

308409



LUX VIA SAPIENTIAS

**UNIVERSIDAD LATINA, S.C.**

INCORPORADA A LA U.N.A.M.

---

**CAMPUS CENTRO**

**ANÁLISIS DE LA INICIATIVA PRESENTADA POR EL  
EJECUTIVO RESPECTO DE LA ELIMINACIÓN DEL  
RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL EN EL  
FIDEICOMISO**

**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE**

**LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA:**

**ABEL HERNÁNDEZ RIVERA**

**DIRECTOR DE TESIS:  
LIC. FERNANDO ZAPATA  
MENDOZA**

**MÉXICO, D. F.,**

**2004.**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ESTA TESIS NO SALI  
DE LA BIBLIOTEC

Fernando Zapata Mendoza  
ABOGADO

---

LIC. BEATRIZ LECHUGA MARTINEZ.  
DIRECTORA DE LA LICENCIATURA DE DERECHO.  
UNIVERSIDAD LATINA S.C.  
CAMPUS CENTRO.

El alumno **Abel Hernández Rivera**, con número de cuenta 94900225-7, ha concluido bajo la asesoría del suscrito la investigación de Tesis Profesional intitulada **"ANÁLISIS DE LA INICIATIVA PRESENTADA POR EL EJECUTIVO RESPECTO DE LA ELIMINACIÓN DEL REGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL EN EL FIDEICOMISO"**, misma que ha sido elaborada con la finalidad de ser admitida para presentar el examen Profesional de la Licenciatura de Derecho.

El trabajo de tesis antes descrito fue dirigido por el suscrito, en el cual el alumno cumplió con las normas académicas de investigación para el desarrollo del tema, mismo que analiza al fideicomiso desde el punto de vista fiscal, ya que en esta época causa una gran controversia dentro de la Ley del Impuesto Sobre la Renta así como en el Código Fiscal de la Federación la forma en como esta regulado el mismo en sus diferentes ámbitos.

Quedo a sus apreciables órdenes para cualquier comentario respecto del trabajo mencionado, con la finalidad de que el alumno sustente el referido examen profesional.

ATENTAMENTE.  
"LUX VÍA SAPIENTIAS"

Universidad Latina, D. F. a 26 de septiembre de 2003.

Lic. Fernando Zapata Mendoza.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Abel Hernández

Rivera

FECHA: 14/12/04

FIRMA: Abel



**A DIOS Y A LA VIRGEN:**

Por permitirme la gracia de vivir  
y darme la familia que tengo; por  
darme salud y fuerza para estudiar,  
trabajar y llegar hasta este momento  
que tanto anhelé.

**A MI MADRE:**

Sra. Maria Luisa que con su  
fuerza, ejemplo y amor me ha  
sabido guiar en todas las  
etapas de vida.

**A MI PADRE:**

Sr. Daniel que con su ejemplo  
de superación y responsabilidad,  
ha logrado en mí el afán de  
superación.

**A MI FAMILIA:**

Mi esposa Guillermina  
y mis tesoros Esteban y Maximiliano

Que con su amor y comprensión  
hemos logrado juntos llegar  
a esta meta.

**A MIS HERMANOS:**

Irene, Eloy, Flor, Debora y Daniel

Que con su apoyo y entusiasmo  
han estado conmigo en todo  
momento.

**A MI ABUELITA:**

Sra. Antonia Ramos por que su  
fortaleza y amor me han servido de  
inspiración para seguir adelante.

**A MIS CUÑADOS:**

Cesar, Rosalio, Sandy  
y María de Jesús.

Por su amistad y apoyo.

**A LA FAMILIA SÁNCHEZ CRUZ:**

Sra. Isabel Cruz e Isabel Sánchez.

Por su apoyo y cariño.

**A LA FAMILIA CRUZ ESPÍNDOLA:**

Sr. Francisco Javier, Sra. Rosalía e Hijos.

Por su apoyo y amistad brindados.

**A MI UNIVERSIDAD LATINA:**  
Por ser la base de mi formación  
profesional.

**A TODOS MIS PROFESORES:**  
Con profunda gratitud y respeto.

**A MI GRAN AMIGO:**  
Sr. Arturo Flores

Por su apoyo y amistad, los cuales  
me ha demostrado en todo momento.

**A MIS AMIGOS:**

Con afecto.

**A MI ASESOR:**

Lic. Fernando Zapata Mendoza

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

**Análisis de la Iniciativa Presentada por el Ejecutivo Respecto de la Eliminación del  
Régimen de Transparencia Fiscal en el Fideicomiso.**

Introducción	I
--------------	---

**CAPITULO I**

**Antecedentes de la Figura del Fideicomiso**

1.1. El Trust Anglosajón	1
1.2. El Fideicomiso en Roma	9
1.3. El Fideicomiso en Francia	13
1.4. El Fideicomiso en Alemania	14
1.5. Teoría de la Naturaleza del Fideicomiso	15

**CAPITULO II**

**Marco Legal del Fideicomiso**

2.1. Concepto Legal del Fideicomiso	34
2.2. Elementos Formales del Fideicomiso	37
2.3. Elementos Personales del Fideicomiso	38
2.4. Elementos Materiales del Fideicomiso	41
2.5. Finalidad del Fideicomiso	53
2.6. Tipos de Fideicomiso	53

**CAPITULO III**

**Régimen Fiscal del Fideicomiso**

3.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	59
3.2. Antecedentes Legislativos	64

3.3.	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito	67
3.4.	Ley del Impuesto sobre la Renta	76
3.5.	Código Fiscal de la Federación	94
3.6.	Secreto Bancario	108
3.7.	Secreto Fiduciario	111

#### CAPITULO IV

##### Efectos Fiscales por la Eliminación del Régimen de Transparencia

4.1	La Transparencia Fiscal	
4.1.1.	Concepto	116
4.1.2.	Antecedentes del Régimen de Transparencia	132
4.1.3.	Clases de Transparencia	136
4.2.	La Unidad Económica	
4.2.1.	Concepto	148
4.2.2.1.	Antecedentes	149
4.3.	La Personalidad Jurídica del Fideicomiso	160
4.4.	Efectos Fiscales Derivados de la Iniciativa de una Nueva Ley del Impuesto sobre la Renta	164
	Conclusiones	187
	Bibliografía	190

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como finalidad analizar la legislación en lo relativo al fideicomiso, a efecto de determinar si su regulación se encuentra acorde con los tiempos que estamos viviendo, ya que esta figura se ha convertido en un arma de elusión y evasión fiscal, lo cual ha ocasionado, que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público se vea rebasada en sus mecanismos de control.

Un punto importante a tratar es la inclusión de las Unidades Económicas, en el Código Fiscal de la Federación y en la Ley del Impuesto sobre la Renta, con la finalidad de que la autoridad pueda verificar la correcta aplicación de las normas fiscales a esta figura jurídica, de lo contrario la figura del fideicomiso seguirá siendo utilizada con el objeto de evadir obligaciones fiscales, lo anterior debido a que en la actualidad se ha incrementado el número de fideicomisos en nuestro país.

Para lo cual hemos dividido nuestro tema en cuatro capítulos, en donde tratamos de manera general, la estructura del fideicomiso, su naturaleza jurídica y el análisis de esta figura dentro de la legislación fiscal vigente.

Dentro del primer capítulo, denominado **Antecedentes de la Figura del Fideicomiso**, se realiza un estudio de los antecedentes de esta figura dentro del sistema jurídico de otros países con la finalidad de encontrar la génesis de la misma e ir analizando su desarrollo a través de diversas leyes que lo han regido hasta la actualidad.

Posteriormente, en el segundo capítulo hacemos mención al **Marco Legal del Fideicomiso** en el que se realiza un análisis a la legislación de la materia, así como a tesis jurisprudenciales de donde se desprenden, para que con esto se analicen los elementos que integran esta figura, en base al desglose de los mismos en elementos formales, personales y materiales.



Una vez analizados los elementos del fideicomiso, se estudia el contenido obligatorio que se genera en cada uno de los sujetos que participan en esta operación.

Asimismo, se realiza un estudio a los principales tipos de fideicomiso que se presentan en la práctica, tratando de dar así una visión general de esta figura, para posteriormente, analizar la estructura del mismo, tomando en consideración su característica de operación desde el punto de vista fiscal.

Dentro del tercer capítulo, denominado **Régimen Fiscal del Fideicomiso** se tratará de manera general, los antecedentes legislativos del fideicomiso, con el fin de encontrar el origen de esta figura en el sistema jurídico mexicano. Igualmente se exponen las principales posturas que han querido desentrañar dicha naturaleza, destacando por su importancia doctrinal, así como su impacto en el Sistema Jurídico Mexicano; seguido de las críticas que se han hecho a las mismas. Lo anterior con el objeto de señalar que a pesar de que dicha figura se encuentra ya por varias décadas en la Legislación Mexicana, sigue aún despertando controversias en torno a sí mismas.

En este capítulo, se hace un estudio de las disposiciones fiscales más relevantes que regulan a esta figura, proponiendo posibles soluciones a las problemáticas que se han detectado.

Asimismo, se propone un concepto de fideicomiso que pueda ser útil para el análisis de esta figura dentro del Derecho Fiscal.

Por otra parte, es importante considerar al denominado secreto fiduciario, el cual ha ocasionado que las autoridades revisoras no puedan verificar la correcta aplicación de las normas fiscales, lo que ha generado que la figura del fideicomiso sea un arma jurídica importante para el evasor fiscal. Lo anterior es señalado debido a el incremento de fideicomisos y consultas presentadas ante la autoridad fiscal con el propósito de que le sea determinado su régimen fiscal.

Finalmente, incluimos un cuarto capítulo denominado **Efectos Fiscales por la Eliminación del Régimen de Transparencia**, dentro del cual presentamos las propuestas de reformas a al Código Fiscal de la Federación y a la Ley del Impuesto sobre la Renta, las cuales pretenden eliminar de alguna forma la elusión y la evasión fiscal.

## CAPITULO I

### Antecedentes de la Figura del Fideicomiso

#### 1.1. 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).

Los tratadistas para efectos del estudio del “Use” y del “Trust” lo dividen en cuatro periodos o etapas;

Del siglo XII hasta el siglo XIV, donde se aplica el “Use” antes de la Ley sobre Usos ( Statute of Uses) de 1527.)

Del siglo XIV hasta el siglo XV donde se promulgó Statute of Uses (Ley sobre Usos)

De 1536 hasta 1650; y

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 “Feoffe 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 utilizado 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 de que los jueces que lo aplicaban, sólo reconocían al titular del dominio, es decir al “Feoffe touse”, ignorando al titular del bien, ya que 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 “equality” o equidad, es necesario aclarar que este derecho está separado del “Common Law”.

A partir de este momento es cuando nace una nueva fuerza legal:

- ✓ El llamado “dominio legal”, que conforme al Derecho Común o “Common Law”, esta en poder del “Feoffee to Use”, y
- ✓ El reconocido como “dominio beneficioso” o “equitativo”, que esta 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 “Feoffe 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 “Feoffe to Use” aceptaba conservar los bienes que le eran dados en custodia y posteriormente otorgaba al “Cestuique 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, establecen que: “Los tribunales de esa época señalaban que el Statute of Uses, no afectara el use sobre el use y entonces los uses tomaron el nombre de Trusts 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 Trusts.

Así evolucionó a partir de los siglos XVII y XIX en el sistema inglés y se a notado desde 1800, una gran expansión y desarrollo de está institución, principalmente para adaptarla a las condiciones sociales actuales y a las necesidades económicas”.<sup>1</sup>

Se afirma que, el Sistema de Equidad al ser introducido en las colonias inglesas de América; fue vista con cierta desconfianza, porque al igual que en Inglaterra, la equidad fue

---

<sup>1</sup> ACOSTA ROMERO, Miguel, Tratado Teórico Práctico del Fideicomiso, 2ª. edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1997. p.10

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 Blacktone 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 diferencia, muy relativa por cierto, de 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 del cual el fiduciario y sus causahabientes se obligan 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>2</sup>

---

<sup>2</sup> RABASA, Oscar, El Derecho Angloamericano, 2ª. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1982. p.286

Ya se ha señalado como nació el Use y como 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 para el caso; Serrano Trasviña 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 era el Trust”.<sup>3</sup>

De esa definición se desprende tanto los elementos personales como los reales del citado negocio o Trust. Dentro de los personales tenemos a los siguientes.

**Settlor** { Es la persona que crea el Trust 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 Trust.

**Trustee** { 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.

---

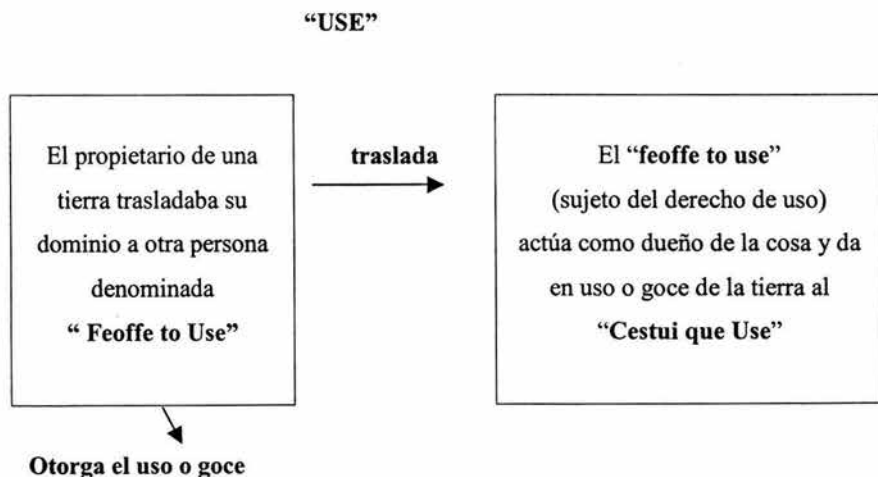
<sup>3</sup> SERRANO TRASVIÑA, Jorge, Aportación al Fideicomiso, Publicaciones del Semanario de Derecho Mercantil y Bancario, Serie A, Número 32, Universidad Nacional Autónoma de México, Escuela Nacional de Jurisprudencia, México. P.88



**Cestui que Trust** { Es la persona a favor de quien se constituyó el Trust y es quien recibe los beneficios, además de estar facultados para exigir al Trustee el cumplimiento objeto del Trust.

Lo anterior, es en resumen los tres elementos personales mencionados, que intervienen en el Trust. 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, siendo importante **lo señalado en este párrafo, por que ésta es la gran diferencia que existe entre el fideicomiso y el Trust.**

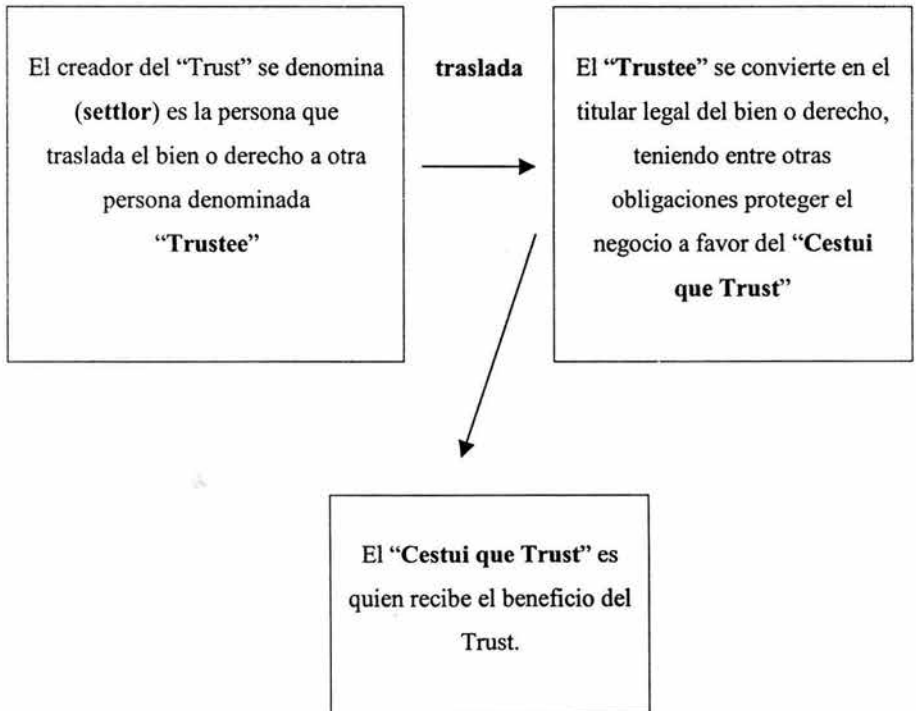
A continuación, se presentan los diagramas de la forma en como se manejaban el “Use” y el “Trust”.



**El “Cestui que Use“**

Tiene el uso de la cosa, en virtud de que el autor del uso quería favorecerlo por lo que podía gozar y disfrutar del bien como si fuera el propietario

**“TRUST”**



## 1.2. EL FIDEICOMISO EN ROMA

Diversos autores 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 en esa discrepancia de criterios, se señala 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 Eugéne 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 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>4</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

---

<sup>4</sup> PETIT, Eugéne, Tratado Elemental del Derecho Romano, 2ª. edición, Editorial Época, México 1998. p. 579

y de legatario, su formalismo estricto no admitía ninguna otra forma de expresar la voluntad del testador.

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 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 cargo 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, resulta 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, ya que la función de éste, se realiza solo con la confianza depositada por el fideicomitente, lo anterior debido a que no existe una regulación que verifique que su actuar en torno al manejo del patrimonio se realice de acuerdo a la voluntad del fideicomitente. 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 forzada por Claudio al crear dos praetores fideicommissarii para Roma”.<sup>5</sup>

En 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 perfeccionan con la simple entrega de la cosa materia del contrato (mutuo, comodato, prenda), y operaba de la siguiente forma; el accipiens, que 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:

**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

---

<sup>5</sup> BRAVO GONZÁLEZ, Agustín, Segundo Curso de Derecho Romano, 11ª. edición, editorial Pax México, 1997. p.275

transmitir 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 utilizado 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 pasiva”, 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 “orbi” 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, conservo 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.

Guillermo Floris Margadant indica al respecto, que: “la substitución 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>6</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>6</sup> MARGADANT S., Guillermo F., *El Derecho Privado Romano*, 24ª. edición, Editorial Esfinge, S.A., México, 1999. p. 502

### 1.3. EL FIDEICOMISO EN FRANCIA

En este país, existen las denominadas *Société en Participation*. Es la figura más sencilla de *partnership* (sociedad de personas) y es considerada bajo la legislación comercial como una sociedad de personas que no da lugar a una persona moral distinta a sus miembros a diferencia de otras *partnerships* como la Sociedad en nombre Colectivo o la Sociedad en Comandita por acciones que sí tienen personalidad jurídica distinta a la de los miembros que la conforman.

Fiscalmente la *société en participation* es transparente al igual que las otras sociedades de personas. Dicho tratamiento está dado por el Código Fiscal de ese país, en donde se enumeran las entidades que serán consideradas transparentes para efectos del impuesto sobre la renta. No obstante, existe la posibilidad de que los contribuyentes elijan que les sea aplicado el régimen fiscal corporativo y no el de transparencia fiscal.

El socio administrador de la *société en participation* deberá presentar una declaración informativa cuya naturaleza dependerá de la actividad realizada por la misma (comercial, bienes inmuebles, agricultura, etc.) en la que se detalle el porcentaje de participación de cada socio en las ganancias o las pérdidas de la entidad.

Cada socio acumulará los ingresos recibidos por su participación a sus demás ingresos gravables y pagará de acuerdo con el régimen que le sea aplicable, ya sea el de personas físicas o el corporativo.

Aún cuando no exista distribución alguna debido a que las ganancias de la *société en participation* hayan sido abonadas a una cuenta de reserva de capital, las ganancias o las pérdidas de la misma deberán de ser tomadas en cuenta en el cálculo del impuesto a pagar por cada uno de sus socios. En caso de que se hubiera incurrido en pérdidas, éstas serán compensadas contra los otros ingresos percibidos por el contribuyente.

En caso de que existan socios no residentes en Francia los ingresos que obtengan como resultado de las actividades de la sociedad (beneficios empresariales) sólo podrán ser gravados cuando exista un establecimiento permanente en ese país.

#### **1.4. EL FIDEICOMISO EN ALEMANIA**

Existen otros autores que consideran que una figura jurídica Alemana denominada Salma o Truhand 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. Prenda Inmobiliaria** El deudor transmitía al acreedor como garantía un inmueble mediante una carta venditionis, y el acreedor con una contracarta se obligaba a restituir el bien, si el deudor cumplía con la obligación.
  
- 2. Manusfidelis** Mediante donación se transmite 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 poder disfrutarlos en vida, por tal motivo el manusfidelis debería pertenecer al clero.
  
- 3. Salma o Treuhand** En el Derecho Antiguo, se le denomina “Salma” a la persona que actúa como intermediaria en la transmisión de un bien inmueble y que actúa por cuenta del adquirente.



Hasta aquí, se han descrito las Teorías Romana y Alemana con los que se ha 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>7</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.

#### 1.5. TEORÍA 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>8</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.

---

<sup>7</sup> MARGADANT S., Guillermo F., *Ob. Cit.* pág. 504

<sup>8</sup> ALFARO, Ricardo J., citado por Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso* 6ª edición, Editorial Porrúa S.A., México 1996, Ob., Pag. 146.

Originalmente Alfaro consideró como elementos de su definición:

- a) La esencia: Es la de un mandato irrevocable aunado a una transmisión de bienes, características 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 se 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).

Respecto a lo anterior, Villagordoa Lozano realiza los siguientes comentarios: En torno a la tesis del mandato que sostiene Alfaro, no está de acuerdo con este autor en lo que se ha denominado la primera etapa de su pensamiento, porque no podemos asimilar y ni siquiera explicar la naturaleza jurídica del Trust anglosajón en nuestro régimen jurídico, como un mandato irrevocable, entre otras razones porque 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. La transmisión 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>9</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 que intencionalmente se realizan para producir efectos de derecho y, por ello, habrá que ubicarlos dentro de la categoría de negocios jurídicos.”<sup>10</sup>

De acuerdo con lo anteriormente mencionado Joaquín Rodríguez Rodríguez, considera que para efectos de determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso se debe enfocar bajo tres puntos de vista, que son:

---

<sup>9</sup> VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, Doctrina General del Fideicomiso, Editorial Porrúa, S.A., México. 1982, p. 89

<sup>10</sup> KRIEGER, Emilio, Manual de Fideicomiso Mexicano, editado por el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A., México 1976. p.23

- a) El que se refiere a su configuración como negocio jurídico,
- b) El que atañe a su estructura como modalidad de 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 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 que 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>11</sup>

Por lo anteriormente expuesto, 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 el, una persona física o moral destina sus bienes o derechos a la realización de una finalidad, lícita y determinada, encargado a una institución fiduciaria al llevar a cabo esa finalidad, en beneficio propio o de otra persona.”<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, 24ª. edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1999. p.109

<sup>12</sup> BAUCHE GARCADIIEGO, Mario, Operaciones Bancarias, 4ª. edición, Editorial Porrúa S.A., México. 1981. p. 327

Finalmente, el maestro Cervantes Ahumada, señala 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>13</sup>

Los estudiosos del maestro Cervantes Ahumada 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.

En cuanto a lo anterior, para Acosta Romero y Almazán Alaniz, “la terminología sobre negocio jurídico es sensiblemente similar al del acto jurídico; casi podríamos afirmar que la doctrina insiste en esa distinción, lo que hace es cambiar la palabra negocio por la palabra acto, pues en cuanto a los efectos que origina, coinciden en que son la producción de derechos y obligaciones. Ahora bien, en cuanto al uso mismo de la palabra negocio, ya vimos que es discutible y confusa y que inclusive en el idioma francés no existe una palabra parecida a la palabra 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 por los diversos puntos de vista que se presentan entre diversos autores.

---

<sup>13</sup> CERVANTES AHUMADA, Raúl, Títulos y Operaciones de Crédito, 6ª. edición, Editorial Herrero, S.A. México 1979. p. 289

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>14</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 dichos 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 y éste se obliga a destinar lo transmitido a una finalidad determinada que aquel le señaló con lo que corresponderá a la confianza que para ello le tuvo el primero.”<sup>15</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

---

<sup>14</sup> ACOSTA ROMERO, Miguel, Ob. cit. Pág. 170

<sup>15</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Ob. cit. pág. 167

celebrar un acto diferente a la finalidad que requieren las partes, esto es, una de las partes entrega bienes a la otra, para que este último cumpla con ellos la 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.

Al respecto de esa posición surge la crítica del maestro Cervantes Ahumada quien 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 la que reconocen poseer los bienes por cuenta del fiduciante. Para los terceros, los propietarios aparentes serán verdaderamente 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.

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>16</sup>

---

<sup>16</sup> CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Ob. cit.*, pág. 290

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 oculto, que responde a la verdadera finalidad perseguida por las partes, valido 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>17</sup>

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

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 (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 una parte, que no hay impedimento para la

---

<sup>17</sup> HERNÁNDEZ, Octavio, citado por Acosta Romero Miguel, Ob. cit., pág. 174



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 sí 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 esta 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 es el propio fideicomitente), como aquel en que hay una estipulación a favor de tercero, o sea, el fideicomiso en que no coincidan fiduciante 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 da la traslación de propiedad y la afectación, es decir, la doble relación; en todas interviene necesariamente el fiduciante, 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>18</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.

---

<sup>18</sup> BARRERA Graf, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 7ª. edición, Editorial, Porrúa, S.A., México 1999. p. 353

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 el Dr. 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, a 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>19</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).
- b) El comprometerse a través de anuncios u ofrecimientos hechos al público de efectuar alguna prestación a favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio (artículo 1861)
- 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).
- d) En la estipulación contractual a favor de tercero (artículo 1868).

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

---

<sup>19</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, 5ª. edición , Editorial Cajica, S.A., México, 1999. p.492

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 y uno de ellos la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que reconocen los efectos de la manifestación unilateral de la voluntad como se puede apreciar en el texto del artículo 213, que dice a la letra:

“ARTICULO 213.- 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. El acta de emisión deberá contener:”

.....

Asimismo, el artículo 228-M, párrafo primero 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:”

.....

La conclusión a la 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 consideremos que ni se pretenderá reconocer la existencia tácita de una declaración unilateral de la voluntad.

Otro seguidor de esta 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.

Por otra parte, se considera que el acto constitutivo de fideicomiso es siempre una declaración unilateral de voluntad. La Ley dice que puede constituirse “por acto inter vivos o por testamento”, 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>20</sup>

Derivado de lo anterior, Acosta Romero y Almazán Alaniz, señalan que: “En ninguno de los artículos que regulan al fideicomiso se utilizan las palabras “manifestación unilateral de la 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 Domínguez 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>21</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 a favor de otra persona, y

---

<sup>20</sup> CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Ob. Cit.*, Pág. 289

<sup>21</sup> ACOSTA ROMERO, Miguel, *Ob. Cit.*, Pág. 179

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 de cujus o los derechos del heredero, deberían llevarse a la vía sucesoria civil.

Por otra parte, no pensamos que el fideicomiso se haya frustrado, sino que simplemente el fideicomiso no existió; ya que 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 cusa 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”.<sup>22</sup>

Como se puede observar el animus fiduciae 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 legislador de considerar que el fideicomiso se constituye por manifestación unilateral de la voluntad.

**El fideicomiso como teoría del contrato.** Ahora se señalará una de las teorías que ha sido la más aceptada, la del (fideicomiso) como contrato.

---

<sup>22</sup> DÁVALOS MEJÍA, L. Carlos, Titulos y Contratos de Crédito, Quiebras, 2ª. edición, Editorial Harla, S.A. de C.V., México, 1998. p. 398

Al respecto 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.

Ahora bien, 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 defina, el Código Civil, no obstante intitula el Libro Cuarto “ De las obligaciones”, subdivido así: Primera Parte “ De las obligaciones en General”; Título Primero “Fuentes de las Obligaciones”; Capítulo “Contratos”, y ofrece estas definiciones: “Convenio 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>23</sup>

En cuanto a lo anterior, 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.

Igualmente, agregan los autores antes mencionados 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, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y, que los convenios que producen o transfieren obligaciones o derechos toman el nombre de

---

<sup>23</sup> BATIZA, Rodolfo, Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria. 2ª. edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1985. p. 39

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 esta en presencia de un contrato y, por lo tanto, no puede concebirse al fideicomiso como una manifestación unilateral de voluntad.

Respecto a lo antes expuesto, los autores Acosta Romero y Almazán Alaniz, añaden que independientemente de que el contrato sea bilateral o plurilateral, o bien si tienen las características de que es una operación de crédito o un contrato bancario, son cuestiones que no afectan su naturaleza de contrato, aclarando 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 entrañan 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>24</sup>

Conforme se ha podido observar existe 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 señaló al inicio de este tema: para la Ley, la Jurisprudencia y la Doctrina Mexicana, es un problema irresoluto consensualmente.

---

<sup>24</sup> ACOSTA ROMERO, Miguel, *Ob. Cit.*, pág. 188

Respecto a lo anterior, citaremos algunos criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que ha sostenido respecto a la naturaleza del fideicomiso:

Localización

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

“FIDEICOMISO, NATURALEZA DEL

**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”.

Localización

Instancia: Pleno  
Fuente: Semanario judicial de la Federación  
Época: 7A  
Volumen: 21  
Parte: Séptima  
Página: 39

“FIDEICOMISO, NATURALEZA DEL



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 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 Trustee property), para el beneficio de personas llamadas cestui que Trustee. Dicho antecedente fue adoptado parcialmente por el legislador mexicano, de acuerdo con nuestro medio, aún cuando en rigor estructuró una institución completamente diversa al Trust, y la instituyó 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, solo 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 el 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 transmitirse en la misma forma en que se trámite la propiedad de los mismos), y según el artículo 356 de la

Ley de referencia, tendrán 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, y deberá obrar siempre como buen padre de familia siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa”.

#### Localización

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

#### “FIDEICOMISO, NATURALEZA DEL

**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 prestación, surte efectos desde ésta, y el registro que se haga de**

algún gravamen a favor de tercero, puse 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, de acuerdo a las tesis mencionadas anteriormente, sin embargo, también en ocasiones ha ocupado 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.

## **CAPITULO II**

### **Marco Legal del Fideicomiso**

#### **2.1. CONCEPTO LEGAL DEL FIDEICOMISO**

##### **Concepto de Fideicomiso**

Atendiendo a lo que establece el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece lo siguiente :

**ARTICULO 381.-** 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 la definición legal del fideicomiso, se desprenden dos de las personas que intervienen en el mismo, por lo que restaría complementar lo anterior con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 383 de la misma Ley, establece lo siguiente:

**ARTICULO 383.-** Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 394.

Cuando sean dos o más los fideicomisarios y deba consultarse su voluntad, en cuanto no esté previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se tomarán a mayoría de votos computados por representaciones y no por personas. En caso de empate, decidirá el Juez de Primera Instancia del lugar del domicilio del fiduciario.

Es nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, y en las demás disposiciones legales aplicables.

La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitidos 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 surgiera un conflicto de intereses entre las mismas.

El artículo anteriormente descrito establece que: “pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica”.

Por su parte, la tesis jurisprudencial que se transcribe, define al fideicomiso de la siguiente manera:

#### Localización

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

#### “FIDEICOMISO, CONCEPTO DE .

**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 la 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 valido en sentido diverso”.<sup>1</sup>

### **Concepto de Fideicomiso.**

El fideicomiso es un acto jurídico que debe constar por escrito y por el cual una persona denominada fideicomitente destina varios bienes a un fin lícito y determinado, en beneficio de otra persona llamado fideicomisario, encomendando su realización a una institución bancaria llamada fiduciaria, recibiendo esta la titularidad de los bienes, únicamente con las limitaciones de los derechos adquiridos con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por las partes o por terceros, y con las que expresamente se reserve el fideicomitente y las que para él deriven del propio fideicomiso. De otro lado, la institución bancaria adquiere los derechos y acciones que 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.<sup>2</sup>

Así las cosas, puede decirse en principio, que el fideicomiso es el acto jurídico en virtud del cual, una persona llamada fideicomitente, destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado, encomendado para la realización de dicho fin, a una institución fiduciaria, en beneficio de una persona llamada fideicomisario.

---

<sup>1</sup>Ejecutoria emitida por la Sala Auxiliar, Séptima Época, Volumen 97-102, pág. 71.

<sup>2</sup>Ejecutoria emitida por la Sala Auxiliar en el A.D. 45/71 Crédito Algodonero de México, S.A. 16 de marzo de 1977. 5 votos ponente: Gloria León Orantes. Sala Auxiliar, Séptima Época, Volumen 97-102, parte séptima., pág. 71.

## **Elementos del Fideicomiso**

Derivado de lo anterior, y apoyándose en los diversos preceptos legales aludidos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, podemos establecer que el fideicomiso se divide en tres elementos que son formales, materiales y personales.

### **2.2. ELEMENTOS FORMALES DEL FIDEICOMISO**

Dentro de este tipo de elementos destaca, en los términos del artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el que siempre deberá ser por escrito, y que debe ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los derechos o la transmisión de la propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.

El requisito de constar por escrito, obedece a cuestiones de seguridad jurídica, ya que así se evitan problemas de prueba y de interpretación de los alcances del mismo. Al respecto, señala Pablo Macedo “que en cuanto a la forma, se optó terminantemente por la escrita, en vista del peligro de interpretación y de prueba, de la verbal”.<sup>3</sup>

Otra de las ventajas que presenta la forma escrita, es en cuanto al alcance del fideicomiso, ya que se permite obtener seguridad jurídica de los límites de la actuación de la fiduciaria en la realización del fin encomendado, los bienes que se encuentran afectos al fideicomiso, los beneficios que recibirá el fideicomisario, la duración de la operación entre otras.

Por lo que respecta a la necesidad de ajustarse a los términos de la legislación común en lo referente a la transmisión de derechos o a la transmisión de la propiedad de los bienes que

---

<sup>3</sup> MACEDO, Pablo, Estudio sobre el Fideicomiso Mexicano, dentro del Tratado teórico práctico de los trust, por Pierre Lepaulle, 1ª edición, en español, Editorial, Porrúa, México 1975. pág. XXXI

se dan al fideicomiso, busca dentro de una armonía jurídica, de una homogeneidad en lo relativo a los medios de transmisión de derechos, logrando así una certidumbre en relación a los bienes que se transmiten y la forma en que se transmiten éstos, pues del texto legal se desprende que no necesariamente se transmite la propiedad de los mismos.

Es importante hacer mención del artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, mismo que señala que pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello. Lo dicho en el precepto legal en comentario no es del todo correcto, pues como se verá más adelante, no sólo las instituciones de crédito pueden tener el carácter de fiduciarias.

Relacionado con el requisito anterior, se encuentra la protección de que los fideicomisos constituidos en fraude a terceros podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados.

### **2.3. ELEMENTOS PERSONALES DEL FIDEICOMISO**

Estos elementos dependen de las personas que intervienen en el fideicomiso, así como la posición que guardan dentro de las múltiples relaciones jurídicas que se derivan del mismo.

#### **Fideicomitente**

El fideicomitente es la persona, física o moral, que constituye el fideicomiso y que destina ciertos bienes para la realización del mismo, transmitiendo su titularidad al fiduciario.

Debe indicarse que de conformidad con el artículo 384 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, solo pueden ser fideicomitentes las personas que tengan la capacidad necesaria para llevar a cabo la afectación de los bienes que el fideicomiso



implica, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya protección y disposición corresponda a dichas autoridades a las personas que éstas designen.

### **Fiduciario**

Fiduciario es la persona que tiene la titularidad de los bienes o derechos fideicomitidos y que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso.

Así, en el artículo 46, fracción XV, de la Ley de Instituciones de Crédito señala que las instituciones de crédito podrán practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Sin embargo, no sólo las instituciones de crédito pueden tener el carácter de fiduciaria, toda vez que existen diversos preceptos legales de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que autorizan a diversas instituciones a practicar el mismo tipo de operaciones.

Al respecto, el artículo 5º, fracción VIII de la Ley Orgánica del Patronato del Ahorro Nacional, señala, que para el cumplimiento de su objeto, el Patronato del Ahorro Nacional podrá practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Asimismo, el artículo 22, fracción IV, inciso d) de la Ley de Mercado de Valores, señala, que las casas de bolsa, con sujeción a las disposiciones de carácter general que dicte el Banco de México, podrán actuar como fiduciarias en negocios directamente vinculados con las actividades que les sean propias, no siendo aplicable en este caso el primer párrafo del artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Por su parte, la fracción IV, del artículo 34 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualista de Seguros establece textualmente lo siguiente.

Artículo 34.- Las instituciones de seguros solo podrán realizar las operaciones siguientes:

IV. Actuar como institución fiduciaria en el caso de fideicomisos de administración en que se afecten recursos relacionados con el pago de primas por los contratos de seguros que se celebren como excepción a lo dispuesto en el artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Las instituciones de seguros autorizadas para practicar operaciones de vida, también podrán ser fiduciarias en el caso de fideicomisos en que se afecten recursos relacionados con primas de antigüedad, fondos individuales de pensiones, rentas vitalicias, dividendos o jubilaciones del personal, complementarias a las que establecen las Leyes sobre la seguridad social y de primas de antigüedad.

La administración de dichas operaciones se realizará a través de contratos de fideicomiso, en los mismos términos que para las instituciones de crédito señalan los artículos 79 y 80 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Finalmente, el artículo 16 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, señala en su fracción XV que las instituciones de fianzas podrán actuar como instituciones fiduciarias solo en el caso de fideicomiso de garantía en que se afecten recursos relacionados con las pólizas de fianza que expidan, como excepción a lo dispuesto por el artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Asimismo, dentro de la mencionada fracción IV, del artículo 34 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualista de Seguros se determinan las bases mediante las cuales se sujetará la operación de fideicomiso que pueden realizar las instituciones de

fianzas indicando la supletoriedad de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito al régimen en comento.

### **Fideicomisario**

El fideicomisario es la persona, física o moral, con la capacidad necesaria para recibir el provecho y los beneficios del fideicomiso. Dentro de la operación del fideicomiso, pueden reunirse la figura del fideicomitente con la de fideicomisario, es decir, que se trate de la misma persona. Sin embargo, en el penúltimo y último párrafo del artículo 383 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, textualmente se señala que es nulo el fideicomiso que se constituye a favor del fiduciario. La determinación de este elemento personal es prescindible en cuanto al acto constitutivo del fideicomiso, ya que en los términos del artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, lo que permite concluir que dicha designación podrá hacerse con posterioridad.

Cabe hacer aclaración que lo prescindible en este elemento es la determinación de la persona que será fideicomisario, lo que permite concluir que dicha designación podrá hacerse con posterioridad.

Cabe hacer la aclaración que prescindible en este elemento es la determinación de la persona que será fideicomisaria, pero no quiere decir que pueden establecerse fideicomisos sin un beneficiario por lo menos.

### **2.4. ELEMENTOS MATERIALES DEL FIDEICOMISO**

Los bienes afectos al fideicomiso, así como el fin del mismo, constituyen los elementos materiales de esta figura jurídica.

## **Bienes Afectos al Fideicomiso**

El patrimonio del fideicomiso puede ser toda clase de bienes o derechos que pertenezcan al fideicomitente y que quiera aportar al mismo, con la salvedad señalada en el primer párrafo del artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en donde se indica 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.

Debe señalarse que el artículo 1825 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, señala que la cosa objeto del contrato debe de existir en su naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie, y estar en el comercio.

Es decir, todos aquellos bienes que existan en la naturaleza, se encuentren dentro del comercio, sean determinados o determinables, de los que sea titular el fideicomitente, podrán formar parte del fideicomiso siempre que no se trate de derechos o bienes que sean estrictamente personales de su titular.

Cabe hacer mención, que la transmisión de derechos o de la propiedad de los bienes que se dan en fideicomiso, debe ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de la propiedad de las cosas que se den en fideicomiso, de conformidad con lo señalado en el artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones Crédito.

En lo referente a las formalidades relativas a la transmisión de bienes inmuebles para afectarlos al fideicomiso, éste, en los términos del artículo 388 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, debe de inscribirse en el Registro Público de la Propiedad del lugar en que dichos bienes se encuentren ubicados, con la finalidad de que el fideicomiso surta sus efectos frente a terceros, lo cual será a partir de la fecha de inscripción en el mencionado Registro.

En relación con la inscripción de bienes inmuebles en el Registro, se transcribe la siguiente tesis aislada :

Quinta Época

Instancia : Tercera Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Tomo : CXVII

Página : 902

**“FIDEICOMISO, REGISTRO DEL PARA QUE SURTA EFECTOS CONTRA TERCERO.**

Conforme al artículo 353 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomiso surtirá efectos contra tercero desde la fecha de su inscripción del Registro Público de la Propiedad, y dada la intención clara del legislador mercantil, quien tuvo algún motivo poderoso para disponer que el fideicomiso no se regirá por las disposiciones ordinarias y Comunes del Derecho Civil, no es el Código Civil si no el mencionado artículo el que resuelva el punto relativo al momento en que el fideicomiso tiene plena eficacia en cuanto afectación del patrimonio del fideicomitente”.<sup>4</sup>

Por lo que respecta a la afectación de bienes muebles, el fideicomiso surtirá efectos contra terceros, de conformidad con lo señalado en el artículo 389 de la mencionada Ley, en cualquiera de los siguientes momentos:

---

<sup>4</sup> Ejecutoria emitida por la Tercera Sala en el A.D. 2429/53 Financiera Construcciones, S.A. 7 de septiembre de 1953. mayoría de 3 votos. Ponente: Vicente Santos Guajardo. Tercera Sala, Quinta Época, Tomo CXVII, pag. 902.

- a) Si se trata de crédito no negociable o de un Derecho Personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor.
- b) En el caso de títulos nominativos, desde que éstos se endosen a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros de emisión.
- c) Si se trata de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la fiduciaria.

### **Fin lícito y determinado**

Por lícito se debe de entender lo justo, permitido, según justicia y razón; lo que es ajustado al derecho.<sup>5</sup>

En términos generales, la licitud del objeto, del fin o motivo o de la condición de todo negocio jurídico, consisten en que estos vayan en concordancia a las Leyes de orden público y buenas costumbres.<sup>6</sup>

Por su parte, el artículo 1830 del Código Civil, define como ilícito el hecho que es contrario a las Leyes de orden público o a las buenas costumbres, y en su artículo 1831 señala que el fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe de ser contrario a las Leyes de orden público a las buenas costumbres.

De lo anterior se desprende que el fin del fideicomiso debe de estar acorde con los preceptos de orden público y las buenas costumbres, ambos conceptos subjetivos que implican una interpretación en cada caso concreto para determinar la licitud en el fin del fideicomiso.

---

<sup>5</sup> DE PINA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen I, 10ª. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991. p.360

<sup>6</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Ob. Cit., pág. 58

## **Derechos y Obligaciones de las Partes**

Una vez analizadas las partes que participan en la operación del fideicomiso, se estudiará ahora los derechos y obligaciones de cada una de ellas.

### **Fideicomitente**

#### **Derechos**

Derivado de la lectura del artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomitente tiene derecho a designar los fines del fideicomiso. Es él quien destina ciertos bienes a la realización de un fin, con las limitantes de que éste sea lícito y determinado.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en artículo 383 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomitente puede designar a uno o varios fideicomisarios, con la limitación de la sustitución fiduciaria, que se analizará posteriormente.

“El fideicomitente tanto en los fideicomisos públicos como privados puede señalar una o varias Instituciones Fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso.”<sup>7</sup>

Es decir, en los términos del último párrafo del artículo 385 de la mencionada Ley, es un derecho del fideicomitente designar a una o varias instituciones fiduciarias para el desempeño del fideicomiso. Inclusive es el fideicomitente quien encomienda la realización del fideicomiso a dichas instituciones, de conformidad con el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

---

<sup>7</sup> SÁNCHEZ SODI, Horacio, El Fideicomiso en México, editorial Greca Editores, S.A. de C.V., México, 1996.

El derecho de revocación, una de las reservas esenciales que puede establecer dentro del acto constitutivo es la de revocar el fideicomiso, en forma unilateral, lo que es una de las formas de extinguir el fideicomiso, constituye un derecho que debe de manifestar el fideicomitente de manera expresa en el acto constitutivo de esta figura jurídica.

Otro de los derechos que tiene el fideicomitente, consiste en recibir los remanentes del fideicomiso una vez que éste termina o cumple su fin.

Una vez que se ha realizado el fin del fideicomiso, o bien, se haya liquidado por los motivos que la propia Ley expresa: “el fideicomitente tiene el derecho que los bienes que constituyeron el patrimonio fiduciario, el cual deja de serlo cuando se a extinguido el fideicomiso, le sean devueltos, dichos bienes tienen el nombre de remanente.”<sup>8</sup>

Sobre el particular, el artículo 393 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala de manera expresa, lo siguiente:

Artículo 393.- Extinguido el fideicomiso, los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos. Para que esta devolución surta efectos tratándose de inmuebles o derechos reales, impuestos sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso y que esta declaración se inscribe en el Registro de la Propiedad en que aquél hubiere sido inscrito.

Asimismo, el fideicomitente tiene el derecho de nombrar un comité técnico del fideicomiso, en los términos del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, que señala que en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, de las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades.

---

<sup>8</sup>Ibidem, pág. pág. 60



Otro de los derechos del fideicomitente, consiste en la facultad de requerir cuentas al fiduciario, uno de los derechos que por lo regular el fideicomitente se reserva en el acto constitutivo es el pedir la rendición de cuentas a la fiduciaria, señalando los mecanismos para ello, sin perjuicio de que la petición legalmente le corresponde al fideicomisario.<sup>9</sup>

Con relación a lo anteriormente expuesto, el artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito, señala que la acción para pedir cuentas corresponde al fideicomisario si el fideicomitente no se reservó este derecho en el acto constitutivo del fideicomiso o bien en las modificaciones del mismo.

### **Obligaciones**

Dentro de las obligaciones que corren a cargo del fideicomitente, destaca la de la transmisión de los bienes y derechos materia del fideicomiso al fiduciario, ya que si no existiera dicha obligación, el fideicomiso carecería de bien para poder alcanzar el fin para el que fue creado.

Otra de las obligaciones del fideicomitente, la de pagar los gastos que origina la constitución y manejo del fideicomiso, En realidad no se encuentra estipulada dentro de la Ley, pero en función de la lógica de las cosas, el fideicomitente, al otorgar ciertos bienes de su patrimonio para la formación del fideicomiso, es porque tiene un interés determinado que lo motiva a realizar dicho contrato,<sup>10</sup> así en virtud de ese interés será obligación del mismo cargar con los gastos que origine la constitución y manutención del fideicomiso.

Realmente, la participación del fideicomitente es de vital importancia en la constitución del fideicomiso, al respecto, Joaquín Rodríguez Rodríguez señala que la actuación del fideicomitente solo es preciso en el acto constitutivo o en el contrato de fideicomiso, pues

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, pág. 62

<sup>10</sup> *Ibidem*, pág. 65

la Ley a buscado que el fideicomiso produzca sus efectos sin la colaboración del fideicomitente, o aún después de su muerte e inclusive en contra de su voluntad, señalando que la voluntad del fideicomitente es eficaz de manera permanente, que en virtud de la misma se establecen diversas relaciones estables que pueden perdurar durante un amplio periodo de tiempo.

## **Fiduciario**

### **Derechos**

Uno de los derechos que otorga la Ley a la institución fiduciaria consiste en la facultad de aceptar el cargo de fiduciaria y el cumplimiento del fideicomiso, ya que atendiendo a lo señalado en el artículo 385, último párrafo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomitente puede designar varias instituciones fiduciarias para que desempeñen el fideicomiso; y en caso de que la institución fiduciaria no acepte su cargo, debe nombrarse a otra para que la substituya.

Asimismo, la fiduciaria tiene el derecho de renunciar o excusarse de su cargo, pero solamente por causa grave y a juicio del juez de primera instancia del lugar de su domicilio.

Si se parte de lo señalado en el artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que sean necesarios para el cumplimiento del fideicomiso.

La fiduciaria tiene cuantas facultades se requieran para el cumplimiento de su cometido: no solo las que confieran expresamente, para ciertos fines y en determinadas condiciones; todas, las limitaciones son las que deben constar expresamente.

Así el precepto legal de referencia otorga una amplia gama de facultades, ya que la fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que sean necesarias para el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso, debiendo limitar dichas acciones, de forma expresa en el acto constitutivo.

En cuanto a los honorarios fiduciarios, que son las remuneraciones económicas que causa el fiduciario, el comité técnico y el delegado fiduciario, por motivo del manejo del fideicomiso, por lo regular, estos se establecen dentro del acto constitutivo.

Si bien es cierto que la percepción de honorarios fiduciarios no se desprende de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, debe tenerse en cuenta que la fiduciaria presta un servicio en el fideicomiso, por lo que tiene derecho a percibir una remuneración por el servicio que presta.

### **Obligaciones**

Dentro de las obligaciones que se imponen a la fiduciaria, destaca el que se encuentra obligada a cumplir con el fideicomiso conforme al acto constitutivo del mismo, sin poder exceder de las facultades y lineamientos establecidos en la constitución del mismo.

El artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, impone a la fiduciaria la obligación de obrar siempre como un buen padre de familia, siendo responsable por el daño y perjuicio que sufra el fideicomiso por culpa de su actuación.

Pablo Macedo señala que respecto de la conducta del carácter de la fiduciaria, se acogió la noción subjetiva del buen padre de familia, referida al derecho común, por ser tradicionalmente conocida, estar configurada con precisión, y evitarse así la necesidad de una nueva construcción, que quizá hubiese sido desacertada y sin duda alguna peligrosa por su novedad.

Otra de las obligaciones de la fiduciaria, se encuentra contemplada en el artículo 77 de la Ley de Instituciones de Crédito, al disponer que las instituciones de crédito prestaran los servicios contemplados en el artículo 46 de esta Ley, de conformidad con las disposiciones legales y administrativas aplicables, y con apego a las sanas prácticas que propicien la seguridad de esas operaciones y procuren la adecuada atención a los usuarios de tales servicios.

Si bien es cierto que esta es una obligación que se impone a todas las operaciones de servicios que presten las instituciones de crédito, el fideicomiso queda comprendido dentro de este tipo de operaciones, por lo que la fiduciaria deberá cumplir con lo dispuesto en el artículo en cuestión.

Asimismo en su fracción XIX, del artículo 106 de la Ley de Instituciones de Crédito prohíbe celebrar operaciones con la misma institución en el cumplimiento de fideicomisos, lo cual se establece con el objeto de evitar un posible conflicto de intereses.

## **Fideicomisario**

### **Derechos**

El principal derecho del fideicomiso, es el recibir el provecho que el fideicomiso implica, ya que es su consecuencia natural que una persona física o jurídica tenga un provecho emanado del contrato de fideicomiso, pues es menester que en el acto constitutivo se señale el fin lícito y determinado, que no es más que la verdadera motivación que da origen al contrato; señalando el fin del contrato, necesariamente existen uno o varios beneficiados, que puede ser que no este señalado nominalmente dentro del acto constitutivo.

Del primer párrafo del artículo 390 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, se desprenden varios derechos del fideicomisario, por lo que a continuación se transcribe:

Artículo 390.- 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 financiera; el 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, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.

Además de los derechos que a favor del fideicomiso deriven del acto constitutivo del fideicomiso, son de una variedad considerable. Tienen la característica común de que su ejercicio será a través de la fiduciaria, es decir, a ésta le corresponde quedar obligada a ello, dado su compromiso de ejecutar los actos tendientes a alcanzar los fines del fideicomiso, permitir el ejercicio de esos derechos.

El derecho a exigir del fiduciario el cumplimiento del fideicomiso, son de una variedad considerable. Tienen la característica común de que su ejercicio será a través de la fiduciaria, es decir, a ésta le corresponde quedar obligada a ello, dado su compromiso de ejecutar los actos tendientes a alcanzar los fines del fideicomiso, permitir el ejercicio de esos derechos.

El derecho a exigir del fiduciario el cumplimiento del fideicomiso, con lo que se le otorga una protección que permite al fideicomisario obtener una garantía respecto de el beneficio que debe de recibir por virtud de esta figura jurídica.

Lo anterior se ve reforzado con el derecho del fideicomisario de atacar la validez de los actos que cometa la institución en su perjuicio, ya sea de mala fe o en exceso de las facultades que les fueron delimitadas en el acto constitutivo del mismo; con lo que permite, junto con el derecho de reivindicarlos bienes que por estos actos salieron del patrimonio

dado en fideicomiso, demandar la nulidad de los actos de la fiduciaria cuando éstos causen un perjuicio, y se realicen de mala fe o en exceso de sus facultades.

Debe mencionarse, que de conformidad con el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomitente tendrá derecho a nombrar la institución fiduciaria, en el supuesto de que en el acto constitutivo del fideicomiso no se haya designado nominalmente a dicha institución.

En el segundo párrafo del citado artículo se confiere el derecho de designación de fiduciaria a fideicomisario, por estimarse que es el primer interesado en el buen funcionamiento de la institución, y sólo en su defecto al juez de quien se espera un criterio recto y objetivo.

Otro de los derechos del fideicomisario se encuentra contemplado en el artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito, en donde se establece que éste tendrá las acciones para pedir las cuentas, exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y para pedir la remoción de la fiduciaria.

### **Obligaciones**

Las obligaciones que en su caso pueda llegar a tener el fideicomisario, se desprenderían del acto constitutivo del fideicomiso, resultando así en una gran variedad de obligaciones que se le pueden imponer al fideicomisario, tales como el pago de los impuestos respectivos, el pago de los honorarios de la fiduciaria, alguna contraprestación a cambio del beneficio del fideicomiso, entre otras.

## 2.5. FINALIDAD DEL FIDEICOMISO

### Fin lícito y determinado

“Por lícito se debe de entender lo justo, permitido, según justicia y razón; lo que es justo a derecho”.<sup>11</sup>

“En términos generales, la licitud del objeto, del fin o motivo de la condición de todo negocio jurídico, consistente en que éstos vayan en concordancia a las Leyes de orden público y buenas costumbres”.<sup>12</sup>

Por su parte, el artículo 1830 del Código Civil, define como lícito el hecho que es contrario a las Leyes de orden público o a las buenas costumbres, y en su artículo 1831 señala que el fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las Leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

De lo anterior se desprende que el fin del fideicomiso debe de estar acorde con los preceptos de orden público y las buenas costumbres, ambos conceptos subjetivos que implican una interpretación en cada caso concreto para determinar la licitud en el fideicomiso.

## 2.6. TIPOS DE FIDEICOMISO

Analizados los elementos y el contenido obligacional del fideicomiso, se estudiara a continuación los principales tipos de fideicomiso que pueden existir, atendiendo a su carácter y a su objeto.

---

<sup>11</sup> DE PINA Rafael et. al; Vara, Diccionario de Derecho, Décima Séptima edición , Editorial. Porrúa, 1991. p. 360

<sup>12</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Ob. Cit., Pág. 58.

Debe señalarse que existen diversos fideicomisos creados para realizar funciones específicas, desde luego en combinación con otras figuras jurídicas: “tales como los fideicomisos en garantía que han venido a sustituir a los contratos de mutuo con garantía hipotecaria, los fideicomisos de inversión, etc.”<sup>13</sup>

### **Fideicomisos Públicos y Privados**

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito regula al fideicomiso en forma general, es decir, no distingue en las características de las personas que participan en esta figura, que pueden ser los particulares, en el caso de los fideicomisos privados; o bien cuando los órganos del Estado constituyen fideicomisos, siendo estos fideicomisos públicos.

El Fideicomiso Público, es un contrato por medio del cual, el Gobierno Federal, los Gobiernos de los Estados o los Ayuntamientos; a través de sus Dependencias Centrales o Paraestatales, con el carácter de fideicomitente, transmite la titularidad de bienes del dominio público (previo decreto de la desincorporación), en una institución fiduciaria, para realizar un fin lícito, de interés público.<sup>14</sup>

Así, el artículo 3º de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, señala que el Ejecutivo Federal se auxiliara de las entidades de la Administración Pública Paraestatal que el mismo artículo enumera; contemplado, en su fracción tercera a los fideicomisos.

Por su parte, el artículo 47 del mismo cuerpo legislativo, señala que los fideicomisos públicos, son aquellos que el Gobierno Federal o alguna de las Entidades Paraestatales constituyen con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal a impulsar las áreas

---

<sup>13</sup> SÁNCHEZ SODI, Horacio, *Ob. Cit.*, Pág. 41

<sup>14</sup> ACOSTA ROMERO, Miguel, *Ob. Cit.*, pág. 540



prioritarias de desarrollo, siempre que cuenten con una estructura análoga a las otras entidades de la administración y que cuenten con comités técnicos.

Asimismo, el capítulo IV de la Ley de Entidades Paraestatales, da el tratamiento para los Fideicomisos Públicos.

Cabe señalar que carácter de fideicomitente queda reservado únicamente para la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, tratándose de fideicomisos públicos establecidos por la Administración Pública Federal Centralizada, según se dispone en el artículo 41 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales.

Al respecto de que los fideicomisos públicos formen parte de la Administración Pública Paraestatal, Gabino Fraga comenta que: “no se cree fundada ésta incorporación a la Administración Pública desde el momento en que los fideicomisos constituyen de acuerdo con la legislación mexicana (Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y Ley de Instituciones de Crédito) simples operaciones de crédito en las que solo pueden intervenir como fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello y que con tal carácter son las que tienen la personalidad requerida para llevar adelante el fideicomiso. Si por tanto tales fideicomisos son simples medios para realizar atribuciones del Poder Público, difícilmente se les puede considerar como órganos de la Administración.”<sup>15</sup>

En los fideicomisos públicos, no es aplicable la prohibición señalada en la fracción III, del artículo 394 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que señala que se encuentran prohibidos los fideicomisos cuya duración sea mayor a treinta años.

---

<sup>15</sup> FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo, 32 edición, Editorial Porrúa, México 1993, pág. 205

## Fideicomiso en Garantía

La finalidad de estos fideicomisos, es el asegurar el cumplimiento de una obligación, por lo general a cargo del fideicomitente, por lo que éste, afecta en fideicomiso determinados bienes, transmitiendo su titularidad a la fiduciaria, garantizando así la obligación principal, que le da origen a esta forma de garantía.

En este tipo de fideicomisos: “el fiduciario recibe los bienes o derechos fideicomitados para que con ello se garantice el cumplimiento de una obligación principal, que es a cargo del fideicomitente.”<sup>16</sup>

Los fideicomisos de garantía tienen como objeto principal: “garantizar con bienes muebles o inmuebles, el pago oportuno de un adeudo o el cumplimiento de una obligación a cargo del fideicomitente o un tercero que al incumplimiento del pago u obligación garantizada, el fiduciario ejecute el fideicomiso, mediante el procedimiento que se haya previsto y con el producto de la venta que se obtenga, hecha la deducción de sus gastos, haga pago al fideicomisario o acreedor del crédito u obligación garantizada y, si hubiera remanente, lo entregue al fideicomitente.”<sup>17</sup>

Tomando en consideración al artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la definición anterior adolece de no incluir a los derechos, que no sean estrictamente personales de su titular, como medio de garantía de este tipo de fideicomisos.

La aplicación del fideicomiso para poder garantizar obligaciones, ha sido usada como sustituto de otros medios de garantía, como la hipoteca o la prenda, debido a las facilidades que otorga el fideicomiso, y al ser este más flexible que otras formas de garantía, ya que

---

<sup>16</sup> VAZQUEZ ARMENIO, Rodrigo, Naturaleza Jurídica del Fideicomiso Mexicano y sus Aplicaciones Prácticas, conferencia pronunciada por su autor el día 1° de julio de 1964 en el salón de actos del Salón Nacional del Colegio de Abogados de México, librería de Manuel Porrúa, S.A., p. 28.

<sup>17</sup> ROALANDINI SANCHEZ, Gustavo Enrique, El Fideicomiso como Forma de Garantizar el Interés Fiscal, tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho, Centro de Estudios Universitarios del Distrito Federal, 1994. p. 162

permite a las partes pactar en cuanto al procedimiento a seguir en la ejecución del fideicomiso, cuando no se cumpla la obligación garantizada con el mismo.

Al respecto, el artículo 400 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala que a falta de procedimiento convenido en forma expresa por las 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.

Así, el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que el acreedor tiene la facultad de recurrir ante el juez, a efectos de que éste autorice la venta de los bienes o títulos dados en prenda cuando se venza la obligación garantizada; de la petición que realiza el acreedor, se le correrá traslado al deudor para que éste, en un término de tres días, pueda oponerse a la venta exhibiendo el importe del adeudo.

### **Fideicomiso en Administración**

Los fideicomisos en administración son aquellos en los que: “el fiduciario recibe los bienes o derechos fideicometidos para poder proceder a efectuar las inversiones señaladas en el acto constitutivo, o para encargarse de la guarda, conservación, o en general, de cualquier otro acto constitutivo, o para encargarse de la guarda, conservación, o en general, de cualquier otro acto de administración de los mismos en beneficio del fideicomisario.”<sup>18</sup>

“Debe destacarse que en este tipo de fideicomisos, los bienes que se otorguen para el cumplimiento del fin de los mismos deben de ser productivos en sí mismos, que produzcan rendimientos, tales como los valores, dinero, inmuebles, entre otros.”<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> VAZQUEZ ARMENIO, Rodrigo, Ob. Cit. pág. 30

<sup>19</sup> *idem.*

Debe señalarse que la actividad de administración propiamente dicha, que consiste en que el fiduciario, como titular del patrimonio del fideicomiso, que se encargue de la guardia y conservación de los bienes que integran dicho patrimonio, efectúe el cobro de los productos y los transmita al fideicomisario.

### **Fideicomiso de Inversión**

Aunque los fideicomisos de inversión pueden considerarse como fideicomisos de inversión garantizada, señala Horacio Sánchez Sodi que no debemos olvidar que las instituciones de crédito son los medios mediante los cuales se fomenta la captación de capitales y el ahorro interno del país, por lo que, la fiduciaria garantiza el rendimiento de las transacciones que realice con los bienes fideicometidos, dando origen a los fideicomisos de inversión garantizada, con la característica básica de que al momento de liquidar el fideicomiso el fideicomisario recibirá el patrimonio fideicometido en su totalidad más un rendimiento fijo.

Por lo que respecta a los fideicomisos de inversión no garantizada, el mismo autor señala que en este tipo de fideicomiso, la institución fiduciaria administra e invierte el patrimonio fideicometido pero en busca de la oportunidad de la mejor inversión por lo que no puede garantizar un rendimiento fijo, ni la entrega total del bien fideicometido.

### **CAPITULO III**

#### **Régimen Fiscal del Fideicomiso**

#### **3.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**

Para intentar determinar cual es el tratamiento fiscal aplicable al fideicomiso, es necesario empezar por recordar que el Estado tiene encomendadas una serie de obligaciones o tareas que debe de 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 las 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 de 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 la 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 solo tiene la obligación de contribuir para los gastos públicos de la Federación, de los Estados y de los Municipios los impuestos se encuentren establecidos en la Leyes respectivas. Por esta razón el principio de legalidad en materia tributaria puede enunciarse mediante el aforismo adoptado “*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 hechos, 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 su finalidad que consiste en establecer conductas obligatorias y sancionar su cumplimiento”.<sup>1</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 impuestos y a la debida consideración de la capacidad económica de los sujetos. Lo que podemos observar en la siguiente tesis jurisprudencial.

---

<sup>1</sup> CALVO NICOLAU, Enrique, Tratado del Impuesto sobre la Renta, Tomo I, Editorial Themis, México, 1995. p. 112.

*Localización*

*Instancia: Pleno*  
*Fuente: Semanario Judicial de la Federación*  
*Época: 7ª*  
*Tomo: 199-204*  
*Parte: Primera*  
*Página: 144*

**“Impuestos, Proporcionalidad y Equidad**

*El artículo 31, fracción IV, de la Constitución establece los principios de proporcionalidad radica, medularmente, en que los sujetos pasivos deben contribuir a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad económica, 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 elevados tributen en forma cualitativamente superior a los medianos y 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 que debe ser gravada diferencialmente conforme a tarifas progresivas, para que en cada caso el impacto sea distinto no sólo en cantidad si no en lo tocante a mayor o menor sacrificio, relegado 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 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 pagos, etc., debiendo únicamente variara las tarifas tributarias aplicables de acuerdo con la capacidad económica de cada contribuyente, para respetar el principio de proporcionalidad antes mencionada. La equidad tributaria significa, en consecuencia, que los contribuyentes de un mismo impuesto deben de guardar esta situación de igualdad frente a la norma jurídica que lo establece y regula”.*

*Precedente:*

*Volumen 199-204, pag. 57. Amparo en revisión 2598/85. Alberto Manuel Ortega Venzor. 2 de noviembre de 1985. Unanimidad de 17 votos. Ponente: Mariano Azuela Güitron.*

Este principio también a sido comentado por algunos autores, tal es el caso de Adolfo Arrijo Vizcaíno, 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>2</sup>

---

<sup>2</sup> ARRIOJA VIZCAÍNO, Adolfo, Derecho Fiscal, 12ª. edición, editorial Themis, México, 1997. p. 326

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>3</sup>

De lo referido, se puede concluir que la obligación de contribuir a las cargas públicas 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. Antecedentes Legislativos**

En este Capítulo, se tratará de abarcar de manera general, los antecedentes legislativos del fideicomiso, con la finalidad de encontrar la génesis de esta figura en el Sistema Jurídico Mexicano.

#### **Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1925.**

En este cuerpo legislativo, en donde aparece el fideicomiso por primera vez en el Sistema Jurídico Mexicano, al considerar dentro de su artículo 6º, fracción VII que se consideran instituciones de crédito para los efectos legales. Los Bancos de Fideicomiso; en su artículo 73, señala de manera expresa que los bancos de fideicomiso

Por su parte el artículo 74 de la mencionada Ley señalaba que los bancos de fideicomiso se regirán por la Ley especial que debe expedirse.

---

<sup>3</sup> MRGÁIN MANAUTOU, Emilio citado por<sup>3</sup> Carrasco Iriarte, Hugo, Derecho Fiscal Constitucional, 2ª edición, Editorial Harla, México 1993. p. 156.

Debe señalarse, que dicha Ley prohibía en su artículo 4° a las instituciones residentes en el extranjero que emitieran títulos al portador, tener agencias o sucursales por la emisión o pago de dichos títulos.

Es indudable el propósito del legislador, pero más que problemático, en aquel entonces, tuviese ya un concepto claro de lo que pretendía hacer.”<sup>4</sup> Aún con la falta de experiencia de la aplicación práctica del fideicomiso, es esta Ley un claro precursor de esta figura en México, pues a pesar de la falta de precisión en el concepto de la misma, se denota la intención de regular sus efectos y de acoplarla en nuestro Derecho.

#### **Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926.<sup>5</sup>**

Dentro de esta Ley, se indicaba que los bancos de fideicomiso tenían como objeto principal las operaciones por cuenta ajena y a favor de tercero, que autorizaba la misma Ley, y que basaba la ejecución de tales operaciones en la honradez y buena fe de dichas instituciones.

El lenguaje utilizado en esta Ley, permite afirmar que deja una gran incertidumbre jurídica toda vez que al utilizar términos subjetivos como la honradez y la buena fe, habrían una gama de situaciones que no dejaban una garantía de seguridad jurídica a quienes trataran con dichas instituciones.

En la misma Ley, se definía al fideicomiso como un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco, con carácter de fiduciario determinados bienes, para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario.

---

<sup>4</sup> MACEDO, Pablo, Estudio sobre el Fideicomiso Mexicano, dentro del Tratado teórico práctico de los trust, por Pierre Lepaulle, 1ª edición, en español, Editorial, Porrúa, México 1975. p. 17

<sup>5</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de julio de 1926

En esta definición, se encuentran a las personas que intervienen en el fideicomiso, así como la participación de cada una en el mismo. El fideicomitente, quien entrega los bienes; el banco, el que dispone de los mismos o de sus productos; y el fideicomisario, quien es el beneficiario de tal operación.

### **Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926.<sup>6</sup>**

El Capítulo VI del Título Primero de esta Ley, trata lo relativo a los bancos del fideicomiso; reproduciendo en su artículo 97, lo señalado en el artículo 1° de la Ley de Bancos de Fideicomiso; agregando como operaciones secundarias de dichos bancos las de ahorro, depósito y descuento.

Dentro de su artículo 102, mantiene el carácter del fideicomiso como mandato irrevocable, y el artículo 103 señala que el fideicomiso solo puede tener un fin lícito, y prohíbe los fideicomisos secretos en su artículo 104, así como los fideicomisos testamentarios a favor de herederos o legatarios incapaces de recibir, en su artículo 105.

Es relevante mencionar, que el artículo 108 señalaba que los bienes dados en fideicomiso se considerarán salidos del patrimonio del fideicomitente, en cuanto sea necesario para la ejecución del fideicomiso o por lo menos gravados a favor del fideicomisario, por lo que no serán embargables ni se podrá ejercitar sobre ellos acción alguna en cuanto perjudique al fideicomiso.

### **Ley General de Instituciones de Crédito<sup>7</sup>**

Dentro de esta Ley se considera a las fiduciarias como instituciones de crédito, que estarán sujetas a la concesión del Gobierno.

---

<sup>6</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de noviembre de 1926.

<sup>7</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de enero de 1925.

Asimismo, mantiene la prohibición de que las sucursales de los bancos extranjeros no pueden actuar como fiduciarias.

### **3.3. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.**

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, si 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 efecto 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 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 Instituciones y Operaciones de Crédito reglamenta el fideicomiso, porque ya desde 1926 la Ley 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 tiene implícito 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 que exigirían una compilación extraordinaria en la contratación.”

De dicha redacción, se puede inferir que no existen elementos que den pauta para determinar cual 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 opción de otros estudios 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 las personas entreguen sus bienes y realizar con ellos actos ilícitos, pero de ninguna 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 la fiduciaria, dada su calidad de institución bancaria.”<sup>8</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 381 al 394 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 lo Estados Unidos Mexicanos.
- ✓ Ley de Instituciones de Crédito.
- ✓ Ley General de Sociedades Mercantiles.

---

<sup>8</sup> BATIZA, Rodolfo, Ob. Cit., Pág. 44

- ✓ 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 Republica 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.
- ✓ Ley General de Deuda Pública.
- ✓ Ley Federal de Derechos 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 de la presente investigación 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 Crédito, 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, que comprende los artículos 381 a 394 de los cuales se desprende lo siguiente:

a) El concepto legal de fideicomiso, con el inconveniente de haber utilizado la redacción la palabra “destina” en lugar de “entregar” y con esto se plantea el problema de interpretación para efectos de saber si existe o no una transmisión de bienes.

b) 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 383 y 390, de donde se desprende que el fideicomisario es indispensable.

c) Se refiere a la capacidad del fideicomisario, un quinto párrafo se adicionó el 24 de mayo de 1926, el cual a la letra dice “La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmite 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 una 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.

d) 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.

e) El artículo 385 señala que los requisitos para ser fiduciaria. En el primer párrafo de este artículo señala expresamente que “Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito”, esta última descripción **actualmente no es del todo exacta, por lo que debe de 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 del objeto el Patronato del Ahorro Nacional podrá:...”

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

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

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

Por otra parte, 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, lo cual quiere decir que también las filiales de instituciones financieras del exterior podrán practicar operaciones fiduciarias en México, tal como lo señala el texto del referido artículo que a continuación se transcribe.

**Artículo 45-D.** Las autoridades financieras, en el ámbito de sus respectivas competencias, garantizarán el cumplimiento 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 385** de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, da pauta a una serie de comentarios interesantes en virtud de que dicha disposición señala expresamente que : “En el fideicomiso podrán intervenir varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el cargo de fiduciario, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse.”

El **artículo 386** de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se refiere al objeto del fideicomiso, sin embargo, el segundo párrafo de dicho precepto es el que levanta una serie de comentarios, al señalar los 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. La institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad”, 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 387** de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se refiere a la constitución del fideicomiso, el cual deberá de constar siempre por escrito.

En relación con el **artículo 388** de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, 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 de inscribirse el inmueble que se encuentre en fideicomiso.

Por lo que se refiere al **artículo 389** de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, 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 cambiaria 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 las cosas corpóreas o de títulos al portador, la oponibilidad tendrá lugar cuando éstos estén en poder físico de la fiduciaria.

En el **artículo 390** de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se señala al fideicomisario como titular de derechos de crédito, de la redacción de este 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 demandarla 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.

Por su parte, el **artículo 391** de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, 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 cargo 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 esta 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 esta en presencia de una declaración unilateral que, por si misma, no puede constituir un fideicomiso.

Con relación a lo señalado por los artículos 391, 392, 393 y 394 que se 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.

### **3.4. Ley del Impuesto Sobre la Renta.**

Es importante mencionar que hasta el siglo XVIII, predominaron los impuestos indirectos, mismos que incidían solo en las clases de escasos recursos, y no en las clases privilegiadas, puesto que estas no contribuían al Gasto Público.

En el año de 1778, 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.

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 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 de 1922 cuando se publicó el 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, promulgo 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 sigue 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:
  - 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 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 que la Ley en comento fuera difícil de entender y de aplicar, al 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.
  1. El ejercicio del comercio o de la industria
  2. El ejercicio de una profesión liberal, artística o innominada
  3. Del trabajo de sueldo a 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 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 de 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 de 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 de 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 de 30 de diciembre de 1953 definió lo que debería de 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 cédular 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 ya sea por actividades que aglutinan el hecho generador del impuesto o 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 fuera la fuente de riqueza de donde procedan; los ingresos de establecimientos permanentes en el país percibidos por residentes en el extranjero, procedentes de fuente de riqueza ubicadas en 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**

Al respecto en cuanto al sujeto del impuesto hacemos 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 y Sucesiones.
- 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 fuere 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 cualquiera otras agrupaciones que constituyeran una unidad económica aún cuando no tuvieran personalidad jurídica**, así como el asociante de la asociación en participación.

Por otra parte, el 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 comprendidos en los supuestos establecidos por la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

Resulta curioso señalar que a partir de los años 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 de 1965, 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 obligo al legislador a eliminarlas como sujetos pasivos del impuesto.
- La Ley de 1981 en su artículo 1° 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 los residentes en el extranjero, respecto de los ingresos procedentes de fuentes de riqueza situadas en 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 9° de la Ley del Impuesto Sobre la Renta 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 ha mencionado de manera somera los antecedentes, objeto y supuesto de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, pero a partir de este momento se señalará que el 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 y 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 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 se hayan designado fideicomisarios, o cuando éstos no puedan individualizarse se entenderá que la actividad empresarial que 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 la Ley del Impuesto sobre la Renta, aplicado a las actividades del fideicomiso. En el primer año calendario de operaciones del fideicomiso o cuando no resulte Coeficiente de Utilidad para los efectos de los Pagos Provisionales, el que corresponda en los términos del artículo 62 de la Ley antes mencionada 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 certificado 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 de Código Fiscal de la Federación, vigente para 2000, que es una copia de lo que señalaba el artículo 5° de la Ley del Impuesto Sobre la Renta vigente en 1981, y que señal 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 marinas y de agua dulce, incluida la cultura, 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 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 caso; y además de que el fideicomisario puede ser otro fideicomiso, como los constituidos por el Fondo Nacional de Fomento al Turismo (FONATUR)”.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> SOLA VALDEZ, Antonio, Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Editado por SOMEX, México, 1982.



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 cuando 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 cuanto 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.

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.

En el año de 1981 dentro de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, no se contemplaban las pérdidas.

<b>TEXTO 1981</b>	<b>TEXTO 2000</b>
Artículo 9º. Cuando a través de un	Artículo 9º. Cuando a través de un

<p>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 le 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>Cuando alguno de los fideicomisarios sea persona física considerará esas utilidades como ingresos por actividades empresariales.</p> <p>Para determinar la participación en las utilidades o en las pérdidas se atenderá a la</p>	<p>fideicomiso se realicen actividades empresariales, la fiduciaria determinará en los términos del Título II de esta Ley la utilidad <b>o la pérdida</b> 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 le 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>Cuando alguno de los fideicomisarios sea persona física considerará esas utilidades como ingresos por actividades empresariales. <b>En los casos en que no se haya 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 al</p>
--	---

<p>fecha de terminación del ejercicio fiscal que para el efecto manifieste la fiduciaria.</p>	<p>ejercicio fiscal que corresponda por las actividades desarrolladas a través del fideicomiso, en los términos del artículo 11 del Código Fiscal de Federación.</p>
<p>La fiduciaria presentará aviso ante las autoridades fiscales, dentro de los tres meses siguientes al término del ejercicio, informando las bases para la distribución de utilidades o pérdidas entre los fideicomisarios.</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 aplicando a las actividades del fideicomiso. En el primer año de calendario de operaciones del fideicomiso o cuando no resulte coeficiente de utilidad conforme a la 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.</b></p>
<p>Los fideicomisarios responderán por el incumplimiento de las obligaciones que por su cuenta deba cumplir la fiduciaria.</p>	<p>Los fideicomisarios <b>o, en su caso, el fideicomitente</b> responderán por el incumplimiento de las obligaciones que por su cuenta deba cumplir la fiduciaria.</p>

Como se puede observar desde el año de 1981 y hasta nuestros días, casi no ha cambiado la redacción de este artículo, sin embargo, se puede deducir 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 teniendo 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 9° 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 establece 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>10</sup>

A continuación y de manera breve se señalarán las diversas disposiciones que se contiene 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>
<b>2º</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ 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.</li> </ul>
<b>5º-B., 74-A</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Se consideran inversiones en jurisdicciones de baja imposición fiscal aun cuando se efectúen mediante fideicomisos.</li> </ul>
<b>9º</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Determinación de la utilidad o la pérdida fiscal por cuanta 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 considerarán 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 efectúa el</li> </ul>

<sup>10</sup> FALCÓN Y TELLA, Ramón, El Régimen de Transparencia Fiscal, Editorial Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984. pág. 50.

	<p>fideicomitente.</p> <p>➤ La fiduciaria presentará una declaración por sus propias actividades y otra por cada fideicomiso.</p>
<b>12</b>	<p>➤ Cálculo de los pagos provisionales aplicado a las actividades del fideicomiso.</p>
<b>27</b>	<p>➤ Las aportaciones a fondos destinados a investigación y desarrollo de tecnología, y programas de capacitación, deben ser afectados en fideicomiso.</p>
<b>58, 67-F, 112, 119-I</b>	<p>➤ 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.</p>
<b>64-A, 67-C, 74</b>	<p>➤ Determinación por parte de las autoridades fiscales de precios por operaciones con partes relacionadas cuando intervienen entre otros fideicomiso.</p>
<b>93</b>	<p>➤ Operaciones de fideicomiso por las que se otorgue el uso o goce temporal de inmuebles.</p>
<b>119-Ñ</b>	<p>➤ Prohibición para tributar en el régimen de Pequeños Contribuyentes cuando se realicen actividades a través de fideicomisos.</p>
<b>148</b>	<p>➤ Obligación de la institución fiduciaria de expedir recibos y efectuar retención por arrendamiento de inmuebles.</p>
<b>159-B</b>	<p>➤ Retención del 40% del ISR, tratándose de ingresos percibidos por fideicomisos ubicados en jurisdicción de baja imposición fiscal.</p>

Del análisis de los preceptos señalados se puede concluir, que con motivo de la operación del fideicomiso pueden derivarse ingresos o utilidades, ya sea para los fideicomisarios o para el fideicomitente, en los términos de los artículos 9° y 93 de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente hasta el año de 2000, los cuales obligaban a la institución fiduciaria a cumplir, “por cuenta” de las citadas personas, las obligaciones señaladas en la Ley del Impuesto sobre la Renta.

### 3.5. Código Fiscal de la Federación

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 de que se tiene registrado, dicha Ley fue abrogada el 1° 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 la Ley, estaba obligada de manera directa al pago de una prestación determinada al fisco federal.
- El **artículo 21**, determinaba quienes 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;
- Caracer de personalidad jurídica propia, como por ejemplo los contratos.
- Constituirse como un 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 estaba 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 consideraba a esta 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 se consideraron como sujetos para el cobro del Impuesto Sobre la Renta, y por consiguiente, los ingresos obtenidos mediante el fideicomiso, deberían ser cubiertos por los fideicomitentes o los fideicomisarios, quienes son en este caso considerados como los sujetos obligados al pago del gravámen.

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 traslado un artículo que regulaba dicha enajenación 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 1° 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.**

El 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 inicio su vigencia el 1° de octubre de 1982.

En dicho Código se estableció en el artículo 14 , que se entendía por enajenación de bienes entre otros:

**“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 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.

**Artículo 14.- ...**

**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 de sus derechos o dé instrucciones al fiduciario para que transmita la propiedad de los bienes a un tercero. En estos casos que se considera 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 que el fideicomitente cede sus derechos si entre éstos se incluye el de que los bienes se transmitan 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, se 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 porque 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 pierde 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 recuperara la plena propiedad sobre los mismos por tener nuevamente su titularidad, lo cierto es que lo que se 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 extintor de los efectos, devuelve los bienes fideicomitados 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 fideicomitados 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, 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 esta 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 por que lo que en realidad esta 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 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 aún cuando exista una transmisión, esta 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, esta legislando en materia que no es de su competencia, por que 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 en ocasiones parezca y sean cumplidos, hasta en treinta años, con lo cual, podría suceder que no fuera factible localizar al sujeto pasivo (fideicomitente) y quizá en razón de esto, sea haya establecido la disposición, sin embargo, en nuestra opinión y con el argumento jurídico esbozado, es **anticonstitucional**.<sup>11</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, aún 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

---

<sup>11</sup> SOLA VALDEZ, Antonio, Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Editado por SOMEX, México, 1982. p. 506



las situaciones operativas en que se gira 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 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 el fideicomisario, por instrucciones de éste.”<sup>12</sup>

Una vez que se ha hecho mención del contenido del artículo 14 del mencionado Código, es importante comentar otro fundamento del mismo ordenamiento legal y que actualmente está lleno de conflictos legales, es el artículo 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 1º. de octubre de se 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:

- 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 obliga a darse de alta en dicho registro, conforme a lo siguiente:

---

<sup>12</sup> *Ibidem* pág. 507

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 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 Registro Federal de Contribuyentes 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 Registro Federal de Contribuyentes 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 la 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 diversos ordenamientos legales en materia fiscal y otros en materia Federal, 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 aún cuando las lleve a cabo directamente a 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 aún 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 señalo lo siguiente:

“Por otra parte, esta Dictaminadora coincide en la necesidad de aclarar en el último párrafo del 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.

### **3.6. El 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 profesionales tienen la obligación de guardar el denominado “Secreto Profesional.”

Ahora bien, el 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 de ser divulgada, debiendo exteriorizar únicamente para permitir al profesional actuar con todos los elementos de juicio necesario.

¿Cuánto tiempo están obligados a guardar el secreto las persona que lo conocen?...  
Diversos autores estiman que el periodo comprende desde el momento en que inicia la

negociación hasta que 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 encontramos 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 por los clientes permanentes, ya que aún cuando realice operaciones ocasionales con una persona que no es 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 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 y serán quienes de cierta manera reciben íntegramente o en partes alícuotas 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 tengan otorgado poder para poder 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 de secreto que se establece y las instituciones estarán obligadas en caso de revelación del 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 pueden 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 tener discreción respecto de las operaciones y negocios que lo unen a sus clientes, sin embargo como se podrá ver más adelante exista un lado negativo para efectos fiscales en dicha tradición.

### **3.7. 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 tengan otorgado poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación o servicio, salvo cuando la pidieren, la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en que el titular sea parte o acusado y las autoridades hacendarías 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 de 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 sean entablados por el fideicomitente, fideicomisario, comitente o mandante, en contra de las instituciones o viceversa y al estar redactado el pronombre relativo “que” como antecedente de los sustantivos “juicios o reclamaciones”, se podría dar a entender que los fideicomitentes, fideicomisarios, mandantes o comitentes, no podrían pedir información a las fiduciarias sino mediante juicio en contra del fiduciario, lo cual resulta inadmisibles, 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 la 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, 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>13</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.”

Primera, 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 intrascendente.

Segunda, 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.

Tercera, 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 de interpretación 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

---

<sup>13</sup> ACOSTA ROMERO, Miguel, *Ob. Cita.*, pág. 324.

absoluto libre arbitrio de la Comisión, ya que 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, aún 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 consentidamente. 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 parecer claro que se están ejerciendo funciones de inspección y vigilancia.

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.

Como se ha podido observar en apariencia el Secreto Fiduciario, es aún más restringido que el Secreto Bancario, porque 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 a 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.

## **Capítulo IV**

### **Efectos Fiscales por Eliminación del Régimen de Transparencia**

#### **4.1 LA TRANSPARENCIA FISCAL**

##### **4.1.1. Concepto**

###### **A) El principio de transparencia fiscal**

Aparece regulado por primera vez en el artículo 12 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas, único de la Sección 2ª del capítulo III de dicha Ley, bajo la rúbrica (imputación de rendimientos). El término (Transparencia), para referirse a este régimen, no proviene originalmente de la Ley que lo introduce en nuestro ordenamiento jurídico, sino de la literatura hacendística, aunque, como veremos más adelante, esta terminología queda posteriormente consagrada en la Ley del Impuesto sobre Sociedades y en el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

El término (transparencia tributaria) es empleado explícitamente, por primera vez, por Fritz Newmark, en el Informe del Comité Fiscal y Financiero de la Comunidad Económica Europea de 1962, aunque con significado muy diferente al que ahora nos interesa. Posteriormente, muchos autores han hecho uso de la expresión, en el campo de la Economía financiera, para referirse a un principio que exige que las disposiciones legales en materia tributaria se estructuren y presenten de modo que excluyan toda duda respecto a los derechos y deberes de los contribuyentes, tanto en estos mismos como en Administración Tributaria.

En este sentido, la transparencia presenta, según Newmark, dos aspectos: el primero hace referencia a la certeza de la deuda tributaria individual y recibe su expresión en el principio que Adam Smith llamó de la (certainty); el segundo afecta a la comprensibilidad y a la claridad de las normas jurídico-tributarias generales. En definitiva, el principio de

transparencia tributaria exige que la Leyes Tributarias en sentido lato, es decir, con inclusión de los Reglamentos órdenes, circulares, directrices, etc., se estructuren de manera que presenten técnica y jurídicamente el máximo posible de integridad y sus disposiciones sean claras y precisas que excluyan toda duda sobre las diferentes Ramas del Derecho y los Derechos del contribuyente, tanto en estos mismos como en los funcionarios de la Administración Tributaria, y con ello, la arbitrariedad en la legislación y recaudación de los impuestos.

El principio de transparencia viene a identificarse así con el principio de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad. No es este significado, generalizado de la literatura hacendística, el que debe atribuirse al denominado (régimen de transparencia fiscal), aunque el citado régimen es, obviamente, susceptible de ser analizado desde este punto de vista, es decir, desde la perspectiva de la corrección técnica de las normas que lo regulan, y probablemente se llegaría a la paradójica conclusión de la (opacidad) u oscuridad del régimen de transparencia fiscal.

No es el único sentido con que los autores de la Economía financiera han empleado la expresión. Se habla también del sistema de transparencia fiscal para referirse a una de las posibles fórmulas de integración del Impuesto sobre la Renta de la personas Físicas con el Impuesto de Sociedades. El citado informe Newmark analiza los argumentos teóricos a favor de la transparencia, sistema en virtud del cual, los accionistas deben imputar a su renta total, a los efectos de la imposición personal, además de los dividendos percibidos de la sociedad, de la parte correspondiente de los beneficios que la sociedad destina a reservas, entendiéndose finalmente que (desde hace tiempo, se tiende, evidentemente, hacia un impuesto especial para las sociedades de capitales, quizá fuera más fácil proceder a una armonización en este sentido).

Posteriormente, la Comisión de la Comunidad Económica Europea encomendando el estudio del problema de la integración de la imposición sobre la renta al profesor Van den Tempel, quien analiza las ventajas e inconvenientes de tres sistemas que (se encuentran

alternativamente en un primer plano): Sistema Clásico, Sistema de Doble Tipo y Sistema de Imputación; y secundariamente se refiere a otros sistemas, entre ellos, el de transparencia, que supone (la identificación de la sociedad con sus accionistas), en el cual, (la integración del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta, se extiende también a los beneficios destinados a reservas. Esta idea ofrece un cierto atractivo, en cuanto a posibilidad de opción para las Sociedades Anónimas cerradas. Por determinadas causas; a veces es deseable e incluso inevitable constituir ciertas empresas en forma de Sociedad Anónima, aún cuando ello pueda presentar un aumento de cargas fiscales. La posibilidad de la transparencia fiscal si garantiza los derechos legítimos, tal como la elección adoptada en un determinado plazo puede dar lugar a una imposición más razonable.

En el mismo sentido, Cesare Cosciani se refiere al sistema de transparencia que desde el punto de vista teórico, es el sistema que evita distorsiones entre los beneficios distribuidos y los destinados a reservas, entre las distintas formas de empresa, y es el más acorde con los principios de equidad. En la práctica, este método encuentra importantes dificultades cuando se trata de aplicarlos a sociedades que no tengan carácter familiar, por la dificultad de identificar a los socios, especialmente cuando la sociedad no distribuya beneficios, además del grave inconveniente de la falta de liquidez por parte del socio que debe pagar el impuesto incluso sobre los beneficios no distribuidos de los que no puede disponer.

Las citas en este sentido podrían ser innumerables. En la literatura hacendística, este sistema de integración suele denominarse –sistema de la sociedad de personas (partnership system), en terminología acuñada por John F. Due, frente al sistema que Due domina –del ente separado-. La discusión se centra en la posibilidad de aplicar este método de integración a las sociedades de capital. Sea cual sea la terminología empleada, sistema de la sociedad de personas o sistema de transparencia, este concepto, elaborado en la Economía financiera, es el correspondiente al régimen de transparencia fiscal introducido en la Ley del Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas de 1978.

Sin embargo, el concepto económico de transparencia no es válido para el análisis del régimen que estudiamos. En primer lugar, porque no existe un concepto unitario, sino que



cada autor introduce unos y otros matices en su definición. Pero, sobre todo, al definir el régimen de transparencia, lo que pretendemos es delimitar un conjunto de normas, o sea, un régimen y no la realidad económico-material objeto de regulación por tales normas. “Por ello, resulta necesario adentrarse en el significado que al principio de transparencia se ha dado en la ciencia jurídica.”<sup>1</sup>

## **B) El principio de transparencia en la ciencia jurídica**

### **a) La transparencia y el principio de la realidad económica; consideraciones críticas**

Para explicar la transparencia jurídica, Salvador Bullón, en una de las escasas obras dedicadas monográficamente al tema, parte de que: “en el Derecho, como en muchos campos de la vida, se deben diversificar dos aspectos de la realidad; que son: uno superficial y el otro profundo.”<sup>2</sup>

El moderno concepto de forma, afirma el citado autor, especialmente en la doctrina italiana más reciente, entiende por ella la modalidad a través de la cual, el acto humano se manifiesta al exterior, con el fin de adquirir el acto en relevancia jurídica. También en Alemania, la palabra “forma”, en sentido jurídico, tiene el sentido de exteriorización o vestidura externa de la declaración de voluntad.

El autor deja así planteado el tema de la apariencia jurídica, del que posteriormente derivará el fenómeno de la transparencia. Etimológicamente, apariencia tiene dos sentidos elementales: el de aspecto externo de una cosa o fenómeno, y el de lo que aparenta la exterioridad del asunto.

---

<sup>1</sup> FALCÓN Y TELLA, Ramón, *Ob. Cit.*, pág. 35

<sup>2</sup> BULLÓN, H. Salvador, *La Transparencia de Sociedades, Estudio Jurídico y Fiscal*, Editorial Cirde, Madrid, 1981, pág. 21

El problema esencial que plantea la apariencia jurídica deriva de la discordancia entre la titularidad real o efectiva y la proclamada por un índice de publicidad, pues cuando una situación parece existir y de hecho no existe, pone en juego unos intereses humanos, que la Ley no puede ignorar. El paso de la apariencia a la transparencia jurídica es inmediato, en base de las siguientes consideraciones.

La apariencia supone una estructura compleja, que consta de un fenómeno externo o que se aprecia a primera vista, y otro interno (la interioridad), que sólo a través del primero puede apreciarse calando en la intimidad del primero. De ahí que el aparecer, o la apreciación del segundo, sólo sea posible por transparencia del primero. Por ello hay que distinguir el fenómeno que hace aparecer a otro, del que, pasivamente, es hecho aparecer; ya que el primero se ofrece en su material presencia, mientras que el segundo no está materialmente presente, sino sólo indicado por una alusión o reclamo.

La transparencia supone así que un fenómeno materialmente presente, inmediato en su apreciación y realidad, hace aparecer otro tras de él, que no es materialmente presente ni inmediata externamente visible. En este sentido, el citado autor relaciona el fenómeno de la transparencia jurídica con dos temas clásicos, como son el error, de una parte, y la buena fe, de otra.

En síntesis, concluye Salvador Bullón, que: “la transparencia en el Derecho es también, como en la física, trascender, penetrar más allá de la cosa o el elemento que la realidad y su forma externa presentan. Para procurar entrar en la intimidad, en lo oculto tras el elemento externo y aparente, normalmente caracterizado por los índices de publicidad. Es así, ir más allá de la apariencia o exterioridad.”

Prescindiendo de la mayor o menor claridad de esta formulación del concepto jurídico de transparencia, hemos de hacer algunas objeciones de fondo al mismo. No cabe negar que el lenguaje legislativo ha acogido en ocasiones el término transparencia con un significado análogo al expuesto. Pero esta construcción recuerda el denominado principio de la realidad

económica, en expresión consagrada por Griziotti y adoptada por sus seguidores, en virtud del cual, el impuesto ha de referirse a un elemento fáctico de evidente naturaleza económica y no a una abstracción jurídica-. La transparencia vendría a suponer, entonces, prescindir de la forma o apariencia jurídica, para atenerse a la realidad económica subyacente. Consistiría en superar el espejismo de la juridicidad-, entendiendo que la persona jurídica no es más que una cómoda ficción, lo que permitiría fácilmente explicar que la renta de las sociedades es realmente obtenida por sus miembros.

La doctrina del principio económico, en palabras del profesor F. Sainz de Bujanda, constituye una de las más claras manifestaciones de las nocivas consecuencias que para la ciencia del Derecho provoca la elaboración de sus conceptos con el básico apoyo de razonamientos de tipo extrajurídico. Efectivamente, tanto los comentaristas Alemanes del primer tercio de este siglo como Griziotti y sus seguidores, se proponen construir la Teoría del Derecho Tributario Sustantivo valiéndose de ciertas nociones de tipo económico que no sitúan, como debiera, al elaborar sus tesis, en un plano de complementariedad de los esquemas jurídicos, sino que colocan dentro de estos mismos esquemas, como parte integrante de ellos, lo que inevitablemente conduce a que pierdan de ese modo toda validez científica-. Esta misma objeción, ampliamente desarrollada por el profesor de Madrid, es aplicable a todo intento de concebir la transparencia de la forma en que ha sido expuesta en las líneas precedentes. Lo transportado no es la realidad económica, que penetra a través de los esquemas jurídicos. Este concepto, que subyace en la literatura hacendística, resulta completamente estéril para definir el régimen de transparencia fiscal.

#### **b) La transparencia como atributo de la persona**

La transparencia ha sido dentro de la ciencia jurídica, como una cualidad de la persona. Ello supone, de nuevo, un empleo del término en su significado literal. Transparentes, que se deja adivinar o vislumbrar sin declararse ni manifestarse.

Pero en este caso, lo que se adivina o deja ver confusamente a través del ente transparente no es realidad económica, sino la realidad jurídica interna o interior de la persona.

En esta línea se sitúa parte de la doctrina moderna de la personalidad jurídica que propugna la revisión del concepto tradicional de persona, y que más adelante examinaremos con mayor detenimiento. Baste aquí una referencia, por lo que a la doctrina extranjera se refiere, a las construcciones de Rolf Serick y Tullio Ascarelli.

La doctrina Alemana, en general, aplica la transparencia o –penetración- (Durchgriff) del manto de la personalidad jurídica para alcanzar los bienes personas que bajo ella se cobijan, únicamente en los supuestos del abuso del Derecho, sin que ello implique una negación genérica de la personalidad jurídica de las sociedades, sino limitada al caso particular en que se considere procedente declararlo así por no darse los fines ni la organización que fundan y justifican el reconocimiento y la concesión de la personalidad jurídica.

Ascarelli, en cambio, elabora una reconstrucción completa de la teoría de la personalidad jurídica, en la que destaca la transparencia (aunque el autor Italiano no emplea esta expresión) como una cualidad de la misma. Sin perjuicio de volver mas adelante sobre estos extremos, para Tullio Ascarelli, la persona jurídica no constituye directamente un dato normativo, como sostiene la doctrina tradicional, sino que es únicamente una expresión abreviada para referirse a una disciplina normativa reguladora de relaciones entre personas físicas. Tomando una conocida frase de Ihering, afirma que puede decirse que: “la persona, en el lenguaje jurídico, cumple un papel análogo al paréntesis en el lenguaje algebraico. La transparencia de la persona jurídica supone, en esta construcción, que la –normativa riassunta con persona jurídica è a sua volta sempre risolubile in una normativa concernente tai di uomini nati da ventre di donna-, de forma que estos últimos se dejan ver a través de la indicada normativa.”<sup>3</sup>

La doctrina tradicional, en cambio, viene considerando la –opacidad- como un atributo característico de la persona. Así, se afirma que existe una persona jurídica si aparece una

---

<sup>3</sup> ASCARELLI, Tullio, La Personalidad Jurídica y los Problemas de la Sociedad, Revista de la Sociedad, 1957, P.982.

entidad independiente de sus elementos componentes, de los individuos humanos que la constituyen, y si esa entidad tiene la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, que son derechos y obligaciones del ente y no de los elementos o miembros componentes. El efecto propio y característico de la persona jurídica es, pues, la llamada interpretación del ente, esto es, pues, la llamada interposición del ente, esto es, que las relaciones jurídicas ya no se conectan con las personas físicas que integran al grupo, sino al propio ente, dotado de capacidad jurídica.

Este efecto de la interposición del ente, u opacida de la sociedad, es el que la doctrina expuesta intenta superar, al menos en los casos de abuso de Derecho, a través de la personalidad jurídica. Recogiendo esta línea de argumentación, El profesor Albiñana afirma que –la personalidad jurídica solo es un velo que transparenta, y apenas separa, la realidad interna de la sociedad respecto a quienes con ella establecen relaciones jurídicas. El Derecho Mercantil, que no es tan sensible a la realidad económica como tiene que serlo el Derecho tributario, reacciona..... ante los concretos casos de abuso en el empleo de formas societarias que conllevan el régimen propio de la personalidad jurídica. En cambio, el Derecho Tributario... acude al remedio heroico de la forma legislativa y no exige que exista abuso de la personalidad jurídica, pues basta que la situación real de la sociedad –fines y organización- no corresponda con la prevista por la Ley para otorgar el referido tratamiento jurídico. Esta reforma legislativa, como más adelante aclara el autor, no es otra que la introducción del régimen de transparencia fiscal.

Esta construcción parte de la distinción entre el doble aspecto de la personalidad jurídica: externo e interno, La transparencia vendría a ser así el desconocimiento de la personalidad jurídica –externa- o titularidad formal, para adentrarse a los aspectos internos.

La mencionada distinción, entre personalidad jurídica –externa e interna, ha sido elaborada y expuesta con cierta amplitud por Alfonso de Cossio. Para este autor, el problema de la personificaciones un problema de carácter externo, que va íntimamente vinculado a la titularidad de los derechos y obligaciones, y en tal sentido, el ente colectivo aparece como un centro de imputación de relaciones jurídicas más que como una verdadera unidad de

poder, y la masa de sus derechos y de sus bienes, en cuanto están afectos a una determinada finalidad, viene a constituir su sustrato real y efectivo, frente al cual los individuos no significan más que meras corporaciones orgánicas que actúan a su servicio.

Frente a los extraños a la organización, y en sus relaciones con ellos, ésta aparece como una unidad individual que opera a través de sus órganos de representación y gestión, comportándose en tales relaciones como verdadero sujeto de derechos y deberes jurídicos, vinculando en ellas las responsabilidades de los bienes que constituyen su patrimonio. No se trata, entonces, de autonomía sino de representación orgánica, y los actos del órgano representativo son imputables directamente al ente colectivo que mediante ellos actúa, siempre que estos se mantengan dentro de los límites de su competencia.

De esta forma, lo que era en un principio meramente instrumental y secundario, se convierte en sustantivo, y frente a la persona jurídica perfecta, que supone a un mismo tiempo autonomía y patrimonio, coordinación y subordinación internas y responsabilidad exterior, surge la personalidad de Derecho Privado, que, según la feliz expresión de Affolter, tiene tan sólo personalidad hacia fuera, pero no personalidad hacia dentro.

En consecuencia, el profesor De Cossio distingue dos aspectos perfectamente diferenciados de la personalidad jurídica: Una personalidad inferior, fundada en la autonomía, elaborada en el campo del Derecho Público, y una personalidad exterior, fundada en la titularidad, fruto de la técnica del Derecho Privado... atribuimos a la personalidad jurídica, lo único que hacemos es atribuir la titularidad formal o personalidad externa. Queda siempre en pie la cuestión de determinar, en cada caso concreto, hasta qué punto a esa personalidad exterior reconocida corresponde también a una personalidad interior; en que medida existe un complejo de relaciones de coordinación y subordinación propiamente orgánico y superior a la voluntad de los individuos que integran la organización, pudiendo atribuirse a la misma, junto a la titularidad, la autonomía.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> DE COSSIO A. Hacia un Nuevo Concepto..., pág. 654

Partiendo de esta construcción, Albiñana entiende que sólo es completa (opaca) la personalidad que descansa en una organización que por su entramado (coordinación) y por la formación piramidada de voluntad (subordinación), pueda considerarse propiamente superior e independiente de sus miembros. Todas las demás entidades plurales –concluye– no consiguen otro reconocimiento legal que el de poder participar en el tráfico jurídico por medio de sus órganos y con proyección unitaria o singular, y este reconocimiento (personalidad jurídica externa o titularidad formal) carece de opacidad ante las exacciones impositivas.

### **c) Especial referencia al Derecho Tributario**

Esta concepción de la transparencia, como atributo de la personalidad jurídica, es recogida por el Derecho Tributario. Ya hemos expuesto en el epígrafe anterior, las consideraciones desarrolladas por el profesor Albiñana en este sentido. Más explícitamente, R. Illescas Ortiz afirma que la transparencia, que ha resultado ser uno de los puntos de apoyo de la reforma tributaria producida a lo largo del año 1978, aparece entendida como nuevo atributo de las personas jurídicas en cuya virtud éstas pierden su tradicional opacidad<sup>5</sup>. La idea aparece implícita incluso en algunas Resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central, en las que afirma que el acto de disolución de una sociedad, ya sea parcial o total, no supone, jurídicamente hablando, un acto de enajenación, sino meramente especificación de derechos, por cuanto los socios, si bien de manera ideal, ya eran propietarios de los elementos que forman parte del activo de la sociedad.

De modo análogo se plantea el tema en la literatura tributaria extranjera. Dentro de la doctrina francesa, Maurice Cozian propone una cuádruple clasificación fiscal de las sociedades, fundada sobre la imagen de la transparencia.

Las sociedades transparentes, que comprenden las sociedades de copropietarios y, en general, las sociedades de pluralidad.

---

<sup>5</sup> Consideraciones Privatistas Sobre el Régimen de Imputación Fiscal, Civitas número 21, p. 31

Las sociedades semitransparentes, que reagrupan el conjunto de sociedades de personas, las cuales tributan a través de del Impuesto Sobre la Renta.

Las sociedades traslucidas que corresponden a las sociedades de inversión, cuyo tipo básico es la S.I.C.A.V. (Sociedades de Inversión de Capital Variable).

Las sociedades opacas, por último constituidas por el conjunto de sociedades sometidas al Impuesto sobre Sociedades.

A los efectos de este trabajo, nos interesan fundamentalmente las sociedades semitransparentes, que vienen a corresponder a las sociedades transparentes en el Derecho Tributario Español, y que, a diferencia de las sociedades opacas, escapan al Impuesto sobre Sociedades, pero no se hace abstracción de la existencia de la sociedad, ni sus miembros son tratados como simples copropietarios.

En el Derecho Tributario Alemán, no se emplea el término transparencia, pero el concepto está presente en los supuestos de explotaciones comerciales o industriales (einkunfte aus Gewerbebetrieb), en los que quedan sujetos al Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas (Einkommensteuer) los miembros de las sociedades de hecho y de las sociedades de personas.

Por último, en la doctrina Italiana es frecuente el empleo del concepto, e incluso del término de transparencia, aunque con un mayor alcance que el que debe de atribuírsele en la vigente legislación española. En primer lugar, a menudo, la transparencia se predica no de la sociedad, sino de la renta obtenida por ésta (transparenza fiscale del reddito). Pero, además, el principio di trasparenza es una expresión que no se emplea únicamente para referirse al régimen de la sociedad de personas, cuya renta se grava a través del impuesto personal sobre la renta de cada socio, en proporción a su interés en la sociedad, sino también para explicar otros supuestos, más o menos análogos.



Así, se habla de il principio di trasparenza per le societa fiduciarie. Y también se recurre a la idea de transparencia en las associazione in partecipazione, cuyo régimen tributario se construye, en ciertos autores, de forma paralela al de las sociedades de personas. Asimismo, se aplica la idea de transparencia a la empresa familiar, proporcionalmente a su cuota de participación en la empresa, cuando tal cuota viene fijada antes del inicio del ejercicio financiero en escritura pública, o en escritura privada autenticada ante Notario, siempre que hayan sido, una y otra, suscritas por todos los partícipes. El legislador tributario, superando la controversia planteada en el campo privado sobre la naturaleza de la empresa familiar. Se pretende con esta norma evitar que: “al faltar una específica disposición fiscal, dada la relevancia puramente interna de la empresa familiar, el único poseedor de renta sea el cabeza de la familia, y todos los rendimientos que se integren en su base imponible, con la consiguiente elevación del tipo de gravamen.”<sup>6</sup>

### C) El denominado -Régimen de Transparencia Fiscal-

Con consideraciones expuestas hasta ahora, podemos adentrarnos en el examen del significado de la expresión -transparencia fiscal- en nuestro Derecho Positivo. En su sentido o significación actual, el término arranca de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal. Y aún en la preparación, discusión, y posterior promulgación, y comentario de la referida Ley, puede marcarse un tránsito de un concepto genérico a otro más específico de transparencia fiscal.

De la transparencia fiscal en sentido genérico, como principio común deseable en las relaciones entre la Hacienda Pública y los contribuyentes, tanto respecto al ingreso como con relación al Gasto Público, se habla en la Exposición de Motivos que precedió al proyecto de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, haciendo referencia a ese clima de sinceridad y transparencia fiscal, que se dice, permitirá de una parte distribuir con justicia los costes colectivos y de otra, sentar las bases sociales de la próxima reforma tributaria.

---

<sup>6</sup> FALCÓN Y TELLA, Ramón, Ob. Cit., pág.. 38.

Más adelante, en uno de los párrafos finales de la referida exposición de motivos se dice literalmente que un avance necesario y urgente en la línea de transparencia y sinceridad perseguido por la presente Ley se lleva a cabo mediante la regulación de ciertos supuestos de elusión típicos en las sociedades interpuestas.

Como se ve, se habla de sinceridad y transparencia como dos valores o aspiraciones ideales, en el ámbito de la práctica fiscal. Aunque el tema se concreta ya a Sociedades, mencionándose expresamente las interpuestas, y haciendo mención a la acumulación de beneficios en dichas entidades que, al no ser distribuidos, nunca llegan a tributar por el Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas.

A una mayor concreción respecto a la transparencia fiscal, con especial referencia a las sociedades, se llega en resumen explicativo de la Ley de 50/1977, de 14 de noviembre, publicado en el Ministerio de Hacienda Pública, y englobándose una serie de medidas muy heterogéneas, pero, sin embargo, el término (transparencia fiscal) se reserva especialmente para las medidas relativas a la elusión fiscal mediante sociedades, que contemplan fundamentalmente a las sociedades de inversión mobiliaria, a los supuestos de transmisión de inmuebles a través de sociedades, y a las plusvalías inmobiliarias obtenidas por sociedades extranjeras.

En realidad, el significado que debe de atribuirse al (régimen de transparencia fiscal) es en cierto sentido más reducido en cierto sentido más amplio. Es más reducido porque la denominada transparencia fiscal no hace referencia a un clima o ideal de sinceridad, sino a una concreta forma de tributación. Por otro lado, es más amplio porque el régimen de transparencia no se aplica únicamente a los supuestos que el legislador considera que son indicativos de evasión a través de la utilización de sociedades interpuestas, sino también, con carácter voluntario, a la generalidad de las sociedades, que cumplen ciertos requisitos en cuanto a número de socios y capital fiscal.

En sentido técnico, el régimen de transparencia supone (que la renta obtenida por una sociedad se traslada, íntegramente, a sus socios en la porción que les corresponda, según su participación social, y que esta renta, abstracción hecha del tributo societario, pasa a formar parte inmediatamente de la renta de cada socio individual, para tributar por el impuesto personal; la sociedad, como tal, no tributa, y todos sus rendimientos se traspasan, cualquiera que sea su naturaleza, a sus titulares individuales). o, en palabras del profesor Albiñana, (el régimen de transparencia fiscal sea obligatorio, sea optativo consiste en que la sociedad en transparencia fiscal no es gravada por el impuesto de Sociedades, y la proporción del beneficio o de la pérdida de la respectiva Sociedad será directa e indirectamente imputable a los socios aunque no se acuerde su distribución, y tal proporción será computada positiva o negativamente en el correspondiente impuesto sobre Sociedades, si se trata de una sociedad, y sobre la renta de las personas físicas, si se trata de una persona física).

De las dos definiciones recogidas, a título de ejemplo, y sin prejuzgar de momento si el ente transparente posee personalidad jurídica o no , se deduce el significado técnico preciso del denominado régimen de transparencia fiscal.

La expresión, sin embargo, ya era utilizada anteriormente con este significado. Desde nuestra antigua contribución sobre la renta, el termino (transparencia) era de habitual utilización Doctrinal para designar el fenómeno de atribución inmediata de los beneficiarios de las comunidades de bienes de las herencias yacentes a los comuneros y participes, sin posibilidad legal de constituirlos en reservas (a efectos de la imposición de los miembros de estas entidades), con la excepción, tardíamente reconocida, de la constitución del fondo de previsión para invertirse.

La Ley del Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas, cuyo artículo 12 regula la transparencia fiscal, no emplea, esta expresión. En cambio, la Ley 61/1978, de 27 de noviembre, reguladora del Impuesto de Sociedades, consagra en su artículo 19 el termino (Transparencia Fiscal), aunque limitando su alcance a las entidades con personalidad

jurídica, dejando fuera las comunidades de bienes, herencias yacentes y demás entidades del artículo 33 de la Ley General Tributaria.

La exposición de motivos de la mencionada Ley delimita el régimen de transparencia en los siguientes términos: (La noción de transparencia fiscal implica una negociación de la personalidad fiscal de determinado tipo de sociedades o asociaciones, lo que conlleva a la tributación del beneficio social tan sólo a nivel del socio. El fenómeno de la transparencia fiscal se desdobra en dos aspectos diversos: por una parte, sociedades personalistas y asociaciones sin fines de lucro, y, por otra, las sociedades interpuestas. En el primer caso, la transparencia fiscal trata de resolver el problema de la doble imposición. En el segundo, trata de personalizar la reducción de la imposición personal del contribuyente. En la legislaciones fiscales de numerosos países está reconocida la transparencia en los dos sentidos considerados....).

Glosando estas palabras, Salvador Bullón “distingue entre personalidad fiscal y personalidad jurídica, afirmando que (frente a la personalidad jurídica, de derecho privado, que supone titularidad o posibilidad activa de derechos y obligaciones, supone la fiscal posibilidad pasiva de ser susceptible de gravamen, o sujeto pasivo del tributo)”<sup>7</sup>. Con esta distinción explica el pretendido desconocimiento de la personalidad en los supuestos de transparencia, pues como (la posibilidad de ser sujeto de gravamen en el tributo de que se trate....Va unida a la titularidad o relación con el hecho imponible, resulta que, en síntesis, el legislador ... sustrae el hecho imponible de manos de la sociedad y lo atribuye o concreta en la personalidad del socio).

La entraña del proceso radica, en opinión de este autor, en considerar como si fueran de los socios los beneficios que la sociedad genera, mediante el sencillo procedimiento de presumir atribuidos a los socios los beneficios sociales en la misma proporción o cuota proporcional en que dichos socios participan en el capital de la entidad. (Como se ve, concluye que la personalidad fiscal de la sociedad desaparece: no se le considera ligada al

---

<sup>7</sup> BULLÓN, H. Salvador, *Ob. Cit.*, pág. 92

hecho imponible (beneficios producidos en la gestión social), sino que éstos se atribuyen a los socios, en la proporción dicha de la cuota social de cada uno de éstos en el capital de la entidad).

Estas reflexiones introducen una idea sugestiva que, en su lugar oportuno, desarrollaremos; la posibilidad de explicar jurídicamente el fenómeno de la transparencia fiscal al análisis del hecho imponible. Pero incurren, a la vez, en un grave error, consistente en afirmar la existencia de una personalidad jurídica fiscal distinta de la del Derecho Común, siendo, así que el concepto de persona, como concepto propio de la Teoría General, es unívoco y válido para todas las ramas del ordenamiento jurídico. Ciertamente, este enfoque viene propiciado por la exposición de motivos de la Ley, al afirmar que la noción de transparencia implica negar la personalidad fiscal de determinadas sociedades. Pero ni la definición de conceptos es tarea propia del legislador, ni la afirmación que comentamos aparece en el texto de la Ley, sino en el preámbulo, con lo que carece de todo valor vinculante para el intérprete. Con todo, el problema será examinar con mayor detenimiento en un capítulo posterior a este trabajo.

Recapitulando lo dicho hasta ahora, podemos concluir que el (régimen de transparencia fiscal) consiste en un 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 en estos supuestos, y estableciendo una serie de obligaciones accesorias, tanto a cargo de las citadas entidades como de los sujetos pasivos.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> FALCÓN Y TELLA, Ramón, *Ob.cit.*, pág. 46.

#### 4.1.2. ANTECEDENTES DEL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA

Una opinión generalizada sostiene el carácter novedoso del Régimen de Transparencia Fiscal, al ser introducido en nuestro ordenamiento positivo por la Ley del Impuesto Sobre la Renta de 1978. Tanto el proyecto de Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas como el del Impuesto sobre Sociedades, en sus respectivos preámbulos, presentan la transparencia como una novedad en el sistema tributario.

Sin embargo, como afirma Zurdo Ruiz-Ayúcar, existen antecedentes de la transparencia fiscal, que según este autor se introduce en nuestro sistema tributario con la Ley de Reforma de 11 de junio de 1964, aunque (la transparencia de 1964 fue un fracaso, resultante...más de la insidia doctrinal y de la confusión administrativa que de la pereza legislativa). Expondremos separadamente los antecedentes de la transparencia propia, necesaria y voluntaria y de la transparencia impropia.

##### **a) De la transparencia necesaria.**

El artículo 2º de la Ley de 26 de diciembre de 1958 sobre régimen jurídico-fiscal en las Sociedades de Inversión Mobiliaria, y el artículo 6º, del Impuesto sobre las Rentas del Capital, contenían ya dos exenciones cuya aplicación conjunta pretendía lograr, como pone de relieve Gota Losada, la (transparencia tributaria) de estas sociedades, es decir, que los rendimientos de los valores de su cartera tributasen como si pertenecieran a sus socios, sin interposición de la Sociedad; aunque dicho propósito no se logra de manera plena.

Asimismo, la Doctrina se refiere al artículo 38 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de Reforma Fiscal, en el que se ve (una transparencia parcial, sobre beneficios acumulados); y, en general, a los artículos 38 a 40 de dicha Ley, en los que se contienen normas tendientes a evitar la elusión fiscal mediante sociedades en los supuestos de sociedades de inversión mobiliaria, transmisiones de bienes inmuebles a través de

sociedades, y sociedades extranjeras sin establecimiento permanente titulares de bienes inmuebles que se enajenen.

Una cierta (similitud) con la transparencia presentan, según J. V. Pedraza Bochons, las presunciones de reparto de dividendos reguladas respecto al Impuesto sobre las Rentas del Capital, aunque no son un antecedente de la transparencia, pues ésta (no puede ser considerada como presunción) y, además, (el criterio teológico varía sustancialmente). También, se puede mencionar, a nivel de similitud, el artículo 20.1 del texto de la Ley del Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas de 23 de diciembre de 1967, que prevenía la atribución a los socios de signos externos que perteneciesen a entidades interpuestas.

Respecto a las entidades jurídicas constituidas para el ejercicio de una actividad profesional, el profesor Albiñana opina que (las actividades profesionales propiamente entendidas han de ser realizadas por los profesionales propiamente entendidas han de ser realizadas por los profesionales a tal fin titulados o autorizados. Luego las aludidas entidades jurídicas no realizan actividades lucrativas y sí, solo, actúan para la realización en común de los gastos de los respectivos profesionales), por lo que “aún antes de la reforma tributaria...era de aplicación a estas entidades jurídicas el tratamiento de transparencia...”

#### **b) De la transparencia voluntaria**

El Derecho Tributario Español ha conocido, y conoce, diversas técnicas con la misma finalidad que la transparencia voluntaria: evitar la doble imposición económica de los dividendos. Asimismo, según Zurdo, el artículo 14.3 del Impuesto General de la Renta de las Personas Físicas (texto de 1967) precisamente (lo que evitar es la doble imposición económica e imponer un régimen de transparencia). Pero, este artículo se refiere a entidades sin personalidad, y, además, aunque existen preceptos con una orientación teológica similar a la de la transparencia, ninguno establece esta régimen, al menos con

carácter opcional. En consecuencia, cabe afirmar la radical novedad que la transparencia voluntaria supone en nuestro ordenamiento.

### **c) Antecedentes de la transparencia impropia**

En relación con la transparencia impropia existen antecedentes numerosos, y no solo a nivel de similitud.

El artículo 108 de la Ley de Reforma Tributaria de 1964, desarrollado por orden ministerial de 20 de abril de 1966, disponía que (cuando diversas personas, sean físicas o sociedades o entidades jurídicas, se asocien para la realización de alguna actividad en común que favorezca el ejercicio de la propia, sin llegar a constituir una personalidad jurídica independiente, disfrutarán de la exención de Impuesto sobre Sociedades las asociaciones así constituidas, al amparo de las normas que sobre el particular dicte el ministerio de Hacienda, siempre que cada una de las personas físicas y sociedades tributen efectivamente por el impuesto general o a cuenta que les pueda corresponder).

Pero, sobre todo, nos interesa el artículo 112. 7 de la citada Ley de Reforma Tributaria (art. 14.3 del texto de 23 de diciembre de 1967), que ha sido reproducido casi literalmente en el artículo 12.1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En el se establece que (los ingresos computables, correspondientes a las sociedades civiles, herencias yacentes, comunidades de bienes y además entidades a que se refiere el artículo 33 de la Ley General Tributaria, se atribuirán a los socios, herederos, comuneros y participes, respectivamente, según la norma aplicable en cada caso, y si ésta no constare a la Administración en forma fehaciente, se atribuirán por partes iguales).

El escaso eco que este precepto tuvo en la Doctrina y en la aplicación práctica del tributo ha sido estudiado con todo detalle por Zurdo Ruiz-Ayúcar. La razón fundamental de ello fue la errónea colocación de este artículo, entre las normas del sujeto pasivo.



La Ley de 1964 sometía a la tributación a las (sociedades, entidades jurídicas, comunidades, explotaciones, asociaciones y demás empresas denominadas sociedades y entidades jurídicas). Determinando el ámbito de aplicación, entraba en juego el artículo 112 que regulaba la determinación de la base imponible como diferencia entre ingresos computables y gastos fiscalmente deducibles, en relación con las personas físicas. El apartado 7 ordenaba, a estos efectos, (computar) los ingresos correspondientes a sociedades civiles, comunidades de bienes y demás entidades sin personalidad. Estas entidades se sometían al Impuesto sobre Sociedades para determinar su base, pero, llegado este momento, el rendimiento no debía quedar gravado por aquel impuesto, como sostenían los comentaristas, sino que debía (atribuirse) a los socios partícipes, en la proporción correspondiente, como ordenaba la Ley. Existía, por tanto, aunque no se aplicó, un sistema de transparencia similar a la actual transparencia similar a la actual transparencia impropia, con la única diferencia de que para determinar la renta imputable se acudía a las normas del Impuesto sobre Sociedades.

Al sistematizar el Texto del Impuesto General sobre la Renta de Personas Físicas, sólo se establecieron en el artículo 16, tres categorías de ingresos computables (correspondientes a impuestos en cuenta) con dos únicas excepciones, plusvalías e ingresos foráneos. El artículo 112.7 de la Ley de Reforma Tributaria quedó descolgado en el artículo 14.3, separado de su sentido inicial que ordenaba computar estos rendimientos en la base, y asimilado, dentro de las normas dedicadas a los sujetos pasivos, a la (imputación de ingresos computables) que tenía lugar en el seno de la sociedad conyugal. Este error de coacción sistemática se reproduce en el actual artículo 12.1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas, como ya hemos puesto de relieve, aunque esta vez sin las mismas consecuencias interpretativas, debido a que queda claramente establecida la no sujeción de las entidades sin personalidad al Impuesto sobre Sociedades.

Finalmente, dentro de los antecedentes de la transparencia impropia, hay que tener en cuenta que: “el principio de transparencia se recoge en el Impuesto extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas, en relación con las entidades sin personalidad”.<sup>9</sup>

#### 4.1.3. CLASES DE TRANSPARENCIA

Una vez delimitado el alcance del régimen de transparencia, hay que poner de manifiesto que, en realidad, no existe una figura única, sino múltiples figuras de transparencia, que en atención a sus varias características se agrupan en tipos que es preciso conocer.

La tipología de la transparencia puede trazarse desde muy diferentes tipos puntos de vista. En primer lugar, según que la entidad transparente esté dotada o no de personalidad, distinguiremos la transparencia propia de la impropia. En segundo lugar, la transparencia puede venir impuesta necesariamente por la Ley, o ser elegida voluntariamente dentro de ciertos requisitos. En tercer y último lugar, cabe distinguir los supuestos regulados por la Leyes propias de los Impuestos sobre la Renta, esto es, la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la Ley del Impuesto sobre Sociedades (y disposiciones complementarias), de aquellos otros supuestos para los que se ha dictado una normativa especial.

La pluralidad de tipos señalados, no destruye, sin embargo, la unidad conceptual de la figura, la cual, fundamentalmente, sigue siendo idéntica en cada una de sus clases.

Se ha discutido no obstante, la posibilidad de configurar la que denominamos (transparencia impropia) como un verdadero supuesto de transparencia realmente, si se partiera para definirla transparencia de la idea de desconocimiento de la personalidad jurídica, la unificación conceptual resultaría difícil, por no decir imposible. Pero no ocurre así arrancando del análisis del hecho imponible.

---

<sup>9</sup> FALCÓN Y TELLA, Ramón, *Ob. Cit.*, pág. 84

La unidad fundamental de las distintas clases de transparencia no equivale, sin embargo, a la posibilidad actual de un tratamiento conjunto. Esta puede ser la meta del trabajo legislativo, y puede presidir todo tipo de consideraciones ( de lege ferenda), pero no refleja la situación actual. La variedad de tratamiento positivo exige, en efecto, un estudio separado de los supuestos especiales, por un lado, y de los supuestos generales por otro, y dentro de éstos, de la transparencia propia y de la impropia. En el presente trabajo prescindimos de un examen detallado de los supuestos especiales. A la transparencia propia (necesaria y voluntaria) y a la transparencia impropia dedicamos sendos capítulos en la última parte del estudio.

#### **A) Transparencia Propia e Impropia**

La primera distinción que se debe efectuar responde al criterio de que el ente transparente tenga o no personalidad jurídica. En el primer caso se trata de transparencia propia; en el segundo de transparencia impropia.

Así, según la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, son supuestos de transparencia propia:

Las sociedades de inversión mobiliaria cuyas acciones no sean de cotización calificada, las sociedades de cartera, y las sociedades de mera tenencia de bienes, cuando se dé cualquiera de las circunstancias siguientes:

- a) Que más del 50 por 100 del capital social pertenezca a un grupo familiar.
- b) Que más del 50 por 100 del capital social pertenezca a diez o menos socios, siempre que ninguno de ellos sea persona jurídica de Derecho Público.

Las entidades jurídicas constituidas para el ejercicio de una actividad profesional en las que todos sus socios sean profesionales de dicha actividad.

Todas las demás sociedades, cualquiera que sea su forma o actividad, siempre que opten por la transparencia, cuando reúnan los dos requisitos siguientes:

- a) No exceder de veinticinco socios en cualquier fecha del ejercicio social.
- b) Tener un capital fiscal inferior a cien millones de pesetas.

En cambio, son supuestos de transparencia impropia las sociedades civiles, herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades a que se refiere el artículo 33 de la Ley General Tributaria.

La Ley del Impuesto sobre Sociedades acoge esta distinción, aunque no hace referencia a los supuestos de transparencia impropia, debido a que las entidades sin personalidad no están sujetas al Impuesto de Sociedades, al menos según el tenor literal de la Ley, aunque la cuestión no es tan simple como a primera vista pudiera parecer. En cambio, el Reglamento de este impuesto, de 15 de octubre de 1982, regula tanto la transparencia propia como la impropia.

Se ha afirmado como ya mencionamos, que los supuestos de transparencia impropia no son en realidad casos de transparencia.

Entre otros, Albiñana, aunque en alguna ocasión ha incluido a las entidades sin personalidad entre los supuestos de transparencia, entiende que no hay verdadera transparencia, pues, aunque (no existiera disposición tributaria aplicable, éste y otro sería el régimen a aplicar).

En efecto, el artículo 12.1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas resulta, a primera vista, superfluo. En él se mencionan, como ya se ha dicho, las entidades

del artículo 33 de la Ley General Tributaria, y este artículo, como ha puesto de relieve el profesor Sainz de Bujanda en un conocido trabajo dedicado al tema, tiene una eficacia puramente didáctica u orientadora. En definitiva, se limita a recordar al legislador la posibilidad de que en futuras Leyes atribuya la consideración de sujetos pasivos del tributo a las entidades que reúnan las características del artículo 33. (Lo que en el establece...es que ciertas entidades que carecen de personalidad jurídica podrán tener la consideración de sujetos pasivos si existen Leyes tributarias que así lo establezcan. Es obvio que semejante declaración no tiene eficacia operativa alguna, dado que se limita a señalar la posibilidad lógica de que determinadas entidades sean sujetos pasivos del tributo, aún cuando carezcan de personalidad jurídica, pero no señala en forma preceptiva cuáles son las entidades que en cada tributo pueden tener la expresada consideración, ni tampoco contiene un mandato de tipo general conforme al cual toda entidad que reúna las características enunciadas en el artículo 33 pueda ser considerada sujeto pasivo de cualquier impuesto, salvo exclusión expresa contenida en la Ley que lo regule).

Por ello, el profesor Albiñana la siguiente clasificación de los supuestos que nos ocupan.

Por un lado, los supuestos que nosotros hemos denominado de transparencia propia, bajo la rúbrica de (imputación obligatoria u optativa por la transparencia fiscal).

En segundo lugar, las entidades colectivas sin personalidad jurídica, para las que reserva la expresión (imputación ineludible), ya que estas entidades (no están sujetas al Impuesto de Sociedades. Por tanto, los beneficios o rendimientos en ellas generados han de imputarse a sus partícipes de modo directo, inmediato o mecánico, sin tener que acudir al mecanismo de transparencia fiscal).

Por último, se refiere a la ( imputación por transparencia fiscal en razón de la forma societaria), anotando que, (como las sociedades civiles disfrutan de personalidad jurídica, estamos ante un supuesto de transparencia fiscal..., pero no en consideración a su

dimensión, comportamiento societario, etc., sino en mérito a su condición de sociedad civil).

La postura mayoritaria también excluye del concepto de transparencia los supuestos que hemos denominado de transparencia impropia. Para J. G. Recio Adrados, (a pesar de su ubicación...no corresponde a un supuesto de transparencia, sino más bien a un criterio de distribución simple de bases, sin novedad alguna en la normativa vigente). En el mismo sentido, entre otros, Julián Cervera opina que (no se trata de un caso de transparencia propiamente dicha, ya que ésta presupone, en primer lugar, la existencia de un ente gravado por el Impuesto sobre Sociedades, para, posteriormente, no sujetarlo a dicho gravamen, sino declararlo transparente, imputando directamente sus resultados positivos o negativos a sus socios o partícipes).

Frente a esta opiniones, hemos de hacer una serie de matizaciones. Por un lado, de un atento examen del artículo 12.1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas resulta que el legislador no pretende establecer ningún tipo de distinción las (sociedades civiles) y (demás entidades carentes de personalidad jurídica. Ciertamente, las sociedades civiles adquieren personalidad, salvo que sus pactos se mantengan secretos entre los socios, pero la solución de la aparente contradicción en que incurre el legislador debe buscarse, en nuestra opinión, a través de una interpretación correctiva del término (sociedad civil), lo que resulta más conforme con el espíritu de precepto que comentamos, dada su colocación sistemática entre los supuestos de transparencia impropia.

Por otra parte, entendemos que los supuestos del mencionado artículo 12.1 caben en el concepto de transparencia, tal como lo hemos delimitado. Obviamente, si se parte, como es común, de que la transparencia supone desconocimiento de la personalidad jurídica, está afirmación resultaría difícil de sostener. Pero, en nuestra opinión, el régimen que estudiamos no implica desconocimiento de la personalidad jurídica, ni en los supuestos de transparencia propia como es obvio. Además, las entidades del artículo 33 son consideradas de forma unitaria por el legislador, tanto tributario como civil, independientemente de que,

según establezca la Ley propia de cada tributo, asuman o no la condición de sujetos pasivos.

Así pues, en todo caso (transparencia propia e impropia), hay un ente colectivo (dotado de personalidad o no) que es considerado de forma unitaria por el Derecho y que obtiene renta, aunque no realiza, por ello el hecho imponible del Impuesto sobre Sociedades, mientras que sus miembros si realizan el hecho imponible de su respectivo impuesto personal. En resumen, tanto los supuestos del número 1 como de los números 2 y 3 del artículo 12 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas pueden ser considerados como supuestos de transparencia.

Si las comunidades de bienes, herencias yacentes y demás entidades carentes de personalidad jurídica reúnen los requisitos del concepto de transparencia tal como lo hemos delimitado, ¿dónde radica entonces la impropiedad de esta clase de transparencia?. La respuesta es bien simple. De un estudio detallado de la Ley y del Reglamento se deduce una radical separación entre el régimen de transparencia impropia (denominada –de atribución de rentas-) y el régimen de transparencia de sociedades. Esta diferencia de tratamiento está latente en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se afirma con la omisión que la Ley del Impuesto sobre Sociedades hace de los supuestos de transparencia impropia, y se acentúa con la interpretación que la Administración lleva a cabo, tanto a través de los Reglamentos como de las contestaciones vinculantes a las consultas formuladas en esta materia.

Esta profunda diferencia de regulación positiva supone un giro radical en el tratamiento de las entidades sin personalidad, que hasta ahora, pese a los grandes escollos dogmáticos se trataban de equiparar a las personas jurídicas. Constituye uno de los más graves defectos del régimen de transparencia fiscal, y supone prescindir de los laboriosos esfuerzos doctrinal y de las conclusiones a que la ciencia jurídica había llegado en el camino seguido hasta la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Por ello, pese a la unidad

fundamental de ambas clases de transparencia, no cabe en la actualidad un tratamiento conjunto, que, sin embargo, puede y debe ser la meta del trabajo legislativo.

## **B) Transparencia Voluntaria y Necesaria**

Una segunda distinción es la que puede establecerse entre transparencia voluntaria u optativa y necesaria o forzosa. La naturaleza jurídica es similar (ambas son indiscutiblemente supuestos de transparencia, con la única diferencia de su origen voluntario y legal, respectivamente), aunque el fundamento es totalmente distinto en uno y otro caso. La regulación positiva, con la salvedad relativa al régimen de la opción en los supuestos de transparencia voluntaria, también es uniforme.

El criterio de distinción es ahora la naturaleza del acto por el que la transparencia, o imputación de rendimientos, se produce. La transparencia necesaria tiene lugar por ministerio de la Ley. La transparencia voluntaria surge como consecuencia de una decisión de los miembros de la entidad, cuyos beneficios son objeto de imputación.

Esta clasificación surge tanto de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas como de la Ley Reguladora del Impuesto sobre Sociedades. Según la Exposición de Motivos de esta última, (el fenómeno de la transparencia fiscal desdobra en dos aspectos diversos: por una parte, sociedades personalistas y asociaciones sin fines de lucro y, por otra, las sociedades interpuestas. En el primer caso, la transparencia fiscal trata de resolver el problema de la doble imposición. En el segundo, trata de penalizar la reducción de la imposición personal del contribuyente).

(En las legislaciones fiscales de numerosos países está reconocida la transparencia en los dos sentidos considerados. Pero mientras que las normas aplicables a las sociedades de personas y entidades sin fin de lucro suele ser de carácter opcional para el contribuyente, las que se refieren a sociedades interpuestas o a evitar prácticas semejantes de evasión fiscal son, en general, de carácter sancionador).



(El fenómeno de la transparencia se recoge, por primera vez en nuestro Sistema Fiscal, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. El proyecto de Ley se coordina con el citado impuesto y recoge y desarrolla el principio de la transparencia fiscal. Además lo recoge en los dos aspectos anteriormente mencionados. Como sociedades interpuestas se aplica a determinadas sociedades de inversión mobiliaria y a determinadas sociedades que tienen por objeto social la mera tenencia de bienes, a quienes la transparencia fiscal se les aplica con carácter imperativo. Como sociedades de personas incluyendo como tal, a estos efectos, incluso las sociedades anónimas y limitadas de reducido número de socios o de reducido capital y a entidades que no persiguen fines de lucro se les da la opción para tributar en el régimen de transparencia fiscal. Evidentemente, las sociedades interpuestas citadas, en todo caso, y las personas, cuando ejerciten su derecho de opción, no tributan por el Impuesto sobre Sociedades).

La Exposición de Motivos da a entender que los supuestos de la transparencia necesaria son los de sociedades interpuestas, y los de transparencia voluntaria, los de sociedades de personas, dejando aparte de momento las entidades sin fin de lucro, a las que nos referiremos en epígrafe siguiente. Pero del examen de los preceptos legales se deduce que:

La Ley no da un concepto de sociedades interpuestas. La idea de evasión fiscal mediante sociedades estuvo, sin duda, presente en la mente del legislador al determinar los supuestos de transparencia necesaria, pero no trasciende al Derecho Positivo. En concreto, estos supuestos son:

- a) En primer lugar, todos los casos de transparencia impropia, aunque en estos casos, el fundamento no es evitar la elusión.
- b) En segundo lugar, dentro ya de la transparencia propia, las sociedades de inversión mobiliaria, cuyas acciones no sean de cotización calificada, las sociedades de cartera y las sociedades de mera tenencia de bienes cuando el 50 por 100 del capital social pertenezca a un grupo familiar, o a diez o

menos socios, siempre que ninguno de ellos sea persona jurídica de Derecho Público.

- c) En tercer lugar, las entidades jurídicas constituidas para el ejercicio de una actividad profesional en las que todos sus socios sean profesionales de dicha actividad.

En cuanto a la transparencia voluntaria, resulta que quedan sometidas a este régimen, no las sociedades de personas, como afirma la exposición de motivos y ocurre en Derecho comparado, sino, siempre y cuando ejerciten su derecho de opción de tiempo y forma, todas las demás sociedades (de personas o de capitales), cuyo número de socios no exceda de 25 en cualquier fecha del ejercicio social y que tengan un capital fiscal inferior a cien millones.

Un sector de la doctrina ha puesto de relieve que aunque hablemos de un régimen de imputación forzosa, siguiendo la normativa legal y dentro de los requisitos señalados en la misma, es deducible lógicamente que en la aplicación práctica, y visto desde el ángulo del contribuyente, este régimen será en un a buena medida discrecional, puesto que existe la posibilidad de salvar la obligatoriedad mediante la modificación de las participaciones sociales para situar las fuera de los límites... (ya expresados), así como la estructura de inversión de su capital social. Por ello, desde este punto de vista, se tratará siempre en el terreno de la práctica de adoptar por estas sociedades la decisión que pueda serles fiscalmente más favorable, como técnica de opción.

Resulta paradójico que un régimen, el de transparencia necesaria, cuyo fundamento es evitar la elusión mediante sociedades, haya sido delimitado de tal forma que resulte de hecho opcional. Ello no es obstáculo, evidentemente, para mantener la clasificación que analizamos, pues, aunque sea discutible si en la práctica la transparencia resulta forzosa en algún caso, jurídicamente no cabe duda de que hay supuestos, perfectamente delimitados, imperativos, por un lado, y voluntarios por otro.

Sin embargo, en la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el carácter imperativo u opcional de la transparencia fue un tema discutido.

Una enmienda de la minoría catalana proponía una nueva redacción del artículo 12 en la que se suprimiera la imputación obligatoria de rendimientos a los socios en los casos de sociedades de inversión mobiliaria y en las de meras tenencias de bienes. Prevalció el criterio de la ponencia, contrario a la implantación del sistema con carácter puramente opcional. En sentido inverso, la enmienda número 8, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, proponía que el carácter imperativo de la transparencia se extendiera a los supuestos del apartado 3 del artículo 12, alegando (que es adecuado que a estas sociedades se les aplique el régimen establecido en el apartado 2 por razones de su normal semejanza con los supuestos de dicho apartado). La ponencia estimó, por unanimidad, que (el régimen de imputación de beneficios para las sociedades comprendidas en el proyecto debe tener carácter puramente opcional y no obligatorio, dado que se trata de una novedad en nuestro régimen tributario que debe de ser ensayada con cautela....).

Desde otro punto de vista puede plantearse el problema de la posible discriminación entre las sociedades necesariamente transparentes y las sociedades no transparentes (y que no pueden optar por la transparencia). En los supuestos de transparencia voluntaria no se plantearía el problema, o al menos no con la misma intensidad, pero dado el fundamento del régimen resultaba una consecuencia necesaria el carácter imperativo de la transparencia en determinados supuestos.

### **C) Supuestos Especiales**

Hasta ahora hemos venido refiriéndonos a los que denominamos supuestos generales de transparencia, que son los únicos contemplados en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La Ley Reguladora del Impuesto sobre Sociedades, en cambio, introduce en su artículo 19, dos b), un nuevo supuesto de transparencia, el de las

asociaciones, asociaciones temporales de empresas y las cooperativas, cuando las mismas se consideren beneficiosas para la economía española. Estas entidades podrán optar por el régimen de transparencia, con los trámites, requisitos y condiciones que señale la legislación especial.

Este nuevo supuesto de transparencia no deja de planear numerosas dudas e incertidumbres doctrinales. Sin embargo, un estudio pormenorizado del problema excede los límites propuestos en este trabajo, por lo que únicamente realizaremos aquí unas consideraciones de tipo general, prescindiendo del tema en los capítulos posteriores.

La regulación de estos casos de transparencia se remite, como hemos dicho, a la legislación especial, que será encargada de regular los (trámites, requisitos y condiciones) de esta peculiar forma de transparencia opcional, si bien sus efectos genéricos serán, en principio, los mismos que para los demás entidades transparentes.

Respecto a las agrupaciones temporales y uniones de empresas, hay que tener presente la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de las sociedades de desarrollo industrial regional, cuyo artículo 6º considera sujetas al Impuesto sobre Sociedades a las agrupaciones de empresas, a las que, no obstante será aplicable el régimen de transparencia fiscal, cuando se hallen inscritas en el Registro Especial que al efecto llevará el ministerio de Hacienda. Disposición similar contiene el artículo de la mencionada Ley respecto a las uniones temporales de empresas.

En relación a las cooperativas la Disposición transitoria quinta de la Ley Reguladora de la Ley sobre Sociedades dispone que (en tanto no se promulgue una nueva legislación especial sobre cooperativas, las cooperativas fiscalmente protegidas y las de segundo grado podrán acogerse al régimen de transparencia fiscal previsto en el artículo 19, apartado 2, de esta Ley). La Orden de 14 de Febrero de 1980, en su apartado V, contiene las normas oportunas sobre la aplicación del régimen de transparencia fiscal a estas entidades.

Nótese que el citado artículo 19.2 b) de la Ley Reguladora del Impuesto sobre Sociedades establece que las entidades que estamos comentando (podrán optar) por el régimen de transparencia fiscal, lo que, (a sensu contrario) supone que, si no optan, tributan por el Impuesto sobre Sociedades. Sin embargo, el artículo 4º de la Ley, sólo considera sujetos a las personas jurídicas cualidad que no ostentan las entidades mencionadas, salvo las cooperativas.

Por ello no resulta enteramente correcto afirmar que el régimen de transparencia fiscal (consigue una delimitación más clara, en función del sujeto pasivo, de los campos de aplicación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre Sociedades).

Ciertamente, la delimitación de ambos impuestos se hace fundamentalmente en base al sujeto pasivo. Las personas jurídicas son, en caso de obtener renta, sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades. Las personas físicas son, en caso de obtener renta, sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Sin embargo, esta delimitación así hecha exige ciertas precisiones complementarias.

En primer lugar, en los supuestos que hemos denominado de transparencia propia, existe una persona jurídica que obtiene renta y, sin embargo, no es sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades. En segundo lugar, y este es el caso que ahora nos interesa, la regla general que acabamos de enunciar se ve excepcionada en la propia Ley del Impuesto, debido a la contradicción existente entre el artículo 4º y el artículo 19 ya mencionados. La línea interpretativa más adecuada para superar esta contradicción es entender que al lado de las personas jurídicas, son también sujetos pasivos de la Ley del Impuesto sobre Sociedades determinadas entidades carentes de personalidad jurídica, son también sujetos pasivos de Impuesto sobre Sociedades determinadas entidades carentes de personalidad jurídica, tales como las agrupaciones y uniones temporales de empresas. Así lo viene entendiendo la Administración, para la cual (frente a la norma general del artículo 4º de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, que establece el principio de sujeción al impuesto de los sujetos pasivos

con personalidad propia, la Ley extiende el ámbito de su aplicación en los casos específicos que anuncian expresamente, tal sucede con las asociaciones, agrupaciones temporales y las uniones temporales de empresas citadas en el artículo 19.2, b) que no tienen reconocida personalidad propia e independiente de las entidades que las constituyen, y los fondos de inversión mobiliaria referidos en el artículo 24.2 a). La coherencia interna de los preceptos legales quedaría quebrantada si la interpretación de la Ley se realizara sin tener en cuenta el conjunto de su articulado, de tal forma que cabe definir que son sujetos pasivos del impuesto los enunciado en el artículo 4º y demás entidades que por su peculiar característica el legislador las incluye expresamente al regular su régimen tributario en el ámbito de la imposición directa ). La Ley 18/1982, de 26 de mayo, sin derogar el artículo 4 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, consagra explícitamente la interpretación mantenida por la Administración, en relación con las agrupaciones y uniones temporales, de empresas. En la misma línea, el artículo 13 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades afirma que: “(además (de las personas jurídicas), tendrá la consideración de sujeto pasivo cualquier otra entidad a la que las Leyes reconozcan dicha utilidad). La consideración de sujeto pasivo de estas entidades, al carecer de personalidad jurídica, ha de hacerse en el sentido del artículo 33 de la Ley General Tributaria.”<sup>10</sup>

## **4.2 LA UNIDAD ECONÓMICA**

### **4.2.1. Concepto.**

La unidad económica la define Johnson Okhuysen como: “La unión de dos o más personas con la finalidad económica y sin la creación de una persona jurídica independiente”.

Dentro del proyecto de reforma al Código Fiscal de la Federación de la Iniciativa de Reforma Fiscal Integral, en el artículo 1o. a la unidad económica se le define como el:

---

<sup>10</sup> FALCÓN Y TELLA, Ramón, *Ob. Cit.*, pág. 50

“Conjunto de personas que realicen actividades empresariales con motivo de la celebración de un convenio, cuando como consecuencia del mismo no surja una persona moral diferente de los contratantes en los términos del derecho común. Las unidades económicas tendrán personalidad jurídica para los efectos del derecho fiscal y se considerarán, para efectos fiscales, residentes en México cuando en este país tengan su domicilio.”

#### **4.2.2. Antecedentes.**

##### **1. Código Fiscal de la Federación de 1939.**

Desde el primer Código Fiscal de la Federación que data desde el 30 de diciembre de 1938, se regularon las unidades económicas como sujetos pasivos del crédito fiscal. En este contexto, en su artículo 20 se definía al sujeto o deudor de un crédito fiscal como: “la persona física o moral que, de acuerdo con las Leyes, está obligada de una manera directa al pago de una prestación determinada al fisco federal”.

Asimismo, en su artículo 21, se determinó quiénes tendrían la calidad de sujeto, regulando a las unidades económicas, según la disposición siguiente:

“Artículo 21. La calidad de sujeto o deudor de un crédito fiscal puede recaer: ...

- V. Sobre cualquier agrupación que aun sin tener personalidad jurídica, constituya una unidad económica diversa de la de sus miembros. Para la aplicación de las Leyes Fiscales, se asimilan estas agrupaciones a las personas morales mencionadas en la fracción III de este artículo.”

De esta manera, se observa que las unidades causaban impuestos federales conforme al régimen de personas morales, sobre los supuestos que cada Ley impositiva especial estableciera.

## **2. Código Fiscal de la Federación de 1967.**

En diciembre de 1966 el Congreso de la Unión aprobó la expedición de un nuevo Código Fiscal de la Federación que empezó a regir, según el mandato del propio Congreso a partir del día 1o. de abril de 1967.

En este Código, respecto de las unidades económicas, se estableció:

“Artículo 13.-Sujeto pasivo de un crédito fiscal es 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.

También es sujeto pasivo cualquiera agrupación que constituya una unidad económica diversa de la de sus miembros. Para la aplicación de las Leyes Fiscales, se asimilan estas agrupaciones a las personas morales.”

En el informe razonado al Secretario de Hacienda de la Comisión Redactora de este Código Fiscal de la Federación se comentó:

Para definir a los sujetos se consideró suficiente el texto propuesto en el primer párrafo del artículo 13 y superfluo el contenido del artículo 21 del Código anterior ya que, para el derecho positivo, no interesa saber quiénes pueden llegar a tener la calidad de sujetos pasivos, sino quiénes, en efecto, son sujetos de cada impuesto, conforme lo determinan las Leyes respectivas, sin que sea adecuado que el Código pretenda limitar u orientar al legislador a este respecto.



La agrupación que “aún sin tener personalidad jurídica constituyen una unidad económica, diversa de la de sus miembros” se siguen considerando como sujetos de créditos fiscales; pero como las relaciones fiscales son relaciones jurídicas y éstas sólo pueden establecerse entre personas, se ha prescindido de la frase “aún sin personalidad jurídica”. Por otra parte, el texto anterior y el actual asimilan estas agrupaciones a las personas jurídicas. Este Código mantuvo sin cambios importantes la asimilación de las unidades económicas a personas morales.

### **3. Ley del Impuesto sobre la Renta de 1965.**

Bajo la Presidencia de Gustavo Díaz Ordaz se publicó en el Diario Oficial del 31 de diciembre de 1964 la primera Ley del Impuesto sobre la Renta de tipo global, la cual designó expresamente como sujetos del impuesto a las unidades económicas, para estos efectos el artículo 3o. de la Ley citada establecía:

“Artículo 3o. Son sujetos del impuesto cuando se coloquen en alguna de las situaciones previstas en esta Ley: ...

III. Las unidades económicas sin personalidad jurídica, sólo en los casos en que esta Ley prevenga se grave en conjunto al ingreso de las mismas unidades económicas.”

Esta Ley también hizo alusión al domicilio de las unidades económicas:

“Artículo 4o. Se considerará como domicilio de los contribuyentes, para los efectos de esta Ley: ...

II. En los casos de personas morales o cualesquiera unidades económicas sin personalidad jurídica, el lugar donde se establezca la administración principal del negocio.”

Asimismo, la Ley en comento estableció en concordancia con el artículo 3o., los casos en que las unidades económicas eran sujetos del impuesto.

Otro aspecto relevante a comentar, es sin duda la controversia que se presentaba respecto de si cuentan o no las unidades económicas con personalidad jurídica, sin embargo, con fecha 17 de junio de 1980 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Reglamento del Registro Nacional de Causantes, que inició su vigencia el 1º. de octubre de ese mismo año.

En su artículo 1o. se estableció, que las personas físicas y morales y las unidades económicas obligadas a inscribirse en el Registro Federal de Causantes en los términos del artículo 93 del Código Fiscal de la Federación, deberían presentar su solicitud de inscripción y los siguientes avisos de:

- 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.

Asimismo, deberían presentar aviso de cambio de la actividad preponderante y sobre la apertura o cierre de establecimientos o locales que se utilicen como base fija para el desempeño de servicios personales independientes, en los términos del artículo 12 de ese Reglamento.

De lo anterior se desprende que al obligarse a las unidades económicas a darse de alta en el Registro Federal de Causantes, se les otorgaba un aparente reconocimiento de personalidad jurídica.

## **I. Desaparición de la Regulación de las Unidades Económicas.**

Mediante la “Ley que establece, reforma, adiciona, deroga diversas disposiciones fiscales,” publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1980, se derogó el segundo párrafo del artículo 13 del Código Fiscal de la Federación de 1967, eliminando la referencia que se hacía a las unidades económicas.

Siguiendo este criterio, la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente publicada el mismo día, dejó de considerar a las unidades económicas como sujetos del impuesto, asimismo, esta Ley incorporó los artículos 8o. y 9o., en los que se estableció el tratamiento fiscal para la asociación en participación y el fideicomiso, respectivamente.

Esta Ley, al eliminar a las unidades económicas como sujetos del impuesto sobre la renta y no establecer reglas para los efectos del cumplimiento de obligaciones fiscales para su liquidación, creó una gran confusión al respecto, no obstante que estableció normas que regulan únicamente a dos figuras jurídicas que pudieran haberse considerado como unidades económicas.

Esta modificación también tuvo como consecuencia que figuras jurídicas que podrían constituir unidades económicas, como la copropiedad, la aparcería, la sociedad conyugal y otras innominadas, dejaron de ser sujetos del impuesto se gravaran con cargas fiscales más elevadas, como en el caso de los fideicomisarios en su calidad de personas físicas.

## **II. Unidad Económica en otros Países.**

En este apartado se exponen brevemente las formas en que diversos países gravan a las entidades consideradas “transparentes”:

## 1. Alemania.

La figura transparente más común es la llamada *silent partnership*, definida como aquella en la cual, una persona participa en una empresa comercial aportando al propietario de la misma recursos económicos o materiales, recibiendo por dicha aportación una parte de las ganancias y pérdidas anuales de la misma.

El tratamiento fiscal de estas entidades es dado por el tipo de impuesto a pagar en cada caso concreto, de tal manera que para efectos de impuestos como el IVA y la retención al salario de sus trabajadores y de impuestos locales como el de adquisición de inmuebles, se considera que las mismas son contribuyentes distintos a sus asociados.

Para efectos del Impuesto sobre la Renta, las *silent partnerships* son consideradas como entidades transparentes tanto en el caso de que todos los asociados sean residentes como cuando la entidad en cuestión cuenta con asociados no residentes en ese país.

En el caso de que los asociados sean residentes en Alemania el tratamiento fiscal aplicable dependerá de si se trata de personas físicas o morales.

Si se trata de individuos, los ingresos se catalogarán dentro de alguna de las categorías de ingreso previstas por la Ley para Personas Físicas y su monto será determinado de conformidad con las reglas aplicables en cada caso concreto, mientras que las personas morales se sujetarán a la tasa corporativa.

En el caso de que se trate de no residentes, la participación del asociado en las ganancias de la *silent partnership* se grava en la proporción en que esos ingresos tengan su fuente en Alemania: beneficios empresariales atribuibles a un establecimiento permanente localizado en ese país, dividendos o intereses pagados por un residente en Alemania y ganancias de capital o regalías por el uso de patentes.

No obstante que las *silent partnerships* no son contribuyentes para efectos del pago de impuesto sobre la renta, las mismas son consideradas como entidades separadas de sus asociados a efectos del cómputo y caracterización de los ingresos de la mismas.

De acuerdo con lo anterior, deberán sujetarse al ejercicio fiscal y presentar una declaración en la que se detallen sus ganancias y pérdidas y la forma en que fueron atribuidas a sus asociados.

## **2. Francia.**

En este país, existen las denominadas *Société en Participation*. Es la figura más sencilla de *partnership* (sociedad de personas) y es considerada bajo la legislación comercial como una sociedad de personas que no da lugar a una persona moral distinta a sus miembros a diferencia de otras *partnerships* como la Sociedad en nombre Colectivo o la Sociedad en Comandita por acciones que sí tienen personalidad jurídica.

Fiscalmente la *société en participation* es transparente al igual que las otras sociedades de personas. Dicho tratamiento está dado por el Código Fiscal de ese país, en donde se enumeran las entidades que serán consideradas transparentes para efectos del impuesto sobre la renta. No obstante, existe la posibilidad de que los contribuyentes elijan que les sea aplicado el régimen fiscal corporativo y no el de transparencia fiscal.

El socio administrador de la *société en participation* deberá presentar una declaración informativa cuya naturaleza dependerá de la actividad realizada por la misma (comercial, bienes inmuebles, agricultura, etc.) en la que se detalle el porcentaje de participación de cada socio en las ganancias o las pérdidas de la entidad.

Cada socio acumulará los ingresos recibidos por su participación a sus demás ingresos gravables y pagará de acuerdo con el régimen que le sea aplicable, ya sea el de personas físicas o el corporativo.

Aún cuando no exista distribución alguna debido a que las ganancias de la *société en participation* hayan sido abonadas a una cuenta de reserva de capital, las ganancias o las pérdidas de la misma deberán de ser tomadas en cuenta en el cálculo del impuesto a pagar por cada uno de sus socios. En caso de que se hubiera incurrido en pérdidas, éstas serán compensadas contra los otros ingresos percibidos por el contribuyente.

En caso de que existan socios no residentes en Francia los ingresos que obtengan como resultado de las actividades de la sociedad (beneficios empresariales) sólo podrán ser gravados cuando exista un establecimiento permanente en ese país.

### 3. Austria

La figura equivalente a la Asociación en Participación en ese país es la denominada *silent partnership* cuyas características bajo las Leyes mercantiles son muy similares a la figura del mismo nombre prevista en la legislación alemana.

Para efectos del pago de impuesto sobre la renta existen dos posibilidades.

1. Que al igual que las otras *partnerships*, las ganancias obtenidas por su actividad fluyan hacia los socios y sean gravadas al ser acumuladas junto con los otros ingresos que éstos obtengan, sujetándose a las reglas del impuesto sobre la renta de personas físicas o al impuesto corporativo según sea el caso.

Este supuesto se actualiza cuando los asociantes (*silent partner*) además de recibir las ganancias que proporcionalmente les correspondan, tienen derecho a una parte del crédito comercial y los activos de la "empresa".

2. En caso de que no se den las características señaladas en el párrafo anterior y el asociante sólo participe de las ganancias, se gravará como si se tratara de una empresa y se aplicarán las reglas del impuesto corporativo.

Los socios no residentes son gravados por sus ingresos de fuente en Austria. Sin embargo, para gravar la parte proporcional de dichos no residentes en las ganancias obtenidas por las actividades de la *partnership*, es necesario que exista un establecimiento permanente en Austria.

#### 4. Estados Unidos.

La sociedad más utilizada en este país es la *partnership*, cuya definición en *common law* es la asociación de personas con el propósito de conducir una empresa con fines de lucro.

Las *partnerships* son entidades transparentes y como tales no están sujetas al pago de impuesto sobre la renta aunque tienen la obligación de determinar su ingreso gravable antes de la distribución y a presentar una declaración informativa anual.

Debido a dicha transparencia, determinados tipos de ingresos y deducciones como ganancias de capital, dividendos o donaciones conservan su carácter y son excluidos por Ley del cómputo del ingreso gravable de la *partnership* con el fin de que sean tomados en cuenta en la determinación de los impuestos a pagar por cada uno de los socios.

En el caso de socios no residentes, se les gravará dependiendo de si sus ingresos son considerados pasivos (intereses, dividendos, rentas y otras formas fijas de ingresos) o activos por estar efectivamente conectados con una actividad empresarial (*effectively connected income*).

En el caso de ingresos pasivos se sujetarán a las reglas aplicables al gravamen de dichos ingresos cuyas tasas se ven reducidas por los tratados para evitar la doble tributación. Los ingresos activos (beneficios empresariales) sólo podrán ser gravados si existe un establecimiento permanente.

En México, la figuras jurídicas que las diversas Leyes Fiscales han regulado como unidades económicas y como entes transparentes son: las asociaciones en participación y el fideicomiso, por lo que a continuación se analizarán dichas figuras.

### **III. Asociación en Participación y Fideicomiso.**

#### **1. Asociación en Participación.**

Como se ha señalado, los contribuyentes que mediante un contrato de asociación en participación realizaban actividades empresariales, debían tributar como si fueran una sociedad mercantil.

Al ser eliminada la figura de la unidad económica, la Ley del Impuesto sobre la Renta de 1980, consideró que la utilidad obtenida por la asociación en participación debería ser considerada en forma individual en la parte que correspondiera a cada participante, es decir, estableció un régimen de transparencia fiscal.

No obstante lo anterior y, derivado del auge que tuvo esta figura para efectuar a través de ellas planeaciones fiscales, a partir de 1999 se modificó su régimen fiscal. Este cambio radicó en asimilar dicha asociación a una persona moral, estableciéndose que sólo el asociante es el contribuyentes del impuesto causado por la totalidad de las utilidades generadas por la asociación.



Así, el asociante no puede afectar sus demás ingresos con las utilidades o pérdidas fiscales de la asociación en participación, llevando una contabilidad por separado para las operaciones de la citada asociación, estando obligado a presentar declaraciones que únicamente comprendan las operaciones de la asociación.

Los demás cambios en la regulación de esta figura jurídica van en sentido de considerar a la asociación en participación como persona moral.

## **2. Fideicomiso.**

El fideicomiso ha sido considerado por diversos autores como un contrato regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, figura considerada como sujeto de impuestos de conformidad con lo que establecieron los Códigos Fiscales de 1938 y 1967, como Unidad Económica. Con relación al impuesto sobre la renta, hasta fines de los 70's, equiparaba a los fideicomisos como persona moral, cuando mediante este contrato se realizaran actividades empresariales de índole industrial, comercial, agrícola, ganadera o de pesca, de acuerdo con lo establecido en las Leyes del Impuesto sobre la Renta.

Al asimilarse las unidades económicas a las personas morales, la distribución de utilidades de los fideicomisarios se gravaba en la misma forma que las personas físicas, accionistas o socios de empresas mercantiles, fueran personas de esta naturaleza o personas morales. Esto, en razón de que a los derechos del fideicomisario las autoridades hacendarías les otorgaban la naturaleza de dividendos.

Sin embargo, la Ley vigente del Impuesto sobre la Renta regula en su artículo 9o. las actividades empresariales realizadas a través de fideicomiso otorgándole un tratamiento de transparencia fiscal.

#### 4.3. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL FIDEICOMISO

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. Está acepción se encuentra muy vinculada con el concepto de persona y sus temas conexos, como la definición entre la física y la moral o colectiva, las teorías acerca de la personalidad de un representante”, se hace referencia a los elementos colectivos y otros.<sup>11</sup>

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.

En el presente caso, se refiere a la cualidad de las personas 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 reunir las 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.

---

<sup>11</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, 7ª edición, Editorial, Porrúa, S.A., México, 1994, pág. 2400.

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

Rojina Villegas considera que las personas físicas o seres humanos tienen los siguientes atributos:<sup>12</sup>

1. Capacidad
2. Estado Civil
3. Patrimonio
4. Nombre
5. Domicilio
6. Nacionalidad

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 de 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.”

---

<sup>12</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo V, Obligaciones, 7ª. edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1998, pág. 423

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 y 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.”

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.

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 universidad jurídica, en tanto que el conjunto de deberes y poderes 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>13</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 distinguirlas 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 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 a 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 integra lo que desde un punto de vista social y jurídico constituye la familia.”<sup>14</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 reside habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios, en ausencia de

---

<sup>13</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, Ob., Cit., pág. 2335.

<sup>14</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael, Ob., Cit., pág. 504

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 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 un individuo con el estado.”<sup>15</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.

#### **4.4. Efectos Fiscales Derivados de la Iniciativa de una Nueva Ley del Impuesto sobre la Renta**

Es importante que todos los nuevos profesionistas tengan un espíritu de crítica constructiva a nuestras disposiciones legales, con el objeto de lograr en el futuro la correcta aplicación de las normas jurídicas que nos rigen.

Es por ello que se expondrán una serie de observaciones y sugerencias a manera de proyecto de reforma, tendientes a enmendar las fallas legislativas y a resolver la problemática que se presenta en la interpretación de la forma en que es regulado

---

<sup>15</sup> Diccionario de Derecho, Ob., cit., pág. 2173

fiscalmente el fideicomiso en nuestro país, mismo que se encuentra contemplando en la Ley del Impuesto sobre la Renta y el Código Fiscal de la Federación, así como el procedimiento fiscal a seguir cuando se realicen actividades empresariales a través del fideicomiso, mismo que repercute en la captación de recursos por parte de la federación, lo anterior derivado de los ingresos adquiridos por el fideicomiso y que en la actualidad esas ganancias no se reflejan en las arcas de la federación al momento del pago del impuesto referido anteriormente.

Por lo mencionado anteriormente, el Ejecutivo Federal el 4 de abril de 2001, presento ante el H. Congreso de la Unión, una propuesta para una Nueva Hacienda Pública Distributiva, con la cual, se podría construir un México de menos contrastes y más justo, en la cual el Ejecutivo menciona los motivos por los que se debe de modificar la Ley del ISR y el Código Fiscal de la Federación y que son los siguientes:

### **Ley del Impuesto sobre la Renta**

#### *Régimen de personas morales transparentes*

En nuestro país existen diversos contribuyentes que por disposición legal o por práctica mercantil se encuentran agrupados con la finalidad de conjuntar sus esfuerzos para la realización de actividades empresariales y mayor capacidad para competir con grandes empresas.

En este sentido, la reforma fiscal no debe afectar en modo alguno las formas organizativas de los contribuyentes, ya que ello podría impedir el desarrollo de la micro, pequeña y mediana industria, la cual se constituye como una importante generadora de empleos para el país.

Por ello, se propone realizar reformas a la Ley del Impuesto sobre la Renta, estableciendo un régimen que permita a este sector de contribuyentes continuar con sus formas organizativas de producción y al mismo tiempo cumplir adecuadamente con sus obligaciones fiscales.

Así, se establece un régimen denominado de las personas morales transparentes, a través del cual la persona moral encargada de agrupar a los diversos contribuyentes que la integran, cumple por cuenta de cada uno de sus integrantes con sus obligaciones fiscales. Para ello, la persona moral deberá aplicar el régimen en base flujo establecido para las personas físicas con actividades empresariales, que más adelante se expondrá.

El impuesto sobre la renta del ejercicio lo calculará y enterará la persona moral transparente por cada uno de sus integrantes, aplicando la tarifa del impuesto sobre la renta tratándose de personas físicas o la tasa tratándose de personas morales.

De este modo el régimen de personas morales transparentes que se propone, permitirá a los contribuyentes que tributen en el mismo, cumplir con sus obligaciones fiscales sin que ello les impida continuar con las formas de organización económica que actualmente tienen y sin que se genere una situación de desventaja en relación con contribuyentes de mayor capacidad administrativa.

## **Código Fiscal de la Federación**

### *Unidad Económica*

Siguiendo la técnica utilizada por la mayor parte de los países, se propone reestablecer el concepto de unidad económica el cual estuvo vigente en nuestro país en los dos Códigos Fiscales anteriores al vigente, durante más de 40 años. Como ha sido universalmente reconocido en la Doctrina Tributaria, la unidad económica tiene para efectos fiscales



personalidad jurídica bajo el principio de que en esta materia es fundamental lograr que la sustancia prive sobre la forma, de lo contrario, el impuesto perdería sus características de neutralidad.

El concepto de unidad económica posibilita que los particulares hagan negocios utilizando todos los instrumentos que les permite el Derecho Común, sin que tal situación los lleve a un tratamiento fiscal distinto del que resultaría constituyendo personas morales del Derecho Común.

Esta modificación es particularmente importante, dado que al celebrar México convenios con otros países, se ve obligado a respetar reglas internacionales aceptadas, en las cuales se comprende a la unidad económica como sujeto del impuesto sobre la renta, como se puede apreciar en el modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y en modelos de convenios que México ha celebrado. No hacerlo así, impide que el país pueda recaudar del residente en el extranjero que realiza negocios en México sin establecimiento permanente.

Al considerar la unidad económica como persona jurídica para efectos fiscales, México adquiere el derecho a gravar la renta generada en el país. Adicionalmente, los contratos de asociación en participación y otros de carácter innominados, han servido para reubicar utilidades o pérdidas entre empresas relacionadas.

Derivado de los motivos expuestos por el Ejecutivo Federal a la H. Cámara de Diputados, debemos mencionar que las mismas no fueron dictaminadas en virtud de que el Código Fiscal de la Federación no fue tratado en el periodo ordinario de cesiones, por lo que la parte de la Ley del Impuesto sobre la Renta que trata este concepto de Transparencia Fiscal, no fue aprobada ya que existe relación entre estas dos Leyes por estar entrelazadas.

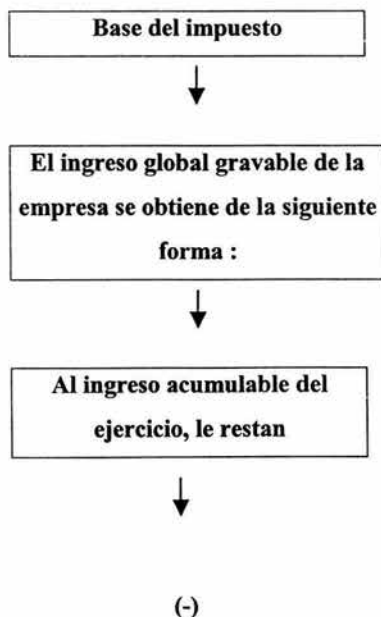
Por otra parte se menciona la forma en como se calculaba el impuesto en el año de 1979, cuando las actividades del fideicomiso se consideraban como Unidades Económicas y la forma en como se determina actualmente.

**CÁLCULO DE LA DETERMINACIÓN DEL RESULTADO FISCAL  
DEL ISR CUANDO SE REALICEN ACTIVIDADES EMPRESARIALES  
MEDIANTE FIDEICOMISO**

**(UNIDAD ECONÓMICA)**

**HASTA 1979**

El artículo 18 de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente hasta 1979 señalaba el procedimiento para determinar la base de dicho gravamen, por lo que la fiduciaria debería aplicar lo siguiente:





**Las deducciones autorizadas,  
pudiendo en su caso restar**



**(-)**



**Las pérdidas de ejercicios  
anteriores**



**(=)**



**El resultado es el Ingreso global gravable.  
Debiendo aplicar la tarifa contemplada en el artículo 34 de la Ley  
del ISR.**

**CÁLCULO DE LA DETERMINACIÓN DEL RESULTADO FISCAL  
DEL ISR CUANDO SE REALICEN ACTIVIDADES EMPRESARIALES  
MEDIANTE FIDEICOMISO**

**(TRANSPARENCIA FISCAL)  
DE 1980 HASTA 2003**

Las personas morales (incluido el fideicomiso) determinaran el impuesto sobre la renta, aplicando al resultado fiscal obtenido en el ejercicio la tasa del 32%.

**Resultado fiscal se determina conforme (artículo 10 de la Ley del ISR) a lo siguiente**



**Se obtiene la utilidad fiscal, de la siguiente manera**



**A los ingresos obtenidos durante el ejercicio (artículos 17 a 28 de la Ley del ISR), se le restaran**



(-)



**Las deducciones autorizadas por la Ley (artículos 29 a 36 de la Ley del ISR), y en su caso**



(=)



**A la utilidad fiscal obtenida, se le podrán restar**



(-)



**Las Pérdidas fiscales de ejercicios anteriores (artículos 61 a 63 de la Ley del ISR)**



(=)



**Al resultado fiscal obtenido se le aplicará la tasa del 32 %.**

Derivado de lo anterior, se puede apreciar que hasta el año de 1979, la Ley del Impuesto sobre la Renta, consideraba como sujeto de este gravamen a las Unidades Económicas sin personalidad jurídica, tal y como lo establece la fracción III, del artículo 3° de la Ley en comento y que a continuación se transcribe:

**Artículo 3.-** Son sujetos del impuesto, cuando se coloquen en alguna de las situaciones previstas en esta Ley: ...

**III.-** Las unidades económicas sin personalidad jurídica, solo en los casos en que esta Ley prevenga se grave en conjunto el ingreso de las mismas unidades económicas.

Por lo tanto, los contribuyentes que realizaban actividades mediante el fideicomiso, al ser considerados como sujetos del impuesto sobre la renta debían cubrir dicho gravamen.

Ahora bien, la Ley mencionada en el párrafo anterior, desafortunadamente no establecía de forma clara, si la fiduciaria debía acumular y pagar el impuesto, toda vez que el concepto de unidad económica es genérico, por lo tanto, aplicando en sentido estricto las disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta, la fiduciaria debía calcular y determinar dicho gravamen, conforme a los artículos 17, 18, 19, fracción II y 34 de la propia Ley, es decir, la fiduciaria debía acumular los ingresos que tuvieran relación con la actividad empresarial, para después determinar la base del impuesto que era el ingreso global, mismo que se obtenía restando a los ingresos las deducciones y en su caso las pérdidas de ejercicios anteriores, una vez determinada dicha base, se le aplicaba la tarifa del artículo 34 de dicha Ley, artículos que a continuación se transcriben :

**“Artículo 17.-** Son sujetos del impuesto al ingreso global de las empresas, las personas físicas y las morales que realicen actividades comerciales, industriales, industriales, agrícolas, ganaderas o de pesca. Lo son igualmente las unidades económicas sin personalidad jurídica, cuando realicen dichas actividades.

En esta Ley se denomina “Causantes Menores” a las personas físicas que tengan percepciones acumulables en un ejercicio regular por cantidad que no exceda de \$1.500.000.00 o percepciones en un ejercicio irregular, si dividido el monto de las mismas entre el número de días del ejercicio y multiplicado por 365, el resultado fuere inferior a la cantidad citada. Se denomina “Causantes Mayores” a todos los demás sujetos de este impuesto.

En ningún caso se considerarán causantes menores a las personas físicas que perciban ingresos por comisiones, mediaciones, enajenación de inmuebles u otorgamiento temporal de uso o goce de bienes”.

**“Artículo 18.-** La base del impuesto de los causantes mayores será el ingreso global gravable de la empresa, que es la diferencia entre los ingresos acumulables durante el ejercicio y las deducciones autorizadas por esta Ley.

En caso de que dichos causantes tuvieren pérdidas de operaciones ocurridas en ejercicios anteriores disminuirán del ingreso global gravable determinado en los términos del párrafo anterior, la amortización de esas pérdidas conforme a las disposiciones de esta Ley.

El ejercicio regular abarcará siempre doce meses y el irregular un periodo menor. Tratándose de personas físicas su ejercicio corresponderá al año de calendario”.

**“Artículo 19.-** Son ingresos acumulables los señalados en los artículos 1º, 3º, y 16 de esta Ley, de acuerdo con lo siguiente: ...

- II.- Las personas físicas y las unidades económicas acumularán los ingresos que tengan relación con la actividad de la empresa y los que provengan de bienes afectos, total o parcialmente, a dicha actividad.”

**“Artículo 34.-** El impuesto de los causantes mayores se calculará aplicando a la base determinada conforme a los párrafos primero y segundo del artículo 18 y demás disposiciones de esta Ley.

#### TARIFA

<b>Limite Inferior MSN</b>	<b>Limite Superior MSN</b>	<b>Cuota Fija MSN</b>	<b>Porcentaje para aplicarse sobre el excedente del limite inferior %</b>
------------------------------------	------------------------------------	-------------------------------	---

<b>De 0.01</b>	<b>A 2,000.00</b>		<b>Exento</b>
<b>De 2,000.01</b>	<b>A 3,500.00</b>		<b>5.00</b>
<b>De 3,500.01</b>	<b>A 5,000.00</b>	<b>75.00</b>	<b>6.00</b>
<b>De 5,000.01</b>	<b>A 8,000.00</b>	<b>165.00</b>	<b>7.00</b>
<b>De 8,000.01</b>	<b>A 11,000.00</b>	<b>375.00</b>	<b>8.00</b>
<b>De 11,000.01</b>	<b>A 14,000.00</b>	<b>615.00</b>	<b>9.00</b>
<b>De 14,000.01</b>	<b>A 20,000.00</b>	<b>885.00</b>	<b>10.00</b>
<b>De 20,000.01</b>	<b>A 26,000.00</b>	<b>1,485.00</b>	<b>11.00</b>
<b>De 26,000.01</b>	<b>A 32,000.00</b>	<b>2,145.00</b>	<b>13.00</b>
<b>De 32,000.01</b>	<b>A 38,000.00</b>	<b>2,925.00</b>	<b>16.00</b>
<b>De 38,000.01</b>	<b>A 50,000.00</b>	<b>3,885.00</b>	<b>18.00</b>
<b>De 50,000.01</b>	<b>A 62,000.00</b>	<b>6,045.00</b>	<b>19.00</b>
<b>De 62,000.01</b>	<b>A 74,000.00</b>	<b>8,325.00</b>	<b>20.00</b>
<b>De 74,000.01</b>	<b>A 86,000.00</b>	<b>10,725.00</b>	<b>21.50</b>
<b>De 86,000.01</b>	<b>A 100,000.00</b>	<b>13,305.00</b>	<b>22.50</b>
<b>De 100,000.01</b>	<b>A 150,000.00</b>	<b>16,455.00</b>	<b>24.10</b>
<b>De 150,000.01</b>	<b>A 200,000.00</b>	<b>28,505.00</b>	<b>26.76</b>
<b>De 200,000.01</b>	<b>A 300,000.00</b>	<b>41,885.00</b>	<b>29.64</b>
<b>De 300,000.01</b>	<b>A 400,000.00</b>	<b>71,525.00</b>	<b>34.00</b>
<b>De 400,000.01</b>	<b>A 500,000.00</b>	<b>105,525.00</b>	<b>38.00</b>
<b>De 500,000.01</b>	<b>En adelante</b>	<b>210,000.00</b>	<b>42.00</b>

Si el ingreso global gravable estuviera comprendido entre \$500,000.01 y \$1,500,000.00, se deducirá de la cuota fija de \$210,000.00, la cantidad que resulte de aplicar el 6.65% sobre la diferencia entre \$500,000.00 y el ingreso global gravable.

Si la cantidad que se obtenga por la aplicación de la tarifa y párrafo que anteceden se harán además, las siguientes reducciones:



- I Si los causantes están dedicados exclusivamente a la agricultura, ganadería o pesca 40%.
- II Si dichos causantes industrializan sus productos 25%.
- III Si además del actividad agrícola, ganadera o pesquera realizan actividades comerciales o industriales, en las que obtengan como máximo el 50% de sus ingresos brutos 25%.
- IV Si los causantes están dedicados exclusivamente a la edición de libros 50%”.

Por otra parte resulta importante señalar, que la fiduciaria determinaba el impuesto, pero no se regulaba en forma clara lo que sucedía con el fideicomisario que recibía el ingreso de la fiduciaria.

Derivado de lo anterior, a partir del año de 1980, el legislador elimino la figura de la Unidad Económica, lo que trajo consigo que al fideicomiso ahora se le regulara a través del denominado Régimen de Transparencia Fiscal, régimen, que sigue vigente hasta nuestros días, no obstante que a diferencia de la Ley anterior, en esta nueva Ley al fideicomiso no se le reconoce una personalidad jurídica propia.

Por lo anteriormente expuesto, y dado que las unidades económicas recibían un tratamiento fiscal equiparable al de las personas morales, tratamiento que sin embargo, con las reformas efectuadas a diversos ordenamientos fiscales a finales de los 70's desapareció esta regulación legal, por lo que en nuestros días surge la necesidad de adecuar la legislación fiscal a las formas más actuales por la realización de actividades empresariales realizadas por el fideicomiso. En este sentido, la Iniciativa de Reforma Fiscal Integral presentada por el Ejecutivo Federal en abril de 2001 intentaba recobrar la filosofía de las unidades económicas para lograr una regulación más eficaz en materia fiscal respecto de las actividades que se efectúan mediante esta figura. Por tal motivo, se considera acertada la inclusión de las unidades económicas a nuestra legislación fiscal, lo que cual implica un

avance para hacer cada día más justa y equitativa la recaudación, por lo que a continuación se presentan una serie de propuestas de reformas al Código Fiscal de la Federación.

Es importante mencionar que actualmente el Código Fiscal de la Federación y la Ley del Impuesto Sobre la Renta le otorgan un tratamiento de Transparencia Fiscal a diversas figuras jurídicas, entre las cuales encontramos a la Asociación en Participación y al Fideicomiso. No obstante existe una desventaja ya que no regula diversos contratos innominados, lo cual ocasiona que surjan lagunas legales, toda vez que al no existir una disposición expresa para dichas figuras, estas quedan fuera de la regulación fiscal, toda vez que las disposiciones fiscales son de aplicación estricta (artículo 5 del Código Fiscal de la Federación). Por tanto, se sugiere incorporar el concepto de Unidad Económica, el cual abandonando el Régimen de Transparencia Fiscal, nos permite contemplar y dar consecuencias fiscales a todas aquellas figuras que actualmente no se encuentran reguladas.

## **PROYECTO DE REFORMA FISCAL.**

### **PROYECTO DE REFORMAS AL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN**

Para corregir la problemática anteriormente expuesta, se plantea una serie de propuestas de reformas al Código Fiscal de la Federación y a la Ley del Impuesto sobre la Renta, consistente en establecer en el artículo 1° del referido Código, expresamente en el primer párrafo la inclusión de las Unidades Económicas con la finalidad de que estas contribuyan con los gastos públicos; así como derogar el tercer párrafo referente a la obligación del asociante a pagar contribuciones y cumplir las obligaciones que establece el Código, realizando también la adición de un cuarto párrafo para que se entienda que cuando se habla de persona moral se encuentran incluidas a las unidades económicas, un antepenúltimo para aclarar que se entenderá por unidad económica al conjunto de personas que realicen actividades empresariales, un penúltimo párrafo en el que se deberá establecer

que las unidades económicas nombraran un representante común lo cual deberán informarlo ante las autoridades fiscales, un último párrafo en el que se establezca que las unidades económicas se deberán de identificar por la denominación o razón social, la cual tendrá que estar seguida de las siglas U.E. o por el nombre del representante común, del artículo 1º del Código Fiscal de la Federación mismo que deberá quedar de la siguiente forma.

#### **PROYECTO DE REFORMA**

**Artículo 1o.** Las personas físicas y las morales, **incluidas las unidades económicas**, están obligadas a contribuir para los gastos públicos conforme a las Leyes fiscales respectivas. Las disposiciones de este Código se aplicarán en su defecto y sin perjuicio de lo dispuesto por los Tratados Internacionales de que México sea parte. Sólo mediante Ley podrá destinarse una contribución a un gasto público específico.

La Federación queda obligada a pagar contribuciones únicamente cuando las Leyes lo señalen expresamente

Los estados extranjeros, en los casos de reciprocidad, no están obligados a pagar impuestos. No quedan comprendidas en esta exención las entidades o agencias pertenecientes a dichos estados.

Las personas que de conformidad con las Leyes Fiscales no estén obligadas a pagar contribuciones, únicamente tendrán las otras obligaciones que establezcan en forma expresa las propias Leyes.

**Cuando en este Código y en las demás disposiciones fiscales se haga referencia a persona moral, se entenderán incluidas las unidades económicas.**

**Para los efectos de las disposiciones fiscales, se entenderá por unidad económica al conjunto de personas que realicen actividades empresariales con motivo de la celebración de un convenio, cuando como consecuencia del mismo no surja una persona moral diferente de los contratantes en los términos del derecho común. Las unidades económicas tendrán personalidad jurídica para los efectos del derecho fiscal y se considerarán, para efectos fiscales, residentes en México cuando en este país tengan su domicilio.**

**Las unidades económicas deberán nombrar un representante común ante las autoridades fiscales.**

**Las unidades económicas se identificarán con una denominación o razón social, seguida de las siglas U.E. o en su defecto, con el nombre del representante común, seguido de las siglas antes citadas. Asimismo, tendrán, en territorio nacional, el domicilio que acuerden los integrantes de la misma o bien, el que dicho representante común tenga en el país.**

**(Se reforma el primer párrafo, se deroga el tercer párrafo y se adicionan un actual cuarto, antepenúltimo, penúltimo y último párrafos del artículo 1º del Código Fiscal de la Federación)**

Igualmente se debe de modificar el último párrafo del artículo 16 del Código Fiscal de la Federación, para que se mencione en el mismo que se considerará como empresa además de la persona física o moral a las Unidades Económicas cuando realicen actividades empresariales, el cual deberá quedar de la siguiente forma :

<b>PROYECTO DE REFORMA</b>
----------------------------

<b>Artículo 16 ...</b>
------------------------

Se considera empresa la persona física o moral, **incluida la unidad económica**, que realice las actividades a que se refiere este artículo, ya sea directamente, 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.

(Se reforma el último párrafo del artículo 16 del Código Fiscal de la Federación )

Por otra parte, es conveniente modificar el artículo 26 del Código Fiscal de la Federación, a efecto de incluir a los integrantes de las unidades económicas y la eliminación del asociado y el asociante en la asociación en participación dentro del mencionado artículo.

#### PROYECTO DE REFORMA

##### Artículo 26....

- XI. Las sociedades que, debiendo inscribir en el registro o libro de acciones o partes sociales a sus socios o accionistas, inscriban a personas físicas o morales que no comprueben haber retenido y enterado, en el caso de que así proceda, el impuesto sobre la renta causado por el enajenante de tales acciones o partes sociales, o **haber recibido copia del dictamen respectivo y, en su caso, copia de la declaración en la que conste el pago del impuesto correspondiente....**
- XV. La sociedad que administre o los propietarios de los inmuebles afectos al servicio turístico de tiempo compartido prestado por residentes en el extranjero, cuando sean partes relacionadas en los términos de los artículos **105 y 214** de la Ley del Impuesto sobre la Renta, hasta por el monto de las contribuciones que se omitan....

**XVII. Los integrantes de las unidades económicas**, respecto de las contribuciones que se hubieran causado en relación con las actividades realizadas por **la unidad económica de que se trate**, en la parte del interés fiscal que no alcance a ser garantizada por los bienes de la misma, siempre que **la unidad económica** incurra en cualquiera de los supuestos a que se refieren los incisos a), b) y c) de la fracción III de este artículo, sin que la responsabilidad exceda de la aportación hecha a **la unidad económica** durante el periodo o a la fecha de que se trate....

(Se reforman las fracciones XI, XV y XVII del artículo 26 del Código Fiscal de la Federación )

## **PROYECTO DE UNA NUEVA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA**

En cuanto a lo que toca a la creación de una nueva Ley del Impuesto sobre la Renta, propuesta por el Ejecutivo Federal, se planteo establecer a las personas que tendrán el alcance de personas morales, dentro de las cuales se encontrara a las unidades económicas; asimismo, se propone establecer que las unidades económicas deberán acumular sus ingresos, tal y como lo realizan actualmente las personas morales; también es importante establecer en la nueva LISR, la forma para realizar el cálculo cuando se enajenen acciones que se realicen a través de las unidades económicas; por otra parte es importante establecer que no serán considerados créditos, aquellos que tengan las unidades económicas a su favor, salvo cuando se encuentren denominadas en moneda extranjera y provengan de la exportación de bienes o servicios; por otra parte, se debe establecer que no se considerará para la determinación del resultado fiscal consolidado o de la pérdida fiscal consolidada, la utilidad o pérdida fiscal que la sociedad controladora o alguna de sus controladas tenga por su participación en alguna unidad económica; asimismo, el Ejecutivo Federal propuso establecer en la nueva Ley del ISR, que serán consideradas enajenación de acciones o de títulos valor aquellas que se realicen a través de las unidades económicas; por otra parte, es

importante establecer que para la determinación de precios por operaciones con partes relacionadas, se considerarán partes relacionadas respecto de las unidades económicas sus integrantes, así como las personas que conforme a este párrafo se consideren partes relacionadas de dicho integrante; igualmente se propone la creación de un artículo transitorio el cual establezca reglas respecto a unidades económicas, artículos que deberán de quedar de la siguiente forma :

Se propone establecer que las unidades económicas deberán acumular sus ingresos, tal y como lo realizan las personas morales, dentro de las cuales se encontrara a la unidad económica, al respecto se propone el texto siguiente de los artículos:

<b>PROYECTO DE UNA NUEVA LEY DEL ISR</b>
--

<p><b>Artículo 8.</b> Cuando en esta Ley se haga mención a persona moral, se entienden comprendidas, entre otras, las sociedades mercantiles, los organismos descentralizados que realicen preponderantemente actividades empresariales, las instituciones de crédito, las sociedades y asociaciones civiles y las <b>unidades económicas</b> cuando a través de ellas se realicen actividades empresariales en México....</p>
--

(Primer párrafo del artículo 8 de la LISR).

Asimismo, se propone establecer que las unidades económicas deberán acumular sus ingresos, tal y como lo realizan las personas morales.

<b>PROYECTO DE UNA NUEVA LEY DEL ISR</b>
--

<p><b>Artículo 17.</b> Las personas morales residentes en el país, incluidas las <b>unidades económicas</b>, acumularán la totalidad de los ingresos en efectivo, en bienes, en servicio, en crédito o de cualquier otro tipo que obtengan en el ejercicio, inclusive los provenientes de</p>
---

sus establecimientos en el extranjero. El ajuste anual por inflación acumulable es el ingreso que obtienen los contribuyentes por la disminución real de sus deudas...

(Primer párrafo del artículo 17 de la LISR).

Por otra parte se establece la forma para realizar el calculo por la enajenación de acciones que realicen las unidades económicas.

#### PROYECTO DE UNA NUEVA LEY DEL ISR

##### Artículo 24....

Lo dispuesto en este artículo también será aplicable cuando se enajenen los derechos de participación, cualquiera que sea el nombre con el que se les designe, en una **unidad económica**, cuando a través de ésta se realicen actividades empresariales. En este caso, se considerará como costo comprobado de adquisición el valor actualizado de la aportación realizada por el enajenante a dicha **unidad económica**, o la cantidad que éste hubiese pagado por su participación. Para estos efectos, las utilidades y las pérdidas fiscales, así como las utilidades y los dividendos, percibidos y pagados, así como los reembolsos, se considerarán en la proporción en que se hubiese acordado la distribución de las utilidades en el convenio correspondiente.

(Penúltimo párrafo del artículo 24 de la LISR).

Asimismo, se propone establecer que no se considerarán créditos, aquellos que tengan las unidades económicas a su favor, salvo que se encuentren denominadas en moneda extranjera y provengan de la exportación de bienes o servicios.



**PROYECTO DE UNA NUEVA LEY DEL ISR**

**Artículo 50. ...**

II. ...

Tampoco se consideran créditos, los que tengan a su favor las **unidades económicas** a cargo de sus integrantes que sean personas físicas o sociedades residentes en el extranjero, salvo que en este último caso, estén denominadas en moneda extranjera y provengan de la exportación de bienes o servicios....

(Fracción segunda, párrafo segundo, del artículo 50 de la LISR).

Ahora bien, no se considerará para la determinación del resultado fiscal consolidado o de la pérdida fiscal consolidada, la utilidad o pérdida fiscal que la sociedad controladora o alguna de sus controladas tenga por su participación en alguna unidad económica.

**PROYECTO DE UNA NUEVA LEY DEL ISR**

**Artículo 68. ...**

Cuando la sociedad controladora o las sociedades controladas tengan inversiones de las referidas en el artículo 210 de esta Ley, la controladora no deberá considerar el ingreso gravable, la utilidad fiscal o el resultado fiscal derivados de dichas inversiones para determinar el resultado fiscal consolidado o la pérdida fiscal consolidada, y estará a lo dispuesto en el artículo 211 de dicha Ley. Tampoco se considerarán para la determinación del resultado fiscal consolidado o de la pérdida fiscal consolidada, la utilidad o pérdida fiscal que la sociedad controladora o alguna de sus controladas tenga por su participación en alguna **unidad económica**. El impuesto que se pague por los ingresos que obtenga la **unidad económica** a que se refiere este párrafo, únicamente se podrá acreditar contra el impuesto al activo que se cause en el ejercicio, por los activos que generen tales ingresos.

(Último párrafo del artículo 68 de la LISR).

Por otra parte, en la propuesta presentada por el Ejecutivo Federal, se debe establecer que serán consideradas enajenación de acciones o de títulos valor aquellas que se realicen a través de las unidades económicas.

**PROYECTO DE UNA NUEVA LEY DEL ISR**

**Artículo 188. ...**

Se dará el tratamiento de enajenación de acciones o títulos valor que representen la propiedad de bienes, a la enajenación de las participaciones en las **unidades económicas**. Para estos efectos se considerará que la fuente de riqueza se encuentra ubicada en territorio nacional, cuando a través de la **unidad económica** de que se trate se realicen actividades empresariales total o parcialmente en México. ...

(Segundo párrafo del artículo 188 de la LISR).

Asimismo, es importante establecer que para la determinación de precios por operaciones con partes relacionadas, se considerarán partes relacionadas respecto de las unidades económicas sus integrantes, así como las personas que conforme a este párrafo se consideren partes relacionadas de dicho integrante.

**PROYECTO DE UNA NUEVA LEY DEL ISR**

**Artículo 214. ...**

Se considera que dos o más personas son partes relacionadas cuando una participa de

manera directa o indirecta en la administración, control o capital de la otra, o cuando una persona o grupo de personas participe directa o indirectamente en la administración, control o capital de dichas personas. Tratándose de **unidades económicas** se considera como partes relacionadas sus integrantes, así como las personas que conforme a este párrafo se consideren partes relacionadas de dicho integrante.

(Antepenúltimo párrafo del artículo 214 de la LISR).

Igualmente se propone la creación de un artículo transitorio el cual establezca reglas respecto a unidades económicas.

#### **PROYECTO DE UNA NUEVA LEY DEL ISR**

**Transitorio X** Para los efectos de lo dispuesto en la Ley del Impuesto sobre la Renta, las **unidades económicas**, estarán a lo siguiente:

- a) Las **unidades económicas** constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de este artículo, integrarán la cuenta de capital de aportación a que se refiere el artículo 90 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, con las aportaciones efectuadas por sus integrantes, disminuyendo los retiros que de dichas aportaciones se hubiesen efectuado desde la fecha en que se celebró el convenio para su creación, y hasta el día anterior a la entrada en vigor de esta fracción. Para estos efectos, tanto las aportaciones como los retiros se actualizarán desde la fecha en que se realizó la aportación o se efectuó el retiro hasta el mes inmediato anterior al en que entre en vigor esta fracción.
- b) Las **unidades económicas**, para los efectos del cálculo del coeficiente de utilidad de los pagos provisionales a que se refiere el artículo 14 de la Ley

del Impuesto sobre la Renta, considerarán el total de los ingresos percibidos por dicha **unidad económica**, así como la utilidad fiscal derivada del mismo en el ejercicio que termine con motivo de la entrada en vigor de dicha Ley. En caso de que no exista utilidad en dicho ejercicio ni en los cinco anteriores, se considerará como coeficiente de utilidad para los efectos de los pagos provisionales, el que corresponda en los términos del artículo 91 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

- c) Las personas físicas que únicamente obtengan ingresos por actividades realizadas a través de la **unidad económica**, podrán transmitir a la **unidad económica** en que sigan participando, el monto que les corresponde de las pérdidas fiscales generadas en el ejercicio irregular comprendido del 1º de enero de 2001 al día anterior a la entrada en vigor de esta fracción, para que dichas pérdidas sean disminuidas por la **unidad económica** en los ejercicios subsecuentes. En este caso, la persona física no podrá en ningún caso disminuir dicha pérdida. Por su parte, la **unidad económica** disminuirá en los ejercicios siguientes dicha pérdida hasta por el monto de la utilidad fiscal que corresponda al por ciento en que la persona física que trasmite la pérdida participe de dicha utilidad en los términos del convenio por el que se crea la **unidad económica**. Para aplicar lo dispuesto en este inciso, se deberá además, cumplir con las reglas de carácter general que al efecto expida el Servicio de Administración Tributaria.

El Servicio de Administración Tributaria, mediante disposiciones de carácter general, podrá establecer las reglas que faciliten la aplicación de lo dispuesto en esta fracción.

(La adición de un artículo transitorio a la LISR).

Aunado a lo anterior, es importante destacar que la figura de la Unidad Económica es una institución jurídica aceptada internacionalmente, como se puede apreciar en el modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y en modelos de convenios que México ha celebrado con otras naciones.

Además, el considerar a la Unidad Económica como persona jurídica para efectos fiscales, permite a México gravar la renta generada en el país, evitando que a través de la celebración de un convenio se transfieran utilidades al extranjero sin gravamen y con el consecuente perjuicio para el fisco federal. Adicionalmente, los contratos de Asociación en Participación y otros de carácter innominado, han servido para reubicar utilidades o pérdidas entre empresas relacionadas lo que ha generado avenidas de evasión y elusión fiscales.

Así las cosas, el objeto de la iniciativa es crear una ficción legal que incorpore al régimen de causación a los diversos convenios suscritos por los contribuyentes que a través de simular los fines legalmente típicos de ciertos actos, contratos o formas autorizadas por el ordenamiento, obtienen resultados económicos similares a los gravados por el tributo pero al margen de las fórmulas previstas en el hecho imponible; de esta manera se superarían las dificultades que enfrenta el fisco para la determinación y comprobación de conductas evasoras de los contribuyentes.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Existe una profunda distancia entre la práctica del fideicomiso que se da día a día y su regulación, ya que como se ha señalado, no 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 operación de crédito.

**SEGUNDA.-** Por otra parte, se considera que el secreto fiduciario ha ocasionado que las autoridades revisoras no puedan verificar la correcta aplicación de las normas fiscales, lo que ha generado que la figura del fideicomiso sea un arma jurídica importante para la elusión fiscal.

**TERCERA.-** La conclusión a la que llegamos respecto a el Secreto Fiduciario es que dada la redacción del artículo 118 de la Ley de Instituciones de Crédito, da la impresión de que el referido Secreto es estricto, en lo particular cuando se trata de investigaciones en materia Penal o Fiscal, por lo que igualmente se debería estudiar la posibilidad de pugnar por una redacción para que el citado secreto no sea tan restringido.

**CUARTA.-** La transparencia fiscal implica una negociación de la personalidad fiscal de determinado tipo de sociedades o asociaciones, lo que conlleva a la tributación del beneficio social tan solo a nivel de la persona física. El fenómeno de la transparencia fiscal se desdobra en dos aspectos diversos: por una parte, sociedades personalistas y asociaciones sin fines de lucro, y, por otra, las sociedades interpuestas. En el primer caso, la transparencia fiscal trata de resolver el problema de la doble imposición. En el segundo, trata de personalizar la reducción de la imposición personal del contribuyente. En la legislación fiscal de numerosos países está reconocida la transparencia en los dos sentidos considerados.

**QUINTA.-** Derivado de lo anterior se propone reestablecer el concepto de Unidad Económica el cual estuvo vigente en nuestro país en los Códigos Fiscales anteriores al vigente, durante más de cuarenta años. Como ha sido universalmente reconocido en la Doctrina Tributaria, la Unidad Económica tiene para efectos fiscales personalidad jurídica bajo el principio de que en esta materia es fundamental lograr que la sustancia prive sobre la forma, de lo contrario, el impuesto perdería sus características de neutralidad.

**SEXTA.-** La iniciativa de una nueva Ley del Impuesto sobre la Renta no pretende eliminar el tratamiento fiscal que se le otorga a la Asociación en Participación, sino que dicho contrato caería en el supuesto normativo de la Unidad Económica el cual deberá estar previsto en el Código Fiscal de la Federación, y por ende, tendrían el mismo tratamiento aplicable a una persona moral tributando de esta manera en términos del Título II de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

**SÉPTIMA.-** Por otra parte, los contribuyentes que convengan bajo distintas figuras del Derecho Común con el objeto de no caer en el supuesto normativo que grava las actividades que se realicen por encontrarse tipificadas en la Legislación Fiscal, coloca a

estos contribuyentes organizados bajo estos convenios en una situación ventajosa e inequitativa frente a las Personas Morales que bajo las Leyes Mercantiles o Civiles tiene Personalidad Jurídica y carácter de Personas Morales, que al realizar igual actividad económica de especulación si son sujetos del impuesto.

**OCTAVA.-** A través de la Unida económica se pretende incorporar al Régimen de Causación a los diversos convenios suscritos por los contribuyentes que a través de simular los fines legalmente típicos de ciertos actos, contratos o formas autorizadas por el ordenamiento, obtienen resultados económicos similares a los gravados por el tributo pero al margen de las formulas prevista en el hecho imponible.

**NOVENA.-** Por lo anterior, podemos considerar que la Unidad Económica es una ficción legal que tiene por objeto superar las dificultades que enfrenta la Autoridad Fiscal para determinar y comprobar conductas evasoras de los contribuyentes, pretendiendo regular solamente las actividades que ésta realice sin importar la forma en que convengan para obtener un lucro.

**DÉCIMA.-** Por tanto, se sugiere que el Fideicomiso sea considerado como una Unidad Económica, eliminando así el tratamiento fiscal de Transparencia que actualmente se le otorga, a efecto de que tribute bajo el Título II de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, esto con la finalidad de que la autoridad pueda verificar la correcta aplicación de las normas fiscales a esta figura jurídica, de lo contrario la figura del fideicomiso seguirá siendo utilizada con el objeto de evadir obligaciones fiscales, lo anterior debido a que en la actualidad se ha incrementado el número de fideicomisos en nuestro país.

## Bibliografía

ACOSTA ROMERO, Miguel, Tratado Teórico Práctico del Fideicomiso, 2ª . edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1997.

ACOSTA ROMERO, Miguel, Teoría General del Derecho Administrativo, 11ª . edición actualizada, Editorial Porrúa, México 1993.

ARRIOJA VIZCAÍNO, 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, Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria,. 2ª. edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1985.

BAUCHE GARCADIIEGO, Mario, Operaciones Bancarias, 4ª. edición, Editorial Porrúa S.A., México. 1981.

BRAVO GONZÁLEZ, Agustín, Segundo Curso de Derecho Romano, 11ª edición, Editorial Pax México, 1997.

BULLÓN, H. Salvador, La Transparencia de Sociedades, Estudio Jurídico y Fiscal, Editorial Cirde, Madrid, 1981.

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.

Consideraciones Privatistas Sobre el Régimen de Imputación Fiscal, Civitas número 21.

DÁVALOS MEJÍA, L. Carlos, Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, 2ª. edición, Editorial Harla, S.A. De C.V., México, 1998.

DE COSSIO A. Hacia un Nuevo Concepto ...,

DE PINA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen I, 10ª. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991.

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.

FRAGA, Gabino, **Derecho Administrativo**, 32ª edición, Editorial Porrúa, 1993.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, **Derecho de las Obligaciones**, 5ª. edición, Editorial Cajica, S.A., México, 1999.

HERNÁNDEZ, Octavio, citado por Acosta Romero Miguel.

KRIEGER, Emilio, **Manual de Fideicomiso Mexicano**, editado por el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A., México 1976.

MACEDO, Pablo, **Estudio sobre el Fideicomiso Mexicano**, dentro del Tratado teórico práctico de los trust, por Pierre Lepaulle, 1ª edición, en español, Editorial, Porrúa, México 1975.

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 del Derecho Romano**, 2ª. edición, Editorial Época, México 1998.

RABASA, Oscar, **El Derecho Angloamericano**, 2ª. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.

ROALANDINI SANCHEZ, Gustavo Enrique, **El Fideicomiso como Forma de Garantizar el Interés Fiscal**, tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho, Centro de Estudios Universitarios del Distrito Federal, 1994.

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 por Asociación de Banqueros de México, A.C., México 1978.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, **Derecho Civil Mexicano**, Tomo V, Obligaciones, 7ª. edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1998.

SALDAÑA ALVAREZ, Jorge, **Manual del Funcionario Bancario**, ediciones Jorge Saldaña Álvarez, 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.

SOLA VALDEZ, Antonio, Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, editado por SOMEX, México, 1982.

VAZQUEZ ARMENIO, Rodrigo, Naturaleza Jurídica del Fideicomiso Mexicano y sus Aplicaciones Prácticas, conferencia pronunciada por su autor el día 1º de julio de 1964 en el salón de actos del Salón Nacional del Colegio de Abogados de México, librería de Manuel Porrúa, S.A..

VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, Doctrina General del Fideicomiso, Editorial Porrúa, S.A., México. 1982.

### **Legislación**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Pac Editores, 2003

Ley del Impuesto Sobre la Renta, Compilación Fiscal, Editada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en enero de 1979.

Ley del Impuesto Sobre la Renta, Compilación Fiscal, 1ª edición DOFISCAL Editores, 1981.

Ley del Impuesto Sobre la Renta, Compilación Fiscal, 41ª edición DOFISCAL Editores, 1981.

Código Fiscal de la Federación, Compilación Fiscal, 41ª edición DOFISCAL Editores, 1999.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Berbera Editores, 2003.

A.D. 45/71 Crédito Algodonero de México, S.A. 16 de marzo de 1977. 5 votos ponente: Gloria León Orantes. Sala Auxiliar, Séptima Época, Volumen 97-102, parte séptima., pág. 71.

### **Otras fuentes**

DE PINA Rafael, Diccionario de Derecho, Décima Séptima edición, Editorial Porrúa, México 1991.

ROALDINI SÁNCHEZ, Gustavo Enrique Diccionario Jurídico Mexicano, 7ª edición, Editorial, Porrúa, S.A., México, 1994.