

277



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
CAMPUS ARAGON**

**PROPUESTAS PARA UNA REGULACIÓN EFICAZ DEL FIDEICOMISO EN MATERIA FISCAL**

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

**LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

**ARTURO MARTÍNEZ JIMÉNEZ**

Asesor de la Tesis: Lic. Janette Yolanda Mendoza Gandara

San Juan de Aragón. Edo. de Méx. México

2000

277351



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.

## **A DIOS:**

Por su infinita bondad al haberme dado la mejor familia.

## **IN MEMORIAM**

### **A MI MADRE:**

**Ma. De la Cruz Jiménez  
González**

Con admiración por su fortaleza y espíritu de lucha, y de quien me siento orgulloso de haber sido su hijo, y aún cuando ya no esta, sé que hubiera disfrutado este momento.

### **A MI PADRE:**

**Martín Martínez Duarte**

Con agradecimiento por sus enseñanzas y por eterno apoyo para lograr ser alguien en la vida.

### **A MI ESPOSA E HIJO**

**Martha Castillo Miranda y  
Eduardo Arturo**

Por su amor y comprensión, juntos logramos llegar a esta meta.

## **A MIS HERMANOS:**

**Roberto y Jaime.**

Que han sabido ser buenos hijos,  
unos excelentes hermanos y  
unos ejemplares padres.

## **A MI ABUELITA SARA:**

Por su amor, ternura y  
compresión.

## **A LA FAMILIA CASTILLO**

Por su cariño.

**Sr. Juan, Rosa, Carmela, Ceci, Noé,  
José, Miguel y Víctor.**

## **A LA UNIVERSIDAD:**

Por haberme capacitado para  
enfrentar con éxito mi profesión.

## **A MIS MAESTROS:**

Por sus enseñanzas y consejos,  
los cuales que me han ayudado a forjar  
un la vida profesional.

## **A MIS AMIGOS:**

En agradecimiento por la ayuda que me han brindado:

**Magdalena Bastida  
Nora Lavin  
Olimpia Castro  
Nancy Govea  
Noemí Sarabia  
Elizabeth Rosas  
Martha Laura y María Eugenia Alvarado  
Claudia del Alba  
Rosario Pantoja  
Linda  
Ma. Mercedes Deyta**

**Luis A. Castañeda  
José Luis Ramírez  
Emiliano Castillo  
Sergio E. Hernández  
Armando Rodríguez  
Eduardo Medina  
Castor Álvarez  
Abel Hernández  
Guillermina Sánchez**

En especial a la **Dra. Guadalupe López**  
por el amor que le tiene a su profesión  
y por sus consejos.

## **A MI ASESORA:**

**Lic. Janette Y. Mendoza**

Por los conocimientos que me  
transmitió para la realización del  
presente trabajo.

Por el apoyo brindado

**Lic. Ricardo J. Villalobos Montalavo**

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>Página</b>
	<b>I-III</b>

### **CAPITULO 1 NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO**

1.1.	El Fideicomiso en Roma .....	2
1.2.	El Trust Anglosajón .....	5
1.3.	El Fideicomiso en México .....	11
1.3.1.	Proyecto Limantour .....	11
1.3.2.	Proyecto Creel .....	12
1.3.3.	Proyecto Vera Español .....	12
1.3.4.	Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924 .....	13
1.3.5.	Ley de Bancos de Fideicomiso de 30 de junio de 1926 .....	13
1.3.6.	Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926 .....	14
1.3.7.	Ley General de Instituciones de Crédito de 1932 .....	14
1.4.	El Acto Jurídico y el Negocio Jurídico .....	16
1.5.	Diversas Teorías de la Naturaleza de Fideicomiso .....	22
1.6.	Concepto Legal del Fideicomiso .....	34
1.6.1.	Elementos Personales del Fideicomiso .....	37
1.6.2.	El Fideicomitente .....	38
1.6.3.	El Fiduciario .....	43
1.6.4.	El Fideicomisario .....	46
1.6.5.	Comité Técnico .....	49
1.6.6.	Elementos Reales y Formales del Fideicomiso .....	50
1.7.	Fines del Fideicomiso .....	53
1.8.	Causas de Extinción del Fideicomiso .....	55

### **CAPITULO 2 LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y EL FIDEICOMISO.**

2.1.	La Personalidad Jurídica .....	58
2.2.	Nacimiento y Extinción de la Personalidad Jurídica de las Personas Físicas .....	61
2.3.	La Personalidad Jurídica de los Entes Colectivos .....	62
2.3.1.	Personalidad Jurídica Propia Distinta de la de sus Integrantes .....	64
2.3.2.	Nombre o Denominación .....	65
2.3.3.	Domicilio .....	65
2.3.4.	Patrimonio .....	66
2.3.5.	Nacionalidad .....	67
2.3.6.	Capacidad .....	68
2.3.7.	Análisis Comparativo del Fideicomiso con las Personas Jurídicas Colectivas .....	69
2.4.	Clasificación de los Fideicomisos .....	71

2.4.1.	Expreso o Tácito .....	71
2.4.2.	Público y Privado .....	72
2.4.3.	Revocable e Irrevocable .....	73
2.4.4.	Traslativo, Administración y Garantía .....	73
2.4.5.	Condicional y Sucesivo .....	76
2.4.6.	Gratuitos y Onerosos .....	77
2.4.7.	Testamentarios .....	77
2.4.8.	Zona Prohibida .....	78
2.5.	Secreto Bancario .....	80
2.6.	El Secreto Fiduciario .....	82
2.7.	El Fideicomiso Público, Gubernamental o de Estado .....	85
2.7.1.	Concepto .....	86
2.7.2.	Elementos .....	87
2.7.3.	Patrimonio .....	89
2.7.4.	El Fiduciario .....	89

### CAPITULO 3 RÉGIMEN LEGAL DEL FIDEICOMISO

3.1.	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos .....	96
3.2.	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito .....	99
3.3.	Ley de Instituciones de Crédito .....	106
3.4.	Código Fiscal de la Federación .....	110
3.5.	Ley del Impuesto sobre la Renta .....	120
3.6.	Ley del Impuesto al Activo .....	133
3.7.	Ley del Impuesto al Valor Agregado .....	137

### CAPITULO 4 PROPUESTAS DE REFORMA AL RÉGIMEN FISCAL DEL FIDEICOMISO

4.1.	Problemática del Fideicomiso en Materia Fiscal .....	144
4.2.	Reforma a la Ley de Instituciones de Crédito .....	147
4.3.	Reforma al Código Fiscal de la Federación .....	149
4.4.	Reforma a la Ley del Impuesto sobre la Renta .....	151
4.5.	Reforma a la Ley del Impuesto al Activo .....	160
4.6.	Reforma a la Ley del Impuesto al Valor Agregado .....	163

CONCLUSIONES .....	175
--------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA .....	178
--------------------	-----

## INTRODUCCIÓN

El fideicomiso en México tiene menos de 100 años de vida como tal, durante ese tiempo, ha evolucionado jurídicamente con una sorprendente rapidez, al grado que en la actualidad dicha figura puede ser utilizada en una extensa gama de actividades económicas o jurídicas. Tan amplia es la utilidad del fideicomiso en nuestra sociedad que es casi imposible tener una clasificación de los fideicomisos.

Desgraciadamente la tenaz lucha de doctrinas que se da en esta figura legal, ha sido un obstáculo para su eficaz regulación y esto ha originado que en materia fiscal se convierten en una arma de elusión y evasión fiscal, al grado que en la actualidad se ha visto rebasada la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en sus mecanismos de control.

Otro punto importante a considerar es el denominado secreto fiduciario, mismo que debe ser limitado, esto con la finalidad de que las autoridades revisoras puedan verificar la correcta aplicación de las normas fiscales, de otra manera como ya se mencionó, la figura del fideicomiso seguirá siendo una arma jurídica importante para el evasor fiscal. Una prueba de lo señalado, es el incremento en el número de fideicomisos y de las consultas que se presentan ante la autoridad fiscal para efectos de que le sea determinado su régimen fiscal.

De igual forma, es importante establecer que por la carencia de una regulación eficaz del fideicomiso, el contribuyente en materia fiscal, no cuenta con una seguridad jurídica, ni con los conocimientos necesarios para cumplir de manera correcta con la aplicación de los diversos ordenamientos fiscales y con el pago oportuno de sus impuestos.

Derivado de lo anterior, el objetivo que se pretende con este trabajo es el de dar ciertos elementos que puedan servir para que el investigador del derecho

realice los ajustes necesarios en las diversas ramas de esta disciplina, en lo particular en materia fiscal y así tener un eficiente control de los efectos que se dan mediante la figura del fideicomiso.

Ahora bien, el presente trabajo se manejó bajo dos aspectos: por un lado el teórico mediante el cual se presentan las diversas corrientes jurídicas, doctrinarias, y las críticas que se realizan entre los diversos estudiosos de este tema; el segundo aspecto presenta las propuestas de reforma que se plantean en el ámbito fiscal, tratando de aportar un granito de arena a esa necesidad de regular de una manera más eficaz las actividades que se dan a través del fideicomiso.

Por lo referido fue necesario plantear la presente investigación en cuatro Capítulos, mismos que se dividen de la siguiente manera:

En el Capítulo I, se expone la naturaleza jurídica del fideicomiso y sus diversas teorías, un análisis del concepto legal, así como sus elementos reales y formales, para concluir con la forma de extinción de tal figura.

En el Capítulo II, se trata de determinar si el fideicomiso cuenta con personalidad jurídica, también se señalan algunos tipos de fideicomiso que existen en México y se toca el tema del secreto fiduciario, que es uno de los principales problemas que se presentan para una regulación correcta en el fideicomiso.

En el Capítulo III, se presentan algunos de los problemas de interpretación y aplicación en materia de los impuestos: sobre la renta, valor agregado y activo, así como en Código Fiscal de la Federación.

Finalmente, en el Capítulo IV se presentan las propuestas de reforma que buscan de alguna manera combatir la elusión o evasión fiscal.

Probablemente el presente trabajo adolezca de muchas cosas, sin embargo la idea que se persigue es lograr inquietar el espíritu del estudioso o investigador del Derecho para que busque regular de manera eficiente esta figura y así controlar los efectos negativos que se dan mediante el abuso de una figura legal que es noble y dinámica, a pesar de que las doctrinas jurídicas no se han puesto de acuerdo en cosas tan elementales como es su naturaleza.

México, 2000.

EL AUTOR.

## Capítulo 1

### Naturaleza Jurídica del Fideicomiso

- 1.1. El Fideicomiso en Roma
- 1.2. El Trust Anglosajón
- 1.3. El Fideicomiso en México
  - 1.3.1. Proyecto Limantour
  - 1.3.2. Proyecto Creel
  - 1.3.3. Proyecto Vera Español
  - 1.3.4. Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924
  - 1.3.5. Ley de Bancos de Fideicomiso de 30 de junio de 1926
  - 1.3.6. Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926
  - 1.3.7. Ley General de Instituciones de Crédito de 1932
- 1.4. El Acto Jurídico y el Negocio Jurídico
- 1.5. Diversas Teorías de la Naturaleza de Fideicomiso
- 1.6. Concepto Legal del Fideicomiso
  - 1.6.1. Elementos Personales del Fideicomiso
  - 1.6.2. El Fideicomitente
  - 1.6.3. El Fiduciario
  - 1.6.4. El Fideicomisario
  - 1.6.5. Comité Técnico
  - 1.6.6. Elementos Reales y Formales del Fideicomiso
- 1.7. Fines del Fideicomiso
- 1.8. Causas de Extinción del Fideicomiso

Casi todos los autores que han escrito sobre el fideicomiso, normalmente inician la exposición de su trabajo remitiéndose a los antecedentes que dieron origen a esta figura legal. No será la excepción en el presente trabajo, y se justifica el citar de forma somera los antecedentes que dieron origen al fideicomiso, dado que a lo largo de este estudio, se hará mención de diversos términos o formas que dieron origen a esa figura legal, y que por no conocer dicho antecedente tendría el lector del presente trabajo que buscarlos.

### 1.1. EL FIDEICOMISO EN ROMA

Diversos estudiosos del fideicomiso consideran que la fiducia romana y los fideicomisos testamentarios se encuentran relacionados con el fideicomiso mexicano, criterio que no comparten algunos autores, quienes consideran al trust anglosajón como el antecedente directo del fideicomiso, pero también existen tratadistas que opinan que son las capellanías, o la substitución fideicomisaria, o bien el *treuhand* del derecho germánico como posibles orígenes del fideicomiso.

No obstante esa discrepancia de criterios, se tratará de señalar en forma breve las teorías más importantes que se refieren a los antecedentes del fideicomiso.

En el derecho romano existieron diversas figuras jurídicas que tienen semejanza con lo que hoy conocemos por fideicomiso, ya que al ser en ese derecho donde se utilizó la palabra *fideicomissum*, se presume que esta figura es el antecedente directo.

Indica el Eugène Petit que: "Cuando un testador quería favorecer a una persona con la cual no tenía la *testamenti factio*, no tenía otro recurso que rogar a su heredero fuese el ejecutor de su voluntad para dar al incapaz, bien fuera un objeto particular, o bien la sucesión en todo o en parte. Es lo que se llama un fideicomiso, a causa de los términos empleados: *rogo, fideicomitto* (Ulpiano, XXV, 2). Al heredero gravado se le llama *fideicomitente*; y aquel a quien restituye, *fideicomisario*."<sup>1</sup>

Otros tratadistas indican, que en Roma existieron dos figuras jurídicas o instituciones, los cuales tienen elementos que encontramos en el actual fideicomiso; los denominados fideicomisos testamentarios y la fiducia, dichas figuras nacieron por virtud del rígido formalismo del derecho sucesorio antiguo que con excepción de la institución de heredero y de legatario, su formalismo estricto no admitía ninguna otra forma de expresar la voluntad del testador.

<sup>1</sup> Petit, Eugène, Tratado Elemental de Derecho Romano, 14a. Edición, Editora Época, México, 1998, p. 579

Y esto se puede observar en el fideicomiso testamentario, ya que esa figura era utilizada en los casos en que el testador deseaba favorecer a una persona que no tenía la *testamenti factio*, tal como lo señala el maestro Petit, por lo que al no contar con la capacidad para heredar, y al no existir otro recurso, debía rogar a su heredero (*rogo, fideicommito*) para que ejecutara su voluntad y de esta forma el autor de la herencia (fideicomitente) transmitía vía testamento todo o parte de sus bienes, a una persona (fiduciario) con capacidad para poder heredar, con el encargo para este último de transmitir posteriormente dichos bienes a otra persona (fideicomisario).

Resulta interesante señalar, que si se analiza el vocablo fideicomiso, se encontrará con que proviene de las raíces latinas "*fides*" (fidelidad, fe, lealtad) y "*commissum*" (comisión, encargo secreto o confidencial), las cuales en forma conjunta forman la palabra "*fideicommissum*", ya se ha visto que la buena voluntad del heredero era la base indiscutible para el buen funcionamiento de dicho fideicomiso. Sin embargo, resultó lógico suponer que con el transcurso del tiempo se fuera desvirtuando la buena fe depositada en los fiduciarios o herederos, y que estos no cumplieran con la encomienda asignada, ya que consideraban que el dinero valía más que la reputación.

Al respecto, señala Agustín Bravo que: "En un principio el fideicomiso no estuvo sancionado por el derecho, su cumplimiento estuvo supeditado a la buena fe del fiduciario. Bajo Augusto, la inejecución de ciertos fideicomisos obligó a éste a hacerlos cumplir, lo que trajo como consecuencia que el derecho los considerara obligatorios, permitiendo que intervinieran los cónsules para coaccionar al fiduciario, política que es reforzada por Claudio al crear dos praetores fideicommissarii para Roma."<sup>2</sup>

Siguiendo este orden de ideas, se debe señalar que respecto al pacto fiduciario o *fiducia*, los estudiosos del derecho romano establecen que pertenecía al tipo de los contratos reales y que se perfeccionaba con la simple entrega de la cosa materia del contrato (*mutuo, comodato, prenda*), y operaba de la siguiente forma; el *accipiens*, quien recibía la propiedad del bien, se obligaba a su vez frente al *tradens*, de recibir y remancipar o transmitirlo, después de haber realizado determinados fines, al propio *tradens* o a un tercero, el compromiso se realizaba conforme una cláusula de *pactum fiduciae*, (promesa de retroventa).

Agregan los estudiosos del derecho romano, que existieron dos formas de *fiducia*: la *fiducia cum creditore* y la *fiducia cum amico*:

<sup>2</sup> Bravo González, Agustín, Segundo Curso de Derecho Romano, 11a. Edición, Editorial Pax-México, México 1997, p.275

**Fiducia cum creditore:** El deudor para garantizar el pago de su deuda transmitía ciertos bienes al acreedor, y éste se obligaba, por virtud del *pactum fiduciae*, a retransmitirlos al deudor, cuando se hubiere liquidado el adeudo. Dentro de dicho pacto también se estipulaba que el deudor en caso de no cumplir con su obligación, el acreedor tenía el derecho de retener la cosa para sí o para ser enajenada.

**Fiducia cum amico:** Esta forma jurídica era utilizada por la persona que recibía los bienes transmitidos, a fin de poder usar y disfrutar dichos bienes gratuitamente para su provecho, y una vez realizados sus fines, como consecuencia del *pactum fiduciae*, los debía retransmitir al *tradens*, esta figura jurídica que se asemeja al actual comodato.

En la última etapa del derecho romano, la fiducia dejó de ser empleada, no así el fideicomiso testamentario, figura que como ya se señaló era utilizada por el testador para imponer su voluntad más allá de su vida, así como para evitar una serie de restricciones que en esa época se imponían para testar, como lo era quien carecía de la *"testamenti factio passiva"*, es decir los *"peregrinus"*, extranjeros ciudadanos residentes en Roma, provenientes de una ciudad distinta; los *"caelibes"* que eran los viudos, divorciados sin casarse de nuevo y por último los solteros; además estaba el *"orbis"* que eran aquellas personas casadas sin hijos legítimos, vivos o concebidos; o también se empleaba para burlar la *Lex Falcidia*.

Como era de esperarse, el fideicomiso fue sufriendo restricciones, perdiendo la elasticidad que lo distinguió del legado y de la herencia. No obstante, resulta interesante comentar que el fideicomiso testamentario, conservó por mucho tiempo la ventaja de ser designado por anticipado al "fideicomisario del fideicomisario", pasando esa forma a diversos regímenes jurídicos, con el nombre de *substituciones fideicomisarias*.

Margadant indica al respecto, que: "La sustitución fideicomisaria se permitía por una generación en la época clásica; y por cuatro generaciones, en tiempos de Justiniano. En la Edad Media, se admitía esta vinculación fideicomisaria sin limitación de generaciones, siendo su manifestación más conocida el famoso *mayorazgo*, utilizado para evitar que importantes bienes salieran de una familia determinada. La Revolución Francesa suprimió tales vinculaciones, por ser contrarias al principio de la libre circulación de los bienes."<sup>3</sup> Como simple información, resulta necesario señalar que el Código Civil para el Distrito Federal en sus artículos 1473 y 1482 prohíbe las *substituciones fideicomisarias*.

<sup>3</sup> Margadant S., Guillermo F., El Derecho Privado Romano, 18a. Edición, Editorial Esfinge, S.A., México, 1992, pp 502

## Salma o Treuhand Germánico

Existen otros autores que consideran que una figura jurídica alemana denominada Salma o Treuhand Germánico es el antecedente directo del fideicomiso, además de creer que ese derecho es también el precursor de los usos ingleses.

Indican esos autores, que en el derecho germánico existían tres instituciones que son el antecedente directo del fideicomiso, mismas que se describen a continuación:

- |                               |   |  |
|-------------------------------|---|--|
| 1. <b>Prenda inmobiliaria</b> | } | El deudor transmitía al acreedor como garantía un inmueble mediante una carta venditionis, y el acreedor con una <i>contracarta se obligaba a restituir el bien, si el deudor cumplía con la obligación.</i>   |
| 2. <b>Manusfidelis</b>        | } | Mediante donación se transmitía un bien a un fiduciario llamado (manusfidelis) mediante una carta venditionis, ese mismo día se retransmitía al beneficiario la cosa, reservándose el donante ciertos derechos sobre el bien para <i>poder disfrutarlos en vida, por tal motivo el manusfidelis debería pertenecer al clero.</i> |
| 3. <b>Salma o Treuhand</b>    | } | En el derecho antiguo, se le denomina salma a la persona que actúa como intermediaria en la transmisión de un bien inmueble y que actuaba por cuenta del enajenante.<br>En el nuevo derecho germánico, el salma o fiduciario actúa por cuenta del adquirente.  |

Hasta aquí, se han descrito las teorías romana y alemana que han tratado de explicar el antecedente del fideicomiso, sin embargo, se considera acertada la conclusión a la que llega el maestro Margadant al indicar que: "Lo que actualmente se llama fideicomiso en México no es una institución derivada directamente del derecho romano, sino más bien una transformación del "trust" anglosajón, introducido en México, a través de Panamá, en 1924."<sup>4</sup>

Por virtud de esa conclusión, se considera que es necesario describir la figura del trust, y así poder entender porque Margadant llega a la conclusión antes mencionada.

### 1.2. EL TRUST ANGLOSAJÓN

Algunos autores modernos consideran que el fideicomiso mexicano deriva del trust anglosajón, figura que a su vez tiene como antecedente directo, una institución inglesa antigua denominada como "Use" (uso).

<sup>4</sup> Margadant S., Guillermo F., Ob, cit. p. 504.

Los tratadistas dividen para efectos del estudio del "Use" y del "Trust" en cuatro períodos o etapas;

1. Del Siglo XII hasta el Siglo XIV, donde se aplica el "Use" antes de la Ley sobre Usos (*Statute of Uses*) de 1527
2. Del Siglo XIV hasta el Siglo XV donde se promulgó el *Statute of Uses* (Ley sobre Usos)
3. De 1536 hasta 1650; y
4. Desde 1650 hasta la fecha

Por ser el "Use" una figura más antigua que el "Trust", resulta importante señalar como nació el Use en Inglaterra y cual era su objetivo.

Por diversos motivos, era frecuente que el propietario de una tierra trasladaba su dominio a otra persona conocida como "*Feoffee to use*" (sujeto del derecho de uso), pactándose que aún y cuando este sujeto sería el dueño del bien, una tercera persona llamada "*Cestui que use*" (el que tiene el uso), y a quien el propietario quería beneficiar, podía disfrutar de todos los beneficios como si fuera el verdadero propietario de la cosa, es decir el cesionario, aún y cuando recibía el dominio pleno, no era con el fin de obtener provecho del mismo, sino que era el encargado de poseer el bien para que el "*Cestui que use*" la usara o aprovechara.

Existen varias opiniones de los autores respecto de la utilidad de dicha figura legal, y entre las que se encuentran las siguientes:

- Para defenderse del injusto sistema feudal.
- Para emancipar a esclavos, mediante la venta realizada por un lord a una tercera persona a fin de emancipar al ciervo o esclavo.
- Como transmisión del dueño de las tierras a sus sirvientes o vasallos como compensación por sus servicios.
- Por motivo de un conflicto bélico, cuando los bienes de los vencidos podían ser confiscados por los vencedores como castigo, por lo que para evitar dicha confiscación, los dueños de esos bienes, los entregaban a una persona de su confianza con la finalidad de que el usuario los poseyera para el uso exclusivo del propio otorgante o de sus herederos.
- También existe la idea de que el "Use" era utilizada por las corporaciones eclesiásticas, a fin de eludir las restricciones que la ley de manos muertas imponía a la iglesia.

Ahora bien, desde el punto de vista legal, resulta importante señalar que los derechos que se asignaban al "*Cestui que use*", no eran protegidos, ni sancionados por el derecho común o la "*Common Law*", en virtud que los jueces que lo aplicaban, sólo reconocían al titular del dominio, es decir al "*Feoffee to*

*use*, ignorando al titular del bien, ya que no eran reconocidos los derechos de los beneficiarios.

Para subsanar esa iniquidad, se creó una nueva jurisdicción que sería aplicada por el Canciller del Rey, quien se encargaba de administrar justicia independientemente del rigorismo del *Common Law* y que al final de cuentas dio la pauta para que se regulara la institución del *use*, apareciendo los Tribunales de Equidad (*Court of Chancery*), donde los jueces aplicaban la denominada *equity* o equidad, es necesario aclarar que este derecho está separado del *Common Law*.

A partir de este instante es cuando nace una doble fuerza legal:

- El llamado "dominio legal", que conforme al derecho común o *Common Law*, está en poder del *Feoffee to use*, y
- El reconocido como "dominio beneficioso" o "equitativo", que está en manos de *Cestui que use*.

En virtud de esa doble regulación, el cumplimiento del *Use* ya no quedaba sólo a la buena fe del *Feoffee to use*, toda vez que de incumplir con su parte, el canciller tenía la facultad de ordenar que se ejecutara el cumplimiento de la obligación en todos sus términos; y aún, que se restituyera cualquier propiedad por medio de los mandamientos llamados *Writ of Injunction* y *Writ of Subpoena*, mismos que de no ser cumplidos se sancionaban con la pena de prisión, y que no terminaba hasta que fueran obedecidos por el rebelde.

Curiosamente la formalidad en los *Uses* se basaba en un convenio verbal; en donde el *Feoffee to use* aceptaba conservar los bienes que le eran dados en custodia y posteriormente otorgaba al *Cestui que use* las utilidades o beneficios, además de transferir la propiedad como se le había instituido.

Con el paso del tiempo, la aplicación de los *Uses* trajo consigo una serie de inconvenientes por un lado y fraudes por el otro, por lo que Enrique VIII, insistió en la necesidad de hacer ajustes a esa figura, consiguiendo que el parlamento promulgara el *Statute of Uses*, en dicho estatuto se señalaban las malas aplicaciones o manejos que eran provocadas por los *Uses*. Otro de los fines fue abolir los *Uses*, y dar al *Cestui que uses* la propiedad legal.

En 1534 en Inglaterra, se expidió la *Ley sobre Usos*, estableciéndose que quien gozara del *Use* sería considerado como propietario, es decir que para esa Ley el *Cestui que use* resultaba ser el propietario del bien, por lo que la propiedad absoluta ya no estaría a nombre de la primera, sino que pasaría a la segunda.

El objetivo que tuvo la referida Ley, fue el abolir la dualidad de dominios entre el derecho común y el derecho beneficioso-equidad, lo que no sucedió por

estar arraigada la institución del "Use" en la costumbre jurídica de los ingleses, quedando por consiguiente anulado el citado propósito.

El sistema de equidad, fue adaptado por las colonias de los Estados Americanos, y actualmente es el fundamento jurídico sobre el cual se basa la Ley de *Trusts* Norteamericana.

Los maestros Acosta Romero y Almazán Romero señalan que: "Los tribunales de esa época determinaron que el *Statute of Uses*, no afectara al *use* sobre el *use* y entonces los uses tomaron el nombre de *trust* por considerar que esta palabra era más adecuada para designar la institución transformada de acuerdo con la jurisprudencia que se derivaba de la aplicación del *Statute of Uses*. Fue así como se comenzó a llamar *trustee* a la persona a la cual los tribunales habían investido de la propiedad legal del antiguo *use*.

El nombre *trust* fue aplicado después del *Statute* a todos aquellos intereses de equidad tenidos por tales y usado como sinónimo del *use* en las sentencias, y fueron reconocidos obligadamente como *trusts*, base del moderno sistema del derecho de los *trusts*.

Así evolucionó a partir de los siglos XVII, XVIII y XIX en el sistema inglés y se ha notado desde 1800 una gran expansión y desarrollo de esta institución, principalmente para adaptarla a las condiciones sociales actuales y a las necesidades económicas.<sup>35</sup>

Se afirma que el sistema de equidad al ser introducido en las colonias inglesas de América; fue visto con cierta desconfianza, porque al igual que en Inglaterra, la equidad fue considerada con recelo en razón de su relación con las prerrogativas del Rey, no obstante, el sistema de equidad fue aceptado poco a poco, sobre todo en la primera parte del siglo XIX.

En Estados Unidos de Norteamérica se fue adaptando la práctica del *Trust*, pero en realidad no era tan utilizada esa figura como en Inglaterra, no obstante, se estima que la gran contribución de Norteamérica para el desarrollo del *Trust*, fue el empleo del *Trustee Corporativo*, es decir se crearon corporaciones con poder para administrar los *trusts*, y por dicha actividad se cobraba cierta cantidad de dinero.

Para el maestro Oscar Rabasa la diferencia entre el *Use* y el *Trust*, se basa en que: "Los más eminentes magistrados del Tribunal de Equidad de Inglaterra que los desarrollaron en sus primeras ejecutorias fundamentales, como Northington, Mansfield y Nottingham, y comentaristas del derecho anglosajón como Blackstone y Coke, reconocieron desde un principio que el *uso* y el *trust*, esencialmente, no son sino dos nombres para una misma cosa; con la única

<sup>35</sup> Acosta Romero, Miguel (et. al.), Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso, 2a. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1997, p. 10.

diferencia, muy relativa por cierto, de que tanto que el "uso" nunca fue considerado como un derecho real propiamente en los bienes sobre los cuales se constituía, sino más bien como un convenio por virtud de la cual el fiduciario y sus causahabientes se obligaban personalmente para con el fideicomisario y quienes lo sucedían en su derecho, el *trust* o fideicomiso actual, conforme al derecho-equidad vigente, se equipara a un patrimonio real, y el fiduciario es sólo el instrumento para la disposición del objeto del fideicomiso; de suerte que en ningún caso puede éste recibir ningún provecho, fuera de la retribución por sus servicios, y el fideicomiso está íntimamente vinculado con la propiedad en derecho. Así que, salvo esta diferencia que no resulta de la esencia misma de los "usos" y los *trusts* sino de la nueva práctica empleada por los tribunales de "equidad", la institución sigue siendo igual.<sup>6</sup>

Ya se ha señalado como nació el *Use* y también ya se sabe que dicha figura se transformó en el actual *trust*, sin embargo no se ha establecido como se aplica actualmente, por lo que para concluir con este punto, se indicará de manera muy genérica como funciona el *trust* anglosajón.

Se estima necesario empezar por definir lo que es el *trust*, y es Serrano Trasviña quien nos dice que, el *Restatement of the Law of Trust*, define al *Trust* como una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por la cual la persona que los posee está obligada en derecho equidad a manejarlos en beneficio de un tercero. Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el *trust*.<sup>7</sup>

De esa definición se desprenden tanto los elementos personales como los reales del citado negocio o *trust*. Dentro de los personales tenemos a los siguientes:

<b>Settlor</b>	{	Es la persona que crea el <i>trust</i> y mediante escrito manifiesta su voluntad de afectar determinados bienes para la realización de ciertos fines y una vez creado el negocio, ya no tiene contacto con el <i>trust</i> .
<b>Trustee</b>	{	Es la persona que se convierte en el titular del bien o de los derechos que son propiedad del settlor y se obliga a realizar los fines que este le señale.
<b>Cestui que trust</b>	{	Es la persona a favor de quien se constituyó el <i>trust</i> y es quien recibe los beneficios, además de estar facultados para exigir al trustee el cumplimiento objeto del <i>trust</i> .

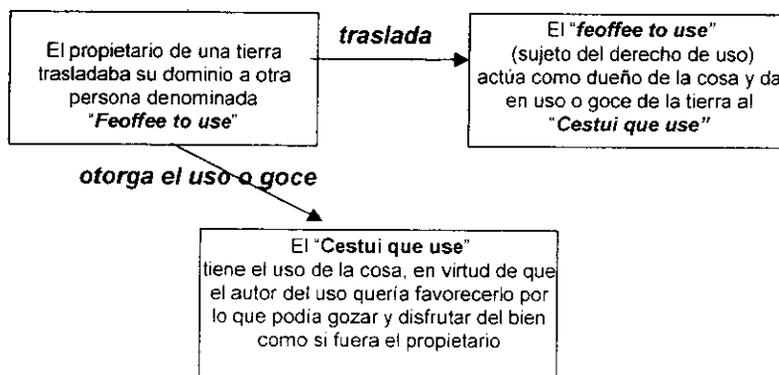
<sup>6</sup> Rabasa Oscar, *El Derecho Angloamericano*. 2a. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1982, p.286.

<sup>7</sup> Serrano Trasviña, Jorge, *Aportación al Fideicomiso*, Publicaciones del Semanario de Derecho Mercantil y Bancario, Serie A, Número 32, Universidad Nacional Autónoma de México, Escuela Nacional de Jurisprudencia, México. 1950 p. 88.

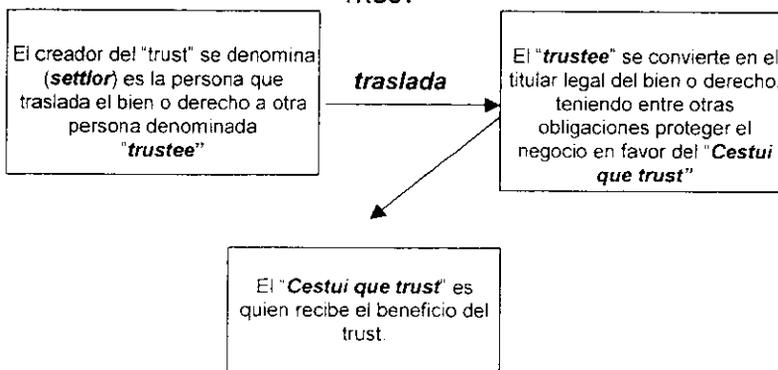
Ya se ha descrito, de manera muy resumida, los tres elementos personales que intervienen en el trust, sin embargo, resulta conveniente señalar que para efectos fiscales, que es lo que nos interesa, el trust es una entidad legal gravable independientemente de los sujetos que lo conformen, por lo que los ingresos que se obtengan de un trust deberán reflejarse mediante la presentación de una declaración, **es importante que no se pierda de vista lo señalado en este párrafo, por que ésta es la gran diferencia que existe entre el fideicomiso y el trust.**

Más adelante se señalarán las diferencias entre el trust y el fideicomiso, por el momento se presenta un cuadro comparativo entre el "Use" y el "Trust".

### "USE"



### "TRUST"



### 1.3. EL FIDEICOMISO EN MÉXICO

Oscar Rabasa indica que: "En México, el fideicomiso romano en su forma antieconómica de sustitución fideicomisaria que producía la vinculación de la propiedad a perpetuidad, en manos de los diversos herederos sucesivos, realmente nunca ha tenido existencia jurídica, ni antes ni después de la independencia. Las Cortes Españolas, por decreto de 27 de septiembre de 1820, suprimieron los mayorazgos, fideicomisos y cualesquiera otra especie de vinculaciones de bienes muebles e inmuebles, los cuales se declararon libres de tales limitaciones, y prohibieron que en lo sucesivo se constituyera ninguna de dichas instituciones ni vinculación alguna sobre cualquier clase de bienes o derechos sin que se vedara directa o indirectamente su enajenación. Esta ley española, publicada en la obra de Dublán y Lozano como vigente en México, por haberse dictado en época en que el país estaba sujeto aún a la legislación de la Madre Patria, abolió, pues, desde el año de 1820, de nuestro medio legal, el fideicomiso familiar o gradual; y los códigos civiles, desde el primero de 1870, hasta los actuales, que, siendo ya la nación independiente, sustituyeron en la República a los caducos ordenamientos españoles, han proscrito también las instituciones (debe decir sustituciones) fideicomisarias, último vestigio del primitivo fideicomiso romano puro. Así pues, la institución del fideicomiso, sea en su aspecto romano o en su forma anglosajona, no figuró en el sistema de leyes de México sino hasta el año de 1926, cuando aparece por vez primera en la Ley General de Instituciones de Crédito, el fideicomiso de tipo angloamericano."<sup>8</sup>

Diversos autores citan como primer antecedente, un trust constituido en los Estados Unidos de Norteamérica, para financiar la construcción de ferrocarriles de las compañías mexicanas ferroviarias. El citado trust, era otorgado en el extranjero y surtía efectos en México al amparo del Código Civil de 1884 y de la Ley para Ferrocarriles del 29 de abril de 1899, pero sin embargo para algunos tratadistas, fue considerado como un contrato de préstamo, mandato e hipoteca, por lo que no consideran al mismo como un antecedente doctrinal, al no haber tenido mayor trascendencia.

Al existir en México una especie de fideicomiso romano vinculado a disposiciones testamentarias, estiman los estudiosos del derecho que el legislador se vio en la necesidad de tomar o importar el trust anglosajón y por ende regular dicho acto, en tal virtud se tratará de enunciar de manera breve los antecedentes jurídicos que dieron origen a la actual figura del fideicomiso.

#### 1.3.1. Proyecto Limantour

Como se ha señalado, al ser el trust anglosajón el antecedente directo del fideicomiso mexicano, surge para los legisladores la necesidad de regular dicha figura, por tal virtud, el Secretario de Hacienda, José Y. Limantour, envió el 21 de

<sup>8</sup> Rabasa, Oscar, Ob. cit. p. 447.

noviembre de 1905, al Congreso de la Unión una iniciativa que facultaba al ejecutivo para expedir una ley mediante la cual se pudieran constituir en el país instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fiduciarios. Dicho proyecto constaba de ocho artículos, entre los que se establecía que fideicomisario era el encargado de ejecutar mediante un contrato entre dos o más personas, los actos, operaciones o contratos lícitos respecto de los bienes determinados en beneficio de la otra parte del contrato, o de un tercero, o para hacer efectivos los derechos que fueran consecuencia del mismo.

La creación de las citadas instituciones comerciales, debía ser autorizada y controladas por la Secretaría de Hacienda, un grave error que se dio en el citado proyecto fue el que se denominaran a las citadas instituciones como "fideicomisarias", siendo el término correcto el de "fiduciarias". De igual forma indicaba, que los bancos de fideicomiso como a las demás instituciones bancarias, se les sometía al régimen de la "concesión estatal", dicha iniciativa no fue aprobada por el Congreso de la Unión, sin embargo se constituyó como el primer antecedente teórico de esa institución, y a la vez, fue el primer intento en el ámbito mundial para adaptar el trust del derecho anglosajón a un sistema romanista como lo es el mexicano.

### 1.3.2. Proyecto Creel

Al estar sumergido México en un conflicto bélico como lo fue la Revolución, en materia del fideicomiso no existió avance legislativo alguno, sino que fue hasta el año de 1924, cuando en la Primera Convención Bancaria se presentó el proyecto de Enrique C. Creel sobre Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro, en dicho proyecto se corregía el error respecto a la terminología de las instituciones fideicomisarias, por el de compañías bancarias de fideicomiso y ahorro; además de proponer que se expidiera una ley que especificara las bases constitutivas y de operación de las aludidas compañías. El autor de este proyecto trató de aplicar la práctica norteamericana del trust, sin embargo el aludido proyecto tampoco tuvo un resultado práctico, quedando solo como otro antecedente histórico.

### 1.3.3. Proyecto Vera Estañol

En el mes de marzo de 1926, el licenciado Vera Estañol presentó un documento denominado "Proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro", ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en donde exponía básicamente el proyecto de 1905 presentado por José Y. Limantour, mismo que también contenía el error de considerar a la institución o compañía como fideicomisaria.

Diversos autores opinan que tal proyecto no influyó en la doctrina de esa institución, sin embargo lo más importante de ese proyecto se encontraba en su Capítulo II, en donde se reglamentaban las operaciones fideicomisarias.

Resulta importante mencionar que también la obra de Ricardo J. Alfaro fue determinante en materia de fideicomiso en la legislación mexicana, al considerar que el fideicomiso se constituía mediante mandato irrevocable en donde se transmitían bienes a una persona llamada fiduciario, con el fin de disponer de ellos conforme a las instrucciones del fideicomitente, para beneficio de un tercero llamado fideicomisario. Como se podrá observar dicha opinión es muy semejante a la del actual fideicomiso mexicano, salvo el considerar a esta figura que el origen nace de un contrato de mandato irrevocable.

#### **1.3.4. Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924**

En la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de enero de 1925, se introdujo por primera vez en el derecho mexicano el contenido del fideicomiso, al señalar en su fracción VII, artículo 6o. que los bancos de fideicomiso son instituciones de crédito, para todos los efectos legales; y por lo tanto se debían someter a un régimen de concesión especial que le otorgaba el Ejecutivo Federal, por un periodo máximo de treinta años.

También resulta importante señalar que el Capítulo VII, de la citada Ley, que se denominaba "De los Bancos de Fideicomiso", se definía en los artículos 73 y 74, que los bancos de fideicomiso eran los que servían a los intereses del público en varias formas, principalmente administrando los capitales que se les confían e interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, además de señalarse en dichas disposiciones legales la necesidad de crear una ley especial para la regulación de dichos bancos.

#### **1.3.5. Ley de Bancos de Fideicomiso de 30 de junio de 1926**

La propuesta que se proponía en la ley de 1924, anteriormente citada, se vio reflejada en la Ley de Bancos de Fideicomiso, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 17 de julio de 1926, y que entró en vigor a partir del 30 de junio de ese mismo año. En dicho ordenamiento se creaba al fin la estructura de fideicomiso mexicano, dicho ordenamiento se componía de 86 artículos y 5 Capítulos.

Dentro las cuestiones más importantes que reguló dicha Ley, se consideran las siguientes:

- Artículo 1o. El objeto de los bancos de crédito, eran las operaciones por cuenta ajena y en favor de terceros.
- Artículo 2o. Se indicaba que se requería contar con una concesión, y constituir dichas instituciones como sociedades anónimas.
- Artículo 3o. Establecían la estructura de los órganos de administración y vigilancia.

Artículo 5o. Se les prohibía a los bancos o compañías establecidas en país extranjero, contar dentro de la República Mexicana con agencias o sucursales cuya finalidad fuera la de practicar operaciones de fideicomiso.

Sin embargo, la disposición más relevante y que dio pauta a severas críticas, fue que en el artículo 6o. se estableció en forma expresa que el fideicomiso, era un mandato irrevocable en virtud del cual se entregaba al Banco, con carácter de fiduciario ciertos bienes, para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario, como ya se mencionó el concepto del Doctor Alfaro se ve reflejado en dicho artículo. Finalmente, las causas de extinción estaban contempladas en el artículo 18 de la Ley en comento, misma que tuvo vigencia de tan solo cuatro meses.

### **1.3.6. Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926**

En el Diario Oficial de la Federación del 16 de noviembre de 1926, quedó aprobada una nueva ley bancaria que se denominó Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, misma que incorporó o reprodujo algunos de los preceptos de la ley del 30 de junio.

Dentro de las disposiciones más importantes se encuentran:

- ▣ El artículo 5o. señala a los bancos del fideicomiso como instituciones de crédito.
- ▣ El artículo 6o. indica la necesidad de contar con la concesión por parte del Ejecutivo;
- ▣ Conforme al artículo 14, la duración de la concesión no debía exceder en ningún caso de treinta años, contados a partir del 24 de diciembre de 1924.
- ▣ Asimismo, se exigía que se constituyera como sociedad anónima con no menos de 15 fundadores y un capital mínimo de \$500,000.00 en el Distrito Federal y \$250,000.00 en los Estados y Territorios Federales, la vigencia de este ordenamiento fue de seis años, lapso durante el cual la Secretaría de Hacienda y Crédito Público no otorgó ninguna concesión.

### **1.3.7. Ley General de Instituciones de Crédito de 1932**

En el año de 1932, se publica la Ley General de Instituciones de Crédito, que en su exposición de motivos se señalan aspectos importantes como son:

- ▣ Que la Ley de 1926, no precisó el carácter sustantivo de la institución y dejó una gran vaguedad de conceptos en torno a esa Ley.

- Que se requería de una definición clara de su contenido y sus efectos, siendo esta definición materia de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, se requería además una reglamentación adecuada de las instituciones que actúen como fiduciarias.
- Quedará el fideicomiso concebido, como una afectación patrimonial a un fin.
- Solo se autoriza la constitución de fideicomisos, cuando el fiduciario es una institución especial sujeta a la vigilancia del Estado.

Esta nueva Ley destruye toda confusión entre fideicomiso y los actos de administración o de representación de terceros.

Del análisis de la propia Ley, se encuentra que en su artículo 1o., se consideraba a las fiduciarias como instituciones de crédito sujetas a concesión del gobierno, es importante señalar que el artículo 228, segundo párrafo, indicaba expresamente que:

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

Dicha exención era referida con el impuesto al timbre, en virtud de que la fiduciaria al aceptar su cargo, en el desempeño de sus funciones, obraba por cuenta ajena.

Resulta importante señalar que paralela a la Ley que se comenta, se promulgó la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el Diario Oficial de la Federación, del 27 de agosto de 1932, ordenamiento que regula hasta la fecha al fideicomiso como institución sustantiva.

Los ordenamientos posteriores como son, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, y las subsecuentes a la de Instituciones de 1941, serán comentadas más adelante.

Ya se han señalado los antecedentes del fideicomiso, pero se considera que es el momento de empezar por tratar de determinar su naturaleza jurídica, lo que resulta en la actualidad un serio problema, toda vez que la ley, la jurisprudencia y la doctrina en México, han tratado de asimilar al fideicomiso con diversas figuras jurídicas, lo que ha dado como resultado que no exista un consenso por parte de los juristas que permita definir o precisar su naturaleza jurídica, no obstante ese hecho, no ha sido un impedimento para que continúe desarrollándose esa institución.

En opinión de algunos tratadistas, la división de criterios que existe estriba principalmente en la imprecisión sobre las teorías de los actos jurídicos por una parte y por otra, respecto de la transmisión de la propiedad fiduciaria.

Por lo referido, se considera pertinente hacer un breve análisis de las diversas teorías que tratan de ubicar dentro de alguna de las figuras jurídicas al fideicomiso.

En México, diversos estudios teóricos sobre el fideicomiso parten del concepto del hecho jurídico, para tratar de ubicar tanto la naturaleza jurídica del fideicomiso como la transmisión de la propiedad fiduciaria, por lo que para entender dicha posición es necesario intentar determinar si el fideicomiso se debe ver como un acto jurídico o bien como un negocio jurídico.

Se debe precisar en primer término lo que se entiende por acto jurídico, para lo cual se debe recurrir al campo del Derecho Civil Mexicano.

#### 1.4. EL ACTO JURÍDICO Y EL NEGOCIO JURÍDICO

Como es sabido, el derecho positivo es un conjunto de normas de conducta producto de una autoridad legislativa y las cuales deben ser observadas por los sujetos de una sociedad, aún en contra de su voluntad.

Ahora bien, en toda norma jurídica encontraremos invariablemente dos elementos sumamente importantes:

- a) El supuesto jurídico, entendiéndose como el enunciado de una hipótesis, y
- b) La consecuencia, que es la realización del supuesto mediante la conducta de un ser humano o bien porque es producto de un acontecimiento natural.

Señala Domínguez Martínez, que la norma jurídica considerada en abstracto, contiene el enunciado de una mera hipótesis que al realizarse origina determinadas consecuencias, las que no se actualizan sino hasta el momento de la realización referida, y esa realización se efectúa mediante el hecho jurídico.

Y agrega, que el hecho para ser calificado como jurídico, se debe tener en cuenta que el hecho como la norma jurídica que le confiere efectos son indispensables para que éstos deban producirse. El hecho por sí mismo no deja de ser un acontecimiento sin valor jurídico. Necesita la norma para cobrar ese valor.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. El fideicomiso. 7a Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1997. p. 12

Para Rojina Villegas, es importante distinguir entre supuesto jurídico y hecho jurídico, por lo tanto, define al supuesto jurídico, como la hipótesis normativa de cuya realización dependen las consecuencias de derecho, y al hecho jurídico lo define como el fenómeno natural o del hombre, que realiza la hipótesis normativa para que se produzcan las consecuencias de derecho.

El autor considera que la diferencia entre el supuesto jurídico y el hecho jurídico, estriba en que en el supuesto hay una simple hipótesis contenida en la norma, en tanto que el hecho es la realización de la hipótesis, y ésta se lleva a cabo mediante un fenómeno natural previsto en la norma (hecho jurídico natural), o bien, mediante una acción del hombre prevista en la norma (hecho jurídico del hombre).<sup>10</sup>

Como ejemplo de lo referido, se puede señalar que el caminar por la ciudad a cualquier hora, constituye un hecho, pero no jurídico, ahora bien, en caso de existir una norma que prohíba el caminar por la ciudad en determinadas horas, quién infringiera esa prohibición, se colocaría ante un hecho jurídico.

Rafael de Pina indica, que tradicionalmente es aceptado como principio de derecho la máxima *ius ex facto oritur* (el derecho nace del hecho), que supone el reconocimiento de la eficacia de los hechos en el mundo jurídico de un modo indiscutible, y agrega que se llaman hechos jurídicos los acontecimientos de la vida que son susceptibles de producir el nacimiento, la modificación o la extinción de una relación de derecho. Estos hechos pueden ser positivos (la muerte de una persona, el testimonio v. gr.) o negativos (las abstenciones en general).<sup>11</sup>

Ahora que ya se conoce que el hecho jurídico, es aquella conducta que se actualiza ante una norma jurídica, resulta importante señalar que el legislador mexicano clasifica a los hechos jurídicos basándose en la doctrina francesa del siglo XIX, que fue la que influyó en la elaboración del Código Civil, por lo tanto, el hecho jurídico ha sido clasificado en:

- Hechos jurídicos en estricto sentido, y
- Actos jurídicos.

Para el maestro Gutiérrez y González, "el hecho jurídico en estricto sentido, es una manifestación de la voluntad que genera efectos de derecho independientemente de la intención del autor de la voluntad para que esos efectos se produzcan, o un hecho de la naturaleza al que la ley vincula efectos jurídicos, además de dividir esos derechos en dos clases:

<sup>10</sup> Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo V, Volumen I, Obligaciones, 7a. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1998, p. 83.

<sup>11</sup> De Pina, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen I, 10a. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1980, p. 262.

a) Voluntario o del ser humano, que es la conducta humana que genera consecuencias jurídicas de manera independiente a la voluntad de su autor para que esas consecuencias se produzcan o no.

b) De la naturaleza, que es el acontecimiento de la naturaleza, en donde para nada interviene la voluntad humana y que el derecho lo considera como dato, para que se generen ciertas consecuencias jurídicas. v. g. el nacimiento de una persona.

Por lo que respecta a los actos jurídicos, ese autor los define como la manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho, y que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad.

A su vez subclasifica esos actos en:

a). Unilaterales, que es aquel en que interviene para su formación una sola voluntad, o varias pero concurrentes a un idéntico fin. v. g. el testamento, precisa de una sola voluntad para su confección: la del otorgante.

b). Plurilaterales, que es aquel que para su formación requiere dos o más voluntades que buscan efectos jurídicos diversos entre sí. v. g. en un contrato de compraventa, se persiguen fines contrarios por las partes: el comprador busca obtener un artículo; el vendedor logra una prestación en dinero.<sup>12</sup>

Por lo referido, se puede concluir que el hecho jurídico es la manifestación de la voluntad que genera efectos de derecho, con independencia de la voluntad del autor, recordaremos que hay efectos jurídicos como consecuencia de la propia naturaleza (nacimiento de una persona), o bien producto del hombre (gestión de negocios).

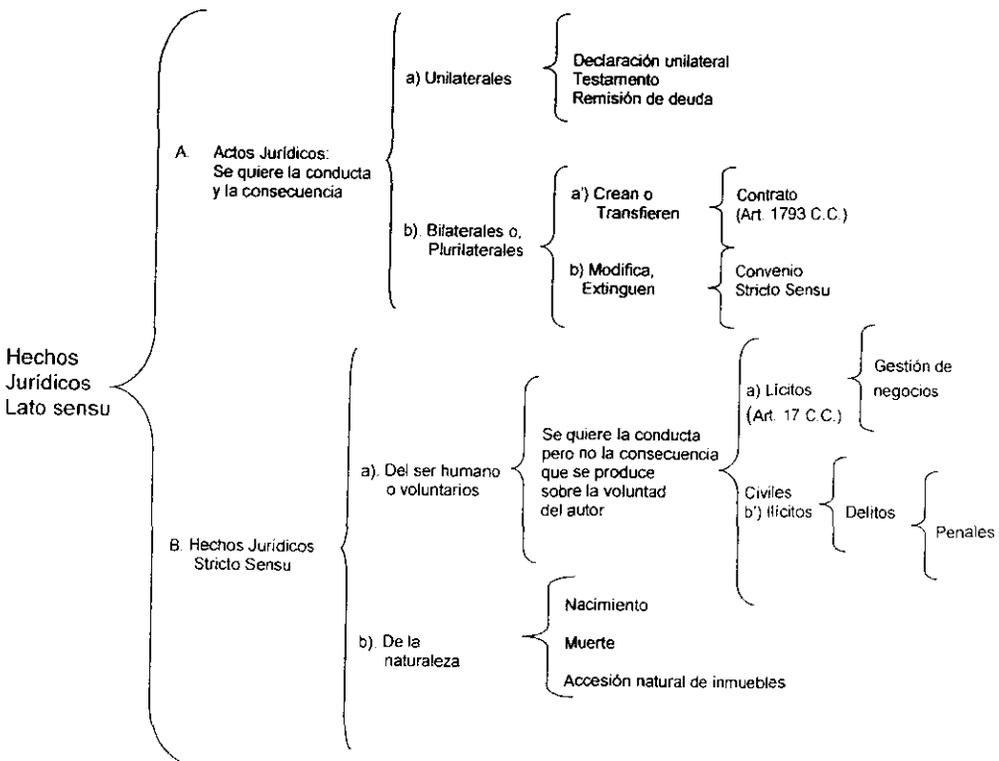
Asimismo, que en el acto jurídico existe una manifestación de la voluntad con el propósito u objeto de exteriorizar la intención de llevar a cabo ciertas acciones o efectos de derecho como lo son, el crear, modificar, declarar o extinguir derechos y obligaciones, situación que se ve reflejada en nuestro Código Civil para el Distrito Federal en los artículos 1792 y 1793, y los cuales definen al convenio como el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, y que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Una vez que se conoce al acto jurídico como una especie del hecho jurídico en estricto sentido, y que se considera como la manifestación de la voluntad del

<sup>12</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, 11a Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1996, p.157.

hombre con la intención de producir consecuencias, conforme a la Doctrina Francesa, pasaremos al estudio del negocio jurídico.

A continuación se presenta el cuadro de los hechos jurídicos lato sensu, que señala en su obra Gutiérrez y González<sup>13</sup>:



**El negocio jurídico.** El origen del término negocio jurídico se encuentra en la doctrina alemana del siglo XIX, con la expresión (*rechtsgeschäft*), siendo los pandectistas alemanes quienes consagran al referido negocio como término técnico y figura básica de la dogmática del derecho privado, esta doctrina parte de la diferenciación del acto jurídico, al que consideran como el suceso en el que interviene la voluntad humana, pero ésta no es tomada en cuenta al atribuirle efectos jurídicos; y consideran al negocio jurídico, como el acontecimiento en el

<sup>13</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. Ob, cit p. 154.

que la voluntad es dirigida para crear las consecuencias previstas en la norma de derecho.

Al respecto Raúl Ortiz-Urquidí indica que: "La consagración del negocio jurídico como término técnico y figura básica de la dogmática del Derecho privado, se debe al esfuerzo de los pandectistas alemanes para sistematizar la ciencia jurídica (Hugo, Heise, Thibaut, Savigny). Puede destacarse como decisiva la obra de Savigny, que utilizando como sinónimos los términos declaración de voluntad y negocio jurídico, estudia unitaria y detalladamente la problemática del negocio jurídico; cuya distinción respecto del concepto de acto jurídico resultará desde entonces evidente (Puchta). De modo que, ya en la primera mitad del siglo XIX, el concepto de negocio jurídico puede considerarse generalmente recibido en las doctrinas alemanas, austriaca y hasta en la belga, de la época (Warkoenig). La legislación tarda algo más en utilizarlo, pero pronto el Código Civil de Sajonia, de 1863, lo recoge y lo define como concepto técnico, diciendo: "Un acto es un negocio jurídico cuando la acción de la voluntad se dirige, de acuerdo con las leyes, a constituir, extinguir o cambiar una relación jurídica."<sup>14</sup>

Ahora bien, la doctrina mexicana clasifica a los negocios jurídicos en unilaterales, si son producto de una sola voluntad, ejemplificando el testamento; y bilaterales, que son originados por dos o más partes, por ejemplo el contrato, exigiendo para su nacimiento la existencia de una oferta y una aceptación.

Resulta importante señalar que el Código Civil para el Distrito Federal desconoce el término de negocios jurídicos, haciendo referencia únicamente a los actos jurídicos, de igual forma en algunos países latinos, la expresión de negocio jurídico no está reconocida en sus respectivas legislaciones, o si lo está, no está delimitado dicho concepto.

Hasta este momento se ha efectuado el análisis del acto y del negocio jurídico, pero se considera necesario en este momento hacer una recapitulación de lo tratado para dejar clara la distinción entre hecho, acto y negocio jurídicos, para lo cual es necesario señalar lo que refiere Raúl Ortiz-Urquidí:

"no hay sino tomar en cuenta la intervención de la voluntad - presencia o ausencia de ella - en estos dos momentos: a) en la realización del acontecimiento en que el hecho, el acto o el negocio pueden consistir, y b) en la producción de las consecuencias jurídicas.

**El Acto jurídico.** Pero volvamos a nuestro tema. En el *hecho*, ya lo dijimos, no interviene la voluntad ni en la realización del acontecimiento ni en la producción de las consecuencias. En el *acto* -y así se distingue del hecho-la voluntad interviene sólo en la realización del acontecimiento-primer momento-mas no en la producción de efectos - segundo momento - no obstante lo cual éstos se

<sup>14</sup> Ortiz-Urquidí, Raúl. Derecho Civil. Parte General. 3a. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1986, p. 237.

producen. Por ejemplo, el caso del homicidio intencional, pues en él evidentemente que el homicida, con toda intención y hasta tal vez con todas las agravantes de ley - premeditación, alevosía, ventaja y hasta brutal ferocidad-privada de la vida a otro, a pesar de lo cual no desea que se produzcan las consecuencias que el Derecho Punitivo prevé al respecto.

**Negocio Jurídico.** En cambio, en el *negocio*, la voluntad interviene en los dos citados momentos: en la realización del acontecimiento y en la producción de las consecuencias jurídicas. El ejemplo típico es el contrato, pues *voluntariamente* lo realizan quienes lo celebran-primer momento-y los propios contratantes *están deseando* al celebrarlo-segundo momento-la producción de las correspondientes consecuencias jurídicas.<sup>15</sup>

Por lo referido, se concluye que la voluntad del ser humano juega un papel importante en los conceptos señalados, ya que en el hecho jurídico la voluntad no interviene en la realización del acontecimiento, ni en la producción de las consecuencias jurídicas, en el acto jurídico, interviene la voluntad en el primer momento, sin embargo, no se desean las consecuencias; finalmente en el negocio jurídico la citada voluntad participa en la realización del acontecimiento y se desea el resultado de las consecuencias.

Respecto al concepto de negocio jurídico, se debe dejar muy claro que en México, aún y cuando el término de negocio jurídico no está formalmente reconocido, ese término es usado con frecuencia por los maestros del derecho en la impartición de sus cátedras, de igual forma lo podemos leer en obras de literatura jurídica, escucharlo en foros o en los tribunales mexicanos.

El objeto de hacer la distinción entre acto y negocio jurídico es con la finalidad de tener presente que la mayor parte de los actuales criterios respecto a la naturaleza del fideicomiso parten de esos conceptos, pero sí como ya se ha señalado, los estudiosos del derecho fiscal no se ponen de acuerdo si el fideicomiso es producto de un acto o negocio, menos factible es poder por nuestra parte el poder llegar a una conclusión de su naturaleza jurídica.

Se considera, que si algún día se ponen de acuerdo los estudiosos del derecho en este aspecto tan importante, resultaría a su vez un avance trascendente tanto para el derecho fiscal como para empezar a conciliar a la doctrina en cuanto a la naturaleza jurídica del fideicomiso.

Ahora bien, en nuestro país la doctrina se ha pronunciado por otras teorías sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso, unos autores se han inclinado por asimilarlo al negocio fiduciario, otros por considerarlo como una declaración unilateral de voluntad, unos más por el mandato y otros por ser un contrato fiduciario, es por ese motivo que debe necesariamente hacerse mención de cada una de esas teorías.

---

<sup>15</sup> *Ibidem* p. 239.

### 1.5. DIVERSAS TEORÍAS DE LA NATURALEZA DEL FIDEICOMISO.

**El fideicomiso como mandato.** El jurista panameño Ricardo J. Alfaro, pretendió adaptar antes que nadie el trust anglosajón a los sistemas jurídicos latinoamericanos, por lo que al fideicomiso lo consideró como un contrato *sui generis*, cuya esencia es de un mandato, por lo que definió a esa figura como: *"un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada FIDUCIARIO, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite, llamado FIDEICOMITENTE, a beneficio de un tercero llamado FIDEICOMISARIO"*.<sup>16</sup>

Ese pensamiento influyó en la opinión del legislador mexicano, ya que como se señaló anteriormente, tanto en la Ley de Bancos de Fideicomiso como en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, se basaban en los lineamientos del jurista panameño, es decir se admitía que el fideicomiso era un mandato.

Originalmente Alfaro consideró como elementos de su definición:

- a) La esencia: Es la de un mandato irrevocable aunado a una transmisión de bienes, característica del acto de confianza.
- b) El objeto: Es todo bien mueble, inmueble, corpóreo, etc.
- c) El fin; El destinar los bienes a la finalidad establecida por el fideicomitente.
- d) El sujeto; El fideicomisario, en virtud que es el que recibe el beneficio, califica al fideicomitente como la fuente y al fiduciario como instrumento del propio fideicomiso.

Debido a la crítica que recibió su teoría, tuvo que modificar dicha posición, por lo que reestructuró los elementos que componen su definición para considerar a los siguientes:

1. La transmisión del patrimonio;
2. El destino que se da al patrimonio;
3. El encargo que se debe ejecutar.

Menciona a los tres sujetos del fideicomiso; el fideicomitente (que hace la transmisión), el fiduciario (quien recibe el encargo de cumplir con el destino del patrimonio), y el fideicomisario (el que goza del beneficio).

**Crítica.** Villagordoa Lozano realiza el siguiente comentario respecto de la tesis del mandato que sostiene Alfaro, y señala que: "No estamos de acuerdo con este autor en lo que hemos denominado la primera etapa de su pensamiento, porque no podemos asimilar y ni siquiera explicar la naturaleza jurídica del *trust*

<sup>16</sup> Alfaro Ricardo J., citado por Dominguez Martínez, Jorge Alfredo, Ob, cit. p. 146

anglosajón en nuestro régimen jurídico, como un mandato irrevocable, entre otras razones por que las funciones del mandato y el *trust* son totalmente diferentes.

Cuando decimos que el fiduciario o *trustee* desempeña un encargo, no lo decimos como si fuera el mandatario del fideicomitente (*settlor*), sino el desempeño de dicho cargo consiste en que el fiduciario ejercite los derechos que se le transmiten para la realización de los fines del fideicomiso. En el mandato, en ningún caso, el mandante transmite derechos al mandatario para que produzca efectos la representación que implica este acto jurídico. Las transmisiones de derechos que se pueden realizar en los actos jurídicos para los cuales el mandante otorga el poder correspondiente al mandatario, se realizan del patrimonio del mandante al patrimonio del tercero con quien contrata el mandatario. En el curso de la transmisión no hay ningún ingreso ni egreso de derechos en el patrimonio del mandatario.

Esta misma crítica se hace extensiva en la segunda etapa del pensamiento de Alfaro, porque continúa sosteniendo que en el fideicomiso existe un elemento constitutivo al que define como "el encargo que se debe ejecutar". Para hacer más congruente su teoría con la realización del fiduciario de ejercitar los derechos que se le han transmitido, para el cumplimiento de los fines del fideicomiso."<sup>17</sup>

**El fideicomiso como negocio jurídico.** Señala Emilio Krieger que: "En primer lugar, el fideicomiso es un acontecimiento que produce consecuencias jurídicas (afectación de bienes, encomienda) y, en consecuencia, entra en la categoría de los actos humanos voluntarios que intencionalmente se realizan para producir efectos de derecho y, por ello, habrá que ubicarlos dentro de la categoría de negocios jurídicos."<sup>18</sup>

Por su parte Joaquín Rodríguez Rodríguez, considera que para efectos de determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso se debe enfocar bajo tres puntos de vista:

- a) El que se refiere a su configuración como negocio jurídico,
- b) El que atañe a su estructura como modalidad del derecho de propiedad, y
- c) El que concierne a su calificación como operación bancaria.

Dicho autor efectúa el análisis de estas tres vertientes y concluye que el fideicomiso es una variedad de los negocios fiduciarios, mismos que se caracterizan por la discrepancia entre el fin que se persigue y el medio que se elige para realizarlo. Es decir, las partes eligen una forma jurídica, para que los

<sup>17</sup> Villagordo Lozano, José Manuel, Doctrina General del Fideicomiso, Editorial. Porrúa, S.A., México, 1982, p. 89.

<sup>18</sup> Krieger Emilio, Manual del Fideicomiso Mexicano, México, 1976. Editado por el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos. S.A. , p. 23.

efectos que se produzcan excedan de los exigidos para el fin práctico que se persigue.

Agrega el propio autor, que en los negocios fiduciarios: "existe un *aspecto real*, traslativo de dominio, que opera frente a terceros, y un *aspecto interno*, de naturaleza obligatoria, que restringe los alcances de la transmisión anterior, pero sólo con efectos *inter partes*.

Por eso, es evidente que el fideicomiso debe considerarse como un negocio fiduciario 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.*"<sup>19</sup>

Mario Bauche Garciadiego también se inclina por considerar al fideicomiso como un negocio jurídico, al señalar que: "De las operaciones complementarias o contratos accesorios que realizan instituciones de crédito, el más importante es el negocio jurídico llamado FIDEICOMISO. Mediante él, una persona física o moral destina sus bienes o derechos a la realización de una finalidad, lícita y determinada, encargando a una institución fiduciaria al llevar a cabo esa finalidad, en beneficio propio o de otra persona."<sup>20</sup>

Finalmente, indica el maestro Cervantes Ahumada, que partiendo de los elementos que se establecieron dentro del artículo 838 del proyecto del Nuevo Código de Comercio, se puede decir que: "el fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado."<sup>21</sup>

Los partidarios de esta corriente se basan en la teoría del negocio jurídico, que como ya se ha señalado la voluntad del sujeto interviene tanto en la realización del acontecimiento como en la producción de sus consecuencias, y como se podrá observar de las definiciones de los autores mencionados, en el fideicomiso, una persona destina sus bienes o derechos a la realización de una finalidad lícita y determinada, encomendando a una institución fiduciaria llevar a cabo la finalidad, en beneficio propio o de otra persona.

**Críticas.** Acosta Romero y Almazán Alaniz indican que "la terminología sobre negocio jurídico es sensiblemente similar al del acto jurídico; casi podríamos afirmar que la doctrina que insiste en esta distinción lo que hace es cambiar la palabra negocio por la palabra acto, pues en cuanto a los efectos que originan, coinciden en que son la producción de derechos y obligaciones. Ahora bien, en

<sup>19</sup> Rodríguez Rodríguez, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, 22a. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1996, p. 109.

<sup>20</sup> Bauche Garciadiego, Mario, Operaciones Bancarias, 5a. Edición, Editorial Porrúa S.A. México, 1985, p. 327.

<sup>21</sup> Cervantes Ahumada, Raúl, Títulos y Operaciones de Crédito, 14a. Edición, Editorial Herrero S.A. México, 1999, p. 289.

cuanto al uso mismo de la palabra negocio, ya vimos que es discutible y confusa y que inclusive en el idioma francés no existe una palabra parecida a la latina *negotium*, como en el español, pues como dice Cabanellas *affaire* es para los franceses *negocio*, sólo que en las esferas mercantiles y en las de los escándalos morales y de dinero.

En seguimiento de esta tónica, puede apreciarse que los tratadistas pretenden dar un contenido muy específico a la expresión *negocio jurídico*, por lo que para comprender su connotación, habría que estudiar a fondo esta doctrina, que es en sí, según creemos, un tanto discutible.

El negocio jurídico no está formalmente reconocido en la mayor parte de la legislación del mundo y para ser más preciso, el negocio jurídico no está reconocido como tal, ni definido en el sentido en que lo hacen los autores, en ninguna disposición legal mexicana.<sup>22</sup>

Concluyen dichos autores, que la pretendida innovación del concepto de negocio jurídico, no es una aportación novedosa ni definida a la teoría del acto jurídico y en última instancia, consistiría en cambiar los términos de "negocios" por "actos" razón por la cual se debe rechazar tal concepto

Se considera que la tesis del negocio jurídico, es por una parte producto de la doctrina alemana e italiana, y por otra, el término de negocio jurídico no ha sido aceptado por el derecho civil mexicano, ni por el uso mercantil y bancario en nuestro país, por lo que sería incorrecto que se aplique dicho término al fideicomiso.

**El fideicomiso como negocio fiduciario.** La doctrina en general define el *negocio fiduciario* como un acuerdo de voluntades cuyo fin es la transmisión de ciertos bienes o derechos a otro, con la obligación de este último, de destinar el objeto transmitido a un fin específico.

Al respecto indica Domínguez Martínez que: "por negocio fiduciario debe entenderse *aquel acuerdo mediante el cual, un sujeto transmite la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho a otra y éste se obliga a destinar lo transmitido a una finalidad determinada que aquél le señaló, con lo que corresponderá a la confianza que para ello le tuvo el primero.*"<sup>23</sup>

Ahora bien, en los países en los que no existe el trust anglosajón, ni el fideicomiso, ni una figura semejante, se ha desarrollado una figura jurídica denominada *negocio fiduciario*, cuya finalidad consiste en que se celebra un acto entre particulares, no obstante que dicho acto no se encuentra previsto expresamente por la ley, la intención que se tiene es la de celebrar un acto diferente a la finalidad que requieren las partes, esto es, una de las partes entrega

<sup>22</sup> Acosta Romero, Miguel, (et. al.) Ob, cit. p. 170.

<sup>23</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, Ob, cit. p. 167.

bienes a la otra, para que esta última cumpla con ellos una finalidad, y que ésta sólo será válida si quien recibe los bienes, obra de buena fe y cumple moral y jurídicamente con la obligación pactada.

**Criticas.** Cervantes Ahumada señala que: "El negocio fiduciario es un negocio complejo, atípico, compuesto de dos negocios típicos cuyos efectos son contradictorios. El primer negocio es real, exteriorizado, efectivamente realizado por las partes, y el segundo negocio, que destruye entre las partes los efectos del primero, es un negocio oculto, que sólo tiene eficacia interna entre las partes. Por ejemplo: se transfiere la propiedad para fines de garantía. El negocio traslativo será válido; pero el acreedor deberá devolver la propiedad al deudor, cuando éste pague su deuda. Otro ejemplo: En México se ha usado mucho, para eludir la confiscación de los bienes de revolucionarios, que éstos pongan esos bienes a nombre de terceras personas, las que extienden una carta en que reconocen poseer los bienes por cuenta del fiduciante. Para los terceros, los propietarios aparentes serán verdaderos dueños, y la obligación de devolver sólo tendrán eficacia interna entre las partes.

Concluye dicho autor que: "Si el negocio fiduciario es atípico por definición, y el fideicomiso es un negocio típico, por principio queda excluida la equiparación. En el negocio fiduciario como vimos, los efectos del negocio aparente se destruyen por el negocio oculto: el fideicomiso es un negocio único, no compuesto de dos negocios, y cuyos efectos derivan del acto constitutivo o de la ley, no de relaciones internas y secretas, que en el fideicomiso deben considerarse prohibidas (art. 359 frac. I).

El trust anglosajón sí es un negocio fiduciario. Y una de las diferencias fundamentales entre el fideicomiso y el trust es, precisamente, que nuestro fideicomiso ha dejado la categoría de negocio fiduciario, para convertirse en negocio legal, típico."<sup>24</sup>

Otra crítica es la que realiza el doctor Octavio Hernández, al señalar que: el negocio fiduciario es negocio indirecto no tipificado por el derecho, integrado por un negocio jurídico manifiesto válido ante terceros, y otro negocio jurídico oculto, que responde a la verdadera finalidad perseguida por las partes, válido sólo entre ellas, negocios jurídicos cuyos efectos no coinciden, concluyendo el propio autor que *el negocio fiduciario es secreto, que persigue un fin ilícito y oculto, que no se haya reglamentado por el derecho y que en el mismo puede participar cualquier persona que es indirecta y atípica.*"<sup>25</sup>

Para terminar con este punto, se estima necesario transcribir las conclusiones a las que llega Barrera Graf el cual se considera es el autor más representativo de la postura del negocio fiduciario.

<sup>24</sup> Cervantes Ahumada, Raúl, Ob. cit. p. 290.

<sup>25</sup> Hernández, Octavio, citado por Acosta Romero Miguel, Op. cit., p. 174

Dicho autor concluye que el fideicomiso es un negocio fiduciario basándose en las siguientes consideraciones:

- a) Porque se trata de un negocio que atribuye a alguien un derecho patrimonial en interés de otro (que puede ser el fideicomitente o el fideicomisario), y a nombre propio. Existe pues, la doble relación: transmisión de bienes o derechos al fiduciario (relación real) y obligación asumida por dicho fiduciario de afectar a una determinada finalidad dichos bienes o derechos (relación obligatoria o personal);
- b) De parte del fiduciario, en medida mayor o menor, existe la potestad de abuso, sin que corresponda al fiduciante o al beneficiario (que en nuestra terminología se llama fideicomitente y fideicomisario) acción real de reivindicación;
- c) Derivado, como deriva el fideicomiso, del *trust* anglosajón, puede aceptarse que ésta ya sea en su origen meramente, a través del *use*, e incluso en la actualidad, corresponde al concepto del negocio fiduciario en los sistemas romanistas;
- d) Las objeciones de algunos autores de considerar el fideicomiso como negocio fiduciario, son insostenibles, como hemos demostrado antes. En otro estudio hemos tratado de demostrar, por un parte, que no hay impedimento para la adopción de los negocios fiduciarios en México, y por otra parte, que el *fideicomiso es precisamente un tipo de negocio fiduciario*;
- e) De no aceptarse la explicación del negocio fiduciario tendríamos que admitir que el fideicomiso es un negocio *sui generis*, lo cual no es decir nada, o que él plantea ese tipo especial de relación, no admitida en nuestro sistema y si en el anglosajón, en cuya virtud se opera un desdoblamiento de la propiedad, o sea, un tipo de propiedad especial que correspondería tanto al fiduciario como al fideicomitente o al fideicomisario; ahora bien, creemos que tal concepto es totalmente contrario a nuestros principios y está reñido con el carácter absoluto en cuanto unitario del concepto romano de propiedad;
- f) El fideicomiso es un negocio fiduciario y lo es tanto el testamentario como el contractual, tanto el fideicomiso estrictamente bilateral (en el que no hay fideicomisario, o en el que el fideicomisario es el propio fideicomitente), como aquel en que hay una estipulación a favor de tercero, o sea, el fideicomiso en que no coincidan fiduciario y beneficiario, ya sea que dicho tercero esté constituido por una persona cierta y determinada, o bien, por el público. En todas estas formas de fideicomiso se dan la traslación de la propiedad y la afectación, es decir, la doble relación; en todas interviene necesariamente el fiduciante, y el fiduciario;
- g) Por último, en toda forma de fideicomiso se constituye un patrimonio de afectación, destinado exclusivamente al cumplimiento de la finalidad

pactada, la cual se impone como obligación y como limitación al fiduciario, dueño de dicho patrimonio"<sup>26</sup>

**El fideicomiso como manifestación unilateral de la voluntad.** Esta teoría que es sustentada entre otros autores por el doctor Domínguez Martínez, quién como se recordará establece que el fideicomiso se constituye mediante un acto unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud de la cual éste destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito.

En virtud de que dicha corriente se basa en el acto unilateral de voluntad, se considera pertinente señalar en este momento, cual es el efecto jurídico de una declaración unilateral de voluntad.

Al respecto, señala Gutiérrez y González que la declaración unilateral de voluntad fue aceptada recientemente en el Derecho mexicano como una fuente especial de las obligaciones, y a la cual define como la **"EXTERIORIZACIÓN DE VOLUNTAD SANCIONADA POR LA LEY: A.- QUE IMPLICA PARA SU AUTOR LA NECESIDAD JURÍDICA DE CONSERVARSE EN APTITUD DE CUMPLIR, VOLUNTARIAMENTE, UNA PRESTACIÓN DE CARÁCTER PATRIMONIAL, PECUNIARIO O MORAL, EN FAVOR DE UNA PERSONA QUE EVENTUALMENTE PUEDE LLEGAR A EXISTIR, O SI YA EXISTE, ACEPTAR LA PRESTACIÓN OFRECIDA, O B.- CON LA CUAL HACE NACER A FAVOR DE UNA PERSONA DETERMINADA, UN DERECHO, SIN NECESIDAD DE QUE ESTA ACEPTE O FINALMENTE, C.- CON LA CUAL EXTINGUE PARA SI, UN DERECHO YA CREADO A SU FAVOR."**<sup>27</sup>

Independientemente que la doctrina no se ponga de acuerdo en establecer, si dicha declaración es una fuente general de las obligaciones, o bien, si es una fuente excepcional, el Código Civil para el Distrito Federal es el que señala como fuentes productoras de las obligaciones a las siguientes:

- a) El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio (artículo 1860 del Código Civil)
- b) El comprometerse a través de anuncios u ofrecimientos hechos al público de efectuar alguna prestación en favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio (artículo 1861 del Código Civil)
- c) En el caso en que existan concursos en que haya promesa de recompensa para los que llenaren ciertas condiciones, con fijación de un plazo (artículo 1866 del Código Civil)
- d) En la estipulación contractual en favor de tercero (artículo 1868 del Código Civil)

<sup>26</sup> Barrera Graf, Jorge, Estudios de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa S.A. México, 1958. p. 353.

<sup>27</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, Op, cit, p. 492.

Por otra parte, y no obstante que en el Código Civil se establece en forma limitativa, los supuestos que se pueden dar mediante una declaración unilateral de voluntad, resulta oportuno señalar que la doctrina tampoco se pone de acuerdo en este tema, toda vez que existen a su vez dos criterios que se contraponen, ya que por un lado sostienen algunos autores que las únicas manifestaciones unilaterales son las denominadas (las que regula el citado Código), y por otra parte, quienes sostienen que existen las declaraciones unilaterales innominadas (que son además de las señaladas por el Código, las que se refieren al acto positivo unilateral gratuito, la oferta libre a persona indeterminada y la promesa abstracta de deuda), dentro de esta corriente a la que pertenece Rojina Villegas.

Resulta también interesante señalar, que existen otros ordenamientos legales como lo es en materia mercantil que reconocen los efectos de la manifestación unilateral de la voluntad como se puede apreciar en el texto del artículo 213 de Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que dice a la letra:

"La emisión será hecha por declaración de voluntad de la sociedad emisora, que se hará constar en acta ante notario y se inscribirá en el Registro Público de la Propiedad que corresponda a la ubicación de los bienes, si en garantía de la emisión se constituye hipoteca, y en el Registro de Comercio del domicilio de la sociedad emisora, en todo caso."

Asimismo, el artículo 228 M., de esa misma Ley, señala respecto de los certificados de participación que:

"La emisión se hará previa declaración unilateral de voluntad de la sociedad emisora expresada en escritura pública, en la que se harán constar una serie de requisitos."

A la conclusión que llegan la mayoría de los tratadistas, es que en el sistema jurídico mexicano es reconocida expresamente la figura legal de la manifestación unilateral de la voluntad, ya que señala cuales son sus efectos, por lo que en este momento no se ha pretendido y consideramos que ni se pretenderá reconocer la existencia tácita de una declaración unilateral de voluntad.

Otro seguidor de esa doctrina es Cervantes Ahumada, quien reconoce que "el fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado.

El acto constitutivo de fideicomiso es siempre una declaración unilateral de voluntad. La ley dice que puede constituirse "por acto intervivos o por testamento" (art. 352), con tal de que conste siempre por escrito y se ajuste "a 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.”<sup>28</sup>

**Criticas.** Acosta Romero y Almazán Alaniz, señalan que: “En ninguno de los artículos que regulan al fideicomiso se utilizan las palabras “manifestación unilateral de voluntad del fideicomitente” a la que el sistema legal le reconozca el efecto de constituir el fideicomiso, de donde es dudoso deducir la conclusión, como lo afirma categóricamente el doctor Dominguez Martínez, de que el fideicomiso es una manifestación unilateral de voluntad del fideicomitente, pues ello no se desprende, ni de los antecedentes legales del fideicomiso en México, ni tampoco del pensamiento del legislador.”<sup>29</sup>

Por su parte, Dávalos Mejía considera que la tesis del maestro Cervantes Ahumada, que se basa en el “*animus fiducia*” para constituir el fideicomiso, queda en entre dicho en el caso en que si en vida una persona afectó en fideicomiso su patrimonio en favor de otra persona, y a su muerte el fiduciario designado, no acepta el compromiso, “el fideicomisario nunca lo sería y no recibirá nada, cuando menos no por la vía fiduciaria; la intención original del fideicomitente -el *animus fiducia*- quedaría reducida a simple intención impracticable y, entonces, para instrumentar la voluntad del *cujus* o los derechos del heredero, deberían llevarse a la vía sucesora civil.

En tal caso, una vez más, no pensamos que el fideicomiso se haya frustrado, sino que simplemente un fideicomiso no existió; de haber existido algo, con consecuencias jurídicas, hubiera sido sólo el primero de sus momentos indispensables (la *animus fiducia*), pero la causa del negocio (la *causa fiduciae*) no se hubiera materializado jamás. Recuérdese que en el derecho estadounidense el fideicomiso existe desde la declaratoria unilateral del fideicomitente, pero los efectos del negocio se retrotraen a ese momento desde que el fiduciario acepte el compromiso fiduciario (*causa fiduciae*), al paso que, si no acepta, los efectos también se retrotraen, pero al segundo inmediato anterior a aquel en que el fideicomitente haya declarado su voluntad, es decir, no hay fideicomiso. Disposición que, en efecto, no existe en derecho mexicano. Sin embargo, la opinión del ilustre jurista ha encontrado, una vez más, eco en múltiples tratadistas. Por nuestra parte, no somos coincidentes.....”<sup>30</sup>

Como se puede observar el *animus fiducia* es, en la presente teoría el requisito indispensable para que se perfeccione el fideicomiso, lo que ha sido muy cuestionable al igual que las demás teorías, como hemos visto en ninguno de los artículos que regulan al fideicomiso se señala en forma expresa, el concepto de manifestación unilateral de voluntad del fideicomitente, así como tampoco de los antecedentes legales del fideicomiso en México se desprende la intención del

<sup>28</sup> Cervantes Ahumada, Raúl, Op, cit p. 289.

<sup>29</sup> Acosta Romero, Miguel, (et al.), Ob, cit, p. 179.

<sup>30</sup> Dávalos Mejía, L. Carlos, Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, 2a. Edición, Editorial Harla, S.A. de C.V., México, 1998, p. 398.

legislador de considerar que el fideicomiso se constituye por manifestación unilateral de voluntad.

**El fideicomiso como teoría del contrato.** Ahora se señalará una de las teorías que se considera ha sido la más aceptada por los estudiosos del derecho, la del fideicomiso como contrato.

Rodolfo Batiza considera que: "Más que en construcciones de doctrina, el fideicomiso debe encuadrarse dentro de las categorías reconocidas por el derecho positivo. La lectura de la ley sustantiva revela claramente que la constitución del fideicomiso resulta en un vínculo, en relación legal que liga a las partes entre sí y de la cual derivan deberes y derechos recíprocos. Jurídicamente, el fideicomiso es una obligación.

Aunque el Código Civil se abstenga de definirla, dando su noción por supuesta, desde las Instituciones de Justiniano (año 533 d. J.) la obligación ha sido un concepto fundamental en el acervo jurídico de las naciones de tradición romanista. Pese a que no la define, el Código Civil, no obstante intitula el Libro Cuarto "De las obligaciones", subdividido así: Primera Parte "De las obligaciones en general"; Título Primero "Fuentes de las obligaciones"; Capítulo I "Contratos", y ofrece estas definiciones: "*Convenios es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones*" (art. 1792); "*Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos*" (art. 1793). De ahí se sigue que el fideicomiso constituido por acto entre vivos es la obligación jurídica resultante de un contrato."<sup>31</sup>

Por su parte, Acosta Romero y Almazán Alaniz, indica que el fideicomiso se puede encuadrar como un acto jurídico, ya que es la expresión de voluntad de dos o más personas para crear, transmitir, reconocer, declarar, modificar o extinguir, derechos y obligaciones.

Agrega, que dentro de las especies de actos jurídicos, el Código Civil, en los artículos 1792 y 1793, define al convenio como el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y, que los convenios que producen o transfieren obligaciones o derechos toman el nombre de contratos, por lo que basándose en dicho razonamiento, califican al fideicomiso mexicano como contrato, ya que al existir una relación jurídica entre dos o más personas, como lo es el fideicomitente y la institución fiduciaria; y en dicha relación se establecen derechos y obligaciones entre ambas partes, invariablemente se está en presencia de un contrato y, por lo tanto, no puede concebirse al fideicomiso como una manifestación unilateral de voluntad.

Añade, que independientemente de que el contrato sea bilateral o plurilateral, o bien si tiene las características de que es una operación de crédito o

<sup>31</sup> Batiza, Rodolfo, Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria, 2a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985, p. 39.

un contrato bancario, son cuestiones que no afectan su naturaleza de contrato, pero aclara que no es un contrato tipo, ni uniforme, ni inmutable, por lo que se presta a que la doctrina divague al momento de precisarlo, ya que es tan amplio y abarca tantas posibilidades que entraña a su vez, una serie de actos de administración, de dominio, de pleitos y cobranzas que debe desempeñar el fiduciario, pues no siempre el contrato de fideicomiso es simple, sino que a veces su complejidad es mucha por la característica de su gran flexibilidad, por eso se debe entender como uno de los pocos contratos que aún se redactan y se discuten entre las partes y cuya gama de posibilidades para establecer derechos y obligaciones es enorme.<sup>32</sup>

Como se ha podido observar existen una gran variedad de teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, ya hemos expuesto brevemente algunas de ellas. Se estima que la teoría del contrato es la mejor estructurada jurídicamente, partiendo que nace del acto jurídico que regula la doctrina francesa, y que es la raíz de nuestro derecho y aún cuando en este punto no podemos aportar nada, se considera que es preocupante que los estudiosos del derecho no se hayan puesto de acuerdo al respecto y considerando que pasará mucho tiempo para que algún día lleguen a una conclusión, reiteramos lo que se señaló al inicio de este tema: para la ley, la jurisprudencia y la doctrina mexicana, es un problema irresoluto consensualmente.

Para concluir este punto, señalaremos algunas opiniones que la Suprema Corte de la Nación ha sostenido respecto a la naturaleza del fideicomiso:

#### FIDEICOMISO, NATURALEZA DEL.

Localización	
Instancia:	Pleno
Fuente:	Semanario Judicial de la Federación
Época:	7A
Volumen:	205-216
Parte:	Primera
Página:	52

Texto:

**El fideicomiso es un negocio jurídico** por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el contrato respectivo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria para la realización de un fin determinado.

#### FIDEICOMISO, NATURALEZA DEL.

Localización	
Instancia:	Sala Auxiliar
Fuente:	Semanario Judicial de la Federación
Época:	7A
Volumen:	21

<sup>32</sup> Acosta Romero. Miguel. (et. al.) Ob, cit. p 188

Parte: Séptima  
 Página: 39

**Texto:**

Como negocio típico distinto de otros negocios, el fideicomiso aparece regulado en la legislación mexicana en mil novecientos treinta y dos, al entrar en vigor la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Anteriormente, fue introducido en la Ley de Instituciones de Crédito de mil novecientos veinticuatro, la cual hizo referencia a él sin reglamentarlo, y la Ley sobre la misma materia, de mil novecientos veintiséis, lo considero como un mandato irrevocable. Su antecedente inmediato es el trust norteamericano, cuya institución en un aspecto jurídico ha sido definida como una obligación de equidad, por la que una persona llamada trustee (fiduciario), debe usar una propiedad sometida a su control (que es nombrada trust property), para el beneficio de personas llamadas cestui que trustee. Dicho antecedente fue adoptado parcialmente por el legislador mexicano, de acuerdo con nuestro medio, aun cuando en rigor estructura una institución completamente diversa al trust, y la instituyo como una operación exclusivamente bancaria, en atención a la solvencia de los bancos y a la vigilancia que sobre ellos ejerce el estado. Atendiendo a su naturaleza jurídica, mediante el fideicomiso, según el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de este fin a una institución fiduciaria. Y conforme al artículo 351 de la misma Ley, los bienes que se den en fideicomiso se consideran afectados al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieren, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente; los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por los terceros. Por lo tanto, puede establecerse que el fideicomiso es un **negocio jurídico** en virtud del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado. Dicho patrimonio es autónomo porque es distinto a los patrimonios propios de quienes intervienen en el fideicomiso (fideicomitente, fiduciario, fideicomisario). A ninguno de ellos tres puede ser atribuible el patrimonio constituido por los bienes fideicomitados, ya que debe entenderse que se trata de un patrimonio afectado a un fin determinado. El fiduciario es titular, pero no propietario de los bienes afectados (no obstante que, si se trata de inmuebles, deben transmitírsele en la misma forma en que se trámite la propiedad de los mismos), y según el artículo 356 de la Ley en referencia, tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al afecto, al constituirse el mismo, y deberá obrar siempre como buen padre de familia siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.

**FIDEICOMISO, NATURALEZA DEL.**

Localización  
 Instancia: Tercera Sala  
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación  
 Época: 5A  
 Tomo: CV  
 Página: 52

Texto:

**El fideicomiso es traslativo de dominio, ya que por virtud del contrato, el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre el bien que es su objeto, acciones y derechos que se transfieren a la institución fiduciaria, para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito que le es encomendado; es decir, se substituye en el derecho pleno de administrar y disponer que, antes del contrato, correspondía al dueño del bien afectado, atenta la restricción de esos derechos, limitada tan sólo por aquellos adquiridos con anterioridad a la constitución del fideicomiso. En estos términos, constituido el fideicomiso sin reserva alguna e inscrito en el Registro de la Propiedad, el contrato surte efectos y consiguientemente, el fideicomitente, a menos de desnaturalizar la esencia del fideicomiso y violando el pacto, ya no puede ejercer sobre el bien afectado, actos de administración ni derechos de libre disposición ni consiguientemente, imponer nuevos gravámenes a favor de terceros; y el desconocimiento de los derechos que adquiere la institución fiduciaria y los que le corresponden por su inscripción en el Registro de la Propiedad, es fuente de violación de garantías. Ahora bien, el registro, aunque se haga en fecha posterior a la de la presentación, surte efectos desde ésta, y el registro que se haga de algún gravamen en favor de tercero, después de la fecha de la presentación para registrar el contrato de fideicomiso, es indebida.**

Durante los últimos 20 años, la Suprema Corte se ha referido al fideicomiso como un contrato, sin embargo, también en ocasiones ha utilizado dos conceptos diferentes uno como acto jurídico y otro como negocio jurídico, sin que exista contradicción, ya que en ambos casos, sus soluciones han sido situacionales, es decir, en función del caso concreto planteado ante la Corte.

Se considera a manera de conclusión sobre la naturaleza del fideicomiso, que se esta en presencia de un contrato mediante el cual se afecta un patrimonio a un fin, y para lograr ese fin se confía a una institución fiduciaria.

Ya se han expuesto algunas de las teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, por lo que se debe en este momento señalar o definir el concepto legal de dicha figura.

## 1.6. CONCEPTO LEGAL DEL FIDEICOMISO

En el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se encuentra contenido el concepto legal de fideicomiso, al señalar que "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria."

Dicho concepto para algunos autores, es una versión modificada del enunciado que se señalaba en la Exposición de motivos de la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932.

El artículo referido tiene una serie de interpretaciones, entre las cuales se efectuarán una serie de comentarios a dicho texto.

El artículo 346, al iniciar con la frase, "En virtud del fideicomiso", se desprende que el propósito del legislador fue el enunciar lo que sucede cuando nace jurídicamente esa figura legal.

Por lo que al leer la parte siguiente de ese precepto "el fideicomitente destina ciertos bienes", se encuentra el primer elemento personal que compone dicha figura, como es el fideicomitente, y en segundo lugar se describe una acción de hacer, como lo es el transmitir bienes, o derechos.

Por lo que respecta a la parte que indica: "a un fin lícito y determinado", se entiende que los bienes objeto del fideicomiso deben destinarse a un objetivo que no este fuera de la regulación de la Ley, y además debe encontrarse dentro del comercio, a este respecto abunda el segundo párrafo del artículo 351, de esa Ley, que dice: "Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la Ley sean estrictamente personales de su titular."

Agrega este último artículo, que "los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afecto al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto de ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran,.....", esto último plantea otra problemática adicional, como lo es el hecho de saber si hay o no de una transmisión de bienes.

A ese respecto, algunos autores han querido ver el efecto traslativo de dominio, en la segunda parte del artículo 352 de la aludida Ley, toda vez que dicho precepto indica que "La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso." Lo que para otros autores al aplicar estrictamente la interpretación de dicho artículo, consideran que lo único que se regula es una cuestión de forma, es decir, si la constitución de un fideicomiso debe otorgarse en instrumento privado o en escritura pública.

Continuando con el análisis de la redacción del citado texto, se encuentra la frase "a un fin lícito determinado", es decir, que el objeto que se persigue a través del fideicomiso, necesariamente es la de buscar un fin que conforme a derecho le produzca beneficios para sí mismo o para un tercero.

Siguiendo el orden en que se encuentra la redacción de dicho artículo, esta la frase "encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria", como se puede observar quien debe concretar materialmente el objetivo del fideicomiso, no lo es físicamente el propio fideicomitente, sino que éste deberá entregar los bienes objeto del fideicomiso a una institución de crédito autorizada para desarrollar la función de fiduciaria, misma que aún y cuando no lo indique

expresamente ese artículo, será necesario que dé su consentimiento o aceptación poder efectuar el cargo que se le encomienda.

Sánchez Sodi, indica al respecto que: "pensamos que para la constitución de un fideicomiso se requiere no sólo la voluntad del fideicomitente de dar determinados bienes para un fin lícito y determinado, también se requiere de la participación del fiduciario, pues éste no puede ni debe faltar en todo fideicomiso, así, el artículo 350 de la LGTOC, otorga la facultad a la institución fiduciaria de aceptar o no su participación en el fideicomiso, en consecuencia, el fideicomiso no puede ser un acto unilateral de la voluntad, en virtud de que requiere de la concurrencia de otra voluntad (institución autorizada por la ley para desempeñar el cargo de fiduciario). Consideramos que la posibilidad de constituir un fideicomiso mediante una declaración unilateral de la voluntad y posteriormente crear el contrato bilateral que lo ejecute es inoperante.

Del razonamiento anterior se derivan diversas concepciones; es posible separar la constitución del fideicomiso del acto de ejecución, ¿qué aplicación práctica tendría un fideicomiso que no ha sido ejecutado?; en lo particular creemos que el fideicomiso es un contrato bilateral y sinalagmático, pues su constitución crea obligaciones y derechos recíprocos para las partes, la fiduciaria tendrá la obligación de destinar los bienes para el fin lícito y determinado que ha creado un fideicomiso específico, por otro lado tiene el derecho de cobrar honorarios fiduciarios, responder al saneamiento para el caso de evicción, etc., además de los derechos de nombrar fideicomisario, designar a la fiduciaria, nombrar al comité técnico, recibir los remanentes, etc., estos son ejemplos de algunos derechos y obligaciones existentes entre el fideicomitente y fiduciario, los cuales al ser recíprocos con derechos nacidos de la propia ley y del contrato, hacen del fideicomiso un contrato bilateral sinalagmático."<sup>33</sup>

Como se ha podido observar, aún el concepto legal ha creado desconcierto tanto a la doctrina, como a la jurisprudencia de los tribunales, máxime si la mencionada Suprema Corte, en el primer amparo que resolvió en 1937 en materia de fideicomiso, contradujo su propia tesis, al sostener que "aun cuando el fideicomiso no es lo mismo que el mandato, el fiduciario sólo tiene facultades de mero administrador".

Para concluir este punto, resulta importante señalar la opinión de Rodolfo Batiza, quien considera que no es la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, como tampoco lo es la legislación mercantil, la vía adecuada para regular el régimen de la propiedad que se presenta en el fideicomiso, ya que rebasa sus respectivos marcos legales, debiendo por consiguiente corresponder al Código Civil, dicha regulación, concluyendo que "Una vez establecidas en éste las bases de la "propiedad fiduciaria", concepto admitido por la Suprema Corte, al lado de los derechos reales ya reconocidos, no habrá ninguna necesidad, para

<sup>33</sup> Sánchez Sodi, Horacio, El Fideicomiso en México, Editorial Greca Editores. S.A. de C.V., México, 1996, p. 32.

caracterizar el mecanismo especial del fideicomiso y al derecho de naturaleza especial que transfiere, de emplear vocablos sin contenido definido, tales como el de titularidad<sup>34</sup>.

La postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto del concepto de fideicomiso, es la siguiente:

#### FIDEICOMISO, CONCEPTO DE.

Localización	
Instancia:	Sala Auxiliar
Fuente:	Semanario Judicial de la Federación
Epoca:	7A
Volumen:	97-102
Parte:	Séptima
Página:	71

Texto:

El fideicomiso es un acto jurídico que debe constar por escrito, y por el cual una persona denominada fideicomitente destina uno o varios bienes a un fin lícito determinado, en beneficio de otra persona llamada fideicomisario, encomendando su realización a una institución bancaria llamada fiduciaria, recibiendo ésta la titularidad de los bienes, únicamente con las limitaciones de los derechos adquiridos con anterioridad a la constitución del mismo fideicomiso, por las partes o por terceros, y con las que expresamente se reserve el fideicomitente y las que para él se deriven del propio fideicomiso. De otro lado, la institución bancaria adquiere los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fin, y la obligación de sólo dedicarlos al objetivo que se establezca al respecto, debiendo devolver los que se encuentran en su poder al extinguirse el fideicomiso, salvo pacto válido en sentido diverso.

#### 1.6.1. Elementos Personales del Fideicomiso

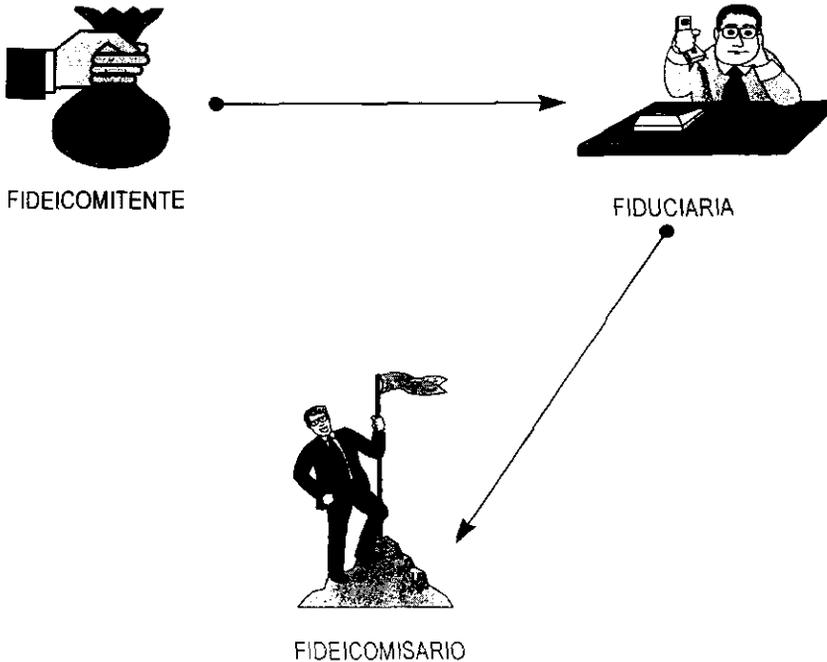
Debe iniciarse este punto con una pregunta, ¿Quiénes intervienen en el fideicomiso?.

De la redacción de los artículos 346, y 347 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se concluye que son tres los elementos personales que se dan en el fideicomiso;

- Fideicomitente; es la persona física o jurídica que detenta la propiedad de los bienes o derechos, y que los dará en fideicomiso
- Fiduciaria; que es quien recibe la propiedad de los aludidos bienes o derechos con la finalidad de destinarlos al objetivo acordado; y

<sup>34</sup> Batiza, Rodolfo, Op. cit. p. 38.

- Fideicomisario; es quien recibe el beneficio del fideicomiso y que aún y cuando algunos autores consideran que no es una figura importante, para efectos fiscales sí lo es.



Como se ha venido realizando en los demás puntos ya tratados, se analizará cada uno de los elementos personales que intervienen en el fideicomiso.

### 1.6.2. El Fideicomitente

El Dr. Luis Muñoz define al fideicomitente como “la parte negocial que mediante declaración unilateral de contenido volitivo que no es negocio autónomo, sino fracción de negocio, presta su asentamiento a las cláusulas generales y condiciones *iuris* del fideicomiso, constituyendo un patrimonio separado en propiedad fiduciaria, cuando el fiduciario presta su aceptación negocial; el fideicomitente invita al fideicomisario a negociar, salvo que el propio fideicomitente sea también fideicomisario.”<sup>55</sup>

Como se podrá observar el fideicomitente es el primer elemento constitutivo de la figura del fideicomiso, sin embargo, y paradójicamente, la Ley General de

<sup>55</sup> Muñoz, Luis, El fideicomiso, 2a. Edición, Editorial Cárdenas. México. 1980, p. 441.

Titulos y Operaciones de Crédito, no establece ninguna definición respecto de los elementos personales que participan en dicha figura.

Ahora bien, una vez que contamos con el concepto de lo que se debe entender por fideicomitente, el siguiente paso será intentar precisar quienes pueden ser fideicomitentes en el Derecho Mexicano, y es el propio contenido del artículo 349 de la antes referida Ley General Títulos y Operaciones de Crédito, el que nos señala que:

*Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trata de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designan.*

Del análisis de los elementos que integran dicho concepto, la mayoría de los autores coinciden en establecer en primer lugar, que pueden ser fideicomitentes, las personas físicas o jurídicas (respecto al término de jurídicas, también coinciden los autores en que debería señalarse de manera correcta que son las persona morales, esto por la referencia que así se hace en el artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal); en segundo lugar, se establece como requisito que el fideicomitente tenga la capacidad de ejercicio suficiente para celebrar el contrato de fideicomiso, por lo que, no podrán ser fideicomitentes los menores de edad y los incapacitados.

Una opinión diferente es la de Dávalos Mejía, al considerar lo siguiente:

"uno de los requisitos del objeto fiduciario -los bienes- es que quien los transmite debe tener la *habilidad* jurídica que se requiere para realizar la transmisión. En efecto, el art. 349 LGTOC señala que

*sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas - léase morales - que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica;*

dispositivo que, como vimos, incurrió en un error legislativo consistente en que debió utilizar el concepto *habilidad jurídica* y no el género *capacidad*, por ser en el asunto más estricto y consecuentemente más claro, ya que hay personas que tienen plena capacidad y más aun capacidades legales específicas (albacea, síndico, etc.), que sin embargo no tienen la *habilidad jurídica* para transmitir.

Entonces, sólo puede ser fideicomitente la persona física o moral que tenga la capacidad, no de ejercicio general en materia mercantil a que nos hemos referido en otros contratos mercantiles, sino la necesidad para afectar los bienes

que el fideicomiso implique, es decir, la *habilidad* de disposición del derecho a transmitir.<sup>36</sup>

Como se ha podido observar, este autor le da una interpretación diferente al referido artículo, sin embargo se considera que la interpretación correcta que debe dársele a dicho precepto legal, es la que le dan la mayoría de los autores a dicho precepto legal, es decir, se debe contar con la capacidad jurídica a que se refiere el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal.

Asimismo, para poder ser fideicomitente necesariamente se debe tener la titularidad de los bienes o derechos sobre lo que se va a efectuar la afectación del fideicomiso.

Finalmente, las autoridades judiciales o administrativas también pueden ser fideicomitentes, sin embargo, al respecto señala Rodolfo Batiza, que "Debe notarse un error técnico al enunciar los propósitos para los cuales dichas autoridades pueden poseer bienes que, como fideicomitentes, están autorizadas para afectar en fideicomiso. Con la única posible salvedad del caso de la enajenación, todos los demás propósitos, o sea la guarda, conservación, administración, liquidación y reparto, son jurídicamente insuficientes para permitir la constitución de un fideicomiso, teniendo en cuenta que para ello es condición indispensable (por producir el fideicomiso una transmisión de bienes a favor del fiduciario) que el fideicomitente goce de la facultad de disposición sobre las cosa. Es indudable que en las hipótesis anteriores, con la excepción apuntada, no puede existir dicha facultad. Nuestra afirmación se circunscribe al precepto que comentamos, sin que pretendamos darle el alcance general de que las autoridades judiciales o administrativas no puedan tener el carácter de fideicomitentes, puesto que podrán serlo con respecto a aquellos bienes cuya disposición les corresponda a la ley. Las situaciones antes descritas encuentran cabida más adecuada dentro de los actos en representación o por cuenta de terceros, entre los cuales figuran de modo expreso."<sup>37</sup>

Una vez que se ha definido lo que es el fideicomitente, resulta necesario señalar algunas de las facultades o derechos que tiene dicha persona dentro del fideicomiso:

- **Reserva de derechos.** El fideicomitente posee la facultad de reservarse ciertos derechos, esto con base en el segundo párrafo del artículo 351, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual señala, que:

".....salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo, o los adquiridos legalmente

<sup>36</sup> Dávalos Mejía, L. Carlos. Op, cit. p. 899.

<sup>37</sup> Batiza, Rodolfo, Op, cit. p. 47.

respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros”.

- **Fideicomiso sin señalar fideicomisario.** Otro derecho en favor del fideicomitente, es el que se establece en el artículo 347 de la referida Ley, y que a la letra dice: “**El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario**, siempre que su fin sea lícito y determinado.”
- **Designación de varios fideicomisarios.** Asimismo, puede el fideicomitente conforme al artículo 348, segundo párrafo de la citada Ley, designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 359, y la cual señala que están prohibidos entre otros fideicomisos, “**Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente.**”
- **Designación de varios fiduciarios.** En el tercer párrafo del artículo 350 de la propia Ley, se señala que el fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse. Sin embargo, en dicha Ley **no se establece un límite de fiduciarias**, lo que para algunos autores resulta lógico que no se señale un número determinado de fiduciarias, toda vez, que se deben designar las instituciones fiduciarias correctas para efectos de contar con un buen manejo del fideicomiso.
- **Revocación del fideicomiso.** El **fideicomitente** cuenta también con la facultad de reservarse el derecho de revocar el fideicomiso conforme a lo establecido en la fracción VI, del artículo 357.
- **Modificación del fideicomiso.** Consideran algunos autores que el fideicomitente podrá modificar o reformar el fideicomiso, partiendo de la interpretación que le dan a los artículos 80, tercer párrafo y 84, segundo párrafo, de Ley de Instituciones de Crédito, esto siempre y cuando se reserve expresamente el derecho. Sin embargo, se presenta un problema práctico como lo es el que al ser modificado el fideicomiso, se vean afectados los intereses del fideicomisario, supuesto que no contempla la ley y por lo tanto no se establece nada al respecto.

Por otra parte, al existir fideicomisario determinado o cuando éste sea incapaz, el fideicomitente deberá obtener el consentimiento de aquél que ejerza la patria potestad, del tutor o del Ministerio Público, según

sea el caso. Por lo tanto, el único caso en el que el fideicomitente puede modificar libremente el fideicomiso es cuando éste es constituido sin señalar fideicomisario y este aún no haya sido designado.

- **Remoción del fiduciario.** Uno de los derechos importantes con que cuenta el fideicomitente es el que le otorga el artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito, y que le da el derecho de remover al fiduciario (institución de crédito) cuando esta, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días hábiles, o cuando sea declarada por sentencia ejecutoria, culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso.
- **Nombramiento del Comité Técnico.** Finalmente, debe mencionarse que en el tercer párrafo del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, establece que: "En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades". Por lo que, aún y cuando no se señala de manera expresa que el fideicomitente debe establecer dicho comité, resulta lógico pensar que por ser éste el creador del fideicomiso debe ser quién nombre a los integrantes del multicitado comité.

#### **Obligaciones del fideicomitente.**

- **Transmisión de bienes.** El fideicomitente tiene la obligación más importante, como tal como lo señala el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y que a la letra dice: "En virtud del fideicomiso, **el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado**, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria", de donde resulta que dicho fideicomitente deberá transmitir la propiedad de sus bienes, es decir, se obliga a aportar parte de su patrimonio o derechos para constituir uno nuevo, autónomo del primero y de cualquier otro.
- **Pago de honorarios.** Normalmente se considera que es el fideicomitente quien efectúa el pago de los honorarios al fiduciario, en virtud de que es él, quien tiene un interés determinado para utilizar la figura del fideicomiso, por lo que con relación a dicho interés, deberá efectuar los gastos necesarios que la constitución del fideicomiso le ocasione
- **Saneamiento para el caso de evicción.** Asimismo, tratándose de fideicomisos onerosos, el fideicomitente siempre deberá responder del saneamiento en los casos de evicción, en virtud de que el fideicomitente tiene la imperiosa necesidad de garantizar que los bienes inmuebles que aporte para formar el patrimonio fiduciario, deben estar

libres de gravamen, de conformidad con lo señalado por los artículos 2119 y 2120 del Código Civil para el Distrito Federal, pero tratándose de fideicomisos gratuitos, el fideicomitente sólo responderá de dicho saneamiento, si se hubiera obligado expresamente a responder por ello.

### 1.6.3. El Fiduciario

Con relación a esta figura el autor Rodríguez Ruiz señala que: "El fiduciario es el administrador del patrimonio que constituye el objeto o materia del Fideicomiso. Suele también llamársele ejecutor del Fideicomiso dada su naturaleza de "propietario fiduciario" de ese patrimonio, pues lo es, si bien en forma temporal y tan sólo para realizar con ese patrimonio llamado también capital o principal, la finalidad o el propósito o propósitos deseados por el fideicomitente.

En nuestro medio bancario sólo pueden ser fiduciarias las instituciones de crédito; por esta razón alguien ha dicho con acierto que....."un fiduciario es un banco dentro de otro banco....."<sup>38</sup>

En el derecho mexicano, y partiendo de lo establecido por el artículo 350 de la mencionada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley de Instituciones de Crédito, siendo éste último ordenamiento el que indica en su artículo 2o., que el servicio de banca y crédito sólo podrá ser prestado por las instituciones de crédito de banca múltiple, y por las de banca de desarrollo.

De lo referido, se concluye que no podrán ser fiduciarias las personas físicas, pero sí las morales que sean constituidas en forma de instituciones de crédito, de seguros, de fianzas o casa de bolsa, conforme a sus leyes respectivas. Cabe aclarar al respecto, que existen personas morales diversas a las señaladas, que pueden actuar como fiduciarias, como lo son el Patronato del Ahorro Nacional y el Banco de México.

En el caso del fiduciario, la designación es hecha por el fideicomitente, no obstante que el propio artículo 350, ya aludido, establece que, en el caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario o, en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la ley.

Es importante señalar, que el artículo 356 de la referida Ley, establece que las instituciones de crédito no pueden excusarse o renunciar a su encargo sino por causas graves a juicio del juez de primera instancia del lugar de su domicilio.

<sup>38</sup> Rodríguez Ruiz, Raúl. **El fideicomiso**. Ediciones Contables y Administrativas, S.A., México, 1990, p.65.

En el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se indica que la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo; estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo; y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa, invariablemente los derechos y las obligaciones se señalan en el contrato de fideicomiso.

Se considera necesario señalar algunas de las obligaciones más importantes que tiene el fiduciario, como son:

- Cumplir conforme a lo pactado en el acto constitutivo del fideicomiso (artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito)
- Tratándose de bienes inmuebles, el fiduciario deberá vigilar que la aportación hecha en ese tipo de bienes, sea inscrita en el Registro Público de la Propiedad, o bien solicitar la inscripción ante el Registro Nacional de inversiones Extranjeras, conforme al artículo 32 de la Ley de Inversión Extranjera, de igual forma deberá inscribir en el Registro Federal de Contribuyentes, presentar avisos y manifestaciones. Asimismo, de conformidad con el artículo 79 de la Ley de Instituciones de Crédito, deberá llevar contabilidad especial por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos.
- De conformidad con lo establecido por el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la fiduciaria será la responsable de las pérdidas o menoscabo que los bienes sufran por su culpa. Respecto del pago de impuestos, en la práctica rara vez, las fiduciarias aceptan encargarse de gestionar por sí mismas los pagos de dichos conceptos.
- La función que lleva a cabo el fiduciario por virtud del fideicomiso, es indelegable.
- De conformidad con lo que establece el artículo 118 de la Ley de Instituciones de Crédito, fuera de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria, la violación del secreto propio de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de la invocada Ley de Instituciones de Crédito, incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que no sean aquellos entablados por el fideicomitente o fideicomisario, comitente o mandante, contra la institución o viceversa, constituirá a ésta en

responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes.

- En relación con la defensa de los bienes fideicomitidos, aún y cuando no existe obligación expresa en las leyes que regulan dicha figura, se debe establecer en el contrato que a la fiduciaria le corresponde promover y defender acciones judiciales, en relación con dichos bienes.
- En los casos en que existan acciones de sociedades como parte del patrimonio fideicomitado, la fiduciaria tiene la obligación de ejercitar el derecho de voto, en virtud de que él mismo se convierte en el titular de tales acciones.
- Finalmente, y de conformidad con las diversas leyes fiscales, el fiduciario tendrá la obligación de retener los impuestos correspondientes a aquellas personas con que contrate.

**Prohibiciones.** En la fracción XIX del artículo 106 de la Ley de Instituciones de Crédito, se establecen entre otras prohibiciones que las instituciones de crédito;

- a) No podrán celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, excepto cuando el Banco de México autorice, mediante disposiciones de carácter general, la realización de determinadas operaciones que no impliquen un conflicto de intereses.  
En este sentido, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público autorizó a las sociedades nacionales de crédito a efectuar operaciones pasivas con ellas mismas, con los recursos a invertir en cumplimiento de fideicomisos. Las inversiones deberían ser en instrumentos de la mayor rentabilidad ofrecidas al público en general por las propias instituciones, y siempre que dicha operación no implicara un conflicto de intereses.
- b) Deberá responder a los fideicomitentes, del incumplimiento de los deudores, por los créditos que se otorguen o de los emisores, por los valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.
- c) Si al término del fideicomiso constituido para el otorgamiento de créditos, éstos no hubieren sido liquidados por los deudores, la institución deberá transferirlos al fideicomitente o fideicomisario, según el caso, absteniéndose de cubrir su importe, cualquier pacto contrario a lo dispuesto anteriormente, no producirá efecto legal alguno.

- d) No puede utilizar los fondos o valores de los fideicomisos, destinados al otorgamiento de créditos, y en los cuales la fiduciaria tiene la facultad discrecional, de otorgarlos, y que de otorgarlos los mismos sirvan para realizar operaciones de las cuales resulten o puedan resultar deudores sus delegados fiduciarios; los empleados o funcionarios de la institución; los auditores externos de la institución; los miembros del comité técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de las personas citadas, o las mismas instituciones.
- e) No pueden administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, o legatarios, o para pagar una obligación o para garantizar su cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos, y sin que en estos casos la adquisición exceda del plazo de dos años.

Además de las prohibiciones referidas se encuentran otras en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como lo son las que señala el artículo 359, en donde la fiduciaria no puede contratar fideicomisos secretos; tampoco puede contratar fideicomisos mediante los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente; no le es permitido contratar fideicomisos cuya duración sea mayor de 30 años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de 30 años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tenga fines de lucro.

#### **1.6.4. Fideicomisario**

El primer párrafo del artículo 348, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala que, pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica, de donde se desprende, que el fideicomisario es la persona física o moral que recibe los beneficios del fideicomiso

A través de la figura del fideicomiso se busca obtener beneficios en favor del fideicomisario, por lo que es común la transmisión de bienes a personas físicas, las cuales para recibir ese beneficio deberán tener la capacidad legal para poder adquirirlos, en caso de que no se tenga esa capacidad, es el segundo párrafo del artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el que señala, que cuando no exista fideicomisario determinado o cuando éste sea incapaz, los derechos a que se refiere el primer párrafo del mismo artículo, corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público, según sea el caso.

Sin embargo resulta conveniente aclarar respecto de la capacidad, que existen casos en los que determinadas personas o sector de personas no pueden ser fideicomisarias, como lo son; los extranjeros en fideicomisos que recaiga sobre bienes o acciones de una empresa cuyo objeto social esté considerado de las áreas estratégicas, o en las actividades económicas y sociedades que se mencionan en el artículo 6o. de la Ley de Inversión Extranjera.

Asimismo, sobre la base de lo señalado en la fracción I, del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los extranjeros por ningún motivo podrán adquirir en una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, el dominio directo sobre tierras y aguas, resultando por consecuencia, que los extranjeros no podrán adquirir tal propiedad o dominio directo mediante un fideicomiso en el que tengan el carácter de fideicomisarios.

Tampoco pueden ser fideicomisarias, las asociaciones religiosas, cualquiera que sea su credo, no podrán en ningún caso, tener capacidad para adquirir, poseer o administrar bienes raíces, ni capitales impuestos sobre ellos; esto en base en lo establecido por los artículos 27 fracción II, y 130 de la aludida Constitución.

Resulta importante señalar que el propio fiduciario, con base en lo referido por el artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no puede constituir un fideicomiso en su favor, con la excepción de los fideicomisos de garantía, de donde se desprende que son nulos aquellos fideicomisos en los que, al constituirse se designe a una misma institución de crédito para que simultáneamente y en el mismo negocio, tenga el cargo de fiduciaria y el carácter de fideicomisario, el objeto de tal prohibición se realice a fin de evitar posibles presiones y abusos contra el fideicomitente.

Como lo señalamos al principio de este punto, existen autores que han exteriorizado que el fideicomisario no es un elemento esencial del fideicomiso, en virtud que pueden existir fideicomisos sin fideicomisarios, tal como lo establece el artículo 347 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al indicar que el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado.

Al respecto, se considera que si bien es cierto que el fideicomiso es válido aún sin señalar fideicomisario, también lo es que necesariamente alguien debe recibir los beneficios del objeto del fideicomiso, que se estima será el fideicomisario, no obstante que no este determinado, o no se haya señalado, o bien él fideicomitente sea fideicomisario a la vez.

Conforme al primer párrafo del artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria.

Por otra parte, y conforme a ese mismo artículo, el fideicomisario cuenta con el derecho de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan, como el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.

Cuando el fideicomiso se constituya como irrevocable por el fideicomitente, el fideicomisario podrá efectuar las modificaciones que estime pertinentes, con excepción de los fideicomisos en los que en forma expresa se hubiere señalado la prohibición en ese sentido.

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

Finalmente, un derecho importante que se puede pactar en el fideicomiso que el fideicomisario puede dar por terminado anticipadamente el mismo, siempre que no se afecten intereses de terceros ni se imposibilite la obtención del fin.

Dependerá del tipo de fideicomiso que se constituya, en los casos en que el fideicomisario tenga únicamente el derecho de recibir los beneficios del fideicomiso, no tiene obligaciones a su cargo, sólo las tendrá cuando se pacten en el contrato, como puede ser la de pagar los honorarios de la institución fiduciaria.

Ahora bien, puede ser que se pacte en los fideicomisos que mediante acuerdo expreso del fideicomitente y el fideicomisario, se establezca contraprestación en favor del fideicomitente, o bien, se pacte que se concederá el uso y goce de dichos bienes por fideicomisario, o establecer una compensación para el fideicomitente por la enajenación efectuada en provecho del fideicomisario.

Una vez que se han analizado los elementos personales del fideicomiso, se considera conveniente hacer una comparación de dichos elementos con los que intervienen en el trust norteamericano, por lo que a continuación presentamos el siguiente cuadro:

TRUST NORTEAMERICANO	FIDEICOMISO MEXICANO
⇒ El <b>Settlor, Creator o Trustor</b> otorga la posesión de determinados bienes al <b>Trustee</b>	⇒ El <b>Fideicomitente</b> destina ciertos bienes a un fin determinado al <b>Fiduciario</b>
⇒ El <b>Trustee</b> maneja dichos bienes en beneficio de un tercero denominado <b>Cestui que trust</b> .	⇒ El <b>Fiduciario</b> para que los maneje en beneficio de un tercero denominado <b>Fideicomisario</b>
⇒ El <b>Cestui que trust</b> es quien recibe los beneficios del trust.	⇒ El <b>Fideicomisario</b> es quien recibe los beneficios del fideicomiso.

Como se podrá observar hay gran similitud entre dichas figuras al menos respecto de los elementos personales.

### 1.6.5. Comité Técnico

El Comité Técnico en el fideicomiso fue contemplado por la Ley Bancaria de 1941, al señalar en el último párrafo, de la fracción IV, del artículo 45, que en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas que requieran el consentimiento del fideicomisario, si lo hubiere, podrán los fideicomitentes prever la formación de un Comité Técnico o de distribución de fondos, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad.

Texto que actualmente encontraremos en el último párrafo, del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, y que señala en forma expresa lo siguiente:

"En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad."

¿Cuál es la finalidad del Comité Técnico?

Su fin consiste en otorgar la facultad discrecional al fideicomitente, de participar directamente en la conducción del fideicomiso, lo que significa que puede incluir las normas del fideicomiso que quiera, lo que podría en la práctica crear conflictos con las funciones que realiza el fiduciario, ya que al ser este el responsable de llevar a cabo la buena función del fideicomiso, no podría dejar la decisión al fideicomitente en muchos aspectos que son fundamentales, de donde es una obligación del fiduciario estar de acuerdo entre ambas partes (fideicomisario-fiduciaria).

Aún cuando la ley no señala en forma expresa como se estructuran los Comités Técnicos, éstos son organizados como órganos colegiados que se designan en el acto constitutivo del fideicomiso, o en sus reformas, siendo su función coadyuvar con el fiduciario en el desempeño del fideicomiso y determinar la distribución de los fondos que se crean. Dicho Comité cuenta con un representante propietario y un suplente del fideicomitente, misma representación por el fiduciario e idéntica por el fideicomisario.

Se puede concluir que el Comité Técnico, no se integra necesariamente por el fideicomitente o por el fiduciario, sino por las personas designadas en el contrato de fideicomiso; el número de miembros, facultades, plazos de reunión, quórum, entre otros conceptos, deben ser fijados por la persona que haya constituido el comité, y finalmente este comité puede crearse desde la constitución del fideicomiso o en sus reformas, por la persona que tenga el derecho de crearlo o modificarlo, conforme al contrato que se elabore.

#### 1.6. ELEMENTOS REALES Y FORMALES DEL FIDEICOMISO

De la redacción del artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se puede desprender que el elemento esencial del fideicomiso son los bienes o derechos que el fideicomitente destina para la realización de un fin determinado, al establecer dicho artículo que:

“Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular.

Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin que se destinan, y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros.”

Por su parte, el artículo 1825 del Código Fiscal para el Distrito Federal, indica que: “La cosa objeto del contrato debe: existir en la naturaleza; ser determinada o determinable en cuanto a su especie; y estar en el comercio.”

Los artículos 346 y 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, refieren que el objeto del fideicomiso puede ser constituido sobre toda clase de bienes y derechos, pero deja claro que no lo pueden ser aquellos que, conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular.

Es importante señalar, que el artículo 351, señala “que el objeto del fideicomiso puede ser cualquier clase de bienes”, al respecto encontramos que existen diversos autores que tratan de explicar lo que se debe entender por “bien

o bienes", pero es el artículo 747 del Código Civil para el Distrito Federal, el que señala de manera genérica que se considera como bien, todas las cosas que no estén excluidas del comercio.

Los bienes o cosas, también tienen multiplicidad de clasificaciones; sin embargo, se considera que la teoría que se basa en función de su existencia en el espacio y su posibilidad de desplazamiento, misma que es utilizada en el ámbito del derecho interno como lo es el derecho civil, el derecho procesal civil y el derecho penal, dicha clasificación considera como bienes inmuebles, aquellos que por su fijeza no se pueden trasladar ni por sí, ni por fuerza extraña de un lugar a otro; y considerar como bienes muebles, a los que por sí o por acción de una fuerza exterior a ella se pueden trasladar de un lugar a otro.

Ahora bien, ya se tiene una idea de lo que son bienes inmuebles, pero también debemos considerar que existen bienes inmuebles que traen aparejado un derecho, por lo que ahora es conveniente hacer referencia al tipo de derechos que alude ese artículo 351.

Se dice que cuando una persona producto de la actividad económica explota una cosa, de manera exclusiva, los demás miembros de la sociedad deben respetar esa actividad, por lo que en este momento surge el derecho real.

Existen varias clasificaciones de derechos reales, pero solo se mencionarán algunos:

#### **Derecho real principal y derecho real accesorio.**

El Código Civil para el Distrito Federal, especifica que los derechos reales son: de propiedad, usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca y prenda, señalando que los primeros cinco son principales y los dos últimos son accesorios.

El derecho real principal otorga la tenencia de la cosa a nombre propio, permitiendo que otra persona la puede tener pero a nombre del titular del derecho real; respecto del accesorio no se da la tenencia.

#### **Derecho real perpetuo y derecho real temporal.**

Esta clasificación se basa en el tiempo que dura el derecho real, donde sólo la propiedad y la servidumbre son derechos reales perpetuos y todos los demás son temporales.

Por lo referido se concluye, que los bienes y derechos que pueden afectarse en fideicomiso, pueden ser tanto reales como personales y no únicamente respecto del derecho de propiedad, sino respecto de la titularidad de cualquier derecho, con la condición de que no sea personalísimo del titular.

**Elemento formal del fideicomiso.** Indica Pérez Sandi que: "En el Proyecto Vera Estañol no se detallan los requisitos formales a que debía sujetarse la constitución del fideicomiso, pero imponía la forma escrita, pues hablaba de "acto constitutivo" (artículo 23) y su inscripción para algunos fideicomisos, debería ser en el Registro Público de Hipoteca (artículo 15)."<sup>39</sup>

El artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala que la constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.

De lo referido, se puede afirmar que la constitución del fideicomiso no puede ser tácita, ni verbal, pero la falta de forma debe estimarse como un elemento para la validez del negocio, que puede ser objeto de convalidación conforme a los artículos 1795, 1832 y 2232 Código Civil para el Distrito Federal.

Es necesario recordar, que en el Derecho Civil mexicano, existen dos clases de contratos escritos:

a) Los celebrados a través de escrito privado, mismo que se celebra sin que sea necesario para su validez, la presencia del notario público, y

b) Los que se celebran mediante escritura pública.

Algunos fideicomisos pueden ser celebrados mediante escrito privado, como son los que se constituyan únicamente sobre bienes muebles, incluso dinero.

Los que se constituyan sobre bienes inmuebles o derechos reales sobre ellos, cuando el valor de avalúo no sea mayor al equivalente a trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación, conforme al artículo 2317 del Código Civil para el Distrito Federal.

Otro ejemplo es respecto de la transmisión de valores al portador con fines de garantía, mismo que puede hacerse constar en contrato privado y otorgarse en fideicomiso con la intervención del fideicomitente, fiduciario y fideicomisario y con la entrega material de los valores.

Respecto de bienes muebles, es el artículo 354 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el que establece las formalidades que deben contenerse para que el fideicomiso surta efectos contra terceros, y la fecha en que se deben cumplir los requisitos; al respecto se indica:

<sup>39</sup> Pérez Sandi, Adolfo José, Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Banco Mexicano Somex, Editorial, Libros de México, S.A., México, 1982, p.246.

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

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

III. Si se tratare de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que esté en poder de la institución fiduciaria.

La forma en el fideicomiso no es considerada como un acto solemne, por lo que cuando a través de un contrato de fideicomiso no se cumple con la formalidad exigida por la ley, se produce la nulidad relativa, de conformidad con lo señalado por el artículo 2228 del Código Civil para el Distrito Federal, nulidad que puede ser convalidada, ya sea porque las partes cumplan voluntariamente por medio del pago, novación o por cualquier otro modo, tal como se señala en el artículo 2234 del aludido Código; o bien, porque las partes ratifiquen el acto viciado mediante la celebración de un nuevo acto, que subsane el defecto del acto original, esto por virtud de lo que se establece en el artículo 2231 de ese mismo Código, confirmación que se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo, efecto retroactivo que no perjudicará a los derechos de tercero, artículo 2235 del mismo Código.

## 1.7. FINES DEL FIDEICOMISO

Diversos autores con justa razón, consideran necesario distinguir entre "fin" del fideicomiso y el "objeto" del mismo, en virtud de que ambos términos son empleados como sinónimo, lo que consideran es erróneo.

Para Villagordoa Lozano, el fin se encuentra en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 346, cuando define al fideicomiso mismo; así como en los artículos 347, 351 y 357. En cambio, el elemento material del fideicomiso es designado por dicha Ley como "objeto", según se desprende de contenido de los artículos 351, 353 y 355 (parte final del primer párrafo).<sup>40</sup>

De lo referido se concluye, que el "fin" del fideicomiso es la consecuencia que se busca con la celebración del acto, por lo que cualquier objetivo puede ser señalado como fin del fideicomiso, ya sea al momento de su constitución o en reformas posteriores, y el "objeto" material o físico lo puede ser un bien mueble o inmueble, o bien derechos.

Ya se ha señalado que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece, en sus artículos 346 y 347, que para efectos del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, y siempre que ese

<sup>40</sup> Villagordoa Lozano, José Manuel, Op. cit. p. 178

fin sea lícito y determinado, sin embargo ambos preceptos, no señalan específicamente que se debe entender por lícitud.

El Diccionario Jurídico Mexicano indica, que por lícitud debemos entender que es la calidad de las conductas que cumplen con los deberes prescritos en las normas jurídicas.<sup>41</sup>

Ahora bien, la Ley anteriormente señalada establece en su artículo 2o. fracción IV, que los actos y operaciones que se efectúen conforme a la misma, se rigen "Por el Derecho Común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, el Código Civil del Distrito Federal", como se desprende de lo referido, no se define lo que debe entenderse por lícitud, sin embargo, del artículo 1830 de ese mismo Código, se puede concluir que: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

Disposición que de aplicarse en sentido contrario, se debe entender como lícito todo aquel fin que no sea contrario a las leyes del orden público o a las buenas costumbres.

Resulta conveniente aclarar, que no todos los hechos y abstenciones que van en contra de la Ley son ilícitas, en virtud que existen diversos tipos de leyes, entre las que encontramos las supletorias (se aplica cuando es omisa la o las voluntades que crean un acto, por lo que la Ley rige en defecto de declaración expresa); las prohibitivas (el Estado, consciente de la necesidad de normar las relaciones sociales, expide las leyes que regulan las manifestaciones de los particulares); y las preceptivas (aquéllas que utiliza el Estado para ordenar la observancia de conductas específicas en beneficio del orden social).

El Código Civil ya aludido, no señala lo que debe entenderse por buenas costumbres.

¿Pero, que sucede cuando el fin del fideicomiso es ilícito?

La consecuencia es la nulidad del contrato, fundamentado en lo que señala el Código Civil, en su artículo 1795, fracción III, al disponer que el contrato puede ser inválido porque su objeto, su motivo o su fin, sean ilícitos, disposición que esta acorde con lo dispuesto en el artículo 2225 del mismo Código, al indicarse, que la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la Ley, y son los artículos 2226 y 2227 del referido ordenamiento, los que establecen los efectos de cada clase de nulidad.

Finalmente, se indica que tratándose del fideicomiso en fraude de terceros, se podrá en todo tiempo promover la nulidad, tal como lo establece el último párrafo del artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

<sup>41</sup> Diccionario Jurídico Mexicano. 7a. Edición, Editorial. Porrúa, S.A., México, 1994, p. 2039

### 1.8. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO

Existe una variedad de causas por las que se puede extinguir el fideicomiso, mismas que se comentarán, pero es el artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el que señala expresamente las causas de extinción, como son:

- I. Cuando se cumplieron todos los fines pactados en el contrato del fideicomiso.
- II. Por hacerse imposible el fin del fideicomiso.
- III. Si la ejecución de la condición suspensiva de que dependa el fin del fideicomiso no se actualiza; ya porque no se verifique dentro del plazo señalado en el contrato; o bien, el plazo para que la condición se realice no se cumpla dentro de los 20 años siguientes a su constitución.
- IV. Porque se cumpla la condición resolutoria a que haya quedado sujeto el fideicomiso.
- V. Cuando exista una manifestación expresa entre el fideicomitente y fideicomisario, de dar por concluido dicho fideicomiso, situación que no se puede actualizar en tratándose de los fideicomisos donde no se señala al fideicomisario.
- VI. Por revocación del fideicomitente; siempre que se haya reservado expresamente ese derecho al constituirse el fideicomiso.
- VII. Por renuncia o excusa del fiduciario a su cargo, o por haber sido removido, y que al no ser posible su sustitución cesa el fideicomiso.

Para Dávalos Mejía, el fideicomiso también se puede disolver por incumplimiento, al indicar que:

“Por otra parte, el fideicomiso se resuelve por alguna de las siguientes causas.

- Por acción de **nulidad**, por ejemplo, en el caso del art. 348 4o. párr. *LGTOC*, o violación al 3er párr inciso *b* frac. XIX, art 106 *LIC*.
- Por acción de **rescisión**, por incumplimiento del contrato en cualquiera de las partes (art. 2107 *C Civ*)
- Por **resolución administrativa**; por ejemplo, cuando en una visita la CNB detecte irregularidades graves en un fideicomiso (art. 12 Reglamento de Inspección y Vigilancia de la CNB)

- **Las causas civiles de terminación de contrato**, como la compensación, la confusión de derechos, la remisión de deuda o la novación, sucedida entre la calidad de deudor y de acreedor en fideicomitente y fideicomisario, son en el fideicomiso las mismas que en cualquier otra convención y, por tanto, son conducentes.<sup>42</sup>

Se finaliza este punto, enunciando simplemente que también se puede extinguir el fideicomiso por;

- ◆ destrucción de los bienes fideicomitidos
- ◆ por expropiación
- ◆ por quiebra del fiduciario, supuestos que dependen en mucho de lo que se haya pactado o no en el contrato.

Extinguido el fideicomiso, y partiendo de la redacción que contiene el artículo 358 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito al establecer que: "los bienes a él destinados que queden en poder de la 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, bastare 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 aquél hubiere sido inscrito." Es decir, al restituirse los bienes después de la extinción del fideicomiso deberán cancelarse las inscripciones en su caso en el Registro Público de la Propiedad o en el registro de la emisora tratándose de títulos registrables, y entregarse el derecho de propiedad y la posesión de la cosa.

Disposición que se ha criticado, por que aún y cuando en diversos casos al momento de que se extingue el fideicomiso los bienes deben ser entregados al fideicomitente o herederos según sea el caso, también es cierto que existen casos en los que los bienes que forman parte el patrimonio fideicomitado deben ser entregados al fideicomisario, en virtud que el fin del mismo es ese, que el fideicomisario reciba el beneficio.

Por lo que respecta al fiduciario, tiene el derecho a exigir un finiquito liberatorio de responsabilidad y el pago de sus honorarios, y algo muy importante desde el punto de vista de este trabajo, como lo es el cerciorarse, que han quedado debidamente cubiertos los pagos de lo los impuestos, derechos o cualesquiera otra carga fiscal que genere el fideicomiso.

---

<sup>42</sup> Davalos Majia, L. Carlos. Ob. cit. p. 451.

## Capítulo 2

### La personalidad jurídica y el fideicomiso.

- 2.1. La Personalidad Jurídica
- 2.2. Nacimiento y Extinción de la Personalidad Jurídica de las Personas Físicas
- 2.3. La Personalidad Jurídica de los Entes Colectivos
  - 2.3.1. Personalidad Jurídica Propia Distinta de la de sus Integrantes
  - 2.3.2. Nombre o Denominación
  - 2.3.3. Domicilio
  - 2.3.4. Patrimonio
  - 2.3.5. Nacionalidad
  - 2.3.6. Capacidad
  - 2.3.7. Análisis Comparativo del Fideicomiso con las Personas Jurídicas Colectivas
- 2.4. Clasificación de los Fideicomisos
  - 2.4.1. Expreso o Tácito
  - 2.4.2. Público y Privado
  - 2.4.3. Revocable e Irrevocable
  - 2.4.4. TraslATIVO, Administración y Garantía
  - 2.4.5. Condicional y Sucesivo
  - 2.4.6. Gratuitos y Onerosos
  - 2.4.7. Testamentarios
  - 2.4.8. Zona Prohibida
- 2.5. Secreto Bancario
- 2.6. El Secreto Fiduciario
- 2.7. El Fideicomiso Público, Gubernamental o de Estado
  - 2.7.1. Concepto
  - 2.7.2. Elementos
  - 2.7.3. Patrimonio
  - 2.7.4. El Fiduciario

Uno de los problemas más complejos e importantes de resolver para el legislador, es el poder determinar si la figura del fideicomiso cuenta con personalidad jurídica. El lector se preguntará el porque de esa inquietud, la respuesta es, por la imperiosa necesidad de regular dicha figura de una manera eficaz, toda vez, que los efectos fiscales no son los mismos si se cuenta o no con dicha personalidad.

## 2.1. LA PERSONALIDAD JURÍDICA

El Diccionario Jurídico Mexicano define como personalidad, lo siguiente: "En derecho, la palabra personalidad tiene varias acepciones: se utiliza para indicar la cualidad de la persona en virtud de la cual se le considera centro de imputación de normas jurídicas o sujeto de derechos y obligaciones. Esta acepción se encuentra muy vinculada con el concepto de persona y sus temas conexos, como la distinción entre la física y la moral o colectiva, las teorías acerca de la personalidad jurídica de los entes colectivos y otros.

Por otro lado, el vocablo personalidad se utiliza en otro sentido, que en algunos sistemas jurídicos se denomina personería, para indicar el conjunto de elementos que permiten constatar las facultades de alguien para representar a otro, generalmente a una persona moral. Así cuando se habla de "acreditar la personalidad de un representante", se hace referencia a los elementos constitutivos de esa representación."<sup>43</sup>

En el presente caso, se refiere a la cualidad de la persona en virtud de la cual se le considera centro de imputación de normas jurídicas o sujeto de derechos y obligaciones.

Por lo anterior, se tratará de describir las características jurídicas que reúnen las personas físicas y las personas jurídicas colectivas, y de esta manera saber si tales características o elementos pueden ser aplicadas al fideicomiso, y así tratar de concluir, si esa figura cuenta con personalidad jurídica, o en su caso pudiera reunirla con ciertas excepciones.

Como es lógico suponer, se recurrirá una vez más al derecho civil para conocer desde ese punto de vista los atributos, tanto de las personas físicas, como de las personas jurídicas colectivas o morales.

Algunos juristas definen a la persona física, como el ser humano o individuo de la especie humana, ente biológico, capaz de tener derechos y obligaciones; y que por ese simple hecho, posee personalidad jurídica.

Rojina Villegas considera que las personas físicas o seres humanos tienen los siguientes atributos:

<sup>43</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, Ob. cit p 2400.

1. Capacidad
2. Estado Civil
3. Patrimonio
4. Nombre
5. Domicilio y
6. Nacionalidad.<sup>44</sup>

Con base a dichos conceptos, se hará una descripción de cada uno de los atributos que refiere Rojina Villegas para las personas físicas.

Para algunos autores, la capacidad jurídica es la aptitud legal de una persona o ser humano para ser sujeto de derechos y obligaciones, o también se considera como la facultad o posibilidad de que esa persona o ser humano pueda ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma.

Ahora bien, en el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal, se señala que: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".

De lo referido, se puede observar que la capacidad es un atributo inseparable de la persona humana que se adquiere por nacimiento y se pierde con la muerte, dicha capacidad la dividen los tratadistas a su vez, en capacidad de goce y de ejercicio.

A la capacidad de goce, se le considera como la aptitud para ser titular de derechos o de obligaciones, por lo que en caso de suprimirse, desaparecería la posibilidad jurídica de actuar.

Respecto de la capacidad de ejercicio, indica Rojina Villegas que es la *"posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales."*<sup>45</sup>

Como segundo atributo de la persona física, se encuentra el estado civil, mismo que la doctrina señala que es la situación jurídica que se guarda con relación a la familia, con el Estado o la Nación, es decir comprende las cuestiones relativas al nacimiento, defunción, matrimonio o nulidad del mismo, filiación, reconocimiento, emancipación, tutela, adopción, divorcio y ausencia, siendo el eje de comprobación de todas estas acciones el Registro Civil.

<sup>44</sup> Ibidem, p. 423.

<sup>45</sup> Ibidem, p. 444.

El patrimonio como tercer atributo de la personalidad, consiste en un conjunto de bienes, derechos, cargas y obligaciones, apreciables en dinero, que tiene una persona.

En este sentido, en el referido Diccionario Jurídico Mexicano, se indica que: "se puede afirmar que el patrimonio constituye una universalidad jurídica, en tanto que es el conjunto de poderes y deberes entendidos en términos absolutos que se extienden en el tiempo y en el espacio; en el tiempo, porque abarca tanto los bienes, derechos, obligaciones y cargas presentes, como los que la misma persona pudiera tener en el futuro, y en el espacio, porque comprende todo lo susceptible de apreciación pecuniaria."<sup>46</sup>

Con relación al nombre como cuarto atributo, lo definen algunos autores como el conjunto de palabras con que se designa a las personas para individualizarlas y distinguir las unas de otras. Además de contar con una doble finalidad, la de individualizar al sujeto y con los datos de ese nombre poder tener una filiación.

Rojina Villegas, señala que: "El derecho al nombre es un derecho subjetivo de carácter extrapatrimonial, es decir, no es valorable en dinero, ni puede ser objeto de contratación. Se trata de una facultad jurídica que no es transmisible hereditariamente y que no figura dentro del patrimonio del difunto. Podemos considerar que este derecho no depende de la vida de la persona, pues el nombre patronímico pertenece a una familia y, por lo tanto, no está referido exclusivamente a la existencia de un individuo. Desde este punto de vista podría tratarse de un derecho que sobrevive a la persona, pero esta supervivencia no está en función de la misma, sino de la familia, por cuanto que ésta existe como entidad o grupo independiente de la vida de sus miembros. Por esto, el nombre viene de generación en generación, pero no por efecto de una transmisión hereditaria, sino como consecuencia de un atributo común a un conjunto de miembros que integran lo que desde el punto de vista social y jurídico constituye la familia."<sup>47</sup>

Respecto al domicilio como quinto atributo, se podría definir como el lugar en el que una persona reside en forma habitual con el fin de radicar en él.

Esa definición se desprende, de lo que señala el artículo 29 del Código Civil para el Distrito Federal, mismo que establece como domicilio de las personas físicas, "el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios, en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar en donde se encontraren."

Es importante aclarar para el presente trabajo, la diferencia que existe entre domicilio y residencia, como ya se indicó, por domicilio se entiende como la

<sup>46</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, Ob. cit. p. 2335.

<sup>47</sup> Ibidem, p. 504.

intención de radicar en el lugar en que reside una persona, y por residencia se entiende la estancia temporal de una persona en cierto lugar.

Finalmente, respecto a la nacionalidad como último atributo, el Diccionario Jurídico Mexicano define a dicho concepto como "el atributo jurídico que señala al individuo como miembro del pueblo constitutivo de un Estado. Es el vínculo legal que relaciona a un individuo con el estado".<sup>48</sup>

Como se ha visto, la persona física tendrá personalidad jurídica cuando cuente con una serie de atributos, y además tenga la capacidad de poder ejercer sus derechos y obligaciones, el siguiente paso es saber como nace y se extingue dicha personalidad jurídica.

## 2.2. NACIMIENTO Y EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

Desde el punto de vista jurídico, es el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, el que señala que: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código."

De igual forma, la doctrina mexicana ha sostenido que la personalidad jurídica del hombre nace desde que el propio ser es viable y se ha considerado como viable al individuo que vive 24 horas, o es presentado vivo al Registro Civil, tal como lo podemos observar en la siguiente tesis jurisprudencial:

### DIVORCIO ADMINISTRATIVO. IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE, POR ENCONTRARSE EMBARAZADA LA CÓNYUGE AL MOMENTO DE DECRETARSE EL. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).

Localización  
 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito  
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación  
 Epoca: 8A  
 Tomo: XV-I, Febrero  
 Tesis: VII.2o.C.30 C  
 Página: 173  
 Clave: TC073030 CIV

Texto:

Cuando el legislador estableció como requisito para el divorcio "administrativo", entre otros, que los consortes "no tengan hijos", no se refirió al simple estado de preñez de la mujer, sino que debe vincularse con el estadio biológico apto para conceptuarlo como

<sup>48</sup> Diccionario Jurídico Mexicano. Ob. cit. p. 2173.

persona en la connotación jurídica que le da el Derecho Civil, con sus atributos, como son el nombre, la nacionalidad, la capacidad, etcétera; esto se corrobora, tomando en cuenta las disposiciones de los artículos 24, 25, 26 y 28 del Código Civil vigente en la entidad, en cuanto refiere, el primero, que para los efectos de esa ley "es persona el ser o la entidad capaz de tener derechos y obligaciones"; el segundo, que "las personas son físicas o morales."; el tercero establece que "Es persona física, todo ser humano nacido, vivo o viable."; el último precisa que "Las personas físicas adquieren la capacidad jurídica por el nacimiento y la pierden por la muerte"; de la correlación de esos preceptos es dable establecer que el ser humano concebido no es conceptuado como persona física, dado que de acuerdo con el artículo 26, "es persona física todo ser humano nacido, vivo o viable", y el artículo 268 de ese código sustantivo establece: "Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil.", y si bien el artículo 28 ya citado establece que la capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento, pero que desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le "tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.", esa ficción del nacimiento sólo es operante en los casos expresamente contemplados en la ley, sin que se encuentre disposición legal expresa por virtud de la cual, para los efectos del divorcio "administrativo", deba tenerse por nacido al que no se ha desprendido del organismo de la madre, esto es, no puede considerársele como persona y, por ende, con la calidad jurídica de hijo. (Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito.)

Por otra parte, ha considerado el legislador que la personalidad jurídica se extingue con la muerte, sin embargo resulta conveniente aclarar, que los derechos y obligaciones de las personas físicas no se extinguen con la muerte del ser humano, ya que éstos serán cumplidos o exigidos por la sucesión.

Se estima que no es necesario abundar más en este punto, por lo que se empezará por analizar las características que se dan en las personas jurídicas colectivas para poder compararlas con las que se dan en el fideicomiso.

### 2.3. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LOS ENTES COLECTIVOS

En relación con este punto, han surgido una serie de teorías o corrientes para explicar lo que es una persona moral, es así como podemos encontrar en primer lugar la teoría denominada como "negativa", misma que solo reconoce la existencia de las persona físicas, por lo que las colectivas no existen, toda vez que cuando se habla de estas, en realidad se trata de un conjunto de bienes sin dueño, bienes que están afectados a un cierto fin.

Una teoría diversa a la anterior, es la conocida como la "realista", misma que concede la existencia de otras entidades, como lo son las denominadas personas jurídicas, es decir, existe una voluntad social que se independiza de la de cada uno de los individuos participantes y funciona como un elemento autónomo.

Finalmente, también existe otra teoría que se le denomina de la "ficción". Esta teoría reconoce que aún y cuando solo las personas físicas pueden ser investidas de capacidad jurídica, existen, por razones de utilidad para el derecho, suponer ficticiamente la existencia de entidades diferentes a los hombres.

Se considera que la teoría "realista" es la más apropiada, máxime si observamos la definición que señalan Acosta Romero y Almazán Alaniz para efectos del concepto de persona moral, y que a la letra dicen: "la persona jurídica colectiva es un ente capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones, constituido por diversas personas físicas que, en forma permanente, unen una parte de su voluntad, para realizar un fin lícito; dicho ente es reconocido por el derecho."<sup>49</sup>

Desde el punto de vista legal, es el artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal el que nos indica quienes son personas morales, y dentro de las cuales señala a las siguientes:

1. La Nación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios;
2. Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la Ley;
3. Las sociedades civiles o mercantiles;
4. Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal;
5. Las sociedades cooperativas y mutualistas;
6. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley,
7. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736.

Por su parte, el artículo 27 de ese mismo Código, señala que: "Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos."

Como se ha podido observar, cuando existe la intención del hombre por perdurar la actividad más allá de la vida humana, busca junto con otras personas físicas crear un ente colectivo, y así poder cumplir con los fines para el que es creado.

Por lo que se concluye, que la personalidad jurídica colectiva implica que necesariamente existan diversas personas físicas con el fin de unificar su voluntad en forma permanente para la realización de una finalidad social, al que le atribuyen ciertos bienes que integran su patrimonio y al que el orden jurídico le reconoce esa personalidad.

<sup>49</sup> Acosta Romero, Miguel, (et. al) Ob, cit, p 205

Finalmente resulta necesario señalar, que tratándose de entes colectivos, es decir de las sociedades civiles o las mercantiles, la personalidad jurídica se adquiere a partir del momento en que el acto constitutivo queda inscrito en el Registro Público de la Propiedad o del Comercio.

Al igual que sucede con las personas físicas, las personas jurídicas colectivas cuentan con ciertos atributos, mismos que por obvias razones no son iguales, por lo que a continuación se señalan los atributos más importantes de los entes colectivos a saber:

- Personalidad Jurídica propia distinta de la de sus integrantes
- Nombre o denominación
- Domicilio
- Patrimonio
- Nacionalidad
- Capacidad
- Órganos de dirección y representación.

### **2.3.1. PERSONALIDAD JURÍDICA PROPIA DISTINTA DE LA DE SUS INTEGRANTES.**

Cuando un conjunto de personas tienen un fin común, se relacionan para lograrlo mediante un acto constitutivo que queda inscrito en el Registro Público de la Propiedad o del Comercio, nace un ente que las propias leyes le reconocen personalidad jurídica, la cual es distinta de la personalidad individual de cada uno de los integrantes del ente colectivo.

A mayor abundamiento, en el artículo 2o., de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se establece que "las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio, tienen personalidad jurídica distinta de las de los socios", y agrega ese precepto, que "las sociedades no inscritas en el Registro Público de Comercio que se hayan exteriorizado como tales frente a terceros, consten o no en escritura pública, tendrán personalidad jurídica."

De lo referido, es obvio desprender que la propia ley señala que los entes colectivos gozan de personalidad jurídica propia.

Ahora bien, si la propia ley establece que cuentan las sociedades mercantiles con personalidad propia, será válida la pregunta ¿y cuáles son sus características?, diversos autores consideran que las personas morales deben reunir los siguientes caracteres:

- a) Nombre o denominación.
- b) Domicilio.
- c) Patrimonio.

- d) Nacionalidad.
- e) Capacidad.

En tal virtud, es necesario señalar cada una de ellas y empezaremos por la siguiente:

### 2.3.2. NOMBRE O DENOMINACIÓN

Al igual que las personas físicas, las personas jurídicas colectivas requieren de un nombre o denominación con la que se les identifique, como ya se señaló, el nombre o denominación es la palabra o conjunto de palabras que sirven para señalar y distinguir a la persona moral de otras entidades similares.

Al respecto, Mantilla Molina establece que: "No parece posible sostener que el nombre comercial, o como preferimos decir, el nombre de la negociación, esté formado de otro modo que por palabras. Sin embargo, no solamente con palabras se identifica una negociación, sino también por medio de signos, dibujos o esculturas, que constituyen la *muestra o emblema*."<sup>50</sup>

El nombre de las personas colectivas tiene como efectos el contar con una denominación, misma que se forma libremente, de acuerdo con la voluntad de sus propios integrantes, pero necesariamente el nombre seleccionado debe ser distinto al de cualquier otra sociedad.

La obligación de contar con un nombre o denominación tratándose de sociedades mercantiles, la encontramos en el artículo 6o, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el cual señala que la escritura constitutiva de una sociedad deberá contener entre otros requisitos, con una razón social o denominación, nombre con el que la sociedad se identificará jurídicamente, en virtud de que es un requisito indispensable para obtener el registro.

De igual forma en los diferentes ordenamientos legales que regulan a los diversos entes jurídicos, en sus escrituras constitutivas necesariamente deberán señalar entre otros requisitos, el de su razón social o denominación.

### 2.3.3. DOMICILIO

Las personas jurídicas colectivas tienen un domicilio, al igual que las personas físicas, pero a diferencia de estas últimas, el Código Civil para el Distrito Federal no toma en consideración los conceptos de residencia, ni el de radicación, sino que toma como base el concepto de negocio, lo cual se puede observar en la redacción del artículo 33 del citado Código, y en el cual se indica que: "Las

<sup>50</sup> Mantilla Molina, Roberto L., Derecho Mercantil, 29a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1998, p. 117

personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración”.

Por su parte, el Código Fiscal de la Federación establece en el artículo 10, fracción II, que se considera domicilio fiscal:

En el caso de personas morales:

- a) Cuando sean residentes en el país, el local en donde se encuentre la administración principal del negocio.
- b) Si se trata de establecimientos de personas morales residentes en el extranjero, dicho establecimiento; en el caso de varios establecimientos, el local en donde se encuentre la administración principal del negocio en el país, o en su defecto el que designen.

Abundando en el concepto de establecimiento, la Ley del Impuesto sobre la Renta señala en su artículo 2o. que:

“se considera establecimiento permanente, cualquier lugar de negocios en el que se desarrollen, parcial o totalmente, actividades empresariales. Se entenderá como establecimiento permanente, entre otros, las sucursales, agencias, oficinas, fábricas, talleres, instalaciones, minas, canteras o cualquier lugar de exploración, extracción o explotación de recursos naturales.”

En el segundo párrafo de ese mismo artículo se indica que:

“En caso de que un residente en el extranjero realice actividades empresariales en el país, a través de un fideicomiso, se considerará como lugar de negocios de dicho residente, el lugar en que el fiduciario realice tales actividades y cumpla por cuenta del residente en el extranjero con las obligaciones fiscales derivadas de estas actividades.”

De lo referido, se puede concluir que el domicilio es el centro al cual se le atribuyen los más relevantes efectos jurídicos, toda vez que es utilizado de base para determinar la competencia de los jueces y la mayor parte de los actos fiscales, laborales, mercantiles y civiles.

#### **2.3.4. PATRIMONIO**

El patrimonio como se señaló con anterioridad, constituye una universalidad jurídica, es el conjunto de poderes y deberes entendidos en términos absolutos que se extienden en el tiempo y en el espacio; en el tiempo, porque abarca tanto los bienes, derechos, obligaciones y cargas presentes, como los que la misma persona pudiera tener en el futuro, y en el espacio, porque comprende todo lo susceptible de apreciación pecuniaria.

El patrimonio en la persona moral es un requisito indispensable, máxime que como ya se ha dicho, las sociedades mercantiles al ser creadas o constituidas, necesariamente en su escritura constitutiva deberá establecerse con base en lo dispuesto en la fracción V, del artículo 6o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el importe del capital social, patrimonio con el que inician actividades y que puede con el transcurso del tiempo acrecentarse o reducirse y extinguirse en un momento dado la sociedad.

También es importante aclarar, que aún y cuando existen entidades como los sindicatos, las asociaciones políticas y científicas, entre otros, que en apariencia pudieran realizar sus funciones sin contar con un patrimonio, la doctrina determina la posibilidad de poder adquirirlo por el hecho de ser personas, y tener la posibilidad jurídica de adquirir los bienes, derechos y obligaciones relacionados con su objeto y fines.

Resulta importante señalar, que el patrimonio en las personas jurídicas colectivas constituye un elemento tan relevante que el hecho de carecer del mismo para cumplir su finalidad constituye su liquidación.

### **2.3.5. NACIONALIDAD**

Las personas jurídicas colectivas también cuentan con una nacionalidad, al respecto, el Código Civil para el Distrito Federal, establece que las personas morales extranjeras de naturaleza privada no regidas por otras leyes, solamente podrán establecerse en el territorio de la República, cumpliendo con las disposiciones legales aplicables y previa autorización de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Por su parte, la Ley de Nacionalidad, en su artículo 9o. indica que son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes de la República y tengan en ella su domicilio legal.

La doctrina no es unánime en cuanto a que si el concepto de nacionalidad es sólo aplicable al sujeto persona física, ya que existen juristas que consideran indispensable la atribución de nacionalidad a personas morales como realidades que el derecho no puede ignorar.

Ahora bien, aún y cuando existen diversos ordenamientos legales como lo son el Código Civil para el Distrito Federal, en sus artículos 2736, 2737 y 2738; y la Ley General de Sociedades Mercantiles, en los artículos 250 y 251, que refieren diversos requisitos que deben reunir las sociedades extranjeras para obtener los derechos con que cuentan las sociedades mexicanas, se considera que en realidad no existen disposiciones relativas a la atribución de la nacionalidad de empresas extranjeras.

De lo referido, resulta interesante señalar, que para efectos fiscales no es suficiente que una persona moral se constituya de acuerdo con las leyes mexicanas, si no hace radicar su domicilio dentro del territorio del mismo, tal como se desprende de lo referido por los artículos 9o. y 10 del Código Fiscal de la Federación.

El Código Fiscal de la Federación en el artículo 9o. fracción II, establece que se consideran residentes en territorio nacional, las personas morales que se hayan constituido de conformidad con las leyes mexicanas; por su parte, la fracción II del artículo 10 de ese mismo ordenamiento, indica que se considera domicilio fiscal, tratándose de establecimientos de personas morales residentes en el extranjero, dicho establecimiento; y que en el caso de varios establecimientos, el local en donde se encuentre la administración principal del negocio en el país, o en su defecto el que designen.

No hay que perder de vista en este punto, que en virtud del gran desarrollo de las empresa multinacionales, resulta importante determinar en quién radica el control de la empresa, la nacionalidad de los socios o accionistas y la vinculación tecnológica y comercial con personas, entidades y organizaciones extranjeras, para así poder determinar en el último de los casos la nacionalidad de la empresa.

### 2.3.6. CAPACIDAD

Al igual que las personas físicas, las personas jurídicas colectivas, también son sujetos de derechos y obligaciones, por lo que deben contar con la capacidad necesaria para poder ejercitarlas y cumplir con los mismos. ¿Pero como nace la capacidad jurídica de las personas morales?, la respuesta será, por el acto constitutivo de la sociedad o asociación, que es lo que la diferencia de las personas físicas.

La forma en como ejercitan las personas morales dicha capacidad, está determinada por los estatutos que dieron origen a esa sociedad o asociación, por lo que el ejercicio de esa capacidad por las personas jurídicas colectivas se lleva a cabo por medio de los órganos de dirección, administración o representación.

La capacidad de las personas morales la consideran algunos autores, como una capacidad limitada, esto se desprende de la redacción del artículo 26 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice: "Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución", de donde en virtud de su objeto, sólo puede ejercer los derechos que sean necesarios para ese fin.

Existen una serie de limitaciones a la capacidad de goce como lo son en tratándose de sociedades civiles que no la tienen para realizar actos de comercio, otra más, se encuentra en las fracciones I y IV, del artículo 27 de nuestra

Constitución Política, conforme a las cuales, las sociedades anónimas no pueden adquirir fincas rústicas con fines agrícolas.

Respecto de este punto, señala el Dr. Acosta Romero que: "Los entes colectivos, para expresar la voluntad social, necesitan tener órganos de representación y administración, que son los que ejercitan los derechos y obligaciones inherentes a aquellos. Dichos órganos de representación y administración varían mucho de acuerdo con su número, composición, estructura y facultades, puesto que no existen criterios uniformes a este respecto. También es muy variable la forma en que se designan o eligen a esos representantes, pues va de la elección directa de sus miembros hasta sistemas de selección por medio de concursos de mérito, o designaciones personales."<sup>51</sup>

### 2.3.7. ANÁLISIS COMPARATIVO DEL FIDEICOMISO CON LAS PERSONAS JURÍDICAS COLECTIVAS

Ya se han señalado las características tanto de las personas físicas como de las personas jurídicas colectivas, de donde se puede concluir que son diferentes los elementos que las conforman, por lo que sólo las características que se dan en la persona moral pueden ser comparables a las del fideicomiso, sin embargo, también existen diferencias por lo tanto se considera conveniente presentar el siguiente cuadro comparativo entre una persona moral y el fideicomiso:

<b>PERSONA MORAL</b>	<b>FIDEICOMISO</b>
I. Las sociedades o asociaciones se crean basándose en la voluntad de los individuos que tienen por objetivo crear una persona jurídica distinta de los mismos.	I. Nace mediante un contrato, un negocio jurídico, acto jurídico o cualquiera de las demás teorías que se manejan, pero no necesariamente como voluntad de diversos individuos para formar una nueva persona moral distinta al fideicomitente.
II. El artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal, señala expresamente quiénes son personas morales, dentro de las cuales no cita a los fideicomisos, por tal virtud, las sociedades mercantiles y las asociaciones o sociedades, son entes sujetos de derechos y obligaciones, por lo tanto cuentan con personalidad jurídica propia diferente a la de sus integrantes.	II. No existe hasta el momento disposición en algún ordenamiento jurídico en nuestro país, en el que se le reconozca al fideicomiso personalidad jurídica propia y diferente de la de las partes, por lo que la figura del fideicomiso, no cuenta con personalidad jurídica propia.

<sup>51</sup> Batiza, Rodolfo, Op, cit, p. 211

<p>III. <b>Nombre:</b> En las sociedades mercantiles, es un requisito indispensable en la elaboración de la escritura constitutiva.</p>	<p>III. <b>Nombre:</b> Al momento de crearse el fideicomiso, se puede o no establecer el nombre del mismo, ya que es una práctica en la mayoría de las instituciones de crédito, otorgar un número de control interno, de donde se concluye que el nombre no es un requisito indispensable en el fideicomiso, ni exigido por las diversas leyes que lo regulan.</p>
<p>IV. <b>Domicilio:</b> Para las sociedades mercantiles es un requisito indispensable para poder constituirse.</p>	<p>IV. <b>Domicilio:</b> El fideicomiso no cuenta con domicilio, al ser la que actúa por cuenta del fideicomisario o fideicomitente, es la que señala su domicilio.</p>
<p>V. <b>Patrimonio:</b> Las sociedades mercantiles al no contar con el capital suficiente la sociedad desaparece.</p>	<p>V. <b>Patrimonio:</b> En el fideicomiso se aportan bienes a una finalidad lícita que cumple la fiduciaria, al ser ésta la titular del patrimonio fiduciario mientras cumpla con los actos que se estipularon en el acto constitutivo, y una vez que se ha cumplido con el fin se extingue el fideicomiso.</p>
<p>VI. <b>Órganos de administración y representación:</b> En las sociedades mercantiles dichos órganos son el poder decisorio de la sociedad.</p>	<p>VI. <b>Órganos de administración y representación:</b> El fideicomiso no cuenta con órganos de representación, en virtud que todos los derechos y obligaciones los ejecuta la fiduciaria.</p>

Por otra parte, algunos autores concluyen lo siguiente:

1. El fideicomiso no tiene personalidad jurídica propia, en virtud de que no se le atribuye ningún cuerpo legal vigente.
2. El fideicomiso no reúne los atributos de personalidad jurídica colectiva, toda vez que no cuenta con los siguientes atributos:
  - a) Personalidad jurídica distinta de la de los contratantes,
  - b) Domicilio,
  - c) Nacionalidad,
  - d) Nombre,
  - e) Capacidad,
  - f) Órgano de representación.
3. Ciertos fideicomisos constituyen unidades económicas para efectos de considerarlos contribuyentes del fisco, pero sin personalidad jurídica propia.

## 2.4. CLASIFICACIÓN DE LOS FIDEICOMISOS

Se ha hablado sobre algunos aspectos del fideicomiso, pero es válido preguntar ¿cuántos tipos de fideicomisos hay, y como se clasifican?.

Diversos tratadistas que han escrito sobre el fideicomiso, no se han puesto de acuerdo sobre el criterio que debe seguirse para poder ser clasificados los diversos tipos de fideicomisos, en virtud de que esa figura es tan adaptable jurídicamente a diversos actos o actividades, por lo que tratar de clasificar a cada uno de los diferentes tipos de fideicomisos que existen, sería una tarea imposible, sin embargo se tratará de señalar algunos de los criterios que utilizan dichos autores para clasificar dicha figura.

### 2.4.1. EXPRESO O TÁCITO

Se pueden clasificar con base a su formalidad en tácitos o expresos:

**Tácitos:** Este tipo de fideicomisos se encuentra en las legislaciones extranjeras que cuentan con figuras parecidas al fideicomiso mexicano, en dicho tipo de figuras solo se requiere la expresión en forma indubitable de la voluntad para constituirlo.

Rodolfo Batiza señala que: "Una de las diferencias fundamentales entre el fideicomiso mexicano y el *trust*, estriba en que nuestra ley, siguiendo al Proyecto Alfaro, sólo admite la categoría del "fideicomiso expreso", en tanto que el derecho angloamericano reconoce, además como lo vimos, el *trust* que nace por ministerio de ley. La Exposición de Motivos de la Ley declara que se conserva el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, ya que los fines sociales que el fideicomiso implícito llena en países de organización jurídica diversa de la nuestra pueden ser cumplidos aquí, con notorias ventajas, por el juego normal de otras instituciones jurídicas mejor constituidas. Esta afirmación, en gran medida, ha originado la creencia errónea de que el fideicomiso mexicano deriva directamente del *trust*."<sup>32</sup>

**Expreso:** Estos fideicomisos nacen cuando la voluntad de las partes se hace patente mediante un documento, tal como se puede apreciar en el texto del artículo 352, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, mismo que señala textualmente lo siguiente:

"El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a

<sup>32</sup> Batiza, Rodolfo, El Fideicomiso Teoría y Práctica, 7a. Edición, Editorial Jus, S.A. de C.V., México, 1995, p. 177.

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.”

#### 2.4.2. PÚBLICO Y PRIVADO

**Público:** A este tipo de fideicomiso se le ha definido como aquél en donde el Gobierno Federal, los Gobiernos de los Estados o los Ayuntamientos, a través de sus dependencias centrales o paraestatales, con el carácter de fideicomitentes, transmiten la titularidad de determinados bienes del dominio público o del dominio privado de la Federación, entidad o municipio o afecta fondos públicos a una institución fiduciaria para realizar determinado fin lícito, de interés público.

Resulta importante señalar respecto de este tipo de fideicomisos, que algunos autores consideran que los bienes del dominio público son inalienables y que por lo tanto, tratándose de los fideicomisos traslativos de dominio al suponer la extinción del derecho de propiedad, no cabe la posibilidad de constituir fideicomisos traslativos de dominio sobre bienes del dominio público de la Federación.

Pero que tratándose de los bienes privados de la Federación, no existe impedimento para que sobre ellos se constituyan fideicomisos, siempre y cuando se cumplan las condiciones relativas a las reglas sobre el aprovechamiento y enajenación de bienes del dominio privado de la Federación y las normas relativas a la utilización de los fondos incluidos en el presupuesto de egresos.

Ahora bien, toda vez que más adelante se verá con detenimiento este tipo de fideicomisos, por el momento, sólo señalarán algunos conceptos interesantes al respecto:

- Tratándose de la Administración Pública Federal centralizada la Secretaría de Hacienda y Crédito Público siempre tendrá el carácter de fideicomitente,
- En la administración pública estatal la Secretaría de Desarrollo Económico Estatal será la que cuente con la personalidad de fideicomitente del Estado, y
- En los fideicomisos municipales será fideicomitente el Ayuntamiento mediante la dependencia encargada de la tesorería municipal.

Los elementos esenciales de los fideicomisos públicos son:

1. Que debe existir invariablemente un Comité Técnico.
2. Su finalidad es de interés público o social.
3. Los bienes fideicomitados son necesariamente de la Federación, Estados o Municipios, por lo que las aportaciones se realizan en ese

mismo orden, por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Secretaría de Desarrollo Económico y la Tesorería del Ayuntamiento.

**Fideicomisos Privados:** Se consideran como aquellos que se constituyen sobre bienes de propiedad particular y en beneficio de personas particulares, y que se encuentran regulados por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

### 2.4.3. REVOCABLE E IRREVOCABLE

Otra forma de clasificar a los fideicomisos, es la que establecen algunos autores con base en las causas afectivas, es decir si el deseo del fideicomitente al constituir el fideicomiso es para obtener provecho o no del mismo.

Se considera que el origen de esta clasificación se basa o asemeja a la clasificación que alude el artículo 1837 del Código Civil para el Distrito Federal, en relación con los contratos gratuitos y onerosos.

**Fideicomiso Revocable:** En estos existe la posibilidad por parte del fideicomitente de "revocar o cambiar" el fin del fideicomiso, pero sólo se da esta posibilidad cuando el fideicomitente constituya un fideicomiso que por su finalidad se asemeje al contrato gratuito, como lo sería el dejar ciertos bienes a una persona física o moral, sin que se pacte a cambio una contraprestación, y siempre que el fideicomitente se reserve el derecho de revocarlo o modificarlo.

**Fideicomisos Irrevocables:** En este caso la posibilidad de revocar no se podrá realizar, cuando las causas que originaron al fideicomiso sean parecidas a las del contrato oneroso, es decir el fideicomitente recibirá una contraprestación por dicho acto, por lo que el fideicomitente no tendrá derecho a revocarlo o modificarlo, en virtud que podría lesionar los derechos del fideicomisario.

### 2.4.4. TRASLATIVO, ADMINISTRACIÓN Y GARANTÍA

Esta clasificación parte de los fines que pretende alcanzar el fideicomitente, y según los autores se circunscribe a la actuación del fiduciario en cualquiera de las siguientes formas o actos:

**Fideicomisos traslativos:** Se consideran aquellos en los cuales el fiduciario transmite la titularidad de los bienes o derechos fideicomitados al fideicomisario o a la persona que éste señale.

El objeto de constituir este tipo de fideicomisos, es para poder lograr que el beneficio del fideicomiso lo obtenga el fideicomisario o la persona que éste

señale, en aquellos casos en que se presentan dificultades de carácter legal o de tipo práctico.

**Fideicomisos de Garantía:** Se definen como aquellos en donde el fiduciario transmite la titularidad de bienes o derechos, para asegurar el cumplimiento de una obligación que es a cargo del fideicomitente.

Es lógico pensar que este tipo de fideicomisos, por su propia naturaleza son contratos accesorios porque siempre se ligan al contrato principal que los motiva.

Como se recordará se define como contrato accesorio: "aquel que tiene vida y existe en la razón y medida que sirve para dar fuerza o garantizar el cumplimiento de un derecho de crédito o de una obligación derivada de un acto principal. Por ello su razón de ser y existir va en función y medida de la vida de esa obligación."

Por lo referido, un fideicomiso de garantía sigue la misma suerte que el negocio principal, en tal virtud una vez cumplido el objeto del fideicomiso, también este concluye, por lo que el fiduciario debe retransmitir al fideicomitente deudor los bienes o derechos fideicomitados.

En virtud que el fin principal en este tipo de fideicomisos es el de garantizar la obligación principal, el fideicomitente puede reservarse el uso y goce de los bienes fideicomitados, pactándose que el fideicomitente perderá tales derechos, si no cumple con la obligación principal.

Por el contrario, si el fideicomitente deudor cumple con la obligación garantizada, dará como resultado que se extinga el fideicomiso y el fiduciario deberá devolver los bienes o derechos fideicomitados.

¿Que sucede cuando por causa imputable al fideicomitente se incumple con la obligación principal, y el fiduciario tiene que hacer efectiva la garantía?.

Tendríamos que acudir a lo que señala la fracción III del artículo 2o., de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en relación con el artículo 1051 del Código de Comercio.

Es decir, dichos artículos dan las bases para que en la práctica comercial, cuando se efectúe la enajenación del patrimonio fideicomitado, se requiera la solicitud previa del fideicomisario acreedor y la exhibición de los documentos que acrediten la existencia de la obligación, y de los cuales se desprenda el vencimiento anterior a la fecha de dicha solicitud, el fiduciario requerirá a su vez, al deudor del pago de las prestaciones adeudadas, en caso de incumplir con lo pactado, el fiduciario procederá a la ejecución de la garantía.

Es también usual, establecer que el deudor tiene el derecho al tanto, quien podrá ejercitarlo en su propio beneficio o en provecho de la persona que señale, y

que en todo caso será preferido en igualdad de condiciones, a cualquier tercero que desee adquirir los bienes o derechos fideicomitidos.

Como se ha podido observar, el beneficio de este tipo de fideicomisos es que proporcionan seguridad al fideicomitente o fideicomisario porque el pago efectivo y la preferencia que trata de obtener el acreedor o el vendedor quedan asegurados tanto para el caso de incumplimiento mediante el valor de un determinado bien, invistiendo a la institución fiduciaria de legitimación para realizar el valor de dicho bien.

**Fideicomisos de administración:** Algunos autores los definen como aquellos mediante los cuales le son transmitidos al fiduciario los bienes fideicomitidos, para que el propio fiduciario efectúe la guarda, conservación o cobro de los productos de los bienes fideicomitidos que le señale el fideicomitente entregando los productos o beneficios al fideicomisario.

De lo anterior se podría pensar que podrían presentarse dos tipos o formas de administración:

a) De inversión, consiste en que el fiduciario adquiere, con cargo al patrimonio fideicomitado, los bienes que le señale el fideicomitente.

b) De administración, se basa en que el fiduciario como titular del patrimonio del fideicomiso, se encargue de la guarda y conservación de dichos bienes, efectúe el cobro de los productos, y transmita dichos productos al fideicomisario.

El fin de este tipo de fideicomisos, es que el fideicomitente obtenga rendimientos o intereses mediante la inversión que efectúa el fiduciario, y el rendimiento o interés así obtenido beneficie al fideicomitente.

El fiduciario podrá efectuar la inversión en diversos tipos de documentos como lo son los valores de renta fija o variable, bonos hipotecarios y financieros, obligaciones o las acciones comunes o preferentes de las sociedades anónimas u otro tipo de inversiones en los que obtengan rendimientos.

Al obtener el fiduciario los rendimientos provenientes de las inversiones que efectúa o por el cobro de los dividendos, intereses o rentas que produzcan los bienes o derechos fideicomitidos, procederá a liquidar los gastos propios de estas operaciones, así como los impuestos que se causen por los ingresos antes referidos y a entregar el remanente al fideicomisario, previa liquidación que formule dicho fiduciario.

El beneficio que se persigue mediante este tipo de fideicomisos es el proteger los patrimonios fideicomitados cuando su titular es una persona, que por cualquier tipo de incapacidad, o por inexperiencia en los negocios, pueda sufrir pérdida o menoscabo.

Con anterioridad se habló del negocio simulado (el secreto en la finalidad perseguida), situación que se presenta en algunas ocasiones en los fideicomisos de inversión, como ejemplo se puede señalar el siguiente caso:

El fiduciario efectúa operaciones a nombre propio con dinero que le proporciona el fideicomitente, quien por así convenirle, oculta su identidad a la persona con la que el fiduciario contrata la operación de crédito correspondiente a dicho fideicomiso, operación (fideicomiso secreto) que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, prohíbe en su artículo 359 fracción I.

#### 2.4.5. CONDICIONAL Y SUCESIVO

Esta clasificación se basa en lo establecido por la fracción III del artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual señala que el fideicomiso se extingue "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". Como se podrá observar, al fideicomiso se le incorpora una de las modalidades de las obligaciones, como lo es la condicional, misma que se encuentra contenida dentro del texto del artículo 1938 del Código Civil para el Distrito Federal, y que a la letra dice "La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto."

Asimismo, el artículo 1939 del mismo Código, indica que "La condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación", por su parte, el artículo 1940 de ese mismo ordenamiento establece que "La condición es resolutoria cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiera existido."

**Fideicomiso Condicional:** Se clasifican aquí aquellos en que la existencia del mismo depende del cumplimiento de una condición. Rodolfo Batiza realiza una observación acertada al señalar que "Debe observarse el error en la ley al disponer que el fideicomiso se extingue por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa, o no se verifique en determinado plazo. Si es la existencia del fideicomiso la que depende, precisamente, del cumplimiento de la condición suspensiva, al hacerse ésta imposible o no verificarse dentro del término, es incorrecto hablar de extinción del fideicomiso. Lo más que podrá decirse es que se extingue la posibilidad de su existencia."<sup>53</sup>

**Fideicomisos Sucesivos:** Es importante mencionar que el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1473 establece que quedan prohibidas las substituciones fideicomisarias y cualquiera otra diversa de la contenida en el artículo 1472, sea cual fuere la forma de que se le revista.

<sup>53</sup> Rodolfo, Batiza, Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria, p. 85

Por su parte, el artículo 1482 de ese mismo ordenamiento, indica que: "Se consideran fideicomisarias y, en consecuencia, prohibidas, las disposiciones que contengan prohibiciones de enajenar, o que llamen a un tercero a lo que quede de la herencia por la muerte del heredero, o el encargo de prestar a más de una persona sucesivamente cierta renta o pensión."

Asimismo, el artículo 359 fracción II, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala, que quedan prohibidos los fideicomisos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente.

De lo referido, se podría desprender que existe una incongruencia o conflicto de aplicación de leyes, sin embargo, Rodolfo Batiza señala "No pensamos que, estrictamente, el precepto de la ley sustantiva derogue al derecho común, sino que, más bien, crea una excepción limitada al ámbito del fideicomiso. Dicho de otro modo, la prohibición del artículo 1482 subsiste con respecto a cualquiera de las formas de testamento hecho de conformidad con el Código Civil, pero sin afectar a los fideicomisos testamentarios, esto es, a los testamentos en que se constituya un fideicomiso que contenga la sustitución autorizada en la fracción II del artículo 359"<sup>54</sup>

#### 2.4.6. GRATUITOS Y ONEROSOS

**Gratuitos:** Esta clasificación parte del concepto "gratitud", pero ¿cómo se debe entender este concepto?, para los tratadistas es la liberación para el fideicomisario de cualquier obligación legal, y se pone como ejemplo a los fideicomisos donde los beneficios para el fideicomisario son la constitución por parte del fideicomitente de rentas vitalicias, o la creación de la fundación de asistencia privada.

**Onerosos:** El reverso de los fideicomisos antes señalados, son aquéllos en los que el fideicomitente impone al fideicomisario cargos semejantes o mayores a los beneficios que otorga, por lo que en estos casos se constituye un fideicomiso oneroso o bien constituye un fideicomiso para liberarse de cierta obligación, por lo que esa obligación la aporta al patrimonio fideicomitado.

#### 2.4.7. TESTAMENTARIOS

Esta clasificación parte del hecho de que el fideicomiso al constituirse puede sujetar sus efectos a la muerte del fideicomitente, por lo que necesariamente se

<sup>54</sup> Rodolfo, Batiza, Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria, p. 86.

debe estar a lo señalado por las formas establecidas por el derecho común para los testamentos.

Ahora bien, analizando este tipo de fideicomisos, se concluye que en todo caso se trata de fideicomisos de administración, en vista de que el fiduciario, con la titularidad de los bienes y derechos fideicomitados, procede a la inversión de dinero efectivo que forma parte del acervo del fideicomiso, así como a la guarda y conservación de los demás bienes, hasta que proceda la transmisión de dichos bienes y derechos a los fideicomisarios por ocurrir la extinción del fideicomiso, en esta forma el testador asegura una correcta inversión y una segura administración, cuando los herederos son persona incapaces o cuando carecen de la experiencia suficiente para poder efectuar dichas inversiones y llevar adelante la administración de los bienes y derechos que forman parte de la herencia o del legado.

Este tipo de fideicomisos surten efecto hasta que ocurra la muerte del fideicomitente, en ese preciso momento la fiduciaria, si acepta el negocio, recibe los bienes y derechos del fideicomitente para efectos de realizar los fines del fideicomiso. Al aceptar el fiduciario el negocio, se deberá efectuar conjuntamente la tramitación del juicio sucesorio, resulta conveniente que se designe albacea de la sucesión a la institución fiduciaria que realice el cargo de fiduciario en dicho fideicomiso.

#### 2.4.8. ZONA PROHIBIDA

Este tipo de fideicomisos es clasificado como de administración, y surgen bajo el amparo de lo referido en la fracción I, del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice: "Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. 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 objetivo de este tipo de fideicomisos es el lograr que los extranjeros puedan usar y disfrutar de los bienes inmuebles ubicados en la zona prohibida o sea dentro de una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas.

Siguiendo ese orden de ideas y para efectos de asegurar el desarrollo económico de las zonas fronterizas y litorales del país, el Presidente Luis

# ESTA TESIS NO SALE DE LA BIBLIOTECA

79

Echeverría Álvarez, el 29 de abril de 1971, dictó un acuerdo en donde se autorizó a la Secretaría de Relaciones Exteriores resolviera en cada caso sobre la conveniencia de conceder a las instituciones de crédito permisos para adquirir, como fiduciarias el dominio de bienes inmuebles destinados exclusivamente a la realización de actividades industriales y turísticas ubicadas en la "zona prohibida", siempre que el objeto de la utilización o aprovechamiento de dichos bienes fuera el permitir exclusivamente a los particulares que siendo extranjeros, tengan el carácter de fideicomisarios o de tenedores de certificados de participación inmobiliarios nominativos y no amortizables.

Más tarde el mismo Presidente Echeverría Álvarez envió al Congreso de la Unión el 26 de diciembre de 1972, una Iniciativa de Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera, en la que dentro de su exposición de motivos se estableció que era conveniente incorporar a las disposiciones del acuerdo que autoriza a la Secretaría de Relaciones Exteriores para conceder a las instituciones 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, dicha Ley fue aprobada por el Congreso de la Unión y se publicó en el Diario oficial de la Federación el 9 de marzo del mismo año, entrando en vigor el 9 de mayo de ese mismo año.

Ley que fue abrogada por la Ley de Inversión Extranjera, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1993.

Algunos autores señalan que las principales disposiciones de esa Ley son los artículos 11, 12, 13, y 14.

Al empezar este punto, se señaló que la fracción I del artículo 27 de la Constitución establece de manera expresa, que los extranjeros no pueden adquirir el "dominio directo" sobre tierras y aguas en la zona prohibida, pero la pregunta que nos haríamos es ¿qué se entiende por dominio directo, y por otra parte, si a través de este tipo de fideicomisos se puede adquirir el dominio directo en dicha zona.?

Del análisis de las disposiciones anteriormente señaladas se puede concluir que aún y cuando se carece en la legislación de una definición de dominio directo, siempre ha sido costumbre considerar que si se tiene el derecho de disponer de cierta cosa y la de poder aprovecharla en ese momento se considera que se tiene el dominio directo, por lo tanto partiendo de los beneficios que le otorgue el fideicomitente al fiduciario se sabe si existe o no tal dominio directo, ya que en principio como fideicomisario, el extranjero tendría sólo un derecho de crédito contra el fiduciario para exigirle las prestaciones que a su favor deriven del fideicomiso. Por lo referido, se puede establecer que no existe tal dominio directo en estos fideicomisos cuando el extranjero solo tenga un derecho, de tal manera que nunca pueda ser el disponer y aprovechar del bien en zona prohibida.

Finalmente, se puede concluir al igual que como han sostenido los representantes de este tipo de clasificación, que en el fideicomiso siempre existe una finalidad predominante que es la que sirve de base para determinar su clasificación individual, pero consideran que pueden existir finalidades secundarias que carezcan de importancia para tomarlas como criterio de clasificación.

## 2.5. SECRETO BANCARIO

Se ha considerado desde la antigüedad que el secreto bancario es una parte importante en la actividad de los banqueros, como lo demuestra el hecho de que los depósitos "bancarios" se efectuaban en templos, de donde se desprende que la discreción de estas operaciones estaba muy relacionada con el misterio de lo desconocido, la magia y la religión, ya en la Edad Media, el referido secreto estaba considerando como parte de la ética de los negocios bancarios.

Como se ha señalado, es una tradición que los banqueros guarden discreción respecto de las operaciones y los negocios que efectúan con sus clientes, por consiguiente, el banquero al igual que otros profesionistas tienen la obligación de guardar el denominado "secreto profesional".

Ahora bien, al secreto profesional se le define como el deber que se impone a ciertas personas, que por su profesión, tienen la necesidad de conocer información personalizada de sus clientes y que no debe ser divulgada, debiéndose exteriorizar únicamente para permitir al profesional actuar con todos los elementos de juicio necesarios.

¿Cuánto tiempo están obligadas a guardar el secreto las personas que lo conocen?. Diversos autores estiman que el periodo comprende desde el momento en que inicia la negociación hasta la que se concluye el contrato o convenio, quedando incluida dentro de dicho periodo la etapa de negociación.

Una vez que se ha mencionado en qué consiste el secreto profesional, llevando dicho concepto al secreto bancario, nos encontraremos con que algunos autores consideran que existen dos elementos importantes que forman parte del secreto bancario, (el subjetivo y el objetivo).

El elemento subjetivo comprende la calidad de profesional, es decir, que el secreto bancario no es aplicado por la institución de crédito, sólo para los clientes permanentes, ya que aún cuando realice operaciones ocasionales con una persona que no es su cliente, existe razón suficiente para justificar dicho secreto. Asimismo, y no obstante que no se llegara a efectuar el negocio, el simple hecho de conocer una operación donde se revelan ciertos datos confidenciales, da motivo o es razón suficiente para obligar al depositario del secreto a guardar absoluta confidencialidad.

En relación con el elemento objetivo, se debe entender como el hecho de que los datos confidenciales deben ser conocidos directamente por el banquero en relación con el negocio que trate directamente con el cliente, por lo tanto, de no darse esa relación directa, es decir que una institución bancaria se entera por otros medios de datos confidenciales de su cliente y no sea producto del contacto directo con el interesado, no podría considerarse como sometido a la obligación del secreto bancario.

Por lo señalado se concluye, que todos los bancos están obligados a la observancia del denominado secreto bancario, mismo que debe entenderse como una obligación de no hacer (revelar a terceros la naturaleza y su importancia respecto de todas las relaciones que den entre el propio banco y su cliente, o en las operaciones que efectúe el propio banco con terceros, en interés o por cuenta de su cliente), por lo que la violación de dicho secreto inherente a esos servicios profesionales que presta son de orden civil o penal.

Sin embargo, resulta de suma importancia señalar que hay casos en que esta obligación del secreto bancario desaparece o no se da, como sucede respecto a los mandatarios o apoderados del cliente, o bien respecto de los empleados del patrón cuando por motivo de sus funciones deben estar enterados de los negocios y operaciones bancarias que realiza dicho patrón.

Por otra parte, tampoco puede haber secreto respecto de los cuentahabientes a título universal, porque son o serán quienes de cierta manera reciben íntegramente o en partes alicuotas, el patrimonio del fallecido.

Con relación a los acreedores del cliente bancario, los síndicos o sus representantes, deben tener acceso al patrimonio del quebrado y, por consecuencia, conocimiento de todas sus operaciones bancarias.

Finalmente, la misma autoridad considera que el banquero queda liberado de la obligación de mantener el denominado secreto bancario, tratándose de los casos en que el banco tiene un conflicto con su cliente y que se ventila ante los tribunales. La doctrina admite unánimemente el derecho del banco a prestar toda la documentación necesaria para defender sus intereses ante quien corresponda.

¿Pero que señala la Ley de Instituciones de Crédito respecto al secreto?.

Esta Ley establece en su artículo 117, que:

"Las instituciones de crédito en ningún caso podrán dar noticias o información de los depósitos, servicios o cualquier tipo de operaciones, sino al depositante, deudor, titular o beneficiario que corresponda, a sus representantes legales o a quienes tenga otorgado poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación o servicio, salvo cuando las pidieren, la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el titular sea parte o acusado y las autoridades hacendarias federales, por conducto de la Comisión Nacional

Bancaria, para fines fiscales. Los empleados y funcionarios de las instituciones de crédito serán responsables, en los términos de las disposiciones aplicables, por violación del secreto que se establece y las instituciones estarán obligadas en caso de revelación de secreto, a reparar los daños y perjuicios que se causen."

En relación con las excepciones al secreto bancario que establece el propio artículo 117, se puede señalar que son:

- a) Al depositante, deudor, titular o beneficiario, es decir a quien celebre la operación.
- b) Al representante legal o al apoderado de quien celebre la operación.
- c) A las autoridades judiciales, quienes para poder recabar datos de las instituciones de crédito, es necesario que dicte providencia en juicio.
- d) A las autoridades hacendarias, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria, siempre y cuando la información requerida sea para fines fiscales.

Se puede concluir respecto a este punto que el Secreto Bancario nace de una tradición como lo es, la obligación de discreción respecto de las operaciones y negocios que lo unen a sus clientes, sin embargo como se podrá ver más adelante existe un lado negativo para efectos fiscales en dicha tradición.

## 2.6. EL SECRETO FIDUCIARIO

En el punto anterior se estableció lo que es el secreto bancario, ahora se tratará de señalar lo que representa para la figura del fideicomiso el secreto fiduciario. Al respecto, diversos autores lo han considerado como una subespecie del secreto bancario, toda vez que los elementos que lo conforman son semejantes a los del referido secreto bancario, pero para poder contar con un criterio propio se tratará de hacer un breve análisis de sus elementos y la finalidad del mismo.

Diversos autores han sostenido que la base legal del denominado secreto fiduciario, se encuentra contenida en lo particular en los artículos 46, 117 y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito, mismos que textualmente señalan lo siguiente:

"Artículo 46. Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

XV. Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y comisiones."

"Artículo 117. Las instituciones de crédito en ningún caso podrán dar noticias o información de los depósitos, servicios o cualquier tipo de operaciones, sino al depositante, deudor, titular o beneficiario que corresponda, a sus representantes legales o a quienes tenga otorgado poder para disponer de la cuenta o para

intervenir en la operación o servicio, salvo cuando las pidieren, la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el titular sea parte o acusado y las autoridades hacendarias federales, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria, para fines fiscales. Los empleados y funcionarios de las instituciones de crédito serán responsables, en los términos de las disposiciones aplicables, por violación del secreto que se establece y las instituciones estarán obligadas en caso de revelación del secreto, a reparar los daños y perjuicios que se causen.

Lo anterior, en forma alguna afecta la obligación que tienen las instituciones de crédito de proporcionar a la Comisión Nacional Bancaria, toda clase de información y documentos que, en ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia, les solicite en relación con las operaciones que celebren y los servicios que presten."

"Artículo 118. Con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria, la violación del secreto propio de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta Ley, incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que no sean aquellos entablados por el fideicomitente o fideicomisario, comitente o mandante, contra la institución o viceversa, constituirá a ésta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes."

Sin embargo, Acosta Romero y Almazán Alaniz, critican la redacción del artículo 118, en virtud que da pauta a una serie de interpretaciones, como lo es: "Al utilizar la expresión "incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones", establece como excepción que esos procedimientos sea entablada por el fideicomitente, fideicomisario, comitente o mandante, en contra de las instituciones o viceversa y al estar redactado el pronombre relativo "que" como antecedente de los sustantivos "juicios o reclamaciones", se podría dar a entender que los fideicomitentes, fideicomisarios, mandantes o comitentes, no podrían pedir información a las fiduciarias, sino mediante juicio en contra del fiduciario, lo cual resulta inadmisibile, pues el derecho a la información de las partes que concurren a un contrato es evidente, y el secreto fiduciario no puede llegar a esos límites extremos.

También existe la posibilidad de interpretar que el artículo en comento, tiene una finalidad de restricción, en el sentido de que sólo puede obtenerse informes sobre fideicomisos por medio de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, para los efectos de cumplir con sus facultades y competencia; y en juicio, ya sea civil o penal, exclusivamente en aquellos casos en que existieran denuncias o demandas de los fideicomitentes, fideicomisarios, mandante o comitentes en contra del fiduciario, o viceversa y que, fuera de ese caso, no es procedente proporcionar información.

Existen opiniones en el sentido de que el secreto fiduciario no debe ser tan estricto, sobre todo para efectos de investigación en materia penal o fiscal; sin

embargo, dada la redacción del precepto que comentamos, sólo a través de interpretaciones jurisprudenciales o de modificación de la ley pudiera llegarse a una redacción más acorde con la realidad actual de la operación fiduciaria y la posibilidad de que el secreto fiduciario no esté, como se ha venido comentando, tan restringido como lo está actualmente.<sup>55</sup>

Por su parte, Luis Manuel C. Méjan también encuentra defectuosa la redacción de los citados artículos 117 y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito, al establecer lo siguiente:

"...a la Comisión no le es oponible el Secreto Bancario, simplemente no existe para ella. Sin embargo, en el artículo 117 se establece que ello es así cuando la Comisión ejerce sus funciones de inspección y vigilancia, pero esta mención que parece ser una limitante, extraña y muy curiosamente, no existe en materia fiduciaria. Con respecto a esta omisión caben diversas interpretaciones.

Una, de hecho la única función relevante de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores es la de inspección y vigilancia, por tanto, citarla o no es intranscendente.

Dos, es un simple *lapsus* del legislador y hay que asumir que esta disposición se complementa con la del 117, lo cual además coincide con la lógica de interpretar las disposiciones legislativas una con las otras.

Tres, como se limita enormemente la posibilidad de otras develaciones, se reserva la posibilidad de que en cualquier caso la Comisión obtenga la información y decida si la proporciona al solicitante o no.

El mismo enunciado da las posibilidades interpretativa para ver que en todas hay razón y en todas hay absurdo.

Es cierto que la razón de ser de la Comisión sea la inspección y vigilancia de las Instituciones de Crédito, pero esas funciones, ni son las únicas ni se desempeñan al absoluto libre arbitrio de la Comisión, ésta está sujeta a un reglamento de inspección y a otra serie de normas.

Afirmar que el legislador incurrió en un *lapsus* es una afirmación sumamente grave, aun cuando es sabido que tal cosa ocurre con mucha más frecuencia que la técnica legislativa y los abogados desearían. No es posible afirmar con ligereza el olvido cuando igual posibilidad existe de haber sido intencional o al menos consiente. Es cierto, además que las disposiciones legislativas se interpretan unas con otras y las Instituciones de Crédito requeridas podrían oponerse a un requerimiento de develación por no aparecer claro que se están ejerciendo funciones de inspección y vigilancia.

<sup>55</sup> Acosta Romero, Miguel, (et. al.), Op. cit. p. 324.

La tercera posibilidad es sugerente pero alarmante pues deja absolutamente a criterio de la Comisión la develación lo cual es para decirlo pronto y mal, una derogación completa del principio de seguridad.<sup>56</sup>

Como se ha podido observar en apariencia el secreto fiduciario, es aun más restringido que el bancario, por que dentro de los sujetos obligados a la guarda del multialudido secreto, se encuentran los empleados y funcionarios de la división o departamento fiduciario, y de manera muy especial se encuentran los delegados fiduciarios.

A la conclusión que se puede llegar respecto de este punto, es que dada la redacción del artículo 118 de la Ley de Instituciones de Crédito, da la impresión de que el secreto fiduciario es estricto, en lo particular cuando se trata de investigaciones en materia penal o fiscal, por lo que debe pugnarse por una redacción que el citado secreto no sea tan restringido.

## 2.7. EL FIDEICOMISO PÚBLICO, GUBERNAMENTAL O DEL ESTADO

Se considera oportuno mencionar en forma breve en qué consiste el denominado fideicomiso público, dado que en los último años el Estado ha utilizado con más frecuencia este tipo de fideicomiso. Esta figura, sin embargo al igual que el fideicomiso privado, carece de una precisión teórica y legal.

Como se ha señalado al inicio de este trabajo, existen escasas referencias teóricas a cerca de este fideicomiso, al grado que no existe en nuestra literatura jurídica, un concepto de lo que debe entenderse por fideicomiso de Estado o fideicomiso público, que viene a ser una variante del fideicomiso en general.

Aunado a lo anterior, las normas que se refieren al fideicomiso público se encuentran dispersas en una serie de leyes especiales por una parte, y por otra no existe una ley que lo regule en forma sistemática.

Ahora bien, como se sabe nuestro sistema constitucional se integra por tres poderes, que son el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, y de los tres el Ejecutivo es quién debe cumplir con las responsabilidades administrativas que son de su competencia, y para efectos de facilitar dicha administración la ha dividido en tres grandes grupos de instituciones como son:

1. La organización centralizada, que se encuentra formada por la Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos.
2. Los Organismos Descentralizados que son aquellas entidades con personalidad y patrimonio propios que son creados por una ley; y las empresas de participación estatal o mayoritaria o minoritarias, las cuales

<sup>56</sup> C. Méjan Luis Manuel. El Secreto Bancario, 2a. Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1997, p. 269

están diseñadas para recibir en su capital o administración determinada inversión del gobierno federal.

3. Dentro de la administración paraestatal, la organización del cumplimiento de ciertas responsabilidades del gobierno, mediante fideicomisos.

La justificación que se ha venido sosteniendo por parte de algunos autores con relación a que mediante la creación de un fideicomiso, se pueden desarrollar ciertas actividades del Estado para cubrir las necesidades sociales o económicas podría resumirse en los siguiente puntos:

- *Dada la naturaleza del fideicomiso, se pueden desarrollar actividades temporales, y que son fáciles de identificar, en virtud de que se crea dicha figura mediante un contrato se puede saber la actividad que se desarrolla, el plazo y el objetivo.*
- *Por que sus fines son principalmente de financiamiento y en algunos casos de asesoría respecto a la aplicación que se debe dar a dichos financiamientos.*

Se considera que las ventajas y las características de este tipo de fideicomisos públicos, le permite dar al Ejecutivo una buena solución para necesidades sociales y económicas que por diversas razones no puede solventa de modo directo por la vía centralizada, ni con un organismo descentralizado o con una empresa de participación estatal, por lo que se concluye que este tipo de fideicomiso es considerado como un recurso para el Estado con el fin de poder cumplir con sus fines.

Una vez que se ha señalado que el fideicomiso público es una forma de realizar la actividad del Estado, es importante referir sus características.

### 2.7.1. CONCEPTO

La definición de fideicomiso público se encuentra en el artículo 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, al señalar que: "Los fideicomisos públicos a que se refiere el artículo 3o., fracción III, de esta Ley, son aquellos que el gobierno federal o alguna de las demás entidades paraestatales constituyen con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, que cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades y que tengan Comités Técnicos.

En los fideicomisos constituidos por el gobierno federal, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, fungirá como fideicomitente único de la Administración Pública Centralizada."

*Sin embargo, algunos autores definen al fideicomiso público como un contrato por medio del cual, el gobierno federal, los gobiernos de los Estados o los*

Ayuntamientos, con el carácter de fideicomitente, a través de sus dependencias centrales o paraestatales, transmite la titularidad de bienes del dominio público (previo decreto de desincorporación), del dominio privado de la Federación, entidad federativa o municipales, o afecta fondos públicos, en una institución fiduciaria para realizar un fin lícito determinado, de interés público, es importante señalar esto por que también existe la siguiente crítica, "Las reformas a la LOAPF de abril de 1986 incluyen el artículo 47 que da un concepto, un tanto restringido del fideicomiso público, además de ser la redacción defectuosa, porque el fideicomitente es el gobierno federal, representante del Estado mexicano y no la administración pública centralizada, misma que no tiene personalidad jurídica propia.

Ahora bien, es necesario señalar los elementos que componen dicha definición:

- En primer lugar sólo se enuncia lo que es el fideicomiso público, en la Ley Orgánica de la Administración Pública, sin que se regule dicha figura, por lo que se deberá aplicar para dicha figura, lo previsto en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- La estructura que se utilice mediante el fideicomiso debe ser análoga a la de otras entidades paraestatales, la analogía debe de verse desde el punto de vista del gobierno federal.
- Debe ser constituido necesariamente por el gobierno federal o por otra entidad paraestatal.
- La finalidad debe ser con el fin de auxilio o ayuda al gobierno federal.

Finalmente tiene la obligación de impulsar las áreas prioritarias de desarrollo de acuerdo con la Ley General de Planeación.

## 2.7.2. ELEMENTOS

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala o da los lineamientos legales para efectos de regular al fideicomiso en general, por lo tanto quedaría comprendido dentro de estos lineamientos el fideicomiso público.

De acuerdo a lo anterior, los elementos que participan en el fideicomiso público serían al igual que en cualquier fideicomiso, el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario, sin embargo estos elementos difieren de las características que se dan en los elementos del fideicomiso en general, por lo siguiente:

En los fideicomisos del gobierno federal, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, fungirá como fideicomitente único de la Administración Pública Centralizada, sin embargo y al respecto, existen autores que parecen no estar de acuerdo con dicha práctica legal, en virtud que la citada Secretaría es una de las demás Dependencias que forman parte de la Administración Pública Central Federal y, en estricto sentido, no debería ser el fideicomitente al carecer de

personalidad jurídica, sino que debería ser el gobierno federal, que es el único que tiene dicha personalidad, misma confusión que da en la Ley Federal de las Entidades Paraestatales; en su artículo 41.

Consideran algunos autores que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, o en su caso cualquier otra de las Dependencias del Gobierno Federal deberían ser los representantes del fideicomitente, y de esa manera se subsanaría el error de que solo pueda ser la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la representante.

Existe otro tipo de fideicomisos públicos, como son los constituidos por entidades del Sector Paraestatal y que tienen personalidad jurídica propia, como lo es el caso de la Universidad Nacional Autónoma de México, siendo el fideicomitente el órgano público descentralizado, mismo que actúa por conducto de sus órganos de administración y representación, que es normalmente el director de la institución.

No obstante que algunos autores consideran, que no solo la Secretaría de Hacienda y Crédito Público debería ser fideicomitente en este tipo de fideicomisos, Villagordoa Lozano considera que: "tanto la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal como la Nueva Ley General de Bienes Nacionales se refieran a la Secretaría de Programación y Presupuesto como "fideicomitente único", reflejan el propósito de dar cohesión a la acción del Ejecutivo Federal, al establecer un conducto único para contratar los fideicomisos de la Administración Pública Centralizada; en consecuencia, la competencia que se otorga a dicha dependencia es de carácter exclusivo, no concurrente."<sup>57</sup>

Como fideicomitente, al momento de constituirse el fideicomiso la Secretaría de Hacienda y Crédito Público debe precisar los fines, condiciones y términos, siguiendo las instrucciones del Ejecutivo Federal. Asimismo, debe cuidar que en los contratos queden precisados los bienes fideicomitados, así como las limitaciones, reservas, facultades y derechos que se finquen al comité técnico como se señala en el artículo 41 de la Ley Federal de Entidades Paraestatales.

"Artículo 41. El Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien será el fideicomitente único de la Administración Pública Federal Centralizada, cuidará que en los contratos queden debidamente precisados los derechos y acciones que corresponda ejercitar al fiduciario sobre los bienes fideicomitados, las limitaciones que establezca o que se deriven de derechos de terceros, así como los derechos que el fideicomitente se reserve y las facultades que fije en su caso al Comité Técnico, el cual deberá existir obligadamente en los fideicomisos a que se refiere el artículo anterior."

De igual forma, se deben precisar las facultades que pueden ser transmitidas de la fiduciaria a las personas que deban auxiliarla en el cumplimiento de funciones, cuidando que las mismas no incluyan poderes de expresión de

<sup>57</sup> Villagordoa Lozano, José Manuel, Ob. cit. p. 295.

voluntad, mandato o decisión. En ningún poder se otorgará facultades a los mandatarios para sustituir los poderes que se les confieren, salvo que se trate de mandatos para pleitos y cobranzas.

### 2.7.3. PATRIMONIO

Resulta importante señalar qué tipo de bienes pueden ser objeto del fideicomiso público, y como se debe efectuar dicha transmisión. Respecto de la transmisión de la titularidad de los bienes del dominio público o del dominio privado de la Federación, deberá seguirse la forma de transmisión que se requiere para cada tipo de bienes, pero tratándose de bienes del dominio público, se tendrán que desafectarse de dicho dominio, y pasar al dominio privado de la Federación, mediante el respectivo decreto de desincorporación dictado por el Ejecutivo de acuerdo con la Ley General de Bienes Nacionales.

Los bienes que constituyen el patrimonio fiduciario pueden consistir en:

- Bienes del dominio público, previa desincorporación.
- Bienes del dominio privado.
- Bienes inmuebles.
- Bienes muebles.
- Dinero en efectivo.
- Subsidios.
- Derechos.

Se aclara que el patrimonio de los citados fideicomisos puede estar constituido por cualquiera de los citados bienes o por una combinación de ellos.

### 2.7.4. EL FIDUCIARIO

El fiduciario es el responsable de realizar los fines del negocio, así como la de asumir el cumplimiento directo de las obligaciones legales de las estipulaciones contractuales, y como se señaló anteriormente, sólo pueden ser fiduciarias las instituciones de crédito, de banca múltiple o de banca de desarrollo.

El fiduciario, mediante el delegado fiduciario general, debe someter a consideración de la cabecera de sector los proyectos de estructura administrativa o las modificaciones que sean necesarias para cada fideicomiso dentro de los seis meses siguientes a la constitución o modificación del mismo.

Si para el cumplimiento de la encomienda, la fiduciaria requiere la utilización *personal dedicado directa y exclusivamente al fideicomiso, ajeno al personal de la propia institución*, deberá contratarlo previa opinión del comité técnico.

La fiduciaria deberá mantener dentro de los comités técnicos de los fideicomisos un representante permanente, que concurrirá con voz, pero sin voto, de igual forma debe abstenerse de cumplir con las resoluciones que el comité técnico dicte y estas excedan las facultades expresamente fijadas por el fideicomitente, por lo que de excederse deberá responder de los daños y perjuicios que se causen.

Los fideicomisos públicos pueden tener como objetivo entre otros:

- La inversión (se entiende que de fondos públicos),
- Manejo y administración de obras públicas.
- Prestación de servicios.
- La producción de bienes para el mercado.

El objeto de los fideicomisos públicos, puede ser tan amplio que no se pueden considerar solo los anteriormente listados, como ejemplo podemos citar los siguientes:

- Para efectos de regularizar la tenencia de la tierra, encontramos al fideicomiso denominado "Bahía Banderas".
- Con objeto de realizar planes de construcción de conjuntos habitacionales para personas de bajos ingresos, se puede citar los relativos a las diversas unidades habitacionales como la denominada "FIDIVESU".
- Para efectos de operar con eficacia toda clase de empresas, sin tener personalidad jurídica propia.
- Se pueden establecer aquellos que se dan conjuntamente con autoridades federales, locales y municipales.
- Para efectos del desarrollo de parques y zonas industriales.
- Fondos de fomento o redescuento, que son utilizados por el gobierno federal con recursos presupuestarios o fiscales, tanto en el Banco de México, como en Nacional Financiera, el fin de dichos fideicomisos es operar como banca de segundo piso, tomando en redescuento el papel que la banca recibe para acreditar a su clientela. Por lo que se refiere al fin de los referidos fondos tiene como propósito específico, destinar o canalizar selectivamente el crédito hacia ciertas áreas de la economía:
- Para liquidar legalmente instituciones y organizaciones de crédito.
- Para desarrollo de cuestiones culturales.
- Para construcción de escuelas.
- Para desarrollos portuarios.

Como se ha podido observar, al ser el objetivo muy amplio en esta clase de fideicomisos, los fines también varían; pero siempre serán de interés público, para satisfacer mejor las necesidades colectivas, obtener mejores rendimientos de los elementos de la administración pública, hacer óptima esa actividad y tender a una mayor eficiencia y eficacia.

Los fines concretos que se persiguen por los fideicomitentes son pactados en cada contrato y resultaría complicado efectuar un análisis de cada uno de los mismos.

En los fideicomisos denominados "normales", su duración máxima es de treinta años, sin embargo, la ley hace la salvedad de que cuando sean instituciones de beneficencia o de orden público, su duración puede ser indefinida, situación que también ha sido prevista por el artículo 85 de la Ley de Instituciones de Crédito de 1990.

Puede afirmarse que la regulación legal del fideicomiso público ha sufrido una transformación radical de 1970 a la fecha.

Inicialmente, ni la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, de 1932, ni la de 1941, así como tampoco la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de 1932, que fue el ordenamiento legal que dio las bases definitivas para la institucionalización del fideicomiso en México, previeron que el fideicomiso pudiera tener el alcance suficiente como para ser utilizado como un instrumento de acción administrativa por parte del Estado.

Las referidas leyes al ser aplicados e interpretados por el legislador desde que fue emitida la Ley de 1932 hasta la reformada en 1984, siempre han considerado que no existe limitación legal alguna para efectos de que el Estado sea fideicomitente, y constituya fideicomisos para lograr su finalidad social.

Algunos autores estiman que el legislador no aprovechó la oportunidad que tuvo en su momento para incorporar en la nueva legislación bancaria, toda experiencia acumulada en la práctica que ya se tenía sobre el fideicomiso público y por consiguiente omitió efectuar una verdadera compilación de normas sobre esta figura, ya que sólo se concretó a transcribir los antiguos preceptos de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de Crédito de 1941, sin realizar aportación alguna al fideicomiso público, momento que se considera aún puede realizarse, sin embargo, efectivamente se perdió una buena oportunidad para poder sistematizar y unificar, las normas que regulan al fideicomiso público mexicano. La nueva Ley Federal de las Entidades Paraestatales en su Capítulo IV las regula, pero a juicio de los estudiosos del fideicomiso, no de forma muy adecuada.

Como se recordará, el Gobierno Federal fue el primero que utilizó en la práctica la referida figura del fideicomiso, para destinar bienes del Estado a la realización de fines de interés público por conducto de una fiduciaria y, si se ve la utilidad que se le ha dado actualmente a esa figura nos encontraremos con numerosos fideicomisos del gobierno federal.

Resulta lógico pensar que los gobiernos de las entidades federativas, al ver la efectividad de esa figura en el actuar del gobierno federal, también han

comenzado a utilizar los beneficios del fideicomiso y lo mismo han hechos los municipios.

Por otra parte es importante señalar, que originalmente las disposiciones legales emitidas por el legislador para efectos de regular al fideicomiso fueron destinadas y pensadas para esa figura pero el que se da entre particulares, por lo que en la práctica resultan tales disposiciones insuficientes para regular el fideicomiso público, ya que no contempla la problemática que va más allá de los intereses privados, y como consecuencia de esa falta de regulación se ha tratado de resolver mediante una reforma administrativa y legal para tratar de encuadrar a los fideicomisos dentro de la administración pública y regularlos mediante normas de derecho público.

¿Cuales fueron las primeras disposiciones legales que mencionaron al fideicomiso público?

- Ley de Ingresos de la Federación para 1970, en el segundo párrafo del artículo 15.
- Ley para el Control por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1970.
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en los artículos 1o, 3o, y 47, mismos que se transcriben a continuación:
- Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gastos Públicos, en sus artículos 2o, 3o, 9o, 10, 27, 28, 39 y 40.
- Ley Federal de las Entidades Paraestatales, en sus artículos 1o, 2o, 4o, 9o, 40 al 45, 63 y Sexto Transitorio
- Ley General de Deuda Pública, artículo 1o, fracción IV:
- Presupuesto de Egresos de la Federación, correspondiente a cada año fiscal.
- Ley de Ingresos de la Federación, correspondiente a cada año fiscal.

Además de otras disposiciones internas que se conocen en la práctica bancaria con el nombre de "Reglas de Operación" que generalmente, son fijadas por el comité técnico de cada fideicomiso.

Una vez que se han referido los diversos ordenamientos que regulan al fideicomiso público, se puede concluir al igual que diversos autores lo señalan que son demasiadas leyes que de alguna manera complican su estudio sistemático.

El fideicomiso público se constituye, mediante la autorización del ejecutivo federal, y en la cual se habrá avalado tanto los objetivos como las características generales de dicha figura.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público al constituir el fideicomiso del gobierno federal deberá precisar a la fiduciaria las condiciones y términos del contrato, así como los derechos y acciones que corresponda ejecutar al fiduciario sobre los bienes fideicomitidos.

De igual forma deberán precisarse los derechos que se reservará el fideicomitente, incluyendo el poder revocarlo, lo que no aplica respecto de los fideicomisos constituidos por mandato de la ley, en dicho contrato también deberán señalarse las facultades del comité técnico, si es que se constituye.

También la mencionada Secretaría deberá señalar que cuando las instituciones fiduciarias necesiten otorgar mandatos para auxiliar en el cumplimiento de funciones secundarias, esos mandatos no podrán abarcar facultades de mando o decisión; tampoco tendrán facultades para sustituir los poderes, salvo en los que tengan el mandato para pleitos y cobranzas.

Si se establece un comité técnico, lo que conforme al artículo 41 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales es obligatorio para la Administración Pública Federal, debiendo haber un representante del coordinador del sector respectivo y uno de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, respecto de la fiduciaria también podrá tener un representante permanente con voz, pero sin voto.

En relación con la fiduciaria es importante señalar que deberá abstenerse de cumplir resoluciones del comité técnico, cuando éste se exceda en sus facultades conforme al objeto de su constitución, o si viola las cláusulas del contrato de fideicomiso.

Respecto del delegado fiduciario general, éste deberá presentar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público los proyectos y programas de actividades que requieran de financiamiento, y que se encuentren aprobados por el comité técnico, si lo hay, y en su caso, obtener de la misma Secretaría, la autorización para poder gestionar y contratar cualquier financiamiento de acuerdo con la Ley General de Deuda Pública.

La modificación o extinción de los fideicomisos del gobierno federal deberá ser propuesta por el coordinador del sector correspondiente o por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, previa opinión de la Coordinación General de Estudios Administrativos y de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quienes la emitirán en un plazo de treinta días a partir de la fecha que les fuere solicitada.

Un punto muy importante que se debe tratar es respecto a la denominada sectorización y coordinación de los fideicomisos del gobierno federal, debido a la reforma administrativa, que efectuó el Ejecutivo Federal a partir de 1977, se incluyó en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal a los fideicomisos

como una forma de control y coordinación de las entidades que forman el sector *paraestatal*.

De dicha sectorización resulta lógico pensar que puede existir un conjunto de *entidades paraestatales que coinciden sus fines con otra entidad, por lo que debe existir una política coordinada y unitaria y con esto evitar la duplicidad de funciones, obteniendo un mayor aprovechamiento de recursos, tanto humanos como materiales y optimizar su rendimiento.*

Algunos autores al referirse a la sectorización que se ha venido dando en la administración pública, señalan que lo único que se ha conseguido es una disminución del sector *paraestatal* dentro del cual se encuentran comprendidos los fideicomisos, y que lo grave de esta situación es que al existir tal reducción, los sectores se quedan sin empresas que sectorizar o se ven disminuidos.

Una de las críticas severas que se le hacen al fideicomiso público, es el hecho de que sus normas aplicables se encuentran dispersas en los diferentes ordenamientos, por lo que debería efectuar una revisión bien estructurada a fin de reunir en un solo ordenamiento legal las disposiciones que regulen a este tipo de fideicomisos, y se considera que el cuerpo legal idóneo lo sería la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

## **Capítulo 3**

### **Régimen legal del fideicomiso**

- 3.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- 3.2. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
- 3.3. Ley de Instituciones de Crédito
- 3.4. Código Fiscal de la Federación
- 3.5. Ley del Impuesto sobre la Renta
- 3.6. Ley del Impuesto al Activo
- 3.7. Ley del Impuesto al Valor Agregado

### 3.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Para intentar determinar cual es tratamiento fiscal aplicable al fideicomiso, es necesario empezar por recordar que el Estado tiene encomendadas una serie de obligaciones o tareas que debe realizar a fin de poder organizar la vida de la sociedad civil. En este sentido, el Estado debe expedir las leyes que rijan su conducta con los particulares, así como la actuación del Estado mismo.

Como es sabido, el Estado tiene que realizar una serie de funciones y prestar una cantidad de servicios públicos que los particulares por sí mismos no podrían realizar, ni prestar, ya que el Estado es el gestor del bien común temporal. Para realizar todas esas actividades el Estado tiene necesidad de obtener recursos que en su gran mayoría son provenientes del patrimonio de los particulares.

También debemos recordar que en todos los Estados, y en todas las épocas de la historia de la humanidad, el Estado ha ejercitado su poder tributario, exigiendo a los particulares que le trasladen una parte de su riqueza, tales aportaciones han recibido el nombre de tributos, contribuciones, e impuestos.

En los Estados que rigen su vida por constituciones y conforme al sistema de la división de poderes, la facultad tributaria es exclusiva del Poder Legislativo, mismo que ejerce dichas facultades fiscales en el momento en que se expiden las leyes que determinan los hechos o situaciones que al ser actualizadas por el particular se genera la obligación del pago de contribuciones.

En nuestro país, el poder tributario es ejercido por el Poder Legislativo en materia federal, y por los Poderes Legislativos de los Estados en materia local y municipal. Por su parte, el Poder Ejecutivo, en su carácter de Administrador Fiscal, al determinar o al comprobar cuando se han actualizado esos hechos o situaciones que generan la obligación de pagar esas contribuciones, señala o determina la cuantía de los pagos, o bien, verifica si las prestaciones que han realizado se encuentran ajustadas a la Ley.

¿Pero el poder tributario del Estado es ilimitado?. La respuesta es no, toda vez que, dentro del derecho positivo mexicano, el poder tributario que ejercen tanto la Federación como los Estados, se encuentran sujetas a limitaciones establecidas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dichas limitaciones tienen el carácter de garantías individuales y constituyen una parte de las limitaciones del poder del Estado, en sus aspectos legislativo y ejecutivo.

Lo anterior, lo podemos apreciar en la fracción IV, del artículo 31, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al establecer, que son obligaciones de los mexicanos entre otras, contribuir para los gastos públicos, así como de la Federación, del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que

residan, de manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes. Tenemos en este caso una muestra de esa limitación, toda vez, que al encontrarse consagrado el principio de legalidad de las contribuciones, el ciudadano sólo tiene la obligación de contribuir para los gastos públicos de la Federación, de los Estados y de los Municipios los impuestos que se encuentren establecidos en las leyes respectivas. Por esta razón el principio de legalidad en materia tributaria puede enunciarse mediante el aforismo adoptado de "nulum tributum sine legem".

Otra limitación la encontramos en el principio de legalidad de las contribuciones, lo que significa que la ley que establece el tributo debe definir cuáles son los elementos y supuestos de la obligación tributaria, esto es, los hechos imponibles, los sujetos pasivos de la obligación que va a nacer, así como el objeto y la cantidad de la prestación; por lo que todos estos elementos no deben quedar al arbitrio o discreción de la autoridad administrativa, así como las excepciones de las cargas que se establezcan a los mismos.

No obstante lo referido, existe una sola excepción al principio de legalidad que establece la propia Constitución, y es la contenida en el artículo 131, según el cual, el Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir, o suprimir las cuotas de las tarifas de importación y exportación, expedidas por el propio Congreso y para crear otras, así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional o de realizar cualquier otro propósito en beneficio del país. El propio Ejecutivo, al enviar al Congreso el Presupuesto de Egresos de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida.

Conforme a lo señalado se concluye, que para considerar que una contribución es constitucional deberá contener los siguientes elementos:

a) Debe encontrarse prevista en una ley en sentido formal y material.

b) Debe ser destinada al gasto público. Sobre este punto, cabe hacer notar que el precepto constitucional no ha definido lo que ha de entenderse por gasto público, sin embargo, Enrique Calvo señala que "el sentido común nos sugiere que son las erogaciones en que incurre el orden jurídico; es decir, el Estado, para ejercer sus funciones y cumplir con su finalidad que consiste en establecer conductas obligatorias y sancionar su cumplimiento."<sup>58</sup>

c) Debe ser proporcional. En relación con esta limitación constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, refiriéndose al impuesto sobre la renta, sostiene que el principio se atendía "medularmente", a través del establecimiento de tarifas progresivas de impuesto y a la debida consideración de la capacidad

<sup>58</sup> Calvo Nicolau, Enrique. Tratado del Impuesto sobre la Renta, Tomo I, Editorial Themis, México, 1995, p. 112.

económica de los sujetos. Lo que podemos observar en la siguiente tesis jurisprudencial:

### IMPUESTOS, PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD DE LOS

Localización  
 Instancia: Pleno  
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación  
 Epoca: 7A  
 Tomo: 199-204  
 Parte: Primera  
 Página: 144

**Texto:**

El artículo 31, fracción IV, de la Constitución, establece los principios de proporcionalidad y equidad en los tributos. La proporcionalidad radica, medularmente, en que los sujetos pasivos deben contribuir a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad económica, debiendo aportar una parte justa y adecuada de sus ingresos, utilidades y rendimientos. Conforme a este principio los gravámenes deben fijarse de acuerdo con la capacidad económica de cada sujeto pasivo, de manera que las personas que obtengan ingresos elevados tributen en forma cualitativamente superior a los de medianos y reducidos recursos. El cumplimiento de este principio se realiza a través de tarifas progresivas, pues mediante ellas se consigue que cubran un impuesto en monto superior los contribuyentes de más elevados recursos y uno inferior los de menores ingresos, estableciéndose, además, una diferencia congruente entre los diversos niveles de ingresos. Expresado en otros términos, la proporcionalidad se encuentra vinculada con la capacidad económica de los contribuyentes que debe ser gravada diferencialmente conforme a tarifas progresivas, para que en cada caso el impacto sea distinto no sólo en cantidad sino en lo tocante al mayor o menor sacrificio, reflejado cualitativamente en la disminución patrimonial que proceda, y que debe encontrarse en proporción a los ingresos obtenidos. El principio de equidad radica medularmente en la igualdad ante la misma ley tributaria de todos los sujetos pasivos de un mismo tributo, los que en tales condiciones deben recibir un tratamiento idéntico en lo concerniente a hipótesis de causación, acumulación de ingresos gravables, deducciones permitidas, plazos de pago, etc., debiendo únicamente variar las tarifas tributarias aplicables de acuerdo con la capacidad económica de cada contribuyente, para respetar el principio de proporcionalidad antes mencionado. La equidad tributaria significa, en consecuencia, que los contribuyentes de un mismo impuesto deben guardar una situación de igualdad frente a la norma jurídica que lo establece y regula.

**Precedente:**

Volúmenes 199-204, pág. 57. Amparo en revisión 2598/85. Alberto Manuel Ortega Venzor. 2 de noviembre de 1985. Unanimidad de 17 votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón.

Este principio también ha sido comentado por algunos autores, tal es el caso de Adolfo Arrija Vizcaino, quien establece lo siguiente:

"Para cumplir, en primer término con el principio constitucional de proporcionalidad, todas las leyes impositivas, sin excepción, deben:

a) Establecer cuotas, tasa, tarifas progresivas que graven a los contribuyentes en función de su verdadera capacidad económica.

b) Afectarse impositivamente una parte justa y razonable de los ingresos, utilidades o rendimientos obtenidos por cada contribuyente individualmente considerado; y

c) Distribuir equilibradamente entre todas las fuentes de riqueza existentes y disponibles en el país, el impacto global de la carga impositiva, a fin de que la misma no sea soportada por una o varias fuentes en particular."<sup>59</sup>

Por su parte, Emilio Margáin Manautou establece que "proporcional significa que comprenda por igual, de la misma manera, a todos aquellos individuos que se encuentran colocados en la misma situación o circunstancia"<sup>60</sup>

De lo referido, se puede concluir que la obligación de contribuir a las cargas públicas es una obligación que es impuesta por el Estado a las personas físicas o morales, sin embargo, partiendo que la naturaleza del fideicomiso es la de un acto o negocio jurídico, que se expresa mediante un acuerdo de voluntades en un "contrato", dicho acto no es sujeto del pago de contribuciones, sino que lo serán en su caso, el fideicomitente, el fiduciario o el fideicomisario, pero no la figura del fideicomiso.

### 3.2. LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO

Resulta interesante señalar, que algunos autores indican que en nuestro sistema legal se le ha considerado al fideicomiso como una operación de crédito, esto en virtud de que aún y cuando esa figura no da lugar a la apertura o concesión de un crédito en su acepción de contrato de préstamo, sí en cambio, se apoya en la buena fe del fideicomitente y el fiduciario, que como se señaló con anterioridad fue precisamente la fe lo que dio vida a esta figura jurídica, así como en la confianza en el crédito de que disfrutaban las personas a quienes la ley permite su ejercicio, para efectos de que pueda ser clasificado como tal.

No obstante lo anterior, se tratará de encontrar la razón que tuvo el legislador para haber regulado la figura del fideicomiso en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por tal virtud, es necesario empezar por transcribir el

<sup>59</sup> Adolfo Arrijo Vizcaino, Derecho Fiscal, 12ª. Edición, Editorial Themis, México, 1997, p. 326.

<sup>60</sup> citado por Carrasco Iriarte, Hugo, Derecho Fiscal Constitucional, 2a. Edición, Editorial. Harla México, 1993, p. 156

texto de la exposición de motivos de la misma ley, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 1932, y la cual señala lo siguiente:

"Aún cuando ello ofrece los peligros inherentes a la importación de instituciones jurídicas extrañas, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito reglamenta el fideicomiso, porque ya desde 1926 la Ley General de Instituciones de Crédito los había aceptado, y porque su implantación sólida en México, en los límites que nuestra estructura jurídica general permite, significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía. *Corrigiendo los errores o lagunas más evidentes de la ley de 1926, la nueva ley conserva, en principio, el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, circunscribe a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias y establece las reglas indispensables para evitar los riesgos que, con la prohibición absoluta de instituciones similares al fideicomiso, ha tratado de eludir siempre la legislación mexicana. Los fines sociales que el fideicomiso implícito llena en países de organización jurídica diversa de la nuestra, pueden ser cumplidos aquí con notorias ventajas, por el juego normal de otras instituciones jurídicas mejor construidas. En cambio, el fideicomiso expreso puede servir a propósitos que no se lograrían sin él, por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una compilación extraordinaria en la contratación.*"

De dicha redacción, se puede inferir que no existen elementos que den *pauta para determinar cuál fue la razón o motivo de haber sido regulado el fideicomiso en la citada Ley. Ahora bien, de acuerdo con algunos autores, el segundo párrafo del artículo 1o, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al señalar que las operaciones de crédito que la misma reglamenta son actos de comercio, se considera que desde el punto de vista formal, que el fideicomiso es un acto de comercio.*

Sin embargo, conforme a la opinión de otros estudiosos de esta figura, consideran que el fideicomiso desde el punto de vista objetivo, material y sustantivo, en estricto sentido no es una operación de crédito, toda vez que desde su constitución no se recibe, ni se otorga crédito, además que del análisis de los artículos que regulan al fideicomiso en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no se prevé, ni se señala en forma expresa o tácita, que mediante dicha figura pueda otorgarse u obtenerse un crédito.

Por lo referido se concluye, que existe una profunda distancia entre la práctica del fideicomiso que se da día a día y su regulación, ya que como se señaló, ni en la exposición de motivos, ni en el propio cuerpo de esa ley, se puede considerar al fideicomiso como una operación de crédito, ya que más bien se trata de una prestación de servicios profesionales especializados bancarios que se basan en la honorabilidad de sus funcionarios y de la confianza que infunden para que las personas entreguen sus bienes y realizar con ellos actos lícitos, pero de ninguna manera una operación de crédito.

Rodolfo Batiza señala por su parte, que además de ser técnicamente un acto de comercio, se ha sostenido, que el fideicomiso es un acto absolutamente mercantil, posición que considera no tiene apoyo en la ley, en virtud de que la categoría de los actos "absolutamente mercantiles" es más doctrinaria que legal, y agrega que en la práctica bancaria se demuestra que el fideicomiso constituye un "acto mixto" en los términos del artículo 1050 del Código de Comercio, ya que es civil para el fideicomitente y mercantil para el fiduciario, dada su calidad de institución bancaria.<sup>61</sup>

Por otra parte, no debemos perder de vista que a partir de 1925 cuando se utilizó el trust en los arreglos de la deuda pública exterior de México, y, especialmente, en la emisión de obligaciones para la consolidación de la deuda de los Ferrocarriles Nacionales, ha sido el criterio del jurista regular la figura del fideicomiso como una operación típica de crédito.

No podemos dejar de recalcar que el marco jurídico del fideicomiso se encuentra disperso en un conjunto de ordenamientos, sin embargo, existen autores que consideran que la figura del fideicomiso se debe ver desde dos aspectos, uno objetivo y otro subjetivo.

En relación con el aspecto objetivo de la regulación de la figura del fideicomiso, se considera que este se encuentra contenido principalmente en los artículos 346 al 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Respecto al aspecto subjetivo, se estima como la regulación de las actividades fiduciarias y las cuales se encuentran contenidas en diversas leyes, reglamentos y disposiciones administrativas, por lo que enunciaremos a continuación los diversos ordenamientos que regulan al fideicomiso:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley de Instituciones de Crédito.
- Ley General de Sociedades Mercantiles.
- Ley Federal de Instituciones de Fianzas.
- Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.
- Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.
- Ley Federal de Turismo.
- Ley del Banco de México.
- Código de Comercio.
- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal.
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
- Ley Federal de las Entidades Paraestatales
- Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal.
- Ley Agraria.
- Ley de Inversión Extranjera.

<sup>61</sup> Rodolfo, Batiza, Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria, p. 44.

- Ley General de Deuda Pública.
- Ley Federal del Derecho de Autor
- Código Fiscal de la Federación y su Reglamento.
- Ley del Impuesto sobre la Renta y su Reglamento.
- Ley del Impuesto al Valor Agregado y su Reglamento.
- Ley del Impuesto al Activo y su Reglamento.
- Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio e Inmuebles para el Distrito Federal.

Para efectos del presente trabajo, trataremos de señalar las disposiciones legales que regulan al fideicomiso en materia fiscal, así como las críticas que los autores realizan a esos ordenamientos.

Por tal motivo, sólo se enunciarán los artículos de las siguientes disposiciones legales; Ley General de Títulos y Operaciones de Créditos, Ley de Instituciones de Crédito, Código de Comercio, Código Civil para el Distrito Federal, Código Fiscal de la Federación, Ley del Impuesto sobre la Renta, Ley del Impuesto al Activo y Ley del Impuesto al Valor Agregado, y únicamente se abundará en el artículo que se considere relevante.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dedica todo su Capítulo V, al fideicomiso, dicho Capítulo comprende de los artículos 346 a 359.

El artículo 346 establece el concepto legal del fideicomiso, con el inconveniente de haber utilizado en la redacción la palabra "destina" en lugar de la de "entregar" y con esto se plantea el problema de interpretación para efectos de saber si existe o no una transmisión de bienes.

El artículo 347 indica lo que sucede cuando el fideicomiso es constituido sin fideicomisario, lo que igual plantea un problema de interpretación, ya que algunos autores consideran que si no se señala al fideicomisario no será válido el fideicomiso, lo que es incorrecto ya que en cualquier momento aparecerá el referido fideicomisario baste ver lo que señalan los artículos 348 y 355, de donde se desprende que el fideicomisario es indispensable.

El artículo 348 refiere a la capacidad del fideicomisario, un quinto párrafo se adicionó el 24 de mayo de 1996, el cual a la letra dice "*La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitados y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso que surgiere un conflicto de intereses entre las mismas.*", dicha adición la consideran los estudiosos de esta figura como un regresión a lo que se había logrado a partir de 1932, toda vez que es incuestionable que al estar ante una relación acreedor-deudor al ser la fiduciaria la acreedora buscará indiscutiblemente su propio beneficio.

En el artículo 349, este precepto se refiere a la capacidad jurídica que se requiere para ser fideicomitente y resulta de igual manera que algunos autores consideran que el término de afectación debe entenderse como el destino que le da el fideicomitente a los bienes que fideicomite, y no debe entenderse como una transmisión de bienes.

El artículo 350 señala los requisitos para ser fiduciaria. En el primer párrafo de este artículo se señala expresamente que *"Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito."*, sin embargo, **esta disposición actualmente no es del todo exacta, por lo que debe ser modificada, toda vez que se han emitido en otras disposiciones distintas a las de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, las cuales permiten la posibilidad de que el carácter de fiduciaria no sea desempeñado por una institución de crédito, como se puede observar en lo establecido por la Ley Orgánica del Patronato del Ahorro Nacional que en su artículo 5o, fracción VIII, al señalar lo siguiente:**

Artículo 5o. Para el cumplimiento de su objeto el Patronato del Ahorro Nacional podrá:

I a VII. ....

VIII.- Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y llevar a cabo mandatos y comisiones;

IX a X. ....

De igual forma en la Ley del Banco de México, en su artículo 7o., fracción XI, señala que:

Artículo 7o. El Banco de México podrá llevar a cabo los actos siguientes:

I. a X. ....

XI. Actuar como fiduciario cuando por ley se le asigne esa encomienda, o bien tratándose de fideicomisos cuyos fines coadyuven al desempeño de sus funciones o de los que el propio Banco constituya para cumplir obligaciones laborales a su cargo, y

XII. ....

También resulta importante señalar que las filiales de instituciones financieras del exterior, podrán realizar las mismas operaciones que las instituciones de banca múltiple o las sociedades financieras de objeto limitado, esto de conformidad con lo dispuesto por el artículo 45-D de la Ley de Instituciones de Crédito, esto quiere decir que también las filiales de instituciones

financieras del exterior podrán practicar operaciones fiduciarias en México, tal como lo señala el texto del este artículo:

Artículo 45-D. Las autoridades financieras, en el ámbito de sus respectivas competencias, garantizarán el cumplimiento de los compromisos de trato nacional que en su caso sean asumidos por México, en los términos establecidos en el tratado o acuerdo internacional aplicable.

Las Filiales podrán realizar las mismas operaciones que las instituciones de banca múltiple o las sociedades financieras de objeto limitado, según corresponda, a menos que el tratado o acuerdo internacional aplicable establezca alguna restricción.

El segundo párrafo del artículo 350, da pauta a una serie de comentarios interesantes en virtud de que dicha disposición señala expresamente que: *"En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elijan el fideicomisario o, en su defecto, el Juez de Primera Instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la ley."*

Por su parte, el artículo 356 indica que *"La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo; estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo, no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un Juez de Primera Instancia del lugar de su domicilio, y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa."*

De lo referido, algunos autores consideran que el hecho de designar a un fiduciario sin su previo conocimiento, se puede interpretar que el fiduciario está obligado a desempeñar el cargo que el fideicomitente señale, sin embargo existen dos posiciones en contrario, por una parte, para algunos autores esto confirma que el fideicomiso se constituye a partir de un acto unilateral, y por otra, al tener la fiduciaria la opción de contratar aquellos fideicomisos que por sus condiciones le convengan, concluyen, que se está en presencia de una declaración unilateral que, por sí misma, no puede constituir un fideicomiso.

El artículo 351 refiere al objeto del fideicomiso, sin embargo, el segundo párrafo de dicho precepto es el que levanta una serie de comentarios, al señalar lo siguiente: *"Los bienes que se den en fideicomiso, se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo, o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros."*, algunos autores

han sostenido que el término de afectación en este caso, es sinónimo de destino y no de transmisión, problemática que será tratada más adelante.

El artículo 352 refiere a la constitución del fideicomiso por acto entre vivos o por vía testamento, la observación o comentario que se efectúa a este precepto es que para algunos autores sirve de refuerzo respecto de la teoría del acto unilateral para la creación del fideicomiso, ya que la doble posibilidad que se plasma en ese artículo obedece al momento en que surte sus efectos, sea desde su constitución misma, o bien, en virtud de la muerte del testador momento en que el fideicomiso, al haberse constituido desde el otorgamiento del testamento correspondiente, surta sus efectos y entonces se celebre el contrato por el que la fiduciaria se obligue a ejecutar los actos por los cuales se alcancen los fines asignados por el fideicomitente, supuesto éste en el que el contrato relativo será celebrado por el albacea de la sucesión correspondiente.

En relación con el artículo 353 se señala lo relativo a la oponibilidad a terceros en fideicomisos sobre inmuebles, este precepto solo quiere precisar que será ante el Registro Público de la Propiedad donde deba inscribirse el inmueble que se encuentre en fideicomiso.

Por lo que se refiere al artículo 354, éste establece el momento en que opera la oponibilidad frente a terceros, y donde para estos efectos se contemplan tres tratamientos diferentes:

- a) Respecto de créditos no negociables o de un derecho de crédito, la oponibilidad empezará a correr a partir de que el deudor correspondiente sea notificado del fideicomiso constituido.
- b) Tratándose de un título nominativo, la oponibilidad se dará desde que el documento cambiario correspondiente sea endosado, por causa del fideicomiso, es decir endosado por el fideicomitente, además de que el fideicomiso se haga constar en el libro de registro del emisor.
- c) En relación con cosas corpóreas o de títulos al portador, la oponibilidad tendrá lugar cuando éstos estén en poder físico de la fiduciaria.

En el artículo 355 se señala al fideicomisario como titular de derechos de crédito, de la redacción de ese artículo se desprenden tres derechos:

1. Exigir a la institución fiduciaria el cumplimiento de los fines del fideicomiso.
2. Atacar la validez de los actos que la fiduciaria efectúe en perjuicio del fideicomisario, de mala fe o en exceso de facultades, es decir que se

cuenta con la posibilidad conferida por la ley de demandar la nulidad de dichos actos.

3. Reivindicar, cuando proceda, los bienes que hubieran salido del patrimonio fideicomitado por los actos que la fiduciaria efectúe en perjuicio del fideicomisario, en este caso se esta en presencia de una acción de nulidad con efectos repositorios que es ejecutada por el acreedor.

Con relación a lo señalado por los artículos 356, 357, 358 y 359 que refieren respectivamente a la titularidad y atribuciones de la fiduciaria, causas de extinción del fideicomiso, devolución de bienes por efectos de la extinción, y fideicomisos prohibidos, no existen comentarios de importancia.

Una vez que se han efectuado los comentarios pertinentes a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, nos referiremos a la Ley de Instituciones de Crédito.

### 3.3. LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO

El artículo 46 fracción XV, de ese ordenamiento legal señala, que las instituciones de crédito sólo podrán realizar entre otras operaciones, la práctica de operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y comisiones.

El citado artículo establece de manera enunciativa los servicios que las instituciones de crédito pueden prestar y celebrar, encontrándose comprendida la del fideicomiso que como ya se mencionó están reguladas por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, estableciendo este último ordenamiento en el primer párrafo del artículo 350 que "Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito."

Como se recordará, esta exclusividad en la actualidad no existe, dado que pueden ser fiduciarias entre otros, el Patronato del Ahorro Nacional, las casas de bolsa, instituciones de seguros, esto con base en lo establecido por sus leyes respectivas.

Ahora bien, para efectos del manejo del fideicomiso por las instituciones de crédito, encontramos dentro del Capítulo IV denominado de los servicios, en la Ley de Instituciones de Crédito, las siguientes disposiciones:

En el artículo 79, se establece como obligación para las instituciones de crédito que cuando lleven a cabo entre otras operaciones, las de fideicomiso, dichas instituciones deberán abrir contabilidad especial, debiendo registrar en la misma y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos

que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos, los cuales invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la institución de crédito, con los de la contabilidad especial. Dicho precepto agrega, que en ningún caso dichos bienes estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo, o las que contra esa operación corresponda a terceros.

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

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

De lo referido, se concluye que las operaciones contables que se realicen deben ser exclusivas del y para el fideicomiso, y no deben ser mezcladas con otras operaciones diferentes a la pactada.

Jorge Saldaña indica que: "Las instituciones fiduciarias deben registrar en su contabilidad, en cuentas de orden, la "responsabilidad" que implique la realización o cumplimiento del objeto de los fideicomisos, cuya encomienda acepten.

Además, cuando por la naturaleza del fideicomiso haya que llevar cuenta y razón de las operaciones derivadas del mismo, deberán establecer los auxiliares, libros o contabilidades que se hagan necesarios para su debido control.

En algunos casos una simple cuenta corriente es suficiente para controlar el manejo de un fideicomiso, pero en otros se hace necesario establecer varios auxiliares, o toda una contabilidad."<sup>62</sup>

Por su parte, en el artículo 80 se establece que tratándose de operaciones de fideicomiso, las instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios, y que la institución responderá civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, y agrega, que cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad.

---

<sup>62</sup> Saldaña Alvarez, Jorge, Manual del Funcionario Bancario, Ediciones Jorge Saldaña Alvarez, México, 1997, p. 397.

Artículo 80. En las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta Ley, las instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios.

La institución responderá civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, mandato o comisión, o la ley.

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

Como se podrá observar, la figura del delegado fiduciario resulta importante en el fideicomiso, ya que al ser designado por el consejo de administración de la institución de crédito, lo califica como un órgano de la propia institución bancaria.

Por otra parte, encontramos la obligación de responder civilmente cuando la institución de crédito no cumpla con las condiciones o términos pactados en el fideicomiso, dándose la liberación de dicha responsabilidad cuando obre la aludida institución, conforme a las decisiones e instrucciones del comité técnico.

En el artículo 81 se indica, que cuando se efectúen mediante fideicomiso operaciones con valores, deben realizarse con base en las disposiciones de la Ley del Mercado de Valores, y con las reglas que emita el Banco de México, pero siempre se deberá estarse en todo caso, a las disposiciones de la Ley Bancaria, del Mercado de Valores y del Banco de México.

Artículo 81. Las operaciones con valores que realicen las instituciones de crédito en cumplimiento de fideicomisos, mandatos, comisiones y contratos de administración, se realizarán en términos de las disposiciones de esta Ley y de la Ley del Mercado de Valores, así como de conformidad con las reglas generales que, en su caso, emita el Banco de México oyendo la opinión de la Comisión Nacional de Valores, con vistas a procurar el desarrollo ordenado del mercado de valores.

Las instituciones de crédito, con sujeción a las disposiciones de carácter general que expida el Banco de México, podrán realizar operaciones de reporto y préstamo de valores por cuenta de terceros, sin la intermediación de casas de bolsa, cuando tales operaciones tengan por finalidad proveer al buen funcionamiento del sistema de pagos.

Por lo que se refiere al contenido del artículo 82, resulta interesante señalar que dicha disposición aclara de alguna manera lo que sucede con el personal que las instituciones de crédito utilizan para realizar el objeto del fideicomiso, y esa misma disposición aclara que el personal aludido no forma parte de la institución, sin embargo, cualquier acción o derecho que cometan en contra del fideicomiso, la responsable es la propia institución de crédito.

Artículo 82. El personal que las instituciones de crédito utilicen directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos, no formará parte del personal de la institución, sino que, según los casos se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso. Sin embargo, cualesquiera de los derechos que asistan a esas personas conforme a la ley, los ejercerán contra la institución de crédito, la que, en su caso, para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte afectará, en la medida que sea necesaria, los bienes materia del fideicomiso.

El artículo 83, dispone que cuando el fideicomiso tenga por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, y no exista un procedimiento convenido en forma expresa, se aplicará el establecido en los dos primeros párrafos del artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a petición del fiduciario. La crítica que han efectuado algunos autores a este precepto consiste en lo siguiente, aún cuando la disposición se refiere a convenio, no existe impedimento para que se precise en dicho artículo que al ser el fideicomitente, el sujeto que constituye el fideicomiso, debería ser éste a quien corresponda señalar el procedimientos de ejecución por su incumplimiento.

Artículo 83. A falta de procedimiento convenido en forma expresa por los partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicará el procedimiento establecido en los dos primeros párrafos del artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a petición del fiduciario.

Si el deudor no se opone conforme a lo previsto en dicho artículo, el juez mandará que se dé cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso o sus modificaciones.

En el artículo 84, se establece que cuando una institución de crédito, sea requerida, y no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días hábiles, o que sea declarada por sentencia ejecutoriada culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabo por negligencia grave, procederá su remoción como fiduciaria, y como se ha mencionado las acciones que procedan corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales, y a falta de éstos al ministerio público, sin perjuicio de que el fideicomitente pueda reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esa acción, y el último párrafo señala que cuando se de el supuesto de la renuncia o remoción se deberá estar a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Artículo 84. Cuando la institución de crédito, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días hábiles, o cuando sea declarada por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabo por negligencia grave, procederá su remoción como fiduciaria.

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

En caso de renuncia o remoción se estará a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

*En relación con el artículo 85, el mismo que se refiere a la duración del fideicomiso público o de interés público, y aclara que tratándose de operaciones de fideicomiso que constituya el Gobierno Federal o que el mismo declare de interés público a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, no será aplicable el plazo que establece la fracción III del artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que es de 30 años, sin embargo, algunos escritores han estimado que esa limitación resulta un tanto sobrante, en virtud de que la limitante de los 30 años opera únicamente para fideicomisos con personas morales como fideicomisarias.*

Artículo 85. Cuando se trate de operaciones de fideicomiso que constituya el Gobierno Federal o que el mismo, para los efectos de este artículo declare de interés público a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, no será aplicable el plazo que establece la fracción III del artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

### 3.4. CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN

#### Antecedentes.

Es necesario mencionar de manera breve, los antecedentes del Código Fiscal de la Federación.

Para algunos autores, al expedirse el 31 de diciembre de 1937, la Ley General sobre Percepciones Fiscales de la Federación, y no obstante que estuvo vigente por un año, consideran que es el antecedente más antiguo que se tiene registrado, dicha Ley fue abrogada el 1o. de enero de 1939.

#### Código Fiscal de la Federación del 31 de diciembre de 1938.

El 31 de diciembre de 1938, se promulgó el Código Fiscal de la Federación. Dentro de su contenido los artículos más importantes a señalar en relación con el fideicomiso son:

- El artículo 20, ya que consideraba al deudor de un crédito fiscal, como la persona física o moral que, de acuerdo con las leyes,

estaba obligada de manera directa al pago de una prestación determinada al fisco federal.

- El artículo 21 determinaba quiénes eran sujetos de impuestos y se crearon las unidades económicas, ya que ese precepto definía que la calidad de sujeto o deudor de un crédito fiscal podía recaer, sobre cualquier agrupación que aún sin tener personalidad jurídica, constituyera una unidad económica diversa a la de sus miembros.

Como se puede apreciar lo más trascendente de ese Código, es que se creó el concepto de las unidades económicas para efectos de que fueran considerados como sujetos de impuestos, derechos o aprovechamientos federales.

Ahora bien, las agrupaciones que carecieran de personalidad jurídica, para calificar como tales unidades debían reunir entre otros requisitos:

- Constituirse como agrupación.
- Carecer de personalidad jurídica propia, como por ejemplo los contratos.
- Constituirse como una unidad económica distinta a la de sus miembros.

En relación con el fideicomiso, aparentemente no estuvo regulado por ese Código, no obstante que esa figura reunía los requisitos para ser considerado como unidad económica, por lo que debió pagar impuestos federales como persona moral.

### **Código Fiscal de la Federación 30 de diciembre de 1966.**

El Código de 1938, fue abrogado por el del 30 de diciembre de 1966, dentro de sus artículos más importantes se encontraban los siguientes:

- El artículo 13, definía al sujeto pasivo de un crédito fiscal, como la persona física o moral, mexicana o extranjera que, de acuerdo con las leyes está obligada al pago de una prestación determinada al fisco federal.
- De igual forma se consideraba como sujeto pasivo a cualquier agrupación que constituya una unidad económica diversa de la de sus miembros, estableciéndose además que para la aplicación de las leyes fiscales, se consideraban a estas agrupaciones como personas morales.
- Los requisitos para considerar a las unidades económicas como sujetos pasivos, fueron similares a los referidos por el Código del 38.
- En relación con los impuestos, el tratamiento aplicable era el mismo que se aplicaba a las personas morales.

Para efectos del fideicomiso, como unidad económica debía efectuarse el pago de los impuestos correspondientes, ya que se equiparaba a las personas morales y por lo tanto debía cumplir sus obligaciones como tal.

Sin embargo, a partir de 1980 las unidades económicas ya no fueron consideradas como sujetos de impuestos, y por consiguiente, los ingresos que se obtuvieran mediante fideicomisos, serían en su caso los fideicomitentes o de los fideicomisarios, los sujetos de gravámenes.

Regresando un tanto a la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente hasta 1979, en la misma se obligaba a la fiduciaria a ser responsable solidaria por la presentación de avisos y declaraciones del impuesto sobre la renta, obligación que posteriormente reguló el Código Fiscal de la Federación, en su artículo 14 fracción X, y el cual establecía lo siguiente:

Artículo 14. Son responsables solidariamente:

- X. Las instituciones de crédito autorizadas para llevar a cabo operaciones fiduciarias respecto de los créditos fiscales que se hubieren generado por los ingresos de la actividad objeto del fideicomiso, hasta donde alcancen los bienes fideicomitados, así como por los avisos y declaraciones que deban presentar los causantes con quienes operen en relación con dichos bienes fideicomitados. La Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, en auxilio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, vigilará el exacto cumplimiento de esta disposición.

Con la finalidad de evitar la evasión fiscal, que mediante el fideicomiso se daba en la enajenación de bienes inmuebles, en el año de 1979, se trasladó un artículo que regulaba dichas enajenaciones a través del fideicomiso, a la fracción III del artículo 15 del Código Fiscal de la Federación.

El 31 de diciembre de 1981 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación un nuevo Código Fiscal que abroga el de fecha 30 de diciembre de 1966, iniciando su vigencia el día 1o. de octubre de 1982.

Hasta este momento se ha señalado de manera breve algunas disposiciones que en cierta manera regulaban al fideicomiso y que se encontraban contenidas en los Códigos anteriores al del 31 de diciembre de 1981.

### **Código Fiscal de la Federación de 1981 a 2000.**

Mediante fecha 31 de diciembre de 1981 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación un nuevo Código Fiscal que abroga el del 30 de diciembre de 1966 y que inició su vigencia el día 1o. de octubre de 1982.

En dicho Código se estableció en el artículo 14, que se entendía por enajenación de bienes entre otros:

V. La que se realiza a través del fideicomiso en los siguientes casos:

- a) En el acto en que el fideicomitente designe o se obligue a designar fideicomisario diverso de él y siempre que no tenga derecho a readquirir del fiduciario los bienes.
- b) En el acto en que el fideicomitente pierda el derecho a readquirir los bienes del fideicomisario si se hubiera reservado el derecho.

VI. La cesión de los derechos que se tengan sobre los bienes afectos al fideicomiso, en cualquiera de los siguientes momentos:

- a) En el acto en que el fideicomisario designado cede sus derechos o de instrucciones al fiduciario para que trasmita la propiedad de los bienes a un tercero. En estos casos se considerará que el fideicomisario adquiere los bienes en el acto de su designación y que los enajena en el momento de ceder sus derechos o de dar dichas instrucciones.
- b) En el caso en el que el fideicomitente cede sus derechos si entre éstos se incluye el de que los bienes se trasmitan a su favor.

Si se compara la redacción de dicha disposición con el Código vigente para 2000, se encontrará que la intención del legislador ha sido la misma, ya que no ha variado mucho, el actual artículo 14, en sus fracciones V y VI, establece el tipo de actos que se realizan mediante un fideicomiso y que deben ser considerados como por enajenación de bienes, para poder efectuar dicha comparación se transcribe el texto de ambas fracciones;

Artículo 14. Se entiende por enajenación de bienes:

V.- La que se realiza a través del fideicomiso, en los siguientes casos:

- a) En el acto en el que el fideicomitente designa o se obliga a designar fideicomisario diverso de él y siempre que no tenga derecho a readquirir del fiduciario los bienes.
- b) En el acto en el que el fideicomitente pierda el derecho a readquirir los bienes del fiduciario, si se hubiera reservado tal derecho.

VI.- La cesión de los derechos que se tengan sobre los bienes afectos al fideicomiso, en cualquiera de los siguientes momentos:

- a) En el acto en el que el fideicomisario designado ceda sus derechos o dé instrucciones al fiduciario para que transmita la propiedad de los bienes a un tercero. En estos casos se considerará que el fideicomisario adquiere los bienes en el acto de su designación y que los enajena en el momento de ceder sus derechos o de dar dichas instrucciones.
- b) En el acto en el que el fideicomitente ceda sus derechos si entre éstos se incluye el de que los bienes se transmitan a su favor.

Ahora bien, diversos autores han efectuado una serie de análisis desde el punto de vista fiscal de las citadas fracciones, y consideran que mediante esa figura se da una enajenación de bienes, aún cuando jurídicamente no la haya, tal como sucede con la compraventa con reserva de dominio.

Por otra parte, señalan que el hecho de que el legislador trate de establecer si se da o no una transmisión de propiedad, no obstante que se dan casos en los que no se efectúe la transmisión de bienes y jurídicamente así se considere es por que dicho ordenamiento está más atento a las repercusiones económicas de éstas que a su estricta naturaleza y alcances jurídicos.

Su posición la sustentan del contenido en los incisos a) y b) las fracciones V y VI del artículo 14 del Código Fiscal de la Federación, y concluyen que su finalidad es la de prever las posibles situaciones jurídicas por las cuales el fideicomiso suele ser utilizado para permitir el tráfico de bienes especialmente inmuebles.

Otra opinión al respecto la encontramos en lo que señalan ciertos estudiosos del derecho fiscal, al estimar que lo que se pretende regular en esos incisos, es la enajenación que se pueda dar cuando el fideicomitente no posee el derecho para "readquirir" los bienes fideicomitados, lo que se puede apreciar claramente de la redacción tanto en el inciso a) que a la letra dice "siempre que no tenga el derecho de readquirir del fiduciario los bienes." y en el inciso b), cuando se establece que "el fideicomitente pierda el derecho a readquirir los bienes del fiduciario, si se hubiere reservado tal derecho".

Lo que es un desapego a la realidad jurídica, pues en éste, el fideicomitente no "readquiere" los bienes fideicomitados sino que en tal caso recuperará la plena propiedad sobre los mismos por tener nuevamente su titularidad, lo cierto es que lo que la ley fiscal toma en cuenta para suponer la enajenación de bienes, es que el fideicomitente no tenga el derecho de esa readquisición, bien sea por no haberla tenido desde la constitución del fideicomiso o bien, por haberla tenido y haberla dejado de tener.

Esas condiciones de "readquirir" los bienes del fiduciario, se da en primer término si así está señalado en los fines del fideicomiso, es decir que la institución fiduciaria, como acto ulterior extintor de los efectos, devuelve los bienes

fideicomitidos al fideicomitente y en segundo lugar, cuando éste se hubiere reservado el derecho de revocar el fideicomiso.

En ambos supuestos se tendrá ese derecho de "readquirir" y en situaciones contrarias, o sea, cuando en los fines no estuviere esa devolución sino una transmisión a otra persona y el fideicomitente no se hubiere reservado la posibilidad de revocar el fideicomiso, lo que haría irrevocable a éste, es que se da esa situación de no tener el derecho de "readquirir".

Así, el tal "no derecho de readquirir", no es otra cosa más que estar ante un fideicomiso "irrevocable traslativo de dominio", es decir, un fideicomiso en el que el fideicomitente no puede revocar y cuyos fines son que los bienes fideicomitidos sean transmitidos a un tercero.

Si en el supuesto indicado se designa fideicomisario, el impuesto se genera cuando esa designación tiene lugar, sea en la constitución del fideicomiso o bien en acto posterior.

Por lo que respecta a la fracción VI del referido artículo 14, en sus incisos a) y b); se traducen en supuestos de enajenación para la ley fiscal, si el fideicomisario o el fideicomitente transmiten los derechos que les corresponden como tales a un tercero.

Como podrá observarse, la transmisión llevada a cabo por la fiduciaria en ejecución de los fines del fideicomiso, según sea el caso, sea al fideicomisario o sea a un tercero, no está considerada como enajenación, seguramente por haber sido tratada como tal en otros supuestos, en los que prevalecen los fines traslativos de dominio, de esa manera, llegado el supuesto, el gravamen será por la cesión de derechos de fideicomisario o las instrucciones para que sea a dicho tercero a quien se transmita el bien fideicomitado por la fiduciaria de gravarse esta transmisión, ello implicaría una doble imposición.

La enajenación se da para efectos fiscales por los actos que propician más bien la transferencia de la disponibilidad del fideicomitente, así sea de manera indirecta porque lo que en realidad está siendo objeto de enajenación son los derechos del fideicomisario.

Tan es así, que la segunda consideración es respecto a la parte complementaria del citado inciso a), según la cual, "se considerará que el fideicomisario adquiere los bienes en el acto de su designación y que los enajena en el momento de ceder sus derechos o de dar dichas instrucciones". Así, para la ley fiscal, el alcanzar y tener el carácter de fideicomisario es adquirir el bien y conservarlo en propiedad en tanto que transmitir ese carácter o los derechos que deriven del mismo, es transmitir el bien fideicomitado.

Finalmente en el inciso b), se contempla la cesión de los derechos del fideicomitente, pero particularmente en aquellos casos en los que los fines del

fideicomiso están en que la fiduciaria devuelva, bajo las circunstancias relativas correspondientes, los bienes fideicomitados de manera que esa devolución no sea al fideicomitente original sino a un causahabiente.

Como se ha señalado, el Código Fiscal de la Federación ha tratado de establecer el momento en que para efectos fiscales se da una transmisión de propiedad a través de la figura del fideicomiso.

Por su parte, el Lic. Antonio Sola, considera: "que aun cuando exista una transmisión, está condicionada al cumplimiento del término, o de las condiciones contenidas en los fines del fideicomiso para que se perfeccione la enajenación y, por consiguiente, el *Código*, está legislando en materia que no es de su competencia, porque los contratos de compraventa son materia reservada a los Estados y no a la Federación.

Lo que ocurriría, si no se estableciera este supuesto, sería diferir el pago del impuesto al cumplimiento del término o de las condiciones.

Tal vez, el cumplimiento del término o las condiciones contenidas en los fines, parezcan y en ocasiones sean cumplidos, hasta en 30 años, con lo cual, podría suceder que no fuera factible localizar al sujeto pasivo (fideicomitente) y quizá en razón de esto, se haya establecido la disposición, sin embargo, en nuestra opinión y por el argumento jurídico esbozado, **es anticonstitucional.**"<sup>63</sup>

El citado autor considera que la actual fracción VI, inciso a), presenta una mayor dificultad teórica y práctica, en virtud que el sujeto pasivo no es el fideicomitente, sino el fideicomisario, lo que implica que ya fue gravada una operación, la del fideicomitente con el fideicomisario, y que el fideicomisario es causante del impuesto cuando cede sus derechos fideicomisarios, para efectos fiscales esto se considera enajenación, aun cuando la cesión sea gratuita.

"Sin embargo, se establece que también causa el impuesto cuando da instrucciones al fiduciario para que transmita los bienes a un tercero o dé instrucciones para ceder sus derechos.

Decimos que existen dificultades teóricas y prácticas para acatar esta disposición, por las razones que más adelante se explicarán; a continuación daremos una breve descripción de las situaciones operativas en que se giran instrucciones para ceder o transmitir bienes entre los que, conforme al derecho común, se incluyen los derechos.

1. En el contrato de fideicomiso se designan terceros sin especificar su nombre en forma específica, como fideicomisarios, mismos que hasta el momento de recibir la instrucción del fideicomitente no son

<sup>63</sup> Sola Valdez, Antonio, Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Editado por SOMEX, México, 1982, p. 506

identificables. En nuestro concepto, en este caso no existe instrucción hasta que sea designado un fideicomisario que pueda ser identificado, y por tanto, este acto no reúne los supuestos del impuesto.

2. El fideicomisario gira instrucciones a la fiduciaria a fin de transmitir o ceder sus derechos fideicomisarios. En estos supuestos, no puede causarse el impuesto porque la fiduciaria tiene la obligación de instruir a un notario para que eleve a escritura pública la cesión o transmisión, y hasta el momento de su firma es cuando se paga el precio y se entrega el bien, por lo que es hasta este momento en que se vinculan objeto y sujeto del impuesto.

Cuando los bienes por su naturaleza no requieren ser transmitidos o cedidos, ante fedatario, será en el momento en que se realice el acto jurídico que la efectúe.

Como se comprenderá, si no se ha recibido el precio no podrá causarse el impuesto y la sola recepción por parte de la fiduciaria, dé instrucciones para vender o ceder, no basta para que nazca el momento de la causación.

3. Hay fideicomisos en los que existe un comité técnico que actúa en nombre y representación del propio fideicomiso y, sin embargo, es el único órgano que puede instruir a la fiduciaria para ceder o transmitir los bienes, situación que no se reglamenta y, por consiguiente, no cae dentro de la hipótesis, puesto que grava al fideicomisario, por instrucciones de éste.<sup>64</sup>

Una vez que se ha hecho mención del contenido del artículo 14 del mencionado Código, es importante comentar otro artículo del mismo ordenamiento legal y que actualmente está lleno de conflictos legales, es el 27, mismo que establece la obligación de inscribirse en el registro federal de causantes, por tal motivo resulta necesario exponer sus antecedentes.

En junio de 1980 fue publicado el Reglamento del Registro Nacional de Causantes, entrando en vigor el 10. de octubre de ese mismo año, derogando mediante el artículo Segundo Transitorio, el Reglamento de los artículos 20, 80, 228, 229, 233, 234, 263, y 264 del Código Fiscal de la Federación, para el Registro Federal de Causantes, del 30 de noviembre de 1962.

Conforme a dicho Reglamento, las personas físicas, morales y las unidades económicas estaban obligadas a inscribirse en el Registro Federal de Causantes, en los términos del artículo 93 del Código Fiscal de la Federación, para tales efectos debían presentar su solicitud de inscripción, así como los avisos de:

<sup>64</sup> Sola Valdez, Antonio, Op. cit. p. 507.

- I. Cambio de nombre, denominación o razón social.
- II. Cambio de domicilio.
- III. Alta, cambio o baja de obligaciones fiscales.
- IV. Liquidación o sucesión.
- V. Cancelación en el Registro Federal de Causantes.

El citado artículo obligaba a darse de alta en dicho registro, conforme a lo siguiente:

La solicitud de inscripción se presentaba ante las oficinas autorizadas dentro la circunscripción territorial en que se encontraba el domicilio fiscal del contribuyente, dentro de los quince días siguientes a aquél en el que se realizaban las situaciones jurídicas o de hecho que daban origen a la presentación de declaraciones periódicas; y la autoridad fiscal le asignaba a dicha solicitud la clave correspondiente.

Como se podrá observar son pocas las reglas destinadas a la regulación de las unidades económicas, dejando de reglamentarse los cambios de domicilio, nombre y extinción, por lo que se aplicaban para tales casos las disposiciones reglamentarias que se aplicaban a las personas morales.

Al desaparecer las unidades económicas, se consideró necesario señalar que los fideicomisos como tales que ya estaban dados de alta, tuvieron que presentar su baja y la autoridad fiscal los dio de alta como representantes comunes, con ciertas obligaciones.

Ahora bien, partiendo de que en un fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria, es ésta la que debe realizar ciertas obligaciones de carácter fiscal, como son el realizar pagos provisionales del impuesto sobre la renta por cuenta del conjunto de los fideicomisarios o fideicomitentes.

Lo anterior le origina un gran problema jurídico y práctico a la fiduciaria, ya que al establecer el artículo 27 del Código Fiscal de la Federación, en su primer párrafo, la obligación para las personas morales, así como las personas físicas que presenten declaraciones periódicas, el solicitar su inscripción en el registro federal de contribuyentes de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la fiduciaria no puede registrar al fideicomiso, ya que éste es una ficción jurídica y no una persona moral o física, por lo tanto, la Secretaría aludida no puede obligar a la fiduciaria a cumplir con esa obligación y la fiduciaria tiene el problema para poder cumplir con sus obligaciones fiscales, toda vez que carece de su RFC (registro federal de contribuyentes).

Como se recordará, el RFC es un medio que utiliza la autoridad fiscal para identificar y controlar las actividades y obligaciones de los contribuyentes.

La autoridad hacendaria ha realizado una serie de actos prácticos para tratar de llevar un control de los fideicomisos y ha determinado mediante criterio interno que la fiduciaria inscriba en el RFC al fideicomiso. Es importante aclarar que ese criterio data de 1995 y que a la fecha se viene aplicando. Dentro de los requisitos que se solicitan se encuentran los siguientes:

- Se emplea el formulario de registro R-1 y se presenta dentro del mes siguiente a la fecha de la firma del CONTRATO de fideicomiso en la Administración de su domicilio fiscal.
- La denominación social será la de la fiduciaria y enseguida "FID" y el nombre del fideicomiso.
- El domicilio fiscal es el de la fiduciaria donde se haya celebrado el CONTRATO.
- Fecha de firma del contrato constitutivo, se anota aquélla en que se celebró el CONTRATO.
- En actividad preponderante se anota FIDEICOMISO.

Como se podrá observar es ilegal efectuar dicho registro, pero resulta peor que las autoridades hacendarias no hagan nada al respecto.

#### **Reforma al Código Fiscal de la Federación para 1999.**

El 13 de noviembre de 1998, ante la H. Cámara de Diputados el Ejecutivo presentó la Iniciativa de Decreto que modifica diversas Leyes Fiscales y otros Ordenamientos Federales, en donde se propuso reformar la última parte del artículo 16 del Código Fiscal de la Federación, para establecer que se considera empresa cuando la persona física o moral realice las actividades empresariales aun cuando las lleve a cabo directamente o través de un fideicomiso.

En la Exposición de Motivos de dicha iniciativa solo se señala lo siguiente:

"Se aclara que se considera empresa, una persona física o moral que realiza actividades empresariales aun cuando las lleve a cabo directamente o a través de un fideicomiso."

El referido artículo 16 finalmente fue modificado mediante el Dictamen que formula la Comisión de Hacienda y Crédito Público para ser presentado en la Asamblea de Diputados, y el cual señala lo siguiente:

"Por otra parte, esta Dictaminadora coincide en la necesidad de aclarar en el artículo 16 del Código Fiscal de la Federación el concepto de empresa, para establecer que se considera como tal, a la persona física o moral que realiza actividades empresariales directamente o a través de un fideicomiso. Sin embargo, la que suscribe juzga conveniente complementar la propuesta de reforma al último párrafo del citado artículo, debido a que también debe considerarse como empresa a la persona física o moral, que realiza actividades

empresariales por conducto de terceros. Para estos efectos, se propone la siguiente modificación a la Iniciativa enviada por el Ejecutivo Federal:

**\*Artículo 16.** .....

Se considera empresa la persona física o moral que realice las actividades a que se refiere este artículo, ya sea directamente, **a través de fideicomiso**, o por conducto de terceros, y por establecimiento se entenderá cualquier lugar de negocios en que se desarrollen, parcial o totalmente, las citadas actividades empresariales."

Del análisis de la reforma al artículo 16 del Código Fiscal de la Federación se puede concluir que el legislador pretende ampliar el concepto de empresa, para efectos de poder encuadrar cierto tipo de operaciones que se efectúan a través de un fideicomiso y no eran consideradas como actividades que pudieran ser sujetas de gravamen.

Para el ejercicio fiscal de 2000, el legislador no realizó reforma alguna en materia de fideicomiso en el Código Fiscal de la Federación.

Una vez que se ha señalado el contenido del articulado del Código Fiscal de la Federación, se hará lo mismo con la Ley del Impuesto sobre la Renta.

### 3.5. LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

#### Antecedentes.

Al igual que con el Código Fiscal de la Federación, se señalará de una manera muy somera los antecedentes que existen respecto de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

Hasta el Siglo XVIII, predominaron los impuestos indirectos, mismos que incidían sólo en las clases de escasos recursos, y no en las clases privilegiadas, puesto que estas no contribuían al gasto público.

En el año de 1798, a propuesta del inglés William Pitt, se estableció un impuesto sobre la renta con la finalidad de gravar los rendimientos producidos por el capital y las actividades realizadas por el hombre generadoras de ingresos.

Sin embargo fue hasta el Siglo XVIII con la Revolución en Francia, donde surgió la nivelación proporcional de las cargas públicas, como consecuencia de la adopción del principio de igualdad frente a la ley, a los tributos y a los tribunales.

En México, desde la época colonial, se establecieron un sin número de impuestos de naturaleza especial a fin de enviar fondos a la metrópoli y que

subsistieron en el México independiente hasta la instauración del sistema federal y democrático del gobierno.

Es hasta el año de 1921, cuando se transforma el régimen tributario, al ser promulgada por el General Álvaro Obregón el denominado "Impuesto del Centenario", mismo que consideran los autores es el antecedente más remoto del impuesto en México.

El 20 de julio se publicó un Decreto en donde se estableció un impuesto federal, extraordinario y pagadero por una sola vez, sobre los ingresos o ganancias particulares, solo tuvo vigencia de un mes, esta Ley se dividía en cuatro capítulos denominados "cédulas".

El 21 de febrero de 1924, el citado presidente, promulgó la Ley para la Recaudación de los Impuestos establecidos en la Ley de Ingresos vigente sobre Sueldos, Salarios, Emolumentos, Honorarios y Utilidades de las Sociedades y Empresas, que constituyó el primer impuesto sobre la renta con carácter permanente, y que siguió con el sistema cedular.

Con el sistema cedular, se promulgaron las leyes y reglamentos siguientes:

- La Ley del 18 de marzo de 1925 y sus Reglamentos de 1925 y 1955.
- La Ley del 31 de diciembre de 1941 y su Reglamento.
- La Ley del 31 de diciembre de 1953 y su Reglamento, con reformas en el año de 1956.

Resulta importante señalar que a partir del año de 1961, el Ejecutivo Federal hizo depender básicamente el egreso del Gobierno Federal de los ingresos obtenidos de este gravamen, abandonando en forma paulatina el sistema de impuestos indirectos.

Otro hecho importante sucede en el año de 1964 al publicarse una nueva Ley del Impuesto sobre la Renta que modificaba substancialmente el sistema de pago, y se abandona el sistema cedular por el de globalización de ingresos, tanto para empresas como para personas físicas.

El referido ordenamiento legal se compone de cuatro títulos:

- El primero contiene las disposiciones preliminares, como son:
  - ✓ Reglas generales aplicables a todos los causantes
  - ✓ Objeto, sujeto, domicilio, exenciones, avisos, declaraciones, manifestaciones, pagos, devoluciones, compensaciones, responsabilidades de terceros, obligaciones, facultades de las autoridades fiscales;

- El segundo, contiene preceptos especiales para determinar el impuesto al ingreso global de las empresas
- El tercero, el impuesto al ingreso de las personas físicas; y
- El cuarto, la forma de causar de las asociaciones, sociedades civiles y fondos de reserva para jubilaciones del personal.

Dicha Ley sufrió modificaciones, pero se aplicó hasta el año de 1977, fecha en la que se expide una nueva, que es abrogada por la que se encuentra vigente. Es necesario señalar que debido a la diversidad de modificaciones, decretos, circulares y oficios, hicieron de que la Ley en comento fuera difícil de entender y de aplicar, al grado que realmente se legisló por medio de su Reglamento, con la violación de los principios constitucionales de legalidad, tal como sucede en la actualidad.

Derivado de lo anterior, se promulgó una nueva Ley del Impuesto sobre la Renta, misma que inicia su vigencia el 1o., de enero de 1981, y en la que se introducen incentivos, facilita la interpretación y aplicación de sus disposiciones, y da mayor seguridad jurídica a los particulares.

Esta nueva Ley se compone de 5 Títulos:

Título I.	Disposiciones Generales
Título II.	De las Sociedades Mercantiles
Título III.	De las Personas Morales con Fines No Lucrativos
Título IV.	De las Personas Físicas
Título V.	De los Residentes en el Extranjero con Ingresos Provenientes de Fuente de Riqueza Ubicada en el Territorio Nacional

### **Objeto del impuesto sobre la renta.**

Como es lógico suponer durante la vigencia de cada una de las leyes el objeto fue diferente, así encontramos que:

- En la "Ley del Centenario" se estableció, como hecho generador del impuesto, la obtención de ingresos o ganancias particulares, procedentes de:
  1. El ejercicio del comercio o de la industria
  2. El ejercicio de una profesión liberal, literaria, artística o innominada
  3. Del trabajo a sueldo o salario y
  4. De la colocación de dinero o valores a rédito, participación o dividendos; siempre y cuando hubieren sido obtenidos en el mes de agosto de 1921.

- La Ley para la Recaudación de los Impuestos Establecidos en la Ley de Ingresos Vigente sobre Sueldos, Salarios, Emolumentos, Honorarios y Utilidades de las Sociedades y Empresas, tuvo como objeto los ingresos provenientes de sueldos y honorarios y las utilidades de las empresas, es decir grava los ingresos que por un lado provienen de la actividad de las empresas en donde existe la combinación de capital y trabajo, y por otro lado grava los provenientes de la actividad personal, como lo es el producto del trabajo, ya sea por salario o por concepto de una profesión y a los cuales se les aplica el sistema cedular, que persistió hasta 1965.
- La Ley del 18 de marzo de 1925, tiene como objeto gravar toda percepción en efectivo, en valores o en crédito, que modificara el patrimonio del causante.
- La Ley del 31 de diciembre de 1941 grava las utilidades, ganancias, rentas, productos, provechos, participaciones y, en general, todas las percepciones en efectivo, en valores, en especie y en crédito que modificaran el patrimonio del causante.
- La Ley del 30 de diciembre de 1953 definió lo que debería considerarse como ingreso y así gravó los ingresos provenientes del capital, del trabajo o de la combinación de ambos; consideraba como ingreso toda clase de rendimiento, utilidad, ganancia, renta, interés, producto, provecho, participación, sueldo, honorarios y, en general, cualquier percepción en efectivo, en valores, en especie o en crédito, que modificara el patrimonio del contribuyente, declarado por éste o estimado por las autoridades fiscales.
- Con la Ley de 1965 se abandona el sistema cedular y se adopta el de globalización de ingresos gravados de los obtenidos en efectivo, en especie o en crédito, que modificaran el patrimonio del contribuyente, y se aglutina el hecho generador del impuesto fuera por actividades provenientes de productos o rendimientos del capital, del trabajo o de la combinación de ambos.
- La Ley de 1981, vigente con sus respectivas modificaciones, establece como todos los ingresos de los residentes en México, cualquiera que sea la fuente de riqueza de donde procedan; los ingresos de establecimientos permanentes en el país percibidos por residentes en el extranjero, procedentes de fuentes de riqueza ubicadas en el territorio nacional, cuando no tengan un establecimiento permanente en el país o no sean atribuibles a dicho establecimiento.
- Las modificaciones vigentes para 2000, tienen por objeto gravar todos los ingresos que obtengan las personas jurídicas, debiéndose entender por éstas a las personas físicas y morales.

### **Sujetos del impuesto sobre la renta.**

Respecto del sujeto del impuesto se hará de igual manera una breve evocación de las modificaciones que ha sufrido a través del tiempo:

- En la "Ley del Centenario" se consideró como sujetos del impuesto a los mexicanos y extranjeros domiciliados en el país; los mexicanos domiciliados en el extranjero; los extranjeros domiciliados en el extranjero por ingresos procedentes de fuentes ubicadas en la República; y las sociedades civiles o mercantiles.
- En la Ley de 1925 se estableció que eran sujetos de dicho gravamen los mexicanos domiciliados en la República o fuera de ella por sus ganancias o ingresos, cualquiera que fuera su procedencia; los extranjeros domiciliados en la República o fuera de ella por sus ingresos o ganancias que provinieran de fuente de riqueza situada en el territorio nacional o de negocios realizados en el mismo; y las sociedades civiles o mercantiles, asociaciones, fundaciones, mancomunidades o copropiedades, sucesiones y en general, todas las corporaciones.
- En la Ley del 31 de diciembre de 1941 no varían los sujetos del impuesto.
- En la Ley del 30 de diciembre de 1953 se consideró a los mexicanos como contribuyentes del impuesto sobre la renta, independientemente del país en que residieran y del país en que estuviera situada la fuente de riqueza de donde procedieran los ingresos gravables; de igual forma a los extranjeros residentes en la República, fuera cual fuese el país en que estuviera ubicada la fuente de riqueza de donde procediera el ingreso gravable; respecto de los extranjeros residentes en el extranjero, cuando su ingreso procediera de fuente de riqueza situada en México; las sociedades mexicanas, civiles o mercantiles; las sociedades extranjeras establecidas en México, o que tuvieran agencias o sucursales en el país; las asociaciones, fundaciones, mancomunidades, copropiedades, sucesiones, corporaciones o cualesquiera otras agrupaciones que constituyeran una unidad económica aun cuando no tuvieran personalidad jurídica, así como el asociante de la asociación en participación.

Un fideicomiso era considerado como unidad económica y sujeto pasivo del impuesto sobre la renta, cuando cumplía con los requisitos establecidos por el Código Fiscal de la Federación, es decir que constituyera una agrupación sin personalidad jurídica propia, que constituyera una unidad económica distinta de la de sus miembros, con fines lucrativos; y que sus actividades estuvieran comprendidas en los supuestos establecidos por la Ley del Impuesto sobre la Renta.

Resulta curioso señalar que a partir de los sesentas, empiezan a proliferar los fideicomisos denominados traslativos de dominio y los de rentas, que al no ser objeto de la Ley, se constituían con fines de evadir dicho gravamen.

- Con la Ley de 1965, se consideraron como sujetos del impuesto, a las personas físicas o morales de nacionalidad mexicana; los extranjeros residentes en México y las personas morales de nacionalidad extranjera establecidas en el país; las agencias o sucursales de empresas extranjeras establecidas en la República, en relación con sus ingresos gravables, y las unidades económicas sin personalidad jurídica, sólo en los casos en que la Ley previniera que se gravaran en conjunto sus ingresos.

Ahora bien, para efectos del fideicomiso y con fundamento en lo dispuesto por el artículo 14 del Código Fiscal de la Federación vigente en el referido año, la fiduciaria pasó a ser sujeto pasivo por responsabilidad solidaria, para los efectos del impuesto sobre la renta, hasta el ejercicio de 1979, en virtud de que a partir del año de 1980, se trasladó la regulación de dicha responsabilidad al Código Fiscal de la Federación.

- En las subsecuentes leyes se efectuaron modificaciones respecto del sujeto para efectos de reglamentar el tipo de ingresos que debían ser objeto de acumulación por parte de los extranjeros residentes en el extranjero a fin de evitar las fugas de capital, pero lo lamentable fue que no se reglamentara correctamente a las unidades económicas, lo que obligó al legislador a eliminarlas como sujetos pasivos del impuesto.
- La Ley de 1981 en su artículo 1o. establece como sujeto del impuesto a las personas físicas y morales residentes en México, respecto de todos sus ingresos, cualquiera que sea la ubicación de la fuente de riqueza de donde procedan; a los residentes en el extranjero, que tengan un establecimiento permanente en el país, respecto a los ingresos atribuibles a dicho establecimiento; y, las residentes en el extranjero, respecto de los ingresos procedentes de fuentes de riqueza situadas en el territorio nacional, cuando no tengan un establecimiento permanente en el país o cuando, teniéndolo, estos ingresos no sean atribuibles a dicho establecimiento.

Como se señaló con anterioridad al haberse eliminado las unidades económicas como sujetos del referido gravamen, se regula en el artículo 9o. de la LISR a los fideicomisos, y en donde se establece que la fiduciaria es la representante común y a los fideicomisarios como sujetos pasivos.

Dicha reforma da como consecuencia que figuras jurídicas que se consideraban unidades económicas, como lo son; la copropiedad, la aparcería, la sociedad conyugal y otras innominadas, dejen de ser sujetos del impuesto, y que se graven las figuras reglamentadas con cargas fiscales más elevadas, como es el caso de los fideicomisarios.

Se han mencionado de manera somera los antecedentes, objeto y sujeto de la Ley del Impuesto sobre la Renta, pero a partir de este momento se señalará qué tratamiento fiscal se le da a la figura del fideicomiso.

Al ser considerado por las autoridades fiscales de manera genérica que el fideicomiso es un contrato entre el fideicomitente y la fiduciaria, se establece que solo es sujeto de dicho gravamen cuando mediante dicha figura se realicen actividades empresariales, tal como lo señala el artículo 9o. de la Ley del Impuesto sobre la Renta y que a continuación se transcribe:

**Artículo 9o.** Cuando a través de un fideicomiso se realicen actividades empresariales, la fiduciaria determinará en los términos del Título II de esta Ley, la utilidad o la pérdida fiscal de dichas actividades y cumplirá por cuenta del conjunto de los fideicomisarios las obligaciones señaladas en esta Ley, incluso la de efectuar pagos provisionales. Los fideicomisarios acumularán a sus ingresos en el ejercicio, la parte de la utilidad fiscal que les corresponda en la operación del fideicomiso, o en su caso, deducirán la pérdida fiscal y pagarán individualmente el impuesto del ejercicio y acreditarán proporcionalmente el monto de los pagos provisionales, incluyendo su ajuste, efectuados por el fiduciario.

Cuando alguno de los fideicomisarios sea persona física considerará esas utilidades como ingresos por actividades empresariales. En los casos en que no se hayan designado fideicomisarios, o cuando éstos no puedan individualizarse se entenderá que la actividad empresarial la realiza el fideicomitente.

Para determinar la participación en la utilidad o pérdida fiscal, se atenderá al ejercicio fiscal que corresponda por las actividades desarrolladas a través del fideicomiso, en los términos del artículo 11 del Código Fiscal de la Federación.

Los pagos provisionales a que se refiere este artículo se calcularán de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 12 de esta Ley aplicado a las actividades del fideicomiso. En el primer año de calendario de operaciones del fideicomiso o cuando no resulte coeficiente de utilidad conforme a lo anterior, se considerará como coeficiente de utilidad para los efectos de los pagos provisionales, el que corresponda en los términos del artículo 62 de esta Ley a la actividad preponderante que se realice mediante el fideicomiso. Para tales efectos, la fiduciaria presentará una declaración por sus propias actividades y otra por cada uno de los fideicomisos.

Los fideicomisarios o, en su caso, el fideicomitente responderán por el incumplimiento de las obligaciones que por su cuenta deba cumplir la fiduciaria.

Han criticado algunos autores el hecho de asimilar fiscalmente a dicha figura como persona moral, lo que da como consecuencia que se creen situaciones de injusticia en perjuicio de los fideicomitentes o de los fideicomisarios.

Ahora bien, para saber en que momento se efectuaban a través del fideicomiso actividades empresariales, se tiene que recurrir a lo dispuesto por el artículo 16 del Código Fiscal de la Federación, vigente para 2000, que es una copia de lo que señalaba el artículo 5o. de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente en 1981, y que señala lo siguiente:

Se entenderá por actividades empresariales las siguientes:

- I. Las comerciales que son las que de conformidad con las leyes federales tienen ese carácter y no están comprendidas en las fracciones siguientes.
- II. Las Industriales entendidas como la extracción, conservación o transformación de materias primas, acabado de productos y la elaboración de satisfactores.
- III. Las agrícolas que comprenden las actividades de siembra, cultivo, cosecha y la primera enajenación de los productos obtenidos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.
- IV. Las ganaderas que son las consistentes en la cría y engorda de ganado, aves de corral y animales, así como la primera enajenación de sus productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.
- V. Las de pesca que incluyen la cría, cultivo, fomento y cuidado de la reproducción de toda clase de especies marinas y de agua dulce, incluida la acuicultura, así como la captura y extracción de las mismas.

y la primera enajenación de esos productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.

- VI. Las silvícolas que son las de cultivo de los bosques o montes, así como la cría, conservación, restauración, fomento y aprovechamiento de la vegetación de los mismos y la primera enajenación de sus productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.

Se considera empresa la persona física o moral que realice las actividades a que se refiere este artículo, ya sea directamente, a través de fideicomiso, o por conducto de terceros, y por establecimiento se entenderá cualquier lugar de negocios en que se desarrollen, parcial o totalmente, las citadas actividades empresariales.

Ahora bien, si se analiza lo dispuesto por el artículo 9o. se concluye que pretende imputar una utilidad fiscal a los fideicomisarios, y otorgar a la fiduciaria calidad de sujeto, ya que la tiene como representante común en el cumplimiento de las obligaciones fiscales de los fideicomisarios.

Al respecto el Lic. Antonio Sola señala que: "Al legislador se le olvidó que pueden existir fideicomisos sin fideicomisarios designados y en el artículo 9o. no dispuso lo que procedería en estos casos; y además de que el fideicomisario puede ser otro fideicomiso, como los constituidos por el Fondo Nacional de Fomento al Turismo (FONATUR).

En nuestro concepto, en el primero de los casos planteados, existiría la obligación de la fiduciaria de determinar la utilidad fiscal, constituyendo una partida de utilidades por distribuir al momento en que sea designado fideicomisario, quien a su vez tendría que acumularlas en su ejercicio.

En la segunda situación planteada, tendrá que acumularlas el fideicomiso-fideicomisario, para determinar su utilidad o pérdida fiscal en el ejercicio en que los perciba.

En la reglamentación que se expida habrá que distinguir cuándo el fideicomiso es revocable o irrevocable.

Los revocables dan derecho al fideicomitente a obtener las utilidades en un momento determinado y en los irrevocables el fideicomitente no tiene derecho a la reversión de los bienes afectados, ni a utilidad alguna que genere el fideicomiso, ya que se desprende de bienes para destinarlos a determinados fines lícitos; por consiguiente no puede hacerse recaer la carga fiscal en el fideicomitente cuando sean irrevocables.

En otra situación se encuentran aquellos fideicomisos que tienen afectados bienes para fines culturales, científicos, literarios, de beneficencia, habitacionales de interés social, etcétera cuyas utilidades son en beneficio del propio fideicomiso y no de fideicomisarios como personas físicas o morales, sino en beneficio de la nación o de fideicomisarios indeterminados, sean de interés social o público, en cuyo caso no es posible determinar la utilidad fiscal y manifestar a quién y por cuánto le corresponde, toda vez que no hay sujeto que la acumule.

Otra situación se presenta en los fideicomisos públicos, constituidos por el gobierno federal en los que además actúa como fideicomisario; en estos casos es posible determinar, pero no siempre, sino en relación con sus fines, la utilidad fiscal, sin que se cause impuesto, por ser sujeto exento. Lo mismo acontecería con aquellos fideicomisos en los que intervengan sujetos que la Ley considera exentos.<sup>65</sup>

Se ha señalado lo que sucede fiscalmente cuando mediante un fideicomiso se realizan actividades empresariales, ahora se indica lo que pasa cuando se efectúan actividades a través de un fideicomiso y no se consideran actividades empresariales.

Se considera que los ingresos que sean obtenidos por el fideicomitente o por el fideicomisario deberán ser acumulados y se aplicará el procedimiento establecido por la Ley del Impuesto sobre la Renta para la determinación del resultado fiscal dependiendo si se trata de una persona moral o física.

Tratándose de fideicomisos en donde se obtengan ingresos por arrendamiento, enajenación o adquisición de bienes, actividades empresariales, dividendos e intereses, y obtención de premios entre otros, las personas físicas fideicomitentes o fideicomisarias deberán acumular dichos ingresos en los términos que establece la propia Ley.

Finalmente se tocará la temática cuando al ejecutar el objetivo de un fideicomiso y se contratan empleados, el fideicomiso adquiere el carácter de patrón, por lo tanto se constituye en sujeto retenedor del impuesto sobre la renta cuando al cargo de su patrimonio se cubren salarios y demás prestaciones que deriven de una relación laboral.

De las disposiciones que se contienen en la Ley del Impuesto sobre la Renta, para efectos del presente trabajo se considera necesario ahondar en el contenido del artículo 9o. de la misma.

Como se recordará al fideicomiso hasta 1980, se le consideraba como una unidad económica, sin embargo, a partir de 1981, cuando se reforma la Ley del Impuesto sobre la Renta, se estableció en la Exposición de Motivos que: "Se precisa el tratamiento fiscal para quienes realizan actividades empresariales a

---

<sup>65</sup> Ibidem, p. 528.

través de contratos de asociación en participación o de fideicomiso, estableciéndose las bases para cumplir con las obligaciones formales que señala esta Ley, precisándose que la utilidad obtenida en estas negociaciones, debe ser considerar en forma individual en la parte que corresponda a cada participante el que deberá acumularla, en su caso, a sus demás ingresos acumulables.”

Ahora bien, si se transcribe el texto del artículo 9o. de la Ley del Impuesto sobre la Renta, vigente durante 1981 y se compara con la vigente para 2000 se observará lo siguiente:

TEXTO 1981	TEXTO 2000
<p>Artículo 9o. Cuando a través de un fideicomiso se realicen actividades empresariales, la fiduciaria determinará en los términos del Título II de esta Ley la utilidad fiscal de dichas actividades y cumplirá por cuenta del conjunto de los fideicomisarios las obligaciones señaladas en esta Ley, incluso la de efectuar pagos provisionales. Los fideicomisarios acumularán a sus ingresos en el ejercicio, la parte de la utilidad fiscal que les corresponda en la operación del fideicomiso o en su caso, deducirán la pérdida fiscal y pagarán individualmente el impuesto del ejercicio y acreditarán proporcionalmente el monto de los pagos provisionales efectuados por el fiduciario.</p>	<p>Artículo 9o. Cuando a través de un fideicomiso se realicen actividades empresariales, la fiduciaria determinará en los términos del Título II de esta Ley, la utilidad o la pérdida fiscal de dichas actividades y cumplirá por cuenta del conjunto de los fideicomisarios las obligaciones señaladas en esta Ley, incluso la de efectuar pagos provisionales. Los fideicomisarios acumularán a sus ingresos en el ejercicio, la parte de la utilidad fiscal que les corresponda en la operación del fideicomiso, o en su caso, deducirán la pérdida fiscal y pagarán individualmente el impuesto del ejercicio y acreditarán proporcionalmente el monto de los pagos provisionales, <b>incluyendo su ajuste</b>, efectuados por el fiduciario.</p>
<p>Quando alguno de los fideicomisarios sea persona física considerará esas utilidades como ingresos por actividades empresariales.</p>	<p>Quando alguno de los fideicomisarios sea persona física considerará esas utilidades como ingresos por actividades empresariales. <b>En los casos en que no se hayan designado fideicomisarios, o cuando éstos no puedan individualizarse se entenderá que la actividad empresarial la realiza el fideicomitente.</b></p>
<p>Para determinar la participación en las utilidades o en las pérdidas se atenderá a la fecha de terminación del ejercicio fiscal que para el efecto manifieste la fiduciaria.</p>	<p>Para determinar la participación en la utilidad o pérdida fiscal, se atenderá <b>al ejercicio fiscal que corresponda por las actividades desarrolladas a través del fideicomiso, en los términos del artículo 11 del Código Fiscal de la Federación.</b></p>
<p>La fiduciaria presentará aviso ante las autoridades fiscales, dentro de los tres meses siguientes al término del ejercicio, informando las</p>	<p><b>Los pagos provisionales a que se refiere este artículo se calcularán de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 12 de esta Ley</b></p>

<p>bases para la distribución de utilidades o pérdidas entre los fideicomisarios.</p>	<p>aplicado a las actividades del fideicomiso. En el primer año de calendario de operaciones del fideicomiso o cuando no resulte coeficiente de utilidad conforme a lo anterior, se considerará como coeficiente de utilidad para los efectos de los pagos provisionales, el que corresponda en los términos del artículo 62 de esta Ley a la actividad preponderante que se realice mediante el fideicomiso. Para tales efectos, la fiduciaria presentará una declaración por sus propias actividades y otra por cada uno de los fideicomisos.</p>
<p>Los fideicomisarios responderán por el incumplimiento de las obligaciones que por su cuenta deba cumplir la fiduciaria.</p>	<p>Los fideicomisarios o, en su caso, el fideicomitente responderán por el incumplimiento de las obligaciones que por su cuenta deba cumplir la fiduciaria.</p>

Como se podrá observar desde 1981 a la fecha, casi no ha cambiado la redacción de este artículo, sin embargo, se puede inferir lo siguiente:

1. Mediante la reforma efectuada a ese precepto de 1982, se precisa que las utilidades o pérdidas deben ser fiscales y que los pagos provisionales se calcularán con base en el artículo 12 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.
2. En 1987 se estableció la obligación de realizar pagos provisionales en el primer ejercicio de operaciones del fideicomiso.
3. Para el año de 1990 se precisó que existe la obligación de hacer el ajuste a los pagos provisionales y que dichos pagos deben ser calculados con el coeficiente de utilidad que hayan tenido las actividades mediante fideicomiso, o bien conforme al coeficiente estimado a que se refiere el artículo 62 del referido ordenamiento legal.

Además de lo señalado, se puede apreciar que la Ley del Impuesto sobre la Renta, regula únicamente los fideicomisos que son utilizados como un medio para realizar actividades empresariales, por lo que será necesario establecer primeramente el tipo de actividad que se desarrolla a través del fideicomiso, para efectos de determinar si le son aplicables las disposiciones del artículo 9o. de la referida Ley.

Finalmente, también se puede encontrar una diferencia mayor como lo es la denominada "transparencia fiscal", la cual es definida por Ramón Falcón y Tella como el "conjunto de normas que establecen la mecánica de tributación sobre las rentas de determinadas entidades (que por carecer de personalidad jurídica, por su escasa dimensión, o por sus peculiares características que las hacen acreedoras de la desconfianza del legislador, no están sujetas al Impuesto sobre Sociedades), delimitando el hecho imponible (tanto en su elemento objetivo como subjetivo) a que la obtención de tales rentas da lugar, determinando los sujetos pasivos de la obligación tributaria (que nace como consecuencia de la realización del hecho imponible) y las reglas para determinar la cuantía de la deuda tributaria en estos supuestos, y estableciendo una serie de obligaciones accesorias, tanto a cargo de las citadas entidades como de los sujetos pasivos." <sup>66</sup>

A continuación y de manera breve se señalarán las diversas disposiciones que se contienen en la Ley del Impuesto sobre la Renta y complementan la regulación del fideicomiso.

<b>Ley del Impuesto sobre la Renta vigente en el 2000</b>	
<b>Artículo</b>	<b>Concepto</b>
20.	⇒ Cuando un residente en el extranjero realice actividades empresariales en el país, mediante fideicomiso, se considera como lugar de negocios del residente, el lugar en que el fiduciario realiza tales actividades y debe cumplir por cuenta del residente en el extranjero con las obligaciones fiscales por dicha actividad.
50-B., 74-A	⇒ Se consideran inversiones en jurisdicciones de baja imposición fiscal aun cuando se efectúen mediante fideicomisos.
90.	<ul style="list-style-type: none"> <li>⇒ Determinación de la utilidad o la pérdida fiscal por cuenta de los fideicomisarios, así mismo la de efectuar pagos provisionales a cargo de la fiduciaria en términos del Título II.</li> <li>⇒ Los fideicomisarios acumularán a sus ingresos la utilidad o deducirán la pérdida correspondiente producto del fideicomiso.</li> <li>⇒ Los fideicomisarios pagarán individualmente el impuesto del ejercicio</li> <li>⇒ El fideicomisario persona física que obtenga utilidades las considerará como ingresos por actividades empresariales.</li> <li>⇒ En caso de no ser designado fideicomisario o no se pueda individualizar se considera que la actividad empresarial la efectúa el fideicomitente.</li> <li>⇒ La fiduciaria presentará una declaración por sus propias actividades y otra por cada fideicomiso.</li> </ul>

<sup>66</sup> Falcón y Tella, Ramón, El Régimen de Transparencia Fiscal, Editorial. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984, p. 50.

12	⇒ Cálculo de los pagos provisionales aplicado a las actividades del fideicomiso.
27	⇒ Las aportaciones a fondos destinados a investigación y desarrollo de tecnología, y programas de capacitación, deben ser afectados en fideicomiso.
58, 67-F, 112, 119-I,	⇒ Declaración de operaciones efectuadas en el año de calendario anterior a través de fideicomisos por los que se realicen actividades empresariales en los que intervengan.
64-A, 67-C, 74	⇒ Determinación por parte de las autoridades fiscales de precios por operaciones con partes relacionadas cuando intervienen entre otros un fideicomiso.
93	⇒ Operaciones de fideicomiso por las que se otorgue el uso o goce temporal de inmuebles.
119-N	⇒ Prohibición para tributar en el Régimen de Pequeños Contribuyentes cuando se realicen actividades a través de fideicomisos.
148	⇒ Obligación de la institución fiduciaria de expedir recibos y efectuar retención por arrendamiento de inmuebles.
159-B	⇒ Retención del 40% del ISR, tratándose de ingresos percibidos por fideicomisos ubicados en una jurisdicción de baja imposición fiscal.

Del análisis de los preceptos señalados se puede concluir, que con motivo de la operación del fideicomiso pueden derivarse ingresos o utilidades, sea para los fideicomisarios o para el fideicomitente, en los términos de los artículos 9o. y 93, los cuales obligan a la institución fiduciaria a cumplir, "por cuenta" de las personas citadas, las obligaciones señaladas en la Ley del Impuesto sobre la Renta.

### 3.6. LEY DEL IMPUESTO AL ACTIVO

Este impuesto entró en vigor el 1o. de enero de 1989, en la Exposición de Motivos de la Iniciativa enviada al H. Congreso de la Unión y en donde se estableció lo siguiente:

"La presente Iniciativa incluye el establecimiento con vigencia propia de la Ley del Impuesto al Activo Neto de las Empresas, la cual tiene por objeto incorporar un nuevo impuesto federal complementario del Impuesto Sobre la Renta.

El impuesto mencionado se concibe como un gravamen a cargo de las empresas residentes en México o de establecimientos permanentes de empresas extranjeras, mismo que grava con una tasa del 2% el valor anual del activo neto afecto a la realización de actividades empresariales"

El argumento económico fue basado en el hecho de que el 70% de las empresas presentaban sus declaraciones en ceros, por lo que era necesario imponer un impuesto mínimo, mismo que fue del 2% al valor del activo en el ejercicio.

La explicación para la citada tasa del 2%, fue que en términos reales los activos de las empresas deben tener un rendimiento mínimo promedio del 5.72%, al cual aplicándole la tasa general del impuesto sobre la renta del (35% para 1998), daba como resultado la tasa en comento.

El 30 de marzo de 1989, fue publicado el Reglamento de dicha Ley, precisando algunas disposiciones y flexibilizando algunos de los supuestos.

Para el año de 1990, se reestructuró completamente la Ley, cambiando también su denominación para quedar como Impuesto al Activo. Dentro de lo más importante que se modificó se encuentra lo siguiente:

- ⇒ Se amplió el número de sujetos de ese gravamen.
- ⇒ Se limitaron las exenciones.
- ⇒ Se modificó la mecánica para que sea el ISR el que se acredite contra el IMPAC.
- ⇒ Se efectuaron cambios a pagos provisionales.

Las principales reformas en esa Ley para 1991 fueron las siguientes:

- ⇒ Se incluyeron los activos no deducibles para el ISR.
- ⇒ Se igualó la mecánica de pagos provisionales con la del ISR.
- ⇒ Se introdujo la opción de poder combinar el impuesto sobre la renta y el impuesto al activo a fin de enterar el que resulte mayor.

En 1992, se realizaron las siguientes reformas:

- ⇒ Se obliga al pago del impuesto a residentes en el extranjero que no tienen establecimiento permanente en México por activos fijos e inventarios de su propiedad que se encuentren en México por un periodo menor a un año.
- ⇒ Se grava a las empresas arrendadoras de activos desde el ejercicio de inicio de actividades.
- ⇒ Se vuelve a señalar como plazo para el enterar de los pagos provisionales, los días 17 de cada mes.

Para 1994, se amplió de 5 a 10 años el plazo para recuperar los pagos en exceso del impuesto al activo sobre el impuesto sobre la renta.

En 1995, se dieron reformas importantes como:

- ⇒ Reducción de la tasa al 1.8%.
- ⇒ Ampliación a 4 años del plazo para el pago del impuesto al activo.
- ⇒ La posibilidad de acreditar los excedentes de ISR sobre el impuesto al activo de los 3 ejercicios anteriores, actualizados contra pagos provisionales y definitivo del impuesto al activo.

Para mayo de 1996, se incluyó como sujetos del impuesto al activo a las empresas que componen el sistema financiero únicamente por su activo, lo que no afectó su actividad principal que es la intermediación financiera, esto por virtud de la tesis jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la inconstitucionalidad del impuesto.

En 1997, se eliminó la exención de los 4 primeros ejercicios a las empresas que consoliden por la parte correspondiente al interés que consolida.

Desde 1998 y debido a las presiones de los contribuyentes, el Congreso hasta la fecha no ha enviado iniciativas mediante las cuales se modifique o derogue dicha Ley.

Ahora bien, respecto a las actividades que se realicen mediante fideicomiso se han efectuado una serie de precisiones para efectos de pagos provisionales, y en donde se aclara que cuando no exista fideicomisario designado, será el fideicomitente el sujeto del impuesto como se estipula en el artículo siguiente:

Como se puede observar el impuesto al activo es un gravamen complementario al impuesto sobre la renta, por lo tanto para efectos del fideicomiso se regula de alguna manera como lo hace el citado impuesto sobre la renta tal como se desprende del texto del artículo 7o.-Bis., y que a continuación se transcribe:

"Artículo 7o.-Bis. Cuando a través de un fideicomiso o de una asociación en participación se realicen actividades empresariales, la fiduciaria y el asociante, cumplirán por cuenta del conjunto de los fideicomisarios o en su caso, del fideicomitente, cuando no hubieran sido designados los primeros, o por cuenta propia y de los asociados, según corresponda, con la obligación de efectuar los pagos provisionales a que se refiere el artículo 7o. de la misma, por el activo correspondiente a las actividades realizadas por el fideicomiso o asociación, considerando para tales efectos el activo que correspondió a dichas actividades en el último ejercicio de la fiduciaria o asociante.

Tratándose de los contratos de asociación en participación y de fideicomiso, los fideicomisarios, o en su caso, el fideicomitente cuando no hubieran sido designados los primeros, el asociante y cada uno de los asociados, según se trate, para determinar el valor de su activo en el ejercicio, adicionará el valor del activo en el ejercicio correspondiente a las actividades realizadas por el fideicomiso o la asociación en participación y podrán acreditar el monto de los pagos provisionales de este impuesto efectuados por la fiduciaria o el asociante, según corresponda a los fideicomisarios, o en sus caso, al fideicomitente cuando no hubieran sido designados los primeros, o a los asociados.

Las fiduciaras, aplicarán lo dispuesto en el artículo 6o. penúltimo párrafo de esta Ley, siempre que los fideicomisarios, o en su caso, el fideicomitente, cuando no hubieran sido designados los primeros, se encuentren en alguno de los supuestos establecidos en el párrafo citado.

Del análisis de dicho texto se desprende que:

- a) Cuando mediante un fideicomiso se realicen actividades empresariales, la fiduciaria debe cumplir por cuenta de los fideicomisarios o del fideicomitente con la obligación de efectuar los pagos provisionales.
- b) Los fideicomisarios o en su caso, el fideicomitente cuando no hubieran designado a los primeros para determinar el valor de su activo en el ejercicio por las actividades que se realicen a través del fideicomiso y podrá acreditar el monto de los pagos provisionales efectuados por la fiduciaria.
- c) El artículo 6o. penúltimo párrafo, señala que no se pagará el impuesto al activo por el periodo preoperativo, ni por los ejercicios de inicio de actividades, los dos siguientes y el de liquidación, salvo cuando este último dure más de dos años, por lo que la fiduciaria aplicará esa exención siempre que se encuentre en dichos supuestos.

En relación con este punto queda claro que la fiduciaria es la responsable de los pagos provisionales de este impuesto.

Finalmente, es necesario señalar que desde 1998 no se han efectuado modificaciones a esta Ley, las razones que se han esgrimido son eminentemente políticas.

### 3.7. LEY DEL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

Ahora se efectuará un breve análisis respecto de la aplicación del impuesto al valor agregado en las operaciones que se realizan a través del fideicomiso, por lo que es necesario hacer referencia a los antecedentes de dicho gravamen.

El antecedente más próximo del impuesto al valor agregado es el impuesto federal sobre ingresos mercantiles, que entró en vigor el 1o. de enero de 1948 y que se causaba sobre los ingresos por concepto de ventas para la prestación de servicios, comisiones, consignaciones, agencias de turismo, representaciones corretajes o distribuciones, cabarets, pulquerías, cantinas, piqueras y demás expendios de bebidas embriagantes.

En 1952 el objeto del referido impuesto federal fue modificado con el fin de gravar los ingresos obtenidos por enajenación de bienes, arrendamiento de bienes, prestación de servicios, comisiones y mediaciones mercantiles y a partir de 1971, las ventas con reserva de dominio.

El sujeto del aludido gravamen era la persona física o moral que habitualmente obtenía el ingreso, sin embargo, a partir de una adición introducida en la cita Ley, el impuesto podría ser trasladado expresamente al comprador o usuario.

Originalmente la tasa con que se gravaban las actividades que realizaba el contribuyente era del 18 al millar; a partir de 1971 se modificó para establecer un 1.8% sobre el monto total de los ingresos gravables; y a partir de 1973 del 4%.

En 1975 se establecieron tasas especiales, con el fin de gravar con mayor severidad el consumo suntuario con tasas del 5%, 10%, 15% y 30%.

Para el efecto de evitar la doble tributación, se obligó a las entidades federativas a abrogar los impuestos locales que gravaban los ingresos objeto de este impuesto, mediante la participación que otorgaba a dichas entidades.

Como se ha señalado con anterioridad, el Código Fiscal de la Federación, asimilaba a las unidades económicas a las personas morales y en consecuencia, el fideicomiso considerado como tal, era gravado por este impuesto cuando realizara los supuestos establecidos en la Ley en comento.

La aplicación de ese impuesto federal consistía en que sobre la misma base se causaba varias veces el impuesto, a ese efecto se le denominaba "efecto en cascada", así mismo, el gravamen tenía un efecto piramidal que consistía en pagar impuesto sobre el impuesto causado en las etapas anteriores, lo que incidía en los costos y en el precio de venta de los productos en función directa del número de etapas que configuraban la cadena del proceso de producción y

distribución. La forma en que se pagaba el impuesto dio lugar al nacimiento del impuesto al valor agregado.

La Ley del Impuesto al Valor Agregado fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de diciembre de 1978, abrogando con ello la Ley del Impuesto sobre Ingresos Mercantiles, así como a diversas leyes que establecían impuestos especiales federales.

En la Exposición de Motivos presentada por el Ejecutivo Federal al Congreso se señala que:

"El impuesto federal sobre ingresos mercantiles tiene una antigüedad de 30 años y, en su origen, permitió abandonar gravámenes obsoletos, como lo eran el impuesto federal del timbre sobre facturas que debían de expedir los comerciantes y los impuestos estatales de patente o sobre giros comerciales que además de incrementar desordenadamente la carga fiscal, daban lugar a numerosas obligaciones secundarias que elevaban los costos de los causantes y afectaban los niveles de precios. No obstante, con el desarrollo económico y la complejidad en los procesos de producción y distribución, en la estructura del impuesto federal sobre ingresos mercantiles surgen deficiencias que es necesario corregir."

Asimismo en dicha exposición se agrega que:

"La principal deficiencia que hoy muestra el impuesto federal sobre ingresos mercantiles deriva de que se causa en "cascada", es decir, que debe pagarse en cada una de las etapas de producción y comercialización y que, en todas ellas, aumenta los costos y los precios, produciendo efectos acumulativos muy desiguales que, en definitiva, afectan a los consumidores finales."

Mas adelante se señala en dicho documento que:

"El impuesto al valor agregado que se propone en esta Iniciativa, se debe pagar también en cada una de las etapas entre la producción y el consumo; pero el impuesto deja de ser en cascada, ya que cada industrial o comerciante al recibir el pago del impuesto que traslada a sus clientes, recupera el que a él le hubieran repercutido sus proveedores y entrega al Estado sólo la diferencia. En esta forma, el sistema no permite que el impuesto pagado en cada etapa influya en el costo de los bienes y servicios y al llegar éstos al consumidor final no lleven disimulada u oculta en el precio, carga fiscal alguna.

Con el impuesto que se propone resultará la misma carga fiscal para los bienes por los que deba pagarse, independientemente del número de productores e intermediarios que intervengan en el proceso económico, lo que permite suprimir numerosos impuestos especiales que gravan la producción o venta de primer mano."

Resulta importante señalar que la Iniciativa que se ha citado fue presentada para el ejercicio fiscal de 1978, para entrar en vigor a partir de 1980, en virtud de que al ser una nueva Ley, esta debía contar con un periodo suficiente para que la autoridad fiscal informara y difundiera las nuevas disposiciones entre el público consumidor y los comerciantes e industriales.

Posteriormente, en la Exposición de Motivos para la Ley de 1981, se reconoció que como resultado de la experiencia que se tuvo en la aplicación de ese ordenamiento legal, se efectuaron sustanciales modificaciones en la Ley que establece, reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales, publicada en el Diario Oficial el 31 de diciembre de 1981.

Dicha Ley estableció tres tasas: la general del 10%, 6% en franjas fronterizas y el 0% para actos o actividades exentas, debiendo el contribuyente pagar en las oficinas autorizadas la diferencia que el impuesto a su cargo el que le hubieren trasladado o el que hubiese pagado en la importación de bienes o servicios, siempre que sean acreditables en los términos de esa misma Ley.

### **Sujetos del impuesto**

El artículo 1o. de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, establece de manera expresa que: "Están obligadas al pago del impuesto al valor agregado establecido en esta Ley, las personas físicas y las morales que, en territorio nacional, enajenen bienes, presten servicios independientes, otorguen el uso o goce temporal de bienes, o importen bienes o servicios."

Derivado de las actividades que realiza el fiduciario, por virtud del contrato de fideicomiso, conforme a dicho ordenamiento legal, ciertas actividades pueden ubicarse dentro de los supuestos que se contemplan en dicha Ley.

### **Actividades gravadas**

Dentro de las actividades que grava la Ley del Impuesto al Valor Agregado se encuentra la enajenación de bienes que regula el artículo 8o. debiéndose entender por enajenación, para los efectos de esa Ley, lo señalado en el Código Fiscal de la Federación.

Por su parte, en los artículos 9o. y 2o.-A de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, establecen los bienes por cuya enajenación no se está obligado al pago del impuesto al valor agregado o bien se aplica una tasa del 0%, y dentro de los cuales la actividad del fideicomiso no se encuentra, sin embargo, alguna de las actividades que se realicen mediante esta figura sí pudiera quedar dentro de algunos de los supuestos que regula esa misma Ley.

En el artículo 14 de la propia Ley, se regula la prestación de servicios independientes, dentro de las cuales, cuando se realicen mediante la figura del fideicomiso pueden estar gravadas por esa Ley, pero no el fideicomiso como tal.

Es importante señalar que originalmente la Ley del Impuesto al Valor Agregado, estableció en la fracción X, del artículo 15, que no se debía pagar dicho gravamen por la prestación de servicios que realizaran las instituciones de crédito, sin embargo, por reforma publicada en el Diario Oficial del 30 de diciembre de 1980, se especificaron los diversos servicios por los que no causan el impuesto al valor agregado, no habiéndose incluido entre estos los prestados con relación a las operaciones fiduciarias, razón por la cual se causa el referido gravamen.

Por lo que se refiere al uso o goce temporal de bienes, es el artículo 19 de la propia Ley, el que señala que se debe entender como tal, el arrendamiento, el usufructo y cualquier otro acto, independientemente de la forma jurídica que al efecto se utilice, por el que una persona permita a otra usar o gozar temporalmente bienes tangibles, a cambio de una contraprestación.

Como se ha insistido cuando mediante un fideicomiso se otorgue el uso o goce temporal de bienes se podrá gravar o no dicha actividad.

Por lo que respecta a la importación de bienes o servicios, es el artículo 24 de ese mismo ordenamiento, el que establece los casos en que se esta en presencia de una importación. Siendo repetitivos, solo cuando a través del fideicomiso se importen bienes o servicios se tendrá la obligación o no de pagar el multireferido impuesto.

### **Cálculo del impuesto.**

La mecánica para efectuar el cálculo del gravamen en cuestión, es el aplicar la tasa del 15% a los valores que señala la propia Ley, sin que en caso alguno pueda considerarse que el impuesto al valor agregado forma parte de dichos valores tal como lo refiriere el artículo 1o. de esa misma Ley.

Es importante señalar que con base al artículo 2o-A, se aplica una tasa del 0% a una serie de actos o actividades, los cuales producirán como refiere el último párrafo de ese artículo, los mismos efectos legales que aquéllos por los que se debe pagar el impuesto conforme a esta Ley.

De igual forma es necesario señalar que el artículo 2o. de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, indica que se calculará aplicando la tasa del 10% a los valores que señala la propia Ley, cuando los actos o actividades por los que se deba pagar el impuesto se realiza por residentes en la franja o zona fronteriza y siempre que la entrega de bienes o la prestación de servicios se lleve a cabo en las citadas franjas o zonas.

El contribuyente efectuará pagos provisionales mediante declaración que presentará ante las oficinas autorizadas por los mismos periodos y en las mismas fechas de pago que las establecidas para el impuesto sobre la renta y calculará el impuesto por ejercicios fiscales, presentando su declaración ante las oficinas

autorizadas dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio, salvo en los casos que se realicen actos o actividades accidentales.

### **Traslación del impuesto**

El impuesto al valor agregado deberá ser trasladado por el contribuyente, en forma expresa y por separado, a las personas que adquieran los bienes, los usen o los gocen temporalmente, o reciban los servicios.

El contribuyente pagará en las oficinas autorizadas la diferencia entre el impuesto a su cargo y el que le hubieran trasladado o el que él hubiese pagado en la importación de bienes o servicios, siempre que sean acreditables en los términos del artículo 4o. de la Ley en comento, para efectos del fideicomiso se presentan una serie de problemas para poder acreditar el impuesto, problemática que se tratará más adelante.

Para efectos del denominado fideicomiso público, es necesario señalar que la Ley del Impuesto al Valor Agregado establece en el segundo párrafo de su artículo 3o. que la Federación, el Distrito Federal, los Estados, los Municipios, así como sus organismos descentralizados y las instituciones públicas de seguridad social, tendrán la obligación de pagar el impuesto únicamente por los actos que realicen y que no den lugar al pago de derechos, salvo que se trate de derechos estatales o municipales por el servicio o suministro de agua potable.

Por lo referido en materia del impuesto al valor agregado, se puede concluir de manera genérica, que cuando exista por medio del fideicomiso una enajenación, se otorgue el uso o goce temporal de inmuebles directamente en cumplimiento de los fines a terceras personas, se utilicen servicios de terceros y en el primero de los casos, se cumplen los supuestos establecidos por el artículo 15 del Código Fiscal de la Federación, el fideicomiso debe actuar como sujeto retenedor, con la obligación de realizar el entero de dicho gravamen, lo que produce ciertos conflictos jurídicos como lo es el que al efectuar actividades empresariales mediante fideicomiso y se adquieran bienes en cumplimiento de sus fines, preste servicios, otorgue el uso o goce temporal de bienes o importe bienes o servicios; al no estar contemplada dicha figura legal como sujeto del impuesto al valor agregado, no existe jurídicamente la posibilidad de que se traslade el impuesto al fideicomiso.

Finalmente y en relación con los servicios por honorarios o por las comisiones que cobran las instituciones de crédito fiduciarias, a partir de 1981 se causa el impuesto, debiendo trasladar dicho gravamen a aquellas personas que les corresponda dicho pago conforme a lo establecido en el contrato.

Para el año de 1999, se reformó la mecánica de entero y traslado de este gravamen mediante un procedimiento de retención, y el cual el legislador lo establece de la siguiente manera en la Exposición de Motivos presentada por el Ejecutivo, así:

### **1. Retención del impuesto**

Congruente con la práctica internacional, así como con la reforma aprobada en el año de 1996 por esa H. Cámara de Diputados, oportunidad en la que se autorizó a las instituciones de crédito a efectuar la retención de este impuesto por las enajenaciones de bienes que mediante dación en pago o adjudicación judicial o fiduciaria les efectuaban sus deudores, se propone ampliar los supuestos en los cuales quienes adquieren los bienes o servicios deben efectuar la retención y el entero del impuesto por los actos o actividades que se prevén en el artículo 1o.-A.

En la presente reforma se propone ampliar el esquema de retención del IVA en los siguientes casos: para las personas morales que adquieran desperdicios industrializables de personas físicas y para las personas morales que reciban servicios personales independientes o usen o gocen temporalmente bienes de personas físicas, así como cuando adquieran bienes tangibles o los usen o gocen temporalmente, de residentes en el extranjero sin establecimiento permanente o base fija en el país. Este mecanismo también se establecería en el caso de las erogaciones realizadas por la Federación y sus organismos descentralizados, respecto de sus proveedores personas físicas.

Dicha propuesta tiene como objetivo reducir la evasión fiscal en sectores de difícil fiscalización, así como mejorar la administración y recaudación del impuesto, al concentrar esfuerzos en un sector de contribuyentes más reducido y susceptible de mayor control. Tomando en consideración que estos contribuyentes poseen una mayor capacidad administrativa y contable, se propone que calculen, retengan y enteren, ante las autoridades fiscales, el impuesto causado por dichas operaciones.

Además, con el propósito de otorgar seguridad jurídica al contribuyente al que se le retuvo el IVA, se propone establecer expresamente que el retenedor lo sustituya en la obligación de pago y entero del impuesto.

Derivado de lo anterior, se adicionó un artículo 1-A, para efectos de señalar que están obligados a efectuar la retención del impuesto que se les traslade, los siguientes contribuyentes, instituciones de crédito, y las personas físicas o morales, por lo que, se puede concluir que en el caso del fideicomiso, la fiduciaria no está obligada a retener dicho gravamen en caso de que realice actividades empresariales. Con esto se concluye el presente Capítulo.

## **Capítulo 4**

### **Propuestas de reforma al régimen fiscal del fideicomiso**

- 4.1. Problemática del Fideicomiso en Materia fiscal
- 4.2. Reforma a la Ley de Instituciones de Crédito
- 4.3. Reforma al Código Fiscal de la Federación
- 4.4. Reforma a la Ley del Impuesto sobre la Renta
- 4.5. Reforma a la Ley del Impuesto al Activo
- 4.6. Reforma a la Ley del Impuesto al Valor Agregado

Para efectos del desarrollo de este último Capítulo se expondrá la *problemática que actualmente se da desde el punto de vista fiscal y su posible solución*. Con las propuestas que se plantean se pretende dar ciertas bases para que el investigador del derecho termine por complementar algo que es necesario frenar, como lo es la evasión y elusión fiscal mediante la utilización de la figura del fideicomiso.

Por otra parte, se pretende dar elementos jurídicos al legislador a fin de que se regule de una manera más precisa al fideicomiso o bien se busque que los efectos fiscales que se den vía fideicomisaria sean los menos negativos para el fisco.

*La problemática que a continuación se señala es la más relevante, pero no es la única, por lo que los estudiosos del derecho deberán seguir proponiendo soluciones para efectos de seguir adecuando las leyes fiscales.*

#### 4.1. PROBLEMÁTICA DEL FIDEICOMISO EN MATERIA FISCAL

- **Personalidad Jurídica del Fideicomiso.** Como se señaló en los dos primeros capítulos, la mayoría de los estudiosos del derecho mexicano han considerado al fideicomiso como un "contrato", por lo tanto, al no ser considerada esa figura como una persona moral, no obstante que cuenta con un patrimonio autónomo, ha dado como resultado que en materia fiscal se consideren como obligados directos a los fideicomitentes, o a los fideicomisarios dada la transparencia fiscal y como responsable solidario a la fiduciaria, de donde resulta, que no existe la obligación de inscribir en el RFC a los fideicomisos por parte del fiduciaria.
- **No existe un mecanismo efectivo de control.** Derivado de lo anterior la SHCP, no cuenta con datos fidedignos del número de fideicomisos existentes y por consiguiente carece de elementos para su correcta fiscalización.
- **Dificultad para determinar la utilidad que se obtiene mediante un fideicomiso empresarial.** La autoridad fiscal difícilmente puede determinar la utilidad que se genera mediante un fideicomiso debido a que las autoridades revisoras desconocen el nivel real de los ingresos que se obtienen mediante un fideicomiso.
- **El secreto fiduciario.** La autoridad revisora no puede actuar directamente respecto de la contabilidad que lleva la fiduciaria del fideicomiso, esto por virtud del secreto fiduciario, ya que como se señaló anteriormente, la información con que cuentan los bancos de sus clientes, es confidencial, e incluso su divulgación por parte de los

funcionarios bancarios origina responsabilidad civil y penal, tal como lo señalan los artículos 117 y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito, por tal virtud, la autoridad fiscal debe solicitar la información mediante la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

- **Incrementos de las actividades empresariales mediante fideicomisos públicos.** Derivado de la actual regulación fiscal, la figura del fideicomiso público esta siendo utilizada para efectos de evadir impuestos mediante la elusión fiscal.

### **Problemas de la fiscalización del fideicomiso.**

Uno de los enormes problemas que se le presenta a la autoridad fiscal es su correcta fiscalización, y esto se debe entre otras razones a lo siguiente:

- A. En la práctica cuando la SHCP ordena una revisión fiscal a un contribuyente que es parte de un fideicomiso empresarial y existe la presunción de que no ha acumulado correctamente sus ingresos provenientes del fideicomiso, la autoridad al tratar de determinar la utilidad que efectivamente le corresponde, desconoce el nivel real del ingreso percibido de la fiduciaria. Por lo que al tratar la autoridad de obtener la documentación fiscal y así conocer la situación general de los sujetos del fideicomiso, existe una barrera denominada secreto fiduciario que no le permite revisar la contabilidad específica de los fideicomisos.
- B. Derivado de lo anterior, la SHCP no puede solicitar directamente la información a una institución de crédito, en virtud de que no son operaciones propias del banco, sino de los clientes de esa institución, por lo que la autoridad revisora debe acudir ante la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, lo que provoca un retraso por varios meses para poder verificar por parte de dicha autoridad las actividades que se desarrollan mediante un fideicomiso.

Respecto de este inciso, es necesario aclarar que la autoridad fiscal puede solicitar información a la fiduciaria, pero sólo de la que es responsable directamente, es decir la que señala el artículo 9o. de la Ley del ISR, (determinación de la utilidad o pérdida fiscal y realizar pagos provisionales). Pero tratándose de información relativa a todas las actividades del fideicomiso y la de los fideicomisarios, esta se debe solicitar a la aludida Comisión.

- C. Respecto de la emisión de la orden de auditoría, al ser los sujetos del impuesto sobre la renta, al activo y al valor agregado, las personas físicas o morales, y el fideicomiso es un contrato sin personalidad

jurídica propia, ha resultado complicado determinar quienes son las autoridades competentes para fiscalizarlos, es decir, quién debe emitir la orden de auditoría y desahogarla, y a quién se debe dirigir la orden de revisión.

Por lo que tal vez, sería conveniente que se dirigiera la orden de revisión a la fiduciaria como responsable solidaria, debido a que la contabilidad la lleva la institución de crédito y ésta es la responsable solidaria de efectuar pagos provisionales y determinar la utilidad o la pérdida fiscal por la operación del fideicomiso.

Otra opción podría ser el dirigir la revisión a los fideicomisarios o fideicomitentes, en su caso, como contribuyentes de los impuestos, la fiscalización independiente a estos, solo llevaría a verificar si acumuló o dedujo correctamente la parte que les corresponde en lo individual, de la utilidad o pérdida fiscal determinada por la fiduciaria.

También existe la posibilidad de que fueran fiscalizados simultáneamente, la fiduciaria y los fideicomisarios y/o fideicomitentes, de manera coordinada por las autoridades competentes.

*Aunado a la problemática anterior, las autoridades fiscales cuentan también con sus propios inconvenientes como los son:*

- La inexistencia de un padrón de fideicomisos, por lo es urgente que se cuente con un padrón confiable.
- No cuenta con los contratos del fideicomiso para efectos de conocer tanto a los fideicomitentes como a los fideicomisarios designados en su caso, las modificaciones a dicho contrato, así como el objeto del fideicomiso, para saber si a través del mismo se realizan actividades empresariales.
- Delimitar el secreto bancario y fiduciario aludido por las instituciones de crédito para efectos de que sea proporcionada la información, y no sea a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Derivado de lo anterior, y para efectos del presente trabajo, se tratará de presentar una serie de propuestas a los diferentes ordenamientos legal fiscales que regulan a la figura del fideicomiso.

Como se recordará, al fideicomiso lo han definido la mayoría de los autores como un **“contrato”**, mismo que no puede ser considerado como una **persona moral**, por lo tanto los obligados directos de ciertas obligaciones fiscales, serán los fideicomisarios o en su caso los fideicomitentes, y la fiduciaria por su parte lo será de otras.

Como consecuencia de lo anterior, las autoridades fiscales al tratar de auditar las actividades que se llevan a cabo mediante un fideicomiso, sólo podrían solicitar de la fiduciaria la documentación relativa a las obligaciones que tiene que cumplir con base en lo dispuesto por el artículo 9o. de Ley del Impuesto sobre la Renta.

Por lo que respecta a la información del fideicomitente o del fideicomisario que tiene en su poder, al ser considerada como confidencial, e incluso la divulgación de la misma crea para los funcionarios bancarios responsabilidad civil y penal de conformidad con los artículos 117 y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito, origina que el área de auditoría fiscal del Servicio de Administración Tributaria, al tratar de revisar el área fiduciaria de una institución de crédito, se encuentre con el hecho de que no son operaciones propias de la citada institución, ya que en realidad los son de los clientes del banco, debiendo la citada autoridad requerir dicha información mediante la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, misma que dilata meses para lograr dicha autorización por lo que con el fin de hacer más ágil la revisión de las actividades que se llevan a cabo a través de un fideicomiso, se propone reformar la Ley de Instituciones de Crédito.

#### **4.2. REFORMA A LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO**

Las disposiciones de la Ley de Instituciones de Crédito en sus artículos 117 y 118, regulan el denominado secreto fiduciario, dichas normas son demasiado estrictas, por lo que para efectos de fiscalizar a las instituciones fiduciarias, el Servicio de Administración Tributaria debe triangular la solicitud de información de fideicomisos a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, por lo que la autoridad no consigue en ocasiones la información pertinente.

Por virtud de dicha triangulación se considera necesario efectuar por parte del legislador reformas a los artículos 117 y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito, para facilitar el acceso directo a la autoridad fiscal a la información de los fideicomisos empresariales, y así revisar directamente a la institución fiduciaria.

Por lo que se propone el siguiente proyecto de reforma a la Ley de Instituciones de Crédito.

**PROPUESTA DE REFORMA  
A LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO**

TEXTO VIGENTE	PROPUESTA DE REFORMA
<p><b>Artículo 117.</b> Las instituciones de crédito en ningún caso podrán dar noticias o información de los depósitos, servicios o cualquier tipo de operaciones, sino al depositante, deudor, titular o beneficiario que corresponda, a sus representantes legales o a quienes tenga otorgado poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación o servicio, salvo cuando las pidieren, la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el titular sea parte o acusado y las autoridades hacendarias federales por conducto de la Comisión Nacional Bancaria, para fines fiscales. Los empleados y funcionarios de las instituciones de crédito serán responsables, en los términos de las disposiciones aplicables, por violación del secreto que se establece y las instituciones estarán obligadas en caso de revelación del secreto, a reparar los daños y perjuicios que se causen.</p> <p>.....</p>	<p><b>Artículo 117.</b> Las instituciones de crédito en ningún caso podrán dar noticias o información, de los depósitos, servicios o cualquier tipo de operaciones, sino al depositante, deudor, titular o beneficiario que corresponda, a sus representantes legales, o a quienes tengan otorgado poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación o servicio, salvo cuando las pidieren la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el titular sea parte o acusado y las autoridades hacendarias federales, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, para fines fiscales, <b>salvo tratándose de fideicomisos, cuando las autoridades hacendarias soliciten la contabilidad, datos, documentos o información que sea utilizada únicamente para dichos fines.</b> Los empleados y funcionarios de las instituciones de crédito serán responsables, en los términos de las disposiciones aplicables, por violación del secreto que se establece y las instituciones estarán obligadas en caso de revelación del secreto a reparar los daños y perjuicios que se causen.</p> <p>.....</p> <p>(Se reforma el primer párrafo del artículo 117)</p>

TEXTO VIGENTE	PROPUESTA DE REFORMA
<p><b>Artículo 118.</b> Con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria, la violación del secreto propio de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta Ley, incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que no sean aquéllos entablados por el fideicomitente o fideicomisario, comitente o mandante, contra la institución o viceversa, constituirá a ésta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes.</p>	<p><b>Artículo 118.</b> Con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, así como la que se proporcione a las autoridades hacendarias para fines fiscales por virtud de un fideicomiso, la violación del secreto propio de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta Ley, incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que no sean aquéllos entablados por el fideicomitente o fideicomisario, comitente o mandante, contra la institución o viceversa, constituirá a ésta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes.</p> <p>(Se reforma el artículo 118)</p>

### 4.3. REFORMA AL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN

El artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala que "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

De lo anterior se desprende, que la fiduciaria al realizar los fines del fideicomiso, para efectos fiscales necesariamente ha sido la encargada de cumplir con los diversos ordenamientos fiscales, por lo que la autoridad fiscal le ha impuesto entre otras obligaciones, la de efectuar los pagos provisionales por cuenta del conjunto de los fideicomisarios o fideicomitentes.

Sin embargo, la autoridad fiscal actualmente carece de un control efectivo de los fideicomisos en los que se realizan actividades empresariales, control que debería llevarse mediante un registro de cada fideicomiso y de esta manera pudiera contar con los datos necesarios para poder fiscalizar las operaciones que se dan mediante dicha figura legal.

Ahora bien, para efectos fiscales se cuenta con el registro federal de contribuyentes, el cual es un medio de identificación y control de actividades y obligaciones de los contribuyentes, mediante este registro, la autoridad fiscal puede conocer el nombre; denominación o razón social; domicilio, así como las

obligaciones derivadas de sus propias actividades del contribuyente, tal como lo señala el artículo 27 del Código Fiscal de la Federación, y que a la letra dice:

**"Las personas morales, así como las personas físicas que deban presentar declaraciones periódicas o que estén obligadas a expedir comprobantes por las actividades que realicen, deberán solicitar su inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y proporcionar la información relacionada con su identidad, su domicilio y en general sobre su situación fiscal, mediante los avisos que se establecen en el Reglamento de este Código."**

De la redacción del precepto antes mencionado se desprende, que sólo son sujetos de inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes, las personas físicas o morales, por lo tanto no son objeto de inscripción los fideicomisos.

Sin embargo, y no obstante lo anterior, por cuestiones prácticas la autoridad fiscal ha tratado de llevar un control de los fideicomisos, ya sea utilizando el Registro Federal de Contribuyentes de quien recibe el beneficio de dicha figura, el cual por regla general recae en el fideicomisario, y en los casos en que no se designa a éste o no pueda individualizarse, se entiende que la actividad empresarial la realiza el fideicomitente, por lo tanto utiliza el registro de éste último.

Con la finalidad de resolver dicha problemática, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, emitió un criterio mediante el cual dio a conocer una serie de lineamientos para inscribir en el Registro Federal de Contribuyentes a los fideicomisos, lo que a todas luces es ilegal, sin embargo muchos contribuyentes para efectos de poder cumplir con sus obligaciones fiscales se dan de alta sobre la base de dicho criterio.

Por lo expuesto, se propone la siguiente modificación al Código Fiscal de la Federación para efectos de que la autoridad fiscal cuente con una base legal y así la Administración de Recaudación pueda llevar un mejor control y padrón de fideicomisos.

TEXTO VIGENTE 2000	PROPUESTA DE REFORMA 2000
<p><b>Artículo 27.</b> Las personas morales, así como las personas físicas que deban presentar declaraciones periódicas o que estén obligadas a expedir comprobantes por las actividades que realicen, deberán solicitar su inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y proporcionar la información relacionada con su identidad, su domicilio y en general sobre su situación fiscal, mediante los</p>	<p><b>Artículo 27.</b> Las personas morales y las físicas, así como quienes actúen como fiduciarias en los fideicomisos que intervengan y mediante los cuales se realicen actividades empresariales, que deban presentar declaraciones periódicas o que estén obligadas a expedir comprobantes por las actividades que realicen, deberán solicitar su inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y</p>

avisos que se establecen en el Reglamento de este Código.	proporcionar la información relacionada con su identidad, su domicilio y en general sobre su situación fiscal, mediante los avisos que se establecen en el Reglamento de este Código.  .....  (Se reforma el primer párrafo del artículo 27 del CFF)
---	--

De ser aprobada dicha propuesta, se deberá establecer un artículo transitorio para efectos de obligar a la inscripción del RFC a los fideicomisos que vengán realizando actividades empresariales hasta antes de que se apruebe dicha reforma.

TEXTO VIGENTE 2000	PROPUESTA DE REFORMA 2000
	<p style="text-align: center;"><b>Transitorio</b></p> <p>Por los fideicomisos en los que se realicen actividades empresariales, que se hubieran constituido con anterioridad a la entrada en vigor de la obligación establecida en el artículo 27 del Código Fiscal de la Federación, la fiduciaria estará obligada a inscribir a dicho fideicomiso en el Registro Federal de Contribuyentes de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a más tardar en el mes de febrero.</p>

Resulta importante señalar, que actualmente la Ley del Impuesto sobre la Renta obliga a las personas morales y a las personas físicas que realizan actividades empresariales presentar en el mes de febrero de cada año ante las oficinas autorizadas, declaración en la que proporcionan la información de las operaciones efectuadas en el año de calendario anterior a través de un fideicomiso.

La referida declaración se presenta mediante la forma oficial 51 tratándose de fideicomisos nacionales y Anexo 5 de la forma 54, si son extranjeros dichos fideicomisos.

#### 4.4. REFORMA A LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

El artículo 9o. de la Ley del Impuesto sobre la Renta, señala que:

"Cuando a través de un fideicomiso se realicen actividades empresariales, la

*fiduciaria determinará en términos del Título II de esta Ley, la utilidad o pérdida fiscal de dichas actividades y cumplirá por cuenta del conjunto de los fideicomisarios las obligaciones señaladas en esta Ley, incluso la de efectuar pagos provisionales. Los fideicomisarios acumularán a sus ingresos en el ejercicio, la parte de la utilidad fiscal que les corresponda en la operación del fideicomiso, o en su caso, deducirán la pérdida fiscal y pagarán individualmente el impuesto del ejercicio y acreditarán proporcionalmente el monto de los pagos provisionales, incluyendo su ajuste, efectuados por el fiduciario."*

Ahora bien, para efectos de entender lo dispuesto por este artículo, se debe partir por definir lo que se entiende por actividad empresarial, para estos efectos se debe recurrir a lo que señala el artículo 16 del Código Fiscal de la Federación, dicho precepto establece lo siguiente:

"Artículo 16. Se entenderá por actividades empresariales las siguientes:

- I. Las comerciales que son las que de conformidad con las leyes federales tienen ese carácter y no están comprendidas en las fracciones siguientes.
- II. Las industriales entendidas como la extracción, conservación o transformación de materias primas, acabado de productos y la elaboración de satisfactores.
- III. Las agrícolas que comprenden las actividades de siembra, cultivo, cosecha y la primera enajenación de los productos obtenidos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.
- IV. Las ganaderas que son las consistentes en la cría y engorda de ganado, aves de corral y animales, así como la primera enajenación de sus productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.
- V. Las de pesca que incluyen la cría, cultivo, fomento y cuidado de la reproducción de toda clase de especies marinas y de agua dulce, incluida la acuicultura, así como la captura y extracción de las mismas y la primera enajenación de esos productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.
- VI. Las silvícolas que son las de cultivo de los bosques o montes, así como la cría, conservación, restauración, fomento y aprovechamiento de la vegetación de los mismos y la primera enajenación de sus productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.

*Se considera empresa la persona física o moral que realice las actividades a que se refiere este artículo, ya sea directamente, a través de fideicomiso, o por conducto de terceros, y por establecimiento se entenderá cualquier lugar de negocios en que se desarrollen, parcial o totalmente, las citadas actividades empresariales."*

Por su parte, el Código de Comercio señala que las actividades empresariales constituyen actos de comercio, pero siempre que estos lleven implícito un propósito de especulación comercial.

En este sentido, para que un acto de comercio se reputa como tal, se requiere hacer de este una ocupación ordinaria; que tenga como objetivo principal la especulación comercial y persiguiendo en todo caso un ánimo de lucro.

Consecuentemente, cuando mediante un fideicomiso se realicen actividades que reúnan los elementos antes referidos, se debe entender que se realiza una actividad empresarial, y por consiguiente se deberá aplicar lo dispuesto por el artículo 9o. de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

No obstante lo referido, ni el Código Fiscal de la Federación, ni la Ley del Impuesto sobre la Renta, definen o determinan con exactitud cuando se esta en presencia de un fideicomiso mediante el cual se realizan actividades empresariales. **Lo que representa para el contribuyente una puerta para la elusión fiscal.**

Ahora bien, para efectos fiscales el fideicomiso al ser una figura transparente, es decir, el fideicomiso no es sujeto del pago del impuesto sobre la renta, sin embargo la obligación tributaria recae directamente en el o los fideicomisarios o fideicomitentes, de acuerdo a su propio régimen fiscal.

Sin embargo, resulta conveniente aclarar que si el fideicomisario o fideicomitente, en su caso, son considerados por la Ley del Impuesto sobre la Renta como no contribuyentes, la fiduciaria no tendría la obligación de determinar la utilidad o pérdida fiscal a que alude el referido artículo 9o. de la Ley en comento.

Por otra parte, es necesario exponer, que en el quinto párrafo del propio artículo 9o. se trata de controlar el cumplimiento de las obligaciones que se dan mediante la figura del fideicomiso, al señalar que los fideicomisarios o, en su caso, el fideicomitentes responderán por el incumplimiento de las obligaciones que por su cuenta deba cumplir la fiduciaria.

Es importante señalar que si bien el responsable del cumplimiento de las obligaciones fiscales es el fideicomisario o el fideicomitente, el artículo 26, del Código Fiscal de la Federación, señala que son responsables solidarios las personas que estén obligadas a efectuar pagos provisionales por cuenta del contribuyente, en este caso la fiduciaria sería la responsable solidaria.

### **Propuestas de Reforma a la Ley del Impuesto sobre La Renta.**

Aún y cuando la Ley del Impuesto sobre la Renta no señala expresamente que la fiduciaria debe efectuar el ajuste a los pagos provisionales, se propone sea

modificado el artículo 9o. de dicha Ley, para precisar que dicho ajuste debe efectuarse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 12-A de la cita Ley.

Asimismo, se propone que mediante cuentas de utilidad se pueda efectuar el control de las utilidades que se distribuyen a los fideicomisarios o a los fideicomitentes.

Resulta importante señalar, que el Legislador para el ejercicio fiscal de 1999, modificó la Ley del Impuesto sobre la Renta para cambiar el esquema que regulaba las actividades empresariales que se realizaban mediante la asociación en participación, señalándose en la exposición de motivos por parte del Ejecutivo lo siguiente:

"Fideicomiso y asociación en participación.

Se aclara que se considera empresa, una persona física o moral que realiza actividades empresariales aun cuando las lleve a cabo directamente o a través de un fideicomiso.

Igualmente, se propone aclarar el régimen fiscal de la asociación en participación estableciendo que el asociante cumpla todas las obligaciones derivadas de dicha asociación."

La Comisión de Hacienda en la Cámara de Diputados realizó la siguiente aclaración:

"Congruente con uno de los objetivos de la propuesta del Ejecutivo Federal consistente en elevar los ingresos del Gobierno Federal, a través de combatir eficazmente la evasión y la elusión fiscales, se considera **acertado que se aclare el régimen fiscal de la asociación en participación, estableciendo que el asociante es quien debe cumplir, para efectos fiscales, todas las obligaciones derivadas de dicha asociación**, incluyendo aquéllas que se refieren a la inscripción en el registro federal de contribuyentes, así como a la presentación de avisos y declaraciones por cada asociación en participación en que intervenga."

Es imprescindible señalar, que para efectos del presente trabajo el cambio efectuado al régimen fiscal de la asociación en participación es la base de las propuestas planteadas, ya que hasta 1998, se regulaba para efectos del impuesto sobre la renta como una transparencia fiscal y a partir de 1999, se debe tributar conforme a lo dispuesto por el Título II de dicha Ley, es decir se asemeja a una sociedad mercantil, recayendo en el asociante todas las obligaciones fiscales y considerando como dividendos las distribuciones de ganancias o utilidades que se dan mediante esta figura al asociado.

Por lo antes referido, se ha considerado que de modificar el régimen fiscal de fideicomiso, debería ser en ese sentido, es decir dejar de ser una transparencia fiscal para dejar la obligación de determinar el impuesto sobre la renta a la fiduciaria, siempre y cuando se haya acotado el secreto fiduciario.

Por lo que las propuestas de reforma a la Ley del Impuesto sobre la Renta son las siguientes:

### PROPUESTA DE REFORMA A LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

TEXTO VIGENTE 2000	PROPUESTA DE REFORMA
<p><b>Artículo 9o.</b> Cuando a través de un fideicomiso se realicen actividades empresariales, la fiduciaria determinará en los términos del Título II de esta Ley, la utilidad o la pérdida fiscal de dichas actividades y cumplirá por cuenta del conjunto de los fideicomisarios las obligaciones señaladas en esta Ley, incluso la de efectuar pagos provisionales. Los fideicomisarios acumularán a sus ingresos en el ejercicio, la parte de la utilidad fiscal que les corresponda en la operación del fideicomiso, o en su caso, deducirán la pérdida fiscal y pagarán individualmente el impuesto del ejercicio y acreditarán proporcionalmente el monto de los pagos provisionales, incluyendo su ajuste, efectuados por el fiduciario.</p> <p>Cuando alguno de los fideicomisarios sea persona física considerará esas utilidades como ingresos por actividades empresariales. En los casos en que no se hayan designado fideicomisarios, o cuando éstos no puedan individualizarse se entenderá que la actividad empresarial la realiza el fideicomitente.</p> <p>Para determinar la participación en la utilidad o pérdida fiscal, se atenderá al ejercicio fiscal que corresponda por las actividades desarrolladas a través del fideicomiso, en los términos del artículo 11 del Código Fiscal de la Federación.</p>	<p><b>Artículo 9o.</b> Cuando se celebre un contrato de fideicomiso, la fiduciaria estará obligada al pago del impuesto respecto del total del resultado fiscal derivado de la actividad realizada a través del fideicomiso, en los términos del Título II y estará a lo dispuesto por esta Ley.</p> <p><i>El resultado fiscal o la pérdida fiscal derivada de las actividades realizadas mediante fideicomiso no deberá ser acumulado o disminuida de los ingresos derivados de otras actividades que realice el fideicomisario. La pérdida fiscal proveniente del fideicomiso sólo podrá ser disminuida de las utilidades fiscales derivadas de dicho fideicomiso, en los términos del artículo 55 de esta Ley.</i></p> <p>La fiduciaria llevará la contabilidad de las actividades del fideicomiso de conformidad con el Código Fiscal de la Federación, su Reglamento y el Reglamento de la Ley del Impuesto sobre la Renta, respecto de las operaciones que se realicen mediante fideicomiso.</p> <p>La fiduciaria llevará una cuenta de utilidad fiscal neta y una cuenta de utilidad fiscal neta reinvertida del fideicomiso, en los términos de los artículos 124 y 124-A de esta Ley.</p>

Los pagos provisionales a que se refiere este artículo se calcularán de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 12 de esta Ley aplicado a las actividades del fideicomiso. En el primer año de calendario de operaciones del fideicomiso o cuando no resulte coeficiente de utilidad conforme a lo anterior, se considerará como coeficiente de utilidad para los efectos de los pagos provisionales, el que corresponda en los términos del artículo 62 de esta Ley a la actividad preponderante que se realice mediante el fideicomiso. Para tales efectos, la fiduciaria presentará una declaración por sus propias actividades y otra por cada uno de los fideicomisos.

Los fideicomisarios o, en su caso, el fideicomitente responderán por el incumplimiento de las obligaciones que por su cuenta deba cumplir la fiduciaria.

Quando se reduzca el capital de aportación, se distribuyan o retiren ganancias o utilidades del fideicomiso, la fiduciaria estará a lo dispuesto en los artículos 10-A, 120, fracciones II y XI, 121, 123, fracción IV, y 152 de esta Ley, según corresponda. En este caso quien perciba las ganancias o utilidades le dará tratamiento de dividendos y podrá adicionarlos a las cuentas de utilidad fiscal empresarial neta y de utilidad fiscal neta a que se refieren los artículos 112-B y 124 de esta Ley.

Los pagos provisionales y el ajuste del impuesto sobre la renta que efectúe la fiduciaria, correspondientes a las actividades en fideicomiso, se calcularán en los términos de los artículos 12 y 12-A de esta Ley, tomando en cuenta el coeficiente de utilidad que se obtenga considerando los ingresos percibidos y la utilidad fiscal obtenida del fideicomiso. En el primer ejercicio fiscal se considerará como coeficiente de utilidad que corresponda en los términos del artículo 62 de esta Ley, a la actividad preponderante del fideicomiso.

No se considerarán parte de las cuentas de utilidad fiscal neta y de utilidad fiscal neta reinvertida de la fiduciaria, los saldos de las cuentas de utilidad fiscal neta y de utilidad fiscal neta reinvertida del fideicomiso.

El impuesto sobre la renta que corresponda a las actividades realizadas en fideicomiso de conformidad con el primer párrafo del artículo 10 de esta Ley, disminuido del impuesto que se difiera conforme al segundo párrafo del mismo, después de aplicar, en su caso, la reducción a que se refiere el artículo 13 de esta Ley, será el que se acreditará contra el impuesto al activo del mismo ejercicio, y será el causado para determinar la diferencia que se podrá acreditar adicionalmente contra el impuesto al activo en los términos del artículo 9o. de la Ley del Impuesto al Activo. El impuesto diferido que se pague conforme al

	<p>tercer párrafo del artículo 10-A de esta Ley, se podrá acreditar contra el impuesto al activo del ejercicio en que se pague, y en dicho ejercicio se considerará causado para los efectos señalados en este párrafo.</p> <p>(Se reforma el artículo 9o. de la LISR)</p>
<b>TEXTO VIGENTE 2000</b>	<b>PROPUESTA DE REFORMA</b>
<p>NO EXISTE TEXTO</p>	<p>Artículo 9o.-A La fiduciaria por las actividades desarrolladas a través del fideicomiso, llevará una cuenta de aportación patrimonial, que se constituirá con la aportación inicial de efectivo, otros bienes o derechos al fideicomiso. Esta cuenta se adicionará con las utilidades a que se refieren las siguientes fracciones; con las aportaciones posteriores que se realicen y con la restitución de los préstamos a que se refiere la fracción III de este artículo, que se hubieran considerado como utilidades pendientes de gravamen, y se disminuirá con las reducciones que se efectúen al monto de las aportaciones. Las aportaciones de bienes o derechos a que se refiere este artículo, se considerarán siempre que se hayan enajenado cuando así lo establezcan las leyes fiscales respectivas.</p> <p>La fiduciaria considerará como utilidades pendientes de gravamen las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>I. Cuando distribuya utilidades, por las que no se hubiera pagado el impuesto sobre la renta.</li> <li>II. Cuando se reduzca el patrimonio del fideicomiso, sobre la diferencia entre el monto reembolsado y el monto de la aportación correspondiente al reembolso, en los casos en que el monto reembolsado sea mayor.</li> </ol> <p>El monto de la aportación correspondiente al reembolso será el que resulte de multiplicar el monto reembolsado por la proporción que</p>

resulte de dividir el saldo de la cuenta de aportación patrimonial que tenga el fideicomiso a la fecha del reembolso, entre el monto del patrimonio actualizado que se tenga a la misma fecha.

III. Cuando se trate de préstamos que reciban los fideicomitentes o fideicomisarios del fideicomiso, a excepción de aquéllos que reúnan los siguiente requisitos:

- a) Que sean consecuencia normal de las operaciones del fideicomiso.
- b) Que se pacte plazo menor de un año.
- c) Que el interés pactado sea igual o superior a la tasa que fije la Ley de Ingresos de la Federación para la *prórroga de créditos fiscales*.
- d) Que efectivamente se cumplan estas condiciones pactadas.

El saldo de la cuenta antes referida que se tenga al cierre de cada ejercicio, se actualizará por el período comprendido desde el mes en que se efectuó la última actualización, hasta el mes de cierre del ejercicio de que se trate. Cuando se efectúen aumentos o reducciones a dicha cuenta, con posterioridad a la actualización mencionada, antes de disminuirla o aumentarla, se actualizará el saldo de la misma por el periodo comprendido desde el mes en que se efectuó la última actualización hasta el mes en que se realice el aumento o disminución mencionados.

(Se adiciona el artículo 9o.-A, de la LISR)

TEXTO VIGENTE 2000	PROPUESTA DE REFORMA
<p>NO EXISTE TEXTO</p>	<p>Artículo 9o-B. Cuando se disminuya el patrimonio del fideicomiso, la fiduciaria considerará dicha reducción como utilidad pendiente de gravamen hasta por la cantidad que resulte de restarle al patrimonio, según el estado de posición financiera aprobado por el Comité Técnico, o en su caso, por la fiduciaria del fideicomiso, para fines de dicha disminución, el saldo de la cuenta de aportación patrimonial que se tenga a la fecha en que se efectúe la reducción, conforme a lo previsto por el artículo 9o-A de esta Ley, cuando éste sea menor.</p> <p>A la cantidad que se obtenga conforme al párrafo anterior se le disminuirá la utilidad pendiente de gravamen determinada en los términos de la fracción II del artículo 9o-A de esta Ley. El resultado será la utilidad pendiente de gravamen para los efectos de este artículo.</p> <p>La utilidad que se determine conforme a este artículo se considerará para reducciones de aportaciones subsecuentes como aportación a la cuenta de aportación patrimonial, en los términos de la fracción II del artículo 9o-A de esta Ley.</p> <p>(Se adiciona el artículo 9o.-B. de la LISR)</p>

TEXTO VIGENTE 2000	PROPUESTA DE REFORMA
NO EXISTE TEXTO	<p><b>Artículo 9o-C.</b> Las fiduciarias no estarán obligadas a cumplir con lo dispuesto en el artículo 9o de esta Ley, por aquellos fideicomisos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Que se constituyan para fines científicos; políticos; religiosos; de enseñanza; asistencia o beneficencia;</li> <li>b) De garantía;</li> <li>c) En los que la fiduciaria realiza exclusivamente actos de administración y que en los mismos no se tenga como fin preponderante la realización de una actividad empresarial.</li> <li>d) Aquellos en los que se perciban ingresos por intereses, provenientes de aperturas de cuentas de ahorro o maestras.</li> </ul> <p>(Se adiciona el artículo 9o.-C. de la LISR)</p>

#### 4.5. REFORMA A LA LEY DEL IMPUESTO AL ACTIVO

Este impuesto que se considera complementario del impuesto sobre la renta, ha sido objeto de muchas controversias, al grado que desde mayo de 1996, no ha sufrido reforma alguna este impuesto.

Ahora bien, diversos sectores han presionado por la derogación de dicho impuesto, lo que se considera acertado.

No obstante, se presentaron algunas propuestas que más bien son precisiones en caso de que el legislador reforme la Ley, para efectos de que estas sean tomadas en consideración

Se iniciará por comentar la problemática que se presenta en la Ley del Impuesto al Activo, respecto de lo que señala en su artículo 6o. penúltimo párrafo, y que a la letra indica lo siguiente:

“No se pagará el impuesto por el período preoperativo, ni por los ejercicios de inicio de actividades, los dos siguientes y el de liquidación, salvo cuando este último dure más de dos años. Lo dispuesto en este párrafo no es aplicable a los ejercicios posteriores a fusión, transformación de sociedades o traspaso de

negociaciones, ni a los contribuyentes que inicien actividades con motivo de la escisión de sociedades.....”.

Como se puede apreciar, en este párrafo se señala que no se pagará el impuesto por el período preoperativo, ni por los ejercicios indicados; sin embargo, se podría aplicar en los casos de las actividades que se desarrollan en el fideicomiso.

Es decir, si un contribuyente viene pagando el impuesto al activo y decide constituir un fideicomiso, ¿con ese hecho dejaría de pagar el citado impuesto?, ya que en el fideicomiso apenas se está en el ejercicio de inicio de actividades.

Consideran diversos autores que no, porque se debe atender la calidad del contribuyente, esto es, si el contribuyente viene pagando dicho impuesto, no por el hecho de que constituya un fideicomiso va a dejar de pagar.

Sin embargo, esta norma está sujeta a interpretación, ya que además en los casos de la fusión, transformación de sociedades o traspaso de negociaciones o, cuando se inicien operaciones con motivo de la escisión de sociedades, el legislador si fue claro, por lo que al aplicar estrictamente lo establecido en este numeral, no se tendría la obligación de pagar el impuesto en el caso de que se inicien actividades en un fideicomiso.

Por su parte el artículo 7o.-Bis, primer párrafo establece lo siguiente:

**“Cuando a través de un fideicomiso o de una asociación en participación se realicen actividades empresariales, la fiduciaria y el asociante, cumplirán por cuenta del conjunto de fideicomisarios o en su caso, del fideicomitente, cuando no hubieran sido designados los primeros, o por cuenta propia y de los asociados, según corresponda, con la obligación de efectuar los pagos provisionales a que se refiere el artículo 7o. de la misma, por el activo correspondiente a las actividades realizadas por el fideicomiso o asociación, considerando para tales efectos el activo que correspondió a dichas actividades en el último ejercicio de la fiduciaria o asociante.**

Resulta interesante indicar, que en dicho artículo respecto de la parte que señala “... Considerando para tales efectos el activo que correspondió a dichas actividades en el último ejercicio del fiduciario...” en opinión de los estudiosos del derecho fiscal, sale sobrando, a menos que el legislador haya pretendido gravar el fideicomisario con el activo que le correspondió a la fiduciaria.

Derivado de lo anterior, se proponen las siguientes modificaciones:

**PROPUESTA DE REFORMA A LA  
LEY DEL IMPUESTO AL ACTIVO**

TEXTO VIGENTE 2000	PROPUESTA DE REFORMA
<p>Artículo 1o. ....</p> <p><b>NO EXISTE TEXTO</b></p>	<p>Artículo 1o. ....</p> <p>Tratándose de fideicomisos que realicen actividades empresariales, el fiduciario, estará obligado al pago de este impuesto por el activo que tenga el fideicomiso. Las personas que no sean contribuyentes de este impuesto, que otorguen el uso o goce temporal de los bienes a que se refiere el primer párrafo de este artículo a fideicomisos que realicen actividades empresariales, estarán obligadas al pago del mismo, únicamente por esos bienes.</p> <p>(Se adiciona el artículo 1o., con un último párrafo, de la LIMPAC.)</p>
TEXTO VIGENTE 2000	PROPUESTA DE REFORMA
<p>Artículo 7o. ....</p> <p>Cuando a través de un fideicomiso o de una asociación en participación se realicen actividades empresariales, el fiduciario o el asociante efectuará por cuenta de los fideicomisarios o por cuenta propia y de los asociados, según sea el caso, los pagos provisionales a que se refiere este artículo, por el activo correspondiente a las actividades realizadas por el fideicomiso o asociación, <i>considerando para tales efectos el activo que correspondió a dichas actividades en el último ejercicio del fiduciario o asociante.</i></p>	<p>Artículo 7o. ....</p> <p>Los fideicomisos que realicen actividades <i>empresariales y las asociaciones en participación</i>, a través de la fiduciaria o del asociante, según sea el caso, efectuarán los pagos provisionales a que se refiere este artículo, por el activo correspondiente a las <i>actividades realizadas por el fideicomiso o asociación</i>, considerando para tales efectos el activo que correspondió a dichas actividades en el último ejercicio del fiduciario o asociante.</p> <p>(Se reforma el artículo 7o., décimo párrafo de la LIMPAC.)</p>

#### 4.6. REFORMA A LA LEY DEL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

Respecto de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, por ser un cuerpo legal genérico, existen muchas interrogantes por partes de los contribuyentes, y se formulan cuestionamientos como los siguientes:

¿Quién es el contribuyente cuando se realizan actividades a través del fideicomiso?.

¿La fiduciaria debe cumplir con la presentación de los pagos provisionales?.

¿Quién puede acreditar el impuesto y como se puede acreditar el impuesto?.

¿En caso de existir saldo a favor quien debe solicitar la devolución y como puede efectuarse la compensación?.

Por lo que para efectos de lo anterior, se proponen las siguientes modificaciones a la Ley del Impuesto al Valor Agregado.

Partiendo de la idea de que será la fiduciaria la obligada o responsable del pago de los impuestos que se tratan en el presente trabajo, se propone señalar de manera expresa que la fiduciaria será la que efectúe el pago de dicho gravamen.

#### PROPUESTA DE REFORMA LEY DEL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

TEXTO VIGENTE 2000	PROPUESTA DE REFORMA 2000
Artículo 1o. ....  <b>NO EXISTE TEXTO</b>	Artículo 1o. ....  <b>También están obligados al pago del impuesto al valor agregado establecido en esta Ley, por los actos o actividades señalados anteriormente, las fiduciarias por las actividades realizadas a través de los fideicomisos, en que intervengan.</b>  <i>(Se adiciona el artículo 1o., con un último párrafo de la LIVA)</i>

Con relación a la presentación de pagos provisionales en materia del impuesto al valor, se propone señalar que sea la fiduciaria la obligada al cumplimiento de dichos pagos y su ajuste.

TEXTO VIGENTE 2000	PROPUESTA DE REFORMA
<p>Artículo 5o. ....</p> <p><b>NO EXISTE TEXTO</b></p>	<p>Artículo 5o. ....</p> <p><b>Cuando se realicen actividades empresariales mediante fideicomiso, la fiduciaria será quien efectúe los pagos provisionales.</b></p> <p>.....</p> <p>(Se adiciona el artículo 5o. con un cuarto párrafo, pasando los actuales cuarto a séptimo párrafos, a ser quinto a octavo párrafos de la LIVA)</p>

Para efectos de señalar quién podrá solicitar la devolución del impuesto al valor agregado cuando resulte un saldo a favor, se propone el siguiente texto.

TEXTO VIGENTE 2000	PROPUESTA DE REFORMA
<p>Artículo 6o. ....</p> <p><b>NO EXISTE TEXTO</b></p>	<p>Artículo 6o. ....</p> <p><b>Cuando en la declaración de pago provisional que se efectúe por las actividades del fideicomiso, resulte saldo a favor, la fiduciaria, podrá acreditarlo contra el impuesto a cargo que resulte de las actividades desarrolladas a través de fideicomiso o solicitar su devolución, en los términos de este artículo.</b></p> <p>(Se adiciona el artículo 6o., con un último párrafo a la LIVA)</p>

Con las propuestas antes referidas, lo que se pretende es sentar las bases para que las autoridades fiscales no se dejen rebasar por la figura del fideicomiso y no sigan posponiendo una reforma fiscal que es necesaria.

Finalmente, resulta interesante señalar que el 24 de agosto de 2000, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió sentencia sobre la Controversia Constitucional 26/99, en donde el actor es la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, la Ponente la Ministra Olga María Del Carmen Sánchez Cordero De García Villegas y el Secretario Pedro Alberto Nava Malagón.

En dicha controversia se reclaman la invalidez de 1. La omisión por "parte del Ejecutivo Federal de coadyuvar con la H. "Cámara de Diputados, en los términos del artículo "89, fracción I, de la Constitución Política de los "Estados Unidos Mexicanos, en relación con el "segundo párrafo del Artículo Quinto y Séptimo "Transitorios de la Ley de Protección al Ahorro "Bancario, para el efecto de que

instruyera a las "autoridades que le son jerárquicamente "subordinadas de entregar al señor Michael W. "Mackey por conducto del Despacho Galaz, Gómez "Morfin, Chavero y Yamazaki, S.C., la información "que se le requirió sobre operaciones fiduciarias "realizadas en la institución de crédito denominada "Banco Unión, S.A., con motivo de las auditorías "realizadas al Fondo Bancario de Protección al "Ahorro (FOBAPROA). 2. La resolución "administrativa de fecha 23 de julio de 1999, "contenida en el oficio número 100-342, emitido por "el Ejecutivo Federal, por conducto del titular de la "Secretaría de Gobernación, por virtud de la cual se "da contestación a la queja presentada por la H. "Cámara de Diputados por conducto de la "Comisión de Régimen Interno y Concertación "Política, ante el Titular del Ejecutivo Federal, en "contra del Titular de la Secretaría de Hacienda y "Crédito Público y del Presidente de la Comisión "Nacional Bancaria y de Valores, quienes se han "negado en reiteradas ocasiones a proporcionar la "información solicitada por el señor Michael W. "Mackey y por conducto del Despacho Galaz, "Gómez Morfin, Chavero y Yamazaki, S.C., respecto "de las operaciones fiduciarias realizadas en la "Institución de crédito denominada Banca Unión, "S. A., con motivo de las auditorías realizadas al "FOBAPROA y, como consecuencia de lo anterior, "el dictamen contenido en el oficio número 601-VI-"DGC-52691 de fecha dos de julio del año en curso, "suscrito por la Comisión Nacional Bancaria y de "Valores, por conducto de los Directores Generales "de Delitos y de lo Contencioso; así como la "resolución de fecha seis de julio del año en curso, "contenida en el oficio número 102-N.-186, emitida "por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, "por conducto de la Subsecretaría de Hacienda y "Crédito Público".

En dicha controversia se resolvió que:

**PRIMERO.** Es procedente y fundada la presente Controversia Constitucional.

**SEGUNDO.** Los Secretarios de Gobernación y de Hacienda y Crédito Público así como la Comisión Nacional Bancaria y de Valores carecen de legitimación pasiva en la presente controversia constitucional.

**TERCERO.** Se declara la invalidez de los oficios números 100-342 de veintitrés de julio de mil novecientos noventa y nueve; 601-VI-DGC-5269 de dos de julio de mil novecientos noventa y nueve y 102-N.-186 de seis de julio de mil novecientos noventa y nueve, precisados en el resultando primero de esta ejecutoria.

**CUARTO.** Requiérase al Ejecutivo Federal, para que proceda a dar cumplimiento a la presente resolución en los términos y para los efectos precisados en el Considerando final de esta sentencia.

**QUINTO.** Publíquese esta resolución en el Semanario Judicial de la Federación.

Notifíquese; por medio de oficio a las partes y, en su oportunidad, archívese el expediente.

Así lo resolvió la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Pleno, por unanimidad de once votos de los señores Ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, José Vicente Aguinaco Alemán, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María del Carmen Sánchez Cordero de García Villegas, Juan Silva Meza y Presidente Genaro David Góngora Pimentel. Fue ponente en este asunto la señora Ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero de García Villegas.

Ahora bien, en el Décimo considerando que es el que nos interesa para el presente trabajo se estableció lo siguiente:

"DÉCIMO.- Establecida la conclusión que se refiere en el considerando que antecede, se procede a determinar si, como lo aduce la parte demandada, el secreto fiduciario es oponible a la obligación constitucional de informar a la Cámara de Diputados.

En este punto, debe hacerse mención al secreto bancario y fiduciario que contemplan respectivamente los artículos 117 y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito, que señalan:

Los citados preceptos disponen:

"ARTÍCULO 117.- Las instituciones de crédito en "ningún caso podrán dar noticias o información de "los depósitos, servicios o cualquier tipo de "operaciones, sino al depositante, deudor, titular o "beneficiario que corresponda, a sus "representantes legales o a quienes tenga otorgado "poder para disponer de la cuenta o para intervenir "en la operación o servicio, salvo cuando las "pidieren, la autoridad judicial en virtud de "providencia dictada en juicio en el que el titular "sea parte o acusado y las autoridades hacendarias "federales, por conducto de la comisión Nacional "Bancaria, para fines fiscales. Los empleados y "funcionarios de las instituciones de crédito serán "responsables, en los términos de las "disposiciones aplicables, por violación del secreto "que se establece y las instituciones estarán "obligadas en caso de revelación del secreto, a "reparar los daños y perjuicios que se causen.

"Lo anterior, en forma alguna afecta la obligación "que tienen las instituciones de crédito de "proporcionar a la Comisión Nacional Bancaria, "toda clase de información y documentos que, en "ejercicio de sus funciones de inspección y "vigilancia, les solicite en relación con las "operaciones que celebren y los servicios que "presten".

"ARTÍCULO 118.- Con la salvedad de toda clase de "información que sea solicitada por la Comisión "Nacional Bancaria, la violación del secreto propio "de las operaciones a que se refiere la fracción XV "del artículo 46 de esta Ley, incluso ante las "autoridades o tribunales en juicios o "reclamaciones que no sean aquellos entablados "por el fideicomitente o fideicomisario, comitente o

"mandante, contra la institución o viceversa, "constituirá a ésta en responsabilidad civil por los "daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de "las responsabilidades penales procedentes".

Por lo que hace al secreto bancario (artículo 117), se puede establecer que es el deber que tienen las Instituciones de Crédito, sus órganos, funcionarios, empleados y personas en relación directa con ellas de observar estricta reserva sobre cualquier tipo de operaciones; salvo en los casos de excepción previstos en la ley o cuando lo faculte el mismo cliente.

El secreto bancario, cubre la información de depósitos, servicios o cualquier tipo de operaciones, es decir, todas las actividades que tengan un carácter bancario (operaciones pasivas, activas y de servicios).

Las personas que tienen derecho a pedir informes de los depósitos y demás operaciones a las Instituciones de Crédito, conforme al artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, son las siguientes:

- Depositante.
- Deudor de la Institución.
- Titular de una operación.
- Beneficiarios.
- Representantes legales o mandatarios.

Por su parte, el secreto fiduciario cubre las operaciones de fideicomiso, mandato y comisión.

Las personas que conforme al artículo 118 de la Ley de Instituciones de Crédito pueden solicitar información sin que se viole este secreto, son:

- Fideicomitente.
- Fideicomisario.
- Comitente.
- Mandante.

Este secreto fiduciario, es más estricto que el secreto bancario ya que en términos de la Ley de Instituciones de Crédito sólo pueden tener acceso a la información de las operaciones identificadas como mandato, comisión y fideicomiso, las partes contratantes, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, las autoridades judiciales y tribunales en procesos en donde las propias partes se encuentren en conflicto. De igual forma, se establece para el caso de violación de este secreto, una pena más severa a la que se contempla por la violación del secreto bancario: la de carácter penal.

Lo anterior, atiende a que, en estas operaciones, la Institución de Crédito no actúa en la celebración de los actos jurídicos en su carácter de banco, sino que lo hace como fiduciario, mandatario o comisionista.

En consecuencia, como regla general, debe concluirse que las instituciones bancarias deberán guardar la más absoluta reserva de los negocios jurídicos con sus clientes y tomar las medidas necesarias para evitar que se les puedan causar daños por la violación a este sigilo.

Toca ahora resolver, si la negativa de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y del Ejecutivo Federal para ordenar que se rinda la información solicitada por la Cámara de Diputados, puede encontrar sustento en la legislación secundaria relativa al secreto fiduciario.

A este respecto, debe precisarse que existen ciertos casos en los cuales los secretos bancario y fiduciario no deben ser obstáculo para la persecución de delitos o la supervisión de las entidades financieras, entre otros, por lo que se han establecido diversas excepciones que permiten a ciertas autoridades recabar directamente de las instituciones de Crédito, informes amparados por el secreto bancario o fiduciario.

Así se advierte de los artículos 97 y 115, de la Ley de Instituciones de Crédito que señalan:

"ARTÍCULO 97.- Las instituciones de crédito "deberán presentar la información y "documentación que en el ámbito de sus "respectivas competencias, les soliciten la "Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Banco "de México y la Comisión Nacional Bancaria, dentro "de los plazos que las mismas establezcan.

"Dichas instituciones proporcionarán a la citada "Secretaría, en los términos y plazos que ésta "determine, la información institucional y de sus "empresas a que se refieren los artículos 88 y 89 "primer párrafo, de esta Ley, respecto de sus "programas operativos y financieros, los "presupuestos de ingresos y gastos, e integración "de indicadores y demás información financiera, "que permita evaluar el comportamiento y "desarrollo del Sistema Bancario Mexicano".

"ARTÍCULO 115.- En los casos previstos en los "artículos 111 al 114 de esta ley, se procederá a "petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito "Público, quien escuchará la opinión de la "Comisión Nacional Bancaria y de Valores; también "se procederá a petición de la institución de crédito "de que se trate, o de quien tenga interés jurídico.

"Lo dispuesto en los artículos citados en este "Capítulo, no excluye la imposición de las "sanciones que conforme a otras leyes fueren "aplicables, por la comisión de otro u otros delitos.

"La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, "oyendo la opinión de la Comisión Nacional "Bancaria y de Valores, dictará disposiciones de "carácter general que tengan como finalidad "establecer medidas y procedimientos para "prevenir y detectar en las instituciones de crédito "y sociedades financieras de objeto limitado, actos "u operaciones que puedan ubicarse en los "supuestos del artículo 400 bis del Código Penal "para el Distrito Federal en Materia de Fuero "Común y para toda la República en Materia de "Fuero Federal, incluyendo la obligación de

dichas "instituciones y sociedades de presentar a esa "Secretaría, por conducto de la citada Comisión "reportes sobre las operaciones y servicios que "realicen con sus clientes y usuarios, por los "montos y en los supuestos que en dichas "disposiciones de carácter general se establezcan.

"Dichas disposiciones deberán considerar entre "otros aspectos, criterios para la adecuada "identificación de los clientes y usuarios de las "operaciones y servicios de la instituciones y "sociedades mencionadas, que consideren sus "condiciones específicas y actividad económica o "profesional; los montos, frecuencia, tipos y "naturaleza de las operaciones y los instrumentos "monetarios con que las realicen y su relación con "las actividades de los clientes o usuarios; las "plazas que operen y las prácticas comerciales y "bancarias que priven en las mismas; la debida y "oportuna capacitación de su personal; y medidas "específicas de seguridad en el manejo de las "operaciones de las propias instituciones y "sociedades. El cumplimiento de la obligación de "presentar reportes previstos en tales "disposiciones no implicará transgresión a lo "establecido en los artículos 117 y 118 de esta ley.

"Las disposiciones señaladas deberán ser "observadas oportunamente por los miembros de "los consejos de administración, comisarios, "auditores externos, funcionarios y empleados de "los citados intermediarios; la violación de las "mismas será sancionada por la Comisión Nacional "Bancaria y de Valores con multa equivalente del "10 al 100% del acto u operación de que se trate.

"Tanto los servidores públicos de la Secretaría de "Hacienda y Crédito Público y de la Comisión "Nacional Bancaria y de Valores, como los "miembros de los consejos de administración, "comisarios, auditores externos, funcionarios y "empleados de los intermediarios financieros a que "se refiere este artículo, deberán abstenerse de dar "noticia o información de las operaciones previstas "en el mismo a personas, dependencias o "entidades, distintas de las autoridades "competentes expresamente previstas. La violación "a estas obligaciones será sancionada en los "términos de las leyes correspondientes".

De los preceptos en cita, se advierte que las Instituciones de Crédito están obligadas a presentar la información y documentación que les solicite la *Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y el Banco de México* en la revisión de las operaciones y servicios que realizan las Instituciones de Crédito con sus clientes y usuarios, así como la *mención expresa de que tal actuar no implica transgresión al secreto bancario y fiduciario.*

En este punto debe precisarse que estas facultades que posee la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, son aplicables aun en tratándose de Instituciones de Crédito intervenidas como lo es en la especie Banco Unión, Sociedad Anónima como lo reconocen las partes en atención a lo siguiente:

Conforme al artículo 138 de la Ley de Instituciones de Crédito cuando a juicio de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores existan irregularidades que afecten la estabilidad y solvencia de las instituciones de crédito y pongan en peligro los intereses del público o acreedores, el Presidente de la citada Comisión con

acuerdo de la Junta de Gobierno, de inmediato declarará la intervención de la institución de crédito con carácter de gerencia y designará sin acuerdo de la citada Junta a la persona física que se hará cargo de la institución con el carácter de interventor-gerente (artículo 16, fracción III de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores).

En términos del artículo 140 de la Ley en cita, el interventor-gerente tendrá todas las facultades que normalmente corresponden al Consejo de Administración de la institución de crédito, contando con plenos poderes generales para actos de dominio, de administración, entre otros.

De lo antes expuesto, se advierte que el interventor-gerente asume las facultades que en una institución no intervenida desarrolla el Consejo de Administración y, por ende, en esto se circunscribe su autonomía de gestión; tan es así que, el último párrafo del referido dispositivo legal, precisa que el interventor-gerente no se encuentra supeditado en su actuación, a la Asamblea de Accionistas ni al Consejo de Administración.

Lo anterior, atiende precisamente a las irregularidades graves detectadas en la Institución de Crédito que propician su intervención.

No obstante lo anterior, la citada autonomía de gestión de que goza el interventor-gerente no es oponible frente a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores por las siguientes razones:

1) Corresponde al Presidente de la citada Comisión su designación con motivo de la detección de irregularidades cometidas por la Institución de Crédito con el objeto de corregirlas y por tanto, puede remover libremente al citado gerente en caso de que no cumpla con las finalidades de la intervención.

2) Con independencia de que una Institución de Crédito se encuentre intervenida o no, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores tiene vigentes sus facultades de inspección y vigilancia respecto de las citadas Instituciones, las cuales están obligadas a proporcionar la información y documentación que les sea solicitada.

En estas condiciones, ya sea que la información esté en poder de un Consejo de Administración o de un interventor-gerente, ambos tienen la obligación de proporcionarla a la Comisión, la cual, como se ha precisado ejerce atribuciones que en principio corresponden al Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a la cual se encuentra subordinada jerárquicamente.

Por otra parte, el artículo 180 del Código Federal de Procedimientos Penales señala:

"ARTÍCULO 180.- Para la comprobación del cuerpo "del delito y de la probable responsabilidad el "indiciado, el Ministerio Público y los tribunales "gozarán de la

acción más amplia para emplear los "medios de investigación que estimen conducentes "según su criterio, aunque no sean de los que "menciona la ley, siempre que estos medios no "sean contrarios a derecho.

"Los requerimientos que formule el Procurador "General de la República o el servidor público en "quien se delegue esta facultad, o la autoridad "judicial en su caso, de información o documentos "relativos al sistema financiero, se harán por "conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de "Valores, de la Comisión Nacional de Seguros y "Fianzas, así como de la Comisión Nacional del "Sistema de Ahorro para el Retiro, en sus "respectivas competencias. Los requerimientos de "información o documentos de naturaleza fiscal, "por conducto de la unidad de la Secretaría de "Hacienda y Crédito Público que determine el titular "de dicha Secretaría.

"La información y documentos así obtenidos sólo "podrán ser utilizados en la investigación y para "efectos del proceso penal, debiéndose guardar la "más estricta confidencialidad. Al servidor público "que quebrante la reserva de las actuaciones o "proporcione copia de ellas o de los documentos "que obran en la averiguación, se le sujetará al "procedimiento de responsabilidad administrativa y "penal, según corresponda".

Del precepto en cita se advierte que la Procuraduría General de la República aun cuando no se menciona en la Ley de Instituciones de Crédito, tiene facultades para solicitar por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores a las instituciones de crédito los datos e informes que necesite para la debida integración de las averiguaciones previas correspondientes.

Asimismo los artículos 108 y 109, de la Ley del Servicio de Tesorería de la Federación señalan:

"ARTÍCULO 108.- Los servidores públicos y los "auxiliares de las oficinas en que deba practicarse "alguna diligencia, así como los particulares, "personas físicas o morales con los que "directamente haya de entenderse, deberán dar "toda clase de facilidades para su desahogo, "proporcionar los datos e informes que se les "solicite por escrito o en los interrogatorios que se "les practiquen y mostrar los libros, registros, "padrones y documentación que legalmente se "requiera, sin que puedan oponerse a la práctica de "las diligencias que previene este Título.

"En la práctica de estos actos de vigilancia, las "personas físicas y morales a que se refiere este "artículo, deberán exhibir en su domicilio los libros "de contabilidad y documentación que se les pida.

"Asimismo, cuando el acto de vigilancia lo amerite, "el Tesorero queda facultado para solicitar de las "instituciones bancarias por conducto de la "Comisión Nacional Bancaria y de Valores, los "estados de cuenta y cualquiera otra información "relativa a las cuentas personales de los servidores "públicos, auxiliares y, en su caso, particularmente "relacionados con la investigación de que se trate".

"ARTÍCULO 109.- Los servidores públicos de la "Treasorería y los auxiliares a quienes se "encomienden las diligencias relacionadas con la "vigilancia y el

personal administrativo que "conozca de las mismas, deberá guardar reserva "acerca de los informes y datos que reciban, "recaben, rindan o lleguen a su conocimiento con "tal motivo. Esta obligación subsistirá aun cuando "el funcionario o empleado se separe del servicio".

De los preceptos antes transcritos se advierte que la Tesorería de la Federación, por conducto de su tesorero, está facultada para solicitar de las Instituciones de Crédito a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, cualquier información relativa a las cuentas personales de los servidores públicos.

Los artículos 32-B, fracción IV y 84-A, fracción IV, del Código Fiscal de la Federación señalan:

"ARTÍCULO 32-B.- Las instituciones de crédito "tendrán las siguientes obligaciones:

"...IV.- Proporcionar en los términos de la Ley de "Instituciones de Crédito y por conducto de la "Comisión Nacional Bancaria, la información de los "depósitos, servicios o cualquier tipo de "operaciones que soliciten las autoridades fiscales "a través del mismo conducto...".

"ARTÍCULO 84-A.- Son infracciones en las que "pueden incurrir las instituciones de crédito en "relación a las obligaciones a que se refiere el "artículo 32-B de este Código, las siguientes:

"...IV.- No proporcionar la información relativa a "depósitos, servicios o cualquier tipo de "operaciones, solicitada por las autoridades "fiscales, en los términos de la Ley de Instituciones "de Crédito...".

Con motivo de lo anterior, las autoridades fiscales autónomas, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, pueden solicitar a las Instituciones de Crédito la información que éstas soliciten.

En este sentido, el Instituto Mexicano del Seguro Social en virtud de que conforme al artículo 27 de su propia ley puede aplicar el procedimiento administrativo de ejecución para el cobro de las liquidaciones que no hubiesen sido cubiertas oportunamente, con sujeción a las normas establecidas en el Código Fiscal de la Federación, podrá solicitar los informes necesarios por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, toda vez que el término hacendario que implica el artículo 117, no es exclusivo de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Por último, el artículo 43 de la Ley de Protección al Ahorro Bancario establece:

"ARTÍCULO 43.- Las Instituciones estarán "obligadas a proporcionar al Instituto la "información que éste le solicite para el "cumplimiento de su objeto, incluyendo los datos "que permitan estimar su situación financiera, así "como a poner en conocimiento del mismo, con "toda oportunidad, cualquier problema que ponga "en riesgo su estabilidad financiera. Las "Instituciones no estarán sujetas a lo establecido "en el primer párrafo del artículo 117 y en el artículo "118 de la Ley de

Instituciones de Crédito, por lo "que hace a la obligación de entregar al Instituto la "información antes señalada.

"Al Instituto no le serán aplicables las "disposiciones señaladas en el párrafo anterior".

Así, las Instituciones de Crédito están obligadas a proporcionar al Instituto para la Protección al Ahorro Bancario la información que se les solicite, precisando *expresamente en este punto que las instituciones de crédito no están sujetas a lo establecido en el primer párrafo del artículo 117 y en el artículo 118, de la Ley de Instituciones de Crédito.*

En estas condiciones el secreto bancario y el fiduciario, no son absolutos, pues la misma legislación reconoce que éstos no deben constituirse en obstáculos para la procuración e impartición de justicia.

No obstante lo anterior, debe precisarse que estas excepciones al secreto fiduciario, no tienen el alcance de que la autoridad que tiene acceso a esta información confidencial, a su vez, pueda disponer libremente de la misma, pues dichas excepciones atienden al cumplimiento expreso de facultades de revisión y supervisión.

En este orden de ideas, de los artículos 74, fracción IV y 73, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se desprende que las cuestiones de revisión de cuenta pública y de reconocimiento de deuda pública por regla general no interfieren derechos de particulares, sin embargo, cuando excepcionalmente así acontezca debe concluirse que el interés resguardado por el secreto fiduciario *no es oponible a dichas facultades tal y como aconteció en el caso concreto, cuando deudas privadas se convirtieron en deuda pública.*

Conforme a lo anterior, este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su calidad de máximo intérprete de la Norma Fundamental en los términos ya apuntados, estima que en el caso particular el sigilo financiero no es oponible a las facultades constitucionales que posee la Cámara de Diputados para requerir la información solicitada.

Por último, no pasa inadvertido para este Alto Tribunal, que en los conceptos de invalidez, la parte actora aduce violaciones al artículo 16 de la Constitución Federal; sin embargo, toda vez que tales violaciones las hace derivar de la aplicación e incumplimiento de diversas leyes secundarias, es innecesario su estudio, en la medida de que todos ellos resultan inoperantes en razón de que, con independencia de lo fundado o infundado que resultaren estos planteamientos, lo cierto es que no podrían prevalecer frente a las conclusiones *alcanzadas en el análisis constitucional realizado en el considerando Noveno de esta ejecutoria, en el sentido de que la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y el Secretario de Hacienda y Crédito Público tienen el deber de proporcionar la información solicitada por la Cámara de Diputados, y el Presidente de la República de ordenar a éstas que la entreguen con el objeto de concluir las*

auditorias que se le practican al Fondo Bancario de Protección al Ahorro, en relación con los fideicomisos celebrados por Banco Unión, Sociedad Anónima.

En tales condiciones, procede declarar la invalidez de los oficios números 100-342 de veintitrés de julio de mil novecientos noventa y nueve; 601-VI-DGC-5269 de dos de julio de mil novecientos noventa y nueve y 102-N.-186 de seis de julio de mil novecientos noventa y nueve, precisados en el resultando primero de esta ejecutoria.

Por lo anterior, en términos del artículo 41, fracción V, de la ley reglamentaria de la materia que dispone que la sentencia deberá contener los alcances y efectos de la misma, así como todos los elementos necesarios para su plena eficacia, este Tribunal Pleno considera que en virtud del sentido del presente fallo, el Presidente de la República en términos del Considerando Noveno del mismo, deberá dictar las órdenes conducentes para que por sí o por conducto de la *Secretaría de Hacienda y Crédito Público o, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores ponga a disposición de la Cámara de Diputados a través de los órganos competentes para ello, la información sobre los fideicomisos operados por Banco Unión, Sociedad Anónima, en los términos solicitados por la Cámara de Diputados.*

**El Presidente de la República deberá informar a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, dentro del plazo de treinta días contados a partir de la legal notificación de la presente resolución, del cumplimiento a la misma.**

De lo referido, se puede concluir que existen casos como el anteriormente expuesto, en los cuales los secretos bancarios y fiduciarios no deben ser obstáculo para la persecución de delitos o la supervisión de las entidades financieras.

## CONCLUSIONES

**Primera.** El actual fideicomiso mexicano no es una institución derivada directamente del derecho romano, tal vez tenga su raíz ahí, sin embargo, el antecedente realmente directo es el trust anglosajón, transformado e introducido en México, mediante el derecho panameño.

**Segunda.** El trust es una entidad legal gravable independientemente de los sujetos que lo conformen, por lo que los ingresos que obtienen las personas que reciben el beneficio del trust deben presentar una declaración por dicho ingreso. Esta es la gran diferencia con el fideicomiso mexicano, el cual es considerado como una transparencia fiscal; es decir es el fideicomisario o en su caso el fideicomitente quienes reciben el ingreso y por lo tanto son ellos los obligados a presentar la declaración por tales ingresos.

**Tercera.** Resulta casi imposible determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso, toda vez que tanto la ley, la jurisprudencia y la doctrina en México han tratado de asimilar al fideicomiso con diversas figuras jurídicas, lo que ha dado como resultado que no exista un consenso por parte de los juristas que permita definir o precisar su naturaleza. No obstante lo anterior, ello no ha sido un impedimento para que continúe su desarrollo.

Ahora bien, se considera que la división de criterios que existe, estriba por una parte, en la imprecisión sobre las teorías de los actos jurídicos, y por otra, en considerar si realmente existe o no una la transmisión de la propiedad a la fiduciaria.

**Cuarta.** La regulación del fideicomiso está esparcida en diversos ordenamientos legales, esto sin duda se debe a la indefinición de su naturaleza jurídica derivado de las múltiples teorías, Por ello, se estima que esta situación genera complejidad en su comprensión.

No obstante, se considera que el fideicomiso mexicano aun y cuando su origen se encuentra en el trust anglosajón, difícilmente se podrán trasladar o adaptar los principios jurídicos de esta figura al fideicomiso mexicano, toda vez que al trust se le reconoce personalidad jurídica en contra posición al fideicomiso mexicano, el cual es considerado un ente transparente.

**Quinta.** Derivado de las anteriores conclusiones, para efectos del presente trabajo se considera que el fideicomiso es un contrato, producto de un acto jurídico y en el que participan normalmente tres sujetos, el fideicomitente que es quien destina bienes o derechos a ciertos fines; el fiduciario que es la institución que realiza físicamente el objeto del fideicomiso y el beneficiario que es quien recibe los beneficios del contrato.

**Sexta.** Con el objeto de establecer una regulación que subsane las deficiencias actuales en torno a la figura del fideicomiso, resulta necesario adecuar al menos algunas disposiciones jurídicas.

En tal virtud, y por lo que respecta a la Ley de Instituciones de Crédito, se estima necesario eliminar el secreto fiduciario cuando las autoridades fiscales revisen a las instituciones fiduciarias y no tener que seguir triangulando la autorización con la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

**Séptima.** Actualmente no existe la obligación por parte de la fiduciaria de inscribirse en el Registro Federal de Contribuyentes. Sin embargo, a fin de que se cuente con un control de los fideicomisos que realizan actividades empresariales por parte de la autoridad fiscal, se estima necesario modificar el Código Fiscal de la Federación a fin de obligar a las fiduciarias a registrar los fideicomisos en que intervengan.

**Octava.** Consciente de la imposibilidad de poderse regular en un solo artículo la determinación del impuesto sobre la renta, se propone adicionar diversos artículos a la Ley de la materia, a efectos de contar con una mejor regulación fiscal que otorgue a los contribuyentes una verdadera seguridad jurídica en tanto que las autoridades fiscales tengan en su poder argumentos jurídicos que les simplifique su actividad revisora.

**Novena.** En materia del impuesto al valor agregado existe enorme dificultad en cuanto a la devolución de este gravamen para la fiduciaria. Derivado de lo anterior, resulta indispensable modificar este ordenamiento legal, con el objeto de que la fiduciaria tenga la posibilidad de recuperar dicho gravamen.

**Décima.** Es de señalarse que el régimen fiscal aplicable para la asociación en participación a partir de 1999, tuvo un giro de 180°, por tal virtud se propone asimilar dicha regulación para las actividades empresariales que se realicen mediante el fideicomiso.

**Décima primera.** Existen diversos autores que consideran que no es en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, ni en la legislación mercantil, en donde debería regular el régimen de la propiedad que se da en el fideicomiso, ya que es obvio que rebasa esos marcos legales, debiendo por consiguiente corresponder al Código Civil, dicha regulación.

**Décima Segunda.** La presente investigación constituye una obra modesta, pero de alguna forma trata de inquietar el espíritu del investigador para efectos de que le dé las bases sólidas al Legislador y regule eficazmente esta figura que propicia tanto la elusión como la evasión fiscal.

## BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel, Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso, 2a. edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1997.

ARRIOJA VIZCAINO, Adolfo, Derecho Fiscal, 12a. edición, editorial Themis, México, 1997.

BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, 7a. edición, editorial, Porrúa S.A., México, 1999.

BATIZA, Rodolfo, El Fideicomiso Teoría y Práctica, 7a. edición, editorial Jus S.A. de C.V., México, 1995.

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

BAUCHE GARCADIAGO, Mario, Operaciones Bancarias, 4a. edición, editorial Porrúa S.A., México, 1981.

BRAVO GONZÁLEZ, Agustín, Segundo Curso de Derecho Romano, 11a. edición, editorial Pax México, México, 1997.

CALVO NICOLAU, Enrique, Tratado del Impuesto sobre la Renta, Tomo I, editorial Themis, México, 1995.

C. MÉJAN, Luis Manuel, El Secreto Bancario, 2a. edición, editorial Porrúa S.A., México, 1997.

CARRASCO IRIARTE, Hugo, Derecho Fiscal Constitucional, 2a. edición, editorial Harla, México 1993.

CERVANTES AHUMADA, Raúl, Títulos y Operaciones de Crédito, 6a. edición, editorial, Herrero, S.A. México, 1979.

DÁVALOS MEJÍA, L. CARLOS, Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, 2a. Edición, Editorial Harla, S.A. de C.V., México, 1998.

DE PINA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen I, 10a. edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1980.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, El fideicomiso, 6a. edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1996.

FALCÓN Y TELLA, Ramón, El Régimen de Transparencia Fiscal, editorial Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, 5a. edición, editorial Cajica, S.A., México, 1999.

KRIEGER, Emilio, Manual del Fideicomiso Mexicano, editado por el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A., México, 1976.

MANTILLA MOLINA, Roberto L., Derecho Mercantil, 29a. edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1999.

MARGADANT S. Guillermo F., El Derecho Privado Romano, 24a. edición, editorial Esfinge, S.A., México, 1999.

MUÑOZ, Luis, El fideicomiso, 2a. edición, editorial Cárdenas, México, 1980.

ORTIZ-URQUIDI, Raúl, Derecho Civil, Parte General, 3a. edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1986.

PÉREZ SANDI, Adolfo José, Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Banco Mexicano Somex, editorial, Libros de México, S.A., México, 1982.

PETIT, Eugéne, Tratado Elemental de Derecho Romano, 2a. edición, editora Época, México, 1998.

RABASA, Oscar, El Derecho Angloamericano, 2a. edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1982.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, 24a. edición, editorial Porrúa, S.A. México, 1999.

RODRÍGUEZ RUIZ, Raúl, La Auditoría Interna de la Operación Fiduciaria, editada Asociación de Banqueros de México, A. C. México 1978.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo V, Volumen I, Obligaciones, 7a., edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1998.

SALDAÑA ALVAREZ, Jorge, Manual del Funcionario Bancario, ediciones Jorge Saldaña Alvarez, México, 1997.

SÁNCHEZ SODI, Horacio, El Fideicomiso en México, editorial Greca Editores, S.A. de C.V., México, 1996.

SERRANO TRASVIÑA, Jorge, Aportación al Fideicomiso, Publicaciones del Semanario de Derecho Mercantil y Bancario, Serie A, Número 32, Universidad Nacional Autónoma de México, Escuela Nacional de Jurisprudencia, México. 1950.

SOLA VALDEZ, ANTONIO, Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, editado por SOMEX, México, 1982.

VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, Doctrina General del Fideicomiso, Editorial. Porrúa, S.A., México. 1982.