

00746



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO

EFFECTOS FISCALES DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO EN LA
LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

T E S I N A

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:

ESPECIALISTA EN DERECHO FISCAL

P R E S E N T A :

ANGELICA BEATRIZ DE LA VEGA AREVALO



DIRECTOR: DR. ROMAN VILLANUEVA TOSTADO

ENERO 2004

M. 330151



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.

EFFECTOS FISCALES DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO EN LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

INTRODUCCIÓN	V
CAPÍTULO I	
CONTRATOS MERCANTILES EN GENERAL	
1.1 Concepto	1
1.2 Elementos de Existencia	5
1.3 Elementos de Validez	8
1.4 Marco Jurídico	15
1.5 Clasificación de los Contratos Mercantiles	21
1.6 Estructura de los Contratos Mercantiles	24
CAPÍTULO II	
SUJETOS DE LA RELACIÓN JURÍDICO-TRIBUTARIA	
2.1 Origen de la Relación Jurídico-Tributaria	27
2.2 La Relación Jurídico-Tributaria	31
2.3 Obligación Tributaria	35
2.3.1 Elementos de la Obligación Tributaria	38
2.4 Sujetos de la Obligación Tributaria	39
2.4.1 Sujeto Activo	40
2.4.2 Sujeto Pasivo	43
2.4.3 Criterios de Vinculación	49
CAPÍTULO III	
CONTRATO DE FIDEICOMISO	
3.1 Antecedentes Históricos	51
3.1.1 En el Derecho Romano	51
3.1.2 En el Derecho Germánico y en el Derecho Anglosajón	53
3.1.3 En el Derecho Mexicano	55

3.2 Marco Jurídico	58
3.3 Concepto	58
3.4 Naturaleza Jurídica	62
3.5 Mercantilidad	68
3.6 Elementos Personales	68
3.6.1 Fideicomitente	69
3.6.2 Fiduciario	73
3.6.3 Fideicomisario	77
3.6.4 Comité Técnico	78
3.7 Elementos de Existencia	79
3.7.1 Consentimiento	79
3.7.2 Objeto	81
3.8 Elementos de Validez	83
3.8.1 Capacidad Jurídica de las Partes	83
3.8.2 Ausencia de Vicios en la Voluntad	83
3.8.3 Licitud en el Objeto	84
3.8.4 Forma	85
3.9 Fines del Fideicomiso	86
3.10 Especies de Fideicomisos	87
3.11 Prohibiciones	91
3.12 Extinción del Contrato	92

CAPÍTULO IV INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

4.1 Concepto de Interpretación	99
4.2 Interpretación de los Negocios Jurídicos	106
4.3 Autonomía Contractual y sus Limitantes en el Caso del Fideicomiso	113
4.4 Autonomía Contractual y su Interpretación	114

CAPÍTULO V EFECTOS FISCALES DEL FIDEICOMISO EN LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

5.1 Consideraciones Previas	118
5.2 Antecedentes Legislativos	120

5.2.1 Primera Etapa: de 1941 a 1974	121
5.2.2 Segunda Etapa: de 1975 a 1994	125
5.3 Ley del Impuesto Sobre la Renta	132
5.3.1 Ley del Impuesto Sobre la Renta de 1981	132
5.3.2 Ley del Impuesto Sobre la Renta de 2002	136
5.3.2.1 Tratándose de Personas Morales	137
5.3.2.2 Tratándose de Personas Físicas	151
5.4 Tesis y Jurisprudencias	158
5.5 Consideraciones Finales	162
CONCLUSIONES	168
BIBLIOGRAFÍA	172
ANEXO	179

INTRODUCCIÓN

*La confianza es la madre de
las acciones grandiosas.*

Schiller

Mi labor como docente en la Licenciatura en Derecho me ha dejado grandes experiencias. Una de ellas, quizá la más inquietante, surgió de la opinión de una alumna aludiendo a la falta de confianza en las relaciones humanas actuales. Cito su expresión textual: “hoy en día, es muy difícil creer”.

Escuchar tal afirmación me sorprendió al grado de enfrentar a mi pupila diciendo que si estaba en la Facultad de Derecho, podíamos presumir que creía en el Derecho y en sus instituciones. El análisis se extendió y no recuerdo exactamente su conclusión. Sin embargo, sí recuerdo con tristeza la falta de confianza que tienen algunos jóvenes en las demás personas. Muestra ello es la falta de compromiso que muchos de ellos demuestran en relación con sus familias, amigos, carrera, pareja y sociedad en general.

Esta fue la primera motivación que me llevó a estudiar un tema jurídico, relacionado con el factor confianza. Esto es, la posibilidad de creer en algo o en alguien.

Sé que, derivado del mundo tan vertiginoso y violento que enfrentamos, es difícil pedir confianza; sin embargo no pierdo la esperanza de que el Derecho sea el elemento decisivo entre otorgarla o dejar de hacerlo.

Bajo este orden de ideas, el fideicomiso se constituye en un negocio jurídico en el que la *confianza* resulta ser un elemento indispensable. Afirmo lo anterior, recordando que desde su más remoto antecedente, el fideicomiso reunió a tres partes en la búsqueda de un determinado fin. Ese objetivo, que el fideicomitente es incapaz de alcanzar por sí mismo. El que motiva a la fiduciaria a actuar en cierto sentido para beneficiar finalmente a una última persona: el fideicomisario.

Esta tesina se originó también, en el hecho de que el fideicomiso se nos presente como la posibilidad de crear un negocio que se ajuste a las necesidades particulares del fideicomitente y del fideicomisario. Se trata de un acuerdo de voluntades altamente flexible, lo cual nos parece distintivo del tema y atractivo para quienes desean alcanzar fines específicos como la protección del patrimonio familiar.

El trabajo de investigación parte de un estudio general de los contratos mercantiles. Es el Capítulo Primero el que aborda temas como su estructura, elementos de existencia y validez; así como, elementos personales y el marco jurídico que los regula.

Seguimos con un análisis jurídico-tributario en la determinación de los sujetos de la relación tributaria. Analizando su concepto, conformación, elementos, limitaciones y criterios de vinculación; dejamos fincado el Capítulo Segundo.

Uno de los apartados más extensos de este trabajo, lo encontramos en el Capítulo Tercero relativo al contrato de fideicomiso. El contenido incluye aspectos como su: antecedente histórico, marco legal, concepto y naturaleza jurídica, elementos personales, esenciales y de validez, mercantilidad, finalidad, clasificación en diversas especies y extinción.

Por otra parte, el Capítulo Cuarto se refiere a la interpretación de los negocios jurídicos. Se trata de un tópico importante, en tanto que nos ayudará a comprender el alcance del principio *pacta sunt servanda*. Asimismo trata a las principales escuelas de interpretación, sus riesgos y aciertos. Todo ello, con la idea de darle al negocio fiduciario la mejor interpretación posible.

Terminamos esta tesina con un Capítulo Quinto en relación a los efectos fiscales del negocio fiduciario, en la Ley del Impuesto Sobre la Renta vigente. Este ha sido el capítulo más complejo. Además de su extensión, implicó ardua labor de investigación legislativa, doctrinaria y jurisprudencial. Le hemos dedicado especial cuidado a su compilación y análisis con el fin de ofrecer un estudio serio sobre el tema.

Este ejercicio de investigación pretende demostrar que la autonomía de la voluntad en el negocio fiduciario es un elemento esencial. Que debe dársele una interpretación lo más apegado posible a la voluntad real de las partes. Que el fideicomitente otorgó su *confianza* en la creación del fideicomiso y que, no

deseaba crear persona jurídica distinta a la suya; sino alcanzar un fin determinado.

Es por ello que la legislación tributaria debe mostrarse respetuosa de la voluntad de las partes y no otorgarle al negocio fiduciario efectos jurídicos que los negociantes no pretendían generar.

Si el esquema fiscal actual se constituye en un marco jurídico cierto y seguro, entonces el fideicomiso tendrá consecuencias legales congruentes con la voluntad que le dio origen. De no ser así, estaríamos frente a un grave fenómeno de incongruencia legislativa entre el orden jurídico y la voluntad contractual.

Con este esfuerzo académico pretendo alcanzar una meta más en mi carrera profesional, y compartir con mis alumnos la esperanza de que todavía hay mucho en que creer. Recordando las sabias palabras de Schiller: “la confianza es la madre de las acciones grandiosas.”

Cierro este ciclo agradeciendo a todos aquellos que participaron de una u otra manera en este esfuerzo académico:

Toda mi admiración y respeto para la Universidad Nacional Autónoma de México, su Facultad de Derecho y su División de Estudios de Posgrado, que me recibieron con los brazos abiertos en sus aulas. Deseo retribuir con esta propuesta lo mucho que he recibido de esa gran institución.

Un especial reconocimiento a mi amigo y asesor el Dr. Román Villanueva Tostado, cuya motivación y confianza fueron determinantes para la conclusión de este trabajo: ¡Muchas gracias Román!

A mis compañeros de posgrado, con quienes compartí un agradable regreso a la Universidad: gracias por los buenos momentos, la amistad, el compañerismo y la complicidad.

Agradezco igualmente a la Universidad del Pedregal, mi *alma máter* y lugar de trabajo, para la cual me seguiré superando académicamente: “*per scientiam et fidem ad excellentiam*”. Mi agradecimiento a la Dra. Patricia Villasana Rangel cuya amistad y ejemplo me han llevado a creer en la academia como filosofía de vida.

No puedo dejar de mencionar a mis alumnos. Dedico este trabajo a todos aquellos que son mi fuente de inspiración... porque la educación puede cambiar el rumbo de la historia.

Gracias a mis queridísimas amigas Susana Domínguez Izaguirre y Marisol Roque Paz: por estar ahí para mí, por creer, por compartir.

Finalmente este trabajo es para mi familia: papás y hermanos, porque sin ustedes todo esto hubiera sido imposible. Los amo.

CAPÍTULO I

CONTRATOS MERCANTILES EN GENERAL

A decir de la doctrina¹, los contratos son una de las fuentes más importantes de las obligaciones. El mundo del Derecho sería poco sin ellos.

“En nuestro sistema de vida, todos contratamos a diario. Según acertadamente se ha señalado, nadie escapa a la inmensa red contractual, pues aun cuando se limitara a mendigar, ya irrumpiría en el derecho de obligaciones, bajo la forma del contrato de donación. El contrato se manifiesta como el gran instrumento para la circulación de los bienes y de los servicios.”²

Ya desde la época de los antiguos romanos, el contrato fue reconocido como fuente de obligaciones. Gayo, por ejemplo, señaló en sus *Instituciones* que las obligaciones provenían básicamente de los contratos y de los delitos. Justiniano sistematizó a las fuentes de las obligaciones y las ubicó en cuatro categorías: contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos. El sistema jurídico romano logró reconocer la fuerza vinculante de los contratos.

Desde el auge del Derecho Romano y hasta nuestros días, el contrato sigue siendo uno de los instrumentos jurídicos más socorridos. Son muchas y muy variadas las obras que se han escrito sobre el tema, sin embargo este primer capítulo se referirá solamente a contratos mercantiles en general. Lo anterior a efecto de delimitar la investigación del tema que nos ocupa.

1.1 Concepto

Para comprender la noción de contrato en el ámbito mercantil, necesariamente debemos partir del concepto de *contrato* en general.

Iniciaremos con una aclaración que seguirá vigente en todos los capítulos de este trabajo. En materia de contratos mercantiles, haremos alusión a su regulación en el ámbito civil debido a que:

¹ Cfr. GUTIÉRREZ y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*, Porrúa, México, 1996.

² LÓPEZ De Zavalía, Fernando S., *Teoría de los Contratos*, Víctor P. De Zavalía editor, Argentina, 1971. pp. 28 y 29

“No existe en el C. de c., o en alguna otra legislación de carácter mercantil, una regulación sistemática y específica del contrato mercantil en su parte general. Por ello el *concepto de contrato*, sus elementos de existencia y validez, así como la normativa general del acto o negocio jurídico y del contrato mercantil en lo general, deben de tomarse de la regulación del Derecho civil que resulta aplicable en la mayoría de sus principios y reglas.”³

Confirma lo anterior el hecho de que los artículos 1º y 2º del Código de Comercio reconocen la aplicación supletoria del Derecho Civil bajo los siguientes términos:

Artículo 1º.- Los actos comerciales sólo se regirán por lo dispuesto en este Código y las demás leyes mercantiles aplicables.

Artículo 2º.- A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal.

Cabe citar también lo que a este respecto indica la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:⁴

Artículo 2º.- Los actos y las operaciones a que se refiere el artículo anterior, se rigen:

- I. Por lo dispuesto en esta ley, en las demás leyes especiales relativas; en su defecto:
- II. Por la legislación mercantil general; en su defecto:
- III. Por los usos bancarios y mercantiles y, en defecto de éstos:
- IV. Por el derecho común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, el Código civil del Distrito Federal

Debido a estas disposiciones –y a que no existe una reglamentación mercantil sobre el tema- es que fundamentamos la parte general de los contratos mercantiles citando normas del Código Civil para el Distrito Federal.

La voz *contrato* hace alusión a la: “convención que hace surgir una o más obligaciones, y por la cual se crea o se transfiere un derecho real.”⁵ o bien

³ ARCE Gargollo, Javier. *Contratos Mercantiles Atípicos*, Porrúa, México, 1998. p. 31

⁴ La cita obedece al hecho de que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito es la que regula al contrato de fideicomiso, tema central de este trabajo de investigación.

⁵ *Diccionario Jurídico*, Temis, Colombia, 1990. p. 103

al: “convenio hecho entre partes para dar o hacer una cosa.”⁶ Ambas definiciones coinciden en considerar al contrato como un convenio.

Acorde con la teoría francesa⁷, rescatada en nuestro actual Código Civil para el Distrito Federal, el convenio es un acto jurídico que implica la manifestación de la voluntad con la finalidad de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Es la misma teoría francesa la que divide a los actos jurídicos en dos grandes grupos a saber: unilaterales y bilaterales. El convenio pertenece al último de ellos.

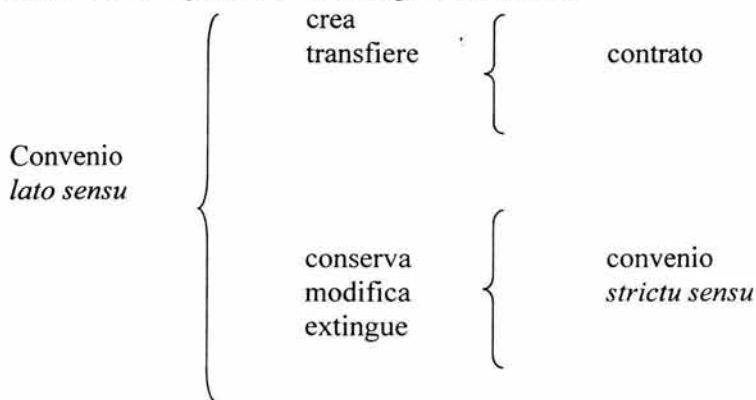
El citado Código Civil nos indica a este respecto:

Artículo 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Así pues, convenio en *latu sensu* se refiere al acto jurídico que pretende crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones. Convenio en sentido estricto pretende sólo modificar o extinguir derechos y obligaciones. Mientras que contrato es el acuerdo que sólo crea o transfiere derechos y obligaciones.

El maestro Gutiérrez y González explica lo anterior en su obra “Derecho de las Obligaciones” en el siguiente cuadro:



⁶ ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense. U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1996. p.156

⁷ La teoría francesa consideró que el hecho jurídico *latu sensu*, se dividía en dos grandes grupos: el de los actos jurídicos y el de los hechos jurídicos *strictu sensu*. Los convenios y contratos pertenecen al primero de ellos.

Para efectos de esta investigación el contrato es el acto jurídico, fuente de obligaciones, consistente en el acuerdo de voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones. Ubicándonos en la materia mercantil: *el contrato es el acto jurídico, fuente de obligaciones, consistente en el acuerdo de voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones de carácter mercantil.*

Dado que los contratos mercantiles y civiles guardan grandes similitudes, la doctrina ofrece una serie de criterios que nos permiten distinguir unos de otros:

- a) En opinión de Álvarez del Manzano y Vidari⁸; los contratos mercantiles siempre tienen fin de lucro, característica que no encontramos en el ámbito civil⁹
- b) Un criterio práctico determina que serán contratos mercantiles los contenidos en el artículo 75 del Código de Comercio; sin embargo ese artículo utiliza el término *operaciones* para referirse también a la celebración de un contrato mercantil
- c) Para Rodríguez y Rodríguez, los contratos mercantiles pueden distinguirse porque el Derecho Mercantil “es el derecho de los actos en masa realizados por las empresas.”¹⁰
- d) La posición que nos parece más adecuada para los fines de nuestro trabajo es la sostenida por Sánchez Calero,¹¹ en el sentido de que los contratos mercantiles son aquellos que surgen de las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa o que están vinculados a la actividad empresarial.

⁸ Cfr. Diccionario de Derecho Privado, Labor, México, 1951. p.57

⁹ Esta característica la encontramos en los artículos 75 fracción I y 371 del Código de Comercio para fundamentar la mercantilidad de la compraventa

¹⁰ RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Porrúa, México, 1977, pp. 11 y 12

¹¹ Cfr. SÁNCHEZ Calero, Fernando. Instituciones de Derecho Mercantil, Revista de Derecho Privado, España, 1991. p.440

Bajo este orden de ideas, es muy importante determinar la mercantilidad de un contrato; ya que eso justificará la aplicación de la legislación mercantil para regular el contrato en cuestión.

1.2 Elementos de Existencia

Como todo acto jurídico el contrato mercantil tiene elementos de existencia y de la validez. Los primeros son, de acuerdo al artículo 1794 del Código Civil: consentimiento, objeto y solemnidad. Estos elementos se consideran trascendentales ya que permiten el nacimiento y existencia del contrato; la falta de cualquiera de ellos produce la inexistencia del acto jurídico. El maestro Gutiérrez y González los representa en el siguiente esquema¹²:



Analicemos brevemente cada uno de estos elementos:

a) **Consentimiento**

Es: “el acuerdo de dos o más voluntades que tienden a crear, transferir, conservar, modificar o extinguir, efectos de derecho, y es necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior.”¹³ El consentimiento es un elemento *sine qua non* para la existencia del contrato, implica la

¹² GUTIÉRREZ y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones, Porrúa, México, 1996. p.221

¹³ *Ibid*, p. 249

manifestación de la voluntad de los sujetos para celebrar un contrato en determinadas condiciones y para producir ciertas consecuencias de Derecho.

La expresión del consentimiento produce para la contraparte, la posibilidad de manifestar una aceptación. Ambas pueden externarse de manera expresa o tácita.

Así lo indica el Código Civil para el Distrito Federal en el:

Artículo 1803.- El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

La aceptación ha sido definida por Rocco como: “una declaración unilateral de voluntad, mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta...”¹⁴

Para la formación del consentimiento debemos aplicar la regla general contenida en Código Civil en el sentido del:

Artículo 1807.- El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes.

Una vez expresado el consentimiento, este determinará los derechos y obligaciones de las partes. Por ello es importante señalar que en materia mercantil -como lo indica el artículo 78 del Código de Comercio-: “... cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse...”

b) Objeto

El objeto de contrato tiene dos acepciones directo e indirecto: “El objeto directo del contrato es el crear y transmitir derechos y obligaciones... Objeto indirecto del contrato, ... es una conducta de dar, hacer o no hacer.”¹⁵

Así pues, el objeto directo se refiere a la creación y modificación de derechos y obligaciones; mientras que el

¹⁴ ROCCO, Alfredo. Principios de Derecho Mercantil, Parte General, Trad. De Revista de Derecho Privado, Editora Nacional, México, 1947. p. 331

¹⁵ GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 277

objeto indirecto hace alusión a la conducta que se debe cumplir por efecto del contrato. El Código Civil para el Distrito Federal señala a este respecto:

Artículo 1824.- Son objeto de los contratos:

- I. La cosa que el obligado debe dar; y
- II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

Cuando el objeto del contrato implica *dar* una cosa, esa cosa debe cumplir con ciertas características. Acorde con el artículo 1825 del citado Código, debe:

- i. Existir en la naturaleza
- ii. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie
- iii. Estar en el comercio

Por otra parte, cuando el objeto de contrato implique un hecho positivo o negativo —esto es, un *hacer o no hacer*— tal conducta debe ser posible y lícita. Esto de acuerdo con el artículo 1827 del mismo ordenamiento.

La conducta es posible cuando es compatible con la naturaleza y con el Derecho mismo. En el caso de licitud, el hecho será lícito cuando sea respetuoso de las leyes de orden público y de las buenas costumbres. Así lo prevén los artículos 1828 y 1830 del Código en comento.

c) Solemnidad

Es el último de los requisitos de existencia de los contratos y se define como: “el conjunto de elementos de carácter exterior del acto jurídico, sensibles en que se plasma la voluntad de los que contratan, y que la ley exige para la existencia del mismo.”¹⁶

Los casos en los que la solemnidad es condicionante para la existencia del contrato son pocos. El ejemplo más ilustrativo es el del matrimonio, ya que el artículo 146 del Código Civil sostiene que el contrato debe celebrarse: “ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.”

Sin embargo, en materia mercantil el principio de libertad de forma está consagrado en el artículo 78 del Código de la materia diciendo: “En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso

¹⁶ *Ibid.*, p. 295

obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos formales.”

En este ámbito, la forma será elemento de existencia de los contratos sólo cuando el propio Código así lo exija; esta excepción la encontramos en la fracción primera del artículo 79:

Artículo 79.- Se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo que precede:

- I. Los contratos que con arreglo a este Código u otras leyes deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia...

Lamentablemente la redacción de esta fracción llega a confundir, ya que el legislador considera la posibilidad de contratos mercantiles solemnes, pero los liga al concepto de eficacia y no de existencia. Pensamos que la disposición va dirigida más bien a la formalidad como condición de validez y no a la solemnidad como elemento de existencia del acto jurídico.

1.3 Elementos de Validez

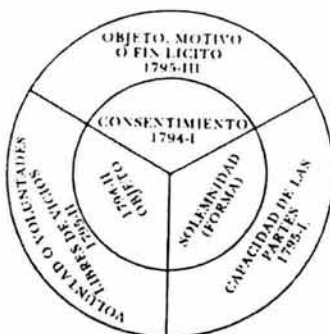
Los elementos de validez de los contratos son: capacidad jurídica de las partes, ausencia de vicios en la voluntad, licitud en el objeto, motivo o fin del contrato y, forma. Así lo indica a *contrario sensu* el Código Civil para el Distrito Federal al decir:

Artículo 1795.- El contrato puede ser invalidado:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
- II. Por vicios del consentimiento;
- III. Porque su objeto, motivo o fin sea ilícito; y
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Resulta interesante seguir el esquema del maestro Gutiérrez y González; ya que en la representación de los elementos de existencia y validez de los contratos alude a la formación de una célula. Los primeros son el núcleo y los

segundos, forman el protoplasma. Sin núcleo la célula no existe y sin protoplasma la célula no será eficaz. La representación queda como sigue:¹⁷



Estudiemos los elementos de validez de los contratos:

a) Capacidad jurídica de las partes

Una de las condiciones para que el contrato sea válido y surta todos sus efectos jurídicos es la capacidad. Esta se entiende como: "la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y deberes, y hacerlos valer."¹⁸

Las reglas generales en cuanto a la capacidad de las partes las encontramos en el Código Civil para el Distrito Federal bajo los siguientes términos:

Artículo 1798.- Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley.

Artículo 1799.- La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en provecho propio, salvo que sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común.

De esta manera, la condición para que una persona celebre un contrato válidamente es tener capacidad jurídica.

La capacidad tiene dos especies: de goce y de ejercicio.

¹⁷ *Ibid*, p. 221

¹⁸ *Ibid*, p. 392

“La capacidad de *goce*, que es la aptitud para tener derechos y obligaciones (toda persona física tiene en principio capacidad de goce), y la capacidad de *ejercicio* que es el poder ejercer por sí mismo los propios derechos y contraer obligaciones.”¹⁹

El análisis del concepto de capacidad implica también la concepción de incapacidad. El Código Civil indica sobre este punto:

Artículo 450.- Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad o por algún medio que la supla.

Como se puede apreciar, el legislador impide que quienes se sitúen en el supuesto de hecho antes citado celebren contratos. Sin embargo, los menores de edad y los interdictos pueden participar en la celebración de contratos mediante la figura de la representación.

Cabe citar que:

“Hay representación cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un contrato (o en general un acto jurídico), de manera que sus efectos se producen directa e inmediatamente en la persona y patrimonio del representado, como si él mismo hubiera celebrado el contrato (o ejecutado el acto); se produce una relación obligatoria directa entre el representado y un tercero.”²⁰

La representación suple, en algunos casos, la incapacidad de ciertas personas para la celebración de un contrato y no deja duda sobre la validez de su actuación.

b) Ausencia de vicios en la voluntad

La celebración de un contrato válido implica también que los contratantes expresen libremente su voluntad. En este orden de ideas, los vicios en el consentimiento de las partes podrán

¹⁹ Diccionario Jurídico, *op. cit.*, p. 58

²⁰ ARCE, *op. cit.*, p. 40

invalidar el acuerdo que se firme con: error, dolo, violencia o mala fe.

Fundamentamos lo anterior citando los siguientes artículos del Código Civil para el Distrito Federal:

Artículo 1812.- El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o suspendido por dolo.

Artículo 1815.- Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.

Artículo 1819.- Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

Por otra parte:

“... el error constituye una falsa apreciación de la realidad. El error puede ser de hecho o de derecho. El error es de hecho cuando uno de los que contratan cree algo que no es, siempre y cuando esa falsa consideración se refiera al objeto materia de la operación... El error de derecho es pensar que se celebra un contrato, pero en realidad se efectúa uno distinto.”²¹

Además del error, dolo, mala fe y violencia; algunos autores consideran también a la lesión como vicio del consentimiento. Su fundamento lo encontramos en el artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal que al efecto dispone:

Artículo 17.- Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

El derecho concedido en este artículo dura un año.

La doctrina señala sobre el tema:

²¹ DÍAZ González, Luis Raúl. Manual de Contratos Civiles y Mercantiles, Gasca-Sicco, México, 2000. p. 7

“Para los partidarios de esta teoría, así como en algunos países anglosajones, la lesión se presenta solamente cuando uno de los contratantes abusa de la ignorancia, inexperiencia o miseria del otro, sin que sea necesaria la inexistencia de una desproporción entre las prestaciones. El vicio es, pues, subjetivo, porque se considera, justamente, que radica en uno de los sujetos, no en las prestaciones, o sea, en el objeto de la obligación.”²²

Debemos precisar que el criterio de nuestra legislación civil no sólo atiende a la intención del sujeto, sino también al beneficio obtenido por esta voluntad viciada. Entendemos entonces que la lesión se da cuando una persona adquiere mayores beneficios, con la clara intención de que esos sean precisamente los efectos del contrato celebrado.

En materia mercantil es indispensable citar lo que el Código de Comercio señala en relación a la lesión:

Artículo 385.- Las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión; pero al perjudicado, además de la acción criminal que le competa, le asistirá la de daños y perjuicios contra el contratante que hubiese procedido con dolo o malicia en el contrato o en su cumplimiento.

Así pues, en el caso exclusivo de la compraventa mercantil, la lesión no causa la rescisión del contrato. Sin embargo, sí puede justificar la acción para pedir el pago de daños y perjuicios a la parte que causó la lesión. Llama la atención que la acción concedida por el legislador en materia civil –para pedir la nulidad del contrato o la reducción de la obligación y el pago de daños y perjuicios- prescribe en un año, mientras que en el ámbito mercantil, el perjudicado cuenta con un lapso de dos años para su ejercicio.

c) Licitud en el objeto, motivo o fin del contrato

Como hemos citado anteriormente, la fracción III del artículo 1795 del Código Civil para el Distrito Federal indica que, el contrato puede ser invalidado: “porque su objeto, o su motivo o su fin sea ilícito.”

²² TREVIÑO García, Ricardo. Epítome de los Contratos, Serie Jurídica, Mc Graw Hill, México, 1994. p. 46

Para efectos de este análisis, entendemos que el término *objeto* se refiere al objeto indirecto del contrato.²³ Por otra parte, el concepto de *licitud* lo tomamos del artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal:

Artículo 1830.- Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

La interpretación *a contrario sensu* de este artículo implica aceptar que el objeto de un contrato será lícito, cuando se trate de una conducta:

- i. Acorde con las leyes de orden público, y
- ii. Respetuosa de las buenas costumbres

El problema de determinar la licitud del objeto es el mismo que representa definir el concepto de *buenas costumbres*. El maestro Gutiérrez y González, tomando en cuenta el pensamiento de Planiol, los define como:

“... el conjunto de hábitos, prácticas o inclinaciones observadas por un grupo humano en un lugar y momento determinados y, a las cuales, deberá atender el juzgador para sancionar o no, un acto como ilícito.”²⁴

Por tratarse de un concepto subjetivo, pensamos que este tipo de definiciones siempre estarán sujetas a la crítica de quienes la analicen. Así como al momento histórico y social en que se enuncien.

En el caso del motivo o fin del contrato:

“... puede considerarse que el motivo o fin, es la razón contingente, subjetiva, y por lo mismo variable de individuo a individuo, que lo induce a la celebración del acto jurídico.”²⁵

Entendemos que todo contrato tiene un motivo que llevó a las partes a celebrarlo y a tomar acuerdos bajo determinadas modalidades. El motivo o fin así comprendido, debe ser también lícito –entendiendo como licitud el citado concepto

²³ Concepto que se cita en el apartado 1.2 de este Capítulo Primero.

²⁴ GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 321

²⁵ *Ibid*, p. 323

contenido en el artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal-.

d) Forma

El último de los requisitos que debe cumplir un contrato para ser completamente válido es la forma. La forma es:

“... el conjunto de elementos sensibles que revisten exteriormente a las conductas que tienden a la creación, transmisión, conservación, modificación o extinción de los derechos y obligaciones y cuya validez total o parcial depende en cierta medida de la observancia de elementos sensibles, según lo exija la organización jurídica vigente.”²⁶

Sabemos que el consentimiento es uno de los elementos necesarios para darle vida a un contrato. Sin embargo, también es necesario que esa voluntad de celebrar un acuerdo se externe para que surta efectos jurídicos.

La expresión del consentimiento puede revestir diversas formas. De hecho, no siempre es necesario que esa expresión conste en un documento. Este es el caso de los contratos consensuales, en los que la ley no exige determinada forma para dotarlos de validez; basta con el simple acuerdo de voluntades.

Los contratos considerados como formales deben revestir una forma por exigencia legal. Esto se fundamenta en el Código Civil para el Distrito Federal:

Artículo 1796.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

Cabe recordar que en el caso de los contratos considerados como solemnes, la forma deja de ser un requisito de validez para convertirse en un elemento de existencia del mismo. Así lo indicamos en el apartado 1.2 de este Primer Capítulo.

²⁶ *Ibid.*, p. 301

Recordemos también que el principio de libertad de forma en el ámbito mercantil, se encuentra en el artículo 78 del Código de Comercio que por su importancia citamos textualmente en su totalidad:

Artículo 78.- En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.

La excepción a esta disposición la encontramos en el siguiente:

Artículo 79.- Se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo que precede:

- I. Los contratos que con arreglo a este Código u otras leyes deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia; y
- II. Los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exige escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija la misma Ley mexicana.

En uno y otro caso, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas, no producirán obligación ni acción en juicio.

1.4 Marco Jurídico

Como hemos citado en los puntos anteriores, no existe un marco jurídico especializado y completo en materia de obligaciones mercantiles; mucho menos para reglamentar a los contratos mercantiles. Es por ello que el marco jurídico básico en el caso de contratos mercantiles, lo tomamos de la legislación civil. En las leyes mercantiles sólo encontramos algunas disposiciones al respecto, algunas de ellas ni siquiera distinguen entre los conceptos de: convenio, contrato u obligación.

Recordamos además que los artículos 2º y 81 del Código de Comercio nos remiten al Derecho Civil para complementar la regulación jurídica de los contratos mercantiles bajo los siguientes términos:

Artículo 2º.- A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal.

Artículo 81.- Con las modificaciones y restricciones de este Código serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y las causas que rescinden o invalidan los contratos.

Además de la regulación civil y mercantil, debemos citar otras fuentes que complementan el marco jurídico de los contratos mercantiles. Ellas se ubican en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

Artículo 2º.- Los actos y las operaciones²⁷ a que se refiere el artículo anterior, se rigen:

- I. Por lo dispuesto en esta Ley, y en las demás leyes especiales relativas; en su defecto;
- II. Por la legislación mercantil en general; en su defecto;
- III. Por los usos bancarios y mercantiles y, en defecto de éstos; y
- IV. Por el derecho común, declarándose aplicable en tosa la República, para los fines de esta Ley, el Código Civil del Distrito Federal.

Bajo este esquema, el marco jurídico de los contratos mercantiles se rige -en orden de exclusión- por las siguientes normas:

- a) **Leyes especiales en materia mercantil, como lo son:**
 - i. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
 - ii. Ley General de Sociedades Mercantiles
- b) **Leyes generales en materia mercantil, como:**
 - i. Código de Comercio
 - ii. Ley Federal de Competencia Económica
- c) **Usos bancarios y comerciales**
- d) **Código Civil para el Distrito Federal**

²⁷ La Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, utiliza el término *operaciones*, para referirse en algunos casos a contratos mercantiles.

A este respecto distinguimos a la ley general de la particular porque: “aquella es la que le interesa a todos igualmente; y esta es la que sólo interesa a una clase de ciudadanos.”²⁸ Por otra parte el concepto de *uso*, en ocasiones se confunde el término con el de *costumbre jurídica*.

“Algunos autores consideran que los usos no son sino una variedad de la costumbre jurídica... En los usos encontramos el elemento objetivo de la costumbre, la práctica más o menos reiterada y constante de ciertos actos; mas no podemos afirmar lo mismo del elemento subjetivo u *opinio jurs*. Los usos sirven para complementar o interpretar la voluntad de las partes sólo cuando se estima que han querido libremente acogerse a ellos... De aquí que los usos no puedan aplicarse cuando las partes han manifestado una voluntad diversa.”²⁹

De esta manera, entendemos que el uso viene a complementar una disposición legal dándole eficacia. Pero no puede considerarse como una verdadera fuente del derecho, para ello el uso debe convertirse en una costumbre jurídica. La costumbre jurídica es un uso reiterado, pero también lleva aparejada la convicción de que el cumplimiento de ese uso es obligatorio, elemento que la doctrina llama *opinio juris*. El uso bancario y comercial, por tanto es parte de la regulación jurídica de los contratos mercantiles; siempre que no estén regulados antes por una ley especial o general en materia comercial.

Para terminar el análisis del marco jurídico citar algunos de los principios que –acorde con el maestro Vázquez del Mercado³⁰– son propios de los contratos mercantiles:

a) Solidaridad

En el ámbito mercantil, existe la presunción jurídica de solidaridad en las obligaciones comerciales. Ejemplo de lo anterior son los siguientes artículos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

Artículo 4º.- En las operaciones de crédito que esta Ley reglamenta, se presume que los codeudores se obligan solidariamente.

²⁸ ESCRICHE, *op. cit.*, p. 398

²⁹ GARCÍA Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1993. pp. 65-66

³⁰ VÁZQUEZ del Mercado, Oscar. *Contratos Mercantiles*, Porrúa, México, 1997. p. 151

Por su parte, la Ley General de Sociedades Mercantiles prevé:

Artículo 7º.- ...

Las personas que celebren operaciones a nombre de la sociedad, antes del registro de la escritura constitutiva, contraerán frente a terceros responsabilidad ilimitada y solidaria por dichas operaciones.

Cabe mencionar que:

“A pesar de no existir declaración expresa, la solidaridad en las obligaciones mercantiles, debe siempre presumirse, salvo prueba en contrario. La norma de solidaridad en las obligaciones mercantiles en la legislación, doctrina y jurisprudencia de los países cuyas disposiciones legales fueron base para dictar las nuestras (Francia, España, Italia), ha sido transmitida a nosotros pese a que no se encuentra establecida expresamente en una única disposición.”³¹

b) Onerosidad

Como comentamos en el apartado 1.1 de este Primer Capítulo, uno de los criterios que utiliza la doctrina para distinguir la mercantilidad de los contratos, es el afán de lucro. Nuestro Código Mercantil prevé el supuesto de que los comerciantes se dediquen a esa actividad de manera profesional:

Artículo 3º- Se reputan en derecho comerciantes:

- I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria
- II. ...

Si los comerciantes son aquellos que se dedican ordinariamente al comercio, debemos entender que su actividad comercial lleva siempre la intención de obtener un lucro. De otra manera, no podríamos justificar lo ordinario de su actividad.

Bajo este orden de ideas, la doctrina señala como una de las características propias de los contratos mercantiles la onerosidad.

A pesar de que no existe una norma que lo prescriba así, encontramos normas que nos lo reiteran sin lugar a dudas. El

³¹ *Ibid*, p. 153

artículo 304 del Código de Comercio indica que el comisionista mercantil tiene derecho a exigir retribución para su trabajo; lo mismo en el caso del depositario, según el artículo 333 del mismo ordenamiento.

Entendemos entonces que en materia mercantil, no existen los contratos de carácter gratuito.

Aún en el caso de los comerciantes accidentales (contemplados por el artículo 4º del mismo Código), sujetos a la legislación mercantil y por tanto, los contratos celebrados por ellos también serán onerosos

c) Moneda de pago

Como bien sabemos, el acuerdo de voluntades es fuente de obligaciones entre las partes. Así el contrato puede determinar las condiciones en las que habrán de cumplirse tales cargas.

Sin embargo, en relación a la moneda que debe utilizarse en el ámbito mercantil, el Código de Comercio indica:

Artículo 635.- La base de la moneda mercantil es el peso mexicano, y sobre esta base se harán todas las operaciones de comercio y los cambios sobre el extranjero.

Esta previsión también la encontramos en materia fiscal cuando el Código Fiscal de la Federación sostiene:

Artículo 20.- Las contribuciones y sus accesorios se causarán y pagarán en moneda nacional.

d) Términos

En materia mercantil, no existe la posibilidad de conceder plazos ante el incumplimiento de la obligación, así lo señala el Código de Comercio:

Artículo 84.- En los contratos mercantiles no se reconocerán términos de gracia o cortesía, y en todos los cómputos de días, meses y años, se entenderán: día, de veinticuatro horas; los meses, según sean designados en el calendario gregoriano, y el año, de trescientos sesenta y cinco días.

De igual manera lo ha sostenido el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito al decir:

TÉRMINOS DE GRACIA. NO SE CONCEDEN EN MATERIA MERCANTIL. En los contratos mercantiles no se conceden términos de gracia por disposición del artículo 84 del Código de Comercio. Así pues, si expresamente la ley determina la prohibición de los términos de gracia, no se puede estimar que al no concederlos a una de las partes se infrinja en su perjuicio el artículo 1051 del Código de Comercio, porque ese precepto solamente establece que el procedimiento mercantil preferente a todos es el convencional y que a falta de convenio expreso de las partes interesadas se observarán las disposiciones del libro quinto del Código de Comercio y en defecto de éstas y de un convenio, se aplicará la ley de procedimientos local respectiva. Como el efecto de la confesión de la demanda no es procesal, sino sustantivo, no puede por eso tener aplicación supletoria el código de procedimientos invocado.³²

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo DC-361/73. Destilería Francesa de México, S.A. 11 de julio de 1973. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio Vázquez Contreras.

Nota: En el Informe de 1973, la tesis aparece bajo el rubro "TÉRMINOS DE GRACIA."

e) **Lugar de cumplimiento de las obligaciones**

Para los contratos civiles la regla establece que el lugar de pago es el domicilio del deudor. Esta regla general está contenida en el artículo 2082 del Código Civil para el Distrito Federal; respetando además que las partes pudieran convenir algo diferente.

En el caso de los contratos mercantiles, el artículo 86 del Código de Comercio señala:

³² Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, Tomo: 55 Sexta Parte, p. 80

Artículo 86.- Las obligaciones mercantiles habrán de cumplimentarse en el lugar determinado en el contrato, o, en caso contrario, en aquel según la naturaleza del negocio o a intención de las partes deba considerarse adecuado al efecto por consentimiento de aquéllas o arbitrio judicial.

En este sentido, la voluntad de las partes puede quedar sujeta al criterio de una autoridad judicial, para determinar el lugar de pago.

f) Prescripción

“En términos generales, la prescripción mercantil opera en *plazos más cortos* que los señalados para la extinción de obligaciones civiles. El C. de c. establece los plazos de uno, tres y cinco años para diversos supuestos y la norma general de diez años para los casos no previstos (art. 1047), que es igual a la del Derecho Civil (art. 1159 del C.c.)”³³

Vale la pena comentar que la prescripción prevista en el Código de Comercio (del artículo 1038 al 1048) es la *negativa*, es decir, como medio de extinción de obligaciones mercantiles. Mientras tanto el Código Civil regula la prescripción positiva (del artículo 1151 al 1157), por la cual se adquieren derechos y la negativa (del artículo 1158 al 1164).

1.5 Clasificación de los Contratos Mercantiles

El Código Civil para el Distrito Federal clasifica a los contratos bajo diversos criterios. Algunos autores consideran que tal clasificación también se puede aplicar a los contratos mercantiles.

Basándonos en artículos del citado Código podemos adoptar a la siguiente clasificación como aplicable a los contratos mercantiles:

a) Unilaterales

En los que solo una de las partes se obliga sin que ésta quede obligada (artículo 1835)

³³ ARCE, *op. cit.*, p. 25

- b) **Bilaterales**
Cuando ambas partes se obligan recíprocamente (artículo 1836)

- c) **Onerosos**
Cuando se estipulan provechos y gravámenes recíprocos (artículo 1837); que se dividen en contratos:
 - i. **Conmutativos**: cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebró el contrato, de manera que se puede apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que el contrato causará a las partes (artículo 1838)
 - ii. **Aleatorios**: cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la apreciación de la ganancia o pérdida para las partes (artículo 1838)

- d) **Gratuitos**
Cuando el provecho es solamente para una de las partes contratantes (artículo 1837)

La doctrina³⁴ agrega además otros criterios de clasificación y establece como criterios de clasificación adicionales:

- a) **Principales**
Cuando existe por sí mismo, con independencia de cualquier otro contrato

- b) **Accesorio**
Cuando el contrato no tiene existencia propia y por lo tanto, depende de la existencia y validez de un contrato principal

- c) **Instantáneos**
Cuando el contrato surte todos sus efectos en un solo acto

³⁴ TREVIÑO, *op. cit.*, pp. 69-71

- d) **De tracto sucesivo**
Cuando el contrato surte sus efectos a través del tiempo, no en un solo acto
- e) **Consensuales en oposición a reales**
Cuando se perfecciona con el solo consentimiento de los contratantes
- f) **Reales**
Cuando es necesaria la entrega de la cosa para considerar al contrato como perfeccionado
- g) **Consensuales en oposición a formales**
Cuando el consentimiento puede expresarse por cualquier medio, sin que ello afecte su validez
- h) **Formales**
Cuando la ley exige que el consentimiento se exprese en determinado medio para que el contrato sea válido
- i) **Nominados**
Cuando los contratos tienen un nombre que los determina
- j) **Innominados**
Cuando los contratos no cuentan con una regulación especial y por lo tanto, tampoco tienen un nombre que los determinen
- k) ***Intuitu personae***
Cuando los contratos se celebran tomando en cuenta las cualidades de las personas que participan en él.
- l) **Plurilateral**
En el que intervienen más de dos personas
- m) **De organización**
Cuando la firma del contrato va dirigido a la creación de una nueva organización social, es decir, una sociedad o asociación

Por su parte, el maestro Arce Gargollo sostiene que los contratos mercantiles tienen sus propios estándares de clasificación, los cuales se basan en la causa o finalidad económica de los mismos y nos permite agruparlos en:

- “a) Contratos de *cambio*, que procuran la circulación de la riqueza (bienes y servicios), ya sea dando un bien por otro, *do ut des* (compraventa, permita, cesión de crédito...), ya sea dando un bien a cambio de un hacer o un servicio, *do ut facias* (el transporte y los contratos de obra por empresa en general).
- b) Contratos de *colaboración*, en los que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica (empresa) de la obra (contratos de comisión, de mediación, de agencia,... de asistencia técnica)...
- c) Contratos de *prevención de riesgos*, en los que una parte cubre a la otra las consecuencias económicas de un determinado riesgo (el seguro en todas sus clases).
- d) Contratos de *conservación o custodia* de cosas (el depósito).
- e) Contratos de *crédito*, en los que al menos una parte concede crédito a la otra (... el préstamo, la cuenta corriente...).
- f) Contratos de *garantía*, dirigidos a asegurar el cumplimiento de obligaciones (fianza, prenda e hipoteca).”³⁵

1.6 Estructura de los Contratos Mercantiles

Aunque los Códigos Civil y de Comercio no definen la estructura que debe seguir un contrato, en la práctica los documentos presentan un mismo formato, el cual se compone de las siguientes partes:

a) **Proemio**

Es el encabezado en el que se indica de qué contrato se trata y quiénes lo celebran así como la denominación que se le dará a cada uno de los contratantes

En este punto vale la pena aclarar que, aunque las partes le den un nombre al contrato, esta denominación no es determinante en el mismo. Lo anterior se traduce en el hecho de que la naturaleza del contrato no la indica su denominación, sino su contenido. Así lo indica el siguiente criterio jurisprudencial:

³⁵ ARCE, *op. cit.*, p. 45

CONTRATOS, NOMBRE Y ESENCIA DE LOS. El nombre no hace al contrato, sino que la esencia de éste está más allá de la autonomía individual y depende de la naturaleza de las cosas, dado que las definiciones legales de los actos jurídicos no están a la disposición arbitraria de las partes, sino que pertenecen al orden público de la nación.³⁶

Amparo directo 2871/82. Julio Llaguno Manzano. 30 de junio de 1983. Cinco votos. Ponente: Gloria León Orantes.

Séptima Época, Cuarta Parte:

Volumen 61, página 23. Amparo directo 500/73. Gloria de Valoís Cabiedes. 10 de enero de 1974. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.

Volumen 26, página 28. Amparo directo 359/70. Esther Palacios de Barro. 4 de febrero de 1971. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Solís.

Quinta Época:

Tomo CXXVI, página 380. Revisión fiscal 17/55. Enrique Orozco Vargas. 7 de noviembre de 1955. Cinco votos. Ponente: José Rivera Pérez Campos.

Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975, Cuarta Parte, Tercera Sala, tesis 129, página 387, bajo el rubro "CONTRATOS, INTERPRETACION DE LOS."

Nota: En el Volumen 61, página 23, y en el Volumen 26, página 28, la tesis aparece bajo el rubro "CONTRATOS, NATURALEZA Y DENOMINACIÓN DE LOS."

b) Antecedentes o declaraciones

Permiten la identificación de cada una de las partes señalando, entre otros:

- i. Tipo de persona que contrata (física o moral)
- ii. Capacidad jurídica de las partes para celebrar el contrato
- iii. Objeto social o actividad principal de los contratantes
- iv. Datos del representante legal, si lo hubiere

³⁶ Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Tomo: 169-174 Cuarta Parte, p. 36.

- v. Domicilios de las partes
- vi. Cualquier otra manifestación que permita la identificación indubitable de quien participa en el contrato y su deseo de celebrar libremente el acuerdo

c) Cláusulas

Es la parte medular del contrato, pues contiene los derechos y obligaciones de los contratantes. En las cláusulas podemos encontrar:

- i. El objeto directo e indirecto del contrato
- ii. Lugar, forma y monto del pago
- iii. Duración del contrato
- iv. Otorgamiento de garantías
- v. Pena convencional
- vi. Causas de rescisión
- vii. Leyes aplicables para la interpretación del contrato
- viii. Tribunales a los que las partes se acogerán en caso de conflicto

d) Suscripción

Es el último apartado del contrato y señala:

- i. Lugar y fecha en que se firma el acuerdo
- ii. Nombre y firma de los contratantes o representantes legales
- iii. Nombre y firma de testigos

CAPÍTULO II

SUJETOS DE LA RELACIÓN JURÍDICO-TRIBUTARIA

Giuliani Fonrouge define al tributo como: “una prestación obligatoria, comúnmente en dinero, exigida por el Estado en virtud de su poder de imperio y que da lugar a relaciones jurídicas de derecho.”¹ Por su parte, Héctor Villegas sostiene que los: “tributos son *las prestaciones en dinero que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio en virtud de una ley para cubrir los gastos que le demanda el cumplimiento de sus fines.*”²

Las citadas definiciones son de gran importancia para nuestra investigación, ya que –además de explicar el concepto de tributo- incluyen un elemento clave en este estudio: la relación entre el Estado y el sujeto obligado a contribuir.

El propósito de este Segundo Capítulo es analizar el origen de la relación jurídico-tributaria, el concepto de obligación fiscal, los sujetos que participan en ella y la trascendencia de su determinación en el ámbito fiscal.

2.1 Origen de la Relación Jurídico-Tributaria

La relación entre el Estado y gobernados en materia tributaria, tiene su origen en la facultad del primero, para exigirle al segundo, el pago de una contribución.

Constitucionalmente encontramos el fundamento de este hecho en la fracción IV del artículo 31, que a la letra indica:

Artículo 31.- Son obligaciones de los mexicanos:

I.

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa en que dispongan las leyes.

¹ FONROUGE, Giuliani. Derecho Financiero, Vol. I, De Palma, Argentina, 1969, p. 151

² VILLEGAS, Héctor B. Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario, De Palma, Argentina, 1994. p. 67

Para explicar la facultad del Estado de exigirnos contribuir al gasto público, la doctrina presenta diversas teorías. Citamos algunas de ellas a modo de ejemplo:

a) Teoría de los servicios públicos

“Por servicio público entendemos, toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general de manera regular y continua ya sea que su prestación esté a cargo del Estado o bien de personas privadas bajo el control y vigilancia del Estado.”³

Acorde con esta idea, la obligación de contribuir surge para costear de la prestación de servicios públicos por parte del Estado. En ese caso, las contribuciones deben ser exactamente proporcionales al servicio público que recibe cada contribuyente.

Criticamos esta propuesta señalando que no toda la actividad del Estado se dirige a la prestación de servicios públicos; así como que las contribuciones no se fijan en razón del servicio que recibe el contribuyente del Estado. En tal supuesto, se trataría de una contraprestación –similar a la que se paga en un contrato civil- y ello rompería la esencia pública del Derecho Fiscal.

Igualmente debemos considerar que los servicios públicos se prestan a la sociedad en general, si aceptáramos esta teoría, también aceptaríamos que todos los miembros de la sociedad tienen obligación de contribuir; lo cual no es un concepto preciso.

b) Teoría de la sujeción

Esta corriente de opinión –de origen alemana- indica que el sólo hecho de pertenecer a un Estado justifica establecer con él una relación de subordinación, la cual produce la obligación de contribuir. En ese sentido, los extranjeros se liberan de la carga fiscal, pues no importa su situación particular; sólo es relevante su pertenencia a un Estado o a otro.

³ ESCOBAR Ramírez, Germán. Principios de Derecho Fiscal, OGS Editores, México, 2001. p. 131

La teoría de la sujeción es criticable, en tanto que en nuestro sistema tributario los extranjeros también tienen la obligación de contribuir. Desde el punto de vista de la doctrina, esta propuesta: “sólo expresa que la obligación de pagar los tributos surge por la sola relación Estado-súbdito, es decir, solamente una relación de poder.”⁴

c) Teoría de la necesidad social

“Sostiene la Teoría que el fundamento de los tributos está en la satisfacción que da el Estado a las necesidades sociales... el Estado necesita de recursos que le proporcionen las personas para satisfacer primero las necesidades generales de la población como alimento, vestido, servicios públicos...”⁵

La obligación de contribuir se justifica entonces en la satisfacción de necesidades de carácter social. Quizá la dificultad que entraña esta posición es la de determinar cuáles son las necesidades sociales. Si bien es cierto que tales necesidades pueden coincidir con los requerimientos de cada persona, cabe preguntarnos ¿en qué momento la necesidad individual se convierte en necesidad social? Los teóricos afirman que este hecho se da cuando, resolviendo la necesidad, permitimos que la sociedad subsista.

d) Teoría adoptada por la Constitución mexicana

Como citamos anteriormente, la fracción IV del artículo 31 constitucional, contiene la obligación de los mexicanos de contribuir con nuestro Estado para solventar el gasto público.

“Por lo tanto, el fundamento jurídico para tributar reside en la necesidad que los mexicanos tenemos de sufragar los gastos públicos.”⁶

Sin embargo, la norma constitucional no define el concepto de gasto público y esta es una de las grandes dificultades de la teoría que nos ocupa. El Maestro Margáin Manautou sostiene

⁴ RODRÍGUEZ Lobato, Raúl. *Derecho Fiscal*, Oxford, México, 1998.

⁵ ESCOBAR, *op. cit.*, p. 132

⁶ *Ibid*, p. 121

en su obra *Introducción al Estudio del Derecho Tributario Mexicano*:

“... por gasto público se entiende toda erogación hecha por el Estado a través de su administración activa, destinada a satisfacer las funciones de sus entidades en los términos previstos en el presupuesto.”⁷

Así entendido el gasto público debe tener las siguientes características:

- i. Que la erogación sea hecha a través de la administración activa
- ii. Que la erogación se destine a la satisfacción de las funciones de los entes que constituyen la administración activa de la Federación
- iii. Que la erogación esté prevista en el presupuesto de egresos
- iv. Que la erogación se haga con cargo a la partida destinada al renglón respectivo

Por otra parte, nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostiene el siguiente criterio jurisprudencial para definir el concepto de gasto público:

GASTOS PÚBLICOS. Por gastos públicos no deben entenderse todos los que pueda hacer el Estado, sino aquellos destinados a satisfacer las funciones y los servicios públicos.
Tomo LXV Arrigunaga Peón Manuel. P. 2723
Tomo LXIX Cabegut Alberto M. y coags. P. 398
Cabegut Alberto M. y coags. P. 5417
Tomo LXXV Mora Manuel F. P. 3603
Tomo LXXVI Domínguez Peón Álvaro. P. 648⁸
Jurisprudencia 118 (Quinta Época). P. 155, Sección Primera, Volumen.
Segunda Sala

⁷ *Ibid.*, p. 123

⁸ Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965. En la compilación de fallos de 1917 a 1954 (Apéndice al Tomo CXVIII). Se publicó con el mismo título. No. 510. p. 962

Cabe destacar que el citado criterio, además de incluir la satisfacción de funciones públicas para identificar a un gasto como público, no olvida que la prestación de servicios públicos es nota distintiva en la definición.

Concluimos que el origen de la relación jurídico-tributaria en México, está fundamentada en la fracción IV del artículo 31 constitucional; el cual nos obliga a contribuir para solventar el gasto público a los diferentes niveles de gobierno.

2.2 La Relación Jurídico-Tributaria

“A la relación fiscal se le define como el conjunto de obligaciones que se deben tanto el sujeto activo (fisco), como el sujeto pasivo (contribuyente), que se extinguen cuando ésta deja de realizar los hechos gravados por la ley.”⁹

La relación a la que hacemos referencia ahora, es el vínculo jurídico que se crea entre el Estado y los contribuyentes. Su importancia radica en el hecho de que es el origen de derechos y obligaciones entre las partes que participan en ella. De esas obligaciones trataremos en el siguiente apartado.

Para determinar la naturaleza jurídica de la relación jurídico-tributaria, los autores acostumbran compararla con las relaciones jurídicas en el ámbito Penal del Derecho. Lo anterior debido a las siguientes coincidencias:

- a) Las ramas Penal y Fiscal pertenecen al área del Derecho Público y por lo tanto, no regulan relaciones entre particulares, sino relaciones entre el Estado y particulares
- b) En ambas áreas destaca el principio de legalidad, expresado como: *nullum crimen et nulla poena sine lege*, para el Derecho Penal, y como: *nullum tributum sine lege* para el Derecho Fiscal. En el primer caso, el principio se refiere a la necesidad de determinar los crímenes y sus penas en una ley; en el segundo, a la de establecer los tributos –con todos sus

⁹ FERNÁNDEZ Martínez, Refugio de Jesús. Derecho Fiscal. Serie jurídica, Mc Graw Hill, México, 2000. p. 227

elementos- en una ley previa. De esta manera los gobernados tendrán claras sus obligaciones y derechos en ambos ámbitos, aún desde antes de que tales factores surjan a la vida jurídica. Así lo sostiene también el siguiente criterio judicial:

IMPUESTOS, ELEMENTOS ESENCIALES DE LOS. DEBEN ESTAR CONSIGNADOS EXPRESAMENTE EN LA LEY.

Al disponer el artículo 31 Constitucional, en su fracción IV, que son obligaciones de los mexicanos “contribuir para los gastos públicos, así de la Federación como del estado y municipio en que residan, de manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes”, no sólo establece que para la validez constitucional de un tributo es necesario que, primero, esté establecido por ley; segundo, sea proporcional y equitativo y, tercero, sea destinado al pago de los gastos públicos, sino que también exige que los elementos esenciales del mismo, como pueden ser el sujeto, objeto, base, tasa y época de pago, estén consignados de manera expresa en la ley, para que así no quede margen de arbitrariedad de las autoridades exactoras, ni para el cobro de impuestos imprevisibles o a título particular, sino que a la autoridad no queda otra cosa que aplicar las disposiciones generales de observancia obligatoria dictadas con anterioridad al caso concreto de cada causante y el sujeto pasivo de la relación tributaria pueda en todo momento conocer la forma cierta de contribuir para los gastos públicos de la Federación, del estado o municipio en que resida.¹⁰

AR 5332/75, Blanca Neyerberg de González, 31 agosto 1976, unanimidad 15 votos, vols. 91-96, primera parte, p. 90¹¹

Además de estas comparaciones, el Maestro Dino Jarach propone para comprender lo que debe entenderse por vínculo jurídico-tributario los siguientes enunciados:

¹⁰ Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Apéndice de 1995, Séptima Época, Instancia: Pleno, Tomo: I, Jurisprudencia 389,615, p. 165

¹¹ GUERRERO Lara, Ezequiel y otro. La Interpretación Constitucional de la Suprema Corte de Justicia (1917-1982), Tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984, pp. 1718-1719

- a) “La relación jurídica tributaria es una relación de derecho, no una relación de poder;
- b) La relación jurídica tributaria es una relación de carácter personal y obligacional;
- c) La relación jurídica tributaria comprende obligaciones y derechos tanto del Estado hacia los particulares, como de éstos hacia el Estado.”¹²

En el primer inciso el Maestro Jarach hace referencia a la doctrina alemana, que considera a las relaciones entre Estado y particulares como relaciones de poder, asumiendo una ineludible supremacía Estatal. El autor rechaza tal teoría por ser contraria al Estado de Derecho diciendo:

“Esta actitud, a mi juicio, es contraria a la naturaleza del Estado de derecho, en la que el Estado, como persona jurídica, se coloca en el ámbito de derecho, máxime en derecho tributario, en el que en virtud del principio de legalidad o de reserva y precisamente por una evolución histórico-constitucional, los intereses estatales no pueden hacerse valer sino a través del instrumento de la ley.”¹³

Por otra parte, también se debe analizar el carácter jurídico de las normas tributarias, ya que algunos autores afirman que tales disposiciones son en realidad un acto administrativo. Ello cambiaría la naturaleza de la relación tributaria.

Si bien es cierto que en materia Fiscal tenemos obligaciones de pago, también lo es que tenemos cargas netamente administrativas. Pensadores como Giannini¹⁴ sostienen que la relación tributaria es compleja en tanto implica una obligación principal de pago de contribuciones, y obligaciones accesorias como el pago de multas e intereses.

Si la norma fiscal fuera solamente un acto administrativo, se correría el grave riesgo de que el Estado actúe investido de una potestad tributaria ilimitada. Es por ello que Dino Jarach admite que las normas fiscales son en

¹² JARACH, Dino. *Curso Superior de Derecho Tributario*, CIMA, Argentina, 1969. p. 157

¹³ *Ibid*, p. 158

¹⁴ *Cfr.* GIANNINI, A. D., *Instituciones de Derecho Tributario*, Editorial de Derecho Financiero, España, 1957.

verdad normas jurídicas, ya que es la ley la que marca los límites a la actuación estatal y la que asegura la permanencia del Estado de Derecho. Por lo tanto, la relación jurídico-tributaria debe admitirse como una relación obligacional. Junto a ella podemos encontrar otras relaciones que generen obligaciones distintas, como la infracción administrativa que genera la multa.

Las relaciones jurídico-tributarias son entonces relaciones de Derecho, no de poder. Lo anterior debido a que:

“El poder público por ser tal, no puede exigir el pago de un tributo que no está previsto en la ley, ni en medida mayor que la que la ley determina; pero el particular no puede bajo ningún concepto, substraerse al pago de la obligación, ni invocar que se le reduzca lo que la ley ha establecido. Sus derechos están fijados en forma inalterable e intransigible por la norma tributaria.... No existe ninguna discrecionalidad por parte del acreedor o del deudor y, tampoco existe supremacía de una de las partes sobre la otra.”¹⁵

El segundo inciso que analizamos se refiere al hecho de que la relación tributaria es una obligación personal. Criterio que se fija en oposición al concepto de derechos personales, entendidos éstos como facultades *erga omnes* pertenecientes a una persona sobre una cosa en particular. Aunque en Derecho Fiscal podemos hablar de impuestos reales (los que gravan al objeto), eso no quiere decir que el vínculo que analizamos ahora sea también de carácter real. Todos los impuestos constituyen una obligación del contribuyente a favor del Estado y gracias a ello, el vínculo entre ambos se considera personal y obligacional.

Finalmente, el último inciso de este apartado se refiere al hecho de que la relación jurídico-tributaria produce derechos y obligaciones para los sujetos que participan en ella. El propósito de esta investigación no es determinar cuáles son tales cargas y facultades, como tampoco si representan una posición desfavorable para alguno de los sujetos; sólo analizamos el origen y naturaleza de la relación como parte del marco teórico del tema principal del trabajo.

¹⁵ *Ibid*, p. 165-167

2.3 Obligación Tributaria

La obligación se define:

“En sentido lato, vínculo de derecho entre dos o más personas en virtud del cual una de las partes, el acreedor, puede constreñir a la otra, el deudor, a realizar una prestación (dar, hacer o no hacer). En sentido estricto, sinónimo de deuda (la obligación es el reverso del crédito).”¹⁶

La teoría de las obligaciones, rubro obligatorio a estudiar en las actuales Facultades de Derecho, proviene del Derecho Romano y es precisamente esa disciplina la que se encargó de delinear el concepto de obligación jurídica como sigue:

“... en las *Instituciones* de Justiniano: *La obligación es un vínculo jurídico por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad. (Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura).*”¹⁷

El concepto de obligación evolucionó a la par del propio Derecho Romano. Apareció originalmente en el ámbito Penal para determinar que la conducta ilícita de una persona, no sólo es merecedora de una sanción, sino que también crea un vínculo traducido en la obligación a favor de quien resultó dañado por el ilícito penal. La teoría de las obligaciones romanas se amplió con el tiempo, hasta llegar admitir que en todas las áreas del Derecho las obligaciones crean vínculos jurídicos entre personas.

“La etimología de la palabra obligación proviene de la voz de origen latino *ob-* que significa por delante o por la causa de y *ligare-* sujetar, atar, ligar; significados con los que la doctrina explica la **obligación** como el vínculo jurídico por virtud del cual una persona denominada deudor, se encuentra constreñida jurídicamente a ejecutar algo a favor de otra persona llamada acreedor.”¹⁸

La doctrina civilista actual nos explica que las obligaciones, como vínculos jurídicos entre personas, tienen diversas fuentes a saber: la ley, los

¹⁶ *Diccionario Jurídico*, Temis, Colombia, 1990. p. 269

¹⁷ IGLESIAS González, Román. *Derecho Romano*, Colección textos jurídicos universitarios, Harla, México, 1993. p. 143

¹⁸ ESCOBAR, *op. cit.*, p. 147

contratos, la declaración unilateral de la voluntad, el enriquecimiento ilícito, la gestión de negocios y los hechos ilícitos.

En materia fiscal, la fuente de la obligación la encontramos en la ley. Lo anterior quiere decir que las condiciones en las que habrá de darse y sobretodo, de cumplirse la obligación, deben de estar contenidas en una disposición legal. Así pues, a diferencia del Derecho Privado, en el ámbito Fiscal las obligaciones tributarias no provienen de un acuerdo de voluntad. Por lo tanto, en la materia que nos ocupa no opera la autonomía de la voluntad, sino la coercibilidad de las disposiciones de carácter fiscal.

Es importante señalar que, a la luz del artículo 6° del Código Fiscal de la Federación, las obligaciones previstas en este instrumento legal se generan: “... conforme se realizan las situaciones jurídicas o de hecho, previstas en las leyes fiscales vigentes durante el lapso en que ocurran.” Cabe destacar también que la obligación fiscal no sólo implica el pago de contribuciones, como al efecto lo indica el último párrafo del artículo 1° del citado Código Fiscal:

Artículo 1°.- ...

Las personas que de conformidad con las leyes fiscales no estén obligadas a pagar contribuciones, únicamente tendrán las obligaciones que establezcan de forma expresa las propias leyes.

Existe la corriente de opinión que determina a una obligación como *jurídica*, solamente si dejar de cumplir con el precepto que contiene a la carga en cuestión, se traduce en la aplicación de una sanción. Esto es:

“... únicamente adquiere el sentido normativo de constituir una *obligación jurídica*, en la medida... en que de conformidad con el Código Fiscal de la Federación... la conducta contraria, esto es *no pagar los impuestos...*, constituye el supuesto condicionante de la sanción prevista en el propio ordenamiento mencionado.”¹⁹

En definitiva, las obligaciones fiscales son *ex lege* y por lo tanto, deben tener su origen en ley. Desde nuestro punto de vista, la determinación de la carga tributaria a través del principio de legalidad, lo dota del carácter jurídico. Es decir, no está sujeto a la voluntad del sujeto obligado, sino al

¹⁹ FERNÁNDEZ Y CUEVAS, José Mauricio. Derecho Constitucional Tributario. Dofiscal, México, 1983. p. 91

carácter coercible del propio Derecho. Corrobora lo anterior el siguiente criterio jurisprudencial:

CONTRIBUCIONES. El hecho de exigir las a quienes conforme a la ley no están afectos a ellas, importa una violación de garantías.²⁰

Tomo V. Manuel M. Conde, Sucs. P. 863

Tomo VIII. Antuñano y Cruz. P. 912

Tomo X. Ramírez José Manuel. P. 665

Tomo XVII. Banco Nacional de México, S.A. P. 1434

Banco de Tamaulipas, S.A. P. 1595

Finalizamos este apartado haciendo una comparación de la obligación contributiva y la obligación de carácter civil:

OBLIGACIÓN CIVIL	OBLIGACIÓN FISCAL
Regulada por normas del Derecho Privado	Regulada por normas del Derecho Público
Surge de diversas fuentes como: la ley, los contratos, la declaración unilateral de la voluntad, el enriquecimiento ilícito, la gestión de negocios y los hechos ilícitos	Surge de una fuente única: la Ley
El acreedor es regularmente un particular y el Estado, en casos excepcionales	El sujeto activo de la obligación, esto es el acreedor, regularmente es el Estado
El deudor es regularmente un particular y el Estado, en casos excepcionales	El sujeto pasivo de la obligación, esto es el deudor, regularmente es el contribuyente
Su finalidad es satisfacer los intereses particulares de deudor y acreedor	Su finalidad es la recaudación de ingresos para que el Estado solvete el gasto público
Las unidades económicas no pueden participar como deudores	Las unidades económicas, en determinados supuestos, son sujetos pasivos de la obligación

²⁰ Fuente. Semanario Judicial de la Federación, Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965, Quinta Época, Jurisprudencia 53 p. 73. Sección primera. Volumen 2º Sala. En la compilación de fallos de 1917 a 1954 (Apéndice al tomo CXVIII), publicó con el mismo título, No. 289. p. 550

Debido a que la legislación no nos define el concepto de obligación tributaria, es que acudimos a la comparación de conceptos doctrinarios para llegar a la conclusión de que la obligación fiscal es: *el vínculo jurídico en virtud del cual el Estado, en ejercicio de su potestad tributaria, impone la obligación de contribuir al gasto público a contribuyentes previamente establecidos en Ley y bajo las condiciones que el mismo ordenamiento señale.*

2.3.1 Elementos de la Obligación Tributaria

Los estudiosos del Derecho Fiscal, indican que la obligación tributaria tiene diversos elementos. De acuerdo con el Maestro Dino Jarach son:

“... en primer término, los hechos objetivos contenidos en la definición legal del presupuesto; en segundo término, la determinación subjetiva del sujeto o de los sujetos que resulten obligados al pago del gravamen y el momento de vinculación del presupuesto de hecho con el sujeto activo de la imposición; en tercer término, la base de medición, llamada también base imponible, esto es, la adopción de parámetros que sirvan para valorar cuantitativamente los hechos cuya verificación origina la obligación; en cuarto término, la delimitación en el espacio y en el tiempo de esos hechos; en quinto término la cantidad expresada en una suma finita o bien en un porcentaje o alícuota aplicable a la base imponible que representa o arroja como resultado el *quantum* de la obligación tributaria.”²¹

De esta manera, encontramos como elementos de la carga fiscal a los siguientes: hecho imponible, sujetos, base imponible, época y lugar para cumplir la obligación y, tasa o tarifa.

Cabe citar aquí el criterio del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, que sobre elementos de las contribuciones ha tenido a bien sostener:

LEY DEL SEGURO SOCIAL. SUS ARTICULOS CONTIENEN LOS ELEMENTOS QUE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS EXIGE PARA QUE LAS CONTRIBUCIONES QUE ESTABLECE SATISFAGAN EL REQUISITO DE CONSTITUCIONALIDAD. Los elementos esenciales que la Constitución establece para que las contribuciones puedan considerarse

²¹ JARACH, *op. cit.*, pp. 174-175

legales son: a). El objeto del impuesto. b). El sujeto pasivo. c). La tasa base; y se puede agregar d). La época de pago. Esos elementos deben estar fijados en la ley, por lo mismo no pueden ser objeto de señalamiento en un reglamento. La Ley del Seguro Social en su articulado contempla los elementos mencionados. Así vemos que: los artículos 7 y 11 de la Ley del Seguro Social se refieren al objeto de las cuotas obrero patronales, al señalar que las mismas se establecen para cubrir los seguros de riesgos de trabajo, enfermedades y maternidad, invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada, muerte y guarderías. Por lo que hace a los sujetos de las contribuciones de seguridad social se mencionan en el artículo 19, fracción III, de la propia Ley, en cuanto impone a los patrones la obligación de "enterar al Instituto Mexicano del Seguro Social el importe de las cuotas obrero patronales" y en tratándose de los trabajadores de la construcción la fracción V bis. Por cuanto hace a la base los artículos 32 y 36 la establecen al señalar que es el salario la base de la cotización y señalan también cómo se integra el salario para tal fin. Por último los artículos 78, 79, 80, 81, 114 y 117 fijan la tasa para el pago de dichas contribuciones y el artículo 45 dispone la época de pago; por lo tanto, cabe concluir que los elementos esenciales del impuesto los establece la ley. En consecuencia, si dichos elementos se encuentran contenidos en la Ley en cita, lógico es concluir que las contribuciones que se establecen en dicho ordenamiento son constitucionales.²²

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1114/93. Ernesto Preciado Antebi. 2 de junio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretario: Emiliano Hernández Salazar.²³

Debido a la amplitud del tema, en este apartado sólo analizaremos al elemento subjetivo de la obligación tributaria, esto es, a los sujetos.

2.4 Sujetos de la Obligación Tributaria

Como hemos sostenido en su oportunidad, la relación tributaria es personal, lo cual quiere decir que la determinación de los sujetos es determinante en el vínculo jurídico fiscal.

²² Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO, Tomo: XIII, Marzo de 1994, p. 395

²³ Cabría comparar este criterio con el que presenta el rubro: "IMPUESTOS, ELEMENTOS ESENCIALES DE LOS. DEBEN ESTAR CONSIGNADOS EXPRESAMENTE EN LA LEY." Citado en el apartado 2.2 de este Capítulo II.

Para analizar el tema de los sujetos de la obligación tributaria debemos de partir, del señalamiento que el sujeto activo es el Estado y, el sujeto pasivo es el contribuyente.

2.4.1 Sujeto Activo

“En el Derecho Tributario... existe un solo sujeto activo de dicha obligación y es el Estado, pues solamente él, como ente soberano, está investido de la potestad tributaria...”²⁴

Partiendo de esta idea, concebimos también que la principal atribución del Estado es hacer efectiva la obligación fiscal. Es decir, exigir el cumplimiento de las disposiciones fiscales, aún en contra de la voluntad de los sujetos obligados. Ello basado en la coercibilidad de las disposiciones legales que fundamentan el actuar estatal.

La justificación constitucional de la existencia de un sujeto pasivo, en las condiciones que hemos mencionado, lo encontramos en la fracción IV del artículo 31 constitucional. Este artículo prevé en todo caso que son: la Federación, los Estados y el Distrito Federal; así como los municipios quienes tienen la potestad tributaria.

En ese sentido encontramos fuentes impositivas exclusivas y concurrentes. Las primeras están reservadas únicamente para la Federación, en las segundas, pueden gravar la Federación, los Estados y los Municipios.

Solamente la Federación tiene potestad jurídica tributaria plena, los Estados y los Municipios, la tienen de manera reservada. La fracción VII del artículo 73 constitucional establece que el Congreso tiene la facultad de imponer “las contribuciones necesarias para cubrir el presupuesto”. Esta potestad es compartida con las entidades federativas, por lo tanto las contribuciones federales y locales están destinadas a cubrir el presupuesto del ejercicio fiscal en cuestión.

Para determinar las fuentes impositivas reservadas exclusivamente a la Federación, es necesario citar la fracción XXIX del artículo 73 constitucional:

²⁴ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 131

Artículo 73.- El Congreso tiene facultad:

I. ...

XXIX. Para establecer contribuciones sobre:

1º Sobre el comercio exterior;

2º Sobre el aprovechamiento y explotación de los recursos naturales comprendidos en los párrafos cuarto y quinto del artículo 27;

3º Sobre instituciones de crédito y sociedades de seguros;

4º Sobre servicios públicos concesionados o explotados directamente por la Federación; y

5º Especiales sobre:

a) Energía eléctrica;

b) Producción y consumo de tabacos labrados;

c) Gasolina y otros productos derivados del petróleo;

d) Cerillos y fósforos;

e) Aguamiel y productos de fermentación;

f) Explotación forestal; y

g) Producción y consumo de cerveza

Las entidades federativas participarán en el rendimiento de estas contribuciones especiales, en la proporción que la ley secundaria federal determine. Las legislaturas locales fijarán el porcentaje correspondiente a los Municipios, en sus ingresos por concepto del impuesto sobre energía eléctrica.

Es importante aclarar que:

“En la fracción XXIX se enumeran determinadas fuentes impositivas que sólo pueden ser gravadas por la Federación, sin que ello signifique que está impedida para gravar otras fuentes, en cuanto sea necesario para cubrir los gastos públicos...”²⁵

Es por ello, que en materia fiscal también hablamos de facultad impositiva concurrente, ella le da más vías de ingreso al Estado para finalmente cubrir el gasto público.

El poder impositivo para las entidades federativas lo encontramos determinadas bajo el principio de que: lo que no está reservado para la Federación es materia de los estados; así lo dice la Constitución Federal en su:

Artículo 124.- Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.

²⁵ MARGAÍN Manautou, Emilio. Introducción al Estudio del Derecho Tributario, Porrúa, México, 1991. p. 234

Todas las materias no incluidas en la citada fracción XXIX del artículo 73 constitucional, serán contribuciones locales. Por otra parte, el artículo 115 constitucional estableció en su fracción IV que el Municipio: “tendrá la libre administración de su hacienda”, como única manifestación de la potestad tributaria municipal.

Para aumentar la fuente de ingresos de las entidades y municipios, la Ley de Coordinación Fiscal²⁶ prevé la posibilidad de celebrar convenios entre esos entes y la Federación, a efecto de que los primeros participen en la recaudación federal. La Ley en comento regula también la celebración de convenios de colaboración administrativa, ello para hacer más eficiente la recaudación de ingresos públicos. Este esfuerzo de coordinar esfuerzos en materia fiscal también se dirige a evitar la doble tributación.

Concluimos con la idea de que el sujeto activo, se le denomina así, por ser el único facultado para expedir disposiciones legales en materia tributaria y hacerlas cumplir; esta es la potestad tributaria. Sabemos también que la Federación es el único sujeto activo que tiene este poder de manera plena, mientras que los estados y municipios enfrentan limitaciones en su ejercicio.

En el campo de los Convenios celebrados para evitar la doble tributación entre países también existe la denominación de sujeto activo:

“Son sujetos activos en la relación jurídica impositiva, los Estados que en el convenio de naturaleza fiscal intervienen o sea, son aquellos países que aceptan a través de un tratado tributario y en base a un acuerdo de voluntades de carácter contractual, establecer los lineamientos que permitan determinar y mantener tasas de retención que sean semejantes o en su caso, disposiciones que liberen a los ingresos generados en un Estado Contratante del cumplimiento fiscal a través de efectuar la retención del gravamen.”²⁷

En ese orden de ideas, las autoridades tributarias de los países firmantes de cada Convenio, se consideran como los sujetos activos de la obligación fiscal en el ámbito internacional.

²⁶ Publicada en el Diario Oficial de la Federación de 27 de diciembre de 1978.

²⁷ BETTINGER Barrios, Herbert. Estudio Práctico sobre los Convenios Impositivos para Evitar la Doble Tributación, Tomo I, ISEF, México, 2000. pp. 123-124

2.4.2 Sujeto Pasivo

“Por sujeto pasivo debemos entender la persona física o moral, mexicana o extranjera, que de acuerdo con las leyes fiscales está obligada a pagar contribuciones.”²⁸ A este respecto debemos citar el artículo 1º del Código Fiscal de la Federación:

Artículo 1º.- Las personas físicas y morales 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.

El asociante está obligado a pagar contribuciones y cumplir las obligaciones que establecen este Código y las leyes fiscales por la totalidad de los actos o actividades que se realicen, mediante cada asociación en participación de la que sea parte.

Los estados extranjeros, en casos de reciprocidad, no están obligados a pagar impuestos. No quedan comprendidos 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 obligaciones que establezcan de forma expresa las propias leyes.

De este artículo se desprende que debemos considerar como sujetos activos de la relación tributaria a los siguientes:

- a) **Personas físicas**
- b) **Personas morales**
- c) **Federación**, cuando la ley fiscal lo determine de manera expresa
- d) Las **unidades económicas** como asociación en participación
- e) Los **Estados extranjeros**, si existe el principio de reciprocidad con el Estado mexicano

²⁸ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 242

Sobre esta enunciación, mucho se ha discutido si es jurídicamente correcto considerar a las unidades económicas como sujetos pasivos:

“... la doctrina ha aceptado la posibilidad de que las unidades económicas sean capaces de ser sujetos de derecho en materia tributaria, y por lo tanto, puedan reunir la calidad de sujeto pasivo de la obligación fiscal. Se sostiene que, aceptando que el sujeto de derecho se define como un centro de imputación de derechos y obligaciones, ... se estará frente a un sujeto de derecho, independientemente del tratamiento que les del el Derecho Privado a propósito de la personalidad, por ello, se considera lógico y posible, jurídicamente, que los ordenamientos tributarios permitan que operen como elemento personal configurador del hecho imponible a las unidades económicas carentes de personalidad jurídica según otras ramas del derecho... se convierten en sí mismas, en un centro de imputación de derechos y obligaciones, reconociéndoseles, así, el carácter de sujeto pasivo de la obligación tributaria.”²⁹

Independientemente de discusiones doctrinales, no debemos perder de vista que el sujeto pasivo es la persona o el ente, que sufre una carga fiscal a favor del Estado. Se le denomina así porque el cumplimiento de su obligación no está sujeto a negociación alguna. Es decir, el sujeto pasivo se encuentra en una relación de subordinación frente a su acreedor. Lo actual se traduce en el hecho de que sólo el sujeto activo puede determinar las reglas, a las cuales el sujeto pasivo habrá de adherirse en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

Es importante aclarar que el sujeto pasivo no siempre es la persona que efectivamente paga la contribución, esto se debe a diversas causas, por ejemplo:

- a) La ley fiscal contempla la figura de la responsabilidad solidaria, por la cual el sujeto que cumple la obligación puede no ser el obligado original. Este es el caso de las personas obligadas acorde con el artículo 26 del Código Fiscal de la Federación:

Artículo 26.- Son responsables solidarios con los contribuyentes:

I. Los retenedores y las personas a quienes las leyes impongan la obligación de recaudar contribuciones a cargo de los contribuyentes, hasta por el monto de dichas contribuciones

²⁹ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 148-149

- II. Las personas que estén obligadas a efectuar pagos provisionales por cuenta del contribuyente, hasta por el monto de esos pagos
- III. Los liquidadores y síndicos por las contribuciones que debieron pagar a cargo de la sociedad en liquidación o en quiebra, así como aquellas que se causaron durante su gestión...
- IV. Los adquirentes de negociaciones, respecto de las contribuciones que se hubieren causado en relación con las actividades realizadas en la negociación, cuando pertenecía a otra persona, sin que la responsabilidad exceda del valor de la misma
- V. Los representantes, sea cual fuere el nombre con el que se les designe, de personas no residentes en el país, con cuya intervención éstas efectúen actividades por las que deban pagarse contribuciones, hasta por el monto de dichas contribuciones
- VI. Quienes ejerzan la patria potestad o la tutela, por las contribuciones a cargo de su representado
- VII. Los legatarios y los donatarios a título particular respecto de las obligaciones fiscales que se hubieran causado en relación con los bienes legados o donados, hasta por el monto de éstos.
- VIII. Quienes manifiesten su voluntad de asumir la responsabilidad solidaria
- IX. Los terceros que para garantizar el interés fiscal constituyan depósito, prenda o hipoteca o permitan el secuestro de bienes, hasta por el valor de los dados en garantía, sin que en ningún caso su responsabilidad exceda del monto del interés garantizado
- X. Los socios o accionistas, respecto de las contribuciones que se hubieran causado en relación con las actividades realizadas por la sociedad cuando tenían tal calidad, en la parte del interés fiscal que no alcance a ser garantizada con los bienes de la misma...
- 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 caso de que así proceda, el impuesto sobre la renta causado por el enajenante de tales acciones...
- XII. Las sociedades escindidas, por las contribuciones causadas en relación con la transmisión de los activos, pasivos y de capital transmitidos por la escidente...
- XIII. Las empresas residentes en México o los residentes en México que tengan un establecimiento permanente en el país, por un impuesto que se cause por el otorgamiento del uso o goce temporal de bienes...
- XIV. ...

- b) En materia tributaria no sólo existe la obligación de pago, también encontramos otro tipo de cargas como lo es el de proporcionar información a la autoridad fiscal. Lo anterior

obliga al sujeto a un hacer, no a un dar. Confirman lo anterior los siguientes artículos del Código Fiscal de la Federación:

Artículo 30-A.- Los contribuyentes que lleven su contabilidad o parte de ella utilizando registros electrónicos, deberán proporcionar a las autoridades fiscales, cuando así se lo soliciten, los medios procesables que utilicen, la información sobre sus clientes y proveedores, así como aquélla relacionada con su contabilidad que tengan en dichos medios

Artículo 32-B.- Las instituciones de crédito tendrán las siguientes obligaciones:

I. ...

IV. Proporcional en los términos de la Ley de Instituciones de Crédito y por conducto de la Comisión Nacional Bancaria, la información de los depósitos, servicios o cualquier tipo de operaciones que soliciten las autoridades fiscales a través del mismo conducto

- c) En el caso de que la ley fiscal permita la transmisión de la contribución, el sujeto que realiza el pago no es el sujeto pasivo original:

“El caso se presenta cuando se da el efecto de la traslación del tributo... donde el sujeto pasivo es la persona que realiza el hecho generador y el sujeto pagador es la persona en quien incide el tributo debido a la traslación del mismo, el primero viene a ser, pues, el contribuyente de derecho y el segundo, el contribuyente de hecho... en realidad el tributo se establece para ellos, los llamados contribuyentes de hecho, ... por su número y dificultad de control se establece un intermediario, el contribuyente de derecho, como colaborador del fisco en la recaudación.”³⁰

En atención a lo anterior, encontramos que la doctrina ha clasificado a los sujetos pasivos bajo diversos criterios. En concreto, el Maestro italiano Mario Pugliese clasificó a los sujetos pasivos en su obra *Instituciones de Derecho Financiero*, como sigue:

- a) **Sujeto pasivo por deuda propia**, este es el sujeto que se ubicó en el supuesto normativo contenido en el *hecho generador*, denominado así por Dino Jarach, al realizar un

³⁰ *Ibid*, p. 147

acto o actividad que lo obliga fiscalmente por así preverlo la propia disposición tributaria

- b) **Sujeto pasivo en parte por deuda propia y en parte por deuda ajena**, con responsabilidad en parte directa y en parte solidaria. Caso de los coherederos que están obligados por la parte que les corresponde sobre la masa hereditaria, así como la parte que les corresponde a los demás herederos

- c) **Sujeto pasivo por deuda de carácter mixto con responsabilidad directa**. Categoría que no existe en nuestra legislación tributaria.

- d) **Sujeto pasivo por deuda ajena con responsabilidad solidaria**. Por ejemplo, en el caso de los fedatarios públicos que omitan determinar y recaudar la contribución a cargo de las partes que acuden a él a la celebración de un acto jurídico. Ilustra este criterio, el párrafo segundo del artículo 73 del Código Fiscal de la Federación que prevé:

“Siempre que se omita el pago de una contribución cuya determinación corresponda a los funcionarios públicos o empleados públicos o a los notarios o corredores titulados, los accesorios serán a cargo exclusivamente de ellos, y los contribuyentes sólo quedarán obligados a pagar las contribuciones omitidas.”

- e) **Sujeto pasivo por deuda ajena con responsabilidad sustituta**, en este caso encontramos a los sujetos que voluntariamente adquieren la responsabilidad como lo prevé la fracción VIII del artículo 26 del Código Fiscal de la Federación

- f) **Sujeto pasivo por deuda ajena con responsabilidad objetiva**. Este es el supuesto aplicable al adquirente de un bien, que con una carga fiscal, se le transmitió junto con la propiedad:

“Dentro de la última categoría... se encuentran comprendidos los que adquieren un bien afecto al pago de créditos insolutos que el obligado directo no pagó cuando era propietario del bien que les dio nacimiento. Esta responsabilidad se va transmitiendo por los terceros que se van sucediendo en la propiedad del bien; de ahí el nombre de responsabilidad *ambulatoria* que también se le ha dado.”³¹

Es curioso observar que la legislación tributaria no nos da ninguna definición de contribuyente o sujeto pasivo. Lo único que encontramos son las disposiciones de Código Civil en el sentido de enunciar, en su artículo 1º, las personas obligadas a contribuir al gasto público –en concordancia con la fracción IV del artículo 31 constitucional- y más adelante, en su artículo 26, una referencia a los sujetos obligados solidariamente. Tampoco se distingue concepto alguno de la responsabilidad solidaria. La doctrina al efecto sostiene:

“En síntesis, responsable solidario lo es todo terco que conforma a la doctrina adquiere la responsabilidad sustituta, solidaria, objetiva, etc., no existiendo para los autores del Código Fiscal ninguna importancia en distinguir entre las distintas clases de responsabilidades que en materia fiscal pueden presentarse.”³²

Finalmente cabe aclarar que no sólo los mexicanos tenemos la calidad de sujetos pasivos; también los extranjeros pueden tenerla. En ese tópico encontramos una grave laguna legal, ya que ni siquiera la propia Constitución Federal no aclara el supuesto. Sólo nos marca la obligación de contribuir al gasto como *mexicanos*, pero no prevé nada sobre extranjeros. Es la ley especial la que contiene supuestos en los cuales los extranjeros pueden convertirse en sujetos pasivos. Como ejemplo citamos a la Ley del Impuesto Sobre la Renta, cuya disposición 5ª indica la posibilidad de acogerse a un tratado internacional para evitar la doble tributación, lo cual implica dos hechos: el primero, que nuestros nacionales paguen impuestos en el extranjero y el segundo, que los extranjeros paguen impuestos en México:

Artículo 5º.- Los beneficios de los tratados para evitar la doble tributación sólo serán aplicables a los contribuyentes que acrediten ser residentes en el país de que se trate y cumplan las disposiciones del propio tratados y de las demás disposiciones de procedimiento contenidas en esta Ley, incluyendo las obligaciones de registro, de presentar dictámenes y de designar representante legal. En los casos en que los tratados para evitar la doble tributación establezcan tasas de retención inferiores a las señaladas en esta Ley, las tasas

³¹ MARGÁIN, *op. cit.*, p. 264

³² *Ibid.*, p. 270

establecidas en dichos tratados se podrán aplicar directamente por el retenedor; en el caso de que el retenedor aplique tasas mayores a las señaladas en los tratados, el residente en el extranjero tendrá el derecho de solicitar la devolución por la diferencia que corresponda.

2.4.3 Criterios de Vinculación

El último apartado de este Capítulo Segundo se refiere a los criterios de vinculación, entendidos como: “el señalamiento por la ley de cómo, cuándo, dónde y por qué surge el nexo entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la obligación.”³³

Es importante determinar el criterio de vinculación, ya que es parte del supuesto previsto en ley que crea una obligación a cargo del sujeto pasivo y lo vincula directamente con su acreedor; el sujeto activo. Los criterios de vinculación más comunes son:

- a) **Nacionalidad**, esto es el vínculo jurídico entre persona y Nación del cual se desprenden derechos y obligaciones para ambas partes.
- b) **Domicilio**. Para determinarlo debemos atender a la legislación doméstica. En nuestro caso, es el artículo 10 del Código Fiscal de la Federación el que señala cómo definir el domicilio fiscal de personas físicas y morales
- c) **Residencia**. Concepto que igualmente se define en la legislación interna. El citado Código Fiscal señala los criterios para considerar a una persona como residente en México, en el artículo 9º
- d) **Fuente de riqueza**. Que obliga al sujeto pasivo cuando obtiene su ingreso en el país que impone la obligación de contribuir, bajo este criterio. Es el caso de México para el Impuesto Sobre la Renta, así lo indica el artículo 1º, fracción III, de la Ley de la materia

³³ RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 151

- e) **Establecimiento permanente.** Criterio definido en el artículo 2° de la Ley del Impuesto Sobre la Renta y que vincula al sujeto pasivo con el activo acorde con la fracción II del artículo 1° del mismo ordenamiento.

CAPÍTULO III

CONTRATO DE FIDEICOMISO

El propósito del Tercer Capítulo de este trabajo de investigación es analizar al contrato de fideicomiso desde sus antecedentes históricos, hasta su regulación actual. Para tal efecto rescataremos lo más relevante del marco jurídico vigente en referencia al fideicomiso.

3.1 Antecedentes Históricos

Los antecedentes históricos de la figura que nos ocupa, los encontramos básicamente en el Derecho Romano y en el Germánico. Como podremos observar en el desarrollo de este apartado, el fideicomiso conserva en la actualidad características que lo definieron desde su origen.

3.1.1 En el Derecho Romano

En la antigua civilización romana, se reconoció a los contratos como una importante fuente de obligaciones:

“En sus *Instituciones*, Gayo nos señala que las fuentes de las obligaciones son dos: el contrato y el delito (Gayo, 3, 88) entendiéndose por contrato el acuerdo de voluntades sancionado por el derecho civil, pudiéndose manifestar estas voluntades mediante palabras (*verbis*), por escrito (*litteris*), por la entrega de una cosa (*re*) o por medio del consentimiento (*consenso*) (Gayo, 3, 89).”¹

El fideicomiso aparece como contrato bajo la denominación *fiducia* que:

“... es un negocio formal por el que un propietario confía la propiedad de una *res mancipi* a alguien, llamado fiduciario, el cual se obliga a restituir en determinado momento aquella propiedad al fiduciante o a otra persona designada por éste. Para exigir tan restitución, el enajenante dispone de una

¹ IGLESIAS González, Román. *Derecho Romano*, Colección textos jurídicos universitarios, Harla, México, 1993. p. 150

acción civil que sirvió de modelo a las acciones de buena fe: la *actio fiduciae*.²

Cabe mencionar que la acción de la fiducia no nació en razón del pacto, sino de la enajenación.

Característica de la fiducia era que el acuerdo de voluntades se basaba en la buena fe, en la confianza entre las partes; circunstancia a la que se hacía referencia con el término *fides*. La fiducia permaneció vigente hasta la etapa clásica posterior³, de hecho fue sustituida por otros contratos.

El uso de la fiducia era cotidiano, sobretodo con efectos de garantía. En este caso, el propietario de la cosa fiduciada puede disponer plenamente de ella, pero se obliga a la restitución cuando el deudor fiduciante liquide la deuda principal. Existieron dos formas de fiducia: la *cum creditore* y la *cum amico*.

La primera de ellas –la fiducia *cum creditore*– era una operación, en la que el deudor (para garantizar su deuda) transmitía determinados bienes a su acreedor, quien los recibía con tal fin y a su vez, se obligaba a retransmitirlo al deudor, cuando hubiere pagado el crédito. Por otra parte, la fiducia *cum amico*, se empleaba para que aquella persona que recibía el bien transmitido, pudiera usarlo y disfrutarlo gratuitamente y en su propio provecho; una vez realizados esos fines, surgía la obligación de restitución. Esta fiducia se identificó con el comodato, como un préstamo gratuito de uso.

Finalmente, el fideicomiso también fue usado con fines testamentarios:

“El *fideicommissum* es un encargo que una persona, llamada fideicomitente, deja a otra, llamada fiduciario, que de algún modo va adquirir algo a consecuencia de la muerte de aquél, para que entonces lo cumpla, dentro de los límites de su adquisición y en provecho de un tercero llamado fideicomisario... surgió esta institución para gratificar a extranjeros, que carecían de la *testamenti factio* necesaria para recibir legados...”⁴

² D'ORS. *Derecho Privado Romano*, EUNSA, España, 1991. p. 518

³ A decir de los historiadores, la etapa posclásica en la historia del Derecho Romano se refiere al Imperio Absoluto. Inicia con el reinado de Diocleciano en el año 284 y termina en 476, año de la caída de Roma (en el Imperio Romano de Occidente) y en 1453, con la caída de Constantinopla (en el Imperio Romano de Oriente).

⁴ D'ORS, *op. cit.*, p. 378

Curiosamente, el fideicomiso por causa de muerte, no necesitaba encontrarse dentro del testamento del fideicomitente; bastaba con una palabra o un gesto para manifestar la voluntad de celebrarlo.

La legislación romana sin embargo, sí se aseguró de que el fiduciario cumpliera con su obligación -a pesar de que se prestaba juramento- también se facultó a los cónsules para exigir su cumplimiento.

El fideicomiso se utilizó con otros fines como manumitir a un esclavo (en el caso de la *fideicommissaria libertas*) o para vincular un patrimonio a personas de una misma familia (*fideicommissum familiae relictum*), éste último fue antecedente directo del fideicomiso de familia difundido durante la Edad Media.

3.1.2 En el Derecho Germánico y en el Derecho Anglosajón

En el Derecho Germánico encontramos tres figuras como antecedentes al actual fideicomiso: prenda inmobiliaria, *manusfidelis* y *salman*.

La prenda inmobiliaria era un medio por usado por el deudor para transmitir a su acreedor, con fin de garantía, un bien inmueble. También se obligaba el acreedor a la restitución del bien transmitido, cuando el deudor cumpliera con la obligación principal. Este pacto se asimila con la fiducia *cum creditore* de origen romano, sólo que el caso germánico los bienes transmitidos debían ser necesariamente inmuebles.

La *manusfidelis* permitía a un donante la transmisión de una cosa a un fiduciario (llamado *manusfidelis*), éste a su vez retransmitía al verdadero beneficiado la cosa adquirida, reservando al donante el derecho de goce sobre la cosa donada. La figura operaba principalmente entre los miembros del clero.

Finalmente en el *salman* o *treuhand* la persona intermediaria que realizaba la transmisión de un bien inmueble, del propietario original al adquirente definitivo; desempeñaba el cargo de fiduciario.

En el Derecho Anglosajón encontramos un importante antecedente del actual fideicomiso. El *trust* surge por el temor de las confiscaciones, que con origen en la guerra, se traducían en la pérdida de bienes. Se requería entonces contar con una regulación que permitiera realizar una transmisión directa a cierta persona de confianza con la que no se corriera el riesgo de perder el patrimonio. El origen del *trust* lo encontramos en el *use*, que:

“... consistía fundamentalmente en que una persona (*settlor*) propietario de una tierra, pasara a otra (*feoffe to use*) el dominio de ella, con el entendimiento entre las partes de que aun cuando el cesionario sería el dueño legítimo de la cosa, una tercera persona (*cestui que use*) tendría el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios y prerrogativas de verdadero propietario del bien. El cesionario (*feoffe*) recibía la plena propiedad de la cosa... confiando a su buena fe, de que poseyera para uso exclusivo el *cestui que use*, que podía ser el mismo *settlor*.”⁵

Cronológicamente el *use* evolucionó en *trust* como:

“... una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por lo cual la persona que los posee (*trustee*) está obligada en derecho de equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (*cestui que trust*). Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el *trust* (*settlor*).”⁶

De esta manera, el *trust* nos presenta a la confianza como elemento clave, por el cual el beneficiario debe apostar indudablemente al cumplimiento del fiduciario o *trustee*.

Por su parte, el creador del *trust*, es decir el *settlor*, tiene una función temporal: una vez creado el *trust*, la figura del *settlor* pierde razón de ser. Sin embargo cuenta con entera libertad de elegir a su beneficiario; tanto así que el propio *settlor* pudiera ser también beneficiario o *cestuis*.

Finalmente cabe citar que:

“La doctrina anglosajona sostiene que, por definición, no puede haber *trust* sin bienes específicos que constituyan su objeto. También admite que toda clase de bienes, ya sean muebles o inmuebles, legales o de equidad, son susceptibles, salvo prohibición legal expresa, de ser objeto de *trust*.”⁷

⁵ VEGA Corona, Dolores. “Breve esbozo del *trust* anglosajón”, en: *Revista de Derecho y Legislación*, Año 52, Nos. 626-628, Caracas. Julio-Septiembre 1963. p. 131

⁶ VILLAGORDOA Lozano, José Manuel. *Doctrina General del Fideicomiso*, Porrúa, México, 1982. p. 18

⁷ BATIZA, Rodolfo. *El Fideicomiso*, Porrúa, México, 1980. p. 59

3.1.3 En el Derecho Mexicano

En el caso de nuestro país, los antecedentes del fideicomiso los encontramos en referencia a las figuras del *fideicommissum* romano y del *trust* anglosajón. Para analizar brevemente el nacimiento del contrato que nos ocupa, citamos los antecedentes legislativos del fideicomiso en México:

a) **Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 24 de diciembre de 1924⁸**

Es la primera Ley del periodo posrevolucionario y también, la primera en referirse a los Bancos de Fideicomiso. Estas instituciones tuvieron como actividad principal la de administrar capitales.

Previó también la expedición posterior de una Ley especial para reglamentar la actividad de los Bancos de Fideicomisos.

b) **Ley de Bancos de Fideicomiso de 30 de junio de 1926⁹**

“La pretensión del legislador al expedir la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 fue la de crear una institución jurídica distinta con bases en el Derecho Anglosajón... Lo anterior se desprende de la exposición de motivos de la iniciativa de ley al señalar: (...) El nombre de fideicomiso..., como el que tradicionalmente se ha dado en nuestra lengua a la institución anglosajona, no significa en manera alguna lo que por él se ha entendido en el derecho antiguo, pues el nuevo fideicomiso es en realidad una institución distinta.”¹⁰

Esta fue Ley determina que los Bancos de Fideicomiso tendrían por objeto principal, la realización de operaciones a cuenta ajena –basadas en la buena fe-. Definió además la naturaleza jurídica del fideicomiso como sigue:

Artículo 6º.- El fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus frutos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario.

⁸ Publicada en el Diario Oficial de la Federación de 16 de enero de 1925.

⁹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación de 17 de julio de 1926.

¹⁰ ORTIZ Soltero, Sergio M. *El Fideicomiso Mexicano*, Porrúa, México, 2001. p.1

Dispuso que el fin del fideicomiso debía ser lícito y definió algunas causas de extinción, como el cumplimiento del objeto del fideicomiso.

c) **Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 31 de agosto de 1926**¹¹

Abroga a la Ley de Bancos de Fideicomiso del 30 de junio de 1926. Reguló a las Instituciones de Crédito, entre las cuales se consideró a los Bancos de Fideicomiso; que se establecían mediante concesión gubernamental por un tiempo de 30 años. Pretendió compilar diferentes operaciones y servicios bancarios, sistematizando y ordenando la información.

d) **Ley General de Instituciones de Crédito de 28 de junio de 1932**¹²

Clasificó a las instituciones de crédito en: instituciones nacionales de crédito y sociedades mexicanas. Estas últimas autorizadas, entre otras cosas, para actuar como fiduciarias.

“En el renglón fiduciario este ordenamiento reviste especial relevancia, en virtud de que se intenta aclarar la confusión existente entre el fideicomiso y los actos de administración o representación de terceros, por lo que el fideicomiso deja de ser legalmente considerado como un mandato irrevocable... En la ... exposición de motivos se intenta conceptualar al fideicomiso como: una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, precisándose así la naturaleza y los efectos de ese instituto.”¹³

El legislador pretendió en este caso dar una definición más clara de fideicomiso. Poco tiempo después apareció la legislación que complementaría la regulación de este contrato.

e) **Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932**¹⁴

A decir de la doctrina se trata de una Ley *sui generis*, vigente hasta la actualidad y de las pocas que han sufrido apenas algunas modificaciones.

¹¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación de 29 de noviembre de 1926.

¹² Publicada en Diario Oficial de la Federación de 29 de junio de 1932.

¹³ ORTIZ, *op. cit.*, p. 18

¹⁴ Publicada en Diario Oficial de la Federación de 27 de agosto de 1932.

Desde la exposición de motivos, el legislador admitió la necesidad de definir y regular claramente al fideicomiso. El análisis de las disposiciones de esta Ley se desarrollará conjuntamente a este Tercer Capítulo.

f) Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941¹⁵

Abrogó a la citada Ley de 1932. Dispuso que para dedicarse al ejercicio de la Banca y Crédito, habría que contar con concesión del Gobierno Federal.

Señaló que podrían ser concesionadas como Instituciones de Crédito las sociedades constituidas en forma de sociedad anónima –con capital fijo o variable- organizadas conforme a la actual Ley General de Sociedades Mercantiles. Entre otros, estos son los requisitos para brindar el servicio fiduciario.

La Ley en comento reguló también el secreto fiduciario.

g) Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982¹⁶

Derivada del Decreto de Nacionalización de la Banca de 1982, esta Ley reglamentó el servicio de banca y crédito en concordancia a lo señalado por el artículo 28 constitucional. No modificó en esencia a la figura del fideicomiso.

h) Ley Reglamentaria del Servicio de Público de Banca y Crédito de 1985¹⁷

Abrogó a las Leyes de 1941 y de 1982. Reguló que el servicio de banca y crédito debía considerarse como público y se brindaba solamente por instituciones de crédito –constituidas como sociedades nacionales de crédito-. Clasificándolas en: instituciones de banca múltiple, e instituciones de banca de desarrollo.

¹⁵ Publicada en Diario Oficial de la Federación de 31 de mayo de 1941.

¹⁶ Publicada en Diario Oficial de la Federación de 2 de diciembre de 1982.

¹⁷ Publicada en Diario Oficial de la Federación de 14 de enero de 1985.

- i) **Ley de Instituciones de Crédito de 1990**¹⁸
Actualmente en vigor, abrogó a la Ley Reglamentaria de 1985. El contenido de esta Ley –en referencia al fideicomiso– se analizará en el desarrollo de este Capítulo Tercero.

3.2 Marco Jurídico

El marco jurídico que rodea al fideicomiso es amplísimo. Para efectos de esta investigación nos centraremos en el análisis de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito como disposición básica para el comento de la figura que nos ocupa. Sin embargo, es importante citar que la regulación del fideicomiso va mucho más allá de esta Ley General.

A efecto de que el lector conozca de manera general el marco jurídico al que nos referimos, lo remitimos al primer anexo de este trabajo en donde encontrará un esquema que contiene la legislación regulatoria del fideicomiso en diversos sus ámbitos.

3.3 Concepto

“El fideicomiso es un contrato por virtud del cual se confieren facultades a un sujeto para que realice actos respecto a determinados bienes, a efecto de lograr un fin específico, en provecho de quien designa aquél que otorgar las facultades.

Sus antecedentes datan desde el derecho romano y germánico. Desde entonces ya se considera que fideicomiso es un encargo que se confía a la honradez y a la fe ajena.”¹⁹

Cabe recordar que la institución de la *fiducia* surge ligada a la sucesión, como medio de asegurar lo que sucedería con el patrimonio a la muerte de su titular. Posteriormente la evolución del propio Derecho llevó al fideicomiso a lograr otros fines como lo es la garantía de una deuda principal o bien, la simple administración de bienes en beneficio de un sujeto en particular.

¹⁸ Publicada en Diario Oficial de la Federación de 18 de julio de 1990.

¹⁹ VÁZQUEZ Del Mercado, Oscar. Contratos Mercantiles, Porrúa, México, 1997. p. 515

Doctrinalmente existe una fuerte discusión sobre el concepto de fideicomiso, algunas corrientes de opinión lo consideran como una declaración unilateral de voluntad, otras más como contrato y las últimas como un negocio jurídico.

El fideicomiso se constituye en principio por voluntad única del fideicomitente. Sin embargo cabe distinguir que uno es el acto unilateral por el cual el fideicomitente designa ciertos bienes a un fin lícito determinado y, otro –de carácter indudablemente bilateral- el contrato mediante el cual, el fideicomitente encomienda la realización de ese fin a una fiduciaria. De esta manera, uno es el acto constitutivo del fideicomiso por el que el fideicomitente afecta unilateralmente ciertos bienes a un fin determinado, y otro, el contrato por virtud del cual la institución fiduciaria se obliga a realizar el fin al que están afecto dichos bienes, a cambio de una contraprestación.

Una de las soluciones que ofrece la propia doctrina es dividir al fideicomiso en dos momentos: la constitución y la ejecución. En la primera etapa, basta una sola expresión de la voluntad: la del fideicomitente jurídicamente capaz y apto para crear esa situación. Otra cosa ocurre en la etapa de realización, en la cual no se producirán efectos de Derecho, si la fiduciaria no acepta el encargo.

El fideicomiso también se ha considerado como un negocio jurídico. La figura del negocio jurídico poco se rescata en la doctrina mexicana, ejemplo de ello es la obra del Maestro Villoro Toranzo²⁰ que distingue entre: hecho, acto y negocio jurídicos. En este orden de ideas, el hecho jurídico produce consecuencias jurídicas sin que intervenga la voluntad humana. En el acto, la voluntad humana interviene en su creación, no así en la producción de consecuencias de Derecho. Mientras que en el negocio jurídico, la voluntad de las partes interviene tanto en la creación del negocio; como en los efectos jurídicos que se producen.

El caso es este, el de Jorge Alfredo Domínguez que considera al fideicomiso como negocio jurídico porque:

“... los fines que se proponen mediante la celebración de un fideicomiso, van desde una transmisión de propiedad, pasando por la garantía de una prestación y la administración de un capital, hasta la liquidación de una universalidad para después de la muerte de su titular... todas <estas> consideraciones...”

²⁰ Cfr. VILLORO Toranzo, Miguel. *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1993.

permiten afirmar que el fideicomiso debe considerarse como una especie de los negocios jurídicos, en oposición a los actos *strictu sensu*.²¹

Por su parte, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito define al fideicomiso en su artículo 381²² bajo los siguientes términos:

“En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.”

Vale la pena mencionar que la interpretación judicial en México, ha señalado que, en la práctica, el fideicomiso es un contrato:

“... desde el punto de vista pragmático, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dictado determinadas tesis jurisprudenciales referidas a la naturaleza jurídica de la figura del fideicomiso, mismas que deben ser consideradas como opiniones fundamentales de carácter práctico por derivarse de operaciones fiduciarias que se han dirimido litigiosamente ante los tribunales judiciales, en las que se busca la solución de un conflicto legal entre las partes y solamente puede lograrse considerando al fideicomiso como un contrato... En la práctica fiduciaria cotidiana todas las operaciones de fideicomisos se celebran mediante contratos.”²³

A efecto de ilustrar el concepto de fideicomiso desde el punto de vista judicial citamos dos criterios. El primero de ellos refiere al fideicomiso como acto jurídico y el segundo, como negocio:

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 las partes o por terceros, y con las que expresamente se reserve el fideicomitente y las que para él se deriven del propio fideicomiso. De otro lado, la institución bancaria adquiere los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fin, y la obligación de sólo dedicarlos al objetivo que se establezca al respecto,

²¹ DOMÍNGUEZ Martínez, Jorge A. *El Fideicomiso*, Porrúa, México, 2001. p. 35

²² Reforma reciente publicada en el Diario Oficial de la Federación de 13 de junio de 2003.

²³ ORTIZ, *op. cit.*, p. 97

debiendo devolver los que se encuentran en su poder al extinguirse el fideicomiso, salvo pacto válido en sentido diverso.²⁴

Amparo directo 45/71. Crédito Algodonero de México, S.A. 16 de marzo de 1977. Cinco votos. Ponente: Gloria León Orantes. Secretario: Rogelio Camarena Cortés.

FIDEICOMISO. ES UN NEGOCIO JURIDICO Y NO PERSONA MORAL CORRESPONDIENDO SU REPRESENTACION A LA FIDUCIARIA. El fideicomiso es un contrato en el que los bienes se encuentran destinados a la finalidad del negocio y la representación en defensa de los intereses corresponde a la fiduciaria atento al contenido del artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, máxime cuando se reconoce, por tercera persona, que se trata de un fideicomiso y, partiendo de tal premisa, debe concluirse que con ello prácticamente se debe reconocer la legitimación de la fiduciaria para tener intervención en la controversia natural, sin que obste a lo anterior la circunstancia de que en el contrato base de la acción intervenga otra persona física en representación del fideicomiso, ya que, por disposición expresa legal, corresponde la debida representación en el juicio a la fiduciaria, siendo menester que se le conceda la garantía de audiencia en esa controversia; por ello es erróneo que se esté en presencia de una empresa o persona moral ya que el fideicomiso es un contrato y como tal no puede ser considerado como una persona jurídica colectiva.²⁵

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 153/95. Nacional Financiera, S.N.C., como fiduciaria de (INFOTEC). 26 de enero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis García Vasco. Secretario: Guillermo Campos Osorio.

De la comparación de estos dos criterios surge la siguiente inquietud: ¿cuál es entonces la naturaleza jurídica del fideicomiso?, ¿es un acto o un negocio jurídico? Para dilucidar estas cuestiones, en el siguiente apartado acudimos a las corrientes doctrinales más representativas sobre el tema.

²⁴ Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Instancia: Sala Auxiliar, Tomo: 97-102 Séptima Parte, Página: 71.

²⁵ Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Instancia: Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Tomo: XV-I, Febrero 1995, Tesis I.3º.C.768C, Página 187.

3.4 Naturaleza Jurídica

La doctrina nacional y extranjera se ha detenido a estudiar al fideicomiso, no sólo por su interesante origen y evolución; sino también por su compleja estructura. A continuación citamos las corrientes más representativas:

a) **El fideicomiso es un mandato**

Hipótesis presentada por el Maestro panameño Alfaro,²⁶ quien afirma (pensando en la figura del *trust* anglosajón) que el fideicomiso participa de la naturaleza jurídica del mandato. Curiosamente es el propio autor el que señala que la figura del mandato no es del todo adecuada al fideicomiso. En primer lugar porque el mandato es revocable y el fideicomiso no; además en el fideicomiso se da una transmisión de bienes y en el mandato no. Concluye definiéndolo 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.”²⁷

De esta manera, Alfaro homologa al fideicomiso con un mandato irrevocable y lo destaca del anterior, por el elemento de la confianza que priva entre las partes.

Esta teoría ha sido descartada por diversos teóricos en tanto que se encuentran grandes diferencias entre el fideicomiso y el mandato, como ejemplo tenemos:

- i. En el mandato el mandante es siempre dueño de los bienes que tiene el mandatario; en el fideicomiso, el patrimonio afectado forma una masa diferente al patrimonio del creador del fideicomiso o fideicomitente

²⁶ Cfr. ALFARO, Ricardo J. El Fideicomiso, estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución semejante al TRUST del derecho inglés, Imprenta nacional, Panamá, 1920.

²⁷ *Ibid.*, p. 48

ii. El mandante puede realizar actos encargados al mandatario; en el fideicomiso, el fideicomitente pierde el derecho de ejecutar actos para lograr la finalidad por él misma propuesta al constituir el fideicomiso

iii. El fiduciario ejercita los derechos relacionados al patrimonio fideicomitado, lo cual no lo convierte en mandatario del fideicomitente. Además en el mandato, el mandante no transmite derechos al mandatario para el cumplimiento de su función.

iv. Otras diferencias son:

“... en el mandato no hay afectación, el mandante es siempre el dueño de los bienes que tiene el mandatario. El patrimonio fideicomitado en cambio, por estar afectado, forma una masa separada de, patrimonio del fideicomitente. Los bienes afectos a un fideicomiso están sujetos a un régimen nuevo...”²⁸

Efectivamente, el fideicomiso y el mandato son figuras diferentes y no análogas. Tampoco el *trust* resulta suficiente para justificar al fideicomiso como un mandato irrevocable, ya que es muy complejo homologar una figura de origen anglosajón, a otra de origen romano.

b) El fideicomiso es un patrimonio sin titular

Teoría creada por el francés Pierre Lepaulle y representada por autores como: Molina Pasquel²⁹ y Villagordoa Lozano³⁰ en el sentido de afirmar que el fideicomiso es un patrimonio afectación. La transferencia de bienes producida por el fideicomiso pretende constituir un patrimonio especial.

“De acuerdo con este punto de vista, y con base en que todos los bienes pertenecientes a un sujeto son destinados a la satisfacción de ciertas necesidades, *resulta económica y jurídicamente fundada la formación de un patrimonio autónomo destinado a un fin lícito, sin que necesariamente tenga como requisito la existencia de un propietario determinado...*”³¹

²⁸ DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 91

²⁹ Cfr. MOLINA Pasquel, Roberto. *Los Derechos del Fideicomisario*, Jus, México, 1946.

³⁰ Cfr. VILLAGORDOA, *op. cit.*

³¹ DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 153

A decir de los autores citados, el fideicomiso constituye un patrimonio autónomo, por lo cual no pertenece a persona alguna. Bajo este orden de ideas se concibe al fideicomiso como una unidad independiente del patrimonio de donde proceda, por lo cual no tiene dueño. Por lo tanto, sobre los bienes afectados no pueden ejercerse sino acciones dirigidas a el fin que persigue el propio contrato.

La crítica a esta hipótesis radica en el hecho de que los bienes sujetos a fideicomiso no son autónomos. Así lo afirma el Maestro García Máynez:

“todo derecho es *a fortiori*, facultad jurídica de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado. Hablar de derechos sin titular es contradecirse...”³²

En nuestro Derecho, entendemos que el patrimonio siempre pertenece a una persona.

Es evidente que la autonomía del patrimonio en fideicomiso, no está en relación con la persona, sino en función de un vínculo jurídico-económico que permite afectar a ciertos bienes para la consecución de un fin superior.

c) El fideicomiso es una operación bancaria

Este criterio opera con base en el artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el sentido de que sólo puede ser practicado en nuestro país por instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley de la materia. Asimismo se afirma que el fideicomiso es un acto de comercio, fundamentando lo anterior en la fracción XIV del artículo 75 del Código de Comercio.

La hipótesis planteada ha sido fuertemente criticada porque se refiere de manera exclusiva al aspecto formal del fideicomiso, no así al fondo. Sin embargo, el hecho de que la fiduciaria sea una institución legalmente autorizada para ello, convierte al fideicomiso en una operación bancaria. Rodríguez y Rodríguez afirma a este respecto que una operación bancaria es: “toda aquella operación de crédito practicada por un banco con

³² GARCÍA Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, Porrúa, México, 1988. p. 283

carácter profesional y como eslabón de una serie de operaciones activas y pasivas similares.”³³

d) El fideicomiso es una institución

A decir de Hauriou³⁴, una institución es un fin que se realiza legalmente a través de una empresa u organización determinada.

Para entender este criterio, debemos pensar que algunos contratos caen en la definición de Hauriou como institución y, algunas instituciones toman a su vez, la forma de contrato.

Ledesma Uribe³⁵ considera un error entender al fideicomiso como contrato o como acto unilateral; desde su punto de vista, el fideicomiso admite la teoría de Hauriou y debe ser considerado como institución en tanto que contiene las ideas de:

i. Permanencia, en tanto que puede durar hasta 30 años; acorde con el artículo 34 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

ii. Comunidad institucional, porque hay un vínculo entre las partes del fideicomiso

iii. Órganos sujetos a un régimen estatutario, es decir, que la institución se rige por las normas contenidas en el documento que le dio vida

iv. Reconocimiento de su personalidad jurídica

La crítica a esta teoría apunta a pensar que el otorgamiento de personalidad jurídica a una institución, no es legalmente correcto. En este sentido, debemos aceptar que de un contrato puede surgir una institución; sin embargo el contrato no pierde su naturaleza jurídica original por ello.

³³ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. El Fideicomiso, en: Revista JUS, No. 94, T. XVI, México, Mayo, 1946. p. 54

³⁴ Cfr. HAURIOU, Maurice. Teoría de la Institución y de la Fundación, Abeledo-Perrot, Argentina, 1968.

³⁵ Cfr. LEDESMA Uribe, Idelfonso. El Fideicomiso en el Derecho Mexicano y notas para un estudio en el Derecho Comparado, Tesis, México, 1970.

“Nada impide el análisis del mismo <fideicomiso> conforme a la teoría general del acto jurídico... sino que es en ello que, ... se encuentra la esencia misma del fideicomiso.”³⁶

e) El fideicomiso es un contrato

Al negar que las teorías anteriores den una explicación suficiente sobre la naturaleza del fideicomiso, otros autores como Batiza³⁷, afirman que el fideicomiso es simplemente un contrato. Lo anterior aludiendo a que la figura debe encuadrarse en las categorías existentes en el orden jurídico vigente, y no, en categorías de sistemas jurídicos extranjeros.

Si el fideicomiso deriva de un acuerdo de voluntades, con el propósito de generar determinadas consecuencias de Derecho; los seguidores de esta teoría indican que no puede pensarse más que el fideicomiso es un contrato. A pesar de ello, la Ley de la materia no define al fideicomiso como tal. ¿Sería entonces correcto admitir esta hipótesis doctrinal?

“Si la característica de los contratos es el de producir entre las partes derechos y obligaciones recíprocos, esta característica no falta en el fideicomiso, constituido el cual surgen tales derechos y obligaciones entre el fiduciario y el fideicomisario o el fideicomitente o ambos...”³⁸

La crítica a esta teoría es sostenida por el Maestro Villagordoa que, al referirse a Batiza, indica:

“Este autor señala como elementos a lo que en realidad se trata de una doble relación jurídica dentro de un solo negocio, pues la relación real opera entre fideicomitente y fiduciario y la relación obligatoria entre el fiduciario y el fideicomisario, pues el primero está obligado, por virtud del fideicomiso mismo, a ejercitar en beneficio del fideicomisario, los derechos transmitidos por el fideicomitente. En vista de lo anterior se concluye que el contrato de fideicomiso es una especie de negocio fiduciario.”³⁹

Lo cual, nos lleva a retomar un hecho que se comentó en apartados anteriores; el fideicomiso es un negocio jurídico.

³⁶ DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 165

³⁷ Cfr. BATIZA, Rodolfo. Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria, Porrúa, México, 1985.

³⁸ *Ibid.*, p. 39

³⁹ VILLAGORDOA, *op. cit.*, p. 107

f) El fideicomiso es un negocio jurídico

Uno de los expositores de esta teoría es el Maestro Domínguez, quien sostiene que sin lugar a dudas, el fideicomiso es un negocio jurídico. Lo anterior fundamentado en el hecho de que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece una gran versatilidad para la operación del fideicomiso. Indica además que tal flexibilidad solamente se puede presentarse en tratándose de negocios jurídicos.

Aunado a lo anterior, los muchos fines que puede perseguir el fideicomiso –garantía, transmisión de propiedad, administración de un capital- también apoyan la hipótesis de considerar al fideicomiso como un negocio. Concluye el Maestro Domínguez:

“... el fideicomiso es un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad... es factible encontrar la naturaleza jurídica del fideicomiso en la teoría general del acto jurídico...”⁴⁰

Cabe recordar que en el apartado 3.2 de este Capítulo, analizamos la posibilidad de que el fideicomiso sea un negocio jurídico. Lo anterior fundamentado en la teoría que define al negocio jurídico como aquel acto jurídico por el cual, las partes manifiestan su voluntad de crear el negocio y también de producir determinadas consecuencias de Derecho.

Bajo este orden de ideas y para efectos de esta investigación, seguiremos la teoría de Domínguez en el sentido de que:

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

⁴⁰ DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 186

3.5 Mercantilidad

La mercantilidad del fideicomiso se fundamenta en el artículo 1º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual señala que las operaciones de crédito son actos de comercio. Asimismo la fracción XIV del artículo 75 del Código de Comercio indica como una especie de acto de comercio, a las operaciones de banco. A su vez, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito prevé que solamente serán instituciones fiduciarias, las autorizadas por la Ley de Instituciones de Crédito.

Esta última legislación, regula en su artículo 2º que el servicio de banca y crédito será prestado por instituciones de crédito.

Por otra parte, el fideicomiso tiene naturaleza mercantil apoyado en el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Vale la pena aclarar, que a pesar de que el fideicomiso sea considerado por la ley como un acto de comercio; también es posible que pierda la absoluta calidad de mercantil para producir efectos de otro tipo.

“La práctica bancaria demuestra que el fideicomiso con frecuencia constituye un ‘acto mixto’ en los términos del artículo 1050 del Código de Comercio, civil para el fideicomitente y mercantil para el fiduciario, en virtud de su calidad de institución bancaria. Dicho acto mixto (ampliando el concepto legal, de éste) es susceptible inclusive de ser administrativo (fideicomisos públicos), laboral (el que se constituyera por un sindicato) y, posiblemente, hasta agrario.”⁴¹

3.6 Elementos Personales

Los elementos personales del negocio fiduciario son: fideicomitente, fiduciaria y fideicomisario. En este apartado analizaremos a cada uno de ellos en relación a los derechos y obligaciones que les corresponden por participar en el contrato que nos ocupa.

⁴¹ BATIZA, *op. cit.*, p. 41

3.6.1 Fideicomitente

El fideicomitente es la persona física o moral que destina determinados bienes a la consecución de un fin, mediante la acción de una fiduciaria en beneficio del fideicomisario.⁴²

Para ser fideicomitente, la persona debe tener capacidad jurídica suficiente para la celebración del negocio, esto es, debe tener capacidad de goce y ejercicio.⁴³ A este respecto recordamos que el Código Civil para el Distrito Federal prevé en su artículo 22:

“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.”

En el caso de personas físicas, entendemos que no pueden ser fideicomitentes:

- a) Los menores de edad⁴⁴, ya que solamente los mayores de edad pueden disponer libremente de sus personas y sus bienes, acorde con el artículo 24 del citado Código Civil
- b) Los menores de edad emancipados, que no cuenten con autorización judicial para transmitir los bienes de su propiedad⁴⁵
- c) Los mayores de edad privados de su inteligencia por afección

⁴² El artículo 381 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito indica: “En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.”

⁴³ El artículo 384 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito a la letra contiene: “Sólo pueden ser fideicomitentes las personas con capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos objeto de fideicomiso, según sea el caso, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes para ello.”

⁴⁴ El artículo 646 del Código Civil para el Distrito Federal dispone: “La mayor edad comienza a los dieciocho años.”

⁴⁵ El artículo 643 del Código Civil para el Distrito Federal señala a este respecto: “El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

I. Autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces, y
II. De un tutor para negocios judiciales

mental.⁴⁶

Asimismo el fideicomitente debe ser propietario de los bienes que pretende afectar con el fideicomiso. Lo anterior implica que incluso las personas físicas extranjeras pueden actuar como fideicomitentes, sobre los bienes que les sean propios. Apoya lo anterior el artículo 13 del Código de Comercio al señalar:

“Los extranjeros serán libres para ejercer el comercio, según se hubiere convenido en los tratados con sus respectivas naciones, y lo que dispusieren las leyes que arreglen los derechos y obligaciones de los extranjeros.”

Igualmente el artículo 148 del Reglamento de la Ley General de Población indica:

“Los extranjeros y extranjeras podrán realizar cualquier acto, aun de dominio, sobre los bienes que les sean propios, sin requerir permiso de la Secretaría.”⁴⁷

Como citamos, el fideicomitente también puede ser una persona moral, es decir, todas aquellas comprendidas en el artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal.⁴⁸ De esta manera, no podrán ser fideicomitentes las personas morales que no cumplan los requisitos legales para su funcionamiento; igualmente en el caso de las personas morales extranjeras que no cumplan con las exigencias legales para operar en nuestro país.

Cabe señalar que puede existir pluralidad de fideicomitentes en el mismo fideicomiso, lo cual puede ocurrir por:

⁴⁶ El artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal cita: “Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado peculiar de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

⁴⁷ En referencia a la Secretaría de Gobernación

⁴⁸ El artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal señala: “Son personas morales:

I. La Nación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios;

II. Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley;

III. Las sociedades civiles o mercantiles;

IV. Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal;

V. Las sociedades cooperativas y mutualistas;

VI. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley, y

VII. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736.

- a) El régimen legal al que está sujeto el bien que se va a afectar con el fideicomiso; por ejemplo: copropiedad, sociedad conyugal.
- b) La voluntad de los contratantes, este es el caso en el que varias personas se reúnen para aportar diversos bienes al mismo fideicomiso, para la consecución de un fin determinado.

En la figura del fideicomitente, también se puede reunir la calidad de fideicomisario. Ello:

“En el supuesto que en el acto constitutivo el fideicomitente no haya nombrado fideicomisario, se debe entender que es él quien asume esa calidad y quien conserva el derecho de instruir a la fiduciaria para disponer de los bienes en la forma y con las modalidades que mejor le convenga, con la única condición que no sean contrarias a derecho...”⁴⁹

Lo mismo ocurre:

“Si el fideicomitente fallece sin designar fideicomisarios, los derechos de ésta naturaleza forman parte de la masa hereditaria del fideicomitente y seguirán la suerte de los otros bienes que no estaban afectos al fideicomiso, atendiendo a las características de sí es una sucesión legal o testamentaria, por los que la fiduciaria debe esperar la resolución judicial y acatarla en sus términos.”⁵⁰

Acorde con el Maestro Ortiz Soltero, son derechos del fideicomitente:

- a) Reservarse, en el acto constitutivo, los derechos que a su interés convengan
- b) Designar a la fiduciaria o fiduciarias
- c) Designar fideicomisario o fideicomisarios
- d) Autodesignarse como fideicomisario
- e) Transmitir los bienes de su propiedad a la fiduciaria

⁴⁹ ORTIZ, *op. cit.*, p.113

⁵⁰ *ídem*

- f) Designar un Comité Técnico
- g) Revocar el acto jurídico que dio origen al fideicomiso, excepto tratándose de fideicomisos que garanticen obligaciones de hacer, dar o no hacer
- h) Modifica el acto jurídico que dio origen al fideicomiso, con la misma excepción del inciso anterior
- i) Revocar la designación de fideicomisarios
- j) Exigir a la fiduciaria el cumplimiento de los fines del fideicomiso
- k) Pactar honorarios de la fiduciaria
- l) Instruir a la fiduciaria para el otorgamiento de poderes a favor de terceros, aun cuando no sean parte del fideicomiso
- m) Exigir a la fiduciaria la devolución de los bienes, cuando sea procedente acorde con la naturaleza y consecuencias del fideicomiso

El Maestro Villagordoa Lozano⁵¹, agrega además como derechos del fideicomitente:

- a) Señalar los fines del fideicomiso
- b) Reservarse determinados derechos sobre la materia del fideicomiso
- c) Exigir al fiduciario la rendición de cuentas de su gestión
- d) En los fideicomisos onerosos, exigir el fideicomisario la contraprestación a que tenga derecho

⁵¹ Cfr. Revista Mexicana de Justicia, Procuraduría General de Justicia, Nueva época, No. 1, enero-marzo 1993, México, 1993.

- e) En caso de incumplimiento, exigir de la contraparte el cumplimiento o la rescisión del fideicomiso, con el resarcimiento de los daños y perjuicios causados

Por otra parte, las obligaciones del fideicomitente son para el Maestro Ortiz las siguientes:

- a) Cumplir o perfeccionar los actos que hubiese realizado la fiduciaria en el desempeño de sus funciones, para alcanzar los fines del fideicomiso
- b) Pagar los honorarios profesionales, gastos, impuestos y derechos que se causen con motivo del fideicomiso
- c) Notificar a la fiduciaria de cualquier hecho o acto que pudiera afectar al patrimonio fideicomitado
- d) Sustituir a la fiduciaria original por otra institución, en el caso de que la primera renuncie
- e) Responder al saneamiento para el caso de evicción

Para el Maestro Villagordoa, la principal obligación del fideicomitente es transmitir a la fiduciaria de los bienes y derechos del fideicomiso.

3.6.2 Fiduciario

“Es la persona que tiene la titularidad de los bienes o derechos fideicomitados y que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso, a través del ejercicio obligatorio de los derechos recibidos del fideicomitente.”⁵²

Por su parte, el artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito indica:

⁵² *Ibid*, p. 26

Artículo 385.- Sólo pueden ser instituciones fiduciarias las expresamente autorizadas para ello conforme a la ley.

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 subsistir.

Salvo lo que se prevea en el fideicomiso, cuando por renuncia o remoción de la institución fiduciaria concluya el desempeño de su cargo, deberá designarse a otra institución fiduciaria que la substituya. Si no fuere posible esta substitución, el fideicomiso se dará por extinguido.

Bajo este orden de ideas, pueden ser fiduciarias:

- a) Instituciones de crédito, múltiple o de desarrollo,⁵³ autorizadas por el Gobierno Federal para practicar las operaciones señaladas en la fracción XV del artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito⁵⁴
- b) Casas de bolsa, instituciones de seguros y fianzas, en los términos de la Ley de la materia
- c) Instituciones de crédito, de fianzas, sociedades financieras de objeto limitado y, almacenes generales de depósito; acorde con el artículo 399 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, para los fideicomisos con fin de garantizar obligaciones a su favor⁵⁵

⁵³ El artículo 2º de la Ley de Instituciones de Crédito señala: “El servicio de banca y crédito sólo podrá prestarse por instituciones de crédito, que podrán ser:

I. Instituciones de banca múltiple, y

II. Instituciones de banca de desarrollo.

Para efectos de lo dispuesto en la presente ley, se considera servicio de banca y crédito la captación de recursos del público en el mercado nacional para su colocación en el público, mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos pactados.”

⁵⁴ La fracción XV del artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito indica: “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”

⁵⁵ Para actuar como fiduciarias, las instituciones de seguros, las instituciones de fianzas, las sociedades financieras de objeto limitado y los almacenes generales de depósito; deben contar con un capital mínimo adicional determinado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, previa opinión de las Comisiones Nacionales Bancaria y de Valores y de Seguros y Fianzas, y del Banco de México. Requieren también de autorización del gobierno federal a través de la citada Secretaría de Estado.

Como podemos observar, las instituciones que funcionan como fiduciarias deben contar con autorización gubernamental⁵⁶:

“La autorización estatal viene a constituir el sello de garantía al menos como valor fuera de duda plasmado en la ley, en el sentido de considerar a quienes han obtenido la autorización portadores de una probidad absoluta, bajo el entendido de esperar con seguridad, una actuación imparcial dentro de todo aquello necesario e indispensable, determinado como lo mejor en protección de los inversionistas, primordialmente en lo referido a la realización de los objetivos o fines del fideicomiso.”⁵⁷

Con el aval del Estado, la institución fiduciaria asegura al fideicomitente el éxito del fideicomiso.

Es importante señalar también que la fiduciaria puede ser al mismo tiempo fideicomisaria. Lo anterior en virtud de que el artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito prevé en su último párrafo:

“La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que tengan por fin servir como instrumentos 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 convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses.”

Así pues, la fiduciaria podrá ser fideicomisaria sólo como excepción al citado artículo 382, siempre y cuando el fideicomiso persiga como fin garantizar el cumplimiento de una obligación de crédito.

Como ya lo habíamos comentado, el nombramiento de la institución que debe operar como fiduciaria, compete el fideicomitente. Este acto se puede llevar a cabo en dos momentos diferentes: en el acto constitutivo del fideicomiso o en convenio modificatorio del mismo. De hecho, el fideicomitente puede incluso nombrar varias fiduciarias; así lo prevé el artículo 385 de la citada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

⁵⁶ A este respecto el artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se lee: “Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito ...”

⁵⁷ GONZÁLEZ Quintanilla, José Arturo. “Consideraciones sobre la Adición al Artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en Materia de Fideicomiso, Mediante la Cual se Faculta a la Fiduciaria a Detentar También el Carácter de Fideicomisaria”, en: Actualidad y Futuro del Fideicomiso en México. Coordinador: Jesús Roalandini, Instituto Fiduciario Bancomer, México, 1997.

De este modo queda claro que el nombramiento de fiduciaria, no es definitivo, ya que el fideicomitente tiene la facultad de remover a la institución elegida de origen y cambiarla por otra. Pensamos que en este sentido, el legislador fue respetuoso de la libertad contractual del fideicomitente y respetó también la libertad de escoger a la fiduciaria e incluso cambiar su decisión.

Siguiendo al Maestro Ortiz, son considerados como derechos de la fiduciaria los siguientes:

- a) Exigir que el fideicomitente cumplimente los actos que la fiduciaria haya ejecutado en cumplimiento a los fines del fideicomiso
- b) Recibir el pago de los honorarios pactados
- c) Recibir notificación de las situaciones que puedan afectar a los bienes fideicomitados
- d) Recibir posesión física del bien inmueble, si ese es el bien afectado por el fideicomiso
- e) Recibir documentos e información relativa a los bienes fideicomitados

Respecto a las obligaciones de la fiduciaria, su cumplimiento:

“... es correlativo al ejercicio de los derechos que se transmiten, pues está obligado a ejercitarlos para alcanzar los fines del fideicomiso. Estas obligaciones pueden ser de dar, hacer y no hacer. Dentro de las obligaciones de dar nos encontramos las de pagar al fideicomisario los beneficios del fideicomiso; entre las obligaciones de hacer se encuentran primordialmente las de ejecutar los fines del fideicomiso. Por último, las obligaciones de no hacer comprenden las de abstenerse de hacer mal uso de los derechos fideicomitados y de no excederse en el ejercicio de las facultades que se le confieren.”⁵⁸

⁵⁸ VILLAGORDOA Lozano, José Manuel. “Algunas Consideraciones sobre el Fideicomiso Mexicano” en: Revista Mexicana de Justicia, Procuraduría General de Justicia, Nueva época, No. 1, enero-marzo 1993, México, 1993. p. 26

3.6.3 Fideicomisario

“El fideicomisario es la persona física o moral que recibe los beneficios del fideicomiso, sin que sea un elemento esencial para la existencia del fideicomiso, ya que si no se designa por el fideicomitente en el acto constitutivo, éste último sería en quien recayera dicha calidad; sin perjuicio que el propio fideicomitente podrá designar fideicomisario distinto a él mediante convenio modificatorio o mediante simple carta de instrucción certificada dirigida a la fiduciaria.”⁵⁹

Apoya lo anterior lo citado en el artículo 383 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

Artículo 383.- El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultanea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 394.

Cuando sean dos o más fideicomisarios y deba consultarse su voluntad, en cuanto no esté previsto en el fideicomiso, las decisiones se tomarán por 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.

Bajo este orden de ideas, y con fundamento en el artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, son derechos del fideicomisario:

- a) Los que deriven del acto constitutivo del fideicomiso
- b) Exigir de la fiduciaria el cumplimiento de los fines previstos por el fideicomitente al crear el fideicomiso
- c) Exigir de la fiduciaria el rendimiento de cuentas relativo al manejo del fideicomiso
- d) Reclamar los productos del fideicomiso
- e) Modificar el contrato de fideicomiso
- f) Sustituir a la institución fiduciaria

⁵⁹ ORTIZ, *op. cit.*, p. 137

- g) Ceder sus derechos a otro beneficiario
- c) Cuando proceda, reivindicar los bienes que hayan salido del patrimonio fideicomitado por malos manejos de la fiduciaria

Es evidente que los derechos adquiridos por el fideicomisario tendrán un alcance determinado por los fines que persiga el fideicomiso. A tal efecto remitimos al apartado 3.8 de este Capítulo Tercero. Por ahora, sólo mencionamos que los derechos del fideicomisario son derechos personales que se derivan de la relación jurídica establecida con la fiduciaria

Las obligaciones del fideicomisario serán entonces:

- a) Pagar los honorarios pactados con la fiduciaria
- b) Notificar a la fiduciaria de situaciones que afecten al patrimonio sujeto al fideicomiso
- c) No obstaculizar el cumplimiento de las obligaciones de la fiduciaria
- d) Notificar a la fiduciaria el caso de cesión de derechos a otra persona.

3.6.4 Comité Técnico

Algunos autores, como es el caso de Miguel Acosta Romero, consideran al Comité Técnico dentro de los elementos personales del fideicomiso. Al respecto el Maestro Vázquez del Mercado señala:

“En la Ley de Instituciones de Crédito, artículo 80, se establece la posibilidad de que el fideicomitente prevea la formación de un comité técnico a quien el propio fideicomitente señala las reglas de funcionamiento y fija sus facultades. Es muy importante señalar que cuando la fiduciaria actúa conforme a lo dispuesto por el comité técnico, salva toda su

responsabilidad. El comité técnico realiza una función de consejo o asamblea y es quien toma las decisiones que debe ejecutar el fiduciario.”⁶⁰

3.7 Elementos de Existencia

Como hemos citado con anterioridad, al considerarse al fideicomiso como un negocio jurídico, debemos considerar también que tiene elementos de existencia y de validez. Dentro de los primeros encontramos al consentimiento de las partes y al objeto del negocio. En relación a los segundos nos referimos a la capacidad jurídica de las partes, ausencia de vicios en la voluntad, licitud en el objeto y, forma. En este apartado analizamos brevemente a cada uno de ellos.

3.7.1 Consentimiento

Para la existencia de cualquier negocio jurídico, es necesario que las partes manifiesten su consentimiento de celebrarlo en las condiciones que lo están haciendo. Sin embargo no basta con la voluntad de hacerlo, sino que también existe la necesidad de manifestar esa voluntad acorde con lo que la Ley de la materia señale al respecto.

La manifestación de la voluntad puede ser expresa o tácita.

“La voluntad será tácita, en su caso cuando aunque no se manifieste por una declaración formal (voluntad expresa), resultare, sin embargo de los hechos, los cuales, de manera necesaria e indubitable revelan un determinado propósito. Por otra parte, se advierte que la manifestación... Es expresa, cuando su realización es mediante cualquiera de los medios por los que el ser humano se comunica con sus semejantes, o sea, la voz, la escritura e inclusive gestos y ademanes mímicos.”⁶¹

La polémica doctrinaria en cuanto al consentimiento en materia de fideicomiso, gira alrededor del hecho de considerar al negocio como unilateral o bien, optar por considerarlo como plurilateral. La primera de las

⁶⁰ VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 521

⁶¹ ORTIZ, *op. cit.*, p. 40

consideraciones se basa en el hecho de que, es la voluntad del fideicomitente, y sólo ella, la necesaria para iniciar la celebración del fideicomiso. Por otra parte, la doctrina también ha dado por considerar al fideicomiso como un negocio plurilateral en el sentido de que no podemos olvidar la participación del fideicomisario y de la fiduciaria en el negocio jurídico. Ejemplo de lo anterior son las siguientes citas:

El Maestro Cervantes Ahumada sostiene:

“... el acto constitutivo de fideicomiso es siempre una declaración unilateral de voluntad... Puede ser que el fideicomiso se contenga dentro de un contrato; pero no será el acuerdo de voluntades lo que constituya el fideicomiso, sino que éste se constituirá por la voluntad del fideicomitente.”⁶²

Por otra parte, para Barrera Graf⁶³ el artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que permite al fideicomitente afectar bienes mediante fideicomiso sin requerir la presencia de la fiduciaria, no quiere decir que el fideicomiso pierda el carácter de contrato. Por el contrario, la presencia de la fiduciaria en el fideicomiso es indispensable para que el acuerdo surta efectos. Aunque de inicio no se haya designado a la institución fiduciaria, sabemos que en algún momento el fideicomitente habrá de designarla a efecto de que los bienes afectos sean manejados por persona distinta a él, sólo de esta manera se pueden lograr los fines propuestos por el mismo fideicomitente.

Las posiciones anteriores se comprenden si pensamos en la enorme movilidad del fideicomiso mexicano; es decir, el negocio permite tal libertad a sus partes que es posible verlo desde distintas ópticas y considerarlo en algún momento unilateral y en alguno otro, bilateral.

Consideramos como la posición más objetiva la adoptada por el Maestro Domínguez, quien afirma:

“Ciertamente, uno es el acto unilateral por el que el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, y otro, distinto, el contrato mediante el cual, aquél encomienda la realización de ese fin a una institución fiduciaria... En ese acto unilateral constitutivo de fideicomiso, el fideicomitente puede abstenerse de designar nominalmente fiduciaria... Así se explica que el fideicomiso pueda constituirse por testamento (art. 387)...

⁶² CERVANTES Ahumada, Raúl. *Títulos y Operaciones de Crédito*, Herrero, México, 1988. p. 295

⁶³ Cf. BARRERA Graf, Jorge. *Estudios de Derecho Mercantil*, Porrúa, México, 1958. p. 355

Así pues, uno es el acto constitutivo de fideicomiso por el que el fideicomitente afecta unilateralmente ciertos bienes a un fin determinado, y otro, que sigue al primero, el contrato por virtud del cual la institución fiduciaria se obliga a realizar el fin para el que están afectos dichos bienes, a cambio de las compensaciones a que por ello tiene derecho conforme a la ley.”⁶⁴

3.7.2 Objeto

Tradicionalmente se ha considerado que el objeto de los actos jurídicos puede ser directo o indirecto:

“El objeto directo de los negocios jurídicos es, precisamente, ese nacimiento de consecuencias jurídicas, o sea, la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos, de obligaciones o situaciones jurídicas, mientras que el indirecto está representado tanto por el directo de la obligación, es decir, la prestación a cargo del obligado, que puede ser positiva, de dar o hacer, o negativa, esto es, una abstención, como por el objeto también indirecto de la propia obligación... Es la cosa, el hecho o la abstención en sí mismos, relacionados con la conducta del deudor.”⁶⁵

Bajo este orden de ideas, consideramos al objeto directo del fideicomiso la producción de determinadas consecuencias de derecho; mientras que el objeto indirecto será una conducta de dar, hacer o no hacer; dependiendo de los fines perseguidos por el propio fideicomiso.

Los efectos jurídicos creados por el fideicomiso son, en primer lugar, afectar determinados bienes o derechos, a través del negocio jurídico. Igualmente se produce el hecho de que la fiduciaria asuma su cargo y su responsabilidad sobre los bienes fideicomitados.

Fundamenta lo anterior el texto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito al señalar en su artículo 386:

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

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

⁶⁴ DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pp. 49-50

⁶⁵ *Ibid*, p. 52

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 dichos bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o terceros. La institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad.

El fideicomiso constituido en fraude de terceros podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados.”

Así pues, pueden ser objeto de fideicomiso: muebles, derechos e inmuebles.

Cabe aquí también mencionar que el saneamiento de la evicción⁶⁶ opera en tratándose de fideicomiso:

- a) Cuando el fideicomisario es identificado dentro del contrato de fideicomiso
- b) Cuando los bienes de deben transmitir a terceros que son fideicomisarios, aunque no se conozcan sus nombres
- c) Cuando los bienes deben transmitirse a terceros.

“En cualquiera de los supuestos, la fiduciaria, por ser transmisora de buena fe, debe pactar cláusulas en el contrato de fideicomiso que lo liberen de las obligaciones que conllevan responder a la evicción, como puede ser el reintegrar el precio que se pagó por la cosas, los gastos erogados por el contrato de transmisión de dominio y los gastos del juicio de evicción...”⁶⁷

⁶⁶ De acuerdo con el artículo 2119 del Código Civil hay evicción cuando el que adquirió alguna cosa fuere privado del todo o parte de ella por sentencia que cause ejecutoria, en razón de algún derecho anterior al de adquisición. El artículo 2120 del mismo ordenamiento, obliga al que enajena a responder a la evicción, aunque no lo haya expresado en el contrato.

⁶⁷ ORTIZ, *op. cit.*, p. 148

3.8 Elementos de Validez

En este apartado analizaremos los elementos de validez del negocio fiduciario: capacidad jurídica de las partes, ausencia de vicios en la voluntad, licitud en el objeto y, forma.

3.8.1 Capacidad Jurídica de las Partes

Como hemos mencionado con anterioridad, es requisito indispensable para la validez del fideicomiso que las partes tengan capacidad jurídica suficiente para actuar ya sea como fideicomitente, como fiduciaria o como fideicomisaria. A este respecto remitimos al apartado 3.5 de este Capítulo Tercero, en donde tratamos los requisitos que deben cumplir los elementos personales del fideicomiso para participar en el negocio. En ese punto tratamos el tema de capacidad de las partes.

Baste con señalar ahora que existe la posibilidad de que menores de edad participen en el fideicomiso, siempre y cuando lo hagan a través de su representante legal o mediante autorización judicial, para el caso de los emancipados.

3.8.2 Ausencia de Vicios en la Voluntad

Se consideran como vicios de la voluntad, a aquellos elementos que pueden afectar la manifestación del consentimiento de las partes que intervienen en un negocio jurídico. En ese sentido el Código Civil para el Distrito Federal señala en su artículo 1812: “El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo.”

A este respecto conviene definir algunos conceptos:

- a) **Error:** es la falsa apreciación de la realidad. El Código en comento indica en su artículo 1813 que el error de hecho o de derecho invalida el contrato si recae sobre el motivo

determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan. Para el caso del error de cálculo, acorde con el artículo 1814 del mismo ordenamiento, sólo produce la rectificación del acto jurídico

- b) La **violencia** es definida por el citado Código en su artículo 1819 bajo los términos:

“Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.”

- c) Finalmente el **dolo**, conforme al artículo 1815 del Código Civil es definido diciendo:

“Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes...”

- d) Otro aspecto considerado como vicio de la voluntad es la mala fe, definida en el citado artículo 1815 como: “la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.”

Si el fideicomiso estuviera viciado con cualquiera de estos elementos, producirá su invalidez, lo cual significa que no se produzcan todas las consecuencias de derecho que se pretendían producir.

3.8.3 Licitud en el Objeto

Licitud en el objeto es un requisito de validez del negocio fiduciario, que se refiere a que el objeto no sea contrario a las leyes de orden público y a las buenas costumbres. Así lo dispone el artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal al decir: “Es ilícito el hecho contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.”

Apoyan lo anterior el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito al afirmar:

“... el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos... , para ser destinados a fines lícitos y determinados...”

Y el artículo 382 del mismo ordenamiento en el sentido de que:

“El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado.”

3.8.4 Forma

“De acuerdo con la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomiso debe constar por escrito y revestir las formalidades especiales, según se trate de un acto entre vivos o de un testamento. Cuando el fideicomiso es convencional, es decir, cuando se establece de común acuerdo expreso de las partes, debe ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de la propiedad de los bienes que se den en fideicomiso.”⁶⁸

En este sentido, si el fideicomiso consta en un testamento, deberá ajustarse a las reglas de carácter sucesorio que rigen al acto que le da origen al fideicomiso. Así lo fundamenta el artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

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

Aunado a lo anterior cabe citar otro requisito de formalidad contenido en el artículo 388 de la Ley en comentario:

“El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles deberá inscribirse en la sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra terceros, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro.”

⁶⁸ VILLAGORDOA, “Algunas consideraciones...”, *op. cit.* p. 30

Finalmente, tratándose de objeto bien mueble, los requisitos formales los encontramos en el artículo 389 del mismo ordenamiento bajo los siguientes términos:

“El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles, surtirá efectos contra tercero desde la fecha en que se cumplan los requisitos siguientes:

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

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

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

3.9 Fines del Fideicomiso

El análisis de la figura del fideicomiso no estaría completo, sino mencionamos los fines que puede perseguir este negocio jurídico. La doctrina señala como fines del fideicomiso los:

- a) **Testamentarios:** cuyo objeto es transmitir el patrimonio fideicomitado por causa de muerte; así lo permite el artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito al decir: “El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento.” La condición para que se cumpla con el fin de este fideicomiso será entonces, la muerte del fideicomitente

- b) **De garantía:** consiste en que ante el incumplimiento de una obligación, la fiduciaria tiene derecho a iniciar el procedimiento correspondiente a efecto de obtener la venta del patrimonio afecto al fideicomiso y cubrir así el incumplimiento que dio origen al propio negocio jurídico. Se encuentra regulado del artículo 395 al 407 de la citada Ley.⁶⁹

- c) **Traslativos de propiedad:** referente al supuesto contenido en el párrafo quinto del artículo 383 de la Ley en comento:

⁶⁹ El estudio del fideicomiso en garantía merece especial atención, por escapar a los fines de esta investigación sólo hacemos aquí mención de su existencia.

“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.”

3.10 Especies de Fideicomisos

Para el análisis de este punto seguiremos la clasificación propuesta por el Maestro Villagordoa Lozano⁷⁰, quien los agrupa en dos grandes conjuntos: por sus fines y por su forma.

Bajo el primer criterio, entendemos que por sus fines los fideicomisos pueden ser:

- a) **Traslativos:** cuyo fin es que la fiduciaria transmita la titularidad de los bienes o derechos fideicomitidos al fideicomisario, una vez que se cumplan las modalidades que señale el negocio jurídico. Esta modalidad se utiliza cuando el fideicomitente no desea transmitir el patrimonio por medio de otros contratos.

“Esta clase de fideicomisos pone de manifiesto el carácter de negocio fiduciario que tiene el fideicomiso mismo, pues transitoriamente se requiere de este medio para suplir las deficiencias que se presentan antes de que se celebren los contratos o los actos jurídicos tradicionales.”⁷¹

Sobre esta clase de fideicomisos, cabe citar también al Código Fiscal de la Federación, que al referirse al concepto de enajenación de bienes, a la letra dispone:

Artículo 14.- Se entiende por enajenación de bienes:

I. ...

V. La que se realiza a través del fideicomiso, en los siguientes casos:

⁷⁰ *Cfr.* VILLAGORDOA, “Algunas Consideraciones...”, *op. cit.*, pp. 32-38

⁷¹ VILLAGORDOA, “Algunas Consideraciones...”, *op. cit.*, p. 32

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 pierde el derecho a readquirir los bienes del fiduciario, si se hubiera reservado tal derecho

- b) De garantía:** en este caso, el fideicomiso pretende transmitir la propiedad de un patrimonio determinado al fiduciario, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación del fideicomitente.

Cabe recordar también que este es el caso citado en el artículo 383, quinto párrafo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el que la fiduciaria se convierte en fideicomisaria.

- c) De administración:** para el supuesto en el que se transmita un patrimonio –propiedad del fideicomitente- a la institución fiduciaria; de manera que ésta última se encargue de administrarlo y entregar los frutos de esa administración al fideicomisario.

La doctrina señala que tal tipo de fideicomiso implica dos actividades importantes: la inversión y la administración. En el primer tiempo, la fiduciaria adquiere bienes a cargo del patrimonio fideicomitado. En el segundo, la fiduciaria se encarga de la guarda y producción del mismo patrimonio para entregar el resultado final al beneficiario del negocio.

“Dentro de los fideicomisos de administración, cabe destacar aquéllos que se utilizan para que, a través de los mismos, los extranjeros puedan usar y disfrutar de los bienes inmuebles ubicados en zona prohibida, o sea dentro de una faja de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 kilómetros en las costas, ya que de acuerdo con las disposiciones constitucionales no pueden adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas dentro de dicha zona.”⁷²

⁷² *Ibid*, p. 35

El segundo criterio de clasificación propuesto por el autor comentado es en relación a la forma del negocio. Desde esta perspectiva, los fideicomisos pueden ser:

- a) **Convencionales:** constituidos por libre acuerdo entre las partes que intervienen en el negocio. En este caso, prevalece el principio *pacta sunt servanda* en el sentido de que la voluntad de las partes es la norma máxima entre ellas y para efectos del acuerdo celebrado.
En este fideicomiso, se requiere la aceptación de la institución fiduciaria, para cumplir con las obligaciones pactadas, y la del fideicomisario de recibir los beneficios del acuerdo.

- b) **Testamentarios:** es el fideicomiso constituido para surtir efectos a la muerte del fideicomitente. Debe estar consignado en el testamento de la persona y cumplir con los requisitos, que para tal efecto prevea el Código Civil.
Este fideicomiso pretende proteger a las personas dependientes del fideicomitente, asegurando el destino de su patrimonio *mortis causa*.

- c) **Celebrados por disposición de Ley:** es el negocio celebrado porque así lo indica la Ley. En tal caso, el fideicomiso no es producto de la libertad contractual, ni de la muerte de su autor; sino de una obligación legal.

“Estos fideicomisos los constituye generalmente el Estado, al través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien aporta los fondos o, en su caso, los bienes que constituyan el patrimonio del fideicomiso; después se determinan los fines a los cuales se deberán destinar tales bienes, se señalan a los fideicomisario, o se precisan las bases para su designación; finalmente se constituyen los comités técnicos que regularán la inversión de los bienes fideicomitados, para que el fiduciario pueda dar cumplimiento a las finalidades previstas en la Ley que crea el fideicomiso correspondiente.”⁷³

Tales fideicomisos, también llamados públicos, se distinguen de los demás porque:

⁷³ *Ibid*, p. 38

- i. El Poder Ejecutivo Federal es facultado por la legislación administrativa para crear fideicomisos
- ii. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público opera como fideicomitente
- iii. El patrimonio fideicomitado lo integran bienes propiedad del Estado
- iv. El fideicomiso se constituye en base al interés público
- v. Los fideicomisos son entidades de la administración pública paraestatal y auxiliares del Ejecutivo de la Unión; esto de conformidad a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
- vi. Para su existencia se requiere una disposición legal que lo reglamente

Otros criterios utilizados para clasificar las distintas especies de fideicomiso son:

- a) En función de las personas: implican la posibilidad de que exista multiplicidad de sujetos –como fideicomitentes-
- b) En función del objeto del fideicomiso: que pueden ser bienes o derechos propiedad del fideicomitente, acorde con el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
- c) En función de su revocabilidad: se considera que el fideicomiso es revocable

“cuando el fideicomitente constituye el fideicomiso sin obtener ningún provecho, es decir, cuando lo constituye por causas que se equiparan a un contrato gratuito, debe tener la facultad de reservarse el derecho de

revocar o modificar el fideicomiso. La revocabilidad es consecuencia del acto gratuito.”⁷⁴

Por otra parte, el fideicomiso es irrevocable cuando el fideicomitente recibe una contraprestación. En tal caso, el fideicomitente no tiene derecho a revocarlo o modificarlo, en tanto que se trata de un contrato oneroso y que lesionaría los derechos del beneficiario.

Cabe citar aquí la corriente de opinión que sostiene respecto a esta especie de fideicomiso:

“No es una especie particular de fideicomiso. Cualquier forma en que se constituya el fideicomitente puede, si así lo establece, reservarse la facultad de revocarlo. Tal situación se desprende de la fracción VI del artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que establece que el fideicomiso se extingue por revocación por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho.”⁷⁵

3.11 Prohibiciones

El artículo 394 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito sostiene:

Artículo 394.- Quedan prohibidos:

I. Los fideicomisos secretos;

II. Aquéllos en los cuales el beneficio se concede a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente; y

III. Aquellos cuya duración sea mayor de cincuenta años⁷⁶, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de cincuenta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.

⁷⁴ DÍAZ Rodríguez, Ana Luisa. *La Naturaleza Jurídica de la Función del Delegado Fiduciario*, (tesis), Universidad Panamericana, México, 2001. p. 63

⁷⁵ VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 526

⁷⁶ Antes de la reforma publicada en Diario Oficial de la Federación de 13 de junio de 2003, la fracción III del artículo 394 señalaba como límite de duración treinta años.

El objeto de estas prohibiciones es para evitar el ocultamiento o desvío de bienes. Por ello la primera condición es que el fideicomiso sea público, no secreto.

En la segunda fracción, encontramos una prohibición dirigida a evitar acciones indebidas e incluso delictivas. Finalmente, en la tercera fracción encontramos una limitante en el sentido de celebrar el fideicomiso con duración máxima de cincuenta años, en beneficio de una persona jurídica. Mucho se discute si esta medida también debe de aplicarse, si el beneficiario es una persona física. Sin embargo, el conocido principio de Derecho que reza: *cuando la ley no distingue, no cabe interpretar con distinción*, parecemos darnos la respuesta a tal confusión.

3.11 Extinción del Contrato

El fideicomiso se extingue, según el artículo 392 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

- a) Por la realización del fin para el que fue constituido
- b) Por hacerse éste imposible
- c) Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de veinte años siguientes a su constitución
- d) Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto
- e) Por convenio expreso entre el fideicomitente, fiduciario y el fideicomisario
- f) Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso

g) En el caso del párrafo final del artículo 386

El citado numeral nos merece algunos comentarios:

i. El fin del fideicomiso, como ya hemos citado, debe ser determinado. Dependerá de su naturaleza si su cumplimiento es instantáneo o permanente; pero una vez que se satisfaga, el fideicomiso pierde toda razón de ser. Es la propia Ley General la que dispone también una limitación en cuanto a temporalidad al señalar:

Artículo 394.- Quedan prohibidos:

I. ...

III. Aquellos cuya duración sea mayor de treinta años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con una duración de más de treinta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro

En los fideicomisos públicos, constituidos por el Gobierno Federal o aquellos que él mismo declare de interés público a través de la SHCP <en referencia a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público> no estarán sujetos a los términos señalados en la fracción III del artículo 359, esta disposición se encuentra en el artículo 85 de la LIC <en referencia a la Ley de Instituciones de Crédito>

Artículo 85.- Cuando se trate de operaciones de fideicomiso que constituya el Gobierno Federal o que él mismo, para los efectos de este artículo declare de interés público a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, no será aplicable el plazo que establece la fracción III del artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.⁷⁷

ii. Otra posibilidad de que el fideicomiso se extinga la encontramos en el caso de que el cumplimiento del fin sea imposible. Lo anterior una vez surgida una circunstancia superveniente que impida la consecución

⁷⁷ SÁNCHEZ Sodí, Horacio. El Fideicomiso en México, GRECA, México, 1996. p. 89

del fin. Recordemos que el objeto del fideicomiso es uno de sus elementos esenciales, y sin éste el negocio no tiene vida jurídica.

iii. Para el caso de que el fideicomiso contenga la modalidad de condición suspensiva, la Ley General determina dos supuestos: que las partes hayan fijado término para que se verifique o bien, en caso de ausencia de término convencional, la legislación suple la ausencia de voluntad y fija como término veinte años. Lo anterior se comprende al pensar que si la condición suspensiva no se cumple, el fideicomiso tampoco; ya que de la existencia de la primera, depende el surgimiento del segundo.

iv. En tratándose de la modalidad de condición resolutoria, entendemos que una vez que ésta se cumple; el fideicomiso se extingue. Esto resulta natural si recordamos que en el caso de las condiciones resolutorias, la obligación surge de inicio y se extingue ante el cumplimiento de la modalidad.

“La diferencia es útil, pues mientras la condición suspensiva crea la obligación, la condición resolutoria destruye la obligación.”⁷⁸

Para este supuesto aplica también la posibilidad de que la condición resolutoria nunca se cumpla. De esta manera, el fideicomiso queda libre de modalidad y su única limitación de vida será entonces la prohibición que exceda de cincuenta años contenida en el artículo 394 de la multicitada Ley General.

Existe otro plazo legal de existencia para el fideicomiso.

“El artículo 23 del ordenamiento citado <en referencia a la Ley de Inversión Extranjera> dispone que la duración de los fideicomisos que se constituyan por las instituciones de crédito, previo permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, para

⁷⁸ *Ibid*, p. 91

adquirir como fiduciarias derechos sobre bienes inmuebles ubicados dentro de la zona restringida y cuyo objeto sea permitir la utilización y el aprovechamiento de tales bienes a sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión de extranjeros o a las personas físicas o morales extranjeras, será por un periodo máximo de cincuenta años, mismo que podrá prorrogarse a solicitud del interesado.”⁷⁹

v. El artículo en comento, prevé también la posibilidad de que la extinción del negocio jurídico tenga su origen en el acuerdo de voluntades. Esta situación es importante porque resalta la trascendencia del consentimiento, no sólo para la existencia del fideicomiso, sino también para que deje de existir. En ese sentido, las partes libremente podrán señalar el momento en el que el negocio deje de tener efectos jurídicos.

vi. El fideicomiso puede extinguirse por revocación. Para tal efecto, es indispensable que en el acto constitutivo o sus modificaciones el fideicomitente señale la facultad de revocación.

“... esa reserva debe ser expresa, pues la forma fehaciente de señalar que le asiste ese derecho es con esa formalidad.”⁸⁰

Esta causal de extinción unilateral opera:

“... salvo... que no se haya previsto la irrevocabilidad, el fideicomiso puede extinguirse porque el fideicomitente se haya reservado expresamente al constituir el fideicomiso el derecho de darlo por terminado.”⁸¹

A este respecto, la doctrina ha señalado que la irrevocabilidad del fideicomiso es:

“... una falacia jurídica que debe considerarse como no puesta, en virtud de que la irrevocabilidad implica la pérdida total o parcial del derecho del fideicomitente para decidir sobre el

⁷⁹ ORTIZ, *op. cit.*, pp. 162-163

⁸⁰ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 92

⁸¹ VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 528

destino de los bienes, por existir otro mejor derecho fideicomisario. Si este no existe, no es posible que, por voluntad del fideicomitente, la relación jurídica fiduciaria carezca del sujeto que instruya a la fiduciaria sobre el destino del patrimonio fideicomitado.”⁸²

Bajo este orden de ideas la posibilidad de revocación, reafirma la libertad en la toma de decisiones, de la cual goza el fideicomitente.

No perdamos de vista además que:

“Otra alternativa es que el fideicomitente, cuando no existe en otra persona la calidad opuesta de fideicomisario, gire carta de instrucciones a la fiduciaria haciéndole saber su decisión de extinguir el contrato de fideicomiso, instruyéndolo sobre el destino de los bienes fideicomitados. En todo caso, los bienes del fideicomitente, cuando no está comprometido en la relación fiduciaria con un tercero, le dan el derecho de exigir su devolución a la fiduciaria, cuando aquel lo decida, sin que sea requisito la expresión de la causa.”⁸³

Cualquiera que sea el supuesto, y a la luz de la Ley General, el fideicomitente debe tener el derecho de revocación por así haberlo expresado. El uso de esta facultad implica la extinción del negocio.

vii. Otra causa de extinción del fideicomiso la encontramos en el último párrafo del artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito al decir:

“El fideicomiso constituido en fraude de terceros podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados.”

Nos encontramos frente al supuesto de un fideicomiso fraudulento, cuyo estudio implica aproximarse a la materia penal. Para efectos de nuestro trabajo, sólo asentaremos que:

⁸² ORTIZ, *op. cit.*, p. 267

⁸³ *Ídem*

“La nulidad del acto tiene como consecuencia que las cosas regresen al estado en que se encontraban antes de la constitución del acto, lo que permite que los derechos de terceros regresen a su estado natural y partiendo de ahí, ejercitar las acciones necesarias para reparar la pérdida sufrida en su patrimonio, pues ante la transmisión de la propiedad de los bienes fideicomitidos, sería imposible ejercitar acciones legales correspondientes.”⁸⁴

Para algunos autores hay que agregar también como causal de extinción del fideicomiso la reversión de bienes. Esto es, cuando los bienes salen del dominio de la fiduciaria porque son revertidos al fideicomitente, o bien transmitidos al fideicomisario, o a la fiduciaria en sustitución.

Esta figura opera por instrucciones del fideicomitente a la fiduciaria, y tendrá diversas consecuencias dependiendo de la naturaleza de los bienes fideicomitados. Si se trata de bienes muebles, se revierten en la misma forma que se uso para constituir el negocio. Tratándose de bienes inmuebles la reversión debe hacerse su inscripción al Registro Público de la Propiedad. Así lo señala la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, determinando como consecuencia de la extinción del fideicomiso:

Artículo 393.- Extinguido el fideicomiso, si no se pactó lo contrario, los bienes o derechos en poder de la institución fiduciaria serán transmitidos al fideicomitente o al fideicomisario, según corresponda. En caso de duda u oposición respecto de dicha transmisión, el juez de primera instancia competente en el lugar del domicilio de la institución fiduciaria, oyendo a las partes, resolverá lo conducente.

Para que la transmisión antes citada surta efectos tratándose de inmuebles o derechos reales impuestos sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria así lo manifieste y que esta declaración se inscriba en el Registro Público de la Propiedad en que aquél hubiere sido inscrito.

Las instituciones fiduciarias indemnizarán a los fideicomitentes por los actos de mala fe o en exceso de las facultades que les corresponda para la ejecución del fideicomiso, por virtud del acto constitutivo o de la ley, que realicen en perjuicio de éstos.

⁸⁴ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 94

viii. Cabe agregar como causa de extinción la ubicada en el último párrafo del artículo 385 de la Ley General, en el sentido de que cuando no sea posible la sustitución de fiduciaria, el fideicomiso se dará por extinguido.

Así pues, podemos resumir que las causas de extinción del fideicomiso tienen su origen en dos fuentes a saber: la voluntad de las partes y, la Ley.

CAPÍTULO IV

INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

El cuarto capítulo de este trabajo de investigación pretende determinar las reglas generales de interpretación jurídica. Lo anterior a efecto de señalar la trascendencia y limitaciones de la autonomía de la voluntad en la figura del fideicomiso, así como posibles soluciones a los problemas surgidos de su interpretación.

4.1 Concepto de Interpretación

Interpretación es:

“... la explicación <sic> de las cosas oscuras o dudosas. Puede haber duda y obscuridad en las leyes, en las sentencias en los testamentos, en las convenciones o contratos y en los hechos; y así es que tiene que recurrirse con mucha frecuencia a la interpretación.”¹

Para el Maestro Gutiérrez y González:

“Interpretar un contrato es averiguar el sentido en que la declaración de voluntad de los que contratan es decisiva para el Derecho, y así llegar a conocer el alcance y efectos jurídicos de las voluntades que en el intervinieron.

Desde luego debe entenderse, que el problema de la interpretación no se reduce al campo de los contratos, sino se refiere a todo tipo de actos jurídicos en general, ya sean bilaterales o unilaterales, y por ello el interés de este tema, rebasa el campo del Derecho civil para ir al ámbito del Derecho administrativo, constitucional, internacional, etc., en donde deba interpretarse una norma de Derecho. El problema se presenta inclusive respecto de la ley misma, pues el Legislador no siempre es claro en la expresión de su pensar, a través de la norma, y se precisa saber qué es lo que ésta entraña.”²

¹ ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense, Serie C, Estudios Históricos, No. 36, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1996. p.339

² GUTIÉRREZ y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones, Porrúa, México, 1996. pp. 432-433

Bajo este orden de ideas, asumimos que la labor interpretativa se dirige a obtener el *verdadero* sentido del texto dudoso u oscuro. De ahí la dificultad del tema que nos ocupa, ya que existen diversos métodos de interpretación y un sinfín de preceptos a interpretar.

Interpretar una ley, un contrato, un negocio o una disposición testamentaria; implica entender exactamente lo que quiere decir su contenido. Ya que:

“Por *interpretación* se entiende, en el lenguaje usual, la acción que tiende a fijar el sentido y el significado de las manifestaciones de voluntad, especialmente de las palabras.”³

De ello dependerán el surgimiento de derechos y obligaciones para las partes, esa la importancia de la labor filosófica en comento.

Eduardo García Máynez señala sobre el tema:

“Interpretar es desentrañar el sentido de una expresión. Se interpretan las expresiones, para descubrir lo que significan. La expresión es un conjunto de *signos*; por ello tiene significación.”⁴

Siguiendo la doctrina de Edmundo Husserl —en su obra *Investigaciones Lógicas*— señalamos como elementos a tomar en cuenta para interpretar, los siguientes:

- a) La expresión en su aspecto físico, esto es, el lenguaje o las palabras escritas
- b) La significación, en referencia al sentido que conlleva la expresión
- c) El objeto, que es el resultado de comprender la real significación de la expresión

³ DANZ, E. *Interpretación de los Negocios Jurídicos*, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Serie B II, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1926. p.15

⁴ GARCÍA Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1993. p. 323

El caso más sencillo se da cuando expresión y significación van unidos y por lo tanto, no nos queda duda sobre el objeto. Sin embargo estos supuestos son los menos y de ellos surge la difícil labor interpretativa. “La interpretación es un arte y, consecuentemente, posee una técnica especial.”⁵ En este sentido, cada escuela de interpretación nos ofrece un método particular.

La labor interpretativa surge desde los antiguos romanos.

“En Roma, la Ley de las XII Tablas a pesar de ser conocida, presentaba diversas dificultades en su aplicación, ya que las disposiciones que contenía eran demasiado concisas y abstractas; por lo cual era necesario interpretarlas a efecto de esclarecer sus disposiciones, e incluso llenar lagunas... Esta elaboración lenta pero continua llamada *interpretatio*, fue, desde luego, la obra exclusiva del Colegio de los Pontífices.”⁶

En aquellos tiempos la interpretación fue reservada sólo a algunos cuantos, sólo en algún momento se les permitió a los magistrados patricios participar de ella.

Es importante recordar también la obra de los llamados *glosadores*, cuya actividad intelectual –desarrollada principalmente en la escuela de Bolonia– permitió el enriquecimiento del Derecho Romano.

“Dentro de esta escuela, sus seguidores se dedicaron al estudio y análisis del *corpus iuris civiles*, buscaban siempre el sentido de sus disposiciones, y añadiéndoles comentarios o pequeñas notas aclaratorias denominadas *glosas*, de ahí la denominación de *glosadores*.”⁷

La citada escuela de glosadores fue un parte aguas para iniciar el estudio del Derecho en Europa. Así encontramos también a la corriente de los *postglosadores*, quienes se distinguieron por hacer grandes comentarios a los documentos que analizaban.

A partir de entonces encontramos el surgimiento de diversas escuelas dedicadas a la labor interpretativa desde diversos ángulos, acorde con la técnica utilizada para desarrollar el llamado *arte* de interpretar.

Haremos aquí breve referencia a alguna de estas escuelas:

⁵ *Ibid*, p. 331

⁶ PETIT, Eugène. *Tratado Elemental de Derecho Romano*, trad. José Fernández González, Porrúa, México, 1994. p.43

⁷ MORENO Navarro, Gloria. *Teoría del Derecho*, Serie jurídica, Mc Graw Hill, México, 2000. p. 99

a) Escuela de la exégesis

“Sus orígenes está en Francia, particularmente en el pensamiento del jurisconsulto Blondeau, quien en 1841 señaló que las decisiones judiciales deberán fundarse exclusivamente en la ley, y que toda interpretación de la misma sólo deberá hacerse mediante la *exégesis de los textos*.”⁸

Lo que pretende finalmente esta escuela es comprender la verdadera intención del legislador al momento de crear la ley, lo cual promete aclarar el texto legal. Ello implica tomar en cuenta también a todas aquellas circunstancias que rodean el trabajo legislativo (condiciones históricas, discusiones previas).

La crítica que se le hace a esta escuela es su exagerada atención al texto legal, lo cual limita un poco la interpretación jurídica.

b) Escuela histórica francesa

Tiene sus orígenes en el siglo XVI y fue diseñada por los autores Doneau y Cujas. Es importante por ser considerada el antecedente directo de la nueva escuela histórica.

No se basa sólo en el texto legal, sino en las circunstancias históricas que rodearon a su creación.

c) Escuela histórica alemana

Con inicio en el siglo XIX, creación del magistral Friedrich Karl Von Savigny, sostuvo que el Derecho es producto del espíritu del pueblo.

Ubi societas, ibi ius decían los romanos: donde hay sociedad, hay Derecho. Pareciera que Savigny retoma esta idea y señala que el Derecho debe ser como la colectividad: cambiante.

Se trata de aplicar un método histórico a la interpretación del Derecho, se le critica por despegar la teoría de la práctica

⁸ *Ibid*, p. 101

d) Jurisprudencia dogmática

Esta escuela pretende lograr, a través de la interpretación, la óptima aplicación del Derecho a la realidad. El dogma de esta corriente es el positivismo, además es la primera en usar el término *técnica jurídica*.⁹

El uso de la técnica jurídica va dirigida a facilitar la comprensión del Derecho a jueces y abogados. Ello se logra con la aplicación de razonamientos lógicos que permita solucionar controversias.

e) Jurisprudencia de conceptos

Su fundamento se encuentra en el Derecho Positivo y su representante más destacado fue Bernard Windscheid.

Sostiene que los jueces deben interpretar el Derecho, usando un método analítico que considere todos los elementos del cuerpo normativo estudiado.

“Para Windscheid, interpretar cualquier contenido dentro de la legislación, debe partir de un profundo análisis lógico-sistemático de todos y cada uno de los elementos y partes integrantes del mismo; analizarlas, desarrollarlas, para después estar en aptitud de comprender el concepto en sí mismo bajo el contexto del derecho positivo.”¹⁰

f) Jurisprudencia de intereses

Escuela que se desarrolla en Alemania, principalmente por Phillip Heck. Se opone a la jurisprudencia de conceptos en tanto sostiene que:

“Para que alguien pueda decidir en una cuestión de derecho, deberán ser investigados primero los intereses que están en pugna, además de... que el juez debe de subordinarse a la norma escrita y promulgada.”¹¹

En todo caso, señala esta corriente, el Juez debe identificar los intereses que el legislador trató de proteger al momento de

⁹ Suele emplearse la palabra *técnica jurídica*: “en dos sentidos, uno objetivo y otro subjetivo. El primero se refiere al arte jurídico, orientado a la aplicación formal de la materia jurídica...; en otras palabras, hace referencia al método técnico. El segundo alude a la consecución de este objetivo en el derecho, es decir, alude al correspondiente mecanismo técnico.” *Cf.* CASANOVAS, Pompeau. *El ámbito de lo jurídico*, Grijalbo-Mondadori, España, 1994. p.64

¹⁰ MORENO, *op. cit.*, p. 107

¹¹ *Ibid.*, p. 108

crear la norma. Es en base a este interés entonces que el Juez deberá interpretar y aplicar el precepto.

g) Escuela científica francesa

Llamada también escuela de la libre investigación científica, fue representada por François Geny en el siglo XIX.

Geny separó la interpretación de la integración:

“señalaba que las fuentes formales del derecho eran incapaces de cubrir todo el campo de la acción judicial. Demostró que siempre se deja al juez una esfera más o menos amplia de libre dirección, dentro de la cual puede aquél ejercer una actividad mental creadora.”¹²

Bajo este orden de ideas:

“el juez debe estudiar cuidadosamente los sentimientos morales dominantes, e investigar las condiciones económicas y sociales de la época y el lugar. Debe de respetar en lo posible la voluntad autónoma de las partes expresada en los contratos, testamentos y otros actos jurídicos, pero debe atender a que esa voluntad autónoma de las partes no choque con los principios del orden político.”¹³

h) Escuela de derecho libre

Cuyos representantes: Herman Kantorowics y Ernst Fuchs, sostenían que el Juez debe llenar las lagunas legales a través de su actividad creadora:

“... el juez debe realizar, precisamente por la insuficiencia de los textos, una labor personal y creadora... la función del juzgador ha de aproximarse cada vez más a la actividad legislativa.”¹⁴

Esta escuela dota de gran margen de acción a los jueces, para incluso asemejarse al propio legislador. La crítica a esta idea es que no siempre el Juez es la persona más capaz para llenar una laguna jurídica. Su labor siempre irá aparejada a las creencias, experiencia, tendencias, historia y convicciones propias. Es por ello que se considera al legislador como el sujeto idóneo para la creación de leyes.

¹² *Ibid*, p. 110

¹³ BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. Colección popular, No. 60, Fondo de Cultura Económica, México, 1993. p. 208

¹⁴ GARCÍA Máynez, *op. cit.*, p. 347

i) Escuela sociológica del derecho

También llamada escuela del positivismo sociológico o jurisprudencia sociológica, tiene uno de sus grandes expositores en Roscoe Pound.

Bajo esta corriente:

“Ellos apelan a una labor del juez con base en un profundo análisis social interpretando la conciencia social, dándole así realidad al derecho. La finalidad será siempre la de lograr el mayor equilibrio social posible.”¹⁵

En este sentido, la interpretación jurídica debe hacerse tomando en cuenta no sólo a las normas, sino también a los aspectos social y económico que las rodean.

“La jurisprudencia sociológica ha llevado a la ciencia del derecho a una relación íntima con los hechos y realidades de la vida social. Ha demostrado que el derecho es un producto de las fuerzas sociales y no meramente algo formal del soberano.”¹⁶

j) Escuela analítica

Esta escuela tiene a John Austin como su principal exponente. Sostiene que las decisiones judiciales son el resultado de un proceso lógico, basado en la inducción.

Distingue al Derecho positivo de la jurisprudencia en tanto que, el primero se integra con acontecimientos externos; mientras que el segundo, analiza al Derecho.

k) Escuela de la argumentación jurídica

Corriente representada por Kriele, cuyo pensamiento llamado *tópico* permite reformular problemas jurídicos y solucionarlos. Las herramientas que deben usarse para interpretar son argumentos y principios generales de derechos; entre otros.

Una vez que se ubican a los hechos relevantes, se les ubica en el supuesto normativo y luego, se busca la norma aplicable. Este procedimiento permite obtener el Derecho. “Lo relevante

¹⁵ MORENO, *op. cit.*, p. 113

¹⁶ BODENHEIMER, *op. cit.*, p. 350

de su propuesta es que sus construcciones jurídicas contemplan el fenómeno jurídico desde una base unitaria.”¹⁷

4.2 Interpretación de los Negocios Jurídicos

En relación a la interpretación de las convenciones en general se ha dicho que:

“... debe entenderse en ellas a la intención común de las partes, que al sentido literal de las palabras. Así es que si yo te alquilo *una habitación* en mi casa por mil reales, y al año siguiente renuevo el alquiler diciendo que te *doy mi casa* por el mismo precio que en el año anterior, no se entenderá que te arriendo toda la casa, pues es evidente mi intención de no arrendarte sino la habitación que ocupabas antes: *In conventionibus contrahentium voluntas potius quam verba spectari placuit.*”¹⁸

El problema al que nos enfrentamos es desentrañar el sentido que encierra una convención, es decir, qué pasa si el texto es oscuro u omiso. ¿Cómo deben interpretarse las disposiciones confusas? y ¿cómo llenarse sus lagunas? En ambos casos, la voluntad de las partes no es clara. Así lo sostiene el siguiente criterio judicial:

CONTRATOS, INTERPRETACIÓN DE LOS. Al establecer el artículo 1851 del Código Civil para el Distrito Federal, idéntico al 1748 del Código Civil de Nuevo León, que si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas, y si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente, prevalecerá ésta sobre aquéllas, ha reconocido el principio de que la interpretación de los contratos debe limitarse a los casos en que se hace necesaria, porque si los términos del contrato son claros, la interpretación no tiene razón de ser, pues se entiende que en aquellos términos está precisamente la voluntad de los contratantes; de ahí que siendo clara la letra de un contrato, no cabe, con pretexto de su interpretación, alterar o cambiar su sentido literal.¹⁹

¹⁷ MORENO, *op. cit.*, p. 119

¹⁸ ESCRICHE, *op. cit.*, p. 340

¹⁹ Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO., Tomo: VII, Enero de 1998, Tesis: IV.4o.2 C, Página: 1075 CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO., Amparo directo 200/97. Grupo Nacional Provincial, S.A. 28 de octubre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Abraham S. Marcos Valdés. Secretaria: María Isabel González Rodríguez., Véase: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época,

El Maestro Arce Gargollo,²⁰ en referencia a la interpretación de contratos mercantiles atípicos, propone los siguientes métodos para superar dicha dificultad:

a) Teoría de la absorción o de la observación

Corriente que se aplica cuando se trata de interpretar un contrato llamado *atípico*. A través de ella podemos entender su sentido cuando se le asemeja a un contrato *típico* que contenga la prestación más parecida a la contenida en el contrato a interpretar.

La gran dificultad que presenta esta teoría es que, en ocasiones, no es sencillo identificar la prestación principal del contrato a interpretar; o bien, dicha prestación corresponde a más de un contrato típico.

b) Teoría de la combinación

En este caso, considerando que un contrato atípico contenga prestaciones de diversos contratos típicos, propone combinar las reglas que regulan a éstos últimos para interpretar el contrato atípico.

Se le critica a esta teoría que los contratos atípicos son *sui generis*, y por lo tanto no deben interpretarse con normas aplicables a otros contratos.

c) Teoría de la analogía

Para interpretar el contrato atípico, señala esta teoría, se deben aplicar las reglas del contrato típico con el que tenga más similitud. Lo cual es una tarea sumamente compleja, por la ya citada característica única de los contratos atípicos.

d) Teoría del interés dominante

Respecto a esta teoría, señala el Maestro Arce Gargollo:

“Dice esta tesis que, en cada caso, habrá que atenerse a la situación de los intereses que tienen las partes en un determinado contrato atípico. Si el fin que persiguen las partes no puede ser alcanzado por un contrato típico, no debe insistirse en aplicar las reglas del mismo como

Tomo CXXII, página 145, tesis de rubro: "CONTRATOS, INTERPRETACIÓN DE (LEGISLACIÓN DE COAHUILA)."

²⁰ Cfr. ARCE Gargollo, Javier. *Contratos Mercantiles Atípicos*, Porrúa, México, 1998. p. 122

supletorias del atípico, sino que será necesario acudir a las normas generales de las obligaciones y de los contratos.”²¹

Es importante citar en este punto lo que, respecto a la interpretación de contratos, señala el actual Código Civil Federal:

Artículo 1858.- Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento.

Artículo 1859.- Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

Los citados numerales son claros en señalar el orden de las técnicas que deben emplearse para interpretar los contratos:

- a) Primero, deberá considerarse que estén regulados en el propio Código Civil; de no ser así
- b) Se regirán por las reglas generales de los contratos – incluidas en el mismo cuerpo normativo- si ello no resuelve el problema
- c) Seguirán las estipulaciones de las partes, en caso de que no fueran completas
- d) Se aplicarán por analogía las reglas del contrato que más semejanza tenga con el contrato a interpretar

Sobre el particular, la Segunda Sala ha sostenido el siguiente criterio:

CONTRATOS. INTERPRETACIÓN DE LOS. La naturaleza de los contratos depende, no de la designación que le hayan dado las partes, que puede ser errónea, sino de los hechos y actos consentidos por las mismas, en relación con las disposiciones legales aplicables atenta la regla de interpretación del Código Civil vigente: “si las palabras parecieren

²¹ *Ibid*, p. 123

contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.”²²

Así pues, la corriente judicial se orienta a darle más peso a la intención evidente de los contratantes, como primera opción para desentrañar el verdadero sentido de su convención. Lo ideal sería que las propias partes, señalaran cómo se debe de interpretar su contrato, de manera que si alguna estipulación resultare omisa o confusa, no habría duda sobre los criterios propuestos para asumir el sentido real del documento.

En materia mercantil, el Código de la materia señala como reglas aplicables a la interpretación de los contratos mercantiles:

Artículo 2º.- A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal.

Artículo 78.- En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.

Artículo 86.- Las obligaciones mercantiles habrán de cumplimentarse en el lugar determinado en el contrato, o, en caso contrario, en aquel que según la naturaleza del negocio o la intención de las partes deba considerarse adecuado al efecto por consentimiento de aquéllas o arbitrio judicial.

Bajo este orden de ideas, entendemos que la legislación comercial –a semejanza de la civil- considera como un elemento importante en la labor interpretativa la intención de las partes. Aunque no establece un orden de prelación en los criterios a utilizar, sí nos queda muy claro que son las partes unos actores básicos en la determinación del sentido del contrato.

Como bien sabemos, el fideicomiso ha sido considerado como una operación de crédito. A su vez, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito considera, en su artículo 1º, último párrafo: “Las operaciones de crédito que esta Ley reglamenta son actos de comercio.”

²²Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Segunda Sala, Vol. 103-108, Parte Tercera, p.67 Sexta Época, Cuarta Parte: Vol. II, p. 103. Amparo Directo 4279/55. María Carmen Huerta Vda. de Ruiz. 5 votos. Vol. XXIX, p. 52. Amparo Directo 2348/57. María Cristina Milchorena. 5 votos. Vol. XLII, p. 23. Amparo Directo 5484/59 María de la Cruz Consuelo Flores de Hoyos. 5 votos. Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965, Cuarta Parte, Tercera Sala, p. 385.

El mismo ordenamiento señala, en el siguiente artículo las reglas que habrán de regir al fideicomiso, como operación de crédito y como acto de comercio en última instancia.

Artículo 2º.- Los actos y las operaciones a que se refiere el artículo anterior, se rigen:

- I. Por lo dispuesto en esta Ley, y en las demás leyes especiales relativas; en su defecto;
- II. Por la legislación mercantil en general; en su defecto;
- III. Por los usos bancarios y mercantiles y, en defecto de éstos; y
- IV. Por el derecho común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta Ley, el Código Civil del Distrito Federal.

De esta manera, la Ley especial nada señala sobre la voluntad de las partes, pero nos remite tanto a la legislación mercantil, como al derecho común. Por ello, admitimos que en materia de operaciones de crédito, como de actos de comercio, sigue siendo un factor importante la verdadera intención de las partes.

La Sección que regula al fideicomiso²³ nada señala sobre la interpretación que debe darse a esa figura, por lo cual se deberán utilizar las herramientas que nos dan la legislación civil y mercantil.

Acudimos también a los criterios judiciales, a efecto de tener más herramientas para interpretar negocios jurídicos. Resultaron relevantes los siguientes:

- a) **CONTRATOS, INTERPRETACION DE LOS.** La interpretación de los contratos debe hacerse en forma integral a fin de esclarecer cuál es el deseo y voluntad de los contratantes con independencia de cualquier oscuridad por indebida redacción.²⁴
- b) **CONTRATOS, INTERPRETACION DE LOS.** Para la correcta interpretación de los contratos, debe atenderse a la

²³ Sección I, del Capítulo V, del Título II De las Operaciones de Crédito, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

²⁴ Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO, Tomo: I, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1988, Página: 207. TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO, Amparo directo 88/87. América Grajales Vda. de Acosta. 16 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Marcos Arturo Nazar Sevilla. Secretario: Miguel Eusebio Selvas Acosta.

voluntad de las partes sobre su expresión material. Pues conforme al artículo 1680 del Código Civil vigente en el Estado México, si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas, pero si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de las partes, prevalecerá ésta sobre aquéllas. En cuyo caso, la naturaleza de los contratos no depende de su designación, sino de los hechos y actos asentados por aquéllas, en relación a las disposiciones legales aplicables.²⁵

- c) **CONTRATOS MERCANTILES. INTERPRETACION DE LOS.** Conforme a las reglas de interpretación de los contratos mercantiles, debe atenderse en primer lugar a la literalidad de las cláusulas convenidas por las partes, y, en su defecto, es decir, de no solucionarse el conflicto conforme al sentido literal de dichas cláusulas, se deberá entonces ocurrir a la intención de los contratantes, de acuerdo con lo establecido por los artículos 78 del Código de Comercio y 1851 del Código Civil del Distrito Federal, de aplicación supletoria al citado en primer término.²⁶

Bajo este orden de ideas entendemos que judicialmente, los contratos mercantiles se interpretan atendiendo a dos criterios principalmente: literalidad e intención de las partes. Lo anterior a efecto de no caer en el terreno de la ficción y dañar a las partes, adjudicándoles derechos y obligaciones que originalmente no deseaban tener.

²⁵ Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO, Tomo: XII, Diciembre de 1993, Página: 847 PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 325/93. Consuelo Pérez Vda. de Vergara. 25 de mayo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Díaz Infante Aranda. Secretario: Rigoberto F. González Torres. Esta tesis reitera el criterio sustentado en la Jurisprudencia 108, visible a fojas 302 y 303, Cuarta Parte, Tercera Sala del Apéndice de Jurisprudencia 1917-1985.

²⁶ Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Instancia: OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, Tomo: XI, Mayo de 1993, Página: 311 OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, Amparo directo 21/92. Proyecto Connie, Asociación Civil. 11 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez. Secretario: Alejandro Sánchez López.

Aunque la voluntad deba revestir determinada formalidad,²⁷ eso no quiere decir que no esté sujeta a interpretación. De hecho, no hay prohibición expresa al respecto.

“Por lo que toca a la interpretación del *negocio jurídico mismo*, celebrado en la forma prescrita, habrá de ajustarse a los propios preceptos establecidos para los negocios jurídicos exentos de forma...”²⁸

Lo anterior quiere decir que el documento sujeto a interpretación debe contener, al menos, una parte de la voluntad de los firmantes. Así pues si sus cláusulas resultan confusas debemos de aplicar los criterios de interpretación que hemos venido comentando. Si pensamos en la exigencia de formalidad que presenta la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito para el fideicomiso, también debemos asumir que las partes tuvieron la oportunidad de negociar previamente, de asesorarse y asegurarse de que su voluntad se viera reflejada nítidamente en el documento contractual. Desgraciadamente esta no es la constante y es entonces cuando la labor interpretativa reviste su importancia al dilucidar las verdaderas intenciones de las personas.

“Lo de que debe interpretarse la voluntad real significa sencillamente... , que el juez, en *cada* interpretación, no ha de tomar simplemente las palabras en su sentido ordinario, sino que ha de fijarse en *cada* caso en las circunstancias en que se exteriorizaron, en su contexto, en el resultado económico perseguido.”²⁹

En este punto cabría preguntarnos si en el caso de contratos celebrados a favor de un tercero aplican las mismas reglas de interpretación:

“En Cód. civ. <en referencia al Código Civil alemán> dispone sobre los contratos a favor de tercero... , que a falta de un *acuerdo especial*, se habrán de inferir de las *circunstancias* y principalmente del *fin* del contrato: a) si el tercero debe *adquirir* el derecho, b) si este derecho del tercero ha de producirse *inmediatamente o sólo bajo ciertos requisitos*, c) si los contratantes se reservan la facultad de *anular o modificar* el derecho del tercero sin el consentimiento de éste. El Código deja, pues, a cargo de la *interpretación* lo referente al *nacimiento y modalidades de extinción y modificación* del derecho del tercero.”³⁰

²⁷ Como lo es en el caso del fideicomiso, que por disposición del artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, debe celebrarse por escrito.

²⁸ DANZ, *op. cit.*, p. 220

²⁹ *Ibid.*, p. 37

³⁰ *Ibid.*, pp. 307-308

Finalmente señalamos que, como el fideicomiso puede tener fines testamentarios, es importante no perder de vista lo que –respecto a la interpretación de disposiciones testamentarias- señala el Código Civil Federal:

Artículo 1302.- Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de las palabras, a no ser que aparezca con manifiesta claridad que fue otra la voluntad del testador.

En caso de duda sobre la inteligencia o interpretación de una disposición testamentaria, se observará lo que parezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del testamento y la prueba auxiliar que a este respecto pueda rendirse por los interesados.

Como constante volvemos a observar aquí la búsqueda de la verdadera voluntad del testador, como elemento esencial de la interpretación jurídica.

4.3 Autonomía Contractual y sus Limitantes en el caso del Fideicomiso

En tratándose de negocios jurídicos nos queda claro que las partes gozan de una amplia autonomía contractual y de lo importante que es manifestar claramente su voluntad:

“El negocio jurídico es una declaración privada de voluntad que tiende a alcanzar un resultado *jurídico*, resultado que el Derecho ordena que se produzca porque lo *quiere* el declarante.”³¹

Sin embargo, cabe citar en este punto de análisis que tal autonomía para el caso del fideicomiso no es plena, ya que existen algunas limitantes, como lo son las contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

- a) El requisito de formalidad que obliga a celebrarlo por escrito (artículo 387)
- b) La prohibición de constituir el negocio a favor de la fiduciaria (artículo 383, párrafo cuarto)

³¹ *Ibid*, p. 19

- c) Los fideicomisos prohibidos (artículo 394), que niegan la posibilidad de constituir fideicomisos:
 - i. Secretos
 - ii. Que concedan beneficios a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por la murete de la anterior
 - iii. Con la intención de que duren más de cincuenta años

4.4 Autonomía Contractual y su Interpretación

Hasta ahora nos ha quedado clara la importancia de la voluntad de las personas en los negocios jurídicos. Asimismo hemos estudiado el concepto de interpretación, asumiéndola como la labor que nos permite *desentrañar el sentido real de una disposición jurídica*.

Sin embargo, la interpretación de la voluntad de las partes presenta alguna dificultad. Estamos frente al caso en el que la voluntad interna de los negociantes, no coincide con la voluntad expresada en el documento jurídico.

Para explicar mejor este fenómeno, seguimos al Maestro Gutiérrez y González³² quien al efecto distingue claramente dos teorías:

a) **Teoría de la voluntad interna**

Referente a la llamada teoría de la autonomía de la voluntad.

“En ella se afirma que si la voluntad de las partes es el alma del contrato, habrá sin duda que atender a ella, y por lo mismo el intérprete de un contrato, deberá desarrollar la labor de un psicólogo, para desentrañar la verdadera intención de los que otorgan el acto.”³³

Esta teoría resalta el hecho de que las partes tienen una clara intención interna y que, en ocasiones, se ve distorsionada por tener que cumplir con determinados requisitos formales que

³² Cf. GUTIÉRREZ y González, *op. cit*

³³ *Ibid*, p. 433

dotan de validez al acto jurídico. Es ahí donde entra la tarea de interpretación para conciliar las voluntades interna y externa.

b) Teoría de la voluntad declarada

Conocida también como la teoría de la declaración de la voluntad.

“Sostiene que para interpretar el contenido y alcance de un contrato, se debe atender en forma exclusiva a lo que exteriorizaron los otorgantes, de manera independiente de que esa declaración traduzca o no fielmente, su querer interno.”³⁴

Esta corriente nos deja en claro que las partes deben de cerciorarse de que la manifestación formal de su voluntad, es exactamente igual a su voluntad interna. No es válido señalar en contra ignorancia de tal requisito formal, pues ello es parte de su responsabilidad como contratantes.

El supuesto ideal lo tendremos entonces cuando voluntad interna coincide con voluntad externa, a lo cual podríamos llamar voluntad *real* del contratante. Recordemos que:

“En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados”³⁵

Además tratándose del fideicomiso debe de celebrarse por escrito.³⁶

Sobre la manera en la que deben de interpretarse los contratos que benefician a terceros, el Maestro Gutiérrez y González opina:

“En este tipo de contrato las voluntades de los que lo celebran se están dirigiendo precisamente para beneficio de otras personas, y debe por lo mismo estarse a lo que expresaron y no a lo que digan que pensaron decir.”³⁷

³⁴ *Ibid*, p. 434

³⁵ Artículo 78 del Código de Comercio.

³⁶ Obligación formal contenida en el artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

³⁷ GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 437

En protección de los intereses del tercero beneficiario, debe entonces atenderse a lo que aparezca en el documento contractual, lo cual viene a confirmar la disposición contenida en el citado artículo 78 del Código de Comercio.

Sin embargo la interpretación del consentimiento ofrece también otra problemática: cuando las partes olvidan pactar determinado supuesto y entonces generan una laguna legal.

“La voz *laguna* proviene del latín *lacuna-ae*, que significa además de profundidad del mar, cavidad, oquedad, hoyo, falta, vacío... De ahí *lacunousus*; lleno de hoyos, de huecos. En un sentido general y, conforme con su etimología, laguna; significa, *inter alia*: omisión, carencia, falta, connotando la idea de insuficiencia...”³⁸

Regularmente las lagunas deben llenarse con disposiciones legales, el problema se complica aún más en el caso de que la disposición legal no sea suficiente para llenar este vacío. En tal supuesto, se acude a la llamada integración que:

“... es la técnica que el encargado de aplicar la ley utiliza para colmar lagunas y determinar el derecho aplicable al caso sujeto a su conocimiento.”³⁹

Rubro cuyo análisis escapa a los fines de esta investigación.

De igual manera, la laguna contractual puede superarse aplicando la costumbre. Recordemos que la fracción III, del artículo 2º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, permite aplicar los “usos bancarios y comerciales” a los actos y operaciones que regula.

En nuestro país la aplicación de la costumbre sí está permitida. Así lo señala el Código Civil Federal al decir:

Artículo 1856.- El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos.

³⁸ TAMAYO y Salmorán, Rolando. Elementos para una Teoría General del Derecho, Themis, México, 1996. p. 153

³⁹ MORENO, *op. cit.*, p. 122

La dificultad en este punto, radica en tratar de definir lo que debe entenderse entonces por “uso”. La doctrina ha señalado que *uso* es la:

“Regla consuetudinaria especial de una región o de una profesión que los particulares siguen habitualmente en sus actos jurídicos sin referirse expresamente a ella.”⁴⁰

Como la legislación no define claramente lo que debe entenderse por usos bancarios o comerciales, entendemos que alude al concepto de *costumbre jurídica*.

“De acuerdo con la teoría romano-canónica, la costumbre tiene dos elementos, subjetivo uno y otro objetivo. El primero consiste en la idea de que el uso en cuestión es jurídicamente obligatorio y debe aplicarse, el segundo es la práctica, suficientemente prolongada, de un determinado proceder. *Inveterata consuetudo et opinio seu necessitatis*.”⁴¹

Así pues, si las partes dejaran de convenir algo en el contrato, podríamos entonces atender a lo que dicten los usos bancarios y comerciales; como esta práctica reiterada, de la cual se tiene la creencia que es jurídicamente obligatoria.

Finalmente, la interpretación de los negocios jurídicos no debe perder de vista la teoría de la autonomía de la voluntad. En este sentido, las partes son libres para obligarse en los términos que más les convenga y, es su responsabilidad, cerciorarse de que su voluntad interna coincida con lo expresado en el documento formal. De esta manera, la interpretación operará sólo para aclarar el sentido de cláusulas oscuras o la ausencia de ellas.

Lo anterior, pensamos debe realizar sin olvidar la naturaleza jurídica del negocio a interpretar y buscando siempre la equidad entre las partes; ya que el Derecho y su interpretación deben traducirse en justicia y no en abusos entre las partes.

Concluimos que las únicas limitantes a la voluntad contractual deben ser la legalidad, la moral y la paz pública. Tales conceptos garantizan la convivencia social armónica: fin último del Derecho y los contratantes no pueden dejar de participar de ese Estado de Derecho.

⁴⁰ *Diccionario Jurídico*, Temis, Colombia, 1990. p. 394

⁴¹ MORENO, *op. cit.*, p. 124

CAPÍTULO V

EFECTOS FISCALES DEL FIDEICOMISO EN LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

El último capítulo de este trabajo de investigación tiene por objeto estudiar los efectos fiscales contenidos en la Ley del Impuesto Sobre la Renta vigente para el fideicomiso. Lo anterior a efecto de delimitar las cargas fiscales para cada uno de los elementos personales del negocio que nos ocupa.

5.1 Consideraciones Previas

Antes de iniciar el estudio de los efectos fiscales del fideicomiso, debemos dejar asentadas determinadas consideraciones previas que nos ayudarán a comprender mejor el régimen tributario del negocio. Así pues, en este análisis no debemos perder de vista que:

- a) El fideicomiso es un negocio jurídico. Recordemos que:

“... el negocio jurídico es un acto de voluntad libre, que tiende a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico y que produce como consecuencia de tal tutela, determinados efectos jurídicos.”¹
- b) El fideicomiso no tiene personalidad jurídica propia, ya que tal atributo es sólo propio de personas físicas y morales, no así de negocios jurídicos. En este sentido nos queda muy claro que la naturaleza jurídica del fideicomiso es de negocio y por lo tanto, no se crea una persona distinta de la del fideicomitente.
- c) El fideicomiso es una figura mercantil, sin importar la calidad de sus partes o de sus fines. Operación regulada por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es la propia Ley la que confirma su carácter de acto mercantil

¹ VILLAGORDOA Lozano, José M. “Estado Actual de la Doctrina y la Jurisprudencia Mexicanas en Materia de Fideicomiso” en: Actualidad y Futuro del Fideicomiso en México, Coordinador: Jesús Roalandini, Instituto Fiduciario Bancomer, México, 1997. p. 29

- d) El fideicomiso puede ser público o privado, en esta investigación sólo analizaremos al último de ellos
- e) El fideicomiso produce la transmisión de bienes y derechos
La doctrina sostiene que en realidad se trata de dos contratos:

“a)Un contrato real positivo que produce la transferencia de la propiedad o del Crédito y que se realiza de modo perfecto e irrevocable; y b)Un contrato obligatorio negativo o sea la obligación del fiduciario de usar tan sólo de una cierta forma el derecho adquirido, para restituirlo después al transferente o a un tercero...

La transmisión que se realiza en virtud de la relación real del negocio fiduciario, del fiduciante al fiduciario, es una transmisión plena; si se trata de bienes, se transmite la propiedad y si se trata de derechos, la plena titularidad.”²

Aclaremos que el fideicomiso por sí mismo no produce la enajenación de bienes, ya que la transmisión de la propiedad es una consecuencia de la actividad encomendada a la institución fiduciaria por virtud del negocio fiduciario.

- f) La fiduciaria no es propietaria de los bienes afectos al fideicomiso, por la simple constitución del negocio.
Es decir:

“... a la fiduciaria corresponde, con exclusión de cualquier otra persona, ejecutar los actos jurídicos tendientes al logro de los fines del fideicomiso, ello ni implica, bajo ningún concepto, que se convierta en plena propietaria de los bienes fideicomitados, aun cuando conforme a tales fines, aquella deba, inclusive, transmitir la plena propiedad de éstos.”³

- g) El fideicomiso puede perseguir distintos fines: enajenar determinados bienes, administrar un patrimonio o un fondo, garantizar una obligación principal, desarrollar investigación y tecnología, realizar actividades empresariales; entre otros con la única limitante de que no se trate de derechos personalísimos y por lo tanto, intransferibles.

² *Ibid*, p. 30

³ DOMÍNGUEZ Martínez, Jorge A. El Fideicomiso, Porrúa, México, 2001. p. 227

- h) El fideicomiso puede constituirse *mortis causa* o *inter vivos*
- i) Los efectos fiscales del fideicomiso los encontramos en los siguientes ordenamientos: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Código Fiscal de la Federación y su Reglamento, Ley del Impuesto Sobre la Renta y su Reglamento, Ley del Impuesto al Activo, Ley del Impuesto al Valor Agregado y su Reglamento; así como la Resolución Miscelánea para el presente ejercicio fiscal, Código Financiero para el Distrito Federal.

A efecto de delimitar nuestro estudio, sólo analizaremos a la Ley del Impuesto Sobre la Renta vigente y haremos mención del resto de los ordenamientos cuando así lo amerite el curso de la investigación.
- j) La interpretación del negocio fiduciario debe hacerse atendiendo, en primera instancia, a la voluntad del fideicomitente y en segunda, a las demás fuentes del Derecho a saber: ley, jurisprudencia, principios generales del derecho, costumbre.
- k) El fideicomiso es una figura altamente flexible y por lo tanto, muy utilizada por personas físicas y morales que confían en la seguridad y transparencia de las operaciones realizadas a través del mismo.

5.2 Antecedentes Legislativos

El Maestro Domínguez Martínez, señala en su obra “El Fideicomiso” que el estudio de la regulación fiscal del fideicomiso debe hacer en dos etapas históricas: hasta 1974 y a partir de 1975. Lo anterior en razón de que el primer período ofrece un régimen tributario sencillo y durante la cual se utilizó y hasta abusó de la figura. La segunda etapa representa una reglamentación más estricta de los efectos fiscales del negocio, cayendo incluso en algunos absurdos jurídicos. Seguimos entonces la propuesta del Maestro en cuanto a los antecedentes legislativos que nos ocupan, citando los ordenamientos más destacados en cada periodo. La última era de 1994 a la fecha será tratada en el

siguiente apartado y con referencia únicamente a las Leyes del Impuesto Sobre la Renta vigentes entonces.

5.2.1 Primera Etapa: de 1941 a 1974

a) Ley Bancaria de 1941

“La Ley Bancaria de 1941 disponía que en el caso de operaciones de fideicomiso... el acto constitutivo del fideicomiso..., quedarían comprendidos en la exención del art. 155, o sea el impuesto del timbre, pero en los actos, contratos y documentos que debieran ejecutarse u otorgarse para la realización del fideicomiso..., causarían el impuesto que correspondiera como si tales actos, contratos o documentos hubieran sido ejecutados u otorgados por el fideicomitente,,, (art. 156)”⁴

b) Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal de 1942

De inicio no consideró al fideicomiso como causante de contribuciones, especialmente del impuesto sobre traslación de dominio de bienes inmuebles –regulado en su Título XI-. El Titular de la Tesorería del Distrito Federal justificó lo anterior en Oficio publicado en el Diario Oficial de 26 de agosto de 1952 al decir:

“En la práctica se han suscitado dudas respecto de si el impuesto sobre traslación de dominio de bienes inmuebles... grava a las operaciones de fideicomiso...en los casos de fideicomiso en cuyas escrituras constitutivas se establezca que el fideicomitente transmite a la fiduciaria la propiedad de bienes inmuebles, que han de quedar afectos al cumplimiento del mismo fideicomiso, no opera la transmisión de propiedad que es objeto del impuesto de que se viene tratando, porque tal transmisión fiduciaria no es completa y, por lo mismo, no causa dicho impuesto.”

⁴ BATIZA, Rodolfo. El Fideicomiso. Teoría y Práctica, Jus, Nueva Colección de Estudios Jurídicos, No, 25, México, 1991. p. 258

c) **Reforma de 1953 a la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal de 1942**

En virtud de esta modificación, los artículos 443 y 445 gravaron al fideicomiso bajo los siguientes términos:

Artículo 443.- Es objeto del impuesto que establece este título, la transmisión o adquisición del dominio de bienes inmuebles ubicados en el Distrito Federal.

Tratándose de fideicomisos, se gravará con cargo al fideicomitente, el traslado de dominio que haga la fiduciaria en cumplimiento del fideicomiso.

Artículo 445.- Están obligados al pago del impuesto que establece este título:

V. El fideicomitente, cuando en cumplimiento del fideicomiso la fiduciaria transmita al fideicomisario o a terceros el dominio de los bienes inmuebles objeto del mismo fideicomiso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 443 de esta ley. En estos casos las declaraciones con pagos del impuesto los hará el fiduciario por cuenta del fideicomitente.

d) **Ley General del Timbre de 1953**

Vigente desde 1954 y abrogada por la Ley General del Timbre de 1975:

“señaló en el primero de sus artículos que los contratos, actos y documentos gravados con los impuestos o derechos del timbre eran los *no mercantiles*, en tanto que su art. 2º, lo fue destinado para gravar con ese impuesto a actos que tengan por objeto indirecto bienes inmuebles, como la compraventa, el arrendamiento, etc., aún cuando una o ambas de sus partes fueran comerciantes.”⁵

e) **Ley del Impuesto Sobre la Renta de 1964**

“Disponía... que dicho impuesto gravaba los ingresos en efectivo, en especie o en crédito, que modificaran el patrimonio del contribuyente, provenientes de productos o rendimientos de capital, del trabajo o de la combinación de ambos (art. 1º)... La ley establecía una distinción entre el impuesto al ingreso global de las empresas y el impuesto al ingreso de las personas físicas, clasificando éste según se tratara de productos de trabajo o rendimientos de capital. Eran objeto de este último, en los

⁵ DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 233

términos de la reforma introducida por el decreto de 23 de diciembre de 1971 (*D.O.* del 29), los ingresos en efectivo o en especie percibidos, entre otros, por los siguientes conceptos: ... convenios o contratos...”⁶

f) Código Fiscal de la Federación de 1967

Vigente hasta 1983, año en que entra en vigencia el actual Código Fiscal, y del cual resulta trascendente su artículo 15:

Artículo 15.- Para los efectos fiscales se considera:

III. Que existe enajenación de bienes a través del fideicomiso:

A) En el acto de la constitución del fideicomiso si se designa fideicomisario diverso del fideicomitente y siempre que éste no tenga derecho a readquirir del fiduciario lo bienes

B) En el acto en el que el fideicomitente pierda el derecho a readquirir los bienes del fiduciario, si al constituirse el fideicomiso se hubiera establecido tal derecho

C) En el acto de designar fideicomisario, si éste no se designó al constituirse el fideicomiso, siempre que dicha designación no recaiga en el propio fideicomitente

D) En el acto en el que el fideicomisario designado ceda sus derechos o de 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 dar dichas instrucciones

E) En el acto en el que el fideicomitente ceda sus derechos si entre éstos se incluye el de que los bienes se transmita a su favor.

Texto este, que se rescata en la reforma de 1975 a la Ley del Impuesto Sobre la Renta de 1964.⁷

g) Reformas de 1973 y 1974 a la Ley General del Timbre de 1953

El 1973, la Ley General del Timbre incluyó en el texto del artículo segundo que:

“la cesión de derechos de fideicomisario derivados de fideicomisos cuyos bienes afectos fueran inmuebles, para imponerle una cuota idéntica a la de la compraventa también de inmuebles. Es en el año

⁶ BATIZA, *op. cit.*, p. 266

⁷ *Supra.*

siguiente cuando la constitución del fideicomiso quedó por primera vez gravada con el impuesto del timbre.”⁸

De esta manera, a partir de 1974 la Ley General del Timbre gravó al fideicomiso con sus reformados artículos 2º y 4º:

Artículo 2º.- Causan también el impuesto al timbre aun cuando las partes o una de ellas sean comerciantes:

I. ...

II. El acto constitutivo de fideicomiso cuando se afecte un bien inmuebles y la cesión de derechos de fideicomitente o de fideicomisario derivados de este tipo de fideicomiso.

Artículo 4º.- Los objetos y cuota de los impuestos y derechos serán los que establece la siguiente tarifa:

I. ...

VII. Compraventa

Para los efectos de esta ley, la adjudicación de bienes en pago o la que se haga en remate a postor, la cesión onerosa de derechos reales o personales y la dación en pago, se equiparan a la compraventa. También se equiparan a la compraventa el acto constitutivo de fideicomiso cuando se afecta un bien inmueble y la cesión de derechos de fideicomitente o de fideicomisario derivados de este tipo de fideicomiso...

La transmisión de dominio de un inmueble en ejecución de un fideicomiso, causará el impuesto conforme a este inciso, salvo cuando éste se haga a favor del o de los fideicomisarios designados en el acto constitutivo del fideicomiso o de los adquirentes de los derechos de fideicomisario por cualquier título, siempre que en la constitución o adquisición se haya cubierto el impuesto correspondiente...

No causan el impuesto:

... Los actos constitutivos de fideicomiso de administración, de garantía o testamentario.

Esta primera etapa de regulación ofrecía grandes ventajas a las partes del fideicomiso, ya que la transmisión de propiedad no causaba el impuesto sobre traslación de dominio de bienes inmuebles en el Distrito Federal. Tratándose del impuesto del timbre, tampoco se causaba por la naturaleza evidentemente mercantil del fideicomiso. Es por ello, que muchas personas acudieron al fideicomiso, favoreciéndose —en algunos casos de modo indebido— de un régimen fiscal benevolente. Por ejemplo, para evitar la carga fiscal que representaba una compraventa.

⁸ DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 236

Llama la atención la última modificación a la Ley del Timbre de 1974 en el sentido de equiparar el fideicomiso a la compraventa, cuando ambas figuras participan de naturalezas jurídicas distintas; además de no considerar como causantes del impuesto a los fideicomisos con fines de administración o garantía; así como los constituidos por causa de muerte. Consideramos que el espíritu del legislador aquí, era limitar el uso del fideicomiso que afectara bienes inmuebles. Sin embargo, resultó poco equitativo el hecho de que no se gravara a los fideicomisos de administración, garantía o testamentarios; cuando sabemos que en cualquiera de ellos podría afectarse bienes inmuebles para alcanzar el fin último del negocio fiduciario. Tampoco se contempló la posibilidad de que un bien inmueble pasara a ser parte del patrimonio fideicomitado, con posterioridad a la constitución formal del negocio, situación que en todo caso no caería en el supuesto de hecho generador del impuesto.

5.2.2 Segunda Etapa: de 1975 a 1994

a) Reforma de 1974 a la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal de 1942

Reforma publicada el 24 de diciembre de 1974, que entrara en vigencia el primero de enero de 1975, razón por la cual la citamos en la segunda etapa de nuestro estudio. Es importante porque reguló al fideicomiso como causante del impuesto sobre la traslación de dominio de inmuebles, bajo los siguientes términos:

Artículo 444.- El impuesto sobre traslación de dominio de bienes inmuebles, se causa:

I. ...

VI. Por la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles por herencia, legado o donación y por la cesión, aportación o cualquiera otra transmisión de derechos hereditarios sobre bienes inmuebles. En estos tres últimos casos, previamente a la cesión, aportación u otra transmisión de los derechos hereditarios, deberá cubrirse el impuesto por la adquisición de estos derechos. También se causará el impuesto por la cesión, aportación u otra transmisión.

VIII. Por los fideicomisos, conforme a las siguientes disposiciones:

a) Cuando se afecten en fideicomiso bienes inmuebles para su enajenación al fideicomisario, y, según el acto constitutivo, no se transmita la propiedad al fiduciario, al constituirse el fideicomiso se

depositará en efectivo, en la Tesorería del Distrito Federal, la cantidad equivalente al impuesto según el valor de los inmuebles en esa fecha. Al operarse la transmisión de la propiedad al fideicomisario, se hará la liquidación definitiva del impuesto sobre el valor vigente en esta fecha y se pagará o devolverá, en su caso, la diferencia que resulte;

b) Cuando se afecten en fideicomiso bienes inmuebles para su enajenación al fideicomisario o para cualquier otra finalidad y, según el acto constitutivo, se transmita la propiedad al fiduciario, el impuesto se causará, al constituirse el fideicomiso, sobre el valor que tengan los inmuebles en esa fecha. La enajenación posterior que el fiduciario haga al fideicomisario o a un tercero, en su caso, también causará el gravamen, que se calculará sobre el valor de los inmuebles en la fecha de esta enajenación;

c) En los casos de transmisión de derechos que un fideicomitente haga a otro fideicomitente, o que un fideicomisario haga a otro fideicomisario, se causará el impuesto por cada transmisión. Se considera que existe ésta, cuando hay sustitución de un fideicomitente o de un fideicomisario, por cualquier motivo, y la base del impuesto será el valor del inmueble en la fecha de cada cambio;

d) En los casos de sucesiones en que se afecten en fideicomiso derechos hereditarios sobre bienes inmuebles para su transmisión a fideicomisarios que no sen herederos, se estará a lo dispuesto en la fracción VI.

Los contribuyentes de aquella época decidieron seguir constituyendo fideicomisos, con la salvedad de no mencionar que el fideicomitente transmite a la fiduciaria la propiedad, con ello evitaban caer en el supuesto normativo y no se causaba el impuesto.

En este punto encontramos uno de los grandes absurdos del legislador fiscal al solicitar, el depósito anticipado del impuesto cuando el hecho imponible aún no se realizaba. Peora aún más la medida si consideramos que la fracción VI del artículo 448 de la misma Ley indicó que:

“el avalúo bancario exigido para los actos traslativos de dominio de bienes inmuebles, debió referirse a la fecha de la adjudicación de bienes por herencia, lo cual fue naturalmente imposible, por las épocas en que tienen lugar, por una parte, el fallecimiento del autor de la sucesión y por la otra, la adjudicación de bienes por herencia.”⁹

⁹ *Ibid*, p. 245

Es decir, el autor de la sucesión debía hacer un depósito en concepto de *anticipo* de un impuesto que aún no se causaba, teniendo como base un avalúo que tampoco se tenía por no haber ocurrido la adjudicación de bienes. ¿Debía entonces el testador calcular la fecha de su posible muerte y de la adjudicación de sus bienes para entonces proceder al cálculo, finalmente *estimado*, del impuesto?

Otro punto ilustrativo de los excesos del legislador lo encontramos en el inciso b de la citada fracción VIII. Apreciamos aquí una doble tributación en el sentido de gravar; por un lado, la transmisión de bienes a la fiduciaria y por el otro, la transmisión que hiciera la fiduciaria al fideicomisario. Medida poco afortunada, si pensamos que la fiduciaria en realidad no requiere ser propietaria de los bienes afectos a fideicomiso para cumplir con la finalidad que le encomienda el fideicomitente. En este caso, el legislador contempló una doble enajenación; situación que como ya hemos comentado, no resulta congruente con la naturaleza del fideicomiso. Por fortuna estos preceptos perdieron vigencia con la Ley del Impuesto Sobre la Renta de 1981.

b) Ley General del Timbre de 1975

Abrogada por la Ley del Impuesto Sobre Adquisición de Inmuebles de 1980. Conserva casi idéntica la regulación fiscal sobre el fideicomiso, que se contenía en la abrogada Ley de 1953. Sólo se limitó a señalar que el fideicomiso gravado con ese impuesto podría afectar un bien inmueble o más de uno, a efecto de aclarar que en ambos casos se causaba el impuesto.

c) Reforma de 1975 a la Ley del Impuesto Sobre la Renta de 1964

Por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 26 de diciembre de 1975, se agrega un artículo 68 bis a la citada Ley del Impuesto Sobre la Renta de 1964, por cuya importancia transcribimos aquí:

Artículo 68 bis.- En las operaciones de fideicomiso en las que se afecten bienes inmuebles, éstos se considerarán enajenados:

I. En el acto de la constitución del fideicomiso si se designa fideicomisario diverso del fideicomitente y siempre que éste no tenga derecho a readquirir del fiduciario el inmueble

II. En el acto en el que el fideicomitente pierde el derecho a readquirir el inmueble del fiduciario, si al constituirse el fideicomiso se hubiere establecido tal derecho

III. En el acto de designar fideicomisario, si éste no se designó al constituirse el fideicomiso

IV. En el acto en el que el fideicomisario designado ceda sus derechos o de instrucciones al fiduciario para que titule la propiedad del inmueble a un tercero. En estos casos se considerará que el fideicomisario adquiere el inmueble en el acto de su designación y que lo enajena en el momento de ceder sus derechos o dar dichas instrucciones

V. En el acto en el que el fideicomitente ceda sus derechos que incluya el de que el inmueble se titule a su favor

En los casos a que se refiere este artículo y salvo lo señalado por el mismo, se aplicarán las reglas y los procedimientos de valuación a que se refiere el artículo 68 de esta Ley.

La intención del legislador con esta reforma fue aclarar los momentos en los que se produce la enajenación derivada de un fideicomiso. Quizá la gran crítica a este artículo sea sobre su fracción III, ya que el hecho de que no se haya designado fideicomisario a la constitución del fideicomiso, no significa que del negocio derivará una enajenación. No se llega a apreciar aquí la relación entre la designación del fideicomisario, por un lado, y la enajenación de bienes derivadas del fideicomiso, por el otro. Este artículo estuvo vigente hasta 1978, por Decreto que reformó diversas disposiciones fiscales publicado el 29 de diciembre de ese año.

d) Ley del Impuesto Sobre Adquisición de Inmuebles de 1980
Publicada el 30 de diciembre de 1979, deroga a la Ley General del Timbre.

“Dispuso que están obligados al pago de este impuesto las personas físicas o morales que adquieran inmuebles que consistan en el suelo o en el suelo y las construcciones adheridas a él adheridas ubicadas en el territorio nacional... el impuesto se calculará aplicando la tasa del 10% al valor del inmueble después de reducido 10 veces el salario mínimo

general, elevado al año... Para efectos legales por adquisición no sólo la que derive de actos en que se transmite la propiedad, ... sino varios otros casos, incluso la enajenación a través de fideicomiso en los términos del Código Fiscal de la Federación (art. 3º, frac. X). el pago del impuesto deberá hacerse, tratándose del fideicomiso, cuando se realicen los supuestos de enajenación conforme a dicho Código.”¹⁰

e) **Ley del Impuesto al Valor Agregado de 1980**

Entra en vigor el primero de enero del citado año. En materia de fideicomiso considera que se causa el impuesto al valor agregado, por el concepto de enajenación al efecto previsto en el Código Fiscal de la Federación vigente entonces, concepto que incluyó por supuesto al negocio fiduciario.

f) **Decreto de 5 de marzo de 1980**

Importante porque reforma al Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta de 1964.

“En cuanto al fideicomiso, agregó una nueva exención en los siguientes términos: para los efectos de la frac. XIV del art. 49 de la ley, se considerarán exentos los ingresos derivados de...la cesión de derechos de fideicomitente o fideicomisario, cuando el inmueble que amparan dichos títulos o derechos haya sido habitado por el contribuyente al menos durante dos años con anterioridad a la enajenación y el importe se destine dentro del años <sic> siguiente a la adquisición o construcción su casa-habitación o a la adquisición de otro certificado que le dé derecho a ocupar un inmueble en el que se establezca su domicilio. Las autoridades administradoras podrán prorrogar por un año más el plazo para realizar la reinversión indicada (art. 89 párs. primero-tercero)”¹¹

g) **Ley del Impuesto Sobre la Renta de 1981**

Publicada el 30 de diciembre de 1980 y abrogada por la Ley del Impuesto Sobre la Renta vigente desde el 1º de enero de 2002.

“Conforme lo dispuesto por el art. 95 de la LISR vigente a partir del 1º de enero de 1981 se consideran ingresos por enajenación de bienes, además de los que derivan de los casos previstos en el Código Fiscal de

¹⁰ BATIZA, *op. cit.*, p. 272

¹¹ *Ibid.*, p. 268

la Federación, por los que la propia ley señala, o sea, tomó como tales los ya indicados relacionados con el fideicomiso aludidos en el C. F.¹²

Ley que se analizará con más detenimiento en el siguiente apartado de este Capítulo Quinto.

h) Impuesto Sobre Adquisición de Inmuebles en el Distrito Federal de 1982

La abrogación de la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal de 1942, se dio con esta nueva Ley que en 1982 coordinó a esta entidad. Se homologaron las disposiciones federales con las locales, a tal efecto la citada Ley señaló que se entendía por *adquisición* la que: se realice por fideicomiso, o bien por cesión de derechos del fideicomiso. La falta de técnica legislativa creó confusión en último supuesto ya que el fideicomiso no puede ceder derechos.

Así pues, localmente se pagó el impuesto sobre adquisición de bienes inmuebles, cuando se efectuaban a través de fideicomiso. Para conocer el momento de pago, el contribuyente se remitía al Código Fiscal vigente entonces para determinar el tiempo de la enajenación. A partir de entonces corría el plazo de treinta días naturales para la liquidación del impuesto (artículo 447).

i) Ley de Hacienda de 1982

Vigente del primero de enero de 1983 al 31 de diciembre de 1994 en el Distrito Federal, fue la última Ley en su tipo. Señaló de manera muy breve que el concepto de adquisición de inmuebles incluía, la derivada del fideicomiso; igualmente la cesión de derechos ligada al negocio.

j) Código Fiscal de la Federación de 1983

Vigente hasta la actualidad y desde el primero de enero de 1983. Dejó en claro lo que se entiende por enajenación de

¹² DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 248

bienes para efectos fiscales en su artículo 14 que transcribimos ahora:

Artículo 14.- Se entiende por enajenación de bienes:

I. ...

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 de 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.

Artículo que establece dos supuestos generales en los que se puede dar la enajenación para efectos fiscales: a la constitución del fideicomiso, y a la cesión de derechos sobre los bienes fideicomitados.

“Puede observarse... que la enumeración contenida en las frs. V y VI del art. 14 del C. F., es casi igual a la del derogado art. 68 bis de la LISR, con la salvedad de que éste se refería únicamente a inmuebles y aquél dispone respecto de los bienes en general.

Es de tenerse en cuenta además, que de los términos en que las fracciones citadas del art. 14 del C. F. están redactadas, se desprende la actitud respetuosa del legislador en cuanto que no impone si hay o no enajenación en el fideicomiso, sino por el contrario, se limita a indicar simplemente que así se entiende con independencia a que la hubiere o no en el fondo.”¹³

¹³ *Ibid*, p. 248

k) Código Financiero del Distrito Federal

Publicado el 31 de diciembre de 1994 y con vigencia a partir del día posterior hasta la fecha. Regula al fideicomiso en el Título Tercero que se refiere al impuesto sobre adquisición de inmuebles.

5.3 Ley del Impuesto Sobre la Renta

A efecto de analizar el actual régimen fiscal del fideicomiso en la Ley del Impuesto Sobre la Renta, haremos breve referencia a su regulación en la Ley anterior.

5.3.1 Ley del Impuesto Sobre la Renta de 1981

La primera apreciación sobre esta Ley radica en el hecho de que los efectos fiscales del fideicomiso, dependían sobre todo de los fines que persiguiera el negocio. Esto es: la realización de actividades empresariales, la traslación del dominio de determinados bienes, el uso o goce temporal de bienes, o bien, la administración de un patrimonio.

“La Ley del Impuesto Sobre la Renta establece una regla de carácter general sobre la figura del fideicomiso, *cuando a través de éste se realicen actividades empresariales*, contemplada en el artículo noveno del propio ordenamiento, y en el que destacan los siguientes lineamientos:

- Responsabilidad de la institución fiduciaria en lo que se refiere a la determinación de la utilidad o pérdida fiscal y realización de pagos provisionales
- Determinación de la utilidad o pérdida en relación a la fecha de terminación del ejercicio, manifestado por la fiduciaria
- Cálculo de pagos provisionales y ajustes de conformidad con las actividades del fideicomiso
- Coeficiente de utilidad en el primer año de calendario o cuando no exista éste, correspondiente a la actividad que se realice de conformidad con el artículo 62 de la ley
- Acumulación de la utilidad o reducción de la pérdida fiscal en forma individual por cada fideicomisario en la declaración del ejercicio, bajo acreditamiento proporcional de pagos provisionales y ajustes

- Responsabilidad subsidiaria del fideicomisario o fideicomitente sobre obligaciones de la fiduciaria”¹⁴

En este sentido, el artículo 9º de la citada Ley obligaba a los fideicomisarios, personas físicas, a considerar a las utilidades derivadas del fideicomiso como ingresos por actividades empresariales. Recordando que a tal efecto es el Código Fiscal de la Federación el que califica a las actividades como *empresariales* en su artículo 16.

En esta especie de fideicomiso destaca que, acorde con el artículo 9 de la Ley, la fiduciaria debía determinar los pagos provisionales con base en el artículo 12 del mismo ordenamiento. Para calcular el impuesto en el primer año de operaciones se debía aplicar el coeficiente de utilidad; de no existir había que aplicar el artículo 62 que contemplaba un coeficiente del 20). Era también obligación de la fiduciaria, reportar el resultado fiscal en el mes de febrero, a efecto de que los fideicomisarios pudieran, a su vez, calcular y enterar el impuesto que le correspondiera.

Finalmente, la fiduciaria debía llevar contabilidad que cumpliera con los requisitos fiscales, esto es, conforme al Código Fiscal de la Federación y su Reglamento.

Por otra parte, la determinación de la utilidad o la pérdida fiscal se calculaba conforme al Título II de la Ley. Atendiendo a su artículo 10 el resultado fiscal se calculaba disminuyendo de la totalidad de los ingresos acumulables obtenidos en el ejercicio, las deducciones autorizadas por ese Título, y al resultado se le aplicaba la tasa del 34%. Al impuesto así calculado, debía restársele la suma de pagos provisionales, incluyendo su ajuste. Ajuste que por cierto, se efectuaba en el primer mes de la segunda mitad del ejercicio (séptimo mes de un ejercicio regular), con datos del último mes de la primera mitad del ejercicio (sexto mes de un ejercicio regular), de conformidad con el artículo 12-A de la Ley.

En caso de que el fideicomiso fuera traslativo de dominio, la utilidad que se generara por la operación, debía ser acumulada a los demás ingresos acumulables del contribuyente. Cabe destacar que no existía retención alguna por parte de la institución fiduciaria. En este caso, no podemos perder de vista al artículo 14 del Código Fiscal de la Federación que señala el concepto de

¹⁴ “El Fideicomiso”, en: *IDC Información Dinámica de Consulta*. Grupo Editorial Expansión, Sección Fiscal, Año V, No. 108, México, 29 de agosto de 1990. p. 1754

enajenación de bienes para efectos fiscales, y contiene diversos supuestos ligados al negocio fiduciario. De hecho, del inciso b) de la fracción V se desprende que para perfeccionar la enajenación de bienes derivada de fideicomiso debieran darse dos supuestos: designar fideicomisario distinto al fideicomitente y, que éste último pierda el derecho a readquirir el bien. En los casos en los que no se cumplen ambos supuestos, no habrá entonces enajenación.

“En mi opinión, en el momento en el que se constituye el fideicomiso NO se perfecciona la enajenación para efectos fiscales, cuando el propietario del inmueble, se obliga a designar o designa un fideicomisario diverso de él y paralelamente se reserva el derecho a readquirir el inmueble a su favor, al cumplimiento de condicionantes establecidas específicamente en el contrato. Cuando el fideicomitente, por situaciones particulares, pierde el derecho a readquirir del fiduciario el inmueble fideicomitado, se cumplen las dos situaciones jurídicas o de hecho que se establecen en la fracción V, del citado artículo 14 del CFF, señaladas en el inciso anterior, y por lo tanto se perfecciona la enajenación estableciéndose la obligación de pagar los impuestos que procedan.”¹⁵

Para el caso de los fideicomisos que otorgan el uso o goce temporal de bienes, resultaba aplicable el artículo 93 de la Ley que disponía:

Artículo 93.- En las operaciones de fideicomiso por las que se otorgue el uso o goce temporal de inmuebles, se considera que los rendimientos son ingresos del fideicomitente aún cuando el fideicomisario sea una persona distinta, a excepción de los fideicomisos irrevocables en los cuales el fideicomitente no tenga derecho a readquirir del fiduciario el inmueble en cuyo caso se considera que los rendimientos son ingresos del fideicomisario desde el momento en que el fideicomitente pierda el derecho a readquirir el inmueble...

“... quienes someten a fideicomiso un bien inmueble para efectos de su arrendamiento con carácter de fideicomitente y fideicomisario a la vez, actividad que por no ser en ese supuesto específico una actividad empresarial, quedaría en nuestro concepto regulada por el capítulo relativo al arrendamiento y sujeto a las disposiciones establecidas en el artículo 93 relativas a fideicomiso que contempla el propio artículo. No así si se trata efectivamente de una actividad que pudiera calificarse como actividad

¹⁵ DÍAZ Camacho, Miguel A. “El Régimen Fiscal del Fideicomiso: Situación Actual”, en: Actualidad y Futuro del Fideicomiso en México, Coordinador: Jesús Roalandini, Instituto Fiduciario Bancomer, México, 1997. p. 72

empresarial, tratándose también de arrendamiento de bienes, en cuyo caso estaríamos a las reglas específicas del artículo noveno.”¹⁶

Tratándose de fideicomisos de administración, regularmente se utilizó la figura para que las empresas dejaran en manos de una institución fiduciaria, la administración de sus fondos de pensiones, jubilaciones, antigüedad e investigación y desarrollo de tecnología.

“En tanto que la ley prevé el uso de esta figura como requisito indispensable para tomar la deducción correspondiente, según se desprende de los artículos 27 y 28 de la mencionada Ley del Impuesto Sobre la Renta. Una de las finalidades específicas de esta obligación, es la seguridad de que tales fondos se destinarán exclusivamente para el objeto para el que fueron creados, de tal suerte que de no hacerse así, sobre la cantidad dispuesta para otros fines se aplicará la tasa del 36%”.¹⁷

Si el fideicomiso administraba fondos destinados al desarrollo de tecnología, existía la salvedad de que se constituyera bajo la modalidad de fideicomiso irrevocable y que no excedieran del 1% de los ingresos del contribuyente en el ejercicio fiscal. Para los fideicomisos que administraran fondos de pensiones, jubilaciones y antigüedad, se estableció que las reservas se debían invertir –al menos un 30%- en valores a cargo del gobierno federal.

Llama la atención de las medidas aprobadas durante este período, el criterio interno que estableció la posibilidad de considerar al fideicomiso como un contribuyente independiente, ¡dotándolo incluso de clave del Registro Federal de Contribuyentes!

“... las autoridades fiscales a partir del ejercicio de 1996, han aprobado que los fideicomisos puedan inscribirse en el Registro Federal de Contribuyentes en forma independiente, para poder aislar las operaciones del propio fideicomiso, respecto de las que realizan directamente los fideicomitentes y/o fideicomisario... con la finalidad de dar transparencia al cumplimiento de las obligaciones fiscales a cargo de cada una de dichas entidades participantes en el fideicomiso.

Las autoridades establecen claramente, en el documento interno circulado que el inscribir en el Registro Federal de Contribuyentes a un fideicomiso, es opcional del fiduciario, con la finalidad de ayudarlo a cumplir con las obligaciones que pudieran estar a cargo, en virtud de que, de conformidad con

¹⁶ “El Fideicomiso”, *op. cit.*, p. 1753

¹⁷ *Ibid*, p. 1754

las normas vigentes, los fideicomisos no tendrían que registrarse directamente.”¹⁸

Complementa lo anterior la posibilidad de que el fideicomiso recibiera donativos deducibles del impuesto sobre la renta. Para tal efecto surgió la exigencia del Código Fiscal de la Federación, que en su artículo 27 obligó a la inscripción del fideicomiso en el Registro Federal de Contribuyentes bajo los siguientes términos:

“Las personas morales, así como las personas físicas que deban presentar declaraciones periódicas o que estén obligadas a expedir comprobantes por las actividades que realicen, deberán solicitar su inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.”

Aunque la medida no aludía particularmente a los fideicomisos:

“... estos... se deben asimilar a las Personas Morales No contribuyentes, en virtud de que de no ser así, no cumplirían los requisitos establecidos en el artículo 24, fracción I de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, para que los donativos recibidos fueran deducibles para los donantes. En ese orden de ideas... se tendría la obligación de inscribir en el Registro federal de Contribuyentes a ese tipo de fideicomisos. Para complementar el criterio anterior... la Secretaría de Hacienda y Crédito Público al autorizar a estos fideicomisos a recibir donativos deducibles, los incluye en la publicación del *Diario Oficial de la Federación*, dentro del anexo correspondiente a las PERSONAS MORALES AUTORIZADAS A RECIBIR DONATIVOS DEDUCIBLES DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA.”¹⁹

5.3.2 Ley del Impuesto Sobre la Renta de 2002

El estudio de la vigente Ley del Impuesto Sobre la Renta lo dividiremos en dos partes considerando, el fideicomiso en el que participan personas morales y el fideicomiso en el que participan personas físicas; ello para distinguir claramente las consecuencias fiscales de ambos supuestos.

¹⁸ DÍAZ, *op. cit.*, p. 70

¹⁹ *Ibid.*, p. 81

5.3.2.1 Tratándose de Personas Morales

El análisis de este régimen irá destacando los artículos que, de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, nos parecen relevantes:

a) **Artículo 2º.- ...**

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

b) **Artículo 8º**

Debemos citar el artículo 8º de la Ley que define lo que, para efectos fiscales, se considera como persona moral:

Artículo 8º.- 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 la asociación en participación cuando a través de ella se realicen actividades empresariales en México...

Asimismo el artículo se refiere al concepto de acciones, en referencia a:

“... los certificados de participación ordinarios emitidos con base en fideicomisos sobre acciones que sean autorizados conforme a la legislación aplicable en materia de inversión extranjera.”

Nos queda claro que la Ley en comento no considera al fideicomiso como persona moral y por lo tanto, no es contribuyente del impuesto sobre la renta. Lo más que encontramos es una clara relación entre el concepto de empresa y el fideicomiso, como un medio para realizar fines empresariales. Lo anterior en el último párrafo del artículo 16 del Código Fiscal de la Federación, que a la letra señala:

“Se considera empresa a 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 permanente se entenderá cualquier lugar de negocios en que se desarrollen, parcial o totalmente, las citadas actividades empresariales.”

c) **Artículo 13**

Cuando una persona moral participa en la constitución de un fideicomiso, encontramos un primer efecto en el artículo 13, contenido en el Título II referente a las Disposiciones Generales para Personas Morales:

Artículo 13.- 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 pérdida fiscal de dichas actividades y cumplirá por cuenta del conjunto de fideicomisarios las obligaciones señaladas en esta Ley, incluso la de efectuar pagos provisionales. Los fideicomisarios acumularán a sus demás ingresos en el ejercicio, la parte de la utilidad fiscal que les corresponda en la operación del fideicomiso o, en su caso, deducirán la parte de la pérdida fiscal que les corresponda, y pagarán individualmente el impuesto del ejercicio y acreditarán proporcionalmente, el monto de los pagos provisionales efectuados por el fiduciario...

En los casos en los que no se hayan designado fideicomisarios o cuando éstos no puedan individualizarse, se entenderá que la actividad empresarial la realiza el fideicomitente.

Para determinar la participación en la utilidad fiscal o en la 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 14 de esta Ley, aplicado a las actividades del fideicomiso. En el primer año de calendario de operaciones del fideicomiso o cuando no resulte coeficiente de utilidad conforme a lo anterior, se considerará como coeficiente de utilidad para los efectos de los pagos provisionales, el que corresponda en los términos del artículo 90 de esta Ley a la actividad preponderante que se realice mediante el fideicomiso. Para tales efectos, la fiduciaria presentará una declaración por sus propias actividades y otra por cada uno de los fideicomisos.

Los fideicomisarios o, en su caso, el fideicomitente, responderán por el incumplimiento de las obligaciones que por su cuenta deba cumplir la fiduciaria.

Este artículo merece diversos comentarios:

i. Para saber si a través del fideicomiso el contribuyente está realizando actividades empresariales, necesariamente debe remitirse al Código Fiscal de la Federación, ordenamiento que nos da un claro concepto al respecto en su artículo 16:

Artículo 16.- Se entenderá por actividades empresariales las siguientes:

I. Las comerciales que son las de 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 elaboración de satisfactores

III. Las agrícolas que comprenden las actividades de siembra, cultivo, cosecha y la primera enajenación de los productos obtenidos, que no hayan sido objeto de transformación industrial

IV. Las ganaderas que son las consistentes en la cría y engorda de ganado, aves de corral y animales, así como la primera enajenación de sus productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial

V. Las de pesca que incluyen la cría, cultivo, fomento y cuidado de la reproducción de toda clase de especies marinas y de agua dulce, incluida la acuicultura, así como la captura y extracción de las mismas y la primera enajenación de esos productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial

VI. Las silvícolas que son las de cultivo de los bosques o montes, así como la cría, conservación, restauración, fomento y aprovechamiento de la vegetación de los mismos y la primera enajenación de sus productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial...

ii. Son obligaciones de la fiduciaria:

- Determinar la utilidad o pérdida fiscal de las actividades empresariales desarrolladas a través del fideicomiso, con base en el Título II de la Ley "De las Personas Morales"

- Cumplir por cuenta de los fideicomisarios las obligaciones que contenga la Ley del Impuesto Sobre la Renta

- Efectuar pagos provisionales

A este efecto se debe aplicar el artículo 14 de la Ley a las actividades desarrolladas a través del fideicomiso, siguiendo la fórmula:

“Ingresos nominales

Por:

Coeficiente de utilidad

Igual:

Utilidad fiscal estimada

Por:

Tasa 34%

Igual:

ISR del período

Menos:

Pagos provisionales anteriores

Igual:

ISR del pago provisional”²⁰

- Presentar una declaración por sus actividades propias y otra, por cada uno de los fideicomisos en los que participa

iii. Son obligaciones de los fideicomisarios:

- Acumular a sus demás ingresos acumulables, la parte de la utilidad fiscal que les corresponda en la operación del fideicomiso o bien

- Deducir la parte de la pérdida fiscal que les corresponda

- Pagar individualmente el impuesto del ejercicio, acreditando proporcionalmente, el monto de los pagos provisionales efectuados

²⁰ LUNA Guerra, Antonio. Régimen Legal y Fiscal del Fideicomiso 2003, ISEF, México, 2003, p. 31

por la fiduciaria, conforme a la fórmula siguiente:

“Impuesto del ejercicio
Menos:
Pagos provisionales propios
Menos:
Pagos provisionales correspondientes al fideicomiso
Igual:
Impuesto a cargo o a favor en el ejercicio”²¹

iv. Si no hubiera fideicomisarios determinados, entonces las actividades empresariales las desempeña el fideicomitente y entendemos que en tal supuesto, es precisamente el fideicomitente el que debe cumplir con las obligaciones citadas en el inciso anterior.

v. El primer año de operaciones del fideicomiso tiene un trato distinto. Entendemos que en este caso, se aplica un coeficiente de utilidad porque no necesariamente debe reportar utilidad para el fideicomisario, así que se hace un estimado de tal utilidad. A tal efecto, resulta aplicable el artículo 90 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta que se refiere a la determinación presuntiva de la utilidad fiscal como facultad de las autoridades tributarias indicando:

“Las autoridades fiscales, para determinar presuntivamente la utilidad fiscal de los contribuyentes, podrán aplicar a los ingresos brutos declarados o determinados presuntivamente, el coeficiente del 20% o el que corresponda tratándose de alguna de las actividades que a continuación se indican: ... Para obtener el resultado fiscal, se restará a la utilidad fiscal determinada conforme a lo dispuesto en este artículo, las pérdidas pendientes de disminuir de ejercicios anteriores.”

vi. Si la fiduciaria llegara a incumplir, los fideicomisarios responderán por ello. Entendemos que el artículo en comento incluye la frase *o en su caso*, para referirse al fideicomitente; en el supuesto de que no existan fideicomisarios determinados, caso en el

²¹ *Idem*

cual si la fiduciaria incumple, el responsable es entonces el fideicomitente. En ambos supuestos se trata de responsabilidad subsidiaria.²²

vii. Por otra parte, consideramos que la responsabilidad de la fiduciaria –respecto a fideicomitente y fideicomisario– es de carácter solidario. Lo anterior en atención a lo previsto por la fracción II del artículo 26 del Código Fiscal de la Federación:

Artículo 26.- Son responsables solidarios con los contribuyentes:

I. ...

II. Las personas que estén obligadas a efectuar pagos provisionales por cuenta del contribuyente, hasta por el monto de estos pagos ...

La responsabilidad solidaria comprenderá los accesorios, con excepción de las multas. Lo dispuesto en este párrafo no impide que los responsables solidarios puedan ser sancionados por actos u omisiones propios.

d) **Artículo 14**

Relativo a los pagos provisionales del impuesto sobre la renta, destaca la fórmula a aplicar para el cálculo de pago provisional sobre actividades desarrolladas a través de fideicomiso. Asimismo prevé que los pagos sean mensuales, a enterar a más tardar el día 17 del mes inmediato posterior a aquel al que corresponda el pago.

Para el cálculo del coeficiente de utilidad, remitimos al lector al texto legal, ya que ello escapa a los fines de esta investigación.

²² Se entiende por responsabilidad subsidiaria: "... la que se presenta a cargo de una persona que debe responder por las conductas de otra, pero sólo a partir del límite en que ésta es impotente para cubrir el todo o partes de las prestaciones que debe... caso de responsabilidad subsidiaria lo establece el artículo 906 del Código civil en materia de accesión. Otro más el art. 1285 respecto de los legatarios en relación a los herederos." GUTIÉRREZ y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones, Porrúa, México, 1996. p.794

e)

Artículo 32

Referente a conceptos no deducibles para personas morales, indica en su fracción XXII:

Artículo 32.- Para efectos de este Título, no serán deducibles:

I. ...

XXII. Los pagos hechos a personas, entidades, fideicomisos, asociaciones en participación, fondos de inversión, así como cualquier otra figura jurídica, ubicados en territorios con regímenes fiscales preferentes salvo que demuestren que el precio o el monto de la contraprestación es igual al que hubieran pactado partes no relacionadas en operaciones comparables.

Entendemos por regla general, el pago hecho a favor de un fideicomiso, si es deducible para personas morales. Salvo que tales pagos se realicen a fideicomisos ubicados en jurisdicciones de régimen fiscal preferente; ya que en este caso no se considera como concepto deducible.

En este último supuesto, si se demuestra que el contribuyente utilizó el mismo precio que se hubiera usado con partes no relacionadas en un pago análogo, entonces sí se trata de un concepto deducible.

f)

Artículo 33

Precepto importante porque prevé la posibilidad de que los fondos de pensión o jubilación de personal, (complementarios a los previstos por la Ley del Seguro Social) pueden ser deducibles para personas morales, con el cumplimiento de los siguientes requisitos:

i. Que la reserva se cree y calcule en los términos del Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta

ii. Que la reserva se invierta –cuando menos en un 30%- en valores a cargo del Gobierno federal inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios o en acciones de sociedades de inversión en instrumentos de deuda

iii. Que los bienes que formen el fondo se afecten en fideicomiso irrevocable, en institución de crédito autorizada para operar en la República. Los rendimientos que se obtengan con motivo de la inversión forman parte del fondo y deben permanecer en el fideicomiso irrevocable; sólo podrán destinarse los bienes y los rendimientos de la inversión para los fines para los que fue creado el fondo.

iv. Que las inversiones que constituyen el fondo se valúen anualmente a precio de mercado

v. Que no se deduzcan las aportaciones cuando el fondo sea suficiente para cumplir con las obligaciones del plan de jubilaciones y pensiones

vi. Que el contribuyente sólo disponga de los bienes para el pago de pensiones o jubilaciones y de primas de antigüedad.

g) Artículo 47

Señala el concepto de crédito para efectos fiscales. En referencia al fideicomiso, indica:

“Tampoco se consideran créditos, los que la fiduciaria tenga a favor con sus fideicomitentes o fideicomisarios en el fideicomiso por el que se realicen actividades empresariales, 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.”

h) Artículo 86

Artículo perteneciente al Capítulo VIII del Título II “De las Obligaciones de las Personas Morales”, en relación al fideicomiso señala la fracción XVI:

Artículo 86.- Los contribuyentes que obtengan ingresos de los señalados en este Título, además de las obligaciones establecidas en los artículos de esta Ley, tendrán las siguientes:

I. ...

XVI. Presentar, a más tardar el día 15 de febrero de cada año ante las oficinas autorizadas, declaración en la que proporcionen información de las operaciones efectuadas en el año de calendario anterior, a través de fideicomisos por los que se realicen actividades empresariales en los que intervengan.

Aclaremos que la obligación informativa operará entonces, solamente tratándose de fideicomisos que realicen actividades empresariales; no así en otros supuestos.

i) Otros artículos aplicables

A pesar de no encontrar disposición expresa para el caso de que el fideicomiso sea traslativo de dominio, entendemos que por ser considerado por el Código Fiscal como fuente de la enajenación de bienes:

Artículo 14.- Se entiende por enajenación de bienes:

I. ...

V. La que se realiza a través del fideicomiso...

El ingreso derivado de la enajenación realizada mediante fideicomiso, debe considerarse un ingreso acumulable para la persona moral que lo recibe. Lo anterior con fundamento en el artículo 17 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta que al efecto señala:

“Las personas morales residentes en el país, incluida la asociación en participación, 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 sus establecimientos en el extranjero...”

Lo mismo sucederá por los ingresos recibidos de fideicomiso que otorgue el uso o goce temporal de bienes.

La distinción la encontraremos simplemente en las fechas que se deben de considerar como relativas a la obtención del ingreso. Situación que aclara el artículo 18 de la multicitada Ley al decir:

Artículo 18.- Para los efectos del artículo 17 de esta Ley, se considera que los ingresos que se obtienen, en aquellos casos no previstos en otros artículos de la misma, en las fechas que se señalan conforme a lo siguiente tratándose de:

I. Enajenación de bienes..., cuando se dé cualquiera de los siguientes supuestos, el que ocurra primero:

a) Se expida el comprobante que ampare el precio o la contraprestación pactada

b) Se envíe o entregue materialmente el bien...

c) Se cobre o sea exigible total o parcialmente el precio o la contraprestación pactada, aún cuando provenga de anticipos...

II. Otorgamiento del uso o goce temporal de bienes, cuando se cobren total o parcialmente las contraprestaciones, o cuando éstas sean exigibles a favor de quien efectúe dicho otorgamiento, o se expida el comprobante de pago que ampare el precio o la contraprestación pactada, lo que suceda primero.

j) Donativos deducibles de impuestos en fideicomisos

La Ley analizada nada dice expresamente de la posibilidad de que el patrimonio fideicomitado se aumente a través de donaciones exentas del Impuesto sobre la Renta.

A este respecto consideramos que si el fideicomiso persigue bienes que coinciden con la finalidad de las personas autorizadas para recibir donativos; debiera entenderse que el fideicomiso puede recibir tales incrementos. Ejemplo de lo anterior es la fracción XI del artículo 95 al citar:

Artículo 95.- Para los efectos de esta Ley, se consideran personas morales con fines no lucrativos, además de las señaladas en el artículo 102 de la misma las siguientes:

I. ...

XI. Sociedades o asociaciones de carácter civil dedicadas a la investigación científica o tecnológica que se encuentren inscritas en el Registro Nacional de Instituciones Científicas y Tecnológicas

En este orden de ideas, si las aludidas sociedades o asociaciones desean constituir un fideicomiso como medio para el desarrollo de la investigación científica o tecnológica; podría decirse que es dable el aumento del patrimonio afectado en fideicomiso a través de donaciones exentas del pago del impuesto sobre la renta. Lo anterior siempre y

cuando se cumplan las exigencias legales para ser considerada una persona autorizada para recibir donativos; requisitos que los encontramos en el artículo 97 de la Ley. El cual, por cierto, alude a la citada fracción XI del artículo 95 al prever:

“Las personas morales con fines no lucrativos a que se refieren las fracciones VI, X, XI y XII del artículo 95 de esta Ley, deberán cumplir con lo siguiente para ser consideradas como instituciones autorizadas para recibir donativos deducibles en los términos de esta Ley.”

Corroborar este criterio el artículo 96 de la Ley que indica:

“Las fundaciones, patronatos y demás entidades cuyo propósito sea apoyar económicamente las actividades de personas morales autorizadas para recibir donativos deducibles en los términos de esta Ley, podrán obtener donativos deducibles, siempre que cumplan con los siguientes requisitos...”

Entre los cuales se menciona: destinar la totalidad de sus ingresos a los fines para los que fueron creadas, y que al momento de su liquidación destinen la totalidad de su patrimonio a entidades autorizadas para recibir donativos deducibles.

Por otra parte la Quinta Resolución Miscelánea, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 21 de noviembre de 2003, indica como criterio para autorizar a los fideicomisos a recibir donativos deducibles de impuesto sobre la renta, la siguiente regla:

“3.10.1. ...

Las organizaciones civiles y fiduciaria, respecto del fideicomiso de que se trate, podrán previamente a la presentación de su solicitud de autorización, acudir ante la administración local jurídica que corresponda a su domicilio fiscal para analizar conjuntamente la documentación que pretenden exhibir a efecto de que dicha autoridad corrobore que la misma reúne todos los requisitos establecidos por las disposiciones fiscales, incluso previamente a la protocolización de la escritura constitutiva y/o estatutos o firma del contrato del fideicomiso respectivo...

... las personas morales y fideicomisos deberán presentar ante la administración local de asistencia al contribuyente que corresponda a su domicilio fiscal, en el mes de enero de cada año, escrito libre que reúna

los requisitos de los artículos 18 y 18-A , fracciones I, III y VIII del Código, en el que declaren, bajo protesta de decir verdad, que siguen cumpliendo los requisitos y obligaciones fiscales para continuar con el carácter de donataria autorizada, pudiendo para ello por utilizar el modelo del mismo que se contiene en la página de Internet del SAT www.sat.gob.mx ...

Las personas morales y fideicomisos autorizados para recibir donativos deducibles deberán informar del cambio de domicilio fiscal, extinción, liquidación o disolución de las personas morales o fideicomisos a la Administración Local de Asistencia al Contribuyente que corresponda a su domicilio fiscal, mediante escrito libre que reúna los requisitos de los artículos 18 y 18-A del Código, mismo que presentarán dentro de los diez días siguientes a aquel en que se dio aviso, anexando copia de dicho aviso que se hubiera presentado ante las autoridades recaudadoras en los términos de las disposiciones fiscales. También, deberán informar de cualquier modificación en el objeto social o fin de los mismos o de cualquier otro requisito que se hubiere considerado para otorgar esta autorización, dentro de los 10 días siguientes a aquel en que se dio el hecho.”

Curiosamente la citada regla trata al fideicomiso como si fuera una persona moral más, inclusive citan la obligación de presentar escrito libre en el que manifiesten haber cumplido con los requisitos para ser donataria autorizada. Los requisitos aludidos se encuentran en el artículo 97 de la Ley y, aunque nada se menciona sobre inscribir a la donataria en el Registro Federal de Contribuyentes, sí se mencionan otros requisitos que nos hacen pensar que de se trata de una persona moral contribuyente. Veamos como ejemplo la fracción II:

Artículo 97.- Las personas morales con fines no lucrativos a que se refieren las fracciones VI, X, XI y XII del artículo 95 de esta Ley, deberán cumplir con lo siguiente para ser consideradas como instituciones autorizadas para recibir donativos deducibles en los términos de esta Ley:

I. ...

II. Que las actividades que desarrollen tengan como finalidad primordial el cumplimiento de su objeto social, sin que puedan intervenir en campañas políticas o involucrarse en actividades de propaganda o destinadas a influir en la legislación...

Bajo estos términos, creemos que la referencia a *objeto social* es propia para personas morales, no así para el fideicomiso.

Sin embargo la autoridad tributaria sigue considerando a los fideicomisos como probables donatarias autorizadas. El documento denominado “Donatarias Autorizadas 2003” editado por el Servicio de Administración Tributaria señala que:

“Las donatarias que requieren autorización previa del Servicio de Administración Tributaria y de su publicación en el Diario Oficial de la Federación son:

- Organizaciones civiles y fideicomisos asistenciales (artículo 95, fracción VI de la Ley del Impuesto Sobre la Renta)
- Organizaciones civiles y fideicomisos educativos (artículo 95, fracción X de la Ley del Impuesto Sobre la Renta)
- Organizaciones civiles y fideicomisos de investigación científica y tecnológica (artículo 95, fracción XI de la Ley del Impuesto Sobre la Renta)
- Organizaciones civiles y fideicomisos culturales (artículo 95, fracción XII de la Ley del Impuesto Sobre la Renta)
- Organizaciones civiles y fideicomisos ecológicos (artículo 95, fracción XIX de la Ley del Impuesto Sobre la Renta)
- Organizaciones civiles y fideicomisos para la reproducción de especies (artículo 95, fracción XX de la Ley del Impuesto Sobre la Renta)
- Organizaciones civiles y fideicomisos para el apoyo económicos de otras donatarias autorizadas (artículo 96 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta)
- Organizaciones civiles y fideicomisos becantes (artículo 95, fracción XVII y 98 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta)
- Organizaciones civiles y fideicomisos con programas de escuela empresa (artículo 99 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta)
- Organizaciones civiles y fideicomisos para obras o servicios públicos (artículo 14, segundo párrafo del Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta)
- Organizaciones civiles y fideicomisos propietarios de bibliotecas privadas (artículo 14, segundo párrafo del Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta)
- Organizaciones civiles y fideicomisos propietarios de museos privados (artículo 14, segundo párrafo del Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta)

Los fideicomisos cuyos fines se ubiquen en los supuestos antes mencionados, podrán ser autorizados para recibir donativos deducibles del impuesto sobre la renta, siempre que cumplan –a través de la institución fiduciaria- con todos los requisitos y obligaciones fiscales que

tendría una organización civil autorizada para los mismos efectos (regla 3.10.3., rubro C de la Resolución Miscelánea Fiscal de 2003).”²³

Es este folleto de muy reciente publicación la que nos deja en claro que, el trámite de autorización para recibir donativos deducibles, compete en todo caso a la fiduciaria. A pesar de ello, nos parece que el uso del término fideicomiso en la citada regla a la par de organizaciones civiles, podría causar confusión en el contribuyente; ya que por momentos pareciera que estamos hablando de una nueva especie de contribuyente: el negocio fiduciario.

Cabe citar aquí la regla 3.10.3 de la Resolución Miscelánea para 2003, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 31 de marzo de 2003, que complementa las ideas anteriores al señalar en su inciso C) lo siguiente:

“Los fideicomisos cuyas finalidades sean exclusivamente de los señalados en los artículos 95, fracciones VI, X, XI, XII, XIX y XX, 96, 98 y 99 de la Ley del ISR, así como 14, segundo párrafo de su Reglamento, podrán ser autorizadas para recibir donativos deducibles del ISR siempre que cumplan con los requisitos previstos en las disposiciones fiscales.”

k) Aspectos no regulados en la Ley del Impuesto Sobre la Renta

Finalizamos este apartado con la mención de que nada aparece en la Ley del Impuesto Sobre la Renta, en referencia al fideicomiso en garantía. Llama la atención esta peculiaridad, ya que se trata de una figura muy socorrida entre los contribuyentes. Entendemos que si derivado de esta especie de fideicomiso, la institución fiduciaria adquiere los bienes afectados, entonces deberá considerarlos como un ingreso acumulable, para después proceder al cálculo del impuesto sobre la renta acorde con los criterios legales que correspondan.

²³ www.sat.gob.mx/sitio_internet/servicios/terceros/35_1647.html, Consultado el: 23 de noviembre de 2003.

5.3.2.2 Tratándose de Personas Físicas

Cuando son personas físicas las que participan en la constitución de un fideicomiso, resultan relevantes los siguientes artículos de la Ley del Impuesto Sobre la Renta:

a) **Artículo 106**

Disposición con la que inicia el Título IV “De las Personas Físicas. Disposiciones Generales” y que nos señala quiénes son sujetos del impuesto, diciendo:

“Están obligadas al pago del impuesto establecido en este Título, las personas físicas residentes en México que obtengan ingresos en efectivo, en bienes, devengado cuando en los términos de este Título señale, en crédito, en servicios en los casos que señale esta Ley, o de cualquier otro tipo. También están obligadas al pago del impuesto, las personas físicas residentes en el extranjero que realicen actividades empresariales o presten servicios personales independientes, en el país, a través de un establecimiento permanente, por los ingresos atribuibles a éste.”

Sobre el particular resulta importante citar al artículo 97 del Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 17 de octubre de 2003, que prescribe la obligación de acumular los dividendos provenientes de fideicomiso si quien los obtiene es persona física.

Resulta trascendente lo señalado por el párrafo tercero del citado artículo:

“No se considerarán ingresos obtenidos por los contribuyentes, los rendimientos de bienes entregados en fideicomiso, en tanto dichos rendimientos únicamente se destinen a fines científicos, políticos o religiosos o a los establecimientos de enseñanza y a las instituciones de asistencia o de beneficencia, señalados en la fracción III del artículo 176 de esta Ley, o a financiar la educación hasta nivel licenciatura de sus descendientes en línea recta, siempre que los estudios cuenten con reconocimiento de validez oficial.”

En tales supuestos, los conceptos aludidos no son considerados ingresos para efectos de la Ley en comento y por lo tanto, no causarán Impuesto Sobre la Renta.

b) Artículo 139

En su fracción VIII indica que las personas sujetas el régimen de pequeños contribuyentes no pueden realizar actividades a través de fideicomisos.

Este artículo nos merece algunas reflexiones:

i. Un primer aspecto a considerar es que para poder tributar bajo el régimen de pequeños contribuyentes, es necesario ubicarse en el supuesto de hecho contenido en el artículo 137 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta que, en su primer párrafo indica:

“Las personas físicas que realicen actividades empresariales, que únicamente enajenen bienes o presten servicios, al público en general, podrán optar por pagar el impuesto sobre la renta en los términos establecidos en esta Sección, siempre que los ingresos propios de su actividad empresarial y los intereses obtenidos en el año calendario anterior, no hubieran excedido de la cantidad de \$1'750,000.00”

ii. Considerando lo anterior entendemos que los pequeños contribuyentes tienen como actividad preponderante la empresarial,²⁴ sólo que se les da un trato particular en razón de los ingresos que pueden llegar a percibir anualmente.

iii. El hecho de que un pequeño contribuyente realice actividades, no significa que no pueda realizarlas a través de un fideicomiso. Tanto así que la propia Ley del Impuesto Sobre la Renta prevé esa posibilidad en su artículo 13, al indicar:

²⁴ Atendiendo al concepto de actividad empresarial contiene el artículo 16 del Código Fiscal de la Federación.

“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 pérdida fiscal de dichas actividades...”

iv. En una falta imperdonable de técnica legislativa, encontramos que el artículo 139 de la Ley en comento –relativo a obligaciones de los pequeños contribuyentes- incluye una prohibición para los mismos.

v. Más allá de lo anterior, es inaudito que el legislador pensara en una limitante que viola de manera determinante la libertad de trabajo de los pequeños contribuyentes.

Recordemos que el artículo 5º constitucional consagra la siguiente garantía:

Artículo 5º.- A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad.

Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

Bajo este orden de ideas, si el pequeño contribuyente es respetuoso de la legalidad de sus actos, la autoridad fiscal no tiene el poder de limitar su actividad. Tal hecho constituiría una evidente y grave falta al ejercicio de su libertad de trabajo.

vi. ¿Estaba pensando el legislador en la posibilidad de que a través del fideicomiso, un pequeño contribuyente realizara actividades ilícitas? Consideramos tal hipótesis poco probable, en tanto que el negocio fiduciario debe de tener un objeto lícito para producir todas sus consecuencias. Dudamos que ese contribuyente tratara de encubrir actividades

ilícitas con la celebración de un fideicomiso. Igualmente dudamos que exista institución fiduciaria capaz de participar en un fideicomiso de tales características.

vii. Considerando todo lo anterior, la prohibición contenida en la fracción VIII del artículo 139 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta carece de cualquier soporte jurídico y humano.

c)

Artículo 144

Numeral que pertenece al Capítulo III “De los Ingresos por Arrendamiento y en General por Otorgar el Uso o Goce Temporal de Bienes Inmuebles”, del Título IV “De las Personas Físicas” y que por su importancia transcribimos ahora:

Artículo 144.- En las operaciones de fideicomiso por las que se otorgue el uso o goce temporal de bienes inmuebles, se considera que los rendimientos son ingresos del fideicomitente aun cuando el fideicomisario sea una persona distinta, a excepción de los fideicomisos irrevocables en los cuales el fideicomitente no tenga derecho a readquirir del fiduciario el bien inmueble, en cuyo caso se considera que los rendimientos son ingresos del fideicomisario desde el momento en que el fideicomitente pierda el derecho a readquirir el bien inmueble.

La institución fiduciaria efectuará los pagos provisionales por cuenta de aquel a quien corresponda el rendimiento en los términos del párrafo anterior, durante los meses de mayo, septiembre y enero del siguiente año, mediante declaración que se presentará ante las oficinas autorizadas. El pago provisional será el monto que resulte de aplicar la tasa del 10% sobre los ingresos del cuatrimestre anterior sin deducción alguna.

La institución fiduciaria proporcionará a más tardar el 31 de enero de cada año a quienes correspondan los rendimientos, constancia de dichos rendimientos, de los pagos provisionales efectuados y de las deducciones, correspondientes al año de calendario anterior; asimismo, presentará ante las oficinas autorizadas a más tardar el día 15 de febrero de cada año, declaración proporcionando información sobre el nombre, clave de Registro Federal de Contribuyentes, rendimientos, pagos provisionales efectuados y deducciones, relacionados con cada una de las personas a que correspondan los rendimientos durante el mismo periodo.

Este artículo menciona aspectos que debemos enunciar esquemáticamente aquí:

i. La regla general en un fideicomiso que otorga el uso o goce temporal de inmuebles es, que los rendimientos corresponden al fideicomitente

ii. La excepción a esta regla la encontramos en el caso de fideicomisos irrevocables, en los cuales el fideicomitente pierde el derecho a readquirir los bienes fideicomitados. En tal supuesto, los rendimientos le corresponden al fideicomisario

iii. Entendemos que en ambos casos –fideicomitente y fideicomisario- deberán acumular el importe de los rendimientos a sus demás ingresos para hacer el cálculo del impuesto sobre la renta; no sin antes reducir el importe de los pagos provisionales efectuados por la fiduciaria

iv. Es obligación de la fiduciaria:

- Efectuar pagos provisionales cuatrimestrales por cuenta de la persona a la que le correspondan los rendimientos
- Calcular el pago provisional aplicando una tasa del 10% a los rendimientos del cuatrimestre, sin deducciones
- Presentar la declaración de pago provisional en oficinas autorizadas
- Proporcionar anualmente constancia de rendimientos, a la persona a la que le correspondan aquéllos
- Presentar declaración informativa anual sobre: rendimientos y pagos provisionales que correspondan a cada persona que tenga derecho sobre los rendimientos

d) Artículo 145

En relación a otras obligaciones de las personas sujetas al régimen del Capítulo III, indica para el fideicomiso:

“Cuando los ingresos a que se refiere este Capítulo sean percibidos a través de operaciones de fideicomiso, será la institución fiduciaria quien lleve los libros, expida los recibos y efectúe los pagos provisionales. Las personas a las que correspondan los rendimientos deberán solicitar a la institución fiduciaria la constancia a que se refiere el último párrafo del artículo anterior, la que deberán acompañar a su declaración anual.”

Complemento del artículo 144, viene a confirmar otras obligaciones de la fiduciaria como:

i. Llevar los libros, entendemos que en cumplimiento de las disposiciones que al respecto contiene el Código Fiscal de la Federación y su Reglamento

ii. Expedir recibos con los requisitos fiscales correspondientes

iii. Efectuar pagos provisionales

Asimismo confirma la correlativa obligación de – fideicomitente o fideicomisario, según corresponda – para solicitar a la fiduciaria constancia de los rendimientos y pagos provisionales. Ello para la presentación de su declaración anual.

e) Artículo 166

Artículo perteneciente al Capítulo IX “De los Demás Ingresos que Obtengan las Personas Físicas”, a la letra sostiene:

Artículo 166.- Las personas físicas que obtengan ingresos distintos de los señalados en los capítulos anteriores, los considerarán percibidos en el monto en que al momento de obtenerlos incrementen su patrimonio, salvo en los casos de los ingresos a que se refieren los artículos 168, fracción IV y 213 de esta Ley, caso en el que se considerarán percibidos en el ejercicio fiscal en el que las personas morales, entidades, fideicomisos, asociaciones en participación, fondos de inversión o cualquier otra figura jurídica, ubicados en un territorio con régimen

fiscal preferente, los acumularían si estuvieran sujetas al Título II de esta Ley.

f) Artículo 186

“El artículo 186 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta señala que en el caso de personas físicas residentes en el extranjero con ingresos obtenidos en México por otorgar el uso o goce temporal de bienes inmuebles, el impuesto se determinará aplicando la tasa del 25% sobre el ingreso obtenido, sin deducción alguna, debiendo efectuar la retención la institución fiduciaria y será ésta quien expida los recibos y efectúe la retención a que se refiere este artículo. Los residentes en el extranjero efectuaron la retención u el entero de la misma en quince días.”²⁵

g) Artículo 212

Esta disposición indica que para efectos fiscales, se consideran inversiones en regímenes fiscales preferentes, las que se ubiquen en territorios con regímenes fiscales preferentes –las otras jurisdicciones de baja imposición fiscal- que se pueden realizar entre diversos medios, entre ellos el fideicomiso.

Si así fuera, habrá que calcular el impuesto sobre la renta correspondiente de conformidad con lo señalado por el artículo 89 de la misma Ley.

Cabe aclarar que el mismo artículo en su párrafo quinto indica:

“No estarán a lo dispuesto en este artículo, las inversiones indirectas en un territorio con régimen fiscal preferente cuando se interpongan personas morales, entidades, fideicomisos, asociaciones en participación, fondos de inversión o cualquier otra figura jurídica similar creada o constituida de acuerdo al derecho extranjero, en países cuyas legislaciones les obliguen a anticipar la acumulación de los ingresos de territorios con regímenes fiscales preferentes y el contribuyente cuente con la documentación que acredite que se anticipó dicha acumulación. Las autoridades fiscales darán a conocer una lista que contenga los países que incluyen en su legislación las disposiciones a que se refiere este párrafo.”

²⁵ LUNA, *op. cit.*, p. 49

h) Disposiciones transitorias

El artículo segundo transitorio, publicado en el Diario Oficial de la Federación de primero de enero de 2002, prevé en su fracción VIII:

“Los contribuyentes que con anterioridad a la entrada en vigor de este artículo, hubiesen constituido fideicomisos en los términos del artículo 27 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta que se abroga, podrán aplicar el estímulo establecido en el artículo 219 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, siempre y cuando primero se agoten los fondos aportados a dichos fideicomisos, conforme a las disposiciones de la Ley del Impuesto Sobre la Renta que se abroga.”

Para acabar de apreciar el contenido de la disposición aludida, citamos el contenido del artículo 219 en relación al estímulo fiscal para contribuyentes que desarrollen proyectos de investigación y desarrollo tecnológico:

Artículo 219.- Se otorga un estímulo fiscal a los contribuyentes del impuesto sobre la renta por los proyectos en investigación y desarrollo tecnológico que realicen en el ejercicio, consistente en aplicar un crédito fiscal equivalente al 30% de los gastos e inversiones realizados en el ejercicio en investigación o desarrollo de tecnología, contra el impuesto sobre la renta causado en el ejercicio en que se determine dicho crédito. Cuando dicho crédito sea mayor al impuesto sobre la renta causado en el ejercicio en el que se aplique el estímulo, los contribuyentes podrán aplicar la diferencia que resulte contra el impuesto causado en los diez ejercicios siguientes hasta agotarla.

5.4 Tesis y Jurisprudencias

“La jurisprudencia emerge de la fuente viva que implica el análisis reiterado de las disposiciones locales vigente, en función de su aplicación a los casos concretos analizados y precisamente por ser fuente del derecho, dimana su obligatoriedad.”²⁶

Es por ello que en este apartado citamos criterios judiciales que nos parecen trascendentes para los fines de esta investigación:

²⁶ VILLAGORDOA, *op. cit.*, p. 53

FIDEICOMISO, NO CAUSA EL IMPUESTO DE TRASLACIÓN DE DOMINIO SU CONSTITUCIÓN SOBRE INMUEBLE.- No puede existir un fideicomiso en el que la transmisión de propiedad se haga directamente del fideicomitente al fideicomisario. La transmisión hecha por el fideicomitente a la institución fiduciaria es para los efectos de constituir la "propiedad fiduciaria" que no tiene todas las características jurídicamente atribuibles al derecho de propiedad; en consecuencia, la transmisión de derechos sobre la propiedad fiduciaria del fideicomitente a la institución fiduciaria no causa el impuesto sobre traslación de dominio regulado por el Título Undécimo, Capítulo I, de la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal, vigente en el año de 1972.²⁷

Revisión 412/73/5068/73. Resolución de la H. Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación, de fecha 5 de marzo de 1979, por unanimidad de 8 votos. Ponente: Mag. Lic. Alfonso Cortina Gutiérrez.

INGRESOS PROVENIENTES DE FIDEICOMISOS.- DEBEN ACUMULARSE PARA EL PAGO DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 65 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta vigente en los años de 1970 y 1971, los ingresos provenientes por concepto de comisiones por prestación de servicios del fiduciario y los intereses recaudados por los préstamos celebrados en relación con los mismos fideicomisos, deben acumularse para efectos del pago del Impuesto Sobre la Renta, toda vez que los preceptos en cuestión no autorizan la distinción de los diversos ingresos para ese efecto.²⁸

Revisión No. 1223/79.- Resuelta en sesión de 10 de agosto de 1981, por mayoría de 5 votos y 1 más con los resolutivos.- Magistrado Ponente: Alfonso Nava Negrete.- Secretario: Lic. Miguel Aguilar García.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA.- NO DEBEN ACUMULARSE PARA EFECTOS DE SU PAGO LOS INGRESOS POR ARRENDAMIENTO, SI EL CAUSANTE LOS PERCIBE POR HABER CELEBRADO UN CONTRATO DE FIDEICOMISO EN EL QUE APORTA A SUS HIJOS EL DERECHO A PERCIBIR LAS RENTAS.- Si un causante no percibe ingresos por arrendamiento de inmuebles, en virtud de un contrato de fideicomiso que celebra, en el que aporta a sus hijos el derecho personal a percibir las rentas derivadas de los contratos por él celebrados, la autoridad hacendaria no debe acumular esos ingresos a los del causante para efectos del pago del impuesto sobre la renta, en razón de que los mismos no ingresaron al patrimonio de éste, sino que acrecentaron el patrimonio de los hijos, por lo que es a éstos a quienes debe requerirse del pago del impuesto respectivo; y sin que éstos puedan acogerse

²⁷ Fuente: Tribunal Fiscal de la Federación, *Justicia Fiscal y Administrativa. Siglo XX (CD)*, Segunda Época, Instancia: Pleno, Año II, No. 7, Agosto 1979, Tesis: II-TASS-319, No. de Registro: 11763, Aislada, p. 204

²⁸ Fuente: Tribunal Fiscal de la Federación, *Justicia Fiscal y Administrativa. Siglo XX (CD)*, Segunda Época, Instancia: Pleno, Año IV, No. 20, Agosto 1981, Tesis: II-TASS-2889, No. de Registro: 3005, Aislada, p. 249

a la exención prevista en el artículo 49 fracción XXIII de la Ley de la Materia, pues dicha exención contempla a los ingresos que se obtengan como donativos de ascendientes en línea recta, mas no se contempla como exención el derecho al cobro de los productos del arrendamiento que constituyó la materia del fideicomiso.²⁹

Revisión No. 1178/83.- Resuelta en sesión de 19 de octubre de 1984, por unanimidad de 6 votos.- Magistrado Ponente: Silvia Eugenia Díaz Vega.- Secretaria: Lic. Ma. Teresa Islas Acosta.

EN EL MISMO SENTIDO:

Revisión No. 1362/83.- Resuelta en sesión de 19 de octubre de 1984, por unanimidad de 6 votos.- Magistrado Ponente: Alfonso Cortina Gutiérrez.- Secretaria: Lic. Ma. Esther Ferrer Mac Gregor P.

PREDIAL, FIDEICOMISO. ES EL FIDEICOMISARIO QUIEN TIENE EL CARÁCTER DE CONTRIBUYENTE, LEY DE HACIENDA DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL VIGENTE A PARTIR DEL 1° DE ENERO DE 1983. La institución fiduciaria carece de interés jurídico para promover juicio de amparo contra la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal, concretamente de sus artículos relativos al impuesto predial, si el predio objeto de ese impuesto es el bien fideicomitado, pues dicha institución no tiene el carácter de contribuyente del impuesto predial por no ser la propietaria del mismo, en tanto que ese carácter corresponde fiscalmente, al fideicomisario de acuerdo con la aplicación supletoria del artículo 14, fracción V, inciso a), del Código Fiscal de la Federación. Por consiguiente, si la demanda de amparo es interpuesta por la institución fiduciaria o por el fideicomisario procede, respecto del primero de los quejosos, decretar el sobreseimiento en el juicio, con fundamento en los artículos 73, fracción V y 74, fracción III, de la Ley de Amparo, por no afectar el acto reclamado sus intereses jurídicos.³⁰

FIDEICOMISO. OBLIGACIONES FISCALES A CARGO DEL AUTOR. LA MUERTE DEL FIDEICOMITENTE NO TRANSFIERE TAL CARACTER A LA INSTITUCION FIDUCIARIA NOMBRADA HEREDERA UNIVERSAL DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO. Si bien en todo fideicomiso siempre debe existir fideicomitente y fiduciario, la existencia del primero será indispensable únicamente para el acto de constitución del citado acto jurídico, debido a que una vez constituido y perfeccionado legalmente, su realización podrá desempeñarse con independencia de que quien aportó los bienes afectados llegue a dejar de existir por causa de muerte. Ahora bien, en el caso aun cuando la institución

²⁹ Fuente: Tribunal Fiscal de la Federación, *Justicia Fiscal y Administrativa. Siglo XX (CD)*, Segunda Época, Instancia: Pleno, Año VI, No. 58, Octubre 1984, Tesis: II-TASS-6819, No. de Registro: 7423, Aislada, p. 294

³⁰ Fuente: Amparo en revisión 7836/83.- Financiera de Industria y Comercio, S.A. y otros.- 11 de mayo de 1986.- Mayoría de 17 votos.- Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Disidentes: Carlos de Silva Nava, Manuel Gutiérrez de Velasco, Atanasio González Martínez, Fausta Moreno Flores y Jorge Olivera Toro.

fiduciaria quejosa sólo mantuvo el carácter de administrador del patrimonio fideicomitido, a la muerte del autor del fideicomiso y ser instituido como su único y universal heredero adquirió también el carácter de propietario del patrimonio afectado transmitido como masa hereditaria e ingresando por tanto a su patrimonio personal por su personalidad de heredero, que no de fiduciario; sin embargo, tal transmisión de bienes no implica que se le confiera también el carácter de fideicomitente de ese patrimonio porque para ello hubiere sido necesario que el fideicomiso constituido intervivos se extinguiera a la muerte del fideicomitente y que por virtud del acto jurídico testamentario se hubiere obligado al heredero universal a constituir uno nuevo con el patrimonio fideicomitido del anterior. En consecuencia, si de conformidad al artículo 9o. de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente a partir del año de 1981 se dispuso que en el caso que no se hubieran designado fideicomisarios o cuando éstos no pudieran individualizarse, como ocurre en la especie, se entendería que la actividad empresarial la realizaba el fideicomitente, debe concluirse que no existiendo fideicomisarios ni fideicomitentes en el fideicomiso Cultural Franz Mayer, tal disposición no puede serle aplicable a la quejosa en cuanto a las obligaciones tributarias del señalado en segundo término, considerando que este tipo de disposiciones son de aplicación estricta.³¹

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 1306/84. Banco de México, Fiduciario en el Fideicomiso Cultural Franz Mayer. 7 de abril de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Samuel Hernández Viazcán. Secretario: Jaime Raúl Oropeza García.

FIDEICOMISO. ES UN NEGOCIO JURIDICO Y NO PERSONA MORAL CORRESPONDIENDO SU REPRESENTACION A LA FIDUCIARIA. El fideicomiso es un contrato en el que los bienes se encuentran destinados a la finalidad del negocio y la representación en defensa de los intereses corresponde a la fiduciaria atento al contenido del artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, máxime cuando se reconoce, por tercera persona, que se trata de un fideicomiso y, partiendo de tal premisa, debe concluirse que con ello prácticamente se debe reconocer la legitimación de la fiduciaria para tener intervención en la controversia natural, sin que obste a lo anterior la circunstancia de que en el contrato base de la acción intervenga otra persona física en representación del fideicomiso, ya que, por disposición expresa legal, corresponde la debida representación en el juicio a la fiduciaria, siendo menester que se le conceda la garantía de audiencia en esa controversia; por ello es erróneo que se esté en presencia de una empresa o persona moral ya que el fideicomiso es un

³¹ Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO, Tomo: 217-228 Sexta Parte, p. 304

contrato y como tal no puede ser considerado como una persona jurídica colectiva.³²

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 153/95. Nacional Financiera, S.N.C., como fiduciaria de (INFOTEC). 26 de enero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis García Vasco. Secretario: Guillermo Campos Osorio.

5.5 Consideraciones Finales

Destacan en nuestro análisis del marco jurídico fiscal vigente, en la Ley del Impuesto Sobre la Renta para el fideicomiso, los siguientes puntos:

- a) El reconocimiento de que el fideicomiso es un medio utilizado por las personas con diversos fines
- b) El desconocimiento del fideicomiso como una persona moral contribuyente
- c) El establecimiento de reglas, acorde con la finalidad que persigue el fideicomiso, que establecen sendas obligaciones fiscales a los elementos personales del negocio fiduciario
- d) Una mayor carga de obligaciones tributarias para la fiduciaria. Institución que, a pesar de ser propietaria de origen del patrimonio fideicomitado, sí tiene la compleja responsabilidad de calcular, declarar y enterar el impuesto sobre la renta
- e) La posibilidad de que el fideicomiso reciba donativos deducibles de impuestos

Es precisamente en este último punto donde centramos la crítica más fuerte al legislador fiscal.

Como citamos en su oportunidad, es la Quinta Resolución Miscelánea para el presente ejercicio fiscal, la que señala en su regla 3.10.1 que *los fideicomisos* pueden solicitar autorización a la autoridad hacendaria, a efecto

³² Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO., Tomo: XV-1, Febrero de 1995, Tesis: I.3o.C.768 C, p. 187

de poder recibir donativos deducibles del impuesto sobre la renta. Curiosamente la resolución trata al fideicomiso, de manera similar a las personas morales.

Tanto así que la citada regla indica:

“... las personas morales y fideicomisos deberán presentar ante la administración local de asistencia al contribuyente que corresponda a su domicilio fiscal, en el mes de enero de cada año...”

A pesar de que la conjunción *y*, nos deja en claro que se trata de dos conceptos diferentes; ambos se sujetan a la autoridad competente en razón a su domicilio fiscal. ¿Quiere decir que el domicilio es un *atributo* del fideicomiso? ¿Por qué no establecer como criterio el domicilio de alguna de los elementos personales del negocio fiduciario?

Más absurdo resulta aún la regla cuando indica:

“Las personas morales y fideicomisos autorizados para recibir donativos deducibles deberán informar del cambio de domicilio fiscal, extinción, liquidación o disolución de las personas morales o fideicomisos a la Administración Local de Asistencia al Contribuyente que corresponda a su domicilio fiscal, mediante escrito libre...”

Esta afirmación resulta determinante al afirmar que el fideicomiso puede resultar *autorizado para recibir donativos*. Lo anterior nos obligaría también a aceptar que:

- a) El fideicomiso tiene personalidad y capacidad jurídica propias
- b) El fideicomiso es un ente capaz de tener atributos como el domicilio fiscal
- c) El fideicomiso es un contribuyente
- d) El fideicomiso tiene obligaciones fiscales, como la de dar avisos a la autoridad hacendaria
- e) Si el fideicomiso puede recibir autorización para obtener donativos deducibles de impuestos, entonces debe cumplir con

los requisitos que establece la Ley del Impuesto Sobre la Renta para las personas morales con fines no lucrativos

- f) El fideicomiso participa de la naturaleza jurídica de las personas morales

Incluso la regla llega a exigir el aviso de modificación de objeto social o fin.

Por otra parte, el Servicio de Administración Tributaria emite el documento “Donatarias Autorizadas 2003”, en el que nuevamente trata al fideicomiso de manera análoga a las organizaciones civiles, ambas como donatarias que requieren autorización del citado Servicio y de su publicación en el Diario Oficial. Por ejemplo cita el documento a las organizaciones civiles y *fideicomisos asistenciales* y da como fundamento el artículo 95, fracción VI de la Ley del Impuesto Sobre la Renta. Si el lector se da a la tarea de leer el fundamento, encontrará lo siguiente:

Artículo 95.- Para los efectos de esta Ley, se consideran personas morales con fines no lucrativos, además de las señaladas en el artículo 102 de la misma, las siguientes:

I. ...

VI. Instituciones de asistencia o de beneficencia autorizadas por las leyes de la materia, así como las sociedades o asociaciones civiles, organizadas sin fines de lucro y autorizadas para recibir donativos en los términos de esta Ley, que tengan como beneficiarios a personas, sectores, y regiones de escasos recursos; que realicen actividades para lograr mejores condiciones de subsistencia y desarrollo a las comunidades indígenas y a los grupos vulnerables por edad, sexo o problemas de discapacidad, dedicadas a las siguientes actividades:

- a) La atención a requerimientos básicos de subsistencia en materia de alimentación, vestido o vivienda
- b) La asistencia o rehabilitación médica o la atención en establecimientos especializados
- c) La asistencia jurídica, el apoyo y la promoción, para la tutela de los derechos de los menores, así como para la readaptación social de personas que han llevado a cabo conductas ilícitas
- d) La rehabilitación de alcohólicos y fármaco dependientes
- e) La ayuda para servicios funerarios
- f) Orientación social, educación o capacitación para el trabajo

g) La promoción de la participación organizada de la población en las acciones que mejoren sus propias condiciones de subsistencia en beneficio de la comunidad

No encontramos aquí ningún fundamento de la consideración de fideicomisos *asistenciales* –como les llama el documento- como personas morales con fines no lucrativos.

Además de la evidente falta de técnica y depuración legislativa en estas medidas que, confunden a un negocio jurídico con una persona moral; es preocupante que los especialistas en la materia admitan la posibilidad de que el fideicomiso obtenga autorización para recibir donativos. Siendo estrictos en la aplicación de las disposiciones analizadas, concluimos que es *imposible* que el fideicomiso obtenga tal autorización. Lo anterior por el simple hecho de que el fideicomiso *no* puede actuar por sí mismo. Cabe mencionar también que, acorde con el artículo 35 del Código Fiscal de la Federación- las reglas y criterios de carácter general, no deben crear obligaciones para los contribuyentes.

Todo lo anterior representa un grave obstáculo para aquellos negocios, que pretenden incrementar su patrimonio a través de donativos –con el enorme atractivo para los donantes de ser deducible del impuesto sobre la renta.

¿Cómo se resuelve este dilema en la práctica? El citado documento del Servicio de Administración Tributaria termina señalando:

“Los fideicomisos cuyos fines se ubiquen en los supuestos antes mencionados, podrán ser autorizados para recibir donativos deducibles del impuesto sobre la renta, siempre que cumplan –a través de la institución fiduciaria- con todos los requisitos y obligaciones fiscales que tendría una organización civil autorizada para los mismos efectos (regla 3.10.3., rubro C de la Resolución Miscelánea Fiscal de 2003)..”

Al final de cuentas, parece que el documento hace una afirmación coherente y determina que es la fiduciaria la que cumplirá con las obligaciones a cargo de la fiduciaria.

Estas análisis comprueba que la falta de tacto en la elaboración de disposiciones dirigidas al contribuyente, pueden generar gran confusión. Por algunos instantes pareciera que el fideicomiso había perdido toda su naturaleza jurídica de origen

Este estudio alberga la esperanza de que nuestras autoridades tengan más cuidado en la creación de reglas y criterios internos. Después de todo, los contribuyentes merecemos tener la certeza y seguridad jurídica suficientes para vivir en un Estado de Derecho. Consideremos también la nobleza del negocio fiduciario. ¿Por qué imponer entonces obstáculos hacendarios a su funcionamiento?

Nuestra propuesta es sumamente sencilla: las reglas y criterio en cuestión deben dejar en claro que:

- a) El fideicomiso no es una persona
- b) El fideicomiso no es un contribuyente
- c) Del fideicomiso se pueden desprender cargas fiscales, las cuales corresponderán en su caso a alguno(s) de sus elementos personales
- d) El patrimonio fideicomitido, debe tener la posibilidad de aumentarse a través de donativos. En tal supuesto, será la institución fiduciaria la encargada de realizar el trámite para obtener autorización a efecto de recibir donativos. Una vez autorizada, la fiduciaria cumplirá con las obligaciones fiscales que resulten de tal hecho.

Este hecho no equipara el fideicomiso a una persona moral con fines no lucrativos, pero sí establece la posibilidad de que aquellos fideicomisos que persigan especialmente fines sociales, puedan contar con más recursos para enfrentar los retos que les son propios. De esta manera, un estímulo fiscal puede traducirse en ayuda para instituciones que lo necesitan y en la realización de un fin que a todos interesa.

Finalmente no debemos olvidar la intención de las partes. Es decir, el fideicomitente destinó ciertos bienes para la consecución de un fin determinado. En ningún momento pretendió crear una nueva persona moral, sólo decidió dar instrucciones a la fiduciaria en beneficio del fideicomisario. Bajo este orden de ideas, el legislador hacendario no debe ir más allá de la real intención de las partes. El mejor método de interpretación de los negocios jurídicos es el que desentrañe el

sentido verdadero de la voluntad creadora. Es por ello que la legislación tributaria no debe superar la autonomía de la voluntad, para adjudicarle a un negocio propiedades que, por un lado, no le son propias y, por el otro, las partes no pretendían generar.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Los contratos son considerados como una de las fuentes más importantes de las obligaciones. Se trata de convenios que producen o transfieren derechos y obligaciones.

SEGUNDA.- Los elementos de existencia de los contratos son: consentimiento, objeto y, en algunos casos, solemnidad. Los elementos de validez de los contratos son: capacidad de las partes, ausencia de vicios en el consentimiento, licitud en el objeto, motivo o fin del contrato; y formalidad en la manifestación de la voluntad.

TERCERA.- El marco jurídico básico de los contratos mercantiles se encuentra en la legislación civil federal. Ello por así permitirlo el Código de la materia. También es parte de esta regulación las normas de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

CUARTA.- Los contratos mercantiles presentan ciertas peculiaridades como la solidaridad y la onerosidad. Se clasifican acorde a diversos criterios doctrinarios y siguen una estructura similar: proemio, antecedentes o declaraciones, cláusulas y, suscripción.

QUINTA.- El origen y fundamento de la relación jurídico-tributaria los encontramos en la fracción IV del artículo 31 constitucional. La obligación tributaria es el vínculo jurídico que une al sujeto activo (el Estado), con el sujeto pasivo de la relación (el contribuyente); desde el momento en que se actualiza el supuesto de hecho conocido como *hecho generador*.

SEXTA.- La obligación fiscal se distingue de la civil en tanto la primera se distingue porque: surge de la ley, presenta sujetos activo y pasivo bien determinados, su finalidad es la recaudación de ingresos públicos, y –en algunos casos- obliga a las unidades económicas.

SÉPTIMA.- Del artículo 1º del Código Fiscal de la Federación se desprende que pueden ser sujetos pasivos de la relación jurídico-tributaria: personas físicas, personas morales, la federación y, las asociaciones en participación.

OCTAVA.- Los criterios de vinculación que pueden generar obligaciones fiscales para los sujetos pasivos son: nacionalidad, domicilio, residencia, fuente de riqueza y, establecimiento permanente.

NOVENA.- El fideicomiso aparece en el Derecho Romano como la *fiducia*, institución que se basó en la confianza del propietario de una cosa, en dejarla a cargo de otra para obligarse a restituirla con posterioridad. La figura también se usó con fines testamentarios. En el Derecho Germánico surge una institución similar conocida como *manusfidelis*, mientras que en el Derecho Anglosajón se le llamó *trust*. Todas coinciden en el elemento *confianza* como origen del acuerdo de voluntades.

DÉCIMA.- El fideicomiso es un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud de la cual, este destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de ese fin, deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello.

DÉCIMAPRIMERA.- Los elementos personales del fideicomiso son: fideicomitente, fiduciaria y, fideicomisario. Sus elementos de existencia son: consentimiento y objeto. Son elementos de validez: capacidad jurídica de las partes, ausencia de vicios en la voluntad, licitud en el objeto y, forma.

DÉCIMASEGUNDA.- Son especies de fideicomiso, considerando el fin que persiguen: traslativos, de garantía y, de administración.

DÉCIMATERCERA.- *Interpretar* significa desentrañar el verdadero sentido de una frase o incluso, de una palabra. Interpretar un negocio jurídico, implica conocer la verdadera voluntad que le dio origen.

DÉCIMACUARTA.- La legislación comercial –a semejanza de la civil– considera como un elemento importante en la labor interpretativa la intención de las partes. Aunque no establece un orden de prelación en los criterios a utilizar, queda muy claro que son las partes unos actores básicos en la determinación del sentido del contrato.

DÉCIMAQUINTA.- La interpretación de las voluntades negociantes, debe permitir que la voluntad interna coincida con la voluntad expresada en el negocio formal. Es ahí la complejidad de la labor interpretativa.

DÉCIMASEXTA.- Los efectos fiscales del fideicomiso en México se empiezan a regular desde 1941. A partir de esa fecha, y hasta 1974, el régimen tributario fue muy sencillo, lo que provocó un uso indiscriminado de la figura. De 1975 en adelante, la legislación hacendaria se hizo más compleja cuando se refería al fideicomiso. En aquel entonces causó: el impuesto sobre traslación de dominio de bienes inmuebles, el impuesto del timbre y, el posterior, impuesto sobre la renta. Así como el impuesto sobre adquisición de inmuebles y, el impuesto al valor agregado.

DÉCIMAOCtava.- Actualmente la Ley del Impuesto Sobre la Renta de 2002, establece ciertos efectos dependiendo de dos criterios: los elementos personales del negocio y de los fines que persigue.

DÉCIMANOVENA.- La legislación tributaria reconoce al fideicomiso como medio para la realización de diversas actividades. En el caso de las actividades empresariales, la regulación es más detallada. Determina también una carga tributaria mucho más fuerte para la fiduciaria, que para cualquiera otra de las partes del contrato.

VIGÉSIMA.- La Quinta Resolución Miscelánea para el Ejercicio Fiscal 2003, establece en la regla 3.10.1 la posibilidad de que el fideicomiso *reciba* donativos deducibles del impuesto sobre la renta, lo cual es un absurdo legislativo si consideramos que el fideicomiso no es un contribuyente, no es una persona y no tiene capacidad ni personalidad propias; por lo cual, definitivamente, *no* puede recibir donativos.

VIGÉSIMAPRIMERA.- No es correcto equiparar al fideicomiso con una persona moral con fines no lucrativos, pero sí lo es establecer la posibilidad de que aquellos fideicomisos que persigan especialmente fines sociales, puedan contar con más recursos para enfrentar los retos que les son propios. Esto último a través de donativos deducibles del impuesto sobre la renta.

VIGÉSIMASEGUNDA.- Es importante que la legislación fiscal se muestre respetuosa de la voluntad que dio origen al negocio fiduciario. Esto es, no debe dar más efectos que los que pretendían generar las partes. Pretender que el fideicomiso es una persona jurídica, que tiene capacidad propia y que, puede ser un contribuyente, no es sino ir más allá de lo que el fideicomitente - y en su caso la fiduciaria- deseaban de origen.

VIGÉSIMATERCERA.- El legislador tributario debe ser muy cuidadoso en la redacción de sus disposiciones, ya que es el responsable de crear un sistema jurídico-tributario sólido, claro, eficaz y seguro. Sobretudo, es el responsable de ser congruente con la voluntad de las personas que participan en un negocio jurídico. El creador de leyes, no puede constituirse en un interpretador de voluntades y menos aún, cuando a través de sus diseños legislativos establece una realidad distinta y lejana del confundido contribuyente.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO, Ricardo J. El Fideicomiso, estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución semejante al TRUST del derecho inglés, Imprenta nacional, Panamá, 1920.

ARCE Gargollo, Javier. Contratos Mercantiles Atípicos, Porrúa, México, 1998.

BARRERA Graf, Jorge. Estudios de Derecho Mercantil, Porrúa, México, 1958.

BATIZA, Rodolfo. El Fideicomiso, Porrúa, México, 1980.

_____, El Fideicomiso. Teoría y Práctica, Jus, Nueva Colección de Estudios Jurídicos, No, 25, México, 1991.

_____, Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria, Porrúa, México, 1985.

BETTINGER Barrios, Herbert. Estudio Práctico sobre los Convenios Impositivos para Evitar la Doble Tributación, Tomo I, ISEF, México, 2000.

BODENHEIMER, Edgar. Teoría del Derecho, Colección popular, No. 60, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

CASANOVAS, Pompeu. El ámbito de lo jurídico, Grijalbo-Mondadori, España, 1994.

CERVANTES Ahumada, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito, Herrero, México, 1988.

DANZ, E. Interpretación de los Negocios Jurídicos, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Serie B II, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1926.

DÍAZ González, Luis Raúl. Manual de Contratos Civiles y Mercantiles, Gasca-Sicco, México, 2000.

DÍAZ Rodríguez, Ana Luisa. La Naturaleza Jurídica de la Función del Delegado Fiduciario, (tesis), Universidad Panamericana, México, 2001.

Diccionario de Derecho Privado, Labor, México, 1951.

Diccionario Jurídico, Temis, Colombia, 1990.

DOMÍNGUEZ Martínez, Jorge A. El Fideicomiso, Porrúa, México, 2001.

D'ORS. Derecho Privado Romano, EUNSA, España, 1991.

ESCOBAR Ramírez, Germán. Principios de Derecho Fiscal, OGS Editores, México, 2001.

ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense, U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1996.

FERNÁNDEZ Martínez, Refugio de Jesús. Derecho Fiscal, Serie jurídica, Mc Graw Hill, México, 2000.

FERNÁNDEZ Y CUEVAS, José Mauricio. Derecho Constitucional Tributario, Dofiscal, México, 1983.

FONROUGE, Giuliani. Derecho Financiero, Vol. I, De Palma, Argentina, 1969.

GARCÍA Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, Porrúa, México, 1993.

GIANNINI, A. D., Instituciones de Derecho Tributario, Editorial de Derecho Financiero, España, 1957.

GUERRERO Lara, Ezequiel y otro. La Interpretación Constitucional de la Suprema Corte de Justicia (1917-1982), Tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984.

GUTIÉRREZ y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones, Porrúa, México, 1996.

HAURIUO, Maurice. Teoría de la Institución y de la Fundación, Abeledo-Perrot, Argentina, 1968.

HAYZUS, Jorge R. Fideicomiso, Astrea, Argentina, 2001.

IGLESIAS González, Román. Derecho Romano, Colección textos jurídicos universitarios, Harla, México, 1993.

JARACH, Dino. Curso Superior de Derecho Tributario, CIMA, Argentina, 1969.

LEDESMA Uribe, Idelfonso. El Fideicomiso en el Derecho Mexicano y notas para un estudio en el Derecho Comparado, Tesis, México, 1970.

LEPAULLE, Pierre. Tratado Teórico y Práctico de los Trust, Porrúa, México, 1975.

LÓPEZ De Zavalía, Fernando S., Teoría de los Contratos, Víctor P. De Zavalía editor, Argentina, 1971.

LUNA Guerra, Antonio. Régimen Legal y Fiscal del Fideicomiso 2003, ISEF, México, 2003.

MARGÁIN Manautou, Emilio. Introducción al Estudio del Derecho Tributario, Porrúa, México, 1991.

MOLINA Pasquel, Roberto. Los Derechos del Fideicomisario, Jus, México, 1946.

MORENO Navarro, Gloria. Teoría del Derecho, Serie jurídica, Mc Graw Hill, México, 2000.

MUÑOZ, Luis. El Fideicomiso, Cadenas editor, México, 1980.

ORTIZ Soltero, Sergio M. El Fideicomiso Mexicano, Porrúa, México, 2001.

PETIT, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano, trad. José Fernández González, Porrúa, México, 1994.

ROCCO, Alfredo. Principios de Derecho Mercantil, Parte General, Trad. De Revista de Derecho Privado, Editora Nacional, México, 1947.

RODRÍGUEZ Lobato, Raúl. Derecho Fiscal, Oxford, México, 1998.

RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Porrúa, México, 1977,

SÁNCHEZ Calero, Fernando. Instituciones de Derecho Mercantil, Revista de Derecho Privado, España, 1991.

SÁNCHEZ Sodi, Horacio. El Fideicomiso en México, GRECA, México, 1996.

TAMAYO y Salmorán, Rolando. Elementos para una Teoría General del Derecho, Themis, México, 1996.

TREVIÑO García, Ricardo. Epítome de los Contratos, Serie Jurídica, Mc Graw Hill, México, 1994.

VÁZQUEZ del Mercado, Oscar. Contratos Mercantiles, Porrúa, México, 1997.

VILLAGORDOA Lozano, José Manuel. Doctrina General del Fideicomiso, Porrúa, México, 1982.

VILLEGAS, Héctor B. Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario, De Palma, Argentina, 1994.

VILLORO Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho, Porrúa, México, 1993.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Código Civil Federal
Código Civil para el Distrito Federal
Código de Comercio
Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
Código Fiscal de la Federación
Ley del Impuesto Sobre la Renta
Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta

HEMEROGRAFÍA

AROCHA Morton, Carlos A. “El Fideicomiso en México”, en: Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, Año 7, No. 7, México, 1983.

BOJÓRQUEZ León, César. “Nuevas Figuras para la Constitución de Garantías: Prenda sin Transmisión de Posesión y Fideicomiso en Garantía”, en: Revista Municipal, INDETEC, No. 122, México, Agosto, 2000.

CEJUDO González, Julio. “Impuesto Sobre Transmisión de Inmuebles Derivado de un Fideicomiso”, en: Revista Hacienda Municipal, INDETEC, No. 66, México, Marzo, 1999.

CHÁVEZ Hernández, Miguel A. y otros. “Fideicomiso” en: Nuevo Consultorio Fiscal, Año 14, No. 266, México, Septiembre 2000.

Diario Oficial de la Federación , 21 de noviembre de 2003.

DÍAZ Camacho, Miguel A. “El Régimen Fiscal del Fideicomiso: Situación Actual”, en: Actualidad y Futuro del Fideicomiso en México, Coordinador: Jesús Roalandini, Instituto Fiduciario Bancomer, México, 1997.

“El Fideicomiso”, en: IDC Información Dinámica de Consulta, Grupo Editorial Expansión, Sección Fiscal, Año V, No. 108, México, 29 de agosto de 1990.

GONZÁLEZ Quintanilla, José Arturo. “Consideraciones sobre la Adición al Artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en Materia de Fideicomiso, Mediante la Cual se Faculta a la Fiduciaria a Detentar También el Carácter de Fideicomisaria”, en: Actualidad y Futuro del Fideicomiso en México. Coordinador: Jesús Roalandini, Instituto Fiduciario Bancomer, México, 1997.

JIMÉNEZ Rodríguez, Francisco. “Actuales Problemas Prácticos en la Actividad Fiduciaria en México”, en: Actualidad y Futuro del Fideicomiso en México. Coordinador: Jesús Roalandini, Instituto Fiduciario Bancomer, México, 1997.

“Miscelánea de Garantías. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito” en: IDC Información Dinámica de Consulta, Grupo Editorial Expansión, Sección Jurídico-Corporativo, No. 64, México, 30 de junio de 2003.

RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ, Joaquín. “El Fideicomiso”, en: Revista JUS, No. 94, T. XVI, México, Mayo, 1946.

VEGA Corona, Dolores. “Breve esbozo del *trust* anglosajón”, en: Revista de Derecho y Legislación, Año 52, Nos. 626-628, Caracas. Julio-Septiembre 1963.

VILLAGORDOA Lozano, José Manuel. “Algunas Consideraciones sobre el Fideicomiso Mexicano” en: Revista Mexicana de Justicia, Procuraduría General de Justicia, Nueva época, No. 1, enero-marzo 1993, México, 1993.

_____, “Estado Actual de la Doctrina y la Jurisprudencia Mexicanas en Materia de Fideicomiso” en: Actualidad y Futuro del Fideicomiso en México, Coordinador: Jesús Roalandini, Instituto Fiduciario Bancomer, México, 1997.

INFORMACIÓN ELECTRÓNICA

IUS 2003 (CD) Jurisprudencia y Tesis Aisladas de 1917 a 2003

Justicia Fiscal y Administrativa Siglo XX (CD) Jurisprudencia y Tesis Aisladas

www.sat.gob.mx/sitio_internet/servicios/terceros/35_1647.html, sitio consultado el: 23 de noviembre de 2003.

www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/61_apat.pdf, sitio consultado el: 8 de noviembre de 2003.

ANEXO

MARCO FISCAL DEL FIDEICOMISO¹

DESCRIPCIÓN	LEY	ARTÍCULOS
Enajenación de bienes	Código Fiscal de la Federación (CFF)	14
De Investigación y Desarrollo de Tecnología y Capacitación a Empleados	Ley del Impuesto Sobre la Renta (LISR)	27
De Pensiones y Jubilaciones y Primas de Antigüedad	LISR	28
De Donativos	LISR	24, 68 a 73 y 140
De arrendamiento de inmuebles de propiedad de personas físicas	LISR	97
De inmuebles destinados al hospedaje	LISR	133 y 148A
Actividades Empresariales		
- Concepto	CFF	16
Obligaciones fiscales del fiduciario en Fideicomisos con Actividades Empresariales		
- Pagos Provisionales	LISR	9, 12, 12A y 62
- Determinación del Resultado Fiscal o base para el ISR	LISR	9
- Residentes en Territorio Nacional	CFF	9
- Domicilio Fiscal	CFF	10
- Declaraciones y Avisos	CFF LISR	31 9
- Concepto de Enajenación	CFF	14
- Responsabilidad Solidaria del fiduciario	CFF	26
- Inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes	CFF	27
- Requisitos de	CFF	27

¹ DÍAZ Camacho, Miguel A. "El Régimen Fiscal del Fideicomiso: Situación Actual", en: Actualidad y Futuro del Fideicomiso en México. Coordinador: Jesús Roalandini, Instituto Fiduciario Bancomer, México, 1997. pp. 66-67

Comprobantes		
- Conservación de Comprobantes	CFF	30
- Dictamen Fiscal	CFF	32 ^a
- Reporte de Resultado Fiscal por el fiduciario a los fideicomisarios para ISR	LISR	9
- Ejercicio Fiscal	LISR	9
- Retención a terceros	LISR	9, 86 y 92
- Expedición de constancias	LISR	9, 86 y 92
- Expedir comprobantes	LISR	9, 58
- Balance e inventarios	LISR	9 y 58
- Declaraciones Informativas	LISR	9 y 58
- Contabilidad / Obligación del Fiduciario	LISR CFF	9 y 58 28
- Reglas para el Registro	Reglamento CFF	26
- Conservación de la contabilidad	CFF	30