 262.

(24) CERVANTES AHUMADA RAUL. "TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO" ED. HERRERO S.A. MEXICO. PAG. 290.

Desde mi punto de vista, considero que el análisis comparativo que hace el Lic. Cervantes Ahumada acerca del negocio fiduciario y del fideicomiso no es del todo correcto, ya que en primer término el hecho de que los negocios fiduciarios sean innominados, en nada perjudica que en nuestra legislación esté reglamentado expresamente el fideicomiso, pues ésta característica no es esencial al negocio fiduciario.

La característica esencial que el prof. Cervantes Ahumada señala acerca del negocio fiduciario, es la de llevar un vacío legal, ya se ha visto como originalmente el negocio fiduciario surge con ese fin, pero una vez que la legislación reconoce a una especie del mismo, se puede afirmar que ese vacío queda plenamente satisfecho.

Esta característica no solamente es peculiar del negocio fiduciario, sino de todas las instituciones jurídicas nuevas, que primero tienen su origen en una situación de hecho amparada en la libertad contractual de las partes y que posteriormente el legislador las reconoce en su afán de hacer acorde al derecho vigente con las necesidades sociales que se pretendan como consecuencia lógica del progreso.

De acuerdo con lo que señala el Lic. Luis Muños, el fideicomiso debe considerarse como una variedad de los negocios fiduciarios, éstos se caracterizan por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo.

Para la consecución de un fin determinado se elige una forma única que permite más de los que es necesario para la realización de aquél con conocimiento de las partes, de los exigidos para el fin práctico que se persigue.

Ahora bien, ampliando un poco la explicación entre fideicomiso y negocio fiduciario, el lic. Mario Bauche Garciadiego, expone de manera sencilla pero clara las diferencias entre estas dos figuras.

"A diferencia del fideicomiso, que es un negocio jurídico reglamentado por el derecho positivo, existe otro muy similar que es conocido como Negocio Fiduciario, pero que tiene notables diferencias con el Fideicomiso."

El negocio fiduciario esta integrado por un negocio jurídico manifiesto válido ante terceros y otro negocio jurídico oculto que responde a la verdadera finalidad perseguida por las partes, válido entre ellas. (25)

La ley no concibe ni reglamenta este negocio fiduciario, porque su finalidad es extra legal o ilícita, trata de salvar o violar los márgenes legales, pero sin embargo se realiza muy a menudo.

En relación con lo anterior, el prof. Octavio Hernández apunta cuatro diferencias entre el negocio fiduciario y el fideicomiso:

- 1.- El negocio fiduciario es secreto, mientras que el fideicomiso no lo es.
- 2.- El negocio fiduciario persigue como regla un fin ilícito oculto en el negocio verdadero, en tanto que el fideicomiso debe tener un fin lícito.
- 3.- El negocio fiduciario no se halla reglamentado por el derecho positivo, mientras que el fideicomiso si.
- 4.- En el negocio fiduciario puede participar cualquier persona, mientras que en el fideicomiso solo pueden ser fiduciarios las instituciones de crédito, las casas de bolsa, las aseguradoras y las afianzadoras.

Podemos afirmar entonces, que el negocio fiduciario es aquel en virtud del cual una persona transmite plenamente a otra ciertos bienes o derechos obligándose ésta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita y determinada y como consecuencia de dicha finalidad obligándose a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o a revertirlos en favor del transmitente.

(25) BAUCHE GARCIA DIEGO, MARIO. "OPERACIONES BANCARIAS" MEXICO, 1981. ED. PORRUA PAG. 377

II.-TEORIA DEL MANDATO

El exponente más destacado de esta teoría es sin duda el Doctor Ricardo J. Alfaro, ilustre jurista panameño, quien tuvo el acierto de asimilar antes que nadie el trust anglosajón a los sistemas jurídicos latinoamericanos de ascendencia romana como lo es el nuestro.

Este autor consideró al fideicomiso como una especie de mandato, basándose en el entendido de que el mandato es un contrato por el cual una persona presta un servicio o realiza algún acto por cuenta o encargo de otra y si el fideicomiso es una realización de algún acto por encargo de un fideicomitente, se podría resumir que el fiduciario es un mandatario y el fideicomitente un mandante.

El proyecto de ley que elaboro este destacado jurista, sin duda alguna fue tomado por las legislaciones mexicanas de 1926, ya que admite dentro de la Ley de Bancos de Fideicomiso, y más tarde dentro de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de ese mismo año, al fideicomiso como una nueva institución siguiendo los elementos del jurista panameño.

En la legislación panameña sobre fideicomiso, en su artículo 2º, plasmo la definición que dio Ricardo Alfaro sobre el fideicomiso, calificandolo como "mandato irrevocable", por lo que se transmiten determinados bienes al fiduciario para que disponga de ellos conforme lo ordena el que los transmite llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario.

Como se puede observar en esta definición, se comete el error de calificar al fideicomiso como un mandato, lo cual en nuestra legislación no se le atribuye tal carácter.

Es lógico pensar que a esta teoría sustentada por el Jurista Ricardo Alfaro se le criticara, teniendo principalmente dos puntos de vista:

A) Si llegamos a aceptar que el fideicomiso fuera un mandato irrevocable, ¿ como se podría explicar el derecho que tiene el fideicomitente consistente en la facultad de poder revocar el fideicomiso en cualquier tiempo.?

B) En el fideicomiso, el patrimonio fideicomitado se encuentra afectado, no así los bienes dentro del mandato, los cuales nunca salen del patrimonio del mandante.

No obstante lo anterior, debemos aceptar que en determinado momento la situación jurídica de un mandatario y de una institución fiduciaria puede encontrarse en un momento dado en forma paralela, siendo evidente que tanto uno como el otro obran en nombre propio más que por cuenta ajena, debido a las limitaciones de su dominio respecto de los bienes dados en fideicomiso, situación análoga a la de aquel (mandatario) pues en todo caso, aún cuando obre en su propio nombre, deberá observar las instrucciones del mandante.

III.-LA MANIFESTACION UNILATERAL DE LA VOLUNTAD Y EL FIDEICOMISO.

Al iniciar el estudio de este tema, es necesario tratar a la declaración unilateral de la voluntad como fuente general de las obligaciones.

El primer problema se manifiesta cuando no se define si la declaración unilateral de la voluntad es fuente particular o general de las obligaciones.

Sobre este particular, el Prof. Rojina Villegas considera que no se ha reconocido ni en la doctrina ni en la legislación, ni en la jurisprudencia, que la declaración unilateral de la voluntad lícita y con interés jurídico, sea por sí sola una fuente general de obligaciones y lo propio se dice del convenio, para modificarlos o extinguirlos; tratándose de la declaración unilateral de la voluntad, se regula un sistema muy distinto, negándole la libertad y autonomía a la voluntad para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones excepto en aquellos casos especialmente determinados por la ley.

Ahora bien, como el Código Civil vigente para el Distrito Federal, ha establecido a la declaración unilateral de la voluntad como fuente de las obligaciones, el debate acerca de la conveniencia e inconveniencia de admitirla como fuente de las obligaciones ha perdido en la actualidad gran parte de interés.

En nuestro sistema jurídico, la voluntad unilateral es una fuente legal de las obligaciones civiles, y el legislador ha hecho bien en aceptarla como fuente de las obligaciones.

Volviendo al Código Civil para el Distrito Federal, este regula en sus artículos 1860 al 1881 como expresiones unilaterales de la voluntad, productoras de obligaciones:

- A) El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio.
- B) El compromiso mediante anuncios u ofrecimientos hechos al público de realizar alguna prestación en favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio.

Cabe destacar que si el acto señalado por el prominente fuere ejecutado por más de un individuo, tendrán derecho a la recompensa:

- 1.- El que primero ejecutare la obra o cumpliera la condición.
 - 2.- Si la ejecución es simultánea o varios llenan al mismo tiempo la condición, se repartirá la recompensa por partes iguales.
 - 3.- Si la recompensa no fuere divisible, se sorteara entre los interesados.
- C) La apertura de concursos en los que haya promesa de recompensa para quienes llenaren ciertas condiciones, con fijación de un plazo.
 - D) la estipulación contractual en favor de un tercero.

La manifestación unilateral de la voluntad, de acuerdo con la interpretación 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.⁽²⁶⁾

El prof. Rafael de Pina, establece que la doctrina nacional no es uniforme, pues

(26) Oh. Cit., Pág. 67

se encuentra frente a frente, en posición irreductible, los dos civilistas mexicanos más caracterizados Borja Soriano y Rojina Villegas sostienen:

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 el prof. Rojina Villegas, 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 indeterminada y la promesa abstracta de deuda.

Entrando al estudio de la declaración unilateral de la voluntad pero vista en la figura del fideicomiso, el prof. Cervantes Ahumada, sostiene que el acto constitutivo es siempre una declaración unilateral de la voluntad, la ley dice que puede constituirse por acto intervivos o por testamento según lo dispone el artículo 352 de la LGTY OC., puede ser que el fideicomiso se contenga dentro de un contrato; pero no será el acuerdo de voluntades lo que constituya al fideicomiso, sino que este se constituirá por la voluntad del fideicomitente.(27)

Hay un gran número de juristas mexicanos que afirman que el fideicomiso puede ser constituido por un acto unilateral de la voluntad, o que es un acto unilateral de la voluntad.

Por su parte el prof. Rodolfo Batiza, sostiene que en un sentido limitado, se ha hecho la aseveración de que el fideicomiso se presenta normalmente como un acto unilateral cuando se establece su voluntad en un acto intervivos lo cual es inmediatamente obligatoria para el, ya que no puede revocarla si no se reserva tal facultad ni puede modificarla sin el consentimiento del fideicomisario, estas consecuencias son independientes de la aceptación del fiduciario y del fideicomisario, que por tanto, no son manifestaciones de la voluntad esenciales para la integración del negocio jurídico, la adhesión del fiduciario a las normas establecidas por el acto constitutivo ya que la aceptación del cargo, concluye diciendo que son condiciones jurídicas para la ejecución del fideicomiso, pero no para su perfección jurídica.(28)

(27) Ob. Cit., Pág. 289

(28) BATIZA RODOLFO, "EL FIDEICOMISO" TEORIA Y PRACTICA ED. PORRUA, MEXICO 1958 PAG. 132

De lo anterior se desprende que la simple manifestación unilateral de la voluntad no transmite los bienes o derechos, pues para que esta transmisión se realice, es necesario la aceptación de quien va a recibir los bienes materia del fideicomiso, por lo que es necesario la aceptación del fiduciario.

La confusión sobre la naturaleza del acto que crea el fideicomiso, estimo que se deriva de la redacción de los artículos 350 y 352 de la LGTyOC., mismos que a la letra dicen:

Artículo 350.-

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

En caso de que al constituirse el fideicomiso no se 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 estuvieron ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la ley.

La no muy acertada redacción del párrafo tercero del artículo en cuestión, nos lleva a una confusión, cuando habla de que el fideicomitente puede designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse.

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

La práctica ha demostrado que solamente un fiduciario substituye a otro cuando el fiduciario titular no pueda seguir cumpliendo con su función, o cuando el fideicomitente o el fideicomisario así lo soliciten.

De lo anterior podemos hacer las siguientes observaciones:

Se reconoce la autoridad del fideicomitente expresada en el acto constitutivo y solo supletoriamente se dictan las reglas siguientes:

No se impone la designación de la institución fiduciaria, ya que ésta puede renunciar al cargo o aceptar el mismo, pues se configura el caso como un contrato que requiere la voluntad de ambas partes y en esos supuestos o cuando al igual que en el de remoción se nombrará sustituto.

Fuera de estas hipótesis, como es natural, por falta de institución fiduciaria, cesará el fideicomiso es decir, terminará.

De lo anterior podemos observar que el legislador determinó que el fideicomiso es un contrato y requiere la voluntad del fideicomitente y el fideicomisario.

El otro aspecto por cuya razón los autores comparan al fideicomiso con la manifestación unilateral de la voluntad, es el relativo a que nuestro legislador, estableció la posibilidad de que el fideicomiso pueda constituirse mediante testamento, de conformidad con lo que dispone el artículo 352 de la LGTOC., mismo que más adelante se transcribe, si analizamos a fondo este aspecto, se puede llegar a la conclusión de que tanto el testamento como el fideicomiso son conceptos que se excluyen el uno al otro y que sin embargo si es posible constituir un fideicomiso testamentario, o un testamento con cláusula fiduciaria.

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.

La disposición de bienes por testamento está sujeta a la obligatoriedad de que los bienes permanezcan dentro del patrimonio del testador durante el lapso que corre entre la fecha del testamento y la muerte de aquel; el patrimonio puede desaparecer por muy diversas cosas y al fallecer el testador no habría materia de sucesión.

Puede ocurrir 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, si no 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 cujus (lo cual no es un acto de ejecución de fideicomiso, puesto que este no existe.)

En estos supuestos por más que se hable en el testamento de constituir un fideicomiso, no existe tal, pues mientras los bienes permanezcan en el patrimonio del testador, están sujetos a todas las contingencias antes aludidas, en cuyo caso jamás pasarían a poder de la fiduciaria.

Concluyendo este punto, considero que se usa impropriamente la palabra designación, ya que los fiduciarios no se designan, pues ello traería como consecuencia la aceptación forzosa de los fideicomisos por parte de quienes lo van a desempeñar, por lo que a nadie se le puede obligar a trabajar en contra de su voluntad, por lo que los fiduciarios no están obligados a aceptar todos los fideicomisos que se les presenten.

En el supuesto de manifestación unilateral de la voluntad, no puede tomarse en esta materia más que como una peticitación que hace el presunto fideicomitente, misma que si no es aceptada por ningún fiduciario, no tendrá efecto alguno, pues la existencia del fideicomiso comienza cuando el fiduciario acepta el encargo.

Concluyendo con el tema de la naturaleza jurídica del fideicomiso, citaré algunas resoluciones sobre la misma:

"Conforme a los artículos 346, 351 y 356 de la LGTyOC., se concibe el fideicomiso como una afectación patrimonial a un fin cuyo logro se confía en las gestiones de un fiduciario, afectación o derecho de disposición sobre los bienes fideicomitidos de los cuales pasa a ser titular la institución fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito encomendado."⁽²⁹⁾

(29) AMPARO DIRECTO. 1333/1967. JESUS GALINDO GARZA. SEPTIEMBRE 30. 1968. UNANIMIDAD 4 VOTOS. PONENTE NTRO MARIANO AZUELA. 3a. SALA. BENTA EPOCA VOLUMEN CXXXV, CUARTA PARTE PAG. 77

"El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio fiduciario autónomo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria, para la realización de un fin determinado; pero al expresarse que es un patrimonio fiduciario autónomo, con ello se señala particularmente que es diferente de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el fideicomiso, o sea, es diferente a los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario. Es un patrimonio autónomo, afectando a un cierto fin, bajo la titularidad y ejecución del fideicomiso, a quien se haya provisto de todos los derechos y acciones conducentes al cumplimiento del fideicomiso, naturalmente de acuerdo con sus reglas constitutivas y normativas, los bienes entregados en fideicomiso salen por lo tanto del patrimonio del fideicomitente, para quedar como patrimonio autónomo o separado de afectación, bajo la titularidad del fiduciario, en la medida necesaria para la cumplimentación de los fines de la susodicha afectación; fines de acuerdo con los cuales podrá presentarse dicho titular a juicio, como actor o demandado.(30)

(30) AMPARO DIRECTO. 556774 BANCO INTERNACIONAL INMOBILIARIO. S.A. 15 DE JUNIO 1970. MAYORIA DE VOTOS.
PONENTE JOSE ALFONSO ABITIA ARZAPALO. SRIO. JOSE GUILLERMO IRIANTE Y GOMEZ

CAPITULO TERCERO

ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO

CAPITULO III

La constitución de un fideicomiso da lugar a la relación jurídica de la más variada pluralidad de las partes que lo integran, el contenido y duración cambiantes de los derechos y obligaciones que se les atribuyen a las partes, la diferente naturaleza de los bienes que pueden constituir el patrimonio del fideicomiso, la multiplicidad y amplitud de los fines cuyo logro ofrece a través de la institución entre otros factores.

Los derechos y obligaciones que adquieren las partes en un contrato de fideicomiso, son de vital importancia para llevar a cabo el cumplimiento de los fines establecidos.

En virtud de lo anterior se tratará en este capítulo de los derechos y obligaciones de los elementos que conforman el fideicomiso.

Para explicar de una manera más clara los elementos del fideicomiso, lo haré de acuerdo a los ordenes en que se componen:

- A) PERSONALES**
- B) OBJETIVOS**
- C) FORMALES**

A) PERSONALES

Los elementos personales se componen a su vez de tres partes

- 1) El Fideicomitente**
- 2) El Fiduciario**
- 3) El Fideicomisario**

1) EL FIDEICOMITENTE

Particularmente se piensa que el fideicomitente es 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 por parte del fiduciario los fines para lo cual fue creado.

Concepto: De entre todos los autores que definen al fideicomitente, solo el Lic. Villagordo Lozano emplea los elementos básicos que conforman una definición, y define al fideicomitente de la siguiente forma:

"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" (31)

El Lic. Rafael de Pina nos da un concepto aún más completo de la figura del fideicomitente:

"Es la persona física o moral que constituye un fideicomiso, para destinar ciertos bienes o derechos a la realización de un fin lícito y determinado, encargando dicha realización a una institución fiduciaria." (32)

Tomando en cuenta los elementos de las dos definiciones anteriores, obtenemos una definición aún más completa.

"Es la persona física o moral que mediante la expresión unilateral de la voluntad, constituye un fideicomiso afectando al mismo ciertos bienes o derechos para llevar a cabo la realización de un fin lícito posible y determinado, encomendando dichos fines a una institución fiduciaria."

CAPACIDAD PARA SER FIDEICOMITENTE

Antes de dar paso al desarrollo de este tema, es conveniente hacer un análisis sobre lo que señala el artículo 349 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, mismo que a la letra dice:

"Solo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica."

(31) Ob. Cit., pag. 172.

(32) Ob. Cit., Pag. 220

Para tener una idea más amplia y clara sobre el concepto anterior, el término "persona" proviene del verbo latino sano, as, are, avi, 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 papales, por lo que posteriormente paso a utilizarse como término aplicado al ser humano, ya que se consideró que éste representa un papel en la vida.

En forma general, persona es según señala Eduardo García Maynez "*Todo ente capaz de tener facultades y derechos*" (33)

Ahora bien, retomando lo señalado en el artículo 349 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, podemos señalar que la capacidad requerida para ser fideicomitente, es la misma requerida para transmitir un bien o un derecho, o para celebrar un contrato.

Cabe señalar que la capacidad es uno de los atributos de las personas físicas y de las personas morales.

La capacidad es la "actitud para ser el titular de derechos y obligaciones; aptitud para ser sujeto activo o pasivo de las relaciones jurídicas".

De la capacidad distinguimos la de goce de la de ejercicio, la primera es la aptitud de todo ente para ser titular de derechos y obligaciones, se señala como atributo esencial e imprescindible de toda persona. En cuanto a la capacidad de ejercicio es la aptitud de la persona para hacer valer por sí misma sus derechos y cumplir por sí misma sus obligaciones.

La capacidad solo puede presentarse en las personas físicas ya que las personas morales no pueden tener capacidad de esta clase, pero su capacidad de goce esta limitada en razón a su objeto, naturaleza y fines.

33 - GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO" MEXICO. 1969, 16a EDICION ED. PORRUA S.A. PAG 271.

Por lo que se refiere a la persona moral, en relación a la capacidad, señalare que su aptitud por ser sujetos de derechos y obligaciones es regida por la leyes que ordena su organización y funcionamiento.

Las personas jurídicas pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución (artículo 26 Código civil para el Distrito Federal.)

El artículo 27 del Código Civil señala que las personas morales actúan y se obligan por medio de los órganos que la representan, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas a su escritura constitutiva y de sus estatutos.

DERECHOS DEL FIDEICOMITENTE

Conforme a lo establecido en el artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su segundo párrafo, el fideicomitente puede al constituir el fideicomiso, conservar ciertos derechos para si mismo, lo cual resulta importante en los fideicomisos en donde el fideicomisario es distinto al fideicomitente, ya que este al reservarse ciertos derechos continua vinculado al fideicomiso en los términos y condiciones de los derechos que se reserva.

En términos generales el fideicomitente pierde por el hecho de constituirse como tal, gran parte de los derechos que originalmente tiene sobre el objeto del fideicomiso y a cuyo complemento quedarán comisionados.

Una vez que se constituye el fideicomiso, surte todos sus efectos sin la colaboración de la voluntad del fideicomitente y en algunos casos en contra de su voluntad, ya que una vez creada la relación del fideicomiso, el fideicomitente escapa de ella siendo posible sin embargo que se reserve para si ciertos derechos.

De entre los derechos que el fideicomitente se puede reservar para si encontramos los siguientes :

1) Reservar para si, para el fideicomisario o para terceros según su voluntad, derecho sobre el objeto del fideicomiso.

- 2) Los que para el se deriven del propio fideicomiso.
- 3) Revocar el fideicomiso, cuando se haya reservado expresamente ese derecho al constituirse el fideicomiso, ya que la revocación según lo establece el artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es una de las formas de extinción del fideicomiso.

Artículo 357.- El fideicomiso se extingue :

VI.- Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituirse el fideicomiso.

4) Obtener la devolución de los bienes al extinguirse el fideicomiso.

5) Obtener los beneficios del fideicomiso, si se designo así mismo como fideicomisario, el fideicomitente podrá designar varios fideicomitentes para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso previsto en la fracción II del artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Artículo 359 "Quedan prohibidos aquellos fideicomisos:

II.- Aquéllos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya a la muerte del fideicomitente

6) Solicitar al fiduciario le rinda cuentas de su gestión.

La reserva que haga el fideicomitente para ejercitar ese derecho debe ser expreso, conforme a lo establecido en el artículo 84 segundo párrafo de la Ley de Instituciones de Crédito, que a la letra dice:

"Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y para pedir la remoción, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales y a falta de éstos, al ministerio público, sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar la acción."

7) Remoción del fiduciario, el fideicomitente podrá reservarse para si la facultad de pedir la remoción del fiduciario, ejercitando la acción de responsabilidad.

El artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito, en su segundo párrafo señala que "Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y para pedir la remisión, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales, y a falta de éstos al ministerio público, sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo el derecho para ejercitar esta acción".

8.-Nombrar un Comité Técnico

El fideicomitente tiene la facultad, en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas de prever la formación de un comité técnico, dando las reglas para su funcionamiento y fijar facultades. Art. 80 de la Ley de Instituciones de Crédito.

9.- Reversión de los bienes

En los contratos de fideicomiso, que tienen como finalidad que el fideicomitente le garantice obligaciones al fideicomisario, al ser extinguido el fideicomiso en virtud de que el fideicomitente cumplió con todas las obligaciones asumidas en el contrato, los bienes destinados al fideicomiso que queden en poder de la institución fiduciaria, serán devueltos por esta misma al fideicomitente.

El Artículo 358 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone que extinguido el fideicomiso, los bienes a él destinados que queden en poder del fiduciario, serán devueltos por el mismo al fideicomitente.

Rabasa, critica fuertemente al texto de este artículo y sostiene que posiblemente ninguno de los preceptos de la ley que introdujo el fideicomiso Angloamericano en México revela mayor desconocimiento de la naturaleza jurídica de la institución que se quiso reproducir. Coloca al fideicomitente en primer lugar dentro del fideicomiso, como si éste fuera una especie de dueño, una propiedad que al extinguirse el usufructo consolidará en favor en pleno dominio respecto del patrimonio dado en fideicomiso.

Ignora en absoluto el interés jurídico que pertenece al fideicomisario en beneficio de aquél, pero resulta por tanto, contrario a la naturaleza jurídica del acto traslativo de dominio denominado fideicomiso y a todas luces absurdo, disponer de un modo absoluto e ilimitado que en todos los casos de extinción de fideicomiso los bienes a él destinados sean devueltos por el fiduciario al fideicomitente.

Independientemente de lo que opina el Maestro Rabasa, no se debe pasar por alto lo fines establecidos en el contrato de fideicomiso, ya que la institución fiduciaria revertirá los bienes dados por el fideicomitente, siempre y cuando así se hubiese señalado en el propio fideicomiso y una vez satisfechos todos y cada uno de los fines.

Este tipo de situaciones se ven con frecuencia en los llamados fideicomisos de garantía, en los que el fideicomitente aporta al fideicomiso determinados bienes para garantizar sus obligaciones frente al acreedor el cual se convierte en fideicomisario dentro del contrato. Cuando hubieren sido cubiertas todas las prestaciones a cargo del fideicomitente y cumplidos los fines del contrato se le podrá revertir al fideicomitente la propiedad de los bienes dándose así por terminado el contrato de fideicomiso.

OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE.

Gravitan sobre el fideicomitente las obligaciones correlativas que hacia él tiene la fiduciaria las cuales serán objeto de estudio en los siguientes puntos.

Resulta incorrecto asegurar que el fideicomitente esté obligado a llevar a cabo la transmisión de sus derechos sobre el objeto del fideicomiso, ya que el fideicomitente se convierte

en tal, precisamente, hasta que el fideicomiso se perfecciona por lo que dicha obligación lo es de quién por haber decidido constituir un fideicomiso se va a convertir en fideicomitente.

Dentro de las principales obligaciones a cargo del fideicomitente podemos señalar entre otras las siguientes:

1.- Pago de honorarios y gastos al fiduciario. El fideicomitente está obligado a pagar al fiduciario los honorarios que hayan pactado a la fecha de constitución del fideicomiso o en las posteriores reformas al mismo, así como reembolsarle los gastos que hubiere erogado por cuenta del fideicomitente.

Esta obligación no se limita únicamente al fideicomitente, sino también a sus causahabientes o al fideicomisario en su caso, y de no ser cumplida, faculta al fiduciario para renunciar al desempeño del cargo.

2.-Saneamiento para el caso evicción. Obligación que surge para el fideicomitente toda vez que el fideicomiso implica traslación de dominio de bienes inmuebles.

En este punto es necesario distinguir dos situaciones :

a) Si el fideicomiso es oneroso, será el caso en el que el fideicomitente adquiere siempre la obligación de responder del saneamiento.

b) Si el fideicomiso es gratuito será el caso en que el fideicomitente solo responderá del saneamiento si expresamente se hubiere obligado a prestarlo.

La anterior clasificación se realiza, sujetándose a lo que establece el Código Civil para el Distrito Federal, en lo relativo a los efectos de la donación y cuyo preceptos resultan de aplicación en este caso.

3.- En general puede establecerse que serán obligaciones del fideicomitente todas aquellas que adquieran al constituirse el fideicomiso o en las reformas del mismo , ya que la ley no limita en ningún momento el número y calidad de las obligaciones que el fideicomitente puede asumir.

4.- Colaboración es indudable que el fideicomitente tiene la obligación de colaborar con el fiduciario para lograr el cumplimiento de aquellos fines que así lo requieran especialmente si esos fines no pueden ser alcanzados sin la intervención del fideicomitente

2) EL FIDUCIARIO

A) Concepto

"Es la institución de crédito debidamente autorizada para actuar como tal, que recibe del fideicomitente ciertos bienes o derechos para administrarlos de acuerdo a las finalidades establecidas en el contrato por el propio fideicomitente."

Otro concepto de lo que es el fiduciario el Dr. Cervantes Ahumada lo define como *"La persona a quien se encomienda la realización del fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso y se atribuye la titularidad de los bienes fideicomitados"* (34).

Por su parte el Lic. Rafael de Pina, señala que *"El fiduciario es la persona encargada por el fideicomitente de realizar el fin del fideicomiso"*. (35)

Acorde a las definiciones anteriores, podemos establecer que solo tienen capacidad para ser fiduciarios las instituciones de crédito, constituidas con el carácter de sociedades anónimas, en los términos de la fracción XV del artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito, conforme a lo establecido por el artículo 350 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito; aunque en este artículo se menciona *"Que solo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello, conforme a la Ley de Instituciones de Crédito"*.

De lo anterior podría desprenderse que en México existe una imposibilidad legal para que personas morales distintas a las instituciones de crédito puedan actuar como fiduciarios, tipificando al fideicomiso dentro de las operaciones bancarias de servicios y consecuentemente como acto de comercio (Art. 75, Fracción XIV del código de comercio.), sin embargo como ya se comentó, también las casas de bolsa, las aseguradoras y las afianzadoras pueden realizar funciones de fiduciario.

(34) Oh. Cit., Pág. 292

(35) Oh. Cit., Pág. 69

Ahora bien, retomando la idea de la capacidad de los fiduciarios, podemos agregar que la exigencia legal de que solo las instituciones de crédito, las casas de bolsa, las aseguradoras y las afianzadoras pueden ser fiduciarias, tiene las siguientes ventajas:

1.- Asegurar que quien desempeña el cargo de fiduciaria sea una institución de reconocida solvencia.

2.- Asegurar la permanencia y continuidad de la labor de la fiduciaria, ya que las corporaciones tienen prácticamente vida limitada.

3.- Asegurar que el trabajo de la fiduciaria sea realizado por instituciones técnicamente especializadas.

4.- Asegurar el control y vigilancia de la fiduciaria, por parte de las autoridades correspondientes que controlan y vigilan a las instituciones de crédito, las casas de bolsa, las aseguradoras y afianzadoras.

B) Designación de la Fiduciaria

Pueden ser designadas una o varias instituciones fiduciarias en el acto constitutivo del fideicomiso, para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso. En el propio acto deberán ser establecidos el orden y las condiciones en que las fiduciarias hayan de substituirse.

Respecto a la posibilidad de designar a varias instituciones fiduciarias, el Lic. Rodolfo Batiza comenta lo siguiente: *"Esta posibilidad sería más apropiada si se tratase de personas físicas como fiduciarias, pero resulta por demás inútil tratándose de instituciones fiduciarias, vista la supervisión oficial a que están sometidos y a su duración indefinida; hasta donde llega nuestro conocimiento, no se ha utilizado en la práctica".*⁽³⁶⁾

Por lo que respecta a la designación nominal de la fiduciaria, al constituirse el fideicomiso, deberá ser hecha por:

(36) *Op. Cit.*, Pág. 137

1.- El fideicomitente

2.- El fideicomisario

3.-El Juez de primera instancia del lugar de ubicación de los bienes.(art. 350 párrafo segundo de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito)

La aceptación del fiduciario aunque no es obligatoria, resulta indispensable para el perfeccionamiento del fideicomiso, ya que sin su conocimiento para aceptar el cargo, la declaración de voluntad del fideicomitente carece de efectos, ya que la fiduciaria es elemento esencial del fideicomiso.

Por otra parte el artículo 356 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que la fiduciaria no puede excusarse de aceptar el encargo o renunciar a él, sino por causas graves a juicio del juez de primera instancia del lugar de su domicilio.

Los textos legales antes transcritos, hacen suponer la designación de un fiduciario sin el consentimiento de éste, pero la realidad es que en la práctica no se da de esta forma, ya que las instituciones fiduciarias ejercen la facultad de rechazar aquellos negocios que por diversas razones no le convenga contratar.

C) Personal de la fiduciaria

El Artículo 82 del mismo ordenamiento señala que "el personal que las instituciones de crédito utilicen directa o exclusivamente para la realización de los fideicomisos, no formarán parte del personal de la institución; sino que según los casos se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso".

Respecto del párrafo anterior, la Comisión Nacional Bancaria estableció en su acta número 724, de fecha 23 de Septiembre de 1972, que los empleados y funcionarios dependientes de una institución fiduciaria que atiendan los fideicomisos manejados por ésta, si pertenecen al personal de la Institución y que, en tal virtud exclusivamente aquellos individuos que trabajan al servicio de un solo negocio o empresa dados en fideicomiso, quedan excluidos de la categoría de empleados bancarios e imputa su relación de trabajo a dichos negocios o empresas ajenas al banco.

D) El Nombramiento de Delegado Fiduciario

El artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito señala que en las operaciones a que se refiere la Fracción XV del artículo 46 de dicha ley, las instituciones desempeñaran su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios.

Por su parte, el artículo 90 de la Ley de Instituciones de Crédito, establece que "para acreditar la personalidad y facultades de los funcionarios de las instituciones de crédito, incluyendo a los delegados fiduciarios, bastará exhibir una certificación de su nombramiento, expedida por el secretario del consejo de administración o consejo directivo".

En las instituciones de crédito actuales, el director general dentro del ejercicio de sus funciones incluye la de delegado fiduciario.

El nombramiento de los delegados fiduciarios se hace libremente y son designados por el consejo directivo o por los directores del área fiduciaria.

En la derogada Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, los nombramientos de delegados fiduciarios deberían ser confirmados por la Comisión Nacional Bancaria, organismo que tenía en base al artículo 45, fracción IV de dicha ley bancaria, la facultad de vetar o de remover a los delegados fiduciarios designados.

Para efectos de lo anterior, la Comisión Nacional Bancaria dispuso en su circular 274, de 26 de Junio de 1944, que las instituciones tan pronto como nombraran a sus delegados fiduciarios deberían dar aviso a la propia comisión para que esta resolviera si ejercitaba o no el derecho de veto que la ley concedía y de que a fin de que contara con los elementos necesarios para ello, se le debía informar los siguientes datos sobre la persona designada:

1.- Nacionalidad

Se debía hacer la indicación de si es mexicano por nacimiento o por naturalización, en este último punto se debía expresar el tiempo que lleva a radicar en el país.

2.- Edad.

3.-Calidad Moral

Si es bien conocida y reputada en los círculos financieros y si tiene la experiencia y la aptitud necesarias para administrar la empresa.

4.- antecedentes personales

5.- Ingresos

Si tiene los ingresos necesarios y si puede considerarse como persona con la independencia económica necesaria para garantizar el cumplimiento eficaz de las comisiones que se le concierna; y

6.- Los demás datos complementarios a la información solicitada en los puntos anteriores.

Actualmente se siguen utilizando los términos establecidos por la circular antes mencionada, ya que la Comisión Nacional Bancaria no ha expedido ninguna otra circular sobre este particular, lo cual se hace muy necesario en virtud de la situación tan cambiante que se está dando en el sistema financiero mexicano.

E) OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO

Las obligaciones del fiduciario son inherentes a los derechos que hacia el tenga el fideicomitente, el fideicomisario y los terceros derivan tales deberes de la ley o del fideicomiso estos últimos se especifican en cada caso concreto.

Las obligaciones que derivan de la ley son :

1.-Aceptación del fideicomiso.

El artículo 356 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito señala que el fiduciario está obligado a aceptar el fideicomiso y que no pueden excusarse o renunciar a su cargo, sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio.

Lo anterior quedo debidamente aclarado en el punto relativo a la designación del fiduciario.

2.- Cumplir fielmente las instrucciones.-

La obligación primordial del fiduciario consiste en cumplir con el fideicomiso conforme a lo estipulado en el acto constitutivo del mismo. (art. 356 párrafo tercero de la Ley de Títulos)

De lo anterior, podemos manifestar que el fiduciario puede no seguir las instrucciones del fideicomitente o del fideicomisario, según sea el caso, cuando las mismas sean inadecuadas, contravengan los fines del fideicomiso o cuando sean contrarias a derecho.

3.- Inscripciones y registros.

Cuando en un fideicomiso, la totalidad o parte del patrimonio este constituido por bienes inmuebles, se deberá inscribir el documento en el que se haga constar la aportación en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio del lugar en que estén ubicados los bienes (art.353 de la L.G.T.O.C.), no obstante que esta inscripción suele quedar a cargo del notario público ante el que se hace constar el acto jurídico, el fiduciario debe vigilar que dicha inscripción se realice y en caso de que no se haga, tomar las medidas necesarias para su realización.

Así mismo, de conformidad con lo establecido en el capítulo IV del reglamento del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, el fiduciario debe solicitar ante la oficina de registro, la inscripción de aquellos fideicomisos en los que participen o se deriven derechos para extranjeros y cuyo objeto sea la realización de actos regulados por dicho ordenamiento y una vez que se realice el trámite correspondiente sin que exista inconveniente alguno, la oficina de registro, expedirá dentro de los 30 días siguientes una constancia de inscripción, la cual contendrá los datos del fiduciario, del fideicomisario y de los bienes afectos en fideicomiso.

Por otra parte, en el caso de la transmisión a través de fideicomiso de acciones representativas del capital social de una sociedad, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, deberá anotarse al nuevo tenedor del título en los registros correspondientes.

4.- Acatar las instrucciones del Comité Técnico.

Al Constituirse el fideicomiso, o en las reformas del mismo, el fideicomitente puede prever la constitución de un comité técnico, así como dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades.

El fiduciario tiene la obligación de cumplir fielmente con las instrucciones que reciba del Comité Técnico, en la medida de las facultades que el mismo posea de acuerdo con lo establecido en el contrato de fideicomiso y que no contravenga a los fines del mismo, por lo que de acuerdo con lo que se establece en el tercer párrafo del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, "Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdo de este comité, estará libre de toda responsabilidad".

5.- Responder de las pérdidas o menoscabo del patrimonio.

El artículo 356 de la Ley de Títulos, dispone que la institución fiduciaria será responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa. De esta 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 responsabilidad, salvo que haya existido negligencia de su parte en el cumplimiento de sus obligaciones.

Ahora, tratándose de actos de administración y cuando quede a discreción del fiduciario la forma de administrar o invertir, el fiduciario habrá de manejarse con extremo cuidado y pericia, puesto que precisamente quien otorgó tal facultad discrecional lo hizo basándose en la obligada experiencia que sobre tal materia se presume debe tener el fiduciario, es decir, debe de actuar como buen padre de familia, tal y como lo señala el propio artículo 356 de la Ley de Títulos.

6.-Registros Contables.

De conformidad con lo que establece el artículo 79 de la Ley de Instituciones de Crédito, en las operaciones de fideicomiso, mandato, comisión administración o custodia, las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confien, así como los incrementos o disminuciones por los productos o gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la institución de crédito, con los de las contabilidades especiales.

En ningún caso estos bienes estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo, mandato comisión o custodia o las que contra ellos correspondan a terceros de acuerdo con la ley.

7.-Secreto Profesional.

El secreto fiduciario, es en estricto sentido una subespecie del secreto bancario, a su vez constituye una especie del secreto profesional. El artículo 118 de la Ley de Instituciones de Crédito, establece que "con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria, la violación del secreto propio de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta ley, incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que no sean aquellos entablados por el fideicomitente, fideicomisario, comitente o mandante contra la institución o viceversa, constituirá a esta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes.

Del texto anteriormente transcrito se desprenden dos hechos muy claros:

a) En el primer caso se establece implícitamente que no existirá violación al secreto fiduciario por parte de las instituciones fiduciarias cuando proporcionen a la Comisión Nacional Bancaria información que esta requiera sobre algún negocio fiduciario.

b) En el segundo caso, Las instituciones fiduciarias no incurrirán en violación a dicho secreto fiduciario, cuando proporcionen información a las autoridades o tribunales que se las requiera,

cuando en los juicios o reclamaciones de que se trate no hayan sido entablados por los fideicomitentes, fideicomisarios comitentes o mandantes.

Ahora bien , el texto anteriormente transcrito podría interpretarse también de la siguiente forma:

Al utilizar la expresión "incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones" establece como excepción que esos procedimientos sean entablados por el fideicomitente, fideicomisario, comitente o mandante en contra de las instituciones o viceversa y al estar redactado el pronombre relativo " que" como antecedente de los sustantivos "juicios o reclamaciones" se podría dar a entender que los fideicomitentes, fideicomisarios, comitentes o mandantes, no podrían pedir información a las fiduciarias, sino mediante juicio en contra del fiduciario , lo cual resulta inadmisibile, ya que el derecho que tienen las partes a la información nace desde el momento en que celebran el contrato de fideicomiso , por lo cual resulta ilógico o pensar que se tenga que llegar a tales extremos para que las partes tengan acceso a la información sobre su contrato de fideicomiso.

8.- Avisos

La institución fiduciaria tiene la obligación de dar aviso al fideicomitente o beneficiario de toda percepción de productos rentas o frutos , igualmente debe notificar toda operación de inversión , adquisición o sustitución de bienes .

En este mismo orden de ideas , el fiduciario tiene la obligación de notificar al fideicomitente , fideicomisario , comitente o mandante cuando se le presente alguna notificación de demanda sobre el fideicomiso , para que cualquiera de ellos en su caso se aboquen a la defensa del patrimonio del fideicomiso , por lo que una vez que el fiduciario de aviso a las partes correspondientes cesara en ese momento su responsabilidad .

9.- Pago de Impuestos

Toda vez que el fiduciario tiene la propiedad fiduciaria de los bienes dados en fideicomiso le corresponde por ese hecho el pago de las contribuciones fiscales correspondientes .

En la práctica, las instituciones fiduciarias delegan esta responsabilidad al fideicomitente o fideicomisario y se reserva tan solo la obligación de que tales contribuciones se lleven a cabo .

La Ley del impuesto sobre la renta establece en su artículo 9º que "Cuando a través de un fideicomiso se realicen actividades empresariales, la fiduciaria determinara en los términos del título II de esta ley, la utilidad fiscal ajustada o la pérdida fiscal ajustada de dichas actividades y cumplirá por cuenta del conjunto de los fideicomisarios las obligaciones señaladas en esta ley, incluso la de efectuar pagos provisionales".

Haciendo un análisis del artículo anterior destacamos que la disposición que le otorga a la fiduciaria es la de obligado solidario.

En los fideicomisos en los que se lleven a cabo actividades empresariales y aún en los que no se lleve a cabo, los ingresos obtenidos serán acumulados por el fideicomitente o fideicomisario, para determinar su utilidad o pérdida fiscal en el ejercicio en que los perciba.

10.-Derechos

Son las contribuciones establecidas en la ley por los servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público, así como el uso o aprovechamiento de los bienes de dominio público de la nación.

Cuando el fideicomiso con motivo de la utilización de servicios públicos, para el cumplimiento de sus fines los solicite o le sean prestados dichos servicios estará obligado a su pago, por cuenta de los fideicomitentes, o del fideicomisario.

Cabe destacar los derechos por registro en inversiones extranjeras, cuando en los fideicomisos participen o se deriven derechos para extranjeros y cuyo objeto sea la realización de actos por la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Extranjera.

F) DERECHOS DEL FIDUCIARIO

La institución fiduciaria podrá rehusar sin necesidad de expresar motivo, la aceptación de su nombramiento como fiduciaria en determinado fideicomiso.

Este derecho corresponde a la institución de crédito autorizada para efectuar operaciones fiduciarias, pero no a la fiduciaria del fideicomiso, propiamente dicha, puesto que tal carácter lo adquiere, precisamente al aceptar tal designación.

Una vez aceptado el cargo, la fiduciaria tiene derecho a :

1.- Derechos de ejercer actos de Dominio

Si bien es cierto que la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito nos señala específicamente los actos o facultades que el fiduciario puede celebrar o ejercer, debemos entender que ejercerá las facultades que se le confieren por la ley, por el acto constitutivo del fideicomiso o por sus reformas y siguiendo las instrucciones que al efecto reciba del fideicomitente, del fideicomisario o del comité técnico en su caso.

Asimismo, el fiduciario deberá ejercitar los derechos y las acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, dentro de las limitaciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso dentro de las limitaciones legales y las derivadas dentro del acto constitutivo.

2.- Honorarios de la Fiduciaria

Toda vez que el servicio fiduciario, es un servicio bancario que debe ser reductible y lucrativo, el fiduciario fija sus honorarios, los cuales como veremos más adelante tienen varios montos y acepciones. honorarios iniciales, es decir por estudio y elaboración del contrato, dependiendo la complejidad de éste, se fijarán los honorarios.

Por administración y vigilancia, se aplica una tarifa, en la cual dependiendo de los montos, se cobra un porcentaje anual, estableciendo una comisión mínima, que dividido en doce mensualidades determinan el costo mensual mismo que se cobra comúnmente con cargo al fondo del fideicomiso.

Las leyes especiales no prevén específicamente el derecho del fiduciario a percibir honorarios por su desempeño, ni tampoco establecen o explican de manera alguna lo que se deba entender acerca de los honorarios fiduciarios, sin embargo, apoyados por la experiencia se puede decir que *los honorarios fiduciarios son las percepciones que reciben las instituciones de crédito cuando realizan un servicio fiduciario, incluyendo con esto a los mandatos, depósitos y comisiones.*

Como ya mencione anteriormente los honorarios fiduciarios que se pactan en el acto constitutivo del mismo son básicamente dos:

a) Honorarios iniciales

Que son aquellos que el fiduciario cobra por la elaboración del contrato y la aceptación del cargo fiduciario, cuyo monto varía de acuerdo con la complejidad del negocio o de acuerdo con su monto, dichos honorarios tienen que ser cubiertos al momento de la firma del contrato y por una sola vez, normalmente son cubiertos por el fideicomitente, pero suelen darse casos en los que son pagados por la fideicomisaria o más aún son pagados por ambos en partes iguales.

b) Honorarios por administración

Los honorarios periódicos o por administración como comúnmente se les llama, son aquellos que el fiduciario recibe precisamente por la administración del negocio, su cobro se pacta en función de la labor administrativa que tenga que desarrollar el fiduciario, normalmente se cobra un porcentaje sobre el valor del patrimonio de dicho fideicomiso, pero también se puede pactar el cobro de una cantidad fija.

En el caso de los honorarios que se cobran por porcentaje sobre el valor del patrimonio, cabe destacar que su cobro se efectúa en base a las características del contrato y a conveniencia del fiduciario, es decir, en el caso específico de los fideicomisos inmobiliarios, cuando se aporta inicialmente un terreno al que posteriormente se le harán construcciones, es conveniente en este caso cobrar honorarios cuando a dicho lote se le hayan hecho construcciones, ya que el valor se incrementa y por ende la cantidad que recibe el fiduciario es mayor, este caso es aplicable a muchos contratos en los que por su naturaleza el patrimonio se incrementa por aportaciones en efectivo o con el valor de las construcciones, lo cual es totalmente válido para el fiduciario ya que su responsabilidad aumenta cuando se tiene mayor patrimonio.

El cobro de los honorarios fiduciarios se puede hacer con cargo al patrimonio del fideicomiso cuando este lo permita o en todo caso por pago directo del obligado y digo del obligado ya que éste puede ser el fideicomitente o el fideicomisario.

Como ya mencioné en párrafos anteriores, la legitimidad de los honorarios fiduciarios se encuentra plasmada en los contratos o convenios celebrados entre el fiduciario y el fideicomitente, en los que se fijan las condiciones para prestar un servicio fiduciario.

En la época de la banca nacionalizada se dieron a conocer las bases sobre las cuales las instituciones fiduciarias deberían aplicar el cobro de los honorarios fiduciarios, las reglas sobre las cuales se basaban eran las siguientes:

1.- Las tarifas se aplican uniformemente a todos los clientes, personas físicas o morales de cualquier nacionalidad.

2.- Dichas tarifas representaban las cantidades mínimas que se podían cobrar a los clientes.

En la actualidad el cobro de los honorarios fiduciarios ya no opera de esa forma, ya que no se tienen tarifas predeterminadas, sino que cada institución fiduciaria cobra los honorarios de acuerdo a sus propias políticas y consideraciones, lo cual permite que se de una verdadera competencia entre las instituciones fiduciarias, ya que al existir diversidad en el costo por la apertura y administración de un fideicomiso según su naturaleza, el cliente tiene la opción de escoger a la institución fiduciaria que más le convenga de acuerdo a sus necesidades y posibilidades.

Dentro de este rubro del cobro de honorarios, existen algunas cosas que las instituciones fiduciarias no pasan por alto y las cuales se mantienen vigentes.

a) Las comisiones estipuladas en el contrato de fideicomiso serán revisables por el fiduciario cada año.

b) El fiduciario cobrará por modificaciones al contrato y por cada firma que se deriven del contra de fideicomiso.(entiéndase por esto último las firmas de cada escritura de régimen de propiedad en condominio, de hipoteca, de gravámenes, poderes etc..)

c) Comisión por pago extemporáneo.

d) En algunos casos se tiene previsto el cobro por expedición de cheques así como por expedición de fotocopias, que aunque no es muy gravoso si forma parte del servicio que se presta y que en todo caso no tendría por que ser absorbido por la fiduciaria.

Prohibiciones a la Fiduciaria

Es de gran importancia establecer las prohibiciones o limitaciones que invariablemente se le imponen al fiduciario tanto en el manejo de los fondos, como el responder por ciertos valores que se adquieran o el garantizar ciertos rendimientos.

La fiduciaria tiene prohibido:

1.- De conformidad con lo establecido por la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, la fiduciaria no puede constituir fideicomiso en favor de si misma.

2.- De conformidad con lo establecido en el inciso a) de la fracción XIX del artículo 106 de la Ley de Instituciones de Crédito, se prohíbe a las instituciones fiduciarias celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, mandatos o comisiones. El Banco de México podrá autorizar, mediante disposiciones de carácter general, la realización de determinadas operaciones cuando no implique un conflicto de intereses.

3.- De conformidad con lo establecido en el inciso b) de la fracción y artículo señalados en el párrafo anterior, las instituciones fiduciarias tienen prohibido responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes, del incumplimiento de los deudores, por los créditos que se otorguen o de los emisores, por los valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del artículo 356 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, o garantizar la percepción de rendimiento por los fondos cuya inversión se les encomiende.

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

Cualquier pacto en contrario a lo dispuesto en los párrafos anteriores no producirá efecto legal alguno.

En los contratos de fideicomiso, mandato o comisión se insertarán en forma notoria los párrafos anteriores de este inciso y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que se hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido bienes para su inversión.

4.-Fideicomisos secretos: La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 359 prohíbe los fideicomisos secretos.

A este respecto el maestro Cervantes Ahumada, señala que "los efectos del fideicomiso secreto derivan de la ley del acto constitutivo. Por eso, el fin del fideicomiso secreto sería nulo y no producirá el efecto de afectar los bienes al fin secreto. No constituiría el patrimonio autónomo fideicomitado"⁽³⁷⁾

Cabe suponer que en la mayoría de los casos el secreto tiende a ocultar algo ilícito, pero además habría que tener en cuenta la inseguridad del cumplimiento por parte del fiduciario.

5.-El inciso C de la fracción XIX del artículo 106 de la Ley de Instituciones de Crédito en vigor, establece otra prohibición a las instituciones fiduciarias:

Utilizar fondos o valores de los fideicomisos, mandatos o comisiones destinados al otorgamiento de créditos, en que la fiduciaria tenga la facultad discrecional en el otorgamiento de los mismos para realizar operaciones en virtud de los cuales resulten o puedan resultar deudores sus delegados fiduciarios; los miembros del consejo de administración o consejo directivo, según corresponda, tanto propietarios como suplentes, estén o no en funciones; los empleados y funcionarios de la Institución; los comisarios propietarios o suplentes, estén o no en funciones; los auditores externos de la Institución; los miembros del Comité Técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de las personas citadas, las sociedades en cuyas asambleas tenga mayoría dichas personas o las mismas instituciones, así mismo aquellas personas que el Banco de México determine mediante disposiciones de carácter general.

(37). *Op. cit.* pag. 297

6.- También les esta prohibido a las instituciones fiduciarias la celebración de contratos en los que se conceda sucesivamente a personas que deban sustituirse por muerte de la anterior; salvo en el caso de que la substitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente.

Esta prohibición de la ley evita la inmovilización de los bienes en un solo sujeto o descendencia como sucedia en el mayorazgo.

7.- Llevar a cabo contratos cuya duración sea mayor a 30 años cuando el fideicomisario no sea persona jurídica de orden público o institución de beneficencia. (art. 359 de la Ley de Títulos y Operaciones de crédito).

Esta prohibición tiende a evitar que el fideicomiso sea un medio para el acaparamiento de bienes, lo cual resulta ineficaz, ya que transcurrido el periodo de treinta años el fideicomisario tiene la posibilidad de prorrogar el fideicomiso por un periodo igual.

3) EL FIDEICOMISARIO

a) Concepto

El fideicomisario es aquella persona física o moral designada en el acto constitutivo del contrato de fideicomiso para recibir los beneficios de este.

Rafael de Pina, define al fideicomisario como *"la persona física o moral que recibe el beneficio derivado de un fideicomiso."*⁽³⁸⁾

De acuerdo con lo que señala el artículo 348 de la L.G.T.O.P., "pueden ser fideicomisarias las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica."

(38) Ob. Cit., Pág. 220

Como se desprende de los conceptos anteriores, la figura del fideicomisario esta claramente definida, por lo que daremos paso al estudio de la capacidad de este elemento personal del fideicomiso.

b) Capacidad

Con respecto a la capacidades fideicomisario podemos establecer la regla de que para ser fideicomisario se debe tener la capacidad (de goce y ejercicio) necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica, lo cual nos lleva a hacer algunas observaciones:

El fideicomiso presupone la existencia de una serie de beneficios que se establecen a favor del fideicomisario también llamado beneficiario; beneficios que pueden ser de muy variada y diversa índole.

En términos generales se puede señalar que para adquirir un bien, ya sea este mueble o inmueble, es necesario contar con capacidad de goce aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, pero se debe 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 su representante legal. En este último sentido, se encuentra prescrito por el segundo párrafo del artículo 355 de la L.G.T.O.C., 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 publico, según sea el caso."

Al respecto Batiza señala que al exigir la capacidad de los fideicomisarios, este artículo (348 de la L.G.T.O.C.) debe interpretarse en el sentido no de aludir a la capacidad activa para ser fideicomitente, sino más bien a la ausencia de alguna incapacidad especial derivada de la Ley, puesto que el fideicomiso puede constituirse en favor de incapacitados y aún de no nacidos³⁹⁾

Con respecto a la capacidad es pertinente mencionar alguna de las excepciones a la misma que imposibilitan a determinada persona o sector de personas para ser fideicomisarios y por ende para aprovechar el beneficio del fideicomiso.

(39) Ob. Cit. Pág. 280

Con fundamento por lo dispuesto por el CCDF, aplicando por analogía, los extranjeros y las personas morales son capaces de adquirir bienes por testamento o por intestado; pero su capacidad tiene limitaciones establecidas en la constitución política de los estados unidos mexicanos, y en las respectivas leyes reglamentarias constitucionales.

Y el artículo siguiente del mismo ordenamiento establece:

"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 puedan testar o dejar por intestado sus bienes a favor de mexicanos."

c) Derechos del fideicomisario

Los derechos del fideicomisario son correlativos a las obligaciones que hacia el tenga la fiduciaria, por ley o por virtud de los estipulado en el fideicomiso. Estas como es natural no son predeterminables por estar condicionadas a lo dispuesto en cada caso particular.

Analizaremos ahora los derechos más generales del fideicomisario.

1.- Cumplimiento del contrato.-

Conforme a lo establecido por el artículo 355 de la L.G.T.O.C. el fideicomisario tendrá el derecho de exigir a la institución fiduciaria el cumplimiento del fideicomiso, este cumplimiento por parte del fiduciario se habrá realizado por la estricta observancia que la institución fiduciaria haga de todas las instrucciones que reciba, así como de todos los actos que hagan posible la consecución de los fines para los que el fideicomiso fue creado.

2.- Reivindicación de los bienes y anulación de actos del fiduciario.

El artículo 355 de la L.G.T.O.C., establece que el fideicomisario tendrá el derecho de atacar la validez de los actos que el fiduciario cometa en su perjuicio, de mala fé o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan.

Es obvio que el fideicomisario también podrá reclamar por aquellos actos que el fiduciario haya realizado sin apearse estrictamente a las instrucciones que el mismo fideicomisario, fideicomitente o comité técnico le hubieren dado.

El citado precepto legal señala también que el fideicomisario tendrá derecho a reivindicar los bienes que a consecuencia de actos expuestos o de mala fe de la fiduciaria, hayan salido del patrimonio fideicomitado.

Erróneamente el artículo 355 de la Ley de Títulos concede acción reivindicatoria del fideicomisario. Podríamos establecer en términos generales que :

Acción es la facultad que el titular de un derecho tiene para pedir que la autoridad judicial competente lo declare o lo ejecute en provecho del mismo titular.

Acción reivindicatoria es aquella que tiene el propietario de un bien material mueble o inmueble contra el poseedor del mismo, para recuperarlo y al mismo tiempo se le entreguen los frutos y acciones de la cosa. También ha sido definida como: Acción mediante la cual el propietario no poseedor hace efectivo su derecho contra el poseedor no propietario.

En base a lo anterior, la acción que el artículo 355 de la L.G.T.O.C., concede al fideicomisario, no reúne los elementos de la acción reivindicatoria porque:

A.- La acción del fideicomisario no es real, ya que sus derechos no recaen directamente sobre el objeto del fideicomiso, sino personal, ejercitable contra el fiduciario.

El artículo 25 del Código de procedimientos civiles para el D.F. señala que "las acciones personales se deducen, para exigir el cumplimiento de una obligación personal, ya sea de dar, hacer o no hacer determinado acto".

La reivindicación compete a quien no 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 le entregue el demandado con sus frutos y accesorios, en los términos prescritos por el Código Civil.

B.- El objeto del fideicomiso puede no ser un bien mueble o inmueble en cuyo caso la acción reivindicatoria carecería de objeto.

C.- El titular del patrimonio del fideicomiso es invariablemente el fiduciario, y no el fideicomisario.

Sobre este particular el Dr. Raúl Cervantes Ahumada y el Lic. Roberto Molina Pasquel, consideran que la acción que el artículo 355 concede al fideicomisario, opera cuando ella se basa en perjuicios que el fideicomisario reciba por actos de mala fé del fiduciario, es acción revocatoria o pauliana.

Podríamos definir la acción revocatoria o pauliana diciendo, que es aquella que tiene por objeto nulificar los actos y los contratos celebrados por el deudor en fraude de sus acreedores y que tiene por objeto reconstruir el patrimonio del deudor por virtud de acto indebido que ha producido la insolvencia parcial o total del propio deudor.

De lo anterior podríamos establecer que la acción del fideicomisario es más bien acción revocatoria porque:

Se ejerce contra quien posee los bienes objeto del fideicomiso, para reconstruir el patrimonio enajenado por la fiduciaria que, por efecto del fideicomiso es deudora del fideicomisario.

Constituye una defensa del fideicomisario (acreedor) contra actos fraudulentos del fiduciario (deudor)

Su efecto es que los bienes vuelvan a la titularidad del fiduciario (deudor) y no a la del fideicomisario (acreedor).

3.- Derecho a modificar el contrato.

Si en el acto constitutivo del contrato de fideicomiso el fideicomitente estableció que el mismo será irrevocable y éste hubiere asentado la prohibición de efectuar modificaciones o cuando éstas pudieren atentar contra los fines para los cuales el fideicomiso fue creado, no podrá el fideicomisario efectuar ninguna modificación al contrato de fideicomiso, pero en caso contrario,

el fideicomisario estará en facultad de realizar modificaciones al contrato de fideicomiso, siempre que las mismas no contravengan los fines del mismo y sean conforme a derecho.

4.- Requerimiento de cuentas

El párrafo segundo del artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito señala que "las acciones para rendir cuentas, para exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y para pedir la remoción, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales y a falta de estos al ministerio público, sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción.

5.- Terminación anticipada

Si no existe regulación expresa al respecto, es de considerarse que el fideicomisario podrá dar por terminado anticipadamente el fideicomiso, si así se pacto en el acto constitutivo del mismo, o en aquellos casos en que al no mediar pacto expreso, no se afecten intereses de terceros ni se imposibilite la obtención del fin para el cual el fideicomiso fue creado.

6.- Transmisión de derechos

Al 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 este prohibida.

d) Obligaciones del fideicomisario

Las obligaciones del fideicomisario aún y cuando son pocas no dejan de ser importantes para el buen funcionamiento del fideicomiso y el cumplimiento de sus fines, por lo que señalaremos que la obligación principal del fideicomisario es la de pagar los honorarios del fiduciario, por concepto de administración del fideicomiso, cuando en el acto constitutivo del mismo, así se haya pactado, esta obligación del fideicomisario no se encuentra regulada por ningún precepto legal, sin embargo en la vida práctica de las instituciones fiduciaria si se presentan estos casos, por ejemplo:

Los fideicomisos de inmuebles en la llamada zona restringida, en los cuales el obligado al pago de los honorarios periódicos o por administración es el fideicomisario.

Otro claro ejemplo de esta situación la encontramos en los contratos de fideicomiso de garantía, en los cuales incluso se llega a dar el caso en el que fideicomitente y fideicomisario se dividen la obligación del pago de honorarios por administración, pagando cada uno el 50% de dichos honorarios.

Podríamos citar más ejemplos en donde el fideicomisario está obligado al pago de los honorarios fiduciarios por administración del mismo, pero con lo anterior ha quedado claro.

Otra de las obligaciones del fideicomisario, es la de pagar los impuestos y derechos que se generen por la administración y ejecución del fideicomiso.

B) ELEMENTO OBJETIVO

Otro elemento del fideicomiso es el objetivo, que lo constituye en este caso el patrimonio cuya titularidad se transmite al fiduciario.

La definición de patrimonio que considero está muy completa, es la que nos da el prof. Rojina Villegas diciendo que *"es un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valoración pecuniaria y que constituyen una universalidad de derecho"*.⁽⁴⁰⁾

Debido a que la materia del presente trabajo no se enfoca al patrimonio del fideicomiso, solo haré mención de las características del mismo.

El artículo 351 de la Ley de Títulos señala que: "pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes o derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular", recordemos que la cosa objeto del contrato debe primero, existir en la naturaleza, segundo, ser determinada o determinable en cuanto a su especie y tercero, estar en el comercio.

(40) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL." MEXICO 1983 ED. PORRUA PAG. 67

Ahora bien, el artículo 748 del Código Civil para el D.F. señala que "las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley". "Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular" artículo 749 de dicho ordenamiento.

En virtud de lo anterior, los bienes materia del fideicomiso deben existir en la naturaleza, ser determinados o determinables y estar en el comercio.

El patrimonio del fideicomiso puede estar integrado por:

1.- Bienes materiales, muebles o inmuebles

2.- Derechos y

3.- Derechos sobre bienes o sobre derechos

Sin duda alguna la única limitación legal a la integración del patrimonio fiduciario es, como ya se menciona, que los derechos no sean estrictamente personales de su titular.

Ahora daremos paso al estudio de las características del patrimonio del fideicomiso.

a.- Autonomía.

b.- Afectación

a- Autonomía

EL patrimonio dado en fideicomiso es autónomo por ser distinto e independiente del patrimonio del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario.

Ahora bien, el patrimonio autónomo es aquel que es distinto e independiente del patrimonio de quienes intervienen en el contrato de fideicomiso, los bienes dados en fideicomiso salen del patrimonio del fideicomitente, para colocarse en situación de patrimonio de afectación, por lo tanto, los acreedores del fideicomitente no podrán perseguir dichos bienes, salvo que el fideicomiso se haya constituido en fraude de dichos acreedores, en cuyo caso podrán nulificar por medio de la acción pauliana.

b.- Afectación

El patrimonio fiduciario esta destinado a que con el o por el, realice la fiduciaria los actos juridicos necesarios a la consecución del fin deseado por el fideicomitente. Sin duda alguna el patrimonio esta determinado a la obtención de tal fin, por eso el segundo párrafo del artículo 351 de la Ley de Titulos, dice que "los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin que se destinan y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y las acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserva el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros.

C) ELEMENTOS FORMALES

En el derecho romano la palabra solemne significo forma, y esto se encuentra plasmado en el artículo 352 de la LGTOC, que establece que "el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento, y su constitución deberá constar siempre por escrito y ajustarse a lo términos de la legislación común sobre transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso".

El poder de la fiduciaria sobre el patrimonio fideicomitado estará determinado por el acto constitutivo del fideicomiso o en su defecto por la naturaleza del fin al que se destine el patrimonio fideicomitado. De lo que se menciona, es posible inferir que el alcance de la titularidad de la fiduciaria sobre el patrimonio fideicomitado esta limitado por:

- 1o. El fin a cuya concesión tienda el fideicomiso; y
- 2o. La naturaleza de la titularidad que tuvo el fideicomitente sobre el patrimonio fideicomitado.

Los elementos formales del fideicomiso son los siguientes:

- a) El escrito en el que el fideicomiso debe constar

b) Su inscripción en el registro público, en su caso.

c) Inscripción en la sección II del registro nacional de inversiones extranjeras, en su caso.

Ahora analizaremos cada uno de los elementos formales antes descritos.

a) Constancia escrita

1.- La constitución de todo fideicomiso, deberá constar siempre por escrito (art. 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito) de acuerdo con lo siguiente:

El escrito en el que conste el acto constitutivo del fideicomiso, podrá ser público o privado, según lo que sobre el particular disponga el derecho común en vista de la naturaleza del bien que se da en fideicomiso, es decir cuya titularidad se transmite al fiduciario.

1.- Escrito privado.-

Si se trata de bienes muebles, de los cuales es propietario el fideicomitente, el fideicomiso no debe satisfacer más requisito formal que el de constar en escrito común y simple, celebrado entre el fideicomitente y el fiduciario.

El artículo 1834 del Código civil para el D.F. dice que "cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se les imponga esa obligación".

Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar lo hará la otra a su ruego y estampará posteriormente su huella digital.

Por otra parte, el artículo 354 de la LGTOC., establece las formalidades que deberán seguirse para los fideicomisos en los cuales se afecten bienes muebles, surta efectos contra terceros, dichas formalidades son las siguientes:

A) Si se trata de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor.

B) Si se tratare de un título nominativo, desde que este se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor, en su caso;

C) Si se tratare de cosa corpórea o de títulos al portador desde que estén en poder de la Institución Fiduciaria.

II.- Escritura Pública.-

Por principio debemos dejar en claro que se entiende por escritura pública, "*Es aquella que contiene un acto jurídico del cual da fe el notario*".

El artículo 2320 del Código Civil dice " si el valor del inmueble excede de cinco mil pesos, su venta se hará en escritura pública". Asimismo el artículo 2345 del mismo ordenamiento apunta que "la dación de bienes raíces se hará en la misma forma que para su venta exige la ley".

Por lo tanto si se transmite la titularidad de bienes cuyo valor sea superior a cinco mil pesos, el fideicomiso deberá constar en escritura pública.

Aquí en este punto, cabría hacer algunas observaciones en cuanto a que todas las operaciones de compraventa de inmuebles, independientemente de su valor, deben de constar siempre en escritura pública y por ende, inscribirse en el registro público de la propiedad. Por lo que en mi opinión, el artículo 2320 del CC. debería reformarse y adecuarse a la dinámica jurídica de nuestros tiempos.

Inscripción en el registro público de la propiedad.- Recordemos que la principal finalidad del registro es poder demostrar cual es la situación jurídica real de los bienes, saber a quien pertenecen, conocer los derechos reales que han sido constituidos sobre los mismos, para dar seguridad a la propiedad.

El efecto principal de los títulos inscritos en el registro público es que surtan sus efectos frente a terceros.

Por otra parte el artículo 3001 del CC, establece que el registro público y los registradores tienen obligación de permitir a todo el mundo enterarse de las inscripciones así como de los documentos relacionados con dichas inscripciones y que estén archivados. También tienen la obligación de expedir copias certificadas de las inscripciones o constancias que figuren en los folios del registro público, así como certificados de existir o no asientos relativos a los bienes que se señalen.

El artículo 3042 del CC. dispone "en el registro público de la propiedad inmueble se inscribirán:

a) los títulos por los cuales se cree, declare, reconozca trasmita, modifique, limite, grave o extinga el dominio, posesión originaria y los demás derechos reales sobre inmuebles.

Sin duda alguna, de lo anterior podemos establecer que los títulos mediante los cuales el fiduciario adquiere un bien inmueble a través de fideicomiso, deben inscribirse para todos los efectos antes expresados.

El Comité Técnico en los contratos de fideicomiso.

Aunque, estrictamente no es parte de la relación fiduciaria sino más bien un órgano regulador de las partes del fideicomiso, la constitución de este órgano se encuentra plasmada en el párrafo tercero del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, el cual dice: "En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad."

El origen del comité técnico en nuestra ley es desconocido, su estructuración en la práctica como órgano del fideicomiso según aparece en diversos contratos, por su organización facultades y funcionamiento, lo hacen asemejarse a los consejos de vigilancia y administración de las sociedades anónimas.

La ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones auxiliares de 31 de mayo de 1941, fue la que incorporo por primera vez en el texto del artículo 45 fracción IV último párrafo, lo relativo al comité técnico.

En la exposición de motivos de dicha ley, no se hace referencia a las razones que tuvo el legislador para introducir la figura del comité técnico en el fideicomiso.

El comité técnico es un cuerpo colegiado designado en el acto constitutivo del fideicomiso o posteriormente por el fideicomitente, sus facultades se fijan en el propio acto constitutivo. Su duración puede ser temporal o por toda la vigencia del fideicomiso.

Responsabilidad del Comité Técnico.

En nuestra legislación no existen normas que señalen responsabilidad al comité técnico por los acuerdos que tome o las decisiones que adopte; en este caso estimamos que existe una laguna legal que además se agrava por el hecho de que no hay precedentes jurisprudenciales.

No existen disposiciones que determinen si los representantes del fideicomitente, fiduciario o fideicomisario, en el comité técnico son mandatarios o no, pues la ley solo en el caso de los fideicomisos públicos, habla de representantes, en consecuencia estimo que sólo por analogía pudiera establecerse un principio de responsabilidad del comité técnico como cuerpo colegiado frente al fideicomitente, pero, esta cuestión que debería ser bien definida por criterios jurisprudenciales.

Creo que esto es difícil, ya que las cuestiones de responsabilidad del comité técnico, hasta la fecha no han sido planteadas ante los tribunales.

CAPITULO CUARTO

EL CONTRATO DE FIDEICOMISO

EN LA INVERSION EXTRANJERA

CAPITULO IV

Es evidente la posibilidad real de que la inversión extranjera en determinadas condiciones, representa un beneficio para los países que requieren importar capital y tecnología, como es el caso de México. Sin embargo, resulta inútil emitir juicios de valor absolutos sobre los beneficios o costos en abstracto de la inversión extranjera; la alternativa no consiste en determinar si la IE es buena o mala, se requiere en cambio, definir con estudios empíricos que examinen sectores y ramas de actividad específicos, las circunstancias en las cuales la inversión extranjera resulta provechosa a corto y largo plazo para los intereses nacionales.

Se hace necesario dejar en claro que la inversión extranjera en cualquier país del mundo y sobre todo en México representa una importante fuente de empleos e ingresos, ¿pero que debemos entender por inversión extranjera?, entiéndase como *la afluencia de capitales del exterior con objeto de establecer negocios que permitan a lo inversionistas participar en su administración y en los beneficios que estos generen.*

Interpretando a contrario sensu lo anterior, podemos afirmar entonces que toda inversión que se realice en determinado país y cuyos recursos no provengan del exterior, no se pueden considerar como inversión extranjera, aún y cuando se realice por extranjeros que radiquen en dicho país.

I.- FRACCION I DEL ARTICULO 27 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, se expide como consecuencia del levantamiento popular que dio lugar a la revolución mexicana, constituye el resultado de las aspiraciones colectivas de los desiderata emanados de la anarquía y logra que por primera vez en su historia el Estado Mexicano se considere verdaderamente como tal.(41)

Como se señala en el párrafo anterior, la Constitución de 1917 fue la condensación de los ideales y aspiraciones que el pueblo mexicano perseguía desde que inicio sus largas luchas

(41)-ALVAREZ ROBERANIS JAIME. "EL REGIMEN JURIDICO Y LA POLITICA EN MATERIA DE INVERSION EXTRANJERA EN MEXICO." ED. THEMIS. MEXICO 1969. PAG. 105.

por la libertad y el derecho a la vida. La obra de los constituyentes se redujo a abarcarlos en su conjunto y a comprenderlos en su detalle, consignándolos en preceptos legales, para que la mayoría de los mexicanos, que eran los campesinos y el proletariado de las ciudades, tuvieran un apoyo para levantar el nivel social en que se encontraban; así como que la revolución tuviera un programa y una bandera social.

En virtud de lo anterior, estimamos que la propiedad territorial tal como fue legislada en el artículo 27 Constitucional, respondió a un momento histórico que vivía nuestro país.

El artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su fracción I, párrafo primero, establece que solo los mexicanos por nacimiento o naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas y aguas, y el estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos en relación con tales bienes, bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perderlos en beneficio de la Nación Mexicana. En una faja de 100 Kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 Kilómetros en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.(42)

De acuerdo con lo que establece nuestra Constitución, los extranjeros están incapacitados, absolutamente para adquirir tierras, aguas y sus accesorios en las llamadas zonas prohibidas, fuera de estas zonas, podrán adquirir el dominio previo permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, siempre en que convengan en considerarse como mexicanos respecto de dichos bienes y en no invocar la protección de sus gobiernos en relación con los mismos.

Este punto fue discutido por los constituyentes de 1917, al leer el dictamen del artículo 27, el C. Secretario Bojorquez manifestó que:

(42)-FRACCION I DEL ARTICULO 27 CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. (PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL DIA 5 DE FEBRERO DE 1917, ENTRANDO EN VIGOR EL DIA 1 DE MAYO DE 1917.)

"El estudio del artículo 27 del proyecto de constitución, abarca varios puntos importantes: si debe considerarse la propiedad como derecho natural; ¿cual es la extensión de ese derecho? ¿a quienes debe reconocerse capacidad para adquirir bienes raíces?"

"La capacidad para adquirir bienes raíces se funda en principios de Derecho Público y de Derecho Civil. Los primeros autorizan a la nación para prohibir la adquisición de tierras a los extranjeros, si no se sujetan a las condiciones que el mismo artículo prescribe."

"La capacidad par adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación se regirá por las siguientes prescripciones:"

1.- Solo los mexicanos por nacimiento o naturalización, y las sociedades mexicanas, tienen derecho para adquirir el dominio directo de tierras, aguas y sus accesiones en la República Mexicana. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros cuando manifiesten ante la Secretaría de Relaciones Exteriores que renuncian a la calidad de tales y a la protección de sus gobiernos en todo lo que a dichos bienes se refiera, quedando enteramente sujetos, respecto de ellos, a las leyes y autoridades de la Nación.(43)

El diputado Francisco J. Mujica observo que al expresarse que: *" El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros cuando manifiesten ante las Secretaria de*

Relaciones Exteriores que renuncian a su calidad de tales, y a la protección de sus gobiernos en todo a lo que a dichos bienes se refiera." se imponía una renuncia parcial a los derechos de extranjería, cuya validez era discutible en el derecho internacional y opino, con algunos diputados que para que esa renuncia fuera valida se tendria que hacer por medio de los representantes diplomáticos de los extranjeros.

Sobre el particular, el diputado Terrones aclaro que, sería sumamente difícil que un ministro de cualquier país, sancionara la renuncia que ante ellos pusieran sus respectivos nacionales, si la opinión de la diplomacia extranjera era en el sentido de que ningún extranjero

(43)-DIARIO DE DEBATES DEL CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1917. IMPRENTA DE LA CAMARA DE DIPUTADOS. MEXICO 1922. TOMO II PÁG. 780-799

podía renunciar a sus derechos de manera parcial, también opino que dicha renuncia debería de hacerse ante autoridades mexicanas y no extranjeras.

Otra de las opiniones fue la del diputado José J. Reynoso, en el sentido de que solo a quienes hubiesen obtenido la ciudadanía mexicana se les permitiera adquirir bienes raíces o productos del subsuelo, pero esta opinión tenía el inconveniente de la naturalización, ya que no se captaría inversión extranjera en el país.

El problema se resolvió considerándose que no se trataba de renuncia de la nacionalidad en un contrato, en el que las partes se obligan en los términos que pactan. Al respecto el diputado José Natividad Macías aclaró:

"Aquí se obliga, ante la S.R.E., a que se consideren nacionales: hay un contrato de manera que no van a decir los extranjeros que únicamente van a renunciar a su nacionalidad, como estaba en la cláusula anterior, allá se decía simplemente que renunciaban a su nacionalidad, aquí es un contrato en que se exige previamente, no pudiendo ningún gobierno extranjero obligar a sus nacionales a que no contraten, se obliga a sus nacionales a considerarse nacionalizados respecto de los bienes mexicanos, observando las leyes mexicanas. Si faltan al convenio, se les aplicará la cláusula penal."

La exigencia de renuncia a la nacionalidad iba a provocar un grave conflicto, ya que este derecho personal, es considerado extra territorial desde la glosa de acursio (1228) y la renuncia parcial no la aceptarían los agentes diplomáticos de las naciones extranjeras.

Sostenemos el punto de vista del diputado Macías, que tratándose de un convenio no relativo a los derechos personales del extranjero, sino relativo a los bienes que pretenda adquirir, si el extranjero la compra, quedará sujeto a ley del lugar en donde se realice el acto.

Después de los debates referidos, se aprobó el texto del párrafo primero, de la fracción I del Artículo 27 Constitucional, pero la última parte que consigna la prohibición de que los extranjeros adquieran el dominio directo en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, jamás fue discutida, no se dijo nada respecto de la zona restringida, ni el porque de inclusión en dicho artículo.

Por lo que respecta a la Ley Orgánica de la Fracción I del Artículo 27 de la Constitución Política Mexicana, citaremos los artículos 2o y 6o los cuales consideramos los más importantes:

El artículo 2o establece que los extranjeros están impedidos a ser socios en sociedades mexicanas que adquieran dominio directo sobre tierras y aguas situadas en playas y fronteras.

El artículo 6º determina que cuando alguna persona extranjera tuviera que adquirir por herencia derechos cuya adquisición estuviera prohibida a extranjeros por la ley, la SRE dará el permiso para que se haga la adjudicación y se registre en la escritura respectiva. En caso de que alguna persona extranjera tenga que adjudicarse en virtud de derecho preexistente adquirido de buena fé un derecho de los que están prohibidos por la ley, la SRE podrá otorgar el permiso para tal adjudicación.

En ambos casos, el permiso se otorgará con la condición de transmitir los derechos de que se trate a persona capacitada conforme a la ley, dentro de un plazo de cinco años contados a partir de la fecha de la muerte del autor de la herencia.

II.-LA INVERSION EXTRANJERA A TRAVES DE FIDEICOMISO.

A) FIDEICOMISO DE INVERSION TEMPORAL

En la derogada Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Extranjera, surgió un fenómeno novedoso llamado inversión extranjera temporal, también conocido como "Extranjerización Temporal" a la cual recurrieron empresas que se vieron afectadas por la crisis económica de nuestro país, que las condujeron a colocarse al borde de la quiebra, debido al deterioro de sus finanzas.

El Lic. Miguel Angel Lucero, afirma que el fideicomiso de inversión temporal es *"Un fideicomiso de acciones emitidas por sociedades mercantiles mexicanas que operan en ramas o sectores económicos en los que la inversión extranjera o esta completamente excluida o solo puede participar nominalmente en términos minoritarios"* (44)

En años anteriores, con frecuencia se solicito a la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, planteamientos de empresas con participación extranjera minoritaria en su capital social que operaban en sectores regulados y pretendían recibir mayor participación inversión extranjera directa, como una solución a sus problemas económicos y financieros derivados de la crisis, ya que no encontraban inversionistas nacionales que estuvieran dispuestos a invertir el capital social de las mismas.

Tales planteamientos enfrentaron las limitaciones legales que impiden a la IED tener una participación mayor a ciertos porcentajes del capital social de las empresas en varios sectores conocidos como regulados.

El artículo 6° de la Ley de Inversión Extranjera, señala como sectores regulados encontramos los siguientes:

- a) Transporte terrestre.
- b) Comercio al pormenor de gasolina y distribución de gas licuado de petróleo
- c) Uniones de Crédito
- d) Instituciones de Banca de Desarrollo

(44) LUCERO, MIGUEL ANGEL. "LA NUEVA RESOLUCION GENERAL UNICA DE LA COMISION NACIONAL DE INVERSIONES EXTRANJERAS" REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MEXICO. TOMO XXXIX NUMS. 163-165 ENERO-JUNIO 1989. MEXICO, PP. 293

En los siguientes sectores, la inversión extranjera podrá participar solo hasta ciertos porcentajes:

a) Transporte Aéreo Nacional 25%

b) Instituciones de Crédito de Banca Múltiple 30%

Dado que la legislación no establece una excepción a las mencionadas restricciones a la participación de inversionistas extranjeros para los casos en que las empresas mexicanas enfrenten situaciones económicas y financieras críticas, se deja colocadas a las empresas en una difícil alternativa, o se apoyan financieramente con nuevas aportaciones de capital que solo los inversionistas extranjeros están en posición de proveer o se verían empujadas a quebrar o dejar de operar, con las consecuencias inevitables de pérdidas de empleos, disminución de la producción y otras igualmente dañinas para la economía nacional.

La Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, al enfrentar estos casos en el pasado tomando en cuenta la necesidad de evitar males mayores, concedió algunas autorizaciones de extranjerización temporal, estableciendo siempre la obligación de la remexicanización en breve plazo.

Un punto negativo que podríamos destacar sobre este tipo de fideicomisos, es el hecho de que la aplicación de la IET resulta aleccionadora en diversos aspectos, por ejemplo: la aplicación del esquema de temporalidad no fue enteramente eficaz en lo que se refiere a la remexicanización de la estructura del capital de las empresas.

Diversos factores económicos propios de las empresas y del contexto en que han operado, así como la deficiente estructuración jurídica de la extranjerización temporal fueron los que determinaron que muchas empresas hubieran enfrentado dificultades y limitaciones para remexicanizarse en los plazos y con las modalidades establecidas originalmente.

REQUISITOS

Los requisitos para llevar a cabo un fideicomiso de inversión extranjera temporal, son los siguientes:

I.- Solicitar autorización de la SECOFI

II.- Procede solo en los siguientes casos:

A) Tratándose de empresas constituidas y en operación cuando:

- 1.- Se encuentren en situaciones de extremo desequilibrio financiero.
- 2.- Se propongan aumentar en producción total de bienes o servicios destinados a la exportación .
- 3.- Se propongan modernizar tecnológicamente los establecimientos en que se operen los activos fijos que utilicen

B) tratándose de nuevas empresas, cuando se orienten preponderantemente a los mercados de exportación.

La materia del fideicomiso la constituyen las acciones o partes sociales, los extranjeros inversionistas tienen derechos corporativos y pecuniarios derivados de las acciones.

B) FIDEICOMISO DE INVERSION NEUTRA.

El capítulo II del RLIE constituye una novedad en el régimen jurídico de la inversión extranjera en México, porque implica un nuevo sistema para la participación del capital foráneo, ya que se trata de que colabore no solo de la forma tradicional como lo había venido haciendo, es decir, en la realización de actividades productivas o manufactureras, en la intermediación comercial o la prestación de servicios, sino de una nueva manera, o sea alentando su aportación a la formación del capital financiero a través del mercado de valores. y es así como surge la figura de la inversión neutra.

Los fideicomisos de inversión neutra como todos los demás tipos de fideicomiso, tienen características muy especiales, sobre todo porque tienen su origen en la propuesta de varias casas de bolsa mexicanas interesadas en fomentar y consolidar el Mercado Bursátil Mexicano, dicha propuesta se presentó ante la comisión Nacional de Valores. (Hoy Comisión Nacional Bancaria y de Valores) quien después de revisar y analizar la propuesta, emitió los preceptos sobre los cuales se redactaría la creación de la inversión neutra, hasta integrarse al reglamento de "Inversiones extranjeras".

Una forma sencilla de explicar en términos generales el fideicomiso de inversión neutra, es diciendo, que *"Es aquel fideicomiso sobre acciones emitidas por sociedades Mercantiles Mexicanas que cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores, en el que se emiten certificados de participación ordinarios que incorporan los derechos patrimoniales o pecuniarios derivados de las acciones que integran el patrimonio del fideicomiso."*

Pero bien podríamos tomar la definición que la Ley de Inversiones Extranjeras nos da sobre inversión neutra :

"La inversión neutra es aquella realizada en sociedades Mexicanas o en fideicomisos autorizados conforme al presente Título (Título Quinto, Capítulo Primero, LIMRE.) y no se computará para determinar el porcentaje de inversión extranjera en el capital de las sociedades mexicanas."

Es claro observar que la definición anterior no nos dice gran cosa sobre este tipo de fideicomisos, los cuales como ya vimos, son un instrumento muy seguro de inversión y tienen su campo de aplicación básicamente en todas las sociedades cuyas acciones son cotizadas en la Bolsa Mexicana de Valores, con exclusión de sociedades aseguradoras, sociedades afianzadoras y casas de bolsa.

Ahora bien, de entre sus principales características encontramos las siguientes:

1.- Permite captar inversión extranjera de carácter financiero, lo cual dada la situación económica que enfrenta actualmente el país, es de suma importancia, si tomamos en cuenta que la fuga de capitales en México al término del sexenio de Carlos Salinas, ha sido considerable, lo cual hace que este tipo de fideicomisos sea una herramienta jurídica y económica, lo suficientemente confiable, segura y flexible para atraer capitales extranjeros.

- 2.- Sólo se confieren derechos patrimoniales.
- 3.- No se conceden derechos corporativos o de voto.
- 4.- Solo pueden ser materia del fideicomiso acciones de las series "A" o Mexicanas y "N" o Neutras.
- 5.- Los certificados de participación ordinarios pueden ser adquiridos por entidades financieras del exterior en depósito o en administración fiduciaria, para que a su vez emitan títulos-valor a fin de colocarlos en mercados bursátiles del exterior.
- 6.- Las acciones que sean materia de fideicomisos de inversión neutra no se computarán como inversión extranjera.

Una vez que hemos dejado en claro lo que son los fideicomisos de inversión neutra, es conveniente hacer mención de la forma en que se debe interpretar este instrumento jurídico, para tener una visión más amplia sobre el mismo.

Resulta necesario dejar en claro algunas situaciones irregulares que giran en torno a este instrumento jurídico, para así poder desarrollar un poco más la idea sobre este precepto; vemos que en la práctica, la facultad para autorizar la expedición de las acciones de las series "N" o neutras, la otorgaba el reglamento de la SECOFI y no la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, desde un enfoque jurídico no se justificaba que esta facultad competencial se hubiera llevado a cabo de una manera distinta de la que se señala en la LIMRE, cuyo procedimiento habitual, consiste en que la comisión conozca las propuestas o peticiones, una vez analizadas, emite sus resoluciones y la determinación del cuerpo deliberativo que constituye el órgano máximo en materia de la política sobre la inversión extranjera.

Como se observa, no se incluyó en este precepto la participación de la Comisión Nacional de Valores, (hoy CNBV) Organismo encargado de la regulación del mercado bursátil mexicano, a fin de vigilar que se cumpla el objetivo de que la inversión neutra constituya un verdadero instrumento de apoyo financiero para el desarrollo de las actividades empresariales, así como la captación de recursos del extranjero que permitan un mejor desarrollo económico del país.

Retomando un poco la idea de la regulación de la inversión neutra, el Lic. Jaime Alvarez Soberanis, expone que en el artículo 13 de el RLIMRE, no dice nada sobre el monto máximo de participación de la Inversión Extranjera directa a través del sistema de inversión neutra, o sobre todo si se puede adquirir acciones de empresas ubicadas en sectores regulados donde la LIMRE impone limitaciones al ingreso de inversión extranjera en exceso de los montos que se señalen tales preceptos.⁽⁴⁵⁾

Lo anterior quiere decir, que como no se regularon esas cuestiones, se tendrá que estar a lo dispuesto por la legislación, pero la tesis que puede adoptar la CNIE es en el sentido de que como la inversión neutra se da a través de fideicomisos que se establecen en instituciones de crédito que expiden certificados de participación ordinarios que solo otorgan derechos pecuniarios a sus tenedores, se pueden superar tales limitaciones a la participación de inversión extranjera.

"Es obvio que el propósito del autor del reglamento en el sentido de autorizar la participación de la inversión extranjera en el mercado mexicano de valores para fortalecerlo y hacerlo ganar en profundidad y extensión, consciente del papel que este puede desempeñar como método de financiamiento destinado a satisfacer las cada vez más crecientes necesidades que afronta el aparato productivo."⁽⁴⁶⁾

C) FIDEICOMISOS DE INMUEBLE EN ZONA RESTRINGIDA

Uno de los temas que más se comentan en cuanto a inversión extranjera se refiere, es la constitución de fideicomisos de inmueble en zona restringida este tipo de fideicomisos tienen su origen en el acuerdo que el presidente Cárdenas envió con fecha 22 de Noviembre de 1937 a la SRE el cual decía:

(45)-ALVAREZ SOBERANIS JAIME. "EL REGIMEN JURIDICO Y LA POLITICA EN MATERIA DE LA INVERSION EXTRANJERA EN MEXICO." ED. THEMIS. MEXICO. 1990. 1A. EDICION PAG. 240.

(46)- ALVAREZ SOBERANIS JAIME. "EL REGIMEN JURIDICO DE LA INVERSION EXTRANJERA A TRAVES DE LA INVERSION NEUTRA EN EL RLIMRE." REVISTA DE LA ESCUELA DE DERECHO UNIVERSIDAD PANAMERICANA. MEXICO. 1989 PAG. 22

"...Considerando: Que es necesario fomentar el desarrollo económico de las zonas situadas dentro de cien kilómetros a lo largo de las playas, a las que se refiere el último párrafo de la fracción I del artículo 27 constitucional, que este desarrollo puede facilitarse fomentado el establecimiento de empresas que se dediquen a la industria hotelera y de turismo en las propias zonas, así como permitiendo que los extranjeros adquieran en las mismas la posesión pacífica, el uso y el usufructo de los inmuebles urbanos para fines residenciales."

Acuerdo: Se autoriza a la Secretaría de Relaciones exteriores para que en uso de la facultad discrecional que otorga al Estado la fracción I del Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conceda los permisos a los que se refiere el artículo 2º de la Ley Orgánica de la fracción citada, a las instituciones nacionales de crédito que efectúen operaciones de fideicomiso para adquirir el dominio directo de bienes inmuebles urbanos ubicados dentro de la zona a que alude el último párrafo del precepto Constitucional citado, siempre que el objeto de la adquisición sea transmitir la posesión, goce o usufructo de los mismos a particulares mediante contratos de fideicomiso..."

Del anterior acuerdo consideramos oportuno hacer dos observaciones:

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

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

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

Nuestra legislación civil contempla los siguientes derechos reales: La propiedad, la servidumbre, el usufructo, el uso y la habitación, mismos que a continuación se mencionan para su mejor comprensión:

Propiedad.- Del latin proprietas. Dominio que se ejerce sobre la cosa poseída. cosa que es objeto de Dominio

Los romanos concebían a la propiedad como la manera más completa de gozar de los beneficios de una cosa, estos beneficios comprendían jus utendi o usus, es decir la facultad de servirse de la cosa conforme a su naturaleza.

Usufructo.- Del latin usufructus. El artículo 980 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que el usufructo es el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos

Uso.- Derecho real que otorga al usuario la facultad de percibir los frutos de una cosa ajena, los que basten a cubrir sus necesidades y las de su familia aunque esta aumente.

Al igual que el usufructo, es un derecho real, temporal, por su naturaleza vitalicio que se ejerce sobre cosas ajenas, se diferencia de éste, por que es un derecho restringido a ciertos bienes de la cosa y porque es de carácter personalísimo e intransferible.

Servidumbre.- Es el derecho de uso de una cosa o heredad que tiene sobre cosa ajena para provecho suyo o en utilidad pública.

En el derecho de los antiguos romanos la servidumbre constituía una limitación a la propiedad y eran de dos clases reales y personales.

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

Si el inmueble ubicado en zona restringida no puede ser propiedad del extranjero, es cosa ajena y aquel percibe los beneficios sobre la misma, ¿entonces el fideicomisario obtiene un derecho real y se esta contraviniendo a lo establecido por los artículos 11 y 12 de la Ley de Inversiones Extranjeras?

La respuesta que se podría aplicar a este caso, es que como el bien esta afectado en fideicomiso, aunque el extranjero obtenga el uso, este no es un derecho real sino que es distinto, ya que el fideicomiso no se puede equiparar a ninguna otra figura jurídica y de

la relación entre fiduciario y fideicomisario surge únicamente un derecho personal para el fideicomisario como lo manifestamos anteriormente.

DECRETO DEL 29 DE ABRIL DE 1971

El decreto del Presidente Luis Echeverría, del 29 de abril de 1971, publicado en el Diario Oficial el Día 30 del mismo mes, también permitió a los extranjeros el uso y aprovechamiento de inmuebles ubicados en la zona prohibida, mediante contratos de fideicomiso.

Según la exposición de motivos, el acuerdo se fundó en lo siguiente:

En el deber del Gobierno Federal de vigilar y mantener la integridad del territorio nacional, así como el cumplimiento de la Constitución en la necesidad de sostener y acelerar el desarrollo industrial y turístico de las zonas fronterizas y litorales del país en forma planificada, sin que en ningún caso, los extranjeros adquieran el dominio directo sobre las mismas, en la conveniencia de eliminar los suterfugios utilizados para transgredir la prohibición constitucional, como la simulación de contratos y actos jurídicos, en la utilización del fideicomiso que permita a la fiduciaria conservar el dominio y al fideicomisario el uso del inmueble, y en la posibilidad de que las instituciones fiduciarias capten recursos importantes mediante la emisión de certificados de participación inmobiliaria, que representen para los beneficiarios el derecho a la utilización y el aprovechamiento de los inmuebles, sin transmitirles en ningún caso la propiedad, ni crear a su favor derechos reales.(47)

El acuerdo Presidencial del 29 de Abril de 1971, vino a calificar al fideicomiso como único procedimiento lícito, el cual con apego a las normas constitucionales, permite a los extranjeros durante un plazo máximo de 30 años (actualmente son 50 años, según veremos más adelante) gozar del uso y aprovechamiento de inmuebles que se encuentran ubicados en la faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras o en la faja de cincuenta kilómetros a lo largo de las costas mexicanas, y ha venido interpretando contrario sensu, a sancionar como ilícitos a _____

(47) GONZALES, RODRIGUEZ ALFONSO. "ZONAS PROHIBIDAS, FIDEICOMISOS Y CONDOMINIOS" ED. JUS, MEXICO 1990. p

todos los demás procedimientos, que en una u otra forma han sido utilizados para hacer negatoria la prohibición constitucional que nos ocupa.

Veamos ahora el fundamento para la constitución de fideicomisos en zona restringida, plasmado en la Ley de Inversiones Extranjeras, la cual sufrió modificaciones mediante decreto Presidencial expedido el 27 de Diciembre de 1993.

"Capítulo II"

De lo fideicomisos sobre Bienes Inmuebles en Zona Restringida

Artículo 11.- Se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para que instituciones de crédito adquieran como fiduciarias derechos sobre bienes inmuebles ubicados dentro de la zona restringida, cuando el objeto del fideicomiso sea permitir la utilización y el aprovechamiento de tales bienes sin constituir derechos reales sobre ellos y los fideicomisarios sean:

I.- Sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión de extranjeros en el caso previsto en la fracción II del artículo 10 de esta ley; y

II.- Personas físicas o morales extranjeras.

Como se observa el artículo habla de permitir la utilización y el aprovechamiento sin constituir derechos reales, lo cual ya quedó aclarado en párrafos anteriores.

Artículo 12.- Se entenderá por utilización y aprovechamiento de los bienes inmuebles ubicados en la zona restringida, los derechos al uso o goce de los mismos, incluyendo en su caso, la obtención de frutos productos y en general cualquier rendimiento que resulte de la operación y explotación lucrativa a través de terceros o de la institución fiduciaria.

Podemos apreciar que en este artículo se hace hincapié en que la obtención de los beneficios no son directamente a través del fideicomisario, sino del fiduciario, pero realmente no resuelve el problema que ya planteamos, porque de todas maneras el fideicomisario obtiene un derecho real, aun y cuando el artículo 12 sostiene que dichos derechos se obtienen por medio del fiduciario.

artículo 13.- La duración de los fideicomisos a que este capítulo se refiere, será por un periodo máximo de cincuenta años, mismo que podrá prorrogarse a solicitud del interesado.

Tal y como lo mencionamos en párrafos anteriores, la duración de los fideicomisos en zona restringida era por un plazo máximo de treinta años, pero con la extensión a cincuenta años, viene a hacer aun más atractivo para los inversionistas extranjeros, la constitución de este tipo de fideicomisos.

Dentro de los derechos que un extranjero ya sea persona física o moral adquiere con la constitución de un fideicomiso en zona restringida se encuentran los siguientes:

- a) El derecho de utilizar para sí los inmuebles afectos al fideicomiso.
- b) El derecho de permitir a terceros la utilización de dichos inmuebles en cualquier forma legal.
- c) El derecho de instruir a la institución fiduciaria para dar en arrendamiento los inmuebles, por plazos no superiores a diez años.
- d) El derecho a recibir los frutos o rendimientos derivados del arrendamiento de otras personas.
- e) El derecho de instruir a la institución fiduciaria para que grave los inmuebles para garantía de las operaciones que el fideicomisario indique.
- f) El derecho de disponer y de transmitir en cualquier momento durante el plazo del fideicomiso y a cualquier persona nacional o extranjera, física o moral, sus derechos de fideicomisario, sin que para esto se requiera permiso de la SRE.

g) El derecho a designar en cualquier tiempo durante la vigencia del fideicomiso o a su terminación, la persona que habrá de adquirir los inmuebles y de ordenar a la institución fiduciaria la transmisión del inmueble.

h) Todos los demás derechos derivados del contrato de fideicomiso, en tanto que no sean violados los principios especificados por el acuerdo presidencial del 29 de abril de 1971, en la Ley de Inversiones Extranjeras y las condiciones establecidas en el permiso que para tal efecto expida la SRE; del cual nos referiremos en seguida.

I.- Permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

El artículo 11 de la actual Ley de Inversiones Extranjeras, establece que se requiere permiso de la SRE para que instituciones de crédito adquieran como fiduciarias derechos sobre bienes inmuebles ubicados dentro de la zona restringida.

Como ya lo mencionamos anteriormente, el permiso que otorga la SRE tiene su origen en el acuerdo decretado por el Lic. Luis Echeverría Álvarez, quien siguiendo los lineamientos establecidos en el acuerdo presidencial de 22 de noviembre de 1937 del General Lázaro Cárdenas, como único procedimiento adecuado, para que los extranjeros puedan en forma temporal puedan utilizar y aprovechar inmuebles en zona prohibida, y al mismo tiempo acabar con el uso de diversos procedimientos violatorios de nuestra norma constitucional, fue que el 30 de abril de 1971 fuera publicado en el diario Oficial de la Federación el acuerdo presidencial del 29 de Abril de 1971 por el que **"se autoriza a la Secretaría de Relaciones Exteriores resolver sobre la conveniencia de conceder a las instituciones de crédito, permisos para adquirir en fideicomiso bienes inmuebles con fines turísticos o industriales en fronteras y costas, y permitir a extranjeros su uso y aprovechamiento durante un plazo máximo de treinta años.(como ya se trato anteriormente, se modifico dicho plazo a cincuenta años)"**

Este acuerdo consta de seis artículos:

El artículo primero, autoriza expresamente a la Secretaría de Relaciones Exteriores a conceder, en forma discrecional y casuística, a Instituciones de crédito, permisos para adquirir como fiduciarias bienes inmuebles destinados a la realización de actividades industriales o turísticas ubicados en zonas prohibidas, siempre y cuando los fideicomisarios utilicen y aprovechen dichos inmuebles sin que nunca lleguen a tener derechos reales sobre ellos.

El artículo segundo; establece la posibilidad a juicio de la SRE de que el tipo de operaciones a que se refiere el artículo primero, se efectúen a través de instituciones de crédito.

El artículo tercero; crea la Comisión Consultiva intersecretarial, formada por la SRE, la Sria. de Gobernación, la de Hacienda y Crédito Público, la de Industria y Comercio, y el Departamento de Turismo, la cual tiene como función emitir opinión sobre las solicitudes que le turne la SRE, para la constitución de fideicomisos en zona restringida.

La Comisión Consultiva Intersecretarial, desapareció a partir de la publicación del Reglamento para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.

El artículo cuarto; establece las condiciones generales a que están sujetos los permisos para fideicomisos que expide la SRE con base en este acuerdo:

a.- Que la institución fiduciaria conserve, en todo tiempo la propiedad de los inmuebles durante la vigencia del fideicomiso, vigencia que en ningún caso podrá exceder de treinta años;

b.- Que la institución fiduciaria pueda dar en arrendamiento los inmuebles por plazos no superiores a diez años, a la persona que le indique la fideicomisaria;

c.- Que a la extinción del fideicomiso, la institución fiduciaria solo pueda transmitir la propiedad de los inmuebles a personas capacitadas legalmente para adquirirlos, y

d.- Que el Gobierno Federal se reserve, en todo tiempo de verificar el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

e.- Señala los derechos que representan los certificados de participación inmobiliarios que lleguen a emitirse en los fideicomisos de este tipo.

Ahora bien, por otro lado el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en su fracción V señala:

Art. 28.- A la Secretaría de Relaciones Exteriores corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

V.- "Conceder a los extranjeros las licencias y autorizaciones que requieran conforme a las leyes para adquirir el dominio de las tierras, aguas y accesiones en la República Mexicana, obtener concesiones y celebrar contratos...".

El permiso que expide la SRE se debe utilizar dentro de un plazo máximo de 90 días hábiles contados a partir de la fecha de su expedición. Este permiso se deberá insertar en las escrituras que autoricen los notarios, bajo la pena de pérdida de oficio, y los encargados del Registro Público, se abstendrán de inscribir dichas escrituras, bajo la misma pena, si no contienen la inserción expresada.

Para efectos de la expedición de permisos para la constitución de fideicomisos de inmueble en zona restringida, la SRE hace una distinción muy particular, ya que diferencia los permisos para inmuebles ubicados en la península de baja California y los inmuebles ubicados fuera de ésta, por lo que se refiere a los primeros, la SRE, considera que es una zona estratégica para la soberanía nacional, por lo que, para otorgar un permiso para la constitución de un fideicomiso de inmueble en esta zona solicita información adicional conforme a lo siguiente:

A) Existe un formato especial para los fideicomisos que se pretendan constituir en la península.

B) Se debe manifestar el monto de la inversión que se pretenda realizar, se pacta una cláusula compromiso en la que el fideicomisario se compromete ante la SRE a realizar dicha inversión.

Esto resulta muy importante, toda vez que es una fuente de ingresos y empleos para la zona, sobre todo porque se obliga al extranjero a realizar una verdadera inversión que representa un beneficio para el país.

2.-Fideicomisos para Maquiladoras y Parques Industriales.

La industria maquiladora representa un papel muy importante para el desarrollo del país, ya que contribuye con una significativa generación de empleos, adiestramiento y capacitación industrial, a la distribución de ingresos y a la captación de divisas, que ahora más que nunca resulta un factor de vital importancia para nuestro país.

También participa de una manera importante en el desarrollo de la zona en donde se ubican, por la necesidad de infraestructuras adecuadas, la necesidad de servicios de abasto, el desarrollo y la creación de empleos que van desde mano de obra calificada, hasta ejecutivos de alto nivel.

Hoy en día, México atraviesa por un serio problema de desempleo, el cual cada día se ve agravado por la crisis económica, lo cual representa un reto para el gobierno mexicano en la necesidad de generar por lo menos un millón de empleos anuales, es obvio que las fuentes de empleos que genera la industria maquiladora no son suficientes para satisfacer esa necesidad de empleo, sin embargo, podemos afirmar que de los empleos que esta industria genera que en su mayoría es para la clase obrera, es altamente calificada y sobre todo la más barata del mundo.

El gobierno mexicano a fomentado de manera importante el establecimiento de empresas maquiladoras en el territorio nacional, ya que dada nuestra localización geográfica junto al mercado potencial más grande del mundo, representa grandes beneficios para nuestro país, sobre todo ahora que hemos firmado el Tratado de Libre Comercio con América del Norte.

El 22 de Diciembre de 1989, se publico en el Diario Oficial de la Federación, el decreto el decreto para el Fomento y Operación de la Industria Maquiladora de Exportación, el cual como ya lo comentamos en párrafos anteriores, tiene la finalidad de que esta industria genere empleos, divisas, genere y transfiera tecnología y asimismo, que permita la competitividad de la industria nacional.

Con el decreto anterior, se abroga el publicado el 9 de agosto de 1983, publicado en el D.O. el 15 de agosto de 1983.

Es muy importante resaltar que los ojos del mundo están puestos en México por lo que a este tipo de industria se refiere, ya que las grandes industrias de Asia, Europa y por supuesto Norte America, han instalado industrias maquiladoras en el territorio nacional.

Los principales lugares para el desarrollo de la industria maquiladora, están ubicados en la zona fronteriza norte del país, por la facilidad de transportación de los productos terminados, sin embargo no con esto queremos decir que es una regla que este tipo de industria se instalen sólo en la frontera norte, ya que también se han instalado en zonas costeras y en el interior del territorio nacional.

La industria maquiladora se estable principalmente en los llamados corredores o parques industriales, que son grandes extensiones de terreno debidamente lotificados, urbanizados y con todos los servicios requeridos para el establecimiento de esta industria, desarrollados por acuerdo y bajo vigilancia de los gobiernos Federal o estatal.

Hasta antes de la entrada en vigor de la Ley de Inversiones Extranjeras publicada en el D.O. el 27 de Diciembre de 1993, cuando una empresa maquiladora adquiría un inmueble dentro de la zona restringida, se requería permiso de la SRE., para que una institución de Crédito adquiriera en fideicomiso, para permitir a la fideicomisarias (Empresa maquiladora) la utilización y aprovechamiento sobre ese inmueble, actualmente no se requiere de dicho permiso, y las empresas adquieren el dominio directo sobre los inmuebles, según se desprende de los artículos 10 y 11 de la reciente Ley de Inversiones Extranjeras, con lo cual no estamos muy de acuerdo, ya que el fideicomiso realizaba una labor de regulación muy importante en este sector, sobre todo porque era un medio por el cual la SRE., ejercía presión para que este tipo de empresas no cayeran en irregularidades y sobre todo para que cumplieran con los fines para los cuales se establecían en territorio nacional.

El criterio que seguía la SRE., en la expedición de permisos para la adquisición de inmuebles en zona restringida, era el de solicitar que se especificara la actividad industrial, el monto aproximado de inversión, el número de empleos que se generarán, como observamos, se pedía la información básica por la cual el decreto para el fomento y operación de la industria maquiladora tubo tanto énfasis, ya que aun y cuando en dicho decreto se establece en el artículo tercero que se debe inscribir ante la SRE. y en la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, estimamos que se dejó aun lado el hecho de que el fideicomiso era un medio muy eficaz para la regulación de las empresas maquiladoras.

En los contratos de fideicomiso que se celebraban para el establecimiento de este tipo de empresas en la zona restringida, sobresalen dos fines que eran muy importantes, de acuerdo con lo que comentamos en el párrafo anterior:

a) Que la institución fiduciaria conserve siempre la propiedad del inmueble materia del fideicomiso y permita el uso y aprovechamiento temporal del mismo a la fideicomisaria o a quien esta indique, para destinarlo a fines industriales sin concederles derecho real en la propiedad.

Aquí vemos que contrariamente a lo que se establece por el artículo 10 de la Ley de Inversiones extranjeras, no se les concede la adquisición de derechos reales, siendo que dicho artículo permite el dominio directo de bienes inmuebles en zona restringida.

b) Que el inmueble fideicomitado sea transmitido por la fiduciaria en el momento que la fideicomisaria se lo indique, o al término de su plazo o en el caso de terminación del fideicomiso o por cualquier otra causa, a la persona física o moral que la propia fideicomisaria indique.

Atendiendo a todo lo expuestos en los cuatro capítulos precedentes y resumiendo se puede llegar a las siguientes:

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

Primera.- En el derecho romano, la figura jurídica del fideicomiso estuvo basada en la lealtad y buena fe de las personas, para disponer de los bienes de las personas después de su muerte y en otros casos para garantizar el cumplimiento de ciertas obligaciones.

Segunda.- A la figura del fideicomiso en México la podemos calificar como un contrato, toda vez que existe una relación jurídica entre dos o más personas, estableciéndose derechos y obligaciones para cada una de ellas.

Tercera.- Resulta necesario homologar los artículos que regulan las actividades fiduciarias de las casas de bolsa, las aseguradoras, las afianzadoras y de las instituciones de crédito, a efecto de evitar contradicciones al momento de establecer fideicomisos para la captación de inversión extranjera.

Cuarta.- Debe existir un criterio unificado de los legisladores para aplicar el tiempo de duración de los contratos de fideicomiso, ya que por un lado se autorizan fideicomisos hasta por 50 años y por otro se establece como período máximo el de 30 años.

Quinta.- La figura de fideicomiso de inversión temporal debería ser insertada nuevamente en la actual Ley de Inversiones Extranjeras, ya que representa una alternativa viable para la capitalización de empresas mexicanas con recursos del extranjero.

Sexta.- El fideicomiso de inversión neutra debería tener más difusión por parte de las instituciones de crédito y de las casas de bolsa en donde tuvo su origen.

Séptima.- La constitución de fideicomisos de inmueble en la llamada zona restringida para la adquisición de derechos de fideicomisario, es un claro ejemplo de los actos y operaciones que se pueden realizar para la captación de inversión extranjera.

Octava.- Si toda inversión extranjera se realizara a través de fideicomiso, habría mayor vigilancia por parte de las instituciones de crédito y casas de bolsa, independientemente de los controles estatales.

Novena.- Debido a la necesidad imperante que en estos momentos tiene nuestro país, para la captación de divisas, el permitir que la inversión extranjera ingrese al país por medio de la figura del fideicomiso, tiene las siguientes ventajas:

- a) Ingreso real e inmediato
- b) generación de empleos
- c) Confianza y seguridad a los inversionistas extranjeros.

Décima.- Es necesario hacer adiciones a la Ley de Inversión Extranjera, a fin de que los inversionistas extranjeros puedan realizar la adquisición de partes sociales de empresas mexicanas a través de fideicomiso, con la finalidad de darle seguridad y transparencia a este tipo de operaciones.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

- 1.-Alvarez Soberanis, Jaime. "El Regimen Juridico y la Politica en Materia de Inversión Extranjera en México." Editorial Themis S.A., México, 1989.

- 2.-Alvarez Soberanis, Jaime. "El Regimen Juridico de la Inversión Extranjera a través de la Inversión Neutra en el RLIMRE." Editorial Themis S.A., México, 1989.

- 3.-Banco Mexicano Somex, S.A. "Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México." México, 1989.

- 4.-Barrera Graf, Jorge. "Naturaleza Juridica del Fideicomiso." Editorial Porrúa, S.A., México, 1958.

- 5.-Batiza, Rodolfo. "El Fideicomiso." Editorial Porrúa, S.A., México, 1958.

- 6.-Bauche Garciadiego, Mario. "Operaciones Bancarias" Editorial Porrúa, S.A., México, 1981.

- 7.-Cervantes Ahumada, Raúl. "Titulos y Operaciones de Crédito." Editorial Herrero, S.A., México, 1982.

- 8.-De pina, Rafael. "Diccionario de Derecho" Editorial Porrúa,S.A., México, 1981.

- 9.-Dominguez, Jorge Alfredo. "El Fideicomiso ante la Teoria General del Negocio Juridico." Editorial Porrúa, S.A., México. 1982.

10.-Eugene, Petit. "Tratado Elemental de Derecho Romano" Editorial Nacional, S.A., México, 1975.

11.-Ferrara, Francisco. "La Simulación de los Negocios Jurídicos." Editorial Revista de Derecho Privado, S.A., México, 1973.

12.-Foinet, Rene. "Manual Elemental de Derecho Romano" Editorial Cajica, S.A., México, 1956.

13.-García Maynez, Eduardo. "Introducción al Estudio del Derecho." Editorial Porrúa, S.A., México, 1969.

14.-Hernandez, Octavio. "Derecho Bancario. Tomo II." Editorial Jus, S.A., México, 1956.

15.-Iglesias, Juan. "Derecho Romano" Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1976.

16.-Lucero, Miguel Angel. "La Nueva Resolución General Unica de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras." Revista de la Facultad de Derecho UNAM. México 1989.

17.- Margadant S., Guillermin Floris. "Derecho Romano" Editorial Esfinge, S.A., México, 1986

18.-Muñoz, Luis. "El fideicomiso." Editorial Cardenas, S.A., México, 1973.

19.-Rabaza, Oscar. "El Derecho Angloamericano." Editorial Fondo de Cultura Económica, S.A., México, 1974.

20.-Rodríguez Rodríguez, Joaquín. "Derecho Mercantil." Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.

21.-Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil." Editorial Porrúa, S.A., México, 1983.

22.-Serrano Transviña, Jorge. "Aportación al fideicomiso." México, 1950.

23.- Ventura Silva, Sabino. "Derecho Romano" Editorial Porrúa, S.A., México, 1985.

24.-Villagordón Lozano, José M. "Doctrina General del Fideicomiso" Asociación de Banqueros de México., México, 1976.

LEGISLACION

LEGISLACION

- .-Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos.**
- .-Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.**
- .-Ley de Instituciones de Crédito.**
- .-Ley de Inversión Extranjera.**
- .-Ley del Mercado de Valores**
- .-Código Civil para el Distrito Federal.**
- .-Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.**
- .-Código de Comercio.**
- .-Reglamento de la Ley Para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Extranjera.**
- .-Reglamento del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.**

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA

Seminario Judicial de la Federación, volumen CXXXV, Amparo Directo., Azuela, Mariano. 30 Septiembre de 1968, pag. 77

Seminario Judicial de la Federación, Amparo Directo, 556/74 Abitia Arzapalo, Alfonso. 15 de Junio de 1974.