

334



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON

LA FALTA DE SEGURIDAD JURIDICA EN LA
FIGURA DEL FIDEICOMISO, QUE SE CONSIDERA
LEGAL ESTABLECER, EN LA ZONA PROHIBIDA,
PARA EL DESARROLLO DE LA INVERSION
EXTRANJERA EN MEXICO.

57014

T E S I S

PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A :

CECILIA SORAYRA NAVARRO HERRERA

ASESOR: LICENCIADO EN DERECHO JESUS ARMANDO PEREA RIVERA

MEXICO

2000



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

DEDICATORIAS

A MIS PADRES

Por su valioso e incondicional apoyo que me han brindado en el transcurso de mi vida, el cual nunca podré terminar de pagar, gracias también por su cariño aliento y comprensión, con la cual forjaron mi vida a quienes, después de Dios les debo lo que soy.

A OMAR

Gracias por existir y estar presente en algo tan importante para mi como es la culminación de este trabajo, esperando algún día te sirva de aliciente para seguir adelante.

A FERNANDITO.

Con profundo amor y agradecimiento a todo tu apoyo brindado, durante mi vida impulsándome a seguir adelante en todos y cada uno de mis proyectos.

A MIS AMIGOS

Nicthe Ha, Paty, Miguel, Gustavo, Otilio, Aurora, Mónica, Adrián, a todos ustedes muchas gracias por su apoyo incondicional en todo momento y por compartir conmigo este momento tan especial.

A EUGENIO .

Al mejor maestro que pudo
haber puesto Dios en el camino,
Gracias Jefe.

A MI FAMILIA

Por su apoyo, impulso y cariño para
que no me quedara en el camino,
dedicándoles este trabajo con especial
cariño. Gracias Tios.

A MI ASESOR .

Con mi mas profundo respeto y
admiración e inmensa gratitud por
el gran apoyo brindado para la
realización del presente trabajo.

A LA UNIVERSIDAD

Integrada por su grandes maestros y en la cual
brindan la mejor educación que un ser humano
pueda obtener.

**GRACIAS A TI ESA PERSONA
ESPECIAL QUE TODOS TENEMOS
EN ESTA VIDA**

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

MARCO HISTÓRICO DE LA FIGURA DEL FIDEICOMISO		1
1.1	DERECHO ROMANO	2
1.1.1	La Fiducia	3
1.1.2	El Fideicomiso Testamentario	5
1.2	EDAD MEDIA	9
1.2.1	El Mayorazgo	9
1.2.2	Las Capellanías	11
1.3	DERECHO GERMÁNICO	11
1.3.1	La Prenda Inmobiliaria	12
1.3.2	El Manusfidelis	12
1.3.3	El Salman o Treuhand	13
1.4	DERECHO ANGLOSAJÓN	13
1.4.1	Los Uses	14
1.4.2	El Trust	18
1.5	DERECHO EN MÉXICO	25
1.5.1	Proyecto Limantour	25
1.5.2	Proyecto Creel	27
1.5.3	Proyecto Vera España	28
1.5.4	Ley General de Instituciones de Crédito y establecimientos Bancarios de 1924	28
1.5.5	Ley de Banco de Fideicomiso de 1926	30
1.5.6	Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926	32

I.5.7	Ley General de Instituciones de Crédito de 1932	33
I.5.8	Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941	34
I.5.9	Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982	36
I.5.10	Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985	37
I.5.11	Ley de Instituciones de Crédito de 1990	38
I.5.12	Ley de Instituciones de Crédito de 1998	38

CAPÍTULO II

NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO	40	
II.1	CONCEPTO	41
II.2	ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO	43
II.2.1	Fideicomitente	44
II.2.2	Fiduciario	46
II.2.3	Fideicomisario	48
II.3	CLASIFICACIÓN DEL FIDEICOMISO	51
II.3.1	Fideicomisos Públicos y Fideicomisos Privados	51
II.3.2	Fideicomisos Revocables e Irrevocables	54
II.3.3	Fideicomiso Traslativos de Dominio	55
II.3.4	Fideicomiso de Garantía	55
II.3.5	Fideicomiso de Inversión	56
II.3.6	Fideicomiso de Administración	57
II.3.7	Fideicomiso de Primas de Antigüedad	57
II.3.8	Fideicomiso de Planes de Pensiones o Jubilaciones	58
II.3.9	Fideicomiso de Beneficencia	58
II.3.10	Fideicomiso Testamentarios	58

II.4	FINES DEL FIDEICOMISO	59
II.5	EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO	60
II.5.1	Conforme a la Ley	60
II.5.2	Conforme a la Voluntad de las Partes	63
II.6	NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO	64
II.6.1	Mandato	66
II.6.2	Operación Bancaria	66
II.6.3	Acto Unilateral y Negocio Fiduciario	67
II.6.4	Contrato	68
II.6.5	Acto Mixto	69

CAPÍTULO III

INCONSTITUCIONALIDAD DEL FIDEICOMISO EN LA ZONA PROHIBIDA	70	
III.1	Marco Jurídico de la Inversión Extranjera en la Zona Prohibida	71
III.2	La Inconstitucionalidad de la Inversión Extranjera en la Zona Prohibida	79
III.3	Las Lagunas existentes dentro de la Ley en la figura del Fideicomiso que se establece respecto a la Zona Prohibida	86
	PROPUESTA	91
	CONCLUSIONES	94
	BIBLIOGRAFÍA	96
	OTRAS FUENTES	99
	LEGISLACIÓN	101

INTRODUCCION

A lo largo de la historia jurídica en México las diversas variaciones realizadas a la legislación relativa al tema que nos ocupa, han derivado en una serie de problemas a plantearse. El objetivo de este trabajo de investigación es básicamente dar respuesta a uno de estos problemas, dicho objetivo se deduce en plantear una probable solución a la regulación de la inversión extranjera que se da en la zona restringida que regula el artículo 27 fracción primera en su último párrafo de la Constitución General de la República.

A fin de llegar a la consecución de este objetivo, se ha llevado a cabo esta investigación de forma procesal y concreta. Teniendo como base de estudio dos aspectos fundamentales:

- a) El marco histórico de la figura del fideicomiso y
- b) La naturaleza jurídica del fideicomiso.

Estos dos puntos constituyen el marco para la conservación teórico práctico de dicha investigación:

- c) La Inconstitucionalidad del fideicomiso en la Zona Prohibida.

Cabe resaltar que dicha investigación tuvo que asentarse en la bibliografía que se presenta y bajo un criterio personal.

Por lo que respecta al inciso a) su importancia es obvia. Es indispensable plasmar y conocer los antecedentes históricos sobre el origen y desarrollo de la figura legal del fideicomiso. Es necesario conocer dichos orígenes ya que a partir de ello se podrá justificar el cambio de dichos conceptos y sus variantes específicas

Correspondiendo al inciso b) su importancia radica por orden de consideraciones, conceptualizando inicialmente el concepto de la figura del fideicomiso para después secuencialmente orientar hacia el estudio de los elementos que lo integran; derivando de ellos el análisis que constituyen el esquema vertebral que apoya el capítulo III. El cual constituye necesariamente parte de este inciso la clasificación del fideicomiso a fin de que conste que dependiendo del tipo de fideicomiso que se trate se asentaran las acciones jurídicas específicas. La sistemática jurídica de los fines del fideicomiso se presenta como materia que da origen al estudio analítico correspondiente a los elementos que comprenden la figura del fideicomiso como son el fideicomitente, la Institución Fiduciaria y el fideicomisario.

Los problemas de la técnica y ejecución jurídica se revelan por problemas de interpretación, integración, vigencia, entre algunos otros elementos del derecho por lo que resulta necesario el estudio de la legislación vigente en nuestro país como son La Ley de Inversión Extranjera, La Constitución Política de los Estados Unidos, La Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y la Ley Reglamentaria del artículo 27 fracción I Constitucional, entre algunos otros que se consultaron para poder, dirigir la investigación de forma concreta y objetiva.

Sin embargo como es considerable, el estudio exhaustivo de dichas leyes para entender y comprender el contenido teórico y legal de este trabajo de investigación.

En lo que respecta al inciso c) se hace un análisis sobre la regulación de la inversión extranjera en México y en que consiste la inconstitucionalidad y las lagunas que existen dentro de la regulación de la inversión extranjera en la zona prohibida.

El análisis que se ofrece en este último capítulo es la posible solución a la problemática que origina dicha investigación, considerando que la hipótesis inicial sobre la falta de seguridad jurídica en la figura del fideicomiso que se considera legal establecer en la Zona Prohibida se ve resuelta en este último capítulo.

Las conclusiones derivadas de las reflexiones correspondientes a las estimaciones jurídicas erróneas sobre dicho trabajo de investigación.

CAPÍTULO I

MARCO HISTÓRICO DE LA FIGURA DEL FIDEICOMISO.

DERECHO ROMANO.

EDAD MEDIA.

DERECHO GERMÁNICO.

DERECHO ANGLOSAJÓN.

DERECHO EN MÉXICO.

CAPÍTULO I

MARCO HISTÓRICO DE LA FIGURA DEL FIDEICOMISO.

I.1 DERECHO ROMANO

Al estudiar la figura jurídica del fideicomiso dentro de este trabajo de investigación estamos obligados a tomar en cuenta al Derecho Romano ya que como lo señala el maestro Eugène Pettit “Nuestro Derecho actual tiene, sobre todo, por orígenes: las costumbres y el Derecho Romano. Títulos enteros de nuestro Código Civil, especialmente de la teoría de las obligaciones, han sido sacados de esta última fuente. Para comprender bien sus disposiciones es, por consiguiente, esencial conocer las leyes antiguas de donde ellas nacen; este es el medio más seguro de apoderarse de su verdadero espíritu y de apreciar su valor”¹

“La etimología de la palabra fideicomiso la encontramos en Roma. Dicho vocablo viene de la palabra “fideicommissum”, que a su vez se deriva de dos raíces también latinas: “Fides”, que significa fe, fidelidad o lealtad; y “commissum” que significa comisión o encargo, de cuya traducción literal puede deducirse que se trata de un encargo basado en la fe.”²

El fideicomiso Romano se origina debido a la tendencia de los testadores de imponer su voluntad aún más allá de la vida, respecto de los bienes que transmitían a sus herederos y también con el fin de eludir las numerosas incapacidades existentes para heredar.

¹ PETIT, Eugène.: Tratado Elemental de Derecho Romano. 13a. edición. Editorial Nacional S.A.; México 1997; pág. 17.

² Diccionario Jurídico Mexicano; Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M.; Tomo IV; México 1992; pág. 208.

El maestro José Manuel Villagordoa Lozano señala que en Roma existieron dos instituciones y que actualmente se conocen como la fiducia y el fideicomiso testamentario.

1.1.1 LA FIDUCIA

La fiducia en Roma se deriva de la *mancipatio* que era una forma solemne de transmitir la propiedad a otra persona, con el fin de que el adquirente los empleara y ejerciera su Derecho en la forma convenida y de manera transitoria, obligándose a devolver los bienes una vez cumplido el fin pactado y a la cual, se le acompañaba de un "*pactum fiduciae*" que era una cláusula mediante la cual, la persona que recibía la propiedad del bien transmitido (*ACCIPIENS*) se obligaba a su vez frente a otra persona (*TRADENS*) para transmitir dicho bien al propio Tradens o a una tercera persona, después de realizados diversos fines."³

La fiducia al igual que el fideicomisum, basaba su operación en la confianza pero, a diferencia del fideicomisum que tenía como causa directa la liberalidad y la muerte de la persona que transmitía sus bienes, la fiducia era un negocio entre vivos y la causa directa que lo originaba se fundaba en el interés de una o de las dos partes.

La fiducia es una de las primeras formas de garantía real, anterior a la prenda y a la hipoteca, que ofrecía al acreedor la garantía de la propiedad así como, la sanción consistente en el reivindicativo. "Por otro lado, presentaba una serie de inconvenientes para el deudor, entre los que se pueden citar como los de mayor importancia, los siguientes:

- a) Cuando el acreedor abusando de su Derecho enajenaba prematuramente la cosa, el deudor que pagaba no estaba seguro de recuperarla porque no tenía

³ PEÑALOZA Santillan, David; El fideicomiso Público Mexicano; 2ª edición; Editorial Cajica; México 1990; págs. 16 y 17.

acción real contra los terceros adquirentes, sino solamente la acción personal “fiduciae” contra el acreedor.

b) No estaba asegurado de conservar la detención y el uso de la cosa, por que el acreedor podía negarse a dejársela a titulo de arrendamiento o de precario.

c) El deudor, por no ser propietario de la cosa, no podía servirse de ella para dar garantías al acreedor, ni aún en el caso de que su valor fuese muy superior a la primera deuda.”⁴

Por lo que en el Derecho Romano la fiducia se utilizó para asegurar el cumplimiento de una obligación así como el pago de un crédito, denominándola “*Pactum Fiduciae Cum Creditore*” que consistía en un negocio jurídico celebrado entre el deudor, el cual, transmitía al acreedor, la propiedad de una cosa en Garantía del cumplimiento de una obligación, en tanto el acreedor se obligaba a retransmitir la propiedad de esa cosa, cuando la deuda garantizada hubiera sido cumplida.

Pero como ya se menciona anteriormente esta forma de transmisión él “...deudor corría el riesgo de perder la cosa, aún cuando cumpliera puntualmente, pues el acreedor, como propietario, podía enajenarla en cualquier momento y, ya creada la “*Actio fiduciae*”, sólo tenía contra este una acción personal para que se le indemnizara con el valor de la cosa, pero sin poder reclamar del tercero adquirente”⁵.

En caso de incumplimiento en esta transmisión: “El acreedor propietario de la cosa puede venderla, pero si saca de ella un precio superior al importe del crédito, debe entregar la

⁴ PETIT, Eugène: Ob. cit. pág. 297.

⁵ VON MAYR, Robert; Aut. Cit; M. Lizardi Albarran en su Tesis profesional, Ensayo sobre la Naturaleza Jurídica del fideicomiso; Facultad de Derecho, U.N.A.M.; Tesis, México 1945; pág. 24.

diferencia al deudor”⁶. Por lo que se puede considerar al “*Pactum Fiduciae Cum Creditore*” como el antecedente directo del fideicomiso de garantía actual

Cuando la fiducia se usaba para que el adquirente custodiara una cosa o hiciera uso de ella, recibía el nombre de “*Pactum Fiduciae Cum Amico*”, el cual, estaba conceptualizado como un “...Negocio Fiduciario en cuya virtud una persona transmite a otra, en quien deposita su confianza, la propiedad de una cosa, a fin de que ella la devuelva al transmitente o la transmita a un tercero, al primer requerimiento que el transmitente le haga, al vencerse el término fijado o al cumplirse la condición designada ”

Esta se realizaba con el propósito de que los bienes fueran resguardados por un amigo, para así liberar al propietario de ciertas obligaciones y el cual, retransmitía los bienes cuando fuese oportuno para él.

Aún cuando la “*Fiduciae Cum Amico*” fue considerada por el antiguo Derecho Romano como un negocio aparte, debido a que tenía finalidad distinta, su estructura era idéntica a la “*Fiduciae Cum Creditore*”.

I.1.2 EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

La figura del fideicomiso testamentario, se daba cuando un ciudadano Romano deseaba que sus bienes fueran heredados por una persona que careciera de la “*Testamenti Factio Pasiva*” (la cual consistía en la capacidad que se tenía para ser instituido como heredero) o careciera de la “*Ius Capiendi*” (es una incapacidad que tenían ciertas personas que aunque tuvieran *testamenti factio* y fuesen capaces de ser instituidos válidamente, no podían recoger la

⁶ PETIT, Eugène: Ob. Cit. pág. 297.

⁷ HERNÁNDEZ, Octavio A. *Derecho Bancario Mexicano*; 6a edición: Ediciones de la Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas; México 1986; Tomo II; No. 983; pág. 284.

institución que les había sido dejada; esta incapacidad era relativa, pues podían salir de ella, si cumplían con lo dispuesto por las Leyes Angusteas, en un plazo de 100 días a partir de la muerte del testador), estos bienes los transmitía mediante su testamento, a otra persona de su confianza la cual, si tuviese capacidad para heredar, rogándole que posteriormente los entregase a quien realmente se quería beneficiar y no podía recibirlos directamente por no tener la capacidad requerida.

El maestro Margadant opina basándose en lo anterior, que los fiduciarios no cumplían en Roma con este tipo de encargos que eran de buena voluntad del fiduciario, por lo que provocó que el Emperador Augusto encargara a sus cónsules que vigilaran el cumplimiento cuando fuera evidente el fraude de los fideicomisos. Tiempo después Claudio estabiliza el régimen al crear pretores especiales que se ocuparon de las cuestiones de las fideicomisarias.

El fideicomiso regulado por el Derecho Romano tenía un contenido más amplio que el de un legado, teniendo varios usos y por lo tanto tenían diversas variantes en el mismo:

a) ***Fideicomisarias libertas***.- Servía para encargar al fiduciario que manumitiera a un esclavo propio o ajeno.

b) ***Substitución fideicomisaria***.- Este tipo de fideicomiso quedaba supeditado, no sólo a la no adquisición por parte de otro fideicomisario, sino a la muerte de otro adquirente, incluso haciendo llamamientos sucesivos, todos ellos supeditados a una condición o término. De este tipo de fideicomiso arranca el fideicomiso de familia generalizado en la edad media, por el que se vincula el patrimonio o un bien particular a personas de una misma familia.

c) *Fideicomiso de Herencia*.- Este fideicomiso puede considerarse muy semejante al fideicomiso testamentario actual, ya que podía consistir en la herencia entera o en alguna parte alicuota de la misma, que se entregaba a los fideicomisarios. Producía los mismos efectos de una sustitución de heredero, pero sin sus exigencias formales y con la posibilidad de disponer de los bienes incluso a favor de personas que todavía no existían.

Independientemente de lo anterior para los romanos existían tres figuras de testamento:

Testamento Factio.- (Testamentificación).- Que es la facultad de hacer testamento e instituir herederos. Este derecho era exclusivo para los ciudadanos romanos antiguos y podía ser activa o pasiva.

Testamento Factio Activa.- Era la capacidad de todo ciudadano romano para elaborar testamentos y nombrar sus herederos. Este privilegio derivaba del también antiguo *ius commercii* o derecho de tener bienes propios y poderlos enajenar sin ningún obstáculo.

Testamento Factio Pasiva.- Es la capacidad complementaria de la anterior consistente en la ventaja jurídica de poder ser nombrado heredero en un testamento. También era derecho reservado de los ciudadanos romanos.

“A través del tiempo sufrió muchas transformaciones y restricciones debido a que las incapacidades se extendieron a los fideicomisos, en los tiempos de Adriano las personas incapaces de recibir herencia fueron declaradas incapaces de recibir fideicomisos.”⁸

De acuerdo a lo anterior el “*Senadoconsulto Pegasiano*” fue creado toda vez que con frecuencia se extinguían los fideicomisos, en virtud de que el heredero fiduciario no aceptaba la herencia, cuando el encargo que se le encomendaba carecía de gratificación o aliciente

⁸ MARGADANT. Guillermo F.: *Derecho Romano*; 5ª. edición; Editorial Esfinge S. A.; México 1992; pág. 408.

alguno, razón por la cual, se dictó el referido *Senadoconsulto*, mediante el cual se concedía al heredero fiduciario, el Derecho de conservar para sí la cuarta parte de la herencia.⁹

En tiempos del cónsul Trebeliano Maximo se expidió el *Senadoconsulto* Trebeliano, en el cual se disponía que después de entregada la herencia transmitida en el fideicomiso, todas las acciones a favor o en contra del heredero, pasarían a cargo del fideicomisario. Lo anterior toda vez que la persona a quien se le hacía el encargo, conservaba el carácter de heredero, aún después de entregados los bienes al beneficiario, quedando obligado para con los acreedores de la sucesión

Con lo anterior se puede observar que el *fideicomissum* fue perdiendo poco a poco la elasticidad que tenía y que lo distinguía de los legados y de las herencias, sin embargo no totalmente, ya que todavía en tiempos del Bajo Imperio, algunas personas que no tenían la capacidad para heredar podían participar de los beneficios del *fideicomissum*.

El maestro D'ors, hace una distinción al analizar las dos instituciones más sobresalientes del derecho Romano en la transmisión de la propiedad ubicando a la Fiducia como un contrato de buena fe, dentro del apartado de las obligaciones; y al fideicomiso testamentario dentro de las liberalidades, en el capítulo de las herencias.¹⁰

La ventaja que conservo el fideicomiso y que fue muy importante en esa época, consistió en la de designar al fideicomisario sustituto del fideicomisario original, que se traducía en la facultad de decidir con antelación, el camino que iba a seguir la herencia en las siguientes generaciones, o sea que se determinaba quien iba a hacer el heredero del heredero (sustitución fideicomisaria), lo cual no se podía hacer en los legados y en las herencias.

⁹ PETIT, Eugène; Ob. Cit. pág. 581.

¹⁰ D'ORS, Alvaro; Derecho Privado Romano; Ediciones Universidad de Navarra S. A. De C. V. España; 1985; pág. 372.

Al dejarse de usar las formas tradicionales de transmitir la propiedad como lo fueron “*la Mancipatio*”, “*la In Jure Cessio*” surge por tanto una nueva forma de garantía que fue la prenda la cual viene a desplazar a la figura de la “*Fiducia*”.

Estas instituciones fueron, la prenda, el mutuo, el depósito, el comodato y las donaciones por causa de muerte, por lo que podemos considerar que constituye el antecedente del “*fideicomisum*” e incluso en cuanto al manejo del elemento confianza, del mismo fideicomiso Mexicano.

I.2 EDAD MEDIA

Durante la Edad Media (s. V. a s XV), florecieron una serie de instituciones que suelen citarse como precedentes del fideicomiso, sin embargo su semejanza radica exclusivamente en la operación consistente en entregar bienes a una determinada persona para que esta los destine a la realización de ciertos actos, pero que a todas luces, tiene grandes y marcadas diferencias en relación con el fideicomiso mexicano.

Dentro del periodo de la Edad Media se encuentran dos instituciones muy importantes como son el Mayorazgo y las Capellanías que a continuación se detallan.

I.2.1 EL MAYORAZGO

El mayorazgo es una institución de origen español derivada de los privilegios de la Edad Media, consistentes en el Derecho que tiene el hijo primogénito de suceder en los bienes del progenitor, con la obligación de heredar bajo la misma condición de primogénito.

Esta figura fue aplicada también en nuestro país durante el periodo del Virreinato en la Nueva España dentro de las leyes de las Indias

La finalidad del mayorazgo consistía en perpetuar la unidad de poder del señorío, que el señor feudal necesitaba conservar y la manera de conseguirlo, era perpetuando sus propiedades en su descendencia familiar.

El fideicomiso y el mayorazgo tienen en común el fin para el cual fueron creados

- 1) En el fideicomiso, la fiducia recibe la propiedad de ciertos bienes para destinarlos a un fin determinado.
- 2) En el mayorazgo ocurre lo mismo, el primogénito recibe los bienes con la obligación de conservarlos y destinarlos a un fin, consistente en continuar transmitiéndolos a su propio primogénito.

No obstante las similitudes anteriores hay que establecer que “el mayorazgo era una institución que chocaba contra muchos principios de equidad...”¹¹

Durante la Revolución Francesa se inició un movimiento en contra del sistema de substituciones fideicomisarias, que era en lo que en realidad, se había convertido el mayorazgo prácticamente, pues, mediante este se vinculaban los bienes y patrimonios de una familia, ya que establecían un orden de sucesión por tiempo indefinido.

“En 1849 Francia abolió definitivamente las substituciones fideicomisarias, ejemplo que fue seguido por las legislaciones de todos los países civilizados”.¹²

¹¹ PIÑA MEDINA, Jorge; Las Instituciones fiduciarias y El fideicomiso en México; Banco Mexicano Somex; Editorial Libros de México, S.A.; México 1982; pág. 6.

¹² BOJALIL, Julián; Fideicomiso; Sexta edición; Editorial Porrúa, S.A.; México 1992; pág. 17.

En México, estas substitutiones fideicomisarias también han sido prohibidas por nuestras leyes Civiles a partir de nuestro Código de 1870, al igual que en el de 1884 y sobre todo, en nuestro Código Civil vigente de 1928, que las prohíbe en forma expresa”¹³

Ya que nuestros legisladores consideraron que proporcionaban medios de infringir las leyes y por que traen aparejado el perjuicio de estancar los capitales. En nuestra legislación se tomaron severas medidas para evitar el estancamiento de bienes en manos muertas como el caso de las llamadas “Leyes de Reforma”

I.2.2 LAS CAPELLANÍAS.

“Las Capellanías era una especie de censo que se desarrollo durante la Edad Media que consistía, en establecer un gravamen sobre un bien inmueble, denominado “fundo capellánico” con la finalidad de que, con la suma de los productos, se celebrara anualmente un determinado número de servicios religiosos del rito católico.”¹⁴

Esta figura de la Edad Media no tiene relación teórica con el fideicomiso, por lo que no se le puede considerar como antecedente de este.

I.3 DERECHO GERMÁNICO

Como antecedentes dentro de la figura del fideicomiso en el Derecho Germánico pueden ser consideradas tres instituciones: La Prenda Inmobiliaria, El Manusfidelis y El Salman o Treuhand que a continuación se detallan.

¹³ PIÑA MEDINA, Jorge: Ob. cit. págs. 7 y 8.

¹⁴ Ídem.

1.3.1 LA PRENDA INMOBILIARIA

La prenda inmobiliaria era una figura en virtud de la cual, el deudor, transmitía la propiedad de un bien inmueble mediante la entrega de una carta al acreedor y este, a través de la suscripción de una contracarta, se obligaba a devolver el bien al deudor, siempre que cumpliera puntualmente con su obligación “Aunque esta institución se asemeja al *Pactum Cum Creditore*” del Derecho Romano, se distingue del mismo, en virtud de que solo operaba respecto a bienes inmuebles”¹⁵

Aunque esta institución se asemeja al *Pactum Cum Creditore* del Derecho Romano se distingue del mismo en virtud de que solo operaba respecto de bienes inmuebles¹⁶

1.3.2 EL MANUSFIDELIS

El Manusfidelis, fue otra figura que tuvo gran relevancia en el Derecho Germánico de las sucesiones y que fue utilizado para salvar las prohibiciones o limitaciones legatarias que se imponían para determinar la calidad de los herederos legítimos

De esta forma cuando una persona deseaba realizar una donación “inter vivos”, transmitía la cosa materia de la donación a una persona llamada fiduciario, quien a su vez le retransmitía a un tercero llamado beneficiado, reservando para el donante un Derecho de goce sobre la cosa donada, para que pudiera disfrutarla mientras viviera.

En virtud de que esta institución exigía un alto grado de confianza, la persona que desempeñaba el cargo era seleccionada de entre los miembros del clero, ya que las facultades que se les conferían eran amplias e ilimitadas.¹⁷

¹⁵ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel: *Doctrina General del Fideicomiso*; Segunda edición; Estudios Bancarios; Editorial Particular; México 1982; págs. 4, 5 y 6.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Idem*.

1.3.3 EL SALMAN O TREUHAND

El Salman o Treuhand, fue una institución constituida por una persona, que desempeñaba el cargo de fiduciario y que a su vez, era una especie de intermediario, quien llevaba a cabo la transmisión de un bien inmueble, de su propietario original al adquirente definitivo

El Salman conocido en el Derecho Germánico antiguo recibía las facultades del enajenante y se obliga frente a él a transmitir el inmueble a un tercero, mientras que en la utilidad del Salman del Derecho Germánico moderno, su obligación se manifiesta frente al adquirente

Es pertinente apuntar que los precedentes hasta aquí expuestos no constituyen en esencia el antecedente del fideicomiso mexicano, sin embargo, lo son de la complejidad de operaciones que lo estructuran.

1.4 DERECHO ANGLOSAJÓN

Los antecedentes anglosajones del derecho mexicano se sitúan en Inglaterra en la época de la Edad Media y esta figura fue conocida con el nombre de Use, la cual, nació por el temor que tenían las corporaciones religiosas de que sus bienes fueran confiscados a consecuencia de las guerras o persecuciones políticas y que tiempo después dio lugar a que naciera el Trust.

Antiguos comentaristas del Derecho Inglés como Francis Bacon, han creído que el Trust anglosajón proviene del fideicomiso Romano; pero en vista de sus orígenes históricos y de su naturaleza jurídica, la verdad es que el Trust es sucesor histórico de la institución Inglesa denominada "Use" (uso) que es más antigua.

I.4.1 LOS USES

Algunos tratadistas como George Gleason “sostienen que los uses fueron creados tomando como base el Treuhand o Salman Alemán y no al *fideicomisum* Romano como muchos afirman”¹⁸

No obstante que, la historia nos ha enseñado “desde tiempos inmemorables el y por diversos motivos en Inglaterra comenzó la práctica de que el propietario de una tierra traspasara el dominio de ella de una denominada de persona de otra “*feoffee de use*” (sujeto del Derecho de uso), con el entendimiento entre las partes de que aun cuando el cesionario sería el dueño legítimo de la cosa del la, una tercera persona llamada “*Cestui que use*” (el que tiene el uso de la cosa), a quien el autor del uso quería favorecer, el tendría el Derecho del gozar y disfrutar de todos los beneficios y prerrogativas de verdadero propietario en Derecho, pero no para que él aprovechara en su propio beneficio, sino con el encargo confiado a su buena fe, de que lo poseyera para uso exclusivo del “*Cestui que use*”.¹⁹

“Sin embargo otros historiadores consideran que el origen principal del Use, fue la práctica empleada por las corporaciones eclesiásticas en Inglaterra, para eludir las restricciones que las leyes de manos muertas imponían a la Iglesia, en materia de propiedad sobre los bienes raíces”.²⁰

Lo anterior, en vista de que los derechos que se asignaban al beneficiario del Use, denominado “*Cestui que Use*” no era protegido ni regulado por la Ley Común Británica, reconocida como “*Common Law*” toda vez que había ocasiones, en que como se trataba más bien de cuestiones morales, nadie reconocía el Derecho de los beneficiarios al uso de los bienes afectados por esta figura; así los jueces sólo reconocían al titular del dominio,

¹⁸ ACOSTA ROMERO, Miguel y ALMAZAN ALANIZ, Pablo Roberto: Tratado Teórico-Práctico del Fideicomiso; Segunda edición; Editorial Porrúa S. A.; México 1996; pág. 4.

¹⁹ Idem.

²⁰ RABASA, Oscar. El Derecho Angloamericano; Segunda Edición; Editorial Porrúa S. A.; México 1982; págs. 274 y 275.

ignorando al titular del Use, por lo que apareció una nueva jurisdicción, encomendándose su aplicación al Canciller del Rey, quien era una persona que se encargaba de administrar la justicia independientemente del rigorismo del "*Common Law*" que a final de cuentas acabo por regular a la institución del Use y posteriormente al Trust. Así se crearon los Tribunales de *Equidad (Court of Chancery)*, los cuales se encargaban de aplicar la rama jurídica separada del "*Common Law*" llamada "*Equity*".²¹

De acuerdo a lo expuesto, en Inglaterra ha existido un doble sistema de administración de justicia. Sus dos partes integrantes fueron en un principio llamadas "*Equity*" (equidad) y "*Common Law*" (Derecho común.) La primera era aplicada por la "*Court of Chancery*", cuyas normas son actualmente esgrimidas por los Tribunales de Equidad; y la segunda por los más antiguos Tribunales del "*Common Law*".

Por lo que la institución del Use evoluciona en su contenido, transformándose en una obligación moral a un acto de naturaleza jurídica, creado por el Derecho de equidad, así como la jurisdicción de los jueces encargados de su aplicación, quienes adoptaron para los Uses, las disposiciones que establecía el "*Common Law*" en lo relativo a la transmisión del dominio entre vivos o por sucesión o por su nacimiento.

La práctica tan extensa que alcanzaron los Uses en el año de 1534, así como los inconvenientes que dicha figura presentaba al Rey y a los terratenientes del país sobre los cuantiosos privilegios que se les otorgaban durante el régimen feudal, motivo al Parlamento Inglés a expedir durante el reinado de Enrique VIII, la "Ley sobre Usos" que disponía: [[... quien gozara del Uso sería considerado en lo sucesivo como propietario de pleno Derecho, dando como resultado que todo traspaso de un bien raíz a determinada persona para uso de otra, produciría el efecto jurídico de transmitir la propiedad tanto conforme al "*Common*

²¹ *Ibidem*; págs. 276 y 277.

Law” como conforme al “*Equity Law*” para con el beneficiario del uso, por lo que se eliminaba al intermediario o al “*Feoffee to Use*”].²²

“El objeto principal de esta Ley era abatir la distinción entre la dualidad legal de dominios conforme al “*Common Law*” y, beneficioso según la “*Equity Law*”.

En 1536 Enrique VIII, se vio obligado a promulgar el “*Statute of Uses*”. Su finalidad fue suprimir los Usos.

A partir de esto se realiza un estudio de en donde se determina una serie de inconvenientes en la aplicación de los Usos, los cuales se enumeran a continuación:

1. Son un medio de legar por testamento, bienes inmuebles que estaban prohibidos legar en el Derecho feudal.
2. Eluden las formas solemnes de transmisión de propiedad entre vivos.
3. Permite explotar sus derechos al:
 - a) Rey quien perdía el Derecho de la confiscación de los bienes de los traidores, ya que transmitían sus bienes a un tercero reservándose el secretamente el Derecho del “Use”.
 - b) A las mujeres que perdían sus derechos viudales y a los maridos que perdían su “*cortesy*”.

²² *Ibidem*; págs. 282 y 283.

4. En la venta de inmuebles, se daba la incertidumbre, puesto que los Usos no estaban sometidos a la publicidad

En "*Statute*" no se hacen ilegales a los "*uses*", sino que se declaró, que el beneficiario fuera considerado como único propietario de los bienes, y el "*feoffee to use*" fuera ignorado.

En lo sucesivo el beneficiario adquiría todas las obligaciones acarreadas por la transmisión de los bienes, en cuanto al intermediario en el "*feoffee of use*" desaparecía, ya que no tenía ningún interés personal. De la Ley de Usos quedaron fuera de su órbita de aplicación de los siguientes:

1. Los que tenían por objeto los bienes muebles
2. Los que recaían sobre un Derecho inmueble distinto de una libre disposición.
3. Los cuales el "*feoffee of use*" tenían un Derecho de administración.
4. Todos aquellos en los que se creaba un doble "*Use*"

De esta manera los Tribunales de Equidad lograron restablecer la institución que la Ley de usos intento abatir, así como la dualidad de dominios que la misma Ley intento suprimir con la única modificación de que la expresión de "*Use*" fue cambiada por la de "*Trust*". Esto se debió a que los Usos activos eran llamados Trust o bien porque las cortes de equidad, queriendo evitar la expedición de esta nueva Ley sobre la materia, hicieron que la expresión "*Use*" fuera desapareciendo."²³

²³ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel; Ob. cit., pág. 17.

Así fue como la figura Inglesa del "Use" se convirtió en el "Trust", el cual, es definido por Coke como "La confianza depositada en otro, que no emana de la tierra, sino como una cosa accesoria ligada por un vínculo privativo al Derecho sobre ella existente y a la persona en posesión, por la cual el beneficiario no dispone de otro recurso que la orden de comparecencia ante la cancillería"²⁴

1.4.2 EL TRUST

El sistema Inglés de equidad y jurisprudencia del cual formaba parte el Use son el fundamento jurídico sobre el cual se basa la actual Ley de Trusts Norteamericana, el cual tuvo mucho auge durante el siglo XVIII, en virtud de que el sistema Inglés se había desarrollado considerablemente y fue adoptado en su totalidad por los Estados Unidos de América y países Americanos.

La principal contribución de los Estados Unidos al Trust Inglés consistió en la creación de corporaciones con poder para administrar Trusts (Trust Companies), razón por lo que se hizo más frecuente su uso, resultado de esto el Trust Americano comenzó a recibir compensación por su actuación, lo cual era una diferencia con el Trust Inglés que no recibía compensación económica, salvo que estuviera pactado.

Una de las primeras corporaciones del Trust llamada "Trust Companies" que aparecen en los Estados Unidos de América es el 24 de febrero de 1818, cuando en el Estado de Massachusetts concedió a la Sociedad denominada "Massachusetts Hospital Life Insurance Company of Boston" la autorización para celebrar toda clase de contratos relativos al riesgo de muerte y pérdidas pecuniarias en general, así como otorgar convenios, pólizas y demás instrumentos necesarios, según el caso lo ameritara. Entre sus facultades de celebrar dicha clase de contratos, se incluía la aceptación de Trusts lo cual, fue confirmado cinco años

²⁴ BATIZA, Rodolfo; El Patrimonio, Cuarta edición: Editorial Porrúa S.A. de C.V., México 1985: pág. 33.

después por la modificación que hizo la Legislatura a la autorización antes señalada, al permitir expresamente a la sociedad, invertir el efectivo que retuviera de la compra de rentas vitalicias o en Trusts. Hay dudas respecto si esa sociedad, al aceptar los Trust en los años anteriores a la modificación de su autorización, actuaba en exceso de sus facultades, entonces la sociedad era denominada “Farmers Fire Insurance and Law Company” lo que es actualmente el City Bank Farmers Trust.

Después de haber alcanzado su consolidación como una figura jurídica capaz de integrar su mecanismo a toda actividad u objeto lícito, el Trust se definió como. “una relación fiduciaria en la cual una persona es quien detenta la propiedad de un determinado bien, sujeto a la obligación de conservar o usar la propiedad para el beneficio de otro. De acuerdo con las cortes de equidad, se trata de una relación fiduciaria en virtud de que, el beneficiario está obligado a depositar su confianza en el fiduciario, quien tiene un alto grado de control sobre los asuntos del beneficiario, debiendo por lo tanto actuar con un alto grado de honestidad.”²⁵

Phillip H. Pettit, define al Trust como: “Una obligación de equidad que obliga a una persona llamada “Trustee” (fiduciario) a ocuparse de alguna propiedad (Trust property) sobre la cual tiene el control, para el beneficio de alguna persona (beneficiario o Cestui que Trust) dicha persona beneficiaria puede ser el mismo Trustee, o cualquier otra persona capaz de obligarse.”²⁶

Otra definición puede ser la que da Jorge Serrano Trasviña mencionada en el Restatement of de Law of Trust estableciendo que un Trust “es la relación de carácter fiduciario con respecto a determinados bienes, por lo cual la persona que los posee (Trustee), está obligado en Derecho de equidad a manejarlos en beneficio de un tercero.”²⁷

²⁵ GLEASON BOGERT, George; Handbook of the Law of Trust; Cuarta Edición; West Publishing Co.; ST. Paul Minnesota, Estados Unidos de América 1963. pág. 1.

²⁶ PHILLIP H. PETTIT, M. A. Equity and the Law of Trust. London Butter Worths & Co. Ltd. Londres 1966. pág. 13.

²⁷ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel; Ob. cit.: pág. 7.

En esta figura jurídica del Trust Americano intervienen tres personas que son:

1. **Settlor o Fideicomitente**

Es el creador del Trust y como tal es llamado creador o Trustor; una vez constituido el Trust puede desaparecer esta persona a no ser que “se reserve el Derecho de revocar el Trust” alterarlo o enmendarlo contando con el Derecho de revocación. Puede reservarse el de dirigir al Trustee en materia de inversiones en todos sus aspectos y el de vigilar los actos que a su juicio lo precisen.

Puede tener el carácter de Settlor cualquier persona que tenga la capacidad de hacer testamento, de contratar, de gozar y ejercer sus derechos patrimoniales, que pueda disponer a su arbitrio y que tenga capacidad para realizar actos jurídicos.

2. **Trustee o Fiduciario**

Es el titular del bien o del Derecho que sé fideicomite. Al momento de darse la figura jurídica se convierte en el titular legal del bien o Derecho que sé fideicomite. Para ser Trustee no sólo se requiere la capacidad de adquirir los bienes y derechos que constituyen su materia, sino también la capacidad de ejercitar tales derechos, de lo contrario un tribunal de equidad procederá la remoción del Trustee, teniendo la facultad de nombrar a otro; esto era para evitar perjuicios que se le puedan ocasionar al beneficiario.

Las obligaciones del Trustee o fiduciario son:

- a) En principio que debe obrar de buena fe, como si los bienes y derechos fueran parte de su patrimonio.

- b) Debe proteger al negocio y defenderlo contra toda clase de ataques provenientes ya de terceros y del beneficiario aún del Settlor o fideicomitente.
- c) Tomar posesión inmediata de los bienes fideicometidos, salvo disposición contraria en el acta constitutiva, esta para que el Trust alcance su objetivo.
- d) El Trustee deberá proceder al registro de los bienes fideicometidos desde que toma posesión del cargo, haciendo constar la existencia del Trust y el carácter que se le otorga.
- e) Estar al tanto de la Seguridad de los bienes fideicometidos, teniendo la obligación de pagar los impuestos, derechos o intereses de cualquier clase de gravamen en el patrimonio del Trust, asegurar los bienes inmuebles, que en este caso podrán hacer de la venta de algunos bienes para cubrir los gastos en conservación del Trust.
- f) No podrá autorizarse la fusión del patrimonio del Trustee, para evitar el riesgo que pueda correr el primero en perjuicio de los beneficiarios.
- g) Podrá recurrir a un consejo técnico en los casos de inversión.

3. **El beneficiario o Cestui que Trustee o fideicomisario**

Es la persona a quien se pretende favorecer con el Trustee y que al igual que en nuestro derecho, puede tratarse del propio Settlor o Fideicomitente.

Se requiere que la persona que adquiera sea capaz de tener propiedad para sí y de tener capacidad necesaria para adquirir bienes.

El recurso que el beneficiario tiene contra el Trustee en caso de haber afectado sus intereses por terceros ajenos al Trust, es demandarlo por los daños causados a la propiedad del *Trust*, sería el *Trustee*, pero si se rehusara a llevar a cabo este recurso, el *Cestui*, podrá demandar al *Trustee* y obtener un decreto de la corte de equidad para obligarlo a deducir la acción apropiada en Derecho o a demandar en equidad contra dicha tercera persona.

Serrano Trasviña establece que “... sería nulo que el Trust que no tuviera *Cestui* (beneficiario) capaz de reclamar el *Trustee* (fiduciario) el cumplimiento de los bienes.”²⁸

En el Trust a diferencia del fideicomiso mexicano, el fideicomitente puede ser fiduciario a la vez, por lo que el Trust puede existir válidamente con dos partes. Sin embargo, un individuo no puede reunir a la vez tres calidades de fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, tal como sucede en el Derecho Positivo Mexicano, en el que tampoco se puede tener un doble carácter de fiduciario y fideicomisario.

En el Derecho anglosajón encontramos que el trust se manifiesta a través de dos categorías existentes, las cuales son:

1. Trust que nace por voluntad de las partes, llamado también “*Express Trust*”.
 2. Trust que nace por ministerio de Ley, denominado “*Implied Trust*”.
1. El “*Express Trust*” se constituye por la voluntad del *Settlor*, que se divide en:

²⁸ *Ibidem*; pág. 18.

- a) El *Executed Trust*, (trust ejecutado), es aquel que en sus términos se declara expresamente por el Settlor, de manera definitiva en el instrumento correspondiente, por lo que no exige ningún acto ulterior para producir sus efectos

- b) El *Executory Trust* (Trust eventual) es donde se conceden derechos al beneficiario, condicionados a la realización de ciertos actos por una tercera persona

También el *Express Trust* puede ser instrumental, y consiste en que el Trustee debe de seguir rigurosamente las instrucciones dadas, y puede ser *discretionary* en donde el Trustee tiene un poder de apreciación que le habilita para actuar discrecionalmente.

El *Express Trust* también puede ser:

Privado, que es cuando se establece a favor de persona determinada.

Público, que es aquel que se establece a favor de la sociedad en general.

- 2. El "*Implied Trust*" debe su existencia a los tribunales de Equidad y se divide en dos clases:
 - a) Los *Resulting Trusts* (presuntivos), los cuales son creados cuando el Tribunal de Equidad tiene la presunción jurídica, a juzgar por ciertos actos, que una persona pretendió constituir en *Express Trust* pero por determinadas circunstancias no llegó a constituirse.

 - b) Los *Constructive Trusts* (forzosos) son los creados por el propio Tribunal con

el objeto de evitar que alguna persona se enriquezca ilegítimamente en perjuicio de un tercero

Las causas que motivan la extinción del Trust, serán el último punto de estudio del Derecho anglosajón en lo que se refiere al antecedente de nuestra figura del fideicomiso en estudio, dichas causas son:

1. Por cesión del título legal de propiedad que haga del "Trustee" al "*Cestui que Trust*".
2. Por liberación del "*Cestui que Trust*" al "Trustee".
3. Por cesión de derechos hecha por el "Trustee" y por el "*Cestui que Trust*" a una tercera persona.
4. Por el "*Cestui que Trust*" que hereda el título legal del "*Trustee*" o el "*Trustee*" que hereda el interés en equidad del "*Cestui que Trust*".
5. Por revocación, donde por términos de la creación del Trust la facultad de revocación ha sido reservada para el Settlor.
6. En algunas jurisdicciones, por estatuto, donde los fines de un Trust se han cumplido y el Trust se vuelve árido o pasivo, el título del Trustee es transmitido por su propio Derecho al "*Cestui que Trust*".

"Cabe hacer notar que aproximadamente unos 25 años antes de la adopción legislativa del fideicomiso en México, se había utilizado en nuestro país una variedad del Trust de importancia reconocida en el desarrollo de los Estados Unidos como instrumento de garantía de emisiones de bonos destinados a financiar la construcción de ferrocarriles y que en el Código Civil de 1884 y la Ley de ferrocarriles de 1889, permitieron que el Trust otorgado en el extranjero tuviera pleno efecto en México."²⁹

²⁹ BATIZA, Rodolfo; El fideicomiso. Teoría y Práctica; Segunda edición; Editorial Porrúa S. A. de C. V.; México 1985; págs. 97 y 98.

I.5 DERECHO EN MÉXICO

En lo que se respecta a nuestro país realizaremos un breve estudio del desarrollo del fideicomiso. Nos dice el Licenciado Rabasa que en las Cortes Españolas se suprimió el uso de los mayorazgos, las sustituciones fideicomisarias y cualquier otra figura a fin que pudiera traer consigo otra forma de vinculación de los bienes muebles e inmuebles a perpetuidad.³⁰

Así que cuando el país estuvo sujeto a la legislación española esta suprimió en forma legal y definitiva el fideicomiso gradual o familiar.

Los Códigos de 1870 y 1884, prohibieron las sustituciones fideicomisarias y aceptando sólo las sustituciones vulgares las que consistían en donde el testador podría sustituir al heredero instituido, para el caso en que mueran antes que él, o en el caso de que no quisieran aceptar la herencia.

A partir del presente siglo surge la necesidad por parte de los legisladores y doctrinarios, de regular adecuadamente la figura del Trust que fue tomada del sistema Anglosajón.

I.5.1 PROYECTO LIMANTUR

Este proyecto constituye el primer antecedente, meramente teórico y constituye el primer intento para adaptar el Trust a un sistema jurídico romanista como el nuestro.

En 1905 surge la necesidad de adaptar y regular esta figura que fue tomada del sistema angloamericano, por lo que el 21 de noviembre del mismo año, el Secretario de Hacienda José

³⁰ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel; Ob. cit.; pág. 36.

Yues Limantur, envía al Congreso de la Unión una iniciativa que facultaba al Ejecutivo a expedir una Ley por la cual se podían constituir en la República, Instituciones comerciales con el objeto de llevar acabo funciones de “Agentes Fideicomisarios”.

El proyecto contenía una explicación que se refería a que dentro de la práctica comercial mexicana hacían falta ciertas organizaciones especiales que en el Derecho anglosajón se denominaban “Trust Companies” o compañías fideicomisarias, cuya función consistía en ejecutar actos y operaciones que no tienen interés directo, obrando como meros intermediarios en beneficio de las personas interesadas o de terceras personas que desde el momento en que se trata de organizar instituciones especiales que realicen sistemáticamente dichas actividades lo que hace necesaria su reglamentación, con el fin de proteger los intereses de los particulares, así como brindar la garantía adecuada y una mayor protección a los intereses confiados a esas Instituciones.

Este proyecto constaba de ocho artículos, en donde se configuraba el encargo hecho al fideicomisario, estableciéndolo como un contrato en el que podían intervenir dos o más personas, para ejecutar cualquier acto, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados en beneficio de alguna o todas las partes que intervienen en el contrato para un tercero.

“Sobre los bienes en que recae el fideicomiso, se creaba un Derecho real y la Ley definiría su naturaleza y los efectos de ese Derecho así como los requisitos para hacerlo valer.”³¹

En el proyecto se estableció que las instituciones comerciales quedarán bajo la vigilancia de la Secretaría de Hacienda y preveía excepciones y privilegios en materia de impuestos a favor de las mismas. “Aunque dicho proyecto no fue aprobado en la sesión de la

³¹ Banco Somex S. A.; Las Instituciones Fiduciarias y el fideicomiso en México; México 1982. págs. 28 y 29.

Cámara de Diputados, ya que fue turnado a las Comisiones Unidas de Justicia y de Hacienda, y nunca llegó a discutirse.”³²

I.5.2 PROYECTO CREEL

En 1924, siete años después de realizada la Constitución de 1917, cuando se celebró la primera convención Bancaria celebrada en la Ciudad de México, fue presentado un proyecto por Don Enrique C Creel sobre “Compañías Bancarias de fideicomiso y Ahorro”.

En el Congreso de la Unión fue autorizando al Ejecutivo a expedir una Ley sobre la materia en donde se detallaran las bases constitutivas y la forma de operación de las Compañías Bancarias de fideicomiso y Ahorro.

El señor Creel trató de aplicar mediante su proyecto la práctica Estadounidense de esta institución, estudiada por él durante más de nueve años de estancia en Estados Unidos de América.

La principal operación era regular la aceptación de hipotecas, de contratos de fideicomiso, de toda clase de propiedades, bonos de compañías, así como recibir bienes de viudas, huérfanos y niños.

“Se llevaron a cabo en este proyecto diecisiete proposiciones para establecer las bases, para expedir la Ley, regular el capital con que debería contar, objeto y operaciones que podría realizar.”³³

³² BATIZA, Rodolfo: Ob. cit.; pág. 101.

³³ Banco Somex S.A.: Ob. Cit.: págs. 29 y 30.

El proyecto Limantur y el Proyecto Creel jamás fueron sancionados como Ley pero sirvió de precedente para la legislación posterior.

1.5.3 PROYECTO VERA ESTAÑOL

En marzo de 1924 se presentó el último antecedente sobre la materia del fideicomiso, anterior a la creación de la Ley de 1926, con el proyecto del Lic. Vera Estañol, el cual fue denominado "Proyecto de la Ley de Compañías Fideicomisarias y del Ahorro"

Incurriendo en un error de la terminología, pues el término de fideicomisarias se refiere más al beneficiario que a las Instituciones que manejan los fideicomisos y que se conocen como instituciones fiduciarias

"El proyecto fue presentado a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, manteniendo como base las ideas expuestas en el año 1905."³⁴ Lo anterior debido a que el Lic. Vera Estañol, intervino en 1905 en el proyecto Limantur.

1.5.4 LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1924.

El 24 de diciembre de 1923, la secretaria de Hacienda dirigió a los Bancos, una convocatoria para reunirse como representantes del Estado. Como consecuencia de dicha convocatoria en el mes de febrero de 1924 se celebró en la Ciudad de Monterrey, Nuevo León, la primera convención Bancaria, en donde se propuso la reglamentación de las compañías bancarias de fideicomiso, que en Estados Unidos de América se conocían como "*Trust Companies*".

³⁴ *Idem.*

Así el 24 de diciembre de 1924 el fideicomiso tuvo en México su primer régimen jurídico con la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de enero de 1925

“En el informe elaborado por la Secretaría de Hacienda que fue enviado al Congreso de la Unión se indicaba que esta Ley llenaba varios vicios, que la Ley de 1897 no contemplaba. La Ley anterior sólo contemplaba los actos de emisión, hipotecarios y refaccionarios, y no contenía disposiciones de depósito, establecimientos y casa bancarias.”³⁵

La Ley sólo dedicó dos Artículos al estudio del fideicomiso y en uno de los Artículos se anuncia una Ley especial sobre Bancos de fideicomiso. “Dentro de este ordenamiento no se manifiesta que la figura del fideicomiso será una operación de crédito y sólo establece bases funcionales de los Bancos de fideicomiso”³⁶

Esta Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios contiene un capítulo VIII reglamentando al fideicomiso y estableciendo que su función es para:

“Servir a los intereses del público en diversas formas y, principalmente administrar los capitales que se le confían e interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos al tiempo de su vigencia.” (Artículo 73)

Entre las instituciones contenidas en esta Ley fueron los Bancos fideicomiso (Artículo 6 fracción VII), los cuales, eran sometidos a un régimen de concesión estatal

³⁵ BATIZA, Rodolfo; Ob. cit.; págs. 103 y 104.

³⁶ Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A.: Manual del fideicomiso Mexicano; México 1976; págs. 13 y 14.

(Artículo 7) estas concesiones tenían una duración máxima de 30 años a partir de la fecha de la Ley y su carácter era de meras autorizaciones para establecer y explotar Instituciones de Crédito. (Artículo 15)

Sin embargo, los bancos no fueron reglamentados, sino que se previno que tendría que realizarse una Ley especial, encomendando este estudio a la Comisión Permanente de la Convención Nacional Bancaria.

1.5.5 LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO DE 1926.

La Comisión Permanente de la Convención Nacional Bancaria presenta al Congreso de la Unión un extenso estudio sobre los Bancos de fideicomiso, mismo que fue aprobado y elevado a rango de Ley mediante decreto de fecha 30 de junio de 1926, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 17 de julio del mismo año, la que fue denominada "Ley de Bancos de fideicomiso de 1926".

Dicha ley estaba formada por 86 artículos y contenía cinco capítulos, los que constaban:

- I.- Objeto y Constitución de Bancos de fideicomiso.
- II.- Operaciones de fideicomiso.
- III.- Departamento de Ahorros.
- IV.- Operaciones Bancarias de Depósito y Descuento.
- V.- Disposiciones Generales.

La reglamentación sancionada por la Ley, constituye en el fondo una adaptación de

las prácticas anglosajonas, pero adaptada a nuestro Derecho Mexicano, especialmente en la función bancaria a fin de que se pueda lograr la unidad en el sistema y así poder evitar discordancia y conflictos entre una y otras instituciones jurídicas.

El fin principal de esta clase de bancos era la realización por cuenta ajena en favor de terceros, cualquier operación autorizada por la Ley y su ejecución se dejaba a su buena fe y honradez

En su Artículo sexto, la Ley contemplaba al fideicomiso “como un mandato irrevocable en virtud del cual se entregaba al banco, con carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a favor de un beneficiario.”

El fideicomiso sólo podría ser constituido si su fin era lícito. (Artículo 70)

Quedaban prohibidos los fideicomisos secretos y los constituidos a título gratuito que produjeran efectos a la muerte del fideicomitente a favor de incapaces para heredar o recibir legados. (Artículos 8 y 9)

Las formas de constitución del fideicomiso podían ser por escritura pública, documento privado o testamento. (Artículo 11)

El Artículo doce es uno de los más importantes de esta Ley, ya que establece que los bienes entregados en fideicomiso se consideraban salidos del patrimonio del fideicomitente en cuanto fuera necesario para la misma o por lo menos gravado a favor del fideicomisario, declarándose inembargables, pero el Artículo 18 dispone que no se impedirá que se demande la nulidad del fideicomiso, cuando este se haya constituido en fraude de acreedores.

1.5.6 LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1926.

Se promulga la Ley General de Instituciones de Crédito y establecimientos Bancarios publicada en el Diario Oficial de la Federación del 29 de noviembre de 1926, la cual, abrogo la anterior.

La característica definitiva de esta Ley es que consideraba a los bienes y derechos entregados en fideicomiso, como salidos del patrimonio del fideicomitente, en cuanto fuese necesario para la ejecución del fideicomiso por lo menos, gravados a favor de fideicomisario.

“Como se puede advertir, hubo un avance muy decidido del legislador al usar la frase “...como salidos del patrimonio del fideicomitente en cuanto fuese necesario para la ejecución del fideicomiso...”, determinado así perfectamente una característica esencial de esta institución, pero al mismo tiempo dando muestras de tibieza, al concluir con la frase “o por lo menos gravados a favor del fideicomisario”

El ordenamiento en cita, reiteraba que en caso de que hubiere traslación de dominio en los fideicomisos constituidos sobre bienes inmuebles, este se inscribía en la sección de la propiedad del Registro Público.”³⁷

Acercas de la tutela jurídica ejercida por la legislación en análisis, el maestro Rodolfo Batiza afirma que “los primeros fideicomisos de Garantía en México fueron celebrados bajo la vigencia de esta Ley.”³⁸

³⁷ MEMORIA DE CONVENCIONES ANUALES DEL CENTRO BANCARIO DE MONTERREY, A. C.; El fideicomiso en México; Editorial IEE, S.A., México 1976, pág. 277.

³⁸ BATIZA, Rodolfo; Ob. cit.: pág. 114.

1.5.7 LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE 1932.

Esta ley aparece casi seis años después de promulgada la Ley General de Instituciones de Crédito y establecimientos bancarios, comenzando a regir estas operaciones de fideicomiso el 29 de junio de 1932

En la exposición de motivos de la Ley de 1926, se encontraba una contradicción acerca de la Institución jurídica del fideicomiso, ya que esta Institución estaba destinada a crear un gran desarrollo económico en nuestro país, pero la Ley de 1926 no establecía el carácter sustantivo de la institución, por lo tanto, dejaba una gran vaguedad de conceptos.

En la exposición de motivos no encontramos en primer término una definición clara de su contenido y efectos, siendo esta definición en materia de la Ley, conteniendo una reglamentación de las Instituciones fiduciarias.

Por lo tanto, la nueva Ley sólo autorizaba la Constitución de fideicomisos cuando el fiduciario fuera una institución sujeta a la vigilancia del Estado.

La Ley contemplaba sólo como Instituciones de Crédito a las que realizaban operaciones activas de crédito y la celebración de ciertas operaciones, entre las cuales se encontraba la de actuar como Institución fiduciaria (Artículo 1 fracción II, inciso E), conservando el requisito de concesión.

La Ley prescribía en lo relativo al cargo y ejercicio de las instituciones fiduciarias, que los actos en función del fideicomiso podrían ser realizados por uno o más funcionarios designados al efecto cuyo nombramiento podía ante todo tiempo vetar la Comisión Nacional Bancaria, así como solicitar su remoción. (Artículo 92)

El Artículo 93 de dicha Ley señala, que la contabilidad de las instituciones, los bienes, valores y derechos dados en fideicomiso, al igual que los productos obtenidos, se harían constar en cuenta especial, para que en ningún caso estuvieran afectados a otras posibilidades o al ejercicio de otras acciones que las derivara del fideicomiso mismo o de las que conforme a la Ley correspondiera a terceros.

En los Artículos 93 y 95 de dicha Ley enumeran las causas por las que una Institución en el desempeño de los fideicomisos imponiéndoles responsabilidades civiles y penales en caso de incumplimiento, concediéndole al beneficiario las acciones correspondientes o a sus representantes legales y a falta de estos al Ministerio Público, así como al fideicomitente, si se hubiera reservado ese derecho el fideicomiso.

Como se puede observar esta Ley precisa los efectos y naturaleza del fideicomiso, que la Ley de 1926 consideraba absurdamente como mandato irrevocable, destruyendo por lo tanto toda confusión entre el fideicomiso y los actos de administración o de Representación a terceros, sin embargo, las instituciones fiduciarias quedaron facultadas para aceptar y desempeñar mandatos y comisiones de toda clase, así como encargarse de albaceazgos, sindicaturas, tutelas, entre otras operaciones.

1.5.8 LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DE 1941.

Nueve años más tarde se promulga la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, observándose que con esta última Ley y la de Títulos y Organizaciones de Crédito, se establece el estatuto legal del fideicomiso en México.

La presente Ley se aplicara a empresas que tengan por objeto el ejercicio habitual de la banca y del crédito dentro del territorio de la República

Se exceptuaría de la misma al Banco de México y las demás instituciones Nacionales de Crédito cuando así lo establezcan las leyes.

Las instituciones u organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las constituidas con *participación del gobierno federal* en las que esté se reserven el derecho de nombrar a la mayoría del consejo de administración o de la junta directiva, o de probar o vetar los acuerdo que la asamblea o consejo adopten.

Competerán exclusivamente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la adopción de todas las medidas relativas tanto a la creación como el funcionamiento de la Instituciones Nacionales de Crédito.

Dicha Secretaría será el órgano competente para reglamentar e interpretar a efectos administrativos los preceptos de esta Ley y en general para todo cuanto se refiere a las Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

En la aplicación de la presente Ley, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Comisión Bancaria y de Seguros y el Banco de México, cada uno en la esfera de su competencia, procurará un desarrollo equilibrado del sistema Bancario y una competencia sana entre las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares que la integran.

Así, la regulación jurídica aludida perdurará hasta el mes de septiembre de 1982, en que, con motivo de la Nacionalización de la Banca y con el objeto de reordenar las disposiciones bancarias en general y en particular se establecerá una tutela adecuada para el fideicomiso.

I.5.9 LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE BANCA Y CRÉDITO DE 1982.

El primero de septiembre de 1981 el jefe del Ejecutivo el Lic. José López Portillo se presentó ante el Congreso de la Unión para rendir su cuarto informe presidencial. En dicho informe anuncia la Nacionalización de la Banca y el control de cambios generalizados, señaló que una de las causas principales del desequilibrio económico era la compra y salida de dólares

Esta Ley entro en vigor el primero de enero de 1983 y uno de los artículos más sobresalientes es el Artículo 43 que señala: “Los usuarios del Servicio Público de Banca y Crédito podrán presentar sus reclamaciones a su elección en la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros o hacerlos valer en los Tribunales competentes.”³⁹

En su último párrafo nos señala: en el caso de que las reclamaciones se presenten ante la Comisión Nacional de Bancaria y de Seguros; esta conciliara y en su caso resolverá las diferencias que se susciten entre las Sociedades Nacionales de Crédito y la prestación de servicios bancarios.

Tratándose de diferencias que surjan respecto al cumplimiento de fideicomisos, sólo conocerá de las reclamaciones que presenten los fideicomitentes o fideicomisarios en contra de los fiduciarios.

Por otra parte su Artículo 4º Transitorio dice: “Que se continuará aplicando a las Organizaciones Auxiliares de Crédito el régimen previsto en ellas en la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

³⁹ Ley Reglamentaria del Servicio Publico de Banca y Crédito de 1982.

I.5.10 LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE BANCA Y CRÉDITO DE 1985

El 28 de diciembre de 1984 se expide una nueva Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 14 de enero de 1985, que entro en vigor al día siguiente de su publicación.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941 y la Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982 fueron abrogados por esta nueva Ley, la séptima y octava en el fenómeno bancario nacional, convirtiéndose las anteriores en fuentes históricas del Derecho Bancario Mexicano.

Esta Ley estuvo formada por 112 artículos y 11 transitorios, organizada en 6 títulos que a diferencia de la anterior de igual nombre sólo tenía 43 Artículos y 5 transitorios, con sólo 3 capítulos, por lo que era relativamente reducida, esta última Ley en vigencia llena los vacíos que la otra había dejado, corrige algunos de sus errores y tiene más claridad en algunos de sus aspectos.

El sistema normativo de la nueva Ley, reconocía sólo dos tipos de instituciones de crédito a saber:

- 1) Las que se distinguían como Instituciones de Crédito de Banca múltiple;
- 2) Las de Banca de Desarrollo.

Permitiendo que ambas clases de Instituciones realizaran operaciones de fideicomiso.

Así la nueva Ley regulaba al fideicomiso en diversos artículos, pero en el capítulo quinto, denominado “de los servicios” estableció más específicamente las reglas para que se realizaran las operaciones de los fideicomisos.

I.5.11 LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE 1990.

El 19 de julio de 1990, entra en vigor la nueva Ley de Instituciones de Crédito, promulgada el 16 de julio de 1990 y publicada en el Diario Oficial el 18 de julio del mismo año que abrogó la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985 y definitivamente la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941.

Esta Ley en su Artículo 4º correspondiente a los servicios, reglamenta las actividades de las Instituciones de Crédito respecto del fideicomiso en sus Artículos 79 al 84. En su Artículo 90 señala la forma en que se debe acreditar la personalidad y facultades de los delegados fiduciarios.

I.5.12 LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE 1998.

En la actualidad esta Ley ha sufrido cambios considerables, sin embargo el contenido de dicha legislación en cuanto a la regulación del fideicomiso, continúa sin modificación alguna, no obstante, cabe señalar que el ordenamiento aludido fue expedido con el fin de dar una nueva y adecuada regulación a las instituciones de crédito a Sociedades Anónimas.

Otra de las leyes que regula la figura del fideicomiso es la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en la que establece los lineamientos generales del fideicomiso y de los que estudiaremos y que serán objeto de análisis de nuestro siguiente capítulo.

Vale la pena aclarar que si bien es cierto nuestro fideicomiso tiene cierta analogía con el Trust anglosajón, así como con la Fiducia Romana, en los que el legislador en cierta forma se inspiró, es cierto también que en México se le ha dado una mayor dimensión de la que sus antecedentes tuvieron, ya que de su evolución histórica el fideicomiso mexicano se ha configurado poco a poco con características propias, que han originado una figura *sui generis* del sistema legal de nuestro país.

CAPÍTULO II

NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO

CONCEPTO

ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO

CLASIFICACIÓN DEL FIDEICOMISO

FINES DEL FIDEICOMISO

EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO

NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO

CAPÍTULO II NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO.

II.1 CONCEPTO

El Artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala “En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de este fin a una Institución fiduciaria”.

El maestro Batiza critica este concepto diciendo que a pesar de los propósitos del legislador no se aclara la vaguedad y la oscuridad que sustituye, ni tampoco precisa su naturaleza y sus efectos. Prueba de ello es la desorientación que origino acerca de la naturaleza jurídica de la Institución ejemplificada en la forma elocuente por la Suprema Corte de Justicia, al sostener un principio, contradiciendo su propia tesis, que aún cuando el fideicomiso no es lo mismo que el mandato, el fiduciario sólo tiene funciones de mero administrador.

El Maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez considera la anterior concepción legal, como a que se refiere únicamente al aspecto externo del fideicomiso, por lo que se hace necesario efectuar un análisis de su naturaleza jurídica para complementar dicha definición legal, por lo que dicho autor asegura que el fideicomiso es una especie de los negocios fiduciarios en cuanto se trata de “...un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación, de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destina”⁴⁰

⁴⁰ RODRÍGUEZ, RODRÍGUEZ Joaquín; Derecho Mercantil. Tomo II; 22ª edición; Editorial Porrúa S.A.; México 1996; pág. 119.

El Doctor José Manuel Villagordoa Lozano define al fideicomiso como un "...negocio fiduciario por medio del cual el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes y a ejercitar los derechos para la realización de los fines establecidos en beneficio del fideicomisario"⁴¹.

Cervantes Ahumada propone la siguiente definición de fideicomiso "El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario para la realización de un fin determinado". El mismo autor nos manifiesta que "el acto constitutivo del fideicomiso es siempre una declaración unilateral de la voluntad".⁴²

Como puede observarse en las definiciones anteriores se desprende que la mayoría de los autores utilizan para su explicación, que el fideicomitente transmite al fiduciario la titularidad de los bienes y derechos afectados en el fideicomiso.

Por lo que se aprecia que la mayoría de los Doctrinarios hablan de la transmisión de titularidad y no de la transmisión de propiedad en estricto sentido, puesto que se trata de una transmisión temporal, limitada en el tiempo al cumplimiento de las finalidades del fideicomiso, de esta manera se puede decir que el fiduciario tiene un dominio limitado sobre la materia fideicomitada, que no por eso deja de ser dominio y dicha transmisión no puede derivarle ninguna ventaja personal, pues como se dijo la materia del fideicomiso esta destinada al fin del negocio jurídico.

Acerca de la titularidad hay que observar que por esta puede entenderse "...la relación de correspondencia existente entre un derecho subjetivo y un sujeto determinado, o calidad de sujeto de una relación jurídica básica"⁴³.

⁴¹ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel: Ob. cit.; pág. 37.

⁴² CERVANTES AHUMADA, Raúl; Títulos y Operaciones de Crédito, Tercera edición; Editorial Herrero; México 1994; pág. 290.

⁴³ PINA, Rafael de y PINA VARA Rafael de; Diccionario de Derecho; 24ª edición; Editorial Porrúa S.A.; México 1995. pág. 462.

Tomando en consideración el efecto traslativo de dominio que el fideicomiso produce, el fiduciario tendrá facultades dominicales que estarán restringidas por el fideicomiso. Dichas facultades tienen por objeto hacer posible la realización de los fines del fideicomiso y las más relevantes son las de: enajenar, permutar, donar, obtener créditos, gravar, transigir, comprometerse en árbitros y desistirse.

Al transmitirse la titularidad el fiduciario no significa que tenga el libre uso, disfrute y goce de los bienes, puesto que la disposición que tenga el fiduciario sobre el patrimonio fideicometido, estará condicionada por los fines del fideicomiso plasmados en el acto constitutivo.

El tratadista Emilio Krieger en su manual del fideicomiso Mexicano, conceptúa al fideicomiso como "...un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad del fideicomitente, quien destina ciertos bienes a un fin lícito, determinado, encomendando la ejecución de esa afectación patrimonial a una Institución fiduciaria".⁴⁴

Por otra parte el Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez define al fideicomiso como "...un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, en virtud del cual, este destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito 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".⁴⁵

II.2 ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO.

Según se desprende de las diferentes concepciones de la figura del fideicomiso analizadas son tres las personas que pueden intervenir idealmente en su estructuración jurídica:

⁴⁴ KIEGER, Emilio; Manual del fideicomiso Mexicano; Editorial Dimensión S.A.; México 1976; pág. 32.

⁴⁵ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo; El Fideicomiso ante la teoría de General del negocio jurídico. Sexta edición; Editorial Porrúa S. A. de C. V. México 1996, pág. 188.

- 1.- El Fideicomitente,
- 2.- El Fiduciario; y
- 3.- El Fideicomisario.

Pero, para la celebración de un negocio jurídico implica la concurrencia de dos personas, como son: la primera el titular de la cosa o derecho que es objeto de la transmisión y la segunda el adquirente de la misma y obligado a destinar lo transmitido a una finalidad determinada. El enajenante lleva el nombre de fiduciante o fideicomitente y quien adquiere suele ser caracterizado como Fiduciario.

Ahora bien en forma eventual además del fiduciante y el fiduciario como elementos personales en la celebración del negocio de esta naturaleza, puede encontrarse un tercero, o sea, el destinatario de los beneficios que como efectos traiga aparejada la obligación del fiduciario; sin embargo, la presencia de este tercer elemento a quien se le denomina beneficiario o fideicomisario es, según se apuntaba, no definitiva y además bajo ningún aspecto se requiere que comparezca en el acto de celebración, sino más bien con posterioridad.

II.2.1 FIDEICOMITENTE

Es la persona que desea crear o constituir un fideicomiso y por ello su papel es muy importante, es quien hace la afectación de ciertos bienes de su patrimonio, destinándolos a la consecución de un fin lícito y determinado, el cual requiere ser sujeto de derechos en ejercicio de su capacidad jurídica.

El fideicomitente puede conjugar a su vez el carácter de beneficiario, sin embargo, es aquella calidad la que provoca que su actividad sea la más importante durante la etapa de constitución del fideicomiso.

El Artículo 349 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que: “Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas y jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación, corresponda a dichas autoridades o a las personas que estas designen.”

De tal forma que tanto los mexicanos como los extranjeros pueden ser fideicomitentes, dentro de la esfera jurídica en la que pueden válidamente actuar, ya que hay campos específicos en que nuestra legislación prohíbe a los extranjeros su participación.

El fideicomiso puede ser constituido por uno o varios fideicomitentes, sin embargo, en el caso de que exista pluralidad de ellos, las decisiones deberán tomarse por mayoría de votos, computados por representaciones, en concordancia con lo que dispone el tercer párrafo del Artículo 348 de Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

El Fideicomitente es “... en el momento de la Constitución del negocio, libre de actuar, dentro de los límites de su capacidad jurídica y como lo estime mejor; puede escoger y precisar en los términos que le convenga el fin perseguido, con la única condición de que ese fin sea lícito, puede señalar al Fideicomisario que desee, con la única condición de que la persona designada sea capaz de recibir el provecho del fideicomiso; puede escoger el fiduciario que desee o puede omitir la designación de un fiduciario concreto; puede sobre todo, señalar el conjunto de facultades y derechos que el mismo se reserva; entre otros, la de revocar el fideicomiso, ya sea incondicionalmente, o sujetando el ejercicio de esa facultad a requisitos ciertos.”⁴⁶

⁴⁶ KRIEGER, Emilio: Opus Cit. pág. 39.

II.2.2 FIDUCIARIO

Es la persona que ostenta la titularidad de los bienes, derechos o valores fideicometidos y que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso, este también lleva a efecto la realización o el cumplimiento de los fines por medio del ejercicio obligatorio de los derechos que le transmitió el fideicomitente

El fideicomiso mexicano tiene una característica propia que lo distingue de su más cercano antecesor que el Trust y, que por otro lado lo separa de las figuras jurídicas como el mandato, la comisión mercantil, la hipoteca y la prenda, esta consiste en que sólo podrán tener carácter de fiduciario las Instituciones Bancarias legalmente constituidas en nuestro país.

La Ley de Instituciones de Crédito establece en su artículo octavo “Para organizarse y operar como institución de banca múltiple se requiere autorización del gobierno Federal, que compete a otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria. Por su naturaleza, estas autorizaciones serán intransmisibles.

Las autorizaciones que al efecto se otorguen, así como sus modificaciones, se publicarán en el Diario Oficial de la Federación y en dos periódicos de amplia circulación del domicilio social de la Institución de que se trate.

Así mismo en su Artículo 30 señala “Las instituciones de banca de desarrollo son entidades de la Administración Pública Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propio...” y que “... la Secretaría de Hacienda y Crédito Público expedirá el reglamento orgánico de cada Institución en el que se establecerán las bases conforme a las cuales se registrará su organización y el funcionamiento de sus órganos”.

Una restricción con respecto a la fiduciario y que permanece vigente hasta la fecha es la prohibición estricta para practicar operaciones fiduciarias a las agencias o sucursales de bancos extranjeros que funcionen en México, esta prohibición esta contemplada en el Artículo 7º de la vigente Ley de Instituciones de Crédito

También el Artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que los fideicomisos que se constituyan a favor del fiduciario serán nulos, lo que se reafirma con lo dispuesto en el Artículo 106 fracción XIX inciso “A” de la Ley de Instituciones de Crédito, no permitiéndose al fiduciario realizar operaciones consigo mismo en cumplimiento del fideicomiso, salvo en aquellas en que autorice el Banco de México.

Un caso de excepción se encuentra en la Ley Orgánica de Nacional Financiera la cual establece en su Artículo 11º que en los contratos de fideicomiso que realice la sociedad, esta podrá actuar en el mismo negocio como fiduciario y fideicomisaria.

Por lo anterior, hay que resaltar que el fiduciario podrá ser designado por:

- 1) El fideicomitente según los Artículos 346 y 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ya sean en el acto constitutivo o en un momento posterior según el Artículo 346 del mismo ordenamiento si se ha reservado ese derecho al fideicomitente.
- 2) Por los fideicomisarios según el Artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- 3) Por el Juez de primera instancia del lugar donde estuvieron ubicados los bienes que integran el patrimonio fideicometido como lo señala el Artículo 350 de Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

No obstante la dificultad de coordinación que pudiere representar, el Artículo 359 de Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito permite que un fideicomiso pueda designarse en forma plural, a las Instituciones fiduciarias, para que actúen conjunta o sucesivamente, siempre que se establezca el orden y las condiciones en que haya de operar y en su caso, sustituirse.

Una vez que fue designada la institución fiduciaria, está desarrollará sus facultades y obligaciones por medio de uno o más funcionarios designados especialmente al efecto, y estos técnicamente reciben el nombre de “Delegados Fiduciarios”

II.2.3 FIDEICOMISARIO

Es la persona física o jurídica colectiva que recibe los beneficios del fideicomiso, en el Artículo 348 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dispone “... puede ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica”.

“La necesidad de exigir dicha capacidad a los fideicomisarios que señala el Artículo antes citado, no se debe interpretar en el sentido de aludir la capacidad activa, si no más bien relacionada a la ausencia de alguna incapacidad especial derivada de la ley, puesto que el fideicomiso puede constituirse a favor de persona incapacitada y aún no nacidas”⁴⁷.

Los fideicomisos pueden beneficiar incluso a determinadas entidades, obras de beneficencia, culturales, artísticas, animales o cosas en general, siempre que su fin sea lícito y posible de realizar, en cuyo caso, se contará con la representación institucional del Ministerio Público, toda vez que no se trata de personas.

⁴⁷ BATIZA, Rodolfo: Ob. Cit.; pág. 191.

En general se puede decir que son pocas las excepciones existentes en cuanto a la capacidad para ser fideicomisario, como por ejemplo podemos señalar que no podrá designarse como fideicomisario a un extranjero, cuando el fin del fideicomiso consista en transmitirle estrictamente la propiedad de un inmueble ubicado en la zona prohibida según lo establece el Artículo 27 Constitucional en su primera fracción en su último párrafo.

En el Artículo 348 de Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito declara nulo el fideicomiso a favor de la institución fiduciaria excepto en el caso antes señalado de Nacional Financiera, y contempla la posibilidad de que existan varios fideicomisarios, que gocen de los efectos del fideicomiso en forma simultánea o sucesiva.

Cuando existen fideicomisarios simultáneos, las disposiciones que deban tomarse se determinaran por mayoría de votos, contemplados por el valor de las porciones y no por el número de personas. En este caso, la figura del fideicomisario se operara como un órgano colegiado para los efectos de integrar su declaración de voluntad.

Cuando existen fideicomisarios sucesivos, el Artículo 359 de Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, prohíbe expresamente la constitución de fideicomiso en donde los beneficios se concedan a diversas personas sucesivamente y que deban sustituirse por la muerte del anterior, salvo el caso de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebida, a la muerte del fideicomitente.

También cuando no existe beneficiario designado, se puede pensar que el propio fideicomitente contrata la operación para ser beneficiario personalmente, con la tranquilidad de haber puesto alguno de sus bienes al servicio de un propósito que el considerarse digno de esfuerzo.

No obstante lo anterior, se hace necesario hacer la distinción que hay entre un fideicomisario y un simple beneficiario económico del fideicomiso, de tal forma que jurídicamente sólo pueden ser considerados como fideicomisario aquellas personas a quienes el fideicomitente, en el acto constitutivo o en un momento ulterior, si se ha reservado el derecho de hacerlo posteriormente, designe el fideicomisario y en consecuencia, les legitimará formalmente para hacer valer los derechos y acciones que integran la situación jurídica del fideicomisario. Por otra parte el beneficiario simple indirecto, no queda legitimado para exigir que el fideicomiso lo beneficie o que se lleve a cabo en su favor, ya que en dado caso, podrá solicitar al fiduciario o instar al Ministerio Público, para que cumpla sus respectivas funciones, pero nunca podrá actuar con plena legitimación con carácter de fideicomisario, frente al fiduciario.

Todo lo anterior hace resaltar que el más importante derecho que tiene el fideicomisario es el de percibir los beneficios, productos o frutos del fideicomiso.

No obstante este derecho deriva principalmente de lo que se haya pactado formalmente en el contrato respectivo. Así el fideicomisario podrá recibir por sí mismo o por sus representantes legales, si se trata de incapacitados.

Por lo que ser fideicomisario es la última persona sobre quien recae el beneficio último del fideicomiso; él tendrá el derecho de exigir a la institución fiduciaria, el exacto cumplimiento del fideicomiso, podrá atacar la validez de sus actos de mala fe o en exceso de facultades que por el acto constitutivo o por la ley le corresponda, defender el patrimonio fideicometido así como la acción de reivindicar los bienes para que estos se integren al patrimonio fiduciario, por lo que será posible que el fideicomisario pueda atacar los actos que ejecute el fiduciario sin apegarse a las instrucciones del propio fideicomisario, del comité técnico o del fideicomitente, en su caso.

II.3 CLASIFICACIÓN DEL FIDEICOMISO.

En virtud de lo versátil de la figura jurídica del fideicomiso, resulta sumamente difícil de efectuar una clasificación única del mismo, ya que se trata de una figura jurídica que puede asumir infinidad de formas múltiples y variadas modalidades que a través de ellas se pueden realizar las más diversas funciones, por lo que lo se pueden clasificar de la siguiente forma:

1. Fideicomisos Públicos y fideicomisos Privados.
2. Fideicomisos Revocables e Irrevocables.
3. Fideicomiso Traslativos de Dominio.
4. Fideicomiso de Garantía.
5. Fideicomiso de Inversión.
6. Fideicomiso de Administración.
7. Fideicomiso de Primas de Antigüedad.
8. Fideicomiso de Planes de Pensiones o Jubilaciones.
9. Fideicomiso de Beneficencia.
10. Fideicomiso Testamentarios.

II.3.1 FIDEICOMISOS PÚBLICOS Y FIDEICOMISOS PRIVADOS

Los fideicomisos públicos son aquellos constituidos por las dependencias o entidades gubernamentales con una aplicación casi ilimitada en todos los campos de la actividad económica y social. Estos tendrán tal carácter, en virtud de las personas que intervienen como fideicomitentes son personalidades federales, estatales o municipales o bien sean constituidos

como bienes, derechos o valores que se encuentren asignados a diversas dependencias y entidades del sector público, y en todo caso contarán con la autorización y representación legal del fideicomisario, de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Hacia el periodo presidencial de 1970-1976 en el cual se inicia formalmente la inflación administrativa y bajo lo establecido por la ley, la categoría de fideicomisos públicos en México, se encuentra en el séptimo nivel de parestatalidad, tiene sus sustento legal en el orden jurídico privado dentro de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. Mediante la publicación de esta figura, el gobierno federal la incorpora al ámbito de cometidos no esenciales, relacionado con la satisfacción de necesidades de carácter general que se gestionan en las áreas prioritarias.

Los fideicomisos públicos presentan los siguientes elementos:

- A) Son establecidos por la administración pública.
- B) Se organizan de manera análoga a los organismos descentralizados o a las empresas de participación mayoritaria.
- C) Su propósito es auxiliar al ejecutivo federal
- D) Sus cometidos se restringen a las áreas prioritarias.

El fideicomiso entra dentro del marco de las entidades paraestatales como tal, aunque con características diferentes como son:

- A) Se le ha considerado como una técnica de manejo de fondos federales, a través de la actuación de las personas jurídicas colectivas (el gobierno federal a nombre de la federación e invariablemente por conducto de la institución de la banca y crédito.)

- B) Los sujetos del contrato de fideicomiso son: el fideicomitente (el gobierno federal) el fiduciario (a partir de 1991-1992 por la banca privada o bien por la banca de desarrollo, incrustado aun en la administración publica mediante ciertos sociedades nacionales de crédito) y el fideicomisario que pueden ser los grupos de población, beneficiados de las misiones estatales que ejecutan los fideicomisos, entre los cuales destacan los de vivienda, fomento a la producción en sus diferentes vertientes, de promoción a la cultura.
- C) El ejecutivo federal, por conducto de la secretaria de hacienda fideicomitente único de la administración publica centralizada, vigila los contratos respecto a precisión de los derechos y acciones que debe ejercitar el fiduciario sobre los bienes objeto del fideicomiso; las limitaciones derivada de los derechos de terceros asi como de los derechos del gobierno federal como fideicomitente se reserve el derecho y las facultades que fije el comité técnico (*órgano del gobierno*). Este a diferencia de los fideicomisos privados, es de existencia obligatoria en fideicomisos públicos los que deberán ajustarse en cuanto a su integración, facultades funcionamiento desarrollo y operación a las reglas de las demás entidades paraestatales.
- D) El fideicomiso como contrato involucra el supuesto de que este tipo de actos jurídicos requieren de los sujetos correspondientes. Por lo tanto y de acuerdo a la trilogía señalada en el inciso b) cada uno de los sujeto s que configuran puedan tener atribuida la personalidad jurídica indispensable para la realización de actos jurídicos específicos.

Atento a lo anterior el fideicomiso en el rango de su consideración orgánico carece de personalidad jurídica pero no así de los sujetos que lo conforman, es decir, el gobierno federal, las fiduciarias y en algunos casos las asociaciones o sociedades civiles cuando actúa como fideicomisarios.

- E) Los fideicomiso públicos no escapan del control sectorial en cuanto a los proyectos modificativos de su estructura administrativas, para lo cuales requiere de un delegado fiduciario general, quien pone a consideración del coordinador de sector todos los proyectos del fideicomiso y demás modificaciones que se requieran.
- F) Respecto a las características contractuales de los fideicomisos públicos en los contratos se debe precisar sus facultades especiales, sin perjuicio de ñas establecidas en la ley y las que determine el Presidente de la República, para los comités técnicos, de los cuales constituyen limitaciones para la institución fiduciaria.

La revocación de los contratos de fideicomiso se reserva al Gobierno Federal la facultad expresa de revocarlos, sin perjuicio de los derechos de los fideicomisarios o de los terceros, salvo que se hallen constituidos por imperio de una ley, o la naturaleza de sus fines se lo impida.

Los fideicomisos privados son los que se constituyen con los bienes, derechos o valores que son propiedad estrictamente de particulares y que siguen la forma que se ha precisado durante el capítulo de la naturaleza jurídica del fideicomiso.

II.3.2 FIDEICOMISOS REVOCABLES E IRREVOCABLES

El fideicomiso revocable es aquel en el que el fideicomitente se reservo la facultad de revocarlos, por congruentes con su naturaleza, estos son siempre consecuencia de un acto gratuito.

“Los fideicomisos irrevocables son aquellos en el que el fideicomitente ha recibido o recibirá una contraprestación, motivada por esa causa y por consiguiente no se reserva esa facultad, ya que sería ocioso constituirlo, previniendo la posibilidad de dejarlo insubsistente”⁴⁸.

11.3.3 FIDEICOMISO TRASLATIVO DE DOMINIO

Son aquellos cuya finalidad consiste en que el fiduciario transmita la titularidad de los bienes o derechos fideicometidos, que ostenta durante el desarrollo del fideicomiso, al fideicomisario o a la persona o personas que este señale al fiduciario, una vez que se haya cumplido los requisitos previamente establecidos.

Generalmente este tipo de fideicomiso opera en aquellos casos en donde se presentan *algunas dificultades de carácter legal o de tipo práctico para realizar alguna operación* mediante las formas tradicionales de negocios jurídicos traslativos, tales como la compraventa, donación etc.

11.3.4 FIDEICOMISO DE GARANTÍA

Este fideicomiso se constituye con el fin de garantizar el cumplimiento de una obligación cargo del fideicomitente o de un tercero, transmitiéndose para tal efecto al fiduciario la titularidad de ciertos bienes o derechos, de esta manera, si el fideicomitente incumple su obligación, el fiduciario ejecutará el fideicomiso y cumplirá con la obligación garantizada, de conformidad con los fines del fideicomiso.

⁴⁸ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. Ob. cit.; pág. 170.

Este fideicomiso tiene prácticamente el carácter de contrato accesorio puesto que siempre se liga al contrato principal que los motiva, de tal manera que el fideicomiso de garantía sigue la misma suerte que el negocio principal, ya que una vez que se cumplen las obligaciones que dicho negocio impone, el fideicomiso concluye y como consecuencia de esa extinción, el fideicomiso retransmite al fideicomitente los bienes o derechos fideicometidos, una vez que el acreedor, fideicomisario haya otorgado el finiquito correspondiente.

El fin principal de este tipo de operación es el de garantizar una obligación, el fideicomitente puede reservarse el uso y goce de los bienes fideicometidos, el que normalmente perderá en caso de ejecución

11.3.5 FIDEICOMISO DE INVERSIÓN

El maestro Rodolfo Batiza señala que por fideicomiso de inversión se entiende a "... aquel que consiste en el encargo hecho por el fideicomitente al fiduciario de conceder préstamos con un fondo constituido al efecto"⁴⁹. Para su formalización, se celebran dos o más contratos. En primer lugar el del fideicomiso y después en ejecución del mismo el de o los contratos de mutuo.

Sin embargo el maestro Batiza señala: "... es arbitrario restringir la denominación de fideicomisos de inversión a aquellos en que la inversión consiste en el otorgamiento de préstamos."⁵⁰

Con el mismo o mejor derecho debería también aplicarse a los fideicomisos cuya inversión se realiza en bonos, acciones de sociedades u otros valores o en otra clase de bienes.

⁴⁹ BATIZA, Rodolfo: Ob. cit.: pág. 118

⁵⁰ Ídem

Esta clase de fideicomiso se acostumbra constituir para el otorgamiento de créditos, pero tal y como en la práctica bancaria se ha observado, estos han caído en desuso, debido a que se encuentran sujetos a un fuerte encaje legal

Por lo tanto el fideicomiso de inversión se entiende como “aquel en que los fiduciarios reciben dinero para invertirlo en diversos instrumentos financieros, en beneficio del propio fideicomitente o de terceras personas.”

II.3.6 FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN

Son aquellos mediante los cuales se trasmite al fiduciario determinados bienes o derechos, para que de conformidad con los fines del fideicomiso, los fiduciarios realicen operaciones de guarda, conservación, o cobro de los productos de los bienes fideicometidos que señale el fideicomitente, entregando los productos o beneficios al fideicomisario.

La actividad en el fideicomiso de administración consiste en que, el fiduciario como titular del patrimonio fideicometido se encargue de realizar la organización, guarda y conservación de los bienes que integran dicho patrimonio, efectuando el cobro de los productos que genere y transmitiendo dichos productos del fideicomisario a la persona o personas que este designe.

II.3.7 FIDEICOMISOS DE PRIMAS DE ANTIGÜEDAD

Mediante este tipo de contratos que efectúa una empresa como fideicomitente, está trasmite al fiduciario en fideicomiso irrevocable, con la periodicidad que se requiera,

aportaciones en efectivo que se encargara de administrar, creando con el importe del mismo una reserva necesaria y suficiente, para el pago de las primas de antigüedad de los trabajadores de la fideicomitente, para así asegurarles el pago de las mismas

II.3.8 FIDEICOMISO DE PLANES DE PENSIONES O JUBILACIONES

Este fideicomiso es similar a los anteriores, la empresa o el patrón, con el carácter de fideicomitente, aporta a los fiduciarios en fideicomiso irrevocable, determinadas cantidades de dinero, con el objeto de crear un fondo de reserva cuya administración esta dirigida a pagar pensiones por jubilación a trabajadores del fideicomitente.

II.3.9 FIDEICOMISO DE BENEFICENCIA

La Constitución de fideicomiso en favor de beneficiarios designados genéricamente o con fines de utilidad pública, constituyen un campo amplisimo para la Institución del fideicomiso. Así se establecen en favor de la gente necesitada, de un hospital, de cierta clase de personas discapacitadas, de instituciones docentes y en general, con fines benefactores y es precisamente el fideicomitente o el comité técnico que se constituya, quienes se encargarán de determinar quienes obtendrán el beneficio en cada caso.

II.3.10 FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

Un fideicomiso puede constituirse condicionado al inicio de sus efectos a la muerte del fideicomitente, por lo que necesariamente deberá constar en el testamento respectivo y

ajustarse a las formalidades establecidas por el derecho común para los testamentos. Sin embargo, existen fideicomisos que de hecho producen efectos testamentarios aunque no haya testamento, cuando los bienes fideicometidos se entregan al fiduciario desde el momento de la constitución y no a la muerte del fideicomitente.

II.4 FINES DEL FIDEICOMISO

Nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito exclusivamente señala que el fin podrá ser cualquiera siempre que sea lícito, posible y determinado.

“El fin del fideicomiso es la actividad jurídica que realiza el fiduciario, por instrucciones del fideicomitente, a través del ejercicio obligatorio de los derechos que transmite dicho fideicomitente.”

Decimos también que se trata de una actividad jurídica, por que a través de ella el fiduciario realiza una serie de actos jurídicos concretos que se requieren para el exacto cumplimiento del fideicomiso.

El Artículo 347 del la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito es la que determina las tres características que son: que sea lícito, posible y determinado.

Cabe señalar que ilícito es lo que puede tener fines o procedimientos contrarios a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Es imposible el fin que no puede existir por ser incompatible con la naturaleza o con una norma jurídica que deba regirlo necesariamente y que constituya un obstáculo insuperable para su realización (Artículos 1828 y 1830 del Código Civil vigente para el Distrito Federal)

No será válido el fideicomiso si no se determina en forma concreta, el fin que se persiga a través de su constitución

II.5 EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO

EL Artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito contempla las formas en que se da la extinción de esta figura jurídica denominada fideicomiso, pero independientemente de estas formas existen otras causales que dicho ordenamiento omite, como sería el caso de las causas previstas en el acto constitutivo y de algunos supuestos establecidos casuísticamente por el fideicomitente etc.

De esta manera podemos concluir que existen dos formas básicas para la extinción del fideicomiso:

1. Causas de extinción conforme a la Ley.
2. Causa de extinción conforme a la voluntad de las partes.

II.5.1. CONFORME A LA LEY

Esta forma se encuentra contemplada en el Artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que establece como causas de extinción las siguientes:

A) Por la realización del fin para el cual fue constituido

Es la posibilidad de innumerables finalidades que se pueden alcanzar a través de la figura del fideicomiso, haría inútil e incompleta cualquier tentativa de analizar ejemplos de extinción de fideicomiso, considerando la realización de su fin, sin embargo, a continuación nos referiremos a las dos formas prácticas de conclusión del contrato en estudio.

En el fideicomiso de inversión se extingue por ministerio de ley, si al vencimiento del crédito este no hubiere sido liquidado por el deudor, debiendo la Institución fiduciaria transferir el crédito al fideicomitente o fideicomisario según sea el caso.

El fideicomiso de Garantía se extingue por la realización de su fin, sin embargo esta sujeto a otras causas que producen igual resultado, ya que el fideicomiso de garantía desempeña una función equivalente a la hipoteca, por lo que las causas de extinción de esta deben considerarse también como de la Institución que nos ocupa. Cabe mencionar que el fideicomiso de garantía se extingue con el pago de la deuda garantizada con o sin ejecución del fideicomiso.

B) Por hacer el fin imposible. Cuando se cumplen los fines del fideicomiso automáticamente se extingue, por lo que de igual manera debe hacerse imposible su fin; el fideicomiso debe extinguirse, ya que el fiduciario no podría ejecutar encargo alguno, ni el fideicomisario recibir beneficio alguno estipulado a su favor al no poderse realizar la finalidad contractual. De lo contrario, el fideicomiso no tendría razón de ser.

C) Por hacer imposible el cumplimiento. Por hacer 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 o dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución, así.

Respecto a esta problemática hay un error en la legislación vigente que nos señala Rodolfo Batiza, "... ya que si es precisamente la existencia del fideicomiso la que depende del cumplimiento de la condición suspensiva, al hacerla está imposible y no verificarse dentro del término, es inadecuado hablar de extinción del fideicomiso. A lo más podrá decirse que se extingue la posibilidad de su existencia".⁵¹

- D) Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario.** Así como el fideicomiso requiere del acuerdo de voluntades de las partes para su Constitución, también lo requiere para su extinción cuando el fideicomitente y el fideicomisario son diversos y el fideicomiso no se encuentre en algún supuesto de extinción de los previstos en la Ley.
- E) Por revocación hecha por el fideicomitente cuando se hubiere reservado tal derecho.** Lo anterior puede manifestarse en el sentido de que siempre y cuando no se hubiere impuesto ninguna otra condición adicional, por lo que se trata de un acto estrictamente voluntario.
- F) Lo que contempla la parte final del Artículo 350 de ley general de títulos y operaciones de crédito.** Esta causal determina que cuando la Institución fiduciaria no acepte, renuncie o sea removido en el desempeño de su cargo y no fuere posible la sustitución fiduciaria, el fideicomiso cesara.

No obstante cuando una Institución no acepte actuar como fiduciario, esta no es precisamente una causa de extinción si no más bien un caso de falta de existencia, en la situación hipotética que se señala, el fideicomiso no ha producido efectos de ninguna clase al no haberse aceptado por el fiduciario y por existir la transmisión de bienes al propio fiduciario.

⁵¹ BATIZA, Rodolfo; Ob. cit.; págs. 385 y 386.

II.5.2 CONFORME A LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

Las causas de extinción no previstas en la ley pero que se consideran como tales por los usos y costumbres bancarias son las siguientes

A) La renuncia del fideicomiso. Se da en el caso de que el fideicomisario no acepte, repudie o rechace el beneficio otorgado por el fideicomiso, a su favor.

B) Cumplimiento del termino o plazo. Las partes en el fideicomiso pueden establecer en su clausulado la duración del mismo, por lo que al vencerse el termino de vigencia, se extinguirá el fideicomiso y se devolverán los bienes a quien corresponda.

C) Destrucción de la cosa. Resulta indiscutible afirmar que en el caso de que se otorguen bienes muebles o inmuebles en fideicomiso, estos serán los elementos esenciales para la vida jurídica del mismo por lo que resulta lógico pensar que si la cosa se destruye o perece por algún caso fortuito o por fuerza mayor, por consiguiente el fideicomiso se extinguirá. Sin embargo, la destrucción debe ser total por que de otra manera el fideicomiso continuaría vigente con la parte de los bienes que queden a salvo y claro según se haya previsto en la constitución del contrato fiduciario.

D) Desaparición o transmisión de la materia del fideicomiso por causa de utilidad pública. Al no existir bienes afectados en fideicomiso, este dejaría de tener materia y objeto de su realización, es de entenderse que al verificarse una expropiación, el fiduciario deberá concluir su actuación y reclamar el apago de sus servicios y a su vez el importe que reciba como producto de la expropiación, mismo que deberá entregar a los fideicomisos o quien corresponda, razones por las que el fideicomiso lógicamente se habrá de extinguir.

II.6 NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO.

La naturaleza jurídica del fideicomiso es de carácter contractual

Como soporte central de este argumento se basa en el artículo 1793 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra señala “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones o derechos toman el nombre de contratos.

En la exposición de motivos de nuestra Ley de Títulos y Operaciones de Crédito el cual reconoce indirectamente al fideicomiso como contrato al señalar que “... el fideicomiso expreso puede servir a propósitos que nos e lograrían sin el por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación.”

La Ley de Instituciones de Crédito en vigor (publicado en el Diario Oficial de la Federación del 18 de julio de 1990.) en su artículo 79 establece que “En las operaciones de fideicomiso, mandato, comisión administración o custodia las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato.”

Asimismo en el último párrafo del inciso b) de la fracción XIX del artículo 106 de la Ley de Instituciones de Crédito establece “... En los contratos de fideicomiso, mandato, o comisión se insertaran en forma notoria los párrafos anteriores de este inciso...”

También cabe mencionar que la Comisión Nacional Bancaria (anteriormente de seguros) acostumbra invertir al fideicomiso con la característica de contrato y, como ejemplo, podemos citar el oficio circular No. 816-45 en cuyo rubro se lee “ se comunica acuerdo e instrucciones sobre contratos de fideicomiso.”

A este respecto al maestro Acosta Romero sostiene que el fideicomiso mexicano es un contrato, basándose en que se trata de una relación jurídica entre dos o mas personas, mismas que establecen derechos y obligaciones entre las partes, no pudiéndose concebir como una manifestación unilateral de la voluntad.⁵²

Acceptándose que el fideicomiso es un contrato, podemos clasificarlo de la siguiente manera:

- a) El fideicomiso es un contrato bilateral, por que requiere de un acuerdo de voluntades entre el fideicomitente y la institución fiduciaria, por el cual se obligan recíprocamente.
- b) Es un contrato oneroso, ya que en el se estipulan derechos y obligaciones recíprocos y; además es conmutativo ya que las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato.
- c) Es un contrato consensual, pues basta para su perfeccionamiento el simple acuerdo de voluntades y no requiere de la entrega de la cosa.
- d) Es un contrato formal, por que requiere la forma escrita.
- e) Es un contrato nominado o típico, en razón de que se encuentra expresamente reglamentado por la ley.

Independientemente de lo anterior Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, afirma que el fideicomiso es un negocio fiduciario de carácter traslativo en cuya virtud el

⁵² PIÑA MEDINA. Jorge; Opus Cit.; pág. 157.

fideicomitente transmite al fiduciario ciertos bienes o derechos, con la obligación de destinar a un fin cierto y determinado.

II.6.1 MANDATO

Para el Licenciado Ricardo J. Alfaro, que fue uno de los precursores para adaptar el Trust anglosajón a los sistemas jurídicos latinos, el fideicomiso es una especie de mandato, pues lo que hace el fiduciario en resumidas cuentas es desempeñar un encargo de fideicomitente, por lo tanto, el contrato es aquel por el que una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra, llegando a la conclusión de que: el fideicomiso es en sustancia un mandato; en el fideicomiso hay una transmisión.

De acuerdo a lo anterior el Licenciado Alfaro sustenta que "... el fideicomiso es un contrato *sui generis*, cuya esencia es el mandato. Lo define precisamente como un mandato irrevocable, en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciaria, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite, llamado fideicomitente a beneficio de un tercero llamado fideicomisario".⁵³

II.6.2 OPERACIÓN BANCARIA

Rodríguez y Rodríguez considera al fideicomiso como patrimonio de afectación y como negocio fiduciario e indirecto, lo hace también como operación bancaria, ya que el fideicomiso sólo puede ser practicado en México por las instituciones expresamente autorizadas en la Ley General de Instituciones de Crédito en su Artículo 350 en donde nos señala quienes pueden constituir las instituciones bancarias.

⁵³ DOMÍNGUEZ, MARTÍNEZ, Jorge Alfredo; Opus Cit.; pág. 145.

Apoyando al maestro Acosta Romero, es importante señalar que para calificar el fideicomiso como contrato nos basta decir que es una relación jurídica entre dos o más personas, puesto que siempre debe haber un fideicomitente y una Institución fiduciaria, en esta relación se establecen derechos y obligaciones entre dos partes y por lo tanto no puede concebirse como una manifestación unilateral de la voluntad.

II.6.3 ACTO UNILATERAL Y NEGOCIO FIDUCIARIO

La novedad del fideicomiso en México, originó que los primeros esfuerzos jurisprudenciales y doctrinarios fueran orientados a fijar su naturaleza jurídica.

Dentro del sentido genérico se ha sostenido que el fideicomiso es un negocio fiduciario.

En el sentido más limitado se ha hecho la aseveración de que el fideicomiso se presenta normalmente como un acto unilateral, cuando el fideicomitente establece su voluntad en un acto *inter vivos*, en caso de que su declaración sea de inmediato obligatoria para el consentimiento del fideicomisario.

Estas consecuencias se dice que son independientes de las aceptaciones de voluntad esenciales para la integración del negocio jurídico y la adhesión del fiduciario a las normas establecidas por el acto constitutivo y la aceptación del cargo.

Se dice que son condicionales judiciales para la ejecución del fideicomiso pero no para la *perfección jurídica*.

II.6.4 CONTRATO

La naturaleza del fideicomiso tal como esta regulado por el derecho positivo y también tal como se utiliza en el uso y en la práctica bancaria de nuestro país es considerado el fideicomiso como un contrato. El fideicomiso puede encuadrarse como un acto jurídico, ya que es la expresión de voluntad entre dos o más personas para crear, transmitir, reconocer, declarar, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Dentro de las especies de actos jurídicos nuestro Código Civil Federal en su Artículo 1792 y 1793, define el convenio como “el acuerdo de dos o más personas para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones o derechos.”

Pero los convenios que producen o transfieren obligaciones o derechos toman el nombre de contratos.

El fideicomiso Mexicano es un contrato, en virtud de que existe una relación jurídica entre dos o más personas, puesto que siempre debe haber un fideicomitente y una Institución fiduciaria y dentro de esa relación se establecen derechos y obligaciones entre dos partes, por lo tanto, no puede concebirse como manifestación unilateral de la voluntad.

El legislador autor de la redacción de los preceptos relativos al fideicomiso de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, el Licenciado Pablo Macedo, reconoce que el fideicomiso es un contrato; explica su intervención en la redacción de dichos preceptos y en dos ocasiones afirma que “se configura en el caso como un contrato que requiere la voluntad de ambas partes” y en otra forma se evitan las decisiones existentes en otros regímenes jurídicos, a reserva de la buena o mala fe de quienes contratan con el fiduciario. No queda duda pues, de que la intención del legislador fue diseñar el fideicomiso como contrato.

II.6.5 ACTO MIXTO

El Trust es más bien parte del derecho sucesorio, por ser la vía testamentaria la forma predominante de constitución aparte de ser técnicamente, un acto de comercio se ha sostenido además que el fideicomiso es un acto absolutamente mercantil. Esta posición sin embargo no tiene apoyo en la Ley

La categoría de los actos absolutamente mercantiles es más doctrinaria que legal.

Aún la declaración legislativa que pudiera hacerse a efecto de que el fideicomiso revista carácter, sería insuficiente para trasmutar su naturaleza jurídica.

“La práctica bancaria demuestra que el fideicomiso con frecuencia constituye un acto mixto, en términos del Artículo 1050 del Código de Comercio.

Lo que sería legalmente Civil para el fideicomitente y mercantil para el fiduciario, en virtud de su calidad de Institución Bancaria, dicho acto mixto (ampliando el concepto legal de que este es susceptible inclusive de ser administrativo, fideicomiso público laboral, el que se constituye por un sindicato y, posiblemente hasta agrario.”⁵⁴

⁵⁴ BATIZA, Rodolfo; Principios Básicos del fideicomiso y la Administración Fiduciaria; Segunda edición; Editorial Porrúa S. A.; México 1985; pág. 45.

CAPÍTULO III.

INCONSTITUCIONALIDAD DEL FIDEICOMISO EN LA ZONA PROHIBIDA.

MARCO JURÍDICO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN LA ZONA PROHIBIDA.

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN LA ZONA PROHIBIDA.

LAS LAGUNAS EXISTENTE DENTRO DE LA LEY EN LA FIGURA DEL FIDEICOMISO QUE SE ESTABLECE RESPECTO A LA ZONA PROHIBIDA.

CAPÍTULO III

INCONSTITUCIONALIDAD DEL FIDEICOMISO EN LA ZONA PROHIBIDA.

III.1 MARCO JURÍDICO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN LA ZONA PROHIBIDA.

La Zona Prohibida, es aquella en la cual los extranjeros no pueden adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas y comprende una faja de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y 50 kilómetros a lo largo de las costas; el fundamento legal de la zona prohibida se encuentra dentro del Artículo 27 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos en su fracción primera, establece textualmente “ *1.- Sólo los mexicanos por nacimiento ó por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquellos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo. en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.*

El Estado, de acuerdo con los intereses públicos internos y los principios de reciprocidad, podrá a juicio de la Secretaría de Relaciones, conceder autorización a los Estados extranjeros para que adquieran, en el lugar permanente de la residencia de los Poderes Federales, la propiedad privada de bienes inmuebles necesarios para el servicio directo de sus embajadas o legaciones.”

La reglamentación del Artículo 27 Constitucional en su Artículo 1º es muy claro al señalar que conforme a dicha norma sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, tienen derecho a adquirir bienes inmuebles que se encuentren dentro de la Zona Prohibida

Los antecedentes de la regulación de la Zona Prohibida en nuestro país datan concretamente de la ley del 6 de abril de 1830, "...la que se prohibió la colonización de extranjeros en los estados fronterizos, así como las leyes del 11 de marzo de 1842 y del 1 de febrero de 1856, que exigieron al extranjero condiciones de residencia y vecindad para ser capaces de poseer o adquirir propiedades urbanas o rústicas así como también la prohibición de cualquier clase de adquisición en las costas y fronteras en una franja de veinte leguas."⁵⁵

Estos antecedentes fueron recogidos por nuestra Carta Fundamental de 1917 con la intención de vigilar y mantener la integridad del territorio nacional en defensa de la soberanía del Estado Mexicano, para evitar el establecimiento permanente de los extranjeros en estas zonas estratégicas de la Nación, como lo precisa el Artículo 27 fracción primera en su último párrafo.

Para llevar a cabo la regularización del Artículo 27 respecto de la Zona Prohibida y de la Inversión Extranjera en México diversos Presidentes como el General Lázaro Cárdenas con fecha 22 de noviembre de 1937, y de Don Manuel Ávila Camacho el 6 de agosto de 1941, realizan Decretos importantes para la regulación de la Inversión extranjera en México.

Otro de los antecedentes importantes en la regulación de la Zona Prohibida respecto de la Inversión Extranjera fue el Decreto dictado por el Licenciado Luis Echeverría Álvarez que realiza un Decreto presidencial con fecha 29 de abril de 1971, en donde autorizaba a la Secretaría de Relaciones Exteriores para resolver cada caso sobre la conveniencia de conceder

⁵⁵ Nuestra Constitución. Historia de la libertad y soberanía del pueblo mexicano, volumen II; Editorial Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana: México 1990: pág. 45.

a las Instituciones Nacionales de Crédito permiso para adquirir como fiduciarios el dominio de bienes inmuebles destinados a la realización de las actividades industriales o turísticas ubicados en zona restringida.

Posteriormente con fecha 16 de mayo de 1989 el Presidente de la República Carlos Salinas de Gortari crea **el Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y regular la inversión Extranjera en México**, ley que abrogó las siguientes disposiciones que regulaban la inversión extranjera en México:

1.- El Reglamento de la Ley Orgánica de la fracción primera del Artículo 27 constitucional del 29 de agosto de 1926.

2.- El Reglamento del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras de fecha 28 de diciembre de 1973.

3.- El Decreto Presidencial que autorizaba a la Secretaria de Relaciones Exteriores para conceder a las Instituciones Nacionales de Crédito los permisos para adquirir como fiduciarios el dominio de los bienes inmuebles destinados a la realización de actividades industriales y turísticas en fronteras y costas de fecha 29 de abril de 1971.

4.- La Resolución General que sistematiza y actualiza las resoluciones generales

que emitidas por la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras de fecha 3 de febrero de 1988.

proporciones y las actividades en las que las inversiones extranjeras puedan participar limitadamente entre el 10% y el 49% , así como cuando la Comisión de Inversiones Extranjeras puede autorizar una mayor participación, en los Artículos 5° al 8° se desprenden la actividades reservadas a la actividad exclusiva del estado, las que lo están sólo para los mexicanos y sociedades con cláusula de exclusión de extranjeros y aquellas que puedan ser de posible inversión extranjera.

*** SEGUNDO:** De la adquisición de los bienes inmuebles, la explotación de minas y aguas, y de los fideicomisos, el cual esta contenida en dos capítulos y de los Artículo 10° al 14°, en donde se señala como los extranjeros pueden obtener propiedades dentro del territorio nacional y que se debe tramitar ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, así mismo resulta sobresaliente señalar que para el presente trabajo es indispensable plasmar los siguientes Artículos en los que se hace referencia en el capítulo Segundo regula los fideicomisos sobre los bienes inmuebles en zona restringida y en donde el Artículo once señala *“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 fideicomisos sean:*

I.- Sociedades mexicanas sin cláusulas de exclusión de extranjeros en los casos previstos en la Fracción II del Artículo 10 de esta ley; y

II.- Personas físicas o morales extranjeras.”

El Artículo 12° de dicha ley señala *“Se entenderá por utilización de aprovechamiento de los bienes inmuebles ubicados en la zona restringida, los derechos al uso y goce de los mismos, incluyendo en su caso, la obtención de frutos, productos y en general, cualquier*

5.- Así mismo se derogaron todas las disposiciones que en términos generales que establecían obligaciones y restricciones o requisitos a inversionistas extranjeros o sociedades en donde los extranjeros participaban o que se opusieran a la presente ley.

Dicha Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y regular la Inversión Extranjera en México, en su título primero contiene las disposiciones generales en las que define entre otras en su artículo 1º fracción XIII “Zona Restringida: La faja de territorio nacional de cien kilómetros de ancho que corre a lo largo de las fronteras y la de cincuenta kilómetros de ancho que corre a lo largo de las playas del país, a que se refiere la fracción I del Artículo 27 de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos, los Artículo 7 y 18 de la Ley Orgánica de la Fracción I del Artículo 27 de la Constitución General de la República.

En el Capítulo III, del Título Tercero contiene disposiciones de *importancia* por lo que se refiere a la inversión extranjera mediante el fideicomiso sobre bienes inmuebles los requisitos que la ley le exige como es el hecho de que el permiso se debe tramitar ante la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Independientemente de lo anterior el 27 de diciembre de 1993 durante el mandato Presidencial del Licenciado Carlos Salinas de Gortari entro en vigor la **LEY DE INVERSIÓN EXTRANJERA**, que actualmente se encuentra vigente y la cual regula la adquisición de los bienes inmuebles y los fideicomisos en zona restringida.

Dicha Ley de Inversión esta compuesta de ocho títulos los cuales contienen:

★ **PRIMERO:** Las Disposiciones Generales y abarca de los Artículos 1 al 9 y se plasma en tres capítulos, en donde se señalan los ámbitos de aplicación federal de esta ley, los objetivos y la definición de los conceptos principales y las reglas generales de la participación ilimitada de la inversión extranjera, la inversión mexicana y en su caso las

rendimiento que resulte de la operación y explotación lucrativa, a través de terceros o de instituciones fiduciarias.”

Otro artículo de vital importancia es el Artículo 13° que señala *“La duración de los fideicomisos a que este capítulo se refiere, será por un período máximo de cincuenta años, mismo que podrá prorrogarse a solicitud del interesado.*

La Secretaría de Relaciones Exteriores podrá verificar en cualquier tiempo el cumplimiento de las condiciones bajo las cuales se otorguen los permisos previstos en el presente Título, así como la presentación y veracidad del contenido de los avisos dispuestos en el mismo”.

El Artículo 14° que a la letra dice *“La Secretaría de Relaciones Exteriores resolverá sobre los permisos a que se refiere el presente capítulo, considerando el beneficio económico y social que la realización de estas operaciones implique para la Nación.*

Toda solicitud de permiso deberá ser resuelta por la Secretaría de Relaciones Exteriores dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de su presentación ante la unidad administrativa central competente o dentro de los treinta días hábiles siguientes, si se presenta en las delegaciones estatales de dicha dependencia. Concluidos dichos plazos sin que se emita resolución, se entenderá por aprobada la solicitud respectiva.”

★ **TERCERO:** De las sociedades, título que trata de la constitución y modificación de la sociedades; lo componen dos artículos de los que se desprende el control de la Secretaría de Relaciones Exteriores mediante los permisos a otorgarse por esta como tiempo atrás lo ha venido haciendo, para la constitución y modificación de la sociedad destaca la incorporación en la ley de la medida tomada en hora buena por la Secretaria de Relaciones Exteriores, en el sentido que respecto de modificaciones, estas circunscriben únicamente a denominación y al cambio de la cláusula de exclusión de extranjeros por la admisión.

- * **CUARTO:** De la inversión de personas morales extranjeras, este título sólo consta de un Artículo el cual, impone a las personas morales extranjeras obtener autorización de la Secretaría de Comercio para realizar habitualmente actos de comercio en territorio de la República, también señala la obligación de esa dependencia de otorgar la autorización correspondiente dentro de un plazo que no exceda de 15 días hábiles a partir de su presentación.

- * **QUINTO:** De la Inversión Neutra, la que se encuentra regulada de los Artículos 18 al 22, la cual tiene cinco capítulos en donde se trata de las cualidades que deben tener las inversiones para ser inversiones neutras, así como la concepto legal de dicha inversión, como esta representada dicha inversión a través de acciones, y como se debe incrementar el capital social de tales inversiones.

- * **SEXTO:** De la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras abarca de los Artículos del 23 al 28 y esta regula el funcionamiento, atribuciones, estructura de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.

- * **SÉPTIMO:** Del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, se encuentran del Artículo 31 al 36 en donde regula la estructura, organización de quienes deben inscribirse dentro de este registro, y que deben tener las constancias de inscripción, y quienes están obligados a inscribirse y a renovarse anualmente las inscripciones.

- * **OCTAVO:** De las Sanciones a las cuales se hacen acreedores las personas que se sujetan a la Ley de Inversión Extranjera y que no cumplen con los requisitos para la inversión en nuestro país.

Estas leyes fueron dictadas para regular la Inversión Extranjera en virtud del “Tratado de Libre Comercio Norteamericano (TLC) de acuerdo económico, cuyo nombre original es North American Free Trade Agreement (de donde resultan las siglas NAFTA, como también es conocido), que establece la supresión gradual de aranceles, y de otras barreras al libre comercio, en la mayoría de los productos fabricados o vendidos en América del Norte, así como la eliminación de barreras a la inversión internacional y la protección de los derechos de propiedad intelectual en dicho subcontinente. El TLC fue firmado por Canadá, México y Estados Unidos el 17 de diciembre de 1992, y entró en vigor el 1° de enero de 1994. Los respectivos signatarios del Tratado fueron el Primer Ministro canadiense Brian Mulroney, el Presidente Mexicano Carlos Salinas de Gortari y el Presidente Estados Unidos de América George Bush.”⁵⁶

“El TLC constituyó el segundo espacio de libre comercio más grande del mundo, sólo superado por el Espacio Económico Europeo (EEE), que entró en vigor al mismo tiempo que el TLC. Mediante la unión de Canadá, México y Estados Unidos en un mercado abierto, el TLC pasó a englobar a un total de 365 millones de consumidores. Las conversaciones sobre la posible inclusión de todos los países latinoamericanos en el TLC (a excepción de Cuba) comenzaron a finales de 1994. Las negociaciones para que Chile ingresara en el TLC se iniciaron de manera oficial en 1995, incluyendo planes para la creación de un espacio de libre comercio que abarcara todo el continente americano a principios del próximo siglo. Sin embargo, la inclusión de más países en el TLC será un proceso difícil, ya que algunos de ellos están lejos de poder acceder al mismo y de poder aplicar los rigurosos requisitos económicos exigidos por un acuerdo de libre comercio entre los que está el establecimiento de unos mínimos sobre salario, condiciones de trabajo y protección medio ambiental.”⁵⁷

⁵⁶ Tratado de Libre Comercio de América del Norte; Publicado en el Diario Oficial de la Federación. En Fecha de 1992.

⁵⁷ Ídem.

Con el Tratado de Libre Comercio se emitieron diversas Leyes, Decretos y Circulares de la forma en que los extranjeros pueden ingresar trabajar o a invertir en nuestro país, así como, adquirir propiedades a través de la figura del fideicomiso en la zona restringida y de como se harán las participaciones en las sociedades mexicanas, como lo demuestra la Ley de Inversión Extranjera que se adecuo directamente a el Tratado de Libre Comercio que entro en vigor el primero de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

III.2 LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN LA ZONA PROHIBIDA.

La Inconstitucionalidad de la inversión extranjera se da desde que se prohibió el establecimiento de manera constitucional que los extranjeros adquirieran el dominio de bienes inmuebles en las zonas prohibidas, por lo que se realizaron diversas formas para eludir la norma jurídica por medio de adquisiciones a través de interpósita persona o prestanombres, simulación de constitución de sociedades, usufructo, arrendamiento sucesivos, etc.

Con la figura del prestanombre, el extranjero adquiriría la posesión del inmueble escriturándolo a favor de una persona de nacionalidad mexicana a quien le tenia confianza o que comprometía a través de una hipoteca.

Otra forma era la simulación de la constitución de una sociedad con cláusula de exclusión de extranjeros, en las que realmente la aportación del capital era realizada con recursos del exterior y al obtener el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, adquirieran inmuebles dentro de la zona prohibida, entregando al extranjero los títulos representativos del capital y el libro de registro de accionista.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

Con la figura del usufructo los extranjeros encontraron otra manera de adquirir derechos de uso y goce de los inmuebles que se encontraban dentro de la zona prohibida en forma vitalicia.

De igual forma con los arrendamientos sucesivos de plazo forzoso, los cuales les otorgaba el uso y goce de manera regular de los inmuebles que se encuentran dentro de la zona prohibida.

En el presente caso el extranjero con la adquisición de inmuebles dentro de la zona prohibida ahora zona restringida no puede adquirir el dominio directo sobre dichos inmuebles, ya que no tiene la aptitud de ser titular del dominio respecto de la franja periférica aludida. Por ende, la adquisición del extranjero del derecho de propiedad será jurídicamente imposible al estar de por medio una norma jurídica constitucional que se considera como un obstáculo insalvable para darse los efectos sobre los fideicomisos dentro de la zona restringida y el cual es su objeto.

Por lo que en consecuencia la propiedad adquirida por un extranjero estaría afectada de nulidad absoluta, ya que el dominio directo, según la opinión de Molina Pasquel señala que “... por dominio directo sólo puede entender o significar el constituyente el derecho de disposición de las cosas susceptibles de propiedad, lo que el Código Civil desde 1984 ha llamado la “*nuda propiedad*” en oposición a dominio útil o usufructo”⁵⁸

La propiedad tiene un significado muy importante para el desarrollo de este trabajo de investigación por que se considera necesario conocer algunas definiciones de lo que significa la propiedad según Pliano¹ determina que “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin mas limitaciones que las que fijan las leyes y el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes.”⁵⁹

⁵⁸ PEÑALOZA Santillan, David; Ob. Cit.; pág. 58.

El Licenciado Rojina Villegas define a la propiedad como "El Poder Jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto"⁵⁹.

"De lo anterior se desprende que la propiedad es el derecho real por excelencia e implica un poder directo e inmediato sobre las cosas. Es oponible frente a todos, siendo los restantes derechos reales derechos sobre cosa ajena, constituidos sobre la base de una de las facultades que, perteneciendo en principio al dominio, se separa de él en un momento dado."⁶¹

Los autores clásicos, caracterizaban el dominio subrayando los siguientes atributos: *ius utendi*, o derecho de servirse de la cosa; *ius fruendi* o derecho de percibir sus rentas y frutos, si es fructifera la cosa sobre la que versa el dominio; *ius abutendi*, o derecho de disponer de la cosa y por último *ius vindicandi*, o facultad de reclamar la propiedad de la cosa, junto con la tenencia de la misma, siempre que hubiera sido arrebatada de un modo injusto a su legítimo propietario.

Por lo que en consecuencia de la definición anterior y los elementos que constituyen la propiedad al retomarlos el constituyente fue muy claro al señalar que a través del Artículo 27 Fracción primera en su último párrafo prohibió expresamente que los extranjeros con dicho precepto, la adquisición de propiedad en fronteras y costas en toda la extensión del concepto de propiedad, por lo que los fideicomisos que se encuentran dentro de la zona prohibida o restringida que son realizados por sociedades con capital extranjero o a personas físicas extranjeras son inconstitucionales ya que el Artículo 349 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que: "*Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas y jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el*

⁵⁹ GUTIERREZ, González, Ernesto; *Patrimonio*; Quinta edición; Editorial Porrúa S. A.; México 1992; pág. 155.

⁶⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael; *Derecho Civil Mexicano*; Tomo III; Editorial Porrúa; México 1981; pág. 152.

⁶¹ Banco Mexicano Somex; *Elementos Reales del fideicomiso*; México 1982; pág. 185.

fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación, corresponda a dichas autoridades o a las personas que estas designen.”

Por lo que es muy claro al señalar que se debe tener la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes y los extranjeros en ningún momento tiene capacidad legal para adquirir la propiedad de algún inmueble dentro de la faja fronteriza o costera que se encuentra impedida por el Artículo 27 Constitucional en su Fracción primera, en su último párrafo

Independientemente que la persona que actúa como fideicomitente conserva la propiedad de los bienes fideicometidos ante la institución fiduciaria, por lo que aunque los bienes este sujetos a un destino, el fideicomitente sigue siendo propietario de dichos bienes, ya que el fideicomiso no es traslativo de dominio, ya que en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito en vigor no tiene ningún precepto alusivo a la transmisión de la propiedad del fideicomitente al fiduciario y mucho menos al fideicomisario o beneficiado; tampoco se desprende de alguno de los dispositivos de dicha ley autorice suponer que el fideicomiso sea un patrimonio autónomo.

Ciertamente del artículo 352 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito señala *“...La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse en los términos de la legislación común sobre la transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.”* La referencia que se hace del aspecto traslativo sólo es en función de las formalidades que deben de observarse para la presentación de la figura del fideicomiso, ya que ciertamente el fideicomiso es un acto de

dominio, pero como la figura de la hipoteca no son actos traslativos de propiedad independientemente de las formalidades y de los presupuestos requeridos para su constitución y que son las de un contrato traslativo de dominio.

El fideicomiso no trae consigo la transmisión de propiedad ya que desde un punto de vista formal deben observarse disposiciones aplicables a la dinámica de los actos traslativos de dominio y el que les sea aplicable el régimen de los actos traslativos de dominio no les da ese carácter.

Además la falta de mención expresa de los efectos traslativos de propiedad entre el fideicomitente y otra persona la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito por el contrario si contiene disposiciones de las que se desprende la conservación por parte del fideicomitente de su derecho de propiedad, amén de que la fiduciaria no la adquiere.

El Artículo 358 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito señala *“Extinguido el fideicomiso los bienes a el destinados que queden en poder de la Institución Fiduciaria serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos. Para que esta devolución surta efectos tratándose de inmuebles o de derechos reales impuestos sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso y que esta declaración se inscriba ene el Registro de la Propiedad en que aquel hubiere sido inscrito.”*

Conforme al contenido del precepto anterior manifiesta que los bienes fideicometidos serán devueltos al fideicomitente o a su causahabiente y esto significa que se le tiene que restituir al fideicomitente los bienes que se encuentren en el fideicomiso, por lo que la ley no alude que extinguido el fideicomiso la fiduciaria revertirá, retransmitirá o realizará cualquier otra conducta que diera lugar a suponer un cambio de propietario; simplemente se refiere a

una devolución en los términos del Artículo 358 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito

Así que definitivamente en la figura del fideicomiso como la ley lo establece no hay una transmisión de la propiedad de los bienes fideicometidos pues el ordenamiento legal no alude en momento alguno a ello y lo que si aparece en los diversos dispositivos rectores de la figura es una alusión constante a una afectación de bienes, por lo que hace establecer que la situación jurídica de los bienes dentro de la figura del fideicomiso, como el derecho de propiedad sigue conservándolo el fideicomitente.

Los Artículos 346 y 349 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito señala el primero *“En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.”* y el segundo *“Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales y administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que estas designen.”*

De la lectura de estos dos artículos se desprende que dichos preceptos señalan que en la figura del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, esto se corrobora con lo señalado por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua en el que al vocablo *afectar* le son atribuidos como significados relacionados con lo jurídico, *“imponer gravamen u obligación sobre alguna cosa sujetándola el dueño a la efectividad de ajeno derecho”*⁶². Tal imposición no trae consigo transmisión alguna y en todo caso si implica atribuir un determinado destino al objeto del fideicomiso.

⁶² Diccionario de la Lengua Española; Vigésima edición; Editorial Real Academia Española; España 1984;

Por lo anterior se establece que ciertamente el fideicomitente conserva la propiedad de los bienes fideicometidos, pero con la asignación, al objeto fideicometido tiene un destino especial no sólo permitido, sino también protegido y sancionado por la ley este es un fin lícito y determinado. Dicho destino es oponible aun al propio fideicomitente, pues no podrá revocar el fideicomiso sino se reservo expresamente el derecho de hacerlo cuando se constituyo el fideicomiso

Conforme a lo anterior debemos establecer que el efecto traslativo de dominio que produce el fideicomiso, no puede ni debe asimilarse a la transmisión normal del derecho de propiedad, ya que se realiza únicamente para el solo propósito de que el fiduciario pueda realizar el fin que se le encomienda y no como se efectuaría con las figuras jurídicas de la compraventa y la donación.

En consecuencia dentro de un fideicomiso, el fideicomitente en ningún momento transfiere su derecho de propiedad sobre el objeto inmueble que destina al fideicomiso, es obvio que con la restricción constitucional del Artículo 27 Fracción primera en su último párrafo los extranjeros que adquieren propiedades dentro de la faja fronteriza o costera que establece la zona prohibida o restringida, sus adquisiciones son nulas de pleno derecho ya que la figura del fideicomiso como ya sea establecido no es una figura traslativa de dominio, por lo que los extranjeros tendrán pleno derecho sobre los inmuebles que tienen fideicometidos, por lo que los fideicomisos dentro de la zona restringida son nulos ya que nunca se pierde el derecho de propiedad.

III.3.-LAS LAGUNAS EXISTENTE DENTRO DE LA LEY EN LA FIGURA DEL FIDEICOMISO QUE SE ESTABLECE RESPECTO A LA ZONA PROHIBIDA.

- En virtud de todo lo anterior, se dedica este último apartado a soslayar las lagunas mas importantes que existen en la regulación de las normas que regulan al fideicomiso que se estable dentro de la zona prohibida.

La adopción del fideicomiso en nuestra legislación y en la practica bancaria ha hecho surgir el problema de la inconstitucionalidad de los fideicomisos, que se realizan en favor de los extranjeros respecto a los bienes inmuebles ubicados dentro de la zona prohibida.

Independientemente de las legislaciones que existe en nuestro país, para regular tanto el fideicomiso, como la Inversión extranjera que actualmente existe en nuestro país, los legisladores al crear la nueva Ley de Inversión Extranjera en 1993, cometieron una equivocación al no regular o modificar la figura del fideicomiso que se encuentra encuadrada en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y adecuarla a la normatividad de la Inversión Extranjera que se iniciaría con el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica.

Esto en virtud de que la figura del fideicomiso establecida en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, únicamente se encuentra regulada de una manera muy general y para el caso concreto de esta Investigación que nos ocupa necesita una regulación especial en cuanto a la propiedad, a la duración y a la forma de terminar los fideicomisos.

Estas formas que no se regulan de manera especial, traen consigo grandes problemas de tipo constitucional a los extranjeros por lo que merma en la inversión que quisieran llegar a realizar en nuestro país.

En primer termino tendremos que explicar un poco mas sobre por que los extranjeros no pueden adquirir inmuebles dentro de la zona restringida.

Como ya hemos explicado los extranjeros no pueden ser propietarios de bienes inmuebles dentro de la zona restringida, en virtud de que no tienen la capacidad para adquirir por mandamiento constitucional expreso en el artículo 27 Fracción I en su ultimo párrafo que a la letra nos señala “*...en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas...*”

De lo anterior se desprende que no pueden tener el dominio directo sobre esa faja los extranjeros y por lo tanto no pueden constituir fideicomisos ya que la figura del fideicomiso como ha quedado precisada únicamente transfiere los derechos necesarios para que se lleve acabo el fin para el cual fue constituido y en ningún momento transfiere la propiedad del bien fideicometido.

Por lo tanto al constituirse fideicomiso dentro de esa faja fronteriza o costera, estos están afectados de nulidad absoluta en virtud de la disposición constitucional, ya que aunque se permita en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y en la Ley de Inversión Extranjera, ninguna de estas leyes debe de estar por encima de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos por lo que también debe declararse inconstitucionales y reformarse para mejorar la Inversión Extranjera en México.

Por lo tanto como son actos que se derivan de leyes inconstitucionales el constituir un fideicomiso sobre algún inmueble dentro de la zona restringida, es un acto ilegal independientemente de que el fideicomiso no le quita al fideicomitente o propietario

del objeto fideicometido, el carácter de propietario, ya que únicamente transfiere los derechos para que la Institución Fiduciaria lleve a cabo los objetivos del fideicomiso, pero en ningún momento deja de ser titular de ese inmueble.

Por cuanto hace ha que al Inversionista Extranjero se le ha permitido constituir fideicomisos en inmuebles dentro de la zona restringida no existe una forma específica de regular las lagunas que existen en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, como es el hecho de que el fideicomiso según el Artículo 357 que a la letra dice, *"El fideicomiso se extingue:*

I.- Por la realización del fin para el cual fue constituido;

II.- Por hacerse este imposible

III.- 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 veinte años siguientes a su constitución;

IV.- Por haberse cumplido la condición resolutoria a que hay quedado sujeto;

V.- Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario;

VI.- Por revocación hecha por el fideicomitente cuando este haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso; y

VII.- En el caso del párrafo final del artículo 350.

En ningún momento este artículo nos precisa que pasa cuando se extingue el fideicomiso dentro de la zona restringida, en manos de quien quedaran los inmuebles que no pueden adquirir los extranjeros una vez terminado el fideicomiso y en el mismo caso se encuentra el artículo 358 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito; señala *"Extinguido el fideicomiso los bienes a él destinados que queden en poder de la Institución Fiduciaria serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos.*

Para que esta devolución surta efectos tratándose de inmuebles o de derechos reales impuestos sobre ellos, bastará que la Institución Fiduciaria así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso y que esta declaración se inscriba en el Registro de la Propiedad en que aquel hubiere sido inscrito.”

Únicamente se regula de manera general, cuando terminan los fideicomisos y que pasa con los bienes inmuebles que lo constituyen, los cuales la ley nos expresa que deben de ser devueltos por la Institución Fiduciaria, al fideicomitente, pero en el caso especial de los extranjeros que establecen los fideicomiso no especifica a que persona se le deberá devolver el inmueble que se encuentre en la zona restringida.

Independientemente que en algún momento determinado el extranjero quisiera terminar el fideicomiso antes de que termine la duración de dicha figura jurídica, tendría el mismo problema de los dos casos anteriores y todo debido a la falta de una buena regulación en materia de fideicomiso.

En estos tres casos que se han planteado donde son los mas sobresalientes en lo que se refieren a la lagunas que existen dentro de la figura del fideicomiso que se establece en la zona restringida. Cada uno de estos casos nos daría como consecuencia una nulidad absoluta en la adquisición de los extranjeros de algún bien inmueble dentro de la zona restringida.

Lo que pasaría en México si el derecho se aplicara al pie de la letra causaría una falta de seguridad jurídica a los extranjeros, para adquirir alguna propiedad en México dentro de la zona restringida a través de la figura del fideicomiso por lo que debe de ser factible hacer una regulación a fondo de cómo debe de regularse la Inversión Extranjera en México.

El no regular de manera específica estas lagunas en determinado momento podrían traer una incertidumbre a los inversionistas extranjeros al invertir en territorio nacional, y daría origen a un escape de capitales de extranjeros en nuestro país lo que tendría como consecuencia una desestabilización del mercado cambiario mexicano ya que no solamente las personas físicas extranjeras realizan fideicomisos, sino también las sociedades constituidas por capitales extranjeros.

Por lo que en consecuencia de todo lo anterior debe modificarse el marco jurídico que regula tanto la Inversión Extranjera en México , para que los inversionistas extranjeros tengan seguridad en la inversión de capitales en México, por lo que se realiza la siguiente propuesta del presente trabajo de investigación.

PROPUESTA

La manera de dar Seguridad Jurídica a la Inversión Extranjera en México dentro de la zona restringida sería, realizar una reforma al artículo 27 Constitucional en su primera fracción, último párrafo, el cual señala textualmente *“I.-Sólo los mexicanos por nacimiento ó por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas.*

El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquellos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

El Estado, de acuerdo con los intereses públicos internos y los principios de reciprocidad, podrá a juicio de la Secretaría de Relaciones, conceder autorización a los Estados extranjeros para que adquieran, en el lugar permanente de la residencia de los Poderes Federales, la propiedad privada de bienes inmuebles necesarios para el servicio directo de sus embajadas o legaciones.”

La reforma al artículo 27 Constitucional sería en el sentido de que se adicionara el último párrafo de la fracción primera el que actualmente señala *“En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.”* La adición y modificación sería en el sentido *“En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y cincuenta en las playas, los extranjeros solamente podrán adquirir el dominio directo sobre*

Asimismo esta reforma a la constitución y la creación de una ley federal en materia de fideicomisos traería como consecuencia la reforma a la Ley de Títulos de Crédito y a la Ley de Inversión Extranjera.

Deberá establecerse dentro de esas leyes que una vez concluido el fideicomiso, los bienes inmuebles tendrán que pasar a ser parte de un ciudadano mexicano con plena capacidad goce y de ejercicio.

La realización de una reforma a todas y cada una de las leyes, reglamentos, acuerdos, decretos que hagan referencia a la figura del fideicomiso para que no haya una mala interpretación por parte de los extranjeros y nacionales de la figura que regula la zona restringida para los extranjeros.

CONCLUSIONES

PRIMERO.- La aparición de la figura del fideicomiso en México, fue consecuencia de la adaptación del Trust anglosajón a nuestro sistema jurídico de ascendencia Romana y no de la institución del fideicomissum Romano

SEGUNDO.- El legislador mexicano convencido de la flexibilidad y de las múltiples aplicaciones que tuvo el trust en los pueblos de habla Inglesa, considero conveniente adaptar la figura a nuestro derecho mexicano con el nombre de fideicomiso.

TERCERO.- El fideicomiso en México es de naturaleza contractual, bilateral, oneroso, consensual, formal, y nominado o típico, en razón de que se encuentra expresamente reglamentado por la ley.

CUARTO.- Con el transcurso del tiempo nuestra Constitución Política ha sufrido innumerables reformas y adiciones, pero se han olvidado de regular una figura esencial para el desarrollo económico de la Inversión Extranjera en nuestro país, la cual se encuentra dentro de la zona prohibida o restringida que maneja el artículo 27 fracción primera, último párrafo.

QUINTO.- Por lo que como conclusión del presente trabajo de investigación es en el sentido de que debe modificarse de manera substancial las leyes que regulan la Inversión Extranjera en México a través del fideicomiso.

SEXTO.- La adición y modificación del artículo 27 Constitucional, fracción primera, último párrafo debe quedar como se estableció dentro de la propuesta que se hace en el presente trabajo de la siguiente forma: *“En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y cincuenta en las playas, los extranjeros solamente podrán adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas a través de la figura del fideicomiso el cual durara únicamente 30 años los cuales no podrán ser prorrogables por ninguna causa.*

SEPTIMO.- Asimismo se estableció dentro de la propuesta realizar una regulación reglamentaria del artículo 27 fracción primera, último párrafo, que regule el fideicomiso en materia general y específica, debiendo en consecuencia modificar todas y cada una de las leyes, reglamentos, acuerdos o decretos que se opongan al articulado de esta nueva ley reglamentaria.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA ROMERO, Miguel y ALMAZAN ALANIZ, Pablo Roberto, Tratado Teórico-Practico del Fideicomiso; 2ª edición, Editorial Porrúa S. A., Mexico 1996

BATIZA, Rodolfo, El Patrimonio; 4ª edición, Editorial Porrúa S. A., Mexico 1985

BATIZA, Rodolfo, El Fideicomiso. Teoría y Práctica; 2ª edición, Editorial Porrúa S. A. México 1985.

BATIZA, Rodolfo; Principios Básicos del Fideicomiso y la Administración Fiduciaria.; 2ª edición; Editorial Porrúa S. A.; México 1985.

BOJALIL, Julián; Fideicomiso; 6ª edición; Editorial Porrúa, S. A.; México 1992.

CERVANTES AHUMADA, Raúl; Títulos y Operaciones de Crédito; 3ª edición, Editorial Herrero; México 1994.

DOMÍNGUEZ, MARTÍNEZ, Jorge Alfredo; El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico. 6ª edición; Editorial Porrúa S. A.; México 1996.

D'ORS, Alvaro, Derecho Privado Romano. Ediciones Universidad de Navarra S. A. de C. V. España, 1985.

HERNÁNDEZ, Octavio A Derecho Bancario Mexicano; 6ª edición, Ediciones de la Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas. México 1986

GLEASON BOGERT, George; Handbook of the Law of Trust; 4ª edición; West Publishing Co., ST Paul Minesota, Estados Unidos de America 1963

GUTIERREZ GONZÁLEZ, Ernesto; Patrimonio; 5ª edición; Editorial Porrúa S. A.; México 1992.

KIEGER, Emilio; Manual del Fideicomiso Mexicano; Editorial Dimensión S.A.; México 1976.

MARGADANT, Guillermo F.; Derecho Romano; 5ª edición; Editorial Esfinge S. A.; México 1992.

¹ PEÑALOZA SANTILLAN, David; El Fideicomiso Publico Mexicano; 2ª edición; Editorial Cajica; México 1990

PETIT, Eugene ; Tratado Elemental de Derecho Romano, 13a edición Editorial Nacional S A México 1997.

PHILLIP H. PETIT, M. A. Equity and the Law of Trust, London Butter Worths & Co Ltd Londres 1966

PIÑA MEDINA, Jorge, Las Instituciones Fiduciarias y El Fideicomiso en México; Banco Mexicano Somex, Editorial Libros de México, S.A ; México 1982

RABASA, Oscar, El Derecho Angloamericano; 2ª Edición, Editorial Porrúa S. A.; Mexico 1982.

RODRÍGUEZ, RODRÍGUEZ Joaquín; Derecho Mercantil; 22ª edición; Editorial Porrúa S.A.; México 1996.

ROJINA VILLEGAS, Rafael; Derecho Civil Mexicano.; Tomo III; Editorial Porrúa; México 1981

VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel; Doctrina General del Fideicomiso; 2ª edición; Estudios Bancarios; Editorial Particular; México 1982.

OTRAS FUENTES

Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A., Manual del Fideicomiso Mexicano; México 1976

Banco Mexicano Somex, Elementos Reales del Fideicomiso; México 1982

Banco Somex S. A.; Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, México 1982

Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., Tomo IV; México 1992.

Diccionario de la Lengua Española; Vigésima edición; Editorial Real Academia Española; España 1984;

MEMORIA DE CONVENCIONES ANUALES DEL CENTRO BANCARIO DE MONTERREY, A. C.; El Fideicomiso en México; Editorial IEE, S.A.. México 1976.

Nuestra Constitución: Historia de la libertad y soberanía del pueblo mexicano; volumen 11; Editorial Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana; México 1990;

PINA. Rafael de y **PINA VERA** Rafael de. Diccionario de Derecho, 24ª edición, Editorial Porrúa S. A. México 1995

VON MAYR. Robert. Aut. Cit. M. Lizardi Albarran en su Tesis profesional, Ensayo sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso, Facultad de Derecho, U.N.A.M., Tesis México 1945

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Inversión Extranjera.

Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

Código de Comercio

Código Civil del Distrito Federal.

Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982.