



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN**

**“ANÁLISIS DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA EN
LO REFERENTE A LOS FIDEICOMISOS EMPRESARIALES”**

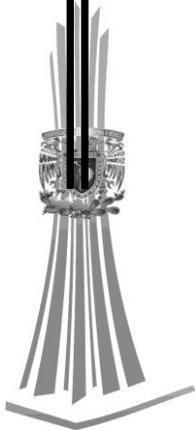
T E S I S

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :**

MARIO FABRICIO LIMA BENAVIDES

ASESOR: MTRO. FELIX EDMUNDO REYNOSO VÁZQUEZ

Bosques de Aragón, Estado de México, Agosto 2010





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A mis padres

Por darme la vida y una familia llena de valores, amor y un ejemplo de tenacidad, responsabilidad y constancia en todos los aspectos de la vida, ustedes dos son la base de todo mi mundo

A mis hijas Ximena y Fernanda

Luceros de mi vida, aire que respiro, razón de mi existir y ser día a día y luz en el camino, doy gracias Dios por traerlas a mi vida, gracias por existir, las amo.

A Alice

Compañera de vida, mujer íntegra, amiga y madre amorosa de mis dos mayores tesoros, gracias por todo, tu eres una de las personas más importantes en mi vida.

A mi hermana Arianna

Por ser un ejemplo de lucha, tenacidad y amor por la vida, gracias por todo lo que me has enseñado a lo largo de nuestras vidas.

A mis hermanos Karla y Gustavo

Por ser mis mejores amigos y compañeros a lo largo de los años, que Dios los bendiga siempre.

A mi suegro Licenciado Víctor Manuel Córdova Solórzano (QEPD)

Por haber sido un segundo padre, uno de mis mejores amigos, ejemplo de tenacidad, entereza y respeto por los demás, que Dios te tenga en su gloria siempre.

A mi amigo y asesor Maestro Félix Edmundo Reynoso Vázquez

Por ayudarme en estos meses a finiquitar este sueño que en algún momento vislumbré como inalcanzable, gracias por creer en mí, por enseñarme y guiarme en este proyecto de vida.

A mis amigos Ángeles, Rafael y Mario

Amigos que la vida me ha regalado en el ámbito laboral, que nunca dejaron de impulsarme, gracias por ser y estar siempre para mí.

A la Facultad de Estudios Superiores Aragón de la Universidad Nacional Autónoma de México

Por darme un lugar en sus instalaciones que me permitió con ayuda de excelentes catedráticos, llegar a ser profesionista.

INTRODUCCION

Como ya sabemos la figura del fideicomiso de actividades empresariales, no ha sido estudiada con profundidad en el ámbito fiscal actual, su estudio no es total, por ende, dentro de la legislación vigente no se establecen claramente sus características ni alcances reales, es decir no tiene un encuadramiento jurídico pleno.

En virtud de lo anterior, es que proponemos este trabajo de investigación que pretende establecer la necesidad de que la legislación sea específica en cuanto a dicho contrato, permitiendo identificar en su caso, claramente los elementos legales que un contrato de fideicomiso debe contener para encuadrarse dentro de actividades empresariales, con todos las obligaciones fiscales y legales que por tales características se deben cumplir por las partes del mismo, es decir, tanto por el Fideicomitente, Fiduciario y Fideicomisario.

Es necesario mencionar que la modificación del artículo Decimotercero de la Ley del Impuesto Sobre la Renta al respecto, ayudaría en gran medida en el cumplimiento de obligaciones fiscales derivadas por la implementación de un contrato denominado como de “actividades empresariales.”

El presente trabajo consta de 4 capítulos que comprende o abarca básicamente el primero Antecedentes del Fideicomiso; asimismo, el capítulo segundo se refiere al Marco Constitucional del Fideicomiso, integrándose de igual manera el tercero por el Marco Conceptual del Fideicomiso y finalmente, la parte medular de mi trabajo de investigación, capítulo cuarto, se refiere al análisis del Fideicomiso Empresarial, en la Ley del Impuesto sobre la Renta, pretendiendo cubrir satisfactoriamente las necesidades y problemática que se derivan de la falta de una descripción clara de las características de un Fideicomiso de Actividades Empresariales.

Para este trabajo, la técnicas utilizadas lo son la inductiva, deductiva, documental, comparativa, ya que en este caso, son las mejores rutas para la realización de este proyecto en particular, ya que partiremos de la realidad por

la que atraviesa la figura del fideicomiso, para llegar finalmente a las soluciones que se necesitan para este caso.

INDICE

CAPÍTULO I	
ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO	1
1.1 Derecho Romano	1
1.1.1 La Fiducia o Pacto Fiduciae	2
1.1.2 Fideicomisum	4
1.2 El Mayorazgo Feudal en la Edad Media	6
1.3 Derecho Germánico	7
1.4 Derecho Anglosajón	8
1.4.1 El Use en Inglaterra	9
1.4.2 El Trust en Inglaterra	13
1.5 El Trust en los Estados Unidos de América	14
1.6 Derecho Mexicano	20
1.7 Proyecto Limantur	23
1.8 Proyecto Creel	24
1.9 Ley General de Instituciones de Crédito y establecimientos Bancarios de 1924	25
1.10 Proyecto Vera Estañol	26
1.11 Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926	29
1.12 Ley General de Instituciones de Crédito y establecimientos bancarios de 1926	30
1.13 Ley General de Instituciones de Crédito de 1932	30
CAPÍTULO II	
MARCO CONSTITUCIONAL DEL FIDEICOMISO	32
2.1 Naturaleza Jurídica del Fideicomiso	33
2.2 Como acto unilateral	34
2.3 Como negocio jurídico	37
2.4 Como mandato	41
2.5 Como negocio fiduciario	43
2.6 Como contrato	49
2.7 Nociones Generales con relación al Fideicomiso	51

CAPÍTULO III	
MARCO CONCEPTUAL DE FIDEICOMISO	60
3.1	Sujetos que intervienen en el Fideicomiso 62
3.1.1	El Fideicomitente 63
	Derechos del Fideicomitente 65
	Obligaciones del Fideicomitente 70
3.1.2	El Fiduciario 71
	Derechos del Fiduciario 73
	Obligaciones del Fiduciario 73
3.1.3	El Fideicomisario 75
	Derechos del Fideicomisario 77
	Obligaciones del Fideicomisario 79
3.2	El Comité Técnico 79
	Facultades o obligaciones del Comité Técnico 80
	Objeto del Fideicomiso 81
	Fines del Fideicomiso 82
3.3	Clases de Fideicomiso 85
	Por la materia del Fideicomiso 86
	Por los fines del Fideicomiso 86
3.4	Fideicomiso TraslATIVO de Dominio 86
	Fideicomisos sobre inmuebles en Zona Restringida 89
3.5	Fideicomiso Testamentario 91
3.6	Fideicomiso de Garantía 94
3.7	Fideicomiso de Administración 113

CAPÍTULO IV

EL FIDEICOMISO EMPRESARIAL EN LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA	116
4.1	Antecedentes históricos del Impuesto Sobre la Renta 117
	I. Ley del Centenario de 1921 117
	II. Ley de 21 de febrero de 1924 120
	III. Ley de 18 de marzo de 1925 122
	IV. Ley de 31 de diciembre de 1941 128
4.2	Leyes Conexas con el Impuesto Sobre la Renta 129
	Ley de Impuesto Extraordinario sobre Ingresos 130
	Ley del Impuesto sobre utilidades excedentes 130
	Implantación de Siete Cédulas 131
	Pagos Provisionales del impuesto. 133

	Sueldos.	133
	Honorarios.	134
	Imposición de Capitales.	134
4.3	Reformas a la Ley de 1954	136
4.4	Código Fiscal de la Federación	139
4.5	Ley del Impuesto Sobre la Renta	143
	Título I Disposiciones Generales	143
4.6	Disposiciones Generales de las Personas Morales	155
	Título II De las Personas Morales	
	Disposiciones Generales	156
4.7	Análisis de los Fideicomisos Empresariales (en la Ley del I.S.R.)	160
4.8	Fideicomisos Empresariales (en la Ley del Impuesto Sobre la Renta)	163
	Conclusiones	168
	Bibliografía	177

CAPÍTULO I
ANTECEDENTES DEL
FIDEICOMISO

1. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO.

En la búsqueda por encontrar los primeros vestigios de una de las principales instituciones jurídicas del Derecho Privado, es que nos situamos en la ciudad de Roma. Así, para empezar a describir el tópico del fideicomiso en la antigüedad, es menester señalar que el escenario en el que surge en el antiguo Derecho Romano, es indudablemente, la denominada Fiducia o Pacto Fiducia, en este periodo, en que la acepción jurídica Fideicomissum, consiste en fomentar la figura de la compra venta y la relación entre deudor y acreedor así como su influencia en las distintas ramas del derecho y el señalar la importancia y trascendencia que éste ejerció en su regulación jurídica.

1.1. DERECHO ROMANO.

Ahora bien, en la narración del tema que nos avoca el autor Wolfgang Kunkel aborda la “instauración de la Fiducia o Pacto Fiducia en la época del Imperio en Roma. Cabe puntualizar que en este lugar existieron dos figuras importantes relacionadas con el fideicomiso y eran las denominadas:

I.- La fiducia o pacto fiducia.

II.- El fideicomissum.

El relato de ambas figuras en las relaciones de compra venta que se suscitaban en los mercados y plazas públicas fomento el comercio que se presentaba en esta época del derecho romano indudablemente después de cierto tiempo resultan obsoletas y vetustas.”¹

¹ Kunkel. Wolfgang. Historia del Derecho Romano 12 Ed. Edit. Ariel Barcelona. España.1997 pp. 32- 33.

1.1.1. LA FIDUCIA O PACTO FIDUCIAE.

Por tal razón, es innegable que una de las formas más arcaicas para obligarse en el derecho romano, fue por medio del llamado pacto fiduciario, con el cual se lograba asegurar una deuda.

Sobre este panorama, el autor Aldo Topasio Ferretti asevera que “El pacto fiduciario era un contrato por el cual aquel que recibía la propiedad de una cosa quedaba obligado a restituirla en circunstancias previamente determinadas.”²

Es importante destacar, que según lo expresa el reconocido jurista Guillermo Floris Margadant: el citado “pacto fiduciario, residía este procedimiento en una venta, con pacto de retroventa; podía ser empleado con objeto de hacer una operación de depósito, un comodato “fiducia cum amico” o a manera de garantía real “cum crédito apoit.”

En otras palabras, por medio de la Fiducia cum creditore contracta, un deudor denominado fiduciante transmite a su acreedor llamado fiduciario la propiedad de una cosa con el propósito de garantizar una obligación. A su vez, el fiduciario se obliga a restituir la propiedad por los mismos medios, una vez satisfecho el crédito. El deudor tiene la actio fiduciae para exigir la restitución de la propiedad. La Fiducia desaparece en el Derecho postclásico junto con la mancipatio y la in iure cessio.”³

Por consiguiente, en sus inicios, la Fiducia no estaba amparada por ningún concepto legal, debiéndose confiarse únicamente en la lealtad del comprador que adquiriría, hasta que fue sancionada por el edicto del pretor, que daba el vendedor una acción infamante “in factum” llamada “actio fiducias”, para exigir del comprador que lo examine del valor de la cosa.

² Topasio Ferretti. Aldo. Derecho Romano Patrimonial 3º Ed. Edit. UNAM México 2001 p.167.

³ Floris Margadant Guillermo, “El Derecho Privado Romano”, 49º Ed. Edit. Esfinge, S.A. de C.V., México, 1998. p. 492.

No es sino hasta la presencia del ilustre filósofo Q. Mucios Scaevola, cuando se reconoce por el derecho civil la figura de la Fiducia, estableciéndolo como un verdadero contrato basado en la buena fe de las partes y principalmente en la rendición de cuentas dadas al vendedor, si se acreditaba que el vendedor actuaba de mala fe, quedaba obligado a indemnizar los perjuicios causados en la ejecución del convenio, al comprador.

Luego entonces, la “fiducia” podía servir a distintos intereses de los contratantes podía cumplir una función de garantía real, esto es, la llamada “Fiducia Cum Credito”, en la cual se podía pactar que la “actio fiduciae”, para reclamar la restitución quedaba excluida por el hecho de incurrir en mora el deudor fiduciante.”⁴ Este pacto cumplía en cierto modo la función de una pena por el incumplimiento de la obligación que se había garantizado, y resultaba en exceso gravoso para el deudor.

A este respecto, Álvaro D’Ors Pérez - Peix, en su diagnóstico del Pacto Fiduciae, en España lo define como “aquel negocio por el que se confía la propiedad de una “res mancipi” (cosa dentro del comercio en Italia) a otra persona con obligación por parte de ésta de restituirla en el momento predeterminado.”⁵

Por otra parte, en nuestro país, Octavio Hernández García, describe la institución jurídica de la figura del “pactum fiduciae”, era un negocio entre vivos, a diferencia del “fideicomissum”, que tiene como causas directas la liberalidad y la muerte de la persona cuya herencia ha de ser transmitida; en dicho negocio entre vivos (“pactum fiduciae”) una o las dos partes que lo efectúan tienen interés.⁶

⁵ D’ors. Pérez - Peix. Alvaro. “Elementos de Derecho Privado Romano”. 24° Ed. Publicaciones del Estudio General de Navarra XXIII, Pamplona. España. 1996. p. 232.

⁶ Ibídem. p. 339.

De ahí que nuevamente, acudamos al distinguido autor Álvaro D'Ors Pérez - Peix, quien nos indica que “también podía la fiducia aplicarse como préstamo gratuito, depósito o bien como un mandato a través de la figura denominada “Fiducia Cum Amico”; que consistía en un negocio por el que una persona transmitía a otra, en quien depositaba su confianza, la propiedad de una cosa, a fin de que aquella la devolviera al transmitente, al vencerse el término fijado o al primer requerimiento que le hiciera el transmitente, al vencerse el término fijado o al cumplirse la condición consignada. Por regla general se utilizaba habitualmente para liberar al propietario de ciertas obligaciones que en un determinado momento no podía atender.”

1.1.2. FIDEICOMISSUM.

La otra arista desarrollada estriba al tópico de la institución del Fideicomissum sobre este tenor Eugene Petit señala, que el fideicomiso en la antigua Roma era un asunto de conciencia y de buena fe para el heredero fiduciario indicando que: “Aquellos (fideicomisos) en los cuales el beneficio se concede a una o bien a la pluralidad de personas sucesivamente, que deban sustituirse por muerte del anterior; salvo el caso que la sustitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas ya a la muerte del fideicomisarias y la forma restrictiva de adopción por nuestro derecho.”⁷

Ciertamente, el fideicomiso romano (“fideicomissum”) era una forma mediante la cual podían heredar las personas incapacitadas por la Ley Romana, o que no tenían la “testamenti factio pasiva.”⁸ De igual manera, el testador podía imponer su voluntad respecto de los bienes que deseaba transmitir a la persona que él quisiera; pero ello estaba fincado fundamentalmente en la confianza, honradez y buena fe del heredero gravado (fiduciario), en virtud que, de tratarse de un ruego, no de una orden, por lo que podríamos afirmar que en su origen, se trataba de una obligación moral, más que de índole jurídica. Esto trajo consigo que múltiples de

⁷ Petit. Eugene. “El Fideicomiso”. 1° Ed. Edit. Juris. México, 1987, p. 23.

⁸ Ibídem.p.34.

esos fideicomisos no fueran cumplidos, tanto por la falta de regulación jurídica de los mismos como por la mala fe de los fiduciarios, quienes no sólo no cumplían con el encargo, sino que se apropiaban o enajenaban los bienes que les habían sido transmitidos.

En virtud de los bastantes problemas que se generaron el emperador Augusto dictó una serie de medidas para la protección de los fideicomisos (27 A.C.), ordenando la intervención de los cónsules a fin de establecer un control para el cumplimiento de los fideicomisos. Esta medida aconteció en el derecho romano, motivo por el cual se creó hasta un “praetor especial”, “PRAETOR FIDEICOMISSARIUS” (41 D.C.), para ocuparse de los fideicomisos. En esta misma tesitura el fideicomiso en su origen, podía aprovecharse por una persona privada de la “testamenti factio pasiva”, pero algunos Senado - Consulto habidos bajo el emperador Adriano, prohibieron la transmisión para fideicomisos a los peregrinos y a las personas inciertas. El Senado - Consulto Pegasiano establece la misma prohibición para los “célibes” (no casados) y los “orbi” (los que no tenían hijos).⁹

La evolución constante del fideicomiso tenía ciertas características especiales, que fueron desenvolviéndose gradualmente verbigracia de ello, fue el llamado “fideicomiso de herencia”, mediante el cual un testador, después de haber instituido un heredero, no tenía derecho a disponer de nuevo de su patrimonio o en parte, por institución o por legado, en beneficio de otra persona, para el momento en que su heredero muriese; pero podía rogar a este heredero restituir, a su muerte, a una persona designada, la totalidad o una parte de la sucesión. Este fideicomiso se dejaba casi siempre a cargo del heredero; después a cargo del primer fideicomisario, y así sucesivamente, de manera que pudieran obtener una serie de restituciones (entregas), teniendo cada una por fecha de la muerte de la persona gravada. Este tipo de fideicomiso se utilizó en la época imperial, sin que haya surgido ningún inconveniente. Continuando con la evolución del

⁹ Riverrol Francisco. “Análisis Jurídico del Fideicomiso Mexicano y de su Comité Técnico”, 6° Ed. Edit. UNAM. México. 2001. pp. 12 –14.

Fideicomissum, Eugene Pettit, sostiene que en la Edad Media y más tarde, sirvieron para acumular los bienes de una familia a nombre del mayor de los hijos.

Que este “abuso llegó a una reacción empezada en el siglo XVI y terminada en nuestro derecho (Derecho Francés) por la supresión casi total. (Artículo 896 del Código Civil Francés). En Francia, estos fideicomisos se hicieron célebres con el nombre de “sustituciones fideicomisarias.”

1.2. EL MAYORAZGO FEUDAL EN LA EDAD MEDIA.

En palabras de Jorge Hernández Tejero, “la figura del mayorazgo feudal constituye una funesta que abrió una sima insondable donde ha sido sepultando la propiedad territorial; que quitaba a los padres los medios de fomentar la virtud y el mérito de sus hijos; que condenaba a la pobreza, al celibato y a la ociosidad a un número incalculable de individuos del estado, y al mismo tiempo que ocasionaba el lujo excesivo y la corrupción de otros; que arruinaba la agricultura, disminuía la riqueza nacional y reducía la población; esta institución, repito, tan repugnante a los principios de una sabia y justa legislación, tan contraria a los intereses de la sociedad, no puede ser sino un aborto del monstruo del feudalismo.

La primogenitura feudal de la Edad Media era institución jurídica en cuya virtud el primogénito (“major natu”) tiene derecho de suceder los bienes del progenitor con la condición de heredar bajo la misma condición a su progenitor. El mayorazgo se utilizó por los señores feudales con el fin de perpetuar sus propiedades, la distribución equitativa de sus riquezas y posiciones entre sus hijos, gracias a esta figura se logró evitar para el señor feudal que:

1.- Se dividieran sus propiedades.

2.- Se disminuyera su poder sobre sus vasallos y,

3.- Se debilitará su situación frente al monarca.

El derecho que tiene el primogénito, era una institución que chocaba contra muchos principios de equidad.”¹⁰Tal como muy lo afirma Escriche: “No hay pues en las instituciones de los romanos, así tampoco en la de los griegos, ni en la de ninguno de los legisladores antiguos, sombra alguna de nuestros mayorazgos.

1.3. DERECHO GERMÁNICO.

Con toda la serie de circunstancias que se sucedían en la parte más Septentrional de Europa, es decir, en los dominios del Vasto Imperio de los conocidos Hostis - Barbaros que residían y habitaban en el norte del continente, resulta, innegable, la influencia del derecho germano donde nos encontramos con antecedentes del fideicomiso, como la prenda inmobiliaria, manufidelis y el salman. Por tal razón, con un punto de vista ontológico desarrollamos la postura de Anton Huecky Visse y Guy Canaris. Wisser, en relación a las diversas figuras del Derecho Germano.

1.- La “prenda inmobiliaria”, por razón de la cual el deudor transmitía a sus acreedores un bien inmueble mediante la entrega de una carta denominada “venditionis”, como garantía del cumplimiento de su obligación, y el acreedor se obligaba con una contracarta a la restitución del primer documento y del inmueble transmitido, en caso de que el deudor cumpliera con su obligación.”

2.- El “manusfidelus”, se empleaba para quien quería realizar una donación “inter vivos o “post obitum”, y por medio de esta figura se transmitía la cosa materia de la donación a un sujeto denominado como “manusfidelis” que siempre era una persona perteneciente al clero y que actuaba como el fiduciario, este después de realizada dicha transmisión, retransmitía al verdadero beneficiario la cosa

¹⁰ Hernández .Tejero. Jorge. Derecho Romano 27° Ed. Edit. Escelicer Madrid España. 2004. pp. 57- 58.

adquirida, reservando al donante un derecho más o menos amplio de goce sobre la cosa donada, para que lo disfrute durante su vida.

3.- El “salman”, se conocía también bajo el nombre de “treuhand”, y era la persona intermediaria que actuaba como fiduciario, realizando la transmisión de un bien inmueble del propietario original adquiriente definitivo, el “salman” recibía sus facultades del enajenante y a su vez se obligaba frente a él a transmitir el inmueble al tercero destinatario.”¹¹

1.4. DERECHO ANGLOSAJÓN.

En lo relativo a la raíz o cimientos del origen del Fideicomiso en los diferentes países que comprenden el Reino Unido. Por ello el conocer el pasado y valorar el presente del denominado USE en las distintas comunidades anglosajonas principalmente en Europa en aquellos lugares donde se conformó con los hábitos, usos reiterado y costumbre en las islas de la Gran Bretaña.

Resulta innegable que el vértice y la cúspide del USE en Inglaterra y posteriormente en todo Reino Unido. Propició y fomentó esta nueva institución jurídica entre la población.

Ahora bien, continuando con la evolución del fideicomiso en América principalmente en Canadá y Estados Unidos de Norteamérica. Así al ilustrarse de los antecedentes del fideicomiso en la Gran Bretaña, encontraremos los primeros precedentes norteamericanos, por ser el derecho inglés la fuente principal de éste.

¹¹ Huecky Visse. A. Canaris Wisser. G. Manual del Derecho Germano 3º Ed. Edit. Ariel Madrid. España. 2002. pp.129 -130

1.4.1. EL “USE” EN INGLATERRA.

Los vestigios de esta institución se pueden ubicar principalmente por algunas situaciones o circunstancias que motivaron la creación del “use”, lo fue la guerra de las “dos rosas”, en la cual los reinos de York y Láncaster, se disputan la corona Inglesa.

En este sentido los contrincantes de esta guerra interna en la Gran Bretaña propiciaron una serie de medidas para evitar la apropiación de bienes del patrimonio de los combatientes, ante la necesidad de evitar el peligro que significaba la confiscación de sus bienes al ser vencidos; optaron por entregar sus propiedades a un tercero de su confianza, para que éste, destinara tales bienes en beneficio del transferente o de sus herederos.

De ahí que en Inglaterra en 1217, se expidió la “Ley de las Manos Muertas”, cuyo objeto era impedir que los bienes raíces fueran acumulados por las corporaciones religiosas, incrementándose en esta forma el empleo del “use”, pues el clero transmitió sus propiedades a terceras personas, para evadir el cumplimiento de la ley. El origen primitivo del “use” es un tanto obscuro, “pero puede afirmarse que en cierta forma fue un instrumento ideado por el pueblo, primero para defenderse de las pesadas e injustas cargas que imponían los sistemas feudales y los señores feudales, no utilizando sólo para asuntos de sucesiones testamentarias, sino un instrumento muy flexible que servía para muchas finalidades. Así las cosas, el “use” es concebido como un simple encargo que una persona hace a otra en provecho de sí misma o de una tercera.”¹²

En este contexto, John Pound Roscoe, citando a Stuart Maitland, afirma que el antiguo “use” consistía en una transmisión de tierras realizadas por acto entre vivos o por testamento a favor de presta nombre, quien las poseería en provecho del beneficiario o “cestui que use.” De igual manera, señalan que “el terrateniente

¹² Reeve Guillian. Ekin. Sintesi Storica del Diritto Romano 7° Ed. Edit. Ateneo Madrid. España.1985 p. 294.

inglés ponía sus tierras “en uso” para lograr diferentes objetivos, ya fueron lícitos, pero que el orden jurídico no reconocía, o francamente fraudulentos, y que requerían una interpósita persona. En la primera categoría caía la práctica de hacer testamento por vía de uso surgida en virtud de que el derecho regulador del régimen de las tierras, estimando la tenencia feudal como una relación personal, desautorizaba las transmisiones testamentarias, situación que subsiste hasta que se promulga la Ley de Testamentos (“Status of Willis”), en 1540.

En la segunda categoría estaban, para casos de evasión a las “Leyes de Manos Muertas” que venían a hacer posible la donación de tierras a fundaciones eclesiásticas, en especial la orden franciscana, que por su voto de pobreza estaba impedida para adquirir la propiedad, más no para recibir el provecho económico.”¹³

En esta misma línea de ideas, sostiene Deborah Norton Field, que el que constituía el “use” se llamaba “settlor”, que actuaba como propietario legal, el cual en la relación fiduciaria se denominaba “feoffee to use”, y el beneficiario que podía ser el “settlor” mismo o la persona o personas que designare, se llamaba “cestui que use.” Para evitar que el propietario legal quedara gravado con las cargas del beneficiario, según expresa la transmisión de la tierra se hacía a un grupo de amigos que formaban una “joint tenancy”, especie de persona colectiva compuesta de varios “feoffees to use”, y que por reemplazo de sus miembros difuntos alcanzaba prácticamente la perpetuidad.

De esa manera se evitaba que el Lord o señor feudal hiciera valer sus derechos sobre los bienes de sus vasallos, derechos que podía ejercer, conforme al sistema aplicable del “Common Law”, a la muerte del poseedor del fundo, o por traición al señor feudal por mencionar algunos casos sumamente opresivos y molestos para los vasallos.

¹³ Pound Roscoe. John. Lecciones de Derecho Comunitario Europeo 4° Ed. Edit. Ariel 1998. pp.157-158.

En las Colonias Británicas, el uso reiterado de la costumbre, trajo consigo que la utilidad de la figura jurídica del “use” se fue difundiendo cada vez más y a medida que esto fue sucediendo, surgieron algunos inconvenientes y desventajas, por la falta de regulación legal y de protección del derecho a quienes constituían los “uses” por lo cual, los “feofees to use”, sintiéndose protegidos por el “Common Law” y sabiendo que no estaban obligados a cumplir el “use”, puesto que esta institución no se encontraba prevista en el sistema jurídico, se aprovecharon en innumerables ocasiones de la confianza que se les había depositado.”¹⁴

En este contexto, Paul Dorff Weiland indica, “En todos los tiempos y en todos los países, los hombres, afortunadamente, han visto mas allá de las reglas jurídicas y a veces han confiado tanto o más en una palabra de honor que en una obligación jurídica estricta. Del mismo modo los hombres también han confiado, en circunstancias graves, cuanto más valioso tenían, a su mejor amigo, haciéndoles sus últimas recomendaciones. No era el derecho, sino del corazón humano del que se fiaban. Si el corazón no se hallaba tan alto como le habían creído, si el amigo les había traicionado, no tenían recurso alguno ante los tribunales.” Los perjudicados, al ver que nada conseguían ante los tribunales acudieron al Rey, en busca de justicia, ya que se le consideraba como fuente de ella. “Para la resolución del asunto, se obtenía además, la gran ventaja de que el Rey no estaba obligado a sujetarse a reglas técnicas, sino que emitía sus decisiones según su conciencia y de acuerdo a la equidad”. “Además, reitera, tales cuestiones, fueron hechas del conocimiento del Rey, por medio de su Canciller eclesiástico “guardián del sello” y de la conciencia del Rey”, y de los demás magistrados que integraban la Corte de Cancillería, la cual creó, mediante sus dictámenes fundados en los datos imperativos de la conciencia, un nuevo orden jurídico llamado “Equity”, Equidad, que aparecía frente al “Common Law”, no oponiéndosele directamente sino modificándolo y adaptándolo frente a las necesidades de la vida. Este orden jurídico no provenía de la costumbre inmemorial como el “Common Law”, ni de la

¹⁴ Norton Field Deborah, “El Fideicomiso Mercantil y el Trust Anglosajón”, Ed. Escuela Libre de Derecho, México, 1997. pp. 25 - 26.

ley escrita como la “Statue Law”, sino precisamente de los datos imperativos de la conciencia.”¹⁵

Durante este periodo en la Gran Bretaña y sus diversos reinos la trascendencia de la protección legal de que los “uses” fueron objeto, como se dio un nuevo impulso a los mismos y viene a darse una separación de la propiedad en el “use” frente al “legal owner” o propietario legal, se erige el “equitable owner” propietario según la equidad. Ahora bien, al primero le corresponde la titularidad del fundo raíz o de los bienes dados en “use”; al “equitable owner” le corresponde la facultad de gozar de los bienes, de acuerdo con la equidad. En este contexto el soberano Enrique VIII consideró que mediante el “use” se estaban eludiendo, diversas disposiciones jurídicas a favor de los “cestui que use”, promulgó en el año 1536 el “Statue of Uses.”

A este respecto, Paul Dorff Weiland, “sostiene que el instrumento que aparentemente tenía por objeto suprimir los “uses” y que a la postre los limitó declarando que el beneficiario o “cestui que use”, sería considerado como único y verdadero propietario, reuniéndose en él la doble cualidad de “legal owner”, desapareciendo la figura “feoffe to use.” Con esto el estatuto creía acabar con los “uses”, pero según expresión de la doctrina y la jurisprudencia, su resultado fue la ejecución de los mismos, ya que se respetaba y se daba cumplimiento a la voluntad de “settlor.” La interpretación restrictiva del “Statue of Uses”, por lo cual algunos “uses” no se encontraban contemplados y no les era aplicable el estatuto, lo que dio origen a que las personas que consideraban conveniente para sus intereses constituir uno o más “uses”, encontraban la fórmula para burlar el estatuto. Verbigracia, lo siguiente: un “settlor” constituía dos “uses” sucesivos, el primero de ellos pudiendo ser ejecutado por el estatuto, pero no alcanzaba el segundo, que venía a ser colocado en el lugar del primer “use”, pero ahora a beneficio de otra nueva persona. Ante el panorama que vislumbraba la aplicabilidad de los “uses” en el Reino Unido, resultaba evidente que las

¹⁵ Dorff Weiland. Paul. Statue of Uses in Common Law 2º University of London 1989 pp.39 - 40.

características que impidieron que la Ley de usos consiguiera sus objetivos, fueron el no prever ciertas situaciones, especialmente como se puede observar en los siguientes tres casos:

1. No causaba los efectos de transmisión de propiedad inmediatamente, tratándose de bienes muebles.
2. Tampoco afectaba a aquellos “uses” que implicaban un deber activo por parte del “feoffee to use” (este tipo de usos, ya recibían desde entonces el nombre de trust”).
3. Tampoco afectaba a los usos constituidos con anterioridad a la ley.

De manera que el “use” sobrevivió un tiempo más, hasta que nació entonces la institución del “trust”, solo cambiándose los nombres de las personas del “feoffee to use” por la del “trustee” y la del “cestui que use” por “cestui que trust.”¹⁶

1.4.2. EL TRUST EN INGLATERRA.

Desde la perspectiva del Pierre Lepaulle, el trust inglés es trascendental en la hegemonía y perseverancia de lo que actualmente se denomina fideicomiso en algunos países de América Latina, en virtud de que “hay que esperar hasta los tiempos modernos para hallar los primeros esfuerzos de síntesis y de construcción jurídica del trust.” Otra novedad en la institución de la figura del llamado USE o Trust inglés. Es aquella consistente en que podemos conceptualizar a la acepción jurídica del trust con una percepción anglosajona como “el acto jurídico de características contractuales mediante el cual una persona llamada fideicomitente, conviene con una institución de crédito denominada fiduciaria, y autorizada legalmente para ello, a efecto de que determinados bienes o fondos de su

¹⁶ *Ibidem.* pp. 76 – 78.

propiedad se destinen a un fin lícito de beneficio para una tercera persona, llamada fideicomisario.”¹⁷

1.5. EL TRUST EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

A la víspera del siglo XIX, el Reino Unido, como siempre a la vanguardia ejercía su hegemonía en el contexto internacional la presencia de la rama jurídica en los dominios del otro lado, del Océano Atlántico, en las trece colonias de América del Norte, la institución inglesa del trust alcanzó su madurez completa y sólo quedaron por desarrollar aspectos de aplicación en los diversos campos de la economía. Por tal razón, Doug Cohen Fraser, “la inquietud en las posesiones británicas que formaban parte de la Confederación de Naciones “Common Law.”

De poder implementar el trust que de forma gradual se extendió de Inglaterra a todos los demás países de habla inglesa, es decir, Estados Unidos de Norte América, Canadá y los miembros de la conocida Confederación de Naciones “Common Law. ”Finalmente, al constituirse los Estados Unidos de América se fue adoptando la práctica “trust”, que aunque era conocida desde la colonia no fue utilizada tan frecuentemente como en Inglaterra.”¹⁸

La vertiente instaurada durante el transcurso del siglo XIX, el “trust” alcanzó su mayor hegemonía y dio el paso más trascendental, para convertirse en lo que es actualmente dentro del sistema económico de los Estados Unidos de América. Por ende, Claret y Martí afirman que dentro del “trust” se encuentran los siguientes elementos característicos:

1.- Un patrimonio autónomo, destinado a un fin.

2.- Una relación de confianza entre personas jurídicas.

¹⁷ Lepaulle Pierre. “Tratado Teórico y Práctico de los Trusts”, 9º Ed. Edit. Porrúa S.A., México, 1997, p. 32.

¹⁸ Cohen Fraser. Doug. The Trust in State United América. University Stanford 1996 p.64.

3.- Un titular legal, imposibilitado para disponer del bien con fines distintos de aquellos para los cuales fue entregado.

4.- Un beneficiario carente de facultades de administración sobre el bien. Sobre el que tiene derechos personales.

Es menester señalar que la Institución jurídica del trust en el derecho anglosajón y preponderantemente en el Reino Unido y los Estados Unidos de América tuvo una marcada influencia en el establecimiento de los tópicos mercantiles y en la amplia diversidad de operaciones de comercio y de suma relevancia en situaciones comerciales y empresariales actualmente en boga bajo la nomenclatura del Derecho Corporativo. Debido, a ello, a continuación abordaremos diferentes posturas doctrinarias del rubro de “trust” angloamericano.

Para su mejor comprensión los autores, de referencia señalan que el “trust”:
“consiste en separar de una persona llamada “settlor”, un conjunto de bienes (inmuebles, muebles, créditos, etc.) de su fortuna y confiarlos a otra persona llamada “trustee”, para que haga de ellos un solo prescrito, en provecho de un tercero llamado “cestui que trust.”¹⁹

En cambio, para James Tyler Keegan el “trust” es un: “Título fiduciario en cuya virtud, quien lo crea, transmite su propiedad a otra persona, quien contrae la obligación de manejarla equitativamente en beneficio del creador del vínculo o de quien éste designe.”²⁰ Cabe señalar que la mayoría de los autores anglosajones han considerado al “trust” como una forma peculiar de propiedad en la que el “trustee” era “propietario” de acuerdo con el “Common Law”, en tanto que el beneficiario era el titular del “equitable title”, o titular conforme a la Equidad. El “trust” parece indisolublemente vinculado a la distinción entre “Common Law” y

¹⁹ Pompeyo Claret y Martín Stuart. “De la Fiducia y del Trust”, 4º Edit. Bosch. England.1995, p.p. 51 - 52.

²⁰ Op. Cit.,Pompeyo Claret y Martín. p. 10

“Equity”, que escinde en dos partes todo el sistema jurídico anglosajón y carece de equivalente en cualquier otro derecho.²¹

Cabe agregar que la valiosísima obra de James Tyler Keegan ha tenido entre otros méritos, el de ser la fuente directa de la importación de la institución del “trust” inglés al derecho francés donde Pierre Lepaulle, ejerció una basta influencia a nuestro derecho mexicano. A este respecto, veamos, cuales son los elementos personales del “trust”:

- I. El “settlor”, que es la persona que realiza el acto de disposición y da los bienes en “trust” a un segundo sujeto, que es:
- II. El “trustee”, a quien le confía el destino de dichos bienes y éste debe realizar los actos tendientes a la consecución de tal fin, que es en provecho de una tercera persona.
- III. El “cestui que trust” (abreviado C.Q.T.), a favor de quien se constituyó y funciona el “trust”, esto es, su beneficiario, quien puede ser el mismo “settlor”.

Esta tendencia, que en todo “trust” se transfiere una “res” (“patrimonio”), según el vocabulario anglosajón a un “trustee” y es indispensable que se indique a éste que hacer con ella.

“La misión del “trustee” puede ser sumamente amplia y variada como se quiera, muestra de lo anterior nos ejemplifica su afirmación mostrándonos situaciones específicas de “trusts” distintos en los que los “trustee” desempeña funciones de:

1.- Administrador: administra la “res” en provecho de un individuo designado como “cestui que trust”.

²¹ Tyler Keegan James. “The Law of Trusis”, Ed. Sir Issac Pitman and Sond Ltd. Ninth Edition, London. 2002. p. 57.

2.- Depositario: en ocasiones su función es mucho menor que la de un administrador cuando se equipara a la de un simple depositario que cuida de ciertos bienes.

3.- Encargado de hacer lo más insospechados deseos del “settlor”: cuidar de los perros que se dejen en la propia casa al morir, erigir un monumento al primer mando de la esposa, etc.

4.- Persona que actúa como verdadero padre de familia: con facultades amplísimas para decidir, por ejemplo, si se compra o no un negocio para el goce de los frutos por el beneficiario.

5.- Inversionista: puesto que, para alcanzar los fines del “trust” tiene amplias facultades y en un momento determinado deberá decidir en que invertir los fondos del “trust”.

El “trustee” no tiene sino un deber: cumplir la misión que se le encomienda. A pesar de ello, no está obligado a la consecución del objetivo que se le asigna, con los riesgos siguientes: no es un asegurador, debe tan sólo hacer lo que un buen padre de familia haría en circunstancias semejantes para lograrlo. Si a pesar de ello, no lo consigue, no incurre en responsabilidad. Si obra correctamente, no tiene nunca que pagar con sus propios fondos.”²²

En contraste, la Dra. Allison Dressler Berger, sostiene que el “cestui que trust”, denominado propietario – beneficiario es la persona a cuyo favor se constituye y funciona el “trust”. Los derechos de que es titular son dos fundamentalmente. (Obligar al “trustee” a que cumpla con los fines del “trust” y Perseguir los bienes de los sujetos al régimen del “trust” cuando se encuentren en manos de terceros por actos indebidos del “trustee” para integrarlos a la masa de la que deben de formar parte). Aclara, que normalmente el “cestui que trust” es una persona

²² *Ibidem.* pp. 136-137.

definida; sin embargo, existe el “charitable trust”, (especie del “express trust”) en el que no se requiere designación de un sujeto de derecho como beneficiario, sino algo genérico e imparcial como la paz universal, el alma de un muerto, el provecho de animales y la tutela de incapaces en general.”²³ No es nuestro objetivo en el presente trabajo analizar detenidamente esta figura del “trust”, sino simplemente señalar lo que consideramos más importante para entenderla en sus aspectos generales, como lo que es, el antecedente inmediato y fuente directa de nuestro fideicomiso.

Debemos mencionar que todo lo que en general hemos tratado del “trust”, se aplica al más común y flexible de los “trusts”, que es el “trust expreso”. Por ende “trust” a perdurado y cobrado mayor preeminencia en el Derecho Anglosajón tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos de Norteamérica, hasta nuestros días. De ahí que resulte comprensible, el indicar, algunas de las leyes norteamericanas consideradas más importantes en relación con el fideicomiso son las siguientes:

- a) El “Uniform Fiduciaires Act”, de 1922.
- b) El “Uniform Trust Act”, de 1937.
- c) El “Uniform Common trust Fund Act” de 1938.
- d) El “Uniform Trustee Powerrs Act”, de 1964.
- e) El “Uniform Probate Code” - “Trust Administrativo.”

Es importante mencionar que las fechas de publicaciones de estas leyes coinciden con la época en que México desarrolló sus primeros esbozos de legislación

²³ Dressler Berger. A. Encyclopedic Dictionary of Roman Law University York 2002. pp.204 -205

fiduciaria y en efecto, observamos una clara influencia de éstas en nuestra legislación.

Acorde con la postura, de Giuseppe Messina, “Un “trust” es un estado de relación fiduciaria respecto a bienes, que sujeta a la persona por quien dichos bienes son poseídos, a deberes en equidad al manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, lo cual se origina como resultado de la manifestación de crearlo.”²⁴

Dada la inmensa información del trust, Ignacio Pérez de Herrasti, sin ambages, acerca del (trust – trustee) sostiene “que se encuentra fundamentado y caracterizado en el derecho en general. Habiéndose aplicado primero a sistemas de venta de crédito como sustituto de la prenda o hipoteca, se le adoptó a usos, contratos o comisiones de confianza, alcanzando especial importancia en materias como los fondos de inversión, tal era la caracterización del fideicomiso en el derecho romano como relación de confianza en la lealtad ajena, y de allí su raíz etimológica en tanto fides es igual de fe y commisum significa comisión; en otros términos encomendado a la fe de un sujeto.”²⁵

En relación al Use – Trust, Silvia Espíndola Deita, “le asigna el carácter de un contrato en que participa una pluralidad de personas y una institución financiera en donde una se compromete a la entrega de bienes o bien a la transmisión de derechos a otra para que la institución que los administre hacia futuro, realice con estos insumos el cumplimiento de finalidades lícitas, determinadas y posibles.”²⁶

²⁴ Giuseppe Messina, “Negozi Fiduciari Scritti Giuridici”, citado por J. Villagordoa Lozano José Manuel, 1984, Milano, “Doctrina General del Fideicomiso.” Ed. Porrúa. México 1989. p.1 5.

²⁵ Pérez de Herrasti. Ignacio. Inversión de Proyectos Autofinanciados 2° Ed. Edit. Limusa. México 2006. p.87.

²⁶ Espíndola Deita. Silvia. El Fideicomiso y la Cuenta Gubernamental 1° Ed. Edit. Gasca - Sicco. México 2007. p.119.

1.6. DERECHO MEXICANO.

Al concluir el siglo XIX, en nuestro país, no se contaba con dato alguno sobre la figura del Fideicomiso, posteriormente, ya en las postrimerías del siglo XX es donde se da el primer antecedente con el “trust deed” constituido en los Estados Unidos, para garantizar emisiones de obligaciones o bonos, cuya captación se destinó a financiar la construcción de ferrocarriles de las compañías mexicanas ferroviarias. A este respecto, el autor, Carlos Dávalos Mejía “sostiene que el “trust deed” tiene dos acepciones a saber las cuales son:

- a) En sentido amplio, como el documento en el cual se crea un fideicomiso cualquiera.
- b) En sentido estricto, como el fideicomiso de garantía, en el cual el bien se transmite a varios fiduciarios y no solo a uno.

En México, la situación de esta institución jurídica, se aprecia en la norma jurídica del Código Civil de 1884. Del mismo modo, en la Ley de Ferrocarriles de 1889 permitieron, no obstante que el “trust deed” se dio en los Estados Unidos de América, que surtirá efectos jurídicos conforme a la legislación mexicana, por lo que surge la necesidad de regular esta figura dentro de nuestra legislación.”²⁷

Luego entonces desde la perspectiva del autor, Rodolfo Batiza, asevera “Así pues la primera utilización del “trust” en México se dio de la siguiente manera: Al iniciarse el presente siglo, con anticipación de unos veinticinco años a la adopción legislativa del fideicomiso en México, se había utilizado para nuestro país una variedad del “trust” de importancia reconocida en el desarrollo económico de los Estados Unidos, o sea como instrumento de garantía en emisiones de bienes destinados a financiar la construcción de ferrocarriles.”²⁸

²⁷ Dávalos Mejía Carlos. “Derecho Bancario y Contratos de Crédito” 8° Ed. Edit. Harla. México. 1999. p p. 381 - 383.

²⁸ Rodolfo Batiza, “El Fideicomiso Teoría y Practica”, 3° Ed. Edit. Jus, México. 1995. p. 97.

Sobre este mismo tenor Oscar Emilio Rabasa, manifestó al respecto que “el antecedente más notable de la aplicación del “trust” o “fideicomiso angloamericano”, con efectos jurídicos en México, es indudablemente el caso de la constitución de los Ferrocarriles Nacionales de México y el convenio subsiguiente para financiarla mediante la deuda contraída por los mismos ferrocarriles, con garantía de hipoteca otorgada en forma de fideicomiso (considerándose que esta variedad de “trust”, descompuesta en sus varios elementos correspondía a los contratos de préstamo, mandato e hipoteca), sobre todo sus bienes y derechos, aún los ubicados dentro del país. así que, en la consolidación y fusión de los Ferrocarriles de México mediante emisión de bonos colocados en el extranjero, por vez primera se emplea expresamente el “trust” o “fideicomiso angloamericano”, celebrado el 29 de febrero de 1908 por el Gobierno y las mismas empresas ferrocarrileras de México, con instituciones fiduciarias norteamericanas, que surte, sus efectos, dentro del País, gravando bienes raíces y muebles ubicados en él, a favor de los fiduciarios como acreedores hipotecarios, y en beneficio de los tenedores de las obligaciones emitidas.”²⁹ Lo anterior, se debió a Don Emilio Velasco Madero, quien elaboró un cuidadoso estudio sobre “Los instrumentos del “trust” y los Ferrocarriles Nacionales.”³⁰ Gracias a Don Emilio Velasco se pudo lograr que la institución anglosajona se aplicara en nuestro medio, valiéndose de técnicas nuestras, el financiamiento extranjero de nuestros ferrocarriles, para su construcción primero y su nacionalización después. Es hasta que se encomienda a Pablo Macedo Parra, la ardua tarea de elaborar el articulado del capítulo V, “Del fideicomiso”, de nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente, ha manifestado que, su fuente de inspiración para llevar a cabo tal tarea ha sido la institución del “trust”, habiéndose recurrido a los tratadistas ingleses, norteamericanos y fundamentalmente a las ideas de Pierre Lepaulle

²⁹ *Ibidem.* p. 106.

³⁰ *Revista General de Derecho y Jurisprudencia.* Tomo III, México. 1992. p. 383

sobre el “trust expreso” con algunas variantes que fueron consideradas más acordes con nuestro sistema jurídico.³¹

En contraste, el reconocido autor mexicano Rodolfo Batiza, ha manifestado que la adopción del fideicomiso en nuestro régimen jurídico, constituye una institución extraña, sin antecedentes en nuestra tradición legislativa, provocó en un principio desconcierto y desorientación considerables.”³² Y es razonable, pensar, que así fuera, puesto que, cómo ya hemos mencionado, se trataba de importar una figura jurídica, que se creó en el Derecho Anglosajón, caracterizado este por la dualidad de su sistema jurídico (“Common Law” y “Equity”), que nada tenía que ver con el nuestro de raíces fundamentalmente romanistas.

En relación, a esto último, queremos mencionar que en el Derecho Mexicano vigente se encuentran prohibidos ese tipo de fideicomisos, como se indica a continuación:

“Artículo 394.- Quedan prohibidos:

I.- Los fideicomisos secretos;

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

III.- Aquéllos cuya duración sea mayor de cincuenta años, cuando se designe como beneficiario a una persona moral que no sea de derecho público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de

³¹ Macedo Parra. Pablo. “Estudios sobre el Fideicomiso Mexicano” 4° Ed. Edit. Porrúa S.A., México. 1995. p. 94.

³² Batiza Rodolfo, “Tres estudios sobre el Fideicomiso”, Ed. Libros Universitarios, UNAM, México, 1998. p. 83.

cincuenta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.”

IV.- Acerca del “fideicomissum” Javier Correa Field sostiene que consistía en una “liberalidad por causa de muerte” y considera que “surge como un encargo dado a una persona para que transmita parte de la totalidad de los bienes que integran la sucesión de quien hace el encargo, a favor de un tercero (“fideicomissarius”), cuyo cumplimiento depende de la voluntad de la persona que recibe la sucesión gravada por el fideicomiso (“fiduciarius”). En otras palabras, el “fideicomissarius” normalmente era una persona que carecía de la “testamenti factio pasiva”, pero en virtud de que el “fiduciarius” si gozaba de dicha capacidad, recibía de éste, dada la confianza depositada en él, los bienes y sólo moralmente quedaba obligado a cumplir el encargo del testador.”³³

1.7 PROYECTO LIMANTUR.

En México, gradualmente se fue presentado esta nueva representación jurídica del fideicomiso, es a partir del 21 de noviembre de 1905, que el entonces designado Secretario de Hacienda, José Ivés de Limantur, presentó a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. Una “Iniciativa que faculta al ejecutivo para que expida la ley por cuya virtud pueden constituirse en la República Mexicana, algunas Instituciones Comerciales, encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios”, de la cual, parece ser su autor el insigne Jorge Vera Estañol. Acorde con lo anterior “Dicho proyecto de Ley venía precedido de una explicación, lo que actualmente se denomina anteproyecto el cual contenía la exposición de motivos, en la que expresaba que para quienes seguían de cerca el giro y desenvolvimiento que en nuestro país, ha tomado los negocios comerciales, no ha pasado inadvertida la falta de ciertas organizaciones especiales que en los países anglosajones se denominan “trust companies” o “compañías fideicomisarias”- nótese el término empleado, que después se cambió -, cuya

³³ Correa Field Javier, “El Fideicomiso Mercantil y el Trust Anglosajon” Ed. Escuela Libre de Derecho, Mexico, 1942, p. 15 y 16.

función fundamental consiste en ejecutar actos y operaciones en las cuales no tienen interés directo, sino que obran como simples intermediarios, ejecutando imparcial y fielmente actos y operaciones en beneficio de las partes interesadas o de terceras personas.”

Este proyecto constaba de ocho artículos y en él, la institución del fideicomiso quedaba como el encargo hecho al fiduciario, por virtud de un contrato entre dos o más personas, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados en beneficio de alguna o de todas las partes del mismo contrato, o de un tercero; para hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones legales del mismo. El “Proyecto Limantur”, por motivos políticos no llegó a convertirse en ley y quedó sólo como un intento doctrinal de su autor, sin embargo constituye el primer intento legislativo en el mundo, para adaptar el “trust” a un sistema de tradición romanista.

1.8. PROYECTO CREEL.

En lo concerniente a este punto Dolores Beatriz Chapoy Bonifaz sostiene que “En la primera Convención Bancaria, celebrada en febrero de 1924, el señor Enrique C. Creel presentó un “Proyecto de Decreto sobre Compañías Bancarias de Fideicomisos y Ahorro”, mismo que la Convención aprobó proponer a la Secretaría de Hacienda, con el fin de que ésta lo enviara al Congreso de la Unión para autorizar al Ejecutivo para expedir una ley sobre la materia; en tal proyecto, se detallaban las bases constitutivas y de operación de las referidas compañías, sin hacer mención del “trust”, ni del fideicomiso. En la inteligencia de que mediante este proyecto se trató de aplicar la práctica norteamericana del fideicomiso, y la principal operación regulada por el proyecto era la aceptación de hipotecas, de contratos de fideicomiso, de toda clase de propiedades, bonos de compañías, y la creación de ferrocarriles, etc., así como recibir bienes de viudas, huérfanos y niños.”³⁴

³⁴ Chapoy Bonifaz. D. Beatriz. Imposición de la Riqueza y la Propiedad Raíz de las Finanzas Públicas Federales y Estatales 5ªEd. Edit. UNAM México 2005. p. 94.

Aunque jamás fue sancionado como ley, no por ello el esfuerzo se perdió por completo, puesto que sentó otro precedente y algunas de sus disposiciones influyeron sobre la legislación posterior.

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

El panorama que presentaba el país por los diferentes movimientos sociales e inconformidades que reflejaban los grupos de jornaleros y obreros que constituían la clase más vulnerable por las constantes pugnas de poder no vislumbraba una época de bonanza en el país. Todo lo contrario. Continuando, con la descripción de una serie de normas jurídicas existente en el país, con fecha 24 de diciembre de 1924 (Diario Oficial del 16 de enero de 1925), se abrogó la Ley General de Instituciones de Crédito de 1897, cuyo ordenamiento que se ocupaba de los bancos de emisión, de los hipotecarios y de los refaccionarios, para dar lugar a la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, en la que aparece el fideicomiso por primera vez en nuestras leyes. En este sentido, el jurista Pablo Macedo Parra, hace mención a los artículos importantes que son los siguientes: 6, fracción VII, 73 y 74, mismos que textualmente citamos a continuación, en su parte relativa:

“Artículo 6 fracción VII.- Se considerarán de crédito para los efectos legales los bancos de Fideicomiso”.

“Artículo 73.- Los bancos del fideicomiso sirven a los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confían o interviniendo con la representación común a los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos éstos o durante el tiempo de su vigencia”.

“Artículo 74.- Los bancos de fideicomiso se regirán por la ley especial que ha de expedirse”.

Es importante puntualizar que el fideicomiso se reserva únicamente a los bancos, por lo que no se consideraba la posibilidad de que fueran personas privadas los fiduciarios, como si se permitía con los trustees.³⁵

1.10. PROYECTO VERA ESPAÑOL.

En lo pertinente a la iniciativa del distinguido Jorge Vera Español, preparó un Proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro, comúnmente conocido como (LCFA) que fue presentando a la Secretaría de Hacienda a mediados de marzo de 1926. En términos exactos y precisos, este documento mantiene sustancialmente las ideas del “Proyecto Limantur” de 1905, el cual, como ya señalamos, se creó que fue redactado también por Jorge Vera Español; el citado proyecto de 1926 no tuvo mayor influencia en la posterior legislación.

En relación con los antecedentes extranjeros indirectos del fideicomiso mexicano, es oportuno mencionar ahora la valiosísima labor del eminente jurista panameño Ricardo J. Luis Muñoz expresa que Luis Alfaro es el padre de la legislación latinoamericana sobre el fideicomiso.³⁶ Alfaro dio a conocer en 1920 una obra intitulada “El Fideicomiso estudio sobre la necesidad y convivencia de introducir a la legislación de los pueblos latinos una institución nueva, semejante al “trust” del derecho inglés”. En dicho estudio propone un proyecto de ley sobre el particular. Según manifiesta Pablo Macedo Parra, las palabras del Dr. Luis Alfaro, no cayeron en el vacío.

Su proyecto que respondía a una necesidad del orden jurídico se transforma en la Ley de la República el 6 de enero de 1925. Con el fin de hacer notar la trascendental influencia de la obra de Ricardo J. Alfaro en nuestras leyes sobre la

³⁵ Macedo Parra Pablo. Op. Cit. p. 83.

³⁶ Muñoz Luis, “El Fideicomiso”, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1980. p. 24.

materia, transcribimos un resumen del proyecto de ley que este autor propuso, en sus preceptos más importantes.

“Artículo 1.- El fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario para que disponga de ellos conforme ordena el que los transmite, llamado fideicomitente a beneficio de un tercero llamado fideicomisario”.

“Artículo 2.- El fideicomiso puede constituirse sobre toda clase de bienes, aún futuros”.

“Artículo 3.- Puede ser particular o universal, puro o condicional, a día cierto, por tiempo determinado o durante la vida del fideicomitente, del fiduciario o del fideicomisario”.

“Artículo 5.- Puede constituirse para cualesquiera fines que no contravengan la moral o a las leyes”.

“Artículo 6.- Se prohíben los fideicomisos secretos”.

“Artículo 13.- No pueden constituirse a favor de persona no existente, salvo que se trate de criatura que esté en el vientre de su madre”.

“Artículo 16.- La existencia de los fideicomisos comienza cuando el fiduciario acepta el cargo, una vez aceptado es irrevocable, pudiendo la aceptación ser expresa o tácita”.

“Artículo 17.- Debiendo la primera manifestarse en la misma forma en que se constituyó el fideicomiso”.

“Artículo 18.- El fideicomiso puede ser constituido por testamento para que tenga efectos después de la muerte del fideicomitente, o por acto entre vivos”;

“Artículo 19.- Pudiendo éste constituirse aún verbalmente”.

“Artículo 20.- El fideicomiso sobre inmuebles no será oponible a terceros sino mediante inscripción en el Registro Público”;

“Artículo 21.- Debiendo hacerse esa inscripción a nombre del fiduciario, como cualquier otra transmisión del dominio y se inscribirán como gravámenes las disposiciones del dominio en virtud de las cuales se limite la facultad del fiduciario para enajenar o gravar los inmuebles fideicomitados”.

“Artículo 25.- El fiduciario no podrá excusarse de ejecutar el fideicomiso, ni renunciarlo después de haber aceptado, sino por causa grave a juicio del juez”.

“Artículo 27.- El fiduciario tiene todas las acciones y derechos inherentes al dominio, pero no podrá enajenar, ni gravar los bienes fideicomitados, a menos de tener autorización expresa o de ser imposible la ejecución del fideicomiso sin enajenarlos o gravarlos”.

“Artículo 29.- El fiduciario debe emplear en la administración de los bienes el cuidado de un buen padre de familia”.

“Artículo 30.- Y es responsable de las pérdidas y deterioros que provengan de su culpa...”.

“Artículo 33.- El fideicomitente y el fideicomisario podrán impetrar en juicio sumario las providencias conservatorias que crean convenientes, sobre los bienes fideicomitados parecieren sufrir pérdida o menoscabo en manos del fiduciario. El artículo 36 enumera las causas de extinción del fideicomiso. El artículo 37 agrega

como causa el transcurso de un lapso de veinte años, y el último precepto determina el destino de los bienes que existen al concluir el fideicomiso”.³⁷

Se considera útil la transcripción anterior, para efectos de poder apreciar su influencia, no sólo en las leyes inmediatas posteriores que se crearon, sino de la redacción de la actualmente vigente que regulan el fideicomiso en México, así como la actividad de las instituciones fiduciarias del país.

1.11. LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO DE 1926.

Básicamente la estructura de esta disposición jurídica, fue promulgada el día 30 de junio de 1926 (Diario Oficial del 17 de julio de 1926), en cumplimiento a la promesa hecha en el artículo 74 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1925; al ser la Ley de Bancos de Fideicomiso el primer ordenamiento en México, configurado como ley especial sobre el fideicomiso, dio una primera estructura a la institución, cuyos lineamientos principales transcribimos brevemente a continuación.

“Artículo 1.- Los Bancos de Fideicomiso tendrán por objeto principal y propio las operaciones por cuenta ajena y a favor de terceros, que autoriza esta Ley y cuya ejecución se confía a su honradez y buena fe”.

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

“Artículo 14.- El Banco Fiduciario podrá ejecutar en cuanto a los bienes fideicomitados, todas las acciones y derechos inherentes al dominio, aún cuando

³⁷ Ibídem, pp. 28 - 31

no se exprese en el acto constitutivo del fideicomiso; pero no podrá enajenar, gravar no pignorar dichos bienes, a menos de tener facultad expresa, o de ser indispensables esos actos para la ejecución del fideicomiso.³⁸ Como apreciamos, es claro que el concepto del fideicomiso adoptado por la ley en comentario tomó la “Ley de Alfaro”, y con relación a las personas que se encuentran legitimadas por la ley para desempeñar la función fiduciaria, la Ley de Bancos de Fideicomiso la limita solo a esto, difiriendo al respecto de lo previsto en la “Ley de Alfaro”, que señala como ya citamos, que “podrá ser fiduciario una persona natural o jurídica”. Asimismo, prohíbe a los bancos extranjeros que tuvieran sucursales en la República Mexicana, actuar como fiduciarios”.

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

Esta ley, promulgada el día 31 de agosto de 1926 (Diario Oficial del 29 de noviembre de 1926), abrogó la Ley de Bancos de Fideicomiso, habiendo incorporado el contenido de la ley abrogada en el Capítulo IV del Título Segundo.

Cabe indicar que “los primeros fideicomisos en México (al menos los de garantía), fueron celebrados bajo la vigencia de esta Ley”, expuesta en su artículo intitulado “Realidades del Fideicomiso en México.” En el cual indica que el primer fideicomiso inscrito en el Registro Público de la Propiedad, fue celebrado el 8 de Octubre de 1930 y su fin consistía en la venta de inmuebles para cubrir créditos del fiduciario y de otros acreedores.

1.13. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE 1932.

Con fecha 28 de junio de 1932 (Diario Oficial del 29 de junio) aparece esta Ley, la cual en su “exposición de motivos” declaraba que la ley en 1926 había introducido en México, rompiendo la tradición, la institución podía ser de gran utilidad para la

³⁸ Banco Somex, Op. Cit., p. 5.

actividad económica del país y estaba destinada probablemente a un gran desarrollo; pero que desgraciadamente, dicha ley no precisaba el carácter sustantivo de la institución, para lo cual anunciaba la promulgación de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (ordenamiento que vendría a publicarse casi dos meses después).

La nueva Ley sólo autoriza la constitución de fideicomisos cuando el fiduciario fuera una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado, amplía las facultades de las instituciones fiduciarias, establece preceptos normativos, aplicables a la forma de llevar la contabilidad, enumera las causas de renuncia de las fiduciarias y fijaba las responsabilidades en que tales instituciones podían incurrir.

CAPÍTULO II
MARCO CONSTITUCIONAL DEL
FIDEICOMISO

2. MARCO CONSTITUCIONAL DEL FIDEICOMISO.

En nuestro país, durante el transcurso del siglo XX y principios del tercer milenio la norma fundamental ha tenido múltiples modificaciones. Por consiguiente, resulta, indispensable, señalar el marco normativo concerniente a la institución jurídica de fideicomiso.

Por tal motivo, el texto de las disposiciones jurídicas relativas al tópico en común, son abordadas con un carácter enunciativo más no limitativo con la finalidad de desentrañar el fondo de ésta institución.

Así las cosas, podemos comenzar con los artículos 25 y 26 de nuestra Constitución Política, que tratan el rubro de la planeación y rectoría económica del país. En este mismo contexto, enunciamos uno de los pilares de lo que hoy se conoce como Derecho Social, consistente en el artículo 27 de nuestra Norma Fundamental que hace referencia de los derechos de propiedad y de los recursos naturales.

Ahora bien, el punto total de nuestro trabajo de investigación, reside esencialmente en el texto del artículo 28 de nuestra Norma Suprema de la Nación, que regula lo concerniente al otorgamiento de privilegios y beneficios a ciertos sectores, como son los creadores e inventores así como lo relativo a la inversión extranjera, además, prohíbe el establecimiento de monopolios.

Ciertamente, la Constitución Política, de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) prevé en el ámbito federal, que el Congreso de la Unión tiene una serie de atribuciones en sus artículos 73 fracciones X, XXIX, numeral 3, XXIX – D.

Finalmente, desde la óptica del artículo 89 en su fracción XV Constitucional, también concede una serie de beneficios a aquellas personas que constituyan fideicomisos. Como, se observa, de este conjunto de disposiciones podemos

argumentar la facultad reglamentaria para la creación de leyes relativas al tópico de la regulación jurídica del fideicomiso en México desde diferentes aristas.

2.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO.

El origen o raíz de una institución jurídica como lo es el denominado Fideicomiso es bastante compleja para desentrañar sus vestigios, es pertinente buscar con precisión y suma claridad la expresión naturaleza jurídica de algo por ello siempre recurrimos a la postura de Pascal Du Pasquier al referirse a la fuente es aquello en donde surge y brota algo es decir, donde nace el conocimiento haciendo referencia a la metáfora como cuando proviene la fuente de un río es algo indescriptible el poder precisar o definir con exacta coherencia la noción de cual es la naturaleza jurídica y por ende también del fideicomiso, el tema muy discutido por los estudiosos de la materia, para describir con perfecta transparencia ya que la normatividad existente es confusa y ambigua en su Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que lo regulan, no son claros para desentrañar la naturaleza jurídica de la figura, así hay quienes los consideran como un acto unilateral, como negocio jurídico, como mandato, como negocio fiduciario y como un contrato.

Por tal razón, antes de entrar al estudio, de las diversas teorías, respecto, de la naturaleza jurídica del fideicomiso, es necesario diferenciar dos conceptos básicos que debemos tener presentes y son: hecho y acto jurídico.

La idea del “hecho” es todo acontecimiento que sucede en torno a nuestra vida, pero existen “hechos” que producen consecuencias jurídicas, esos “hechos” se llaman “hechos jurídicos” (en sentido amplio), los cuales se dividen en dos:

a) Hecho jurídico (en sentido estricto): Es aquél acontecimiento natural o humano que produce consecuencias de derecho. Aquí las consecuencias no se buscan, simplemente se dan, no existe la voluntad del hombre, por ejemplo, nacer.

b) Acto jurídico: Es la manifestación unilateral de la voluntad que produce consecuencias de derecho. Aquí las consecuencias jurídicas se buscan, la voluntad del hombre se dirige expresamente a producir los efectos previstos en la norma jurídica, por ejemplo, un contrato.

La postura sobre la Teoría del Acto Jurídico desde la perspectiva del maestro Jullianne Bonnecase al considerar: “El acto jurídico es una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuya función directa es engendrar, fundándose en una regla de derecho, en contra o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente, o al contrario, de efecto limitado que conduce a la formación, a la modificación o a la extinción de una relación de derecho.”³⁹

A continuación, analizaremos, algunas, de las distintas teorías que hablan de la naturaleza jurídica del denominado fideicomiso, para posteriormente llegar a una conclusión propia. La visión panorámica de este tipo de posturas todas tienen su validez y respaldo en el momento histórico en que fueron emitidas en los diferentes países del mundo y como han influido en nuestro país algunas de ellas, debido a ello hacemos un breve bosquejo general de la institución jurídica del fideicomiso en México.

2.2. COMO ACTO UNILATERAL.

Para describir la teoría del Fideicomiso, con carácter de Acto Unilateral, en el transcurso de pleno siglo XX. En México, toma auge en el sector comercial y mercantil la postura del Dr. Raúl Cervantes Ahumada quien señala que: “El acto constitutivo del fideicomiso es siempre una declaración unilateral de voluntad.

³⁹Bonnecase Julián, citado por Ignacio Galindo Garfias en “Derecho Civil”, 16° Ed. Edit. Porrúa. México. 1999. p. 213.

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.” El autor de referencia sostiene lo anterior en virtud de que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece lo siguiente: “Artículo 382.- Pueden ser fideicomisarios las personas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica. El fideicomisario podrá ser designado por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en un acto posterior....”

Como se desprende del texto del Artículo de referencia, Raúl Cervantes Ahumada, asevera, que el “fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o bien por la vía del llamado testamento. La integración del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de la propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.”⁴⁰

Ahora bien, las distintas conjeturas e ideas sobre la temática del Acto Unilateral que comprende actualmente el fideicomiso, en la esfera del conocimiento es menester señalar que existen dos vertientes en la doctrina sustentadas por Miguel Acosta Romero, respecto, de la Declaración Unilateral de la Voluntad como fuente de las obligaciones: La primera, que considera a la voluntad unilateral como fuente general de las obligaciones; La Segunda, que considera que la voluntad unilateral sólo puede ser fuente excepcional de las obligaciones, en los casos en que específicamente lo reconoce la ley.

⁴⁰ Cervantes Ahumada Raúl. “Títulos y Operaciones de Crédito” México. 4° Ed. Edit. Herrero, 1999. p 289.

Sobre este mismo tenor, el Código Civil para el Distrito Federal, en nuestro país, así como paralelamente en otros países los actuales Códigos Civiles de Alemania, Italia y Suiza, recogen la Declaración Unilateral de Voluntad (DUV) como obligatoria sólo en los casos que la ley así lo considera.⁴¹

Por otra parte, coincidimos, con la postura del autor Manuel Borja Soriano, cuando sostiene que en nuestro Código Civil vigente, no existe un precepto general que reconozca que siempre que una persona declare que quiere obligarse dará nacimiento a una obligación; de manera que la voluntad unilateral en nuestro derecho, no es fuente general de obligaciones.⁴² Actualmente, el Código Civil Federal en sus artículos 1860 a 1881, regula como declaraciones unilaterales de voluntad, productos de obligaciones, las siguientes:

a).- Ofertas de venta, el hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio.

b).- Promesa de Recompensa, el compromiso mediante anuncios u ofrecimientos hechos al público de realizar alguna prestación a favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio.

c).- Concurso con Promesa de Recompensa, que es la apertura de un concurso en que haya promesa de recompensa para quienes llenaren ciertas condiciones, con fijación del plazo.

d).- La estipulación contractual a favor de un tercero, la cual hace adquirir al tercero también al estipulante, el derecho de exigir del promitente la prestación a que se ha obligado.

⁴¹ Acosta Romero. Miguel. "Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México" México. 12° Ed. Edit. Banamex. 2006. p.142.

⁴² Borja Soriano. Manuel. "Teoría General de las Obligaciones", México, 14° Ed. Edit. Porrúa. México. 2001 pp. 299 - 300.

En el imperante sistema jurídico mexicano, reconoce expresamente y señala cuales son los efectos de la figura de la declaración unilateral de voluntad tácita. Ahora bien, por lo que toca a la cuestión de si el fideicomiso puede constituirse por un acto unilateral de voluntad, es necesario señalar que en ninguno de los artículos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que regulan al fideicomiso, se utilizan las palabras “manifestación unilateral de voluntad del fideicomitente” a la que el sistema legal le reconozca el efecto de constituir el fideicomiso.⁴³

De ahí que no concordamos, con la aseveración del autor Raúl Cervantes Ahumada, por todo lo anteriormente expuesto y porque consideramos que si una persona (fideicomitente) pretende afectar en fideicomiso, parte de su patrimonio a favor de otra persona, y a su muerte el fiduciario designado o cualquier otro, no manifiestan su voluntad en sentido de aceptación del compromiso. Luego entonces, el fideicomisario nunca lo sería y no recibirá nada, cuando menos no por la vía fiduciaria; la intención original del fideicomitente quedaría reducida a simple intención impracticable y, entonces, para instrumentar la voluntad del “de cuius” o los derechos del heredero, deberían llevarse a la vía sucesoria civil.⁴⁴

La simple manifestación unilateral de voluntad no transmite los bienes o derechos, pues para que esta transmisión se realice, es necesaria la aceptación de aquella persona que va a recibir tales bienes, en consecuencia, la afirmación de que la simple manifestación unilateral de voluntad constituye y perfecciona el fideicomiso, resulta totalmente ilógica, pues mientras no haya aceptación de la fiduciaria, no habrá transmisión de bienes y no habrá perfeccionamiento del contrato.

2.3. COMO NEGOCIO JURÍDICO.

La vertiente que tiene mayor auge en relación a esta postura proviene de Francia es en la doctrina francesa sustentada principalmente por los autores Colín y

⁴³ Acosta Romero. M. Op. Cit. p. 123.

⁴⁴ Dávalos Mejía. Op. Cit. p.36.

Capitant donde indican que los hechos jurídicos en sentido estricto, son aquellos acontecimientos o sucesos que entrañan el nacimiento, transmisión o extinción de derechos y obligaciones, sin implicar la intervención de una voluntad intencional. En su ponencia se dividen en:

1. Hechos independientes de la voluntad del hombre (nacimiento, muerte, minoría de edad.
2. En hechos que aunque resultan de la voluntad del hombre, no es esto lo que hace producir las consecuencias jurídicas (delitos).⁴⁵

Los actos jurídicos son aquellos que voluntariamente realiza el hombre con la intención de engendrar, modificar y extinguir derechos y obligaciones (contratos, convenios).

De ahí que el país Galo, se refiera primordialmente a la institución del Fideicomiso con el carácter de Negocio Jurídico.

El andamiaje de información contenida sobre el Trust evidentemente dimana de la legislación anglosajona, empero, es en Francia donde se adapta a las diferentes corrientes romanistas del derecho entre ellas la del Fideicomiso con el carácter de Negocio Jurídico.

En contraste, en la academia o sistema italiano propiamente se refieren a los hechos jurídicos, en sentido estricto, a los de la naturaleza, dividiéndolos simplemente en hechos voluntarios o de voluntad. Por tal razón, en los primeros lo que el ordenamiento jurídico toma en cuenta es la actividad que se desarrolla (abandono de una cosa) más que la voluntad.

⁴⁵ Colín Ambrosio y Capitant, Henri, "Curso Elemental de Derecho Civil", trad. De Demófilo de Buen. Madrid. España. 9° Ed. Edit. Reus, 1997. p.123.

En cambio, en los segundos, son aquellos, que consisten en la voluntad que se toma en consideración por el derecho (delito intencional). En la doctrina italiana los negocios jurídicos entrañan la voluntad del hombre en forma consciente y libre encaminada a crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

El punto de partida en México, acerca de la posición que guarda la figura del Fideicomiso como Negocio jurídico, es implementado desde la arista que distingue la doctrina de las tres especies de actos jurídicos, representada principalmente por Miguel Villoro Toranzo, que indica: “En sentido amplio existen tres especies de actos jurídicos, que son: los delitos, los actos jurídicos en sentido propio y los negocios jurídicos. La primera especie está constituida por los delitos que son verdaderos actos jurídicos. La distinción entre las dos otras especies se debe a la doctrina jurídica alemana, la cual diferencia los actos propiamente dichos de los negocios jurídicos. Unos y otros nacen de la intención libre y consciente del hombre; ambos producen de hecho consecuencias jurídicas que se imputan a sus autores; pero sólo en los negocios jurídicos se encuentra a voluntad deliberada de crear consecuencias jurídicas que obliguen a sus autores.”⁴⁶

Al abordar esta temática del Fideicomiso como Negocio Jurídico, Jorge Alfredo Martínez Domínguez, sostiene 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, éste 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.

Además, los fines que se proponen mediante la celebración del fideicomiso son tan variados que pueden ir desde la 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, por lo que concluye

⁴⁶ Villoro Toranzo Miguel, “Introducción al Estudio del Derecho”, 8ª Ed. Edit. Porrúa México 1996. p. 362.

diciendo: “En fin, todas las consideraciones anteriores sólo permiten afirmar que el fideicomiso debe considerarse como una especie de los negocios jurídicos, en oposición a los actos estricto sensu”.

Este autor, circunscribe la mecánica del fideicomiso en dos tipos legales fundamentales que se identifican fácilmente – según el - en dos momentos:

1. En su constitución, el fideicomiso implica un negocio unilateral, es decir, considera que se trata de una declaración unilateral de voluntad.
2. En su ejecución, implica un acto de naturaleza contractual, es decir, un contrato.”⁴⁷ La idea Martínez Domínguez, cobró bastante énfasis en determinado momento en el país donde el fideicomiso constituye realmente un negocio jurídico.

Por nuestra parte, diferimos, de este autor, en virtud, de que consideramos, que los dos momentos diferentes del perfeccionamiento del fideicomiso a que se refiere no son sucesos consecutivos, sino que el componente de uno solo que es el fideicomiso, es decir, no son distinguibles, en el tiempo, pues, coinciden y son indispensables para constituir al fideicomiso. Asimismo, en un fideicomiso no solamente existe la voluntad individual del fideicomitente para afectar parte de un patrimonio a la consecución de un fin, sino que es indispensable el acuerdo de la persona que institucionalmente debe cumplir el fin, pues si cualquiera de estas dos partes se manifiesta y la otra no, por consiguiente, resulta evidente de que no puede existir fideicomiso, es decir, no podemos sostener que el fideicomiso, queda ineficaz porque no sucedió la segunda etapa, sino que nunca se constituyó éste, ya que un fideicomiso es perfecto cuando las dos voluntades se manifiestan conjuntamente.

⁴⁷ Martínez Domínguez. Jorge. A., “El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico” 9° Ed. Edit. Porrúa. México. 1994. pp.189 -190.

2.4. COMO MANDATO.

Con referencia a la institución jurídica del Fideicomiso, con la representación de Mandato, proviene a la expresión anglosajona (trust), se trata de adecuar al sistema mexicano en forma literal considerándolos como una especie de mandato irrevocable, en virtud del cual se transmitían ciertos bienes a una persona llamada fiduciario, quien haría con ellos lo que le ordenase otro sujeto llamado fideicomitente, siempre en beneficio de otro más denominado fideicomisario. De aquí se desprenden los siguientes elementos:

- a) La esencia del fideicomiso es la de un mandato irrevocable donde existe una transmisión de bienes necesariamente.
- b) El objeto es todo bien mueble, inmueble, corpóreo, incorpóreo, presente o futuro. Incluso, El fin, está representado por el contenido de la obligación del fiduciario, es decir, destinar los bienes a la finalidad dispuesta por el fideicomitente y nada más.
- c) El sujeto del fideicomiso es, el fideicomisario, pues en beneficio de éste fue la constitución de aquél, por lo tanto se puede decir que el fideicomitente es la fuente y el fiduciario el instrumento. Señala que es necesario el fideicomisario para la constitución del fideicomiso.⁴⁸

Cabe advertir, que la función del fideicomiso, “consiste en desempeñar un encargo del fideicomitente, y si de acuerdo a jurisprudencias el contrato de mandato es aquel por medio del cual una persona se obliga a prestar algunos servicios o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra, hay que finiquitar rectamente que el fideicomiso es una sustancia, un mandato, en el cual “el fiduciario es el mandatario y el fideicomitente es el mandante.”⁴⁹

⁴⁸ Dávalos Mejía Carlos, Op. Cit. pp. 48 – 49.

⁴⁹ Martínez Domínguez Jorge A. Op. Cit. p. 78.

Esta posición doctrinal influenció la legislación mexicana de la segunda década del siglo, al grado de que Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, en su artículo sexto le daba al fideicomiso el carácter de mandato irrevocable.

No estamos de acuerdo con esta posición en virtud de que:

1.- A pesar de que en el mandato como en el fideicomiso alguien acepta comprometerse a hacer algo que otro le recomendó, en el mandato no hay transmisión de bienes, y en el fideicomiso sí.

El artículo 2546 del Código Civil Federal, establece que: “El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga.” Como se observa, este artículo en ningún momento establece una transmisión de bienes, con o cual se anula la posibilidad de ver en el fideicomiso un mandato, pues como más adelante veremos, en el fideicomiso dicha transmisión si existe.

2.- En el mandato, el mandante no pierde en ningún caso la legitimación o la posibilidad jurídica, de realizar él mismo los actos jurídicos, que ha encomendado al mandatario, en cambio, los actos jurídicos, que el fiduciario debe realizar en ejecución del fideicomiso y por encargo del fideicomitente, sólo el propio fiduciario y no el fideicomitente está legitimado para llevarlos a cabo por virtud del mismo fideicomiso.”⁵⁰

3.- En el mandato, el mandatario obra siempre por cuenta del mandante y su actuación es en nombre de éste cuando se trata del mandato representativo, o en nombre propio cuando se trata del mandato sin representación, pero en este último caso los efectos jurídicos del acto realizado por el mandatario se producen directamente en el patrimonio del propio mandatario, el **artículo 2561** del Código Civil para el Distrito Federal, señala lo siguiente:

⁵⁰ Sánchez Medal Ramón, “De los Contratos Civiles”, 8° Ed. Edit. Porrúa. México.1997 pp. 576 - 577.

“Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante.

En este caso, el mandatario es el obligado directamente a favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuere personal suyo.

Por el contrario, la actuación del fiduciario, nunca es en representación o en nombre del fideicomitente, ni siquiera por cuenta de éste, puesto que la actuación del fiduciario siempre es en nombre propio y por cuenta propia, y sin embargo, a pesar de ello, los efectos jurídicos del acto realizado por el fiduciario no se producen en su propio patrimonio, sino que por virtud del fideicomiso, todos esos efectos se producen sólo sobre los bienes objeto del fideicomiso, con la única salvedad de las responsabilidades en que pueda incurrir el fiduciario, por su culpa o por su dolo, cuando en su actuación se aparta del encargo que se le ha confiado en el fideicomiso.”⁵¹

2.5. COMO NEGOCIO FIDUCIARIO.

En este apartado comprende las distintas posturas que se mencionan los diversos tratadistas que sostienen que el fideicomiso es un negocio fiduciario.

Así las cosas, la doctrina suele definir el negocio fiduciario, como el acuerdo de voluntades cuya finalidad, es la transmisión de ciertos bienes o derechos de un otorgante a otro, con la obligación adquirida por esta última, de destinar el objeto transmitido a una finalidad específica.

A continuación señalaremos una serie de conceptualizaciones acerca de esta teoría del negocio fiduciario del fideicomiso.

⁵¹ Artículo 2561, del Código Civil para el Distrito Federal .

Para comenzar, Salvador Pugliatti el negocio fiduciario es aquel que: “por medio del cual se efectúa una transmisión de propiedad, que no tiene como fin un incremento del patrimonio del adquirente, sino que constituye el presupuesto de un fin práctico determinado, aquel a que los bienes o derechos deben ser destinados.”⁵²

En esta misma línea de ideas, Jorge Barrera Graf, señala, el fideicomiso “es el negocio fiduciario por virtud del cual una persona transmite a otra ciertos bienes o derechos, obligándose éste a afectarlo a la realización de una finalidad, a retransmitirlos a favor del transmitente. Asimismo afirma que el fideicomiso es un negocio jurídico por las siguientes razones:

a) Se trata de un negocio que atribuye a alguien un derecho patrimonial en interés de otro (que puede ser el fideicomitente o el fideicomisario) y a nombre propio, por lo que existe una doble relación: transmisión de bienes o derechos al fiduciario (relación real) y obligación asumida por dicho fiduciario de afectación a una determinada finalidad dichos bienes o derechos (relación personal).

b) El fiduciario en mayor o menor medida tiene la potestad de abuso, sin que corresponda al fiduciante o al beneficiario (que en nuestra terminología) se llaman fideicomitente y fideicomisario acción real de reivindicación.

c) La consecuencia inmediata, deriva del fideicomiso, del trust anglosajón, puede aceptarse que ésta ya sea en su origen meramente, a través de use, e incluso, en la actualidad, corresponde al concepto del negocio fiduciario en los sistemas romanistas.

d) Las objeciones de algunos autores de considerar, el fideicomiso como negocio fiduciario, son insostenibles, como hemos demostrado antes: se pretende

⁵² Pugliatti Salvador. “Introducción al Estudio de Derecho Civil”, Trad. Esp México 14° Ed. Edit. Porrúa. México. 1993. p. 269.

que no haya impedimento para la adopción de los negocios fiduciarios en México, y por otra parte, que el fideicomiso es precisamente un tipo de negocio fiduciario.

e) De no aceptarse la explicación del negocio fiduciario, tendríamos, que admitir que el fideicomiso, es un negocio sui generis, lo cual no es decir nada, o que el planteamiento de ese tipo de especial relación, no admitida en nuestro sistema y si en el anglosajón, en cuya virtud se opera un desdoblamiento de la propiedad, o sea, un tipo de propiedad especial que correspondería tanto al fiduciario como el fideicomitente o al fideicomisario; ahora bien, creemos, que tal concepto es totalmente contrario a nuestros principios y está reñido con el carácter absoluto en cuanto unitario del concepto romano de propiedad.

f) El fideicomiso en un negocio fiduciario y lo es tanto, en el testamento, como el contractual, tanto el fideicomiso estrictamente bilateral (en el que no hay fideicomisario, o en el que el fideicomisario es el propio fideicomitente), como aquel en que hay una estipulación a favor de un tercero, o sea, el fideicomiso en que no coincidan fiduciante y beneficiario, ya sea que dicho tercero esté constituido por una persona cierta y determinada, o bien, por el público. En todas estas formas de fideicomiso, se dan la translación de la propiedad y la afectación, es decir, la doble relación; en todas interviene necesariamente el fiduciante, y el fiduciario.

g) Por último, en toda forma de fideicomiso se constituye un patrimonio de afectación, destinado exclusivamente al cumplimiento de la finalidad pactada, la cual se impone como obligación y como limitación al fiduciario, dueño de dicho patrimonio.”⁵³

De igual manera, para el autor De Sousa Lima, el fideicomiso es propiamente un negocio fiduciario, ya que lo define como: “aquel en el que se transmite una cosa o

⁵³ Barrera Graf Jorge, “Estudios de Derecho Mercantil” 9º Ed. Edit. Porrúa. México 1998. pp.317 - 319

derecho de otro, para determinado fin, asumiendo el adquirente la obligación de destinarlos según aquel fin y satisfecho éste, de devolverlos al transmitente.”⁵⁴

En cambio el autor, Alberto Trabuchi, afirma que: “Cuando la declaración de voluntad externa, opera la transferencia de la titularidad del derecho, cuyo ejercicio tiene limitado por una declaración interna con lo que el causahabiente se obliga a ejercitar el derecho de una manera determinada y no diferente, nos hallamos ante la figura tradicional del negocio fiduciario.”⁵⁵

En este mismo orden de ideas, Octavio Hernández García, estima que el “Negocio fiduciario es un negocio indirecto no tipificado por el derecho integrado por un negocio jurídico manifiesto válido ante terceros, y otro negocio jurídico oculto, que responde a la verdadera finalidad perseguida por las partes, válido solo entre ellas, negocios jurídicos cuyos efectos coinciden”, para después concluir que es secreto, que persigue un fin ilícito y oculto, que no se halla reglamentado por el derecho.”⁵⁶

Una crítica a esta postura es que no podemos considerar que el fideicomiso no esté tipificado por el derecho, ya que en México es un acto jurídico definido por las leyes mexicanas, y no es concebible pensar que persiga un fin lícito y oculto puesto que las mismas leyes obligan al fideicomitente a destinar ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización del mismo a una institución fiduciaria, con los efectos, modalidades y consecuencias que el régimen jurídico establece.

Como, se observa, de las definiciones anteriores, en la doctrina extranjera y en la mexicana influenciada por corrientes extranjeras, sobre todo aquellos países en

⁵⁴ Martínez Domínguez Jorge Alfredo, Op. Cit., 73, citando a Sousa Lima, “Negocio Fiduciario”, Sao Paulo, 12° Ed. 1992.

⁵⁵ Trabucchi Alberto, “Instituciones de Derecho Civil”, trad. España Madrid, 17° Ed. Revista de Derecho Privado. 1997. T1, p.266.

⁵⁶ Hernández Octavio, “Derecho Bancario Mexicano Instituciones de Crédito”, México, 9° Ed. Edit. Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas. México 2005. p. 139.

los cuales no se ha introducido todavía el “trust” anglosajón, ni el fideicomiso o una figura equivalente , se ha desarrollado toda una corriente para definir lo que llaman negocio fiduciario.

El cual consiste en aquél acto celebrado por particulares no previsto expresamente por la ley (con la intención aparente de celebrar un acto diferente de la finalidad querida por las partes), y consiste en que una de las partes entrega bienes a otra, para que ésta última cumpla con ellos una finalidad, la cual sólo será efectiva si aquél que recibe los bienes, obra de estricta buena fe y cumple moral y jurídicamente su obligación.⁵⁷

Por su parte, Juan Jordano Barea, define al fideicomiso como: “El negocio fiduciario consiste en la transmisión de una cosa para un fin de administración o garantía que no exige esa transmisión.”⁵⁸ De igual manera, Jorge Serrano Traviña, señala: “El negocio fiduciario es un contrato por el cual un derecho invierte el modo de su ejercicio, que se transforma de potestativo en obligatorio, en virtud de un deber jurídico impuesto a su titular.”⁵⁹ Ambos, autores, respectivamente, estiman que la acepción fideicomiso reúne todas las características de un negocio fiduciario consiste en la entrega de una cosa para un fin de administración o garantía que no exige esa transferencia.”

No coincidimos con los autores antes mencionados, ya que como se mencionó sus posturas se encuentran influencias por corrientes extranjeras que no tienen cabida de acuerdo a nuestra legislación, ya que existe una gran diferencia entre el “Negocio Fiduciario” y el “Fideicomiso”, las cuales se enuncian a continuación:

1.- El negocio fiduciario es atípico, mientras que el fideicomiso es típico.

⁵⁷ Ibídem. pp.191- 192

⁵⁸ Jordano Barea Juan B., “El Negocio Fiduciario” 12° Ed. Edit. Bosch, Barcelona. España.2003. p.12.

⁵⁹ Serrano Traviña Jorge, “Aportación del Fideicomiso”, IJ – UNAM. México.1996. p. 64.

2.- El negocio fiduciario necesariamente está constituido por dos o más negocios, mientras que el fideicomiso sólo por un negocio.

3.- El fideicomiso no derivan de relaciones internas y secretas, ni mucho menos o ilícitas, sino que derivan de un acto constitutivo o de la ley, mientras que el negocio fiduciario puede ser un acto de simulación por lo tanto ilegal.

4.- El negocio fiduciario es secreto, mientras que el fideicomiso en bienes inmuebles es público.

5.- En cuanto al fin, el negocio fiduciario tiene un fin ilícito ya que busca una simulación, mientras que el fideicomiso tiene un fin lícito.

6.- En el negocio fiduciario, puede ser parte cualquier persona contrariamente a lo acontecido en el fideicomiso, donde el fiduciario necesariamente debe ser una institución expresamente autorizada para ello conforme a la ley, como lo establece el artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

7.- En el fideicomiso se pueden, en ocasiones, ejercer acciones reales contra terceros, lo que no puede hacerse en un negocio fiduciario.

8.- El fideicomiso puede ser entre vivos o bien mortis causa, mientras que el negocio fiduciario necesariamente es entre vivos.

9.- En el fideicomiso se afectan bienes, mientras que en el negocio fiduciario no.

10.- En el negocio fiduciario es fundamental la transferencia de dominio o titularidad, mientras que en el fideicomiso no.

11.- La traslación en el fideicomiso no convierte en dueña a la fiduciaria y en el negocio fiduciario sí.

Como corolario, el fideicomiso es una figura típica, lícita y legal en el derecho Mexicano, por lo tanto es totalmente incongruente compararla con actos simulados.⁶⁰ Comparado con figuras que pueden presentarse en otros países en los cuales legalmente no se ha adoptado una institución similar al “trust” anglosajón o nuestro fideicomiso. Aunado a ello, en México, es sancionada la simulación con la nulidad del acto.

2.6. COMO CONTRATO.

El rubro de la institución jurídica de la noción fideicomiso la doctrina nacional suele clasificar entre hecho jurídico en sentido estricto y acto jurídico son simplemente sistematizaciones para fines didácticos, y como tales pueden tener reflejo en el ordenamiento jurídico positivo.

En consecuencia, el autor Ernesto Gutiérrez y González afirma que puede decirse que el Código Civil vigente “no reglamenta los hechos jurídicos lato sensu, ni tampoco los actos jurídicos en general, sino en forma específica el acto jurídico llamado contrato, en forma incidental reglamenta algún hecho jurídico en sentido estricto como lo es la gestión de negocios.”⁶¹

Acorde con esta postura, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en su Diccionario Jurídico define al fideicomiso, como un contrato, señalando que el fideicomiso es: “Un contrato mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes a una institución fiduciaria, para que con ellos realice un fin lícito, que la propia persona señala en el contrato respectivo.”⁶²

⁶⁰ Acto simulado: Acto por virtud del cual dos o mas o partes se ponen de acuerdo para manifestar una voluntad que no coincide con su voluntad interna con el objeto de causarle perjuicio a un tercero.

⁶¹ Gutiérrez y González Ernesto “Derechos de las Obligaciones” 18° Ed. Edit. Porrúa. México 1994. p.24.

⁶² “Diccionario Jurídico Mexicano de la UNAM “, México, Ed. Porrúa, 1998, p.1441.

Nuestra postura establece que en nuestro país, la naturaleza jurídica del fideicomiso es la de un contrato, y como contrato que es, encuadra como un acto jurídico, debido a que es una manifestación de voluntad que produce consecuencias de derecho, según lo establece el Código Civil Federal en los siguientes artículos:

“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 nombre de contratos”.⁶³

Para considerar, a tesis del fideicomiso como contrato, podemos decir que en México, esta institución jurídica, consiste realmente en ser una relación jurídica entre dos o más personas, pues siempre debe haber un fideicomitente (el que transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes) y una institución fiduciaria (la que realizará un fin lícito determinado con esos bienes). Esta situación trae la existencia de una relación jurídica, crea y transmite derechos y obligaciones entre las partes, por lo tanto, tiene todas las características atribuidas por el Código Civil al contrato. Es conveniente también mencionar que el ilustre Pablo Macedo Parra, autor de la redacción de los preceptos relativos al fideicomiso de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 (Vigente actualmente), consideró que la naturaleza jurídica del fideicomiso era un contrato, ya que en uno de sus estudios, el denominado “El Fideicomiso Mexicano”, estableció que el fideicomiso se configura como un contrato que requiere la voluntad de ambas partes.⁶⁴

Ya para finalizar este punto es conveniente señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha sostenido una postura jurisprudencial constante que refiere al fideicomiso como un contrato.

⁶³ Artículos 172 y 173 del Código de Comercio del Distrito Federal.

⁶⁴ Macedo Parra. Pablo. citado por Acosta Romero. Op. Cit. p.254.

2.7. NOCIONES GENERALES CON RELACIÓN AL FIDEICOMISO.

El contrato de fideicomiso es bastante amplio y de gran flexibilidad, por lo que puede abarcar muchas posibilidades y utilizarse para diversos objetivos, estando limitado a que el fin del mismo sea lícito y determinado, encomendándose su realización a una institución fiduciaria. Por lícito se debe entender todo aquello que éste apegado a las leyes de orden público y a las buenas costumbres, y por determinado, aquello que se indica con precisión.

El fideicomiso, es una figura jurídica, que ha sido utilizada constantemente para desarrollar actividades en función de los requerimientos de diversos participantes en el mismo. La fracción XV del artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito establece las actividades que las instituciones de crédito se encuentran facultadas a llevar a cabo, entre las cuales se encuentran comprendidas la celebración de contratos de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Para su mayor comprensión, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito , establece en su Artículo 381 lo siguiente: “... 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”.

En adición a lo establecido en el párrafo que antecede, el artículo 385, establece que sólo pueden ser instituciones fiduciarias las expresamente autorizadas para ello conforme a la ley, pudiendo intervenir varias instituciones fiduciarias para que de forma conjunta o sucesivamente desempeñen el cargo de fiduciario, debiendo establecerse siempre el orden y las condiciones en que hayan de substituirse las mismas; dentro del mismo artículo, también se menciona que salvo lo que se prevea dentro del contrato de fideicomiso, cuando por renuncia o remoción la

institución fiduciaria concluya el desempeño de su cargo, deberá designarse otra institución fiduciaria que la substituya, y que si no fuere posible esta substitución, el fideicomiso se extinguirá.

Pueden ser fideicomisarios las personas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica, como lo establece el artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pudiendo ser designado el mismo por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en un acto posterior; para tales efectos, que el fideicomiso, será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado.

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

La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitados, y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso que surgiere un conflicto de intereses entre las mismas.

Sobre el panorama que actualmente guarda la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es en el artículo 383, dentro del que se establece que el fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 394, que a la letra dice: "...II.- Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente; y...".

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.

Sólo pueden ser fideicomitentes las personas con capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso, según sea el caso, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes para ello, según dispone el artículo 384 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En materia de elegir o escoger a los fideicomisarios Rogelio Martínez Vera estima: “el primer ordenamiento jurídico que el fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso. En tanto que en el segundo numeral de la ley en análisis, señala que sólo pueden ser fideicomitentes, las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para transmitir la propiedad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso, según sea el caso, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes para ello.”⁶⁵

En cuanto hace a la participación de los órganos o instituciones fiduciarias Jorge Méndez Galeana, expresa que en el “fideicomiso podrán intervenir varias instituciones fiduciarias para que conjuntamente o sucesivamente desempeñen el cargo de fiduciario, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse, como lo establece el artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que anteriormente citamos

Por su parte, en su artículo 386, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala que pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y

⁶⁵ Martínez Vera. Rogelio. Legislación en Materia Mercantil Comentada 2º Ed. Edit. Mc Graw Hill México. 2004. p. 114.

derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular.

En virtud de lo anterior, los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros. La institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad.

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

Continúa señalando el citado artículo, que los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan, y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo, o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros. A este respecto. “la institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad.”

De la descripción de los artículos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito antes mencionados, se desprende que el fideicomiso, es una figura jurídica, mediante la cual una persona (fideicomitente) aporta ciertos bienes o derechos a una institución de crédito constituida de conformidad con la Ley de Instituciones de Crédito (institución fiduciaria), con objeto de que ésta realice el fin lícito para el cual fue constituido. Posteriormente, una vez que dicho fin sea

cumplido por la institución fiduciaria, los frutos o provechos del fideicomiso deberán ser asignados a otra persona (fideicomisario), la cual podrá ser el propio fideicomitente o un tercero distinto del mismo.”⁶⁶

En lo relativo a la ordenanza o estatuto del fideicomiso Raymundo Fol Olguín, en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no por ser breve en su texto no significa que no tenga singular importancia y por ende indica Artículo 387.- La constitución del fideicomiso deberá constar siempre por escrito. En esta misma tendencia Eladio Campero Guerrero, el fideicomiso personifica a que deberá contar con un documento constitutivo en el que se manifiesten las partes involucradas (fideicomitente, fiduciario y fideicomisarios), el fin lícito para el cual fue creado, los bienes afectos al mismo, las reservas que en cada caso particular se formulen, así como los términos, facultades, derechos y obligaciones que se producen o transfieren entre cada una de las partes. Son partes en un contrato de fideicomiso, el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario.”⁶⁷

Del mismo modo, el fideicomisario, también contará con los privilegios inherentes a la institución objeto de análisis como se deduce del siguiente texto.

“Artículo 390.- El fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria; el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le corresponda, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de esos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.

⁶⁶ Martínez Vera. Rogelio. Ob. Cit. p. 227.

⁶⁷ Fol Olguín. Raymundo. “Derecho Bancario Mexicano”, Ed. Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, México, 2001. p. 123.

Cuando no exista fideicomisario determinado o cuando éste sea incapaz, los derechos a que se refiere el párrafo anterior, corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público, según el caso”.

El citado ordenamiento, señala que el fideicomisario tendrá además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria, el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.

Ante tal panorama, la propia la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone en el “Artículo 391.- La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo; estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo; no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un Juez de Primera Instancia del lugar de su domicilio, y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa”.

Incluso, prevé que la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto al constituirse el mismo, por lo que estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.

Como se puede observar, en los términos de la ley, la institución fiduciaria está obligada a cumplir con el fin lícito para el cual fue creado el fideicomiso conforme a lo señalado en su documento constitutivo.

Por lo anterior, la razón principal por la que es creado un fideicomiso es para cumplir con un fin determinado. Resultando necesario definir que se debe entender como fin de un fideicomiso.

Sobre este punto, el Diccionario de la Real Academia Española, define el término “fin” como “Objeto o motivo con que se ejecuta una cosa.” Podría sostenerse, que el fin de un fideicomiso, es el objeto o motivo para el que fue creado. Esto es, el fin es la actividad jurídica, que realiza el fiduciario por instrucciones del fideicomitente, a través del ejercicio obligatorio de los derechos que le transmite dicho fideicomitente. Conforme a la doctrina jurídica, el concepto de fideicomiso, las partes que intervienen en el mismo, así como el concepto del fin para el que fue creado, a continuación analizamos la naturaleza fiscal de los fideicomisos, así como los efectos para las partes.

Como, resultado, de la descripción de la citada institución, Víctor M. Castrillon y Luna asevera que “el fideicomiso, desde el surgimiento de la Fiducia – Fideicomissum, atravesando el Use, posteriormente el Trustee y Settlor hasta llegar finalmente al Trust anglosajón y su influencia en América Latina con la nomenclatura de Fideicomiso. Va desde su raíz, nace crece y desarrolla, concluye y se termina por algunas causas que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, enumera en su Artículo 392, encontrándose entre otras causas de extinción, las siguientes:

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

II.- Por hacerse éste imposible;

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

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

V. Por convenio escrito entre fideicomitente, fiduciario y fideicomisario;

VI. Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso;

VII. En el caso del párrafo final del artículo 386, y

VIII. En el caso del artículo 392 Bis.

Para mejor comprensión de este último numeral y con el propósito de conocer el texto vigente se enuncia el siguiente apartado. “Artículo 392 Bis.- En el supuesto de que a la institución fiduciaria no se le haya cubierto la contraprestación debida, en los términos establecidos en el contrato respectivo, por un periodo igual o superior a tres años, la institución fiduciaria podrá dar por terminado, sin responsabilidad, el fideicomiso...”.

De igual manera, Víctor M. Castrillon y Luna, nuevamente, indica que una vez concluido el fideicomiso se estará a lo previsto por el: “**Artículo 393**, que establece lo siguiente “...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 de 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”.⁶⁸

⁶⁸ Castrillon y Luna Víctor M. Diagnostico de los Contratos Mercantiles y Bancarios 1° Ed. Edit. Porrúa México. 2008 pp.141-143

CAPÍTULO III
MARCO CONCEPTUAL DEL
FIDEICOMISO

3. MARCO CONCEPTUAL DEL FIDEICOMISO.

Para empezar con el marco general de la figura del Fideicomiso, resulta indispensable iniciar con el significado de esta locución así encontramos que la acepción “fideicomiso” deriva del latín “fideicommissum”; de “fides”, fe y “commissus”, confiado, lo cual representa tener fe en alguien para encomendarle la realización de alguna función específica.”⁶⁹

Como se observa, lo que actualmente, se denomina fideicomiso, proviene de la locución Fiducia, por ende y encontramos reminiscencias en el Derecho Romano acorde con Gumesindo Padilla Sahagún, en México no es una institución derivada directamente del derecho romano, sino más bien una transformación del “trust” anglosajón, introducido en México a través de Panamá en 1924.”⁷⁰

Ahora bien, en 1924 en nuestro país, aparece por primera vez el término “fideicomiso”, con la promulgación de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios sin embargo, no se da un concepto de esta figura.

Es a partir, de la promulgación de Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, en su artículo sexto, donde por primera vez se da una definición de fideicomiso, dándole a éste el carácter de un mandato irrevocable.

De ahí que en la academia y en la legislación nacional en materia de derecho mercantil y bancario existen diferentes posturas en relación a la conceptualización del Fideicomiso. A este respecto, Jorge Barrera Graf indica, “el fideicomiso, es negocio fiduciario por virtud del cual una persona transmite a otra ciertos bienes o derechos, obligándose éste a afectarlo a la realización de una finalidad, a retransmitirlos a favor del transmitente.”⁷¹

⁶⁹ «Diccionario Jurídico Mexicano», Ed. Porrúa. México. 2007. Tomo II. p. 1441.

⁷⁰ Padilla Sahagún Gumerindo. Derecho Romano I 2º Ed. Edit. Mc Graw Hill México 2006 pp.104-105.

⁷¹ Barrera Graf Jorge, p. 317, Op.cit.p 49.

Alberto Montoya Ayala se ha pronunciado con relación al Fideicomiso indicando que “es un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud de la cual, otorga bienes y derechos a un propósito determinado, la ejecución de los actos a fin de obtener dicho fin, deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello. Además, es un negocio indirecto no tipificado por el derecho integrado por un negocio jurídico manifiesto válido ante terceros y otro negocio jurídico oculto que responde a la verdadera finalidad perseguida por las partes válido solo entre ellas, negocios jurídicos cuyos efectos coinciden”, para después concluir que es secreto, que persigue un fin ilícito y oculto, que no se halla reglamentado por el derecho.”⁷² De igual manera, para el autor Omar Garibay Pardo, la institución del fideicomiso equivale a un negocio fiduciario, en virtud de que es “aquel en el que se transmite una cosa o derecho de otro, para determinado fin, asumiendo el adquiriente la obligación de destinarlos según aquel fin y satisfecho éste, de devolverlos al transmitente.”⁷³

En contraste Raúl Cervantes Ahumada establece, “El fideicomiso, es el acto constitutivo de una declaración unilateral de voluntad. En virtud, de que 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.”⁷⁴

En cambio, para Dávalos Mejía afirma “Estamos en presencia del Fideicomiso, cuando la declaración de voluntad externa, opera la transmisión de la titularidad del derecho, cuyo ejercicio tiene limitado por una declaración interna con lo que el causahabiente se obliga a ejercitar el derecho de una manera determinada y no diferente.”⁷⁵

⁷² Montoya Ayala. Alberto. “El Fideicomiso en el Derecho Bancario Mexicano y las Instituciones de Crédito”, México, 2º Ed. Edit. Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas. México 2006. p. 126.

⁷³ Garibay Pardo. Omar. “El Negocio Fiduciario en México” 2º Ed. Edit. Jus. México.2007. p 28.

⁷⁴ Cervantes Ahumada Raúl,p.315, Op. Cit.p.37..

⁷⁵ Dávalos Mejía. Op. Cit. p. 42.

En adición, Eduardo Rocha Núñez, señala, que el fideicomiso es “un contrato mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad de determinados bienes o derechos a una institución Fiduciaria para con ellos se realice un fin lícito y determinado, que la propia persona señala en el instrumento legal respectivo.”⁷⁶

Acabaremos manifestando que lo mencionado por los autores citados son acordes con lo previsto por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 381 al que ya hemos hecho referencia.

En suma, por nuestra parte, entendemos por Fideicomiso: “El contrato en virtud del cual una persona denominada fideicomitente, entrega en propiedad bienes o transmite derechos a otra que se denominará fiduciaria, para que ésta los administre y realice con ellos el cumplimiento de finalidades lícitas, determinadas y posibles, una vez que éstos sean cumplidos, destine los bienes, derechos y provechos aportados y los que se hayan generado a favor de otra persona que se denomina fideicomisario, que puede ser el propio fideicomitente”.

3.1. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL FIDEICOMISO.

Como se desprende del capítulo anterior, el fideicomiso es un contrato por el cual una persona (física o moral) transfiere la propiedad de determinados bienes o derechos a una Institución Fiduciaria, para que ésta realice con ellos un fin lícito y determinado que la propia persona señala en el instrumento legal respectivo.

Teniendo como contrato al fideicomiso, es necesario distinguir los elementos personales que intervienen en él, siendo estos los siguientes:

I. Fideicomitente.

⁷⁶ Rocha Núñez Eduardo. “Banca Fiduciaria” Edit. HSBC. México, 2007. p. 43.

- II. Fiduciario.
- III. Fideicomisario.

3.1.1. EL FIDEICOMITENTE.

El fideicomitente, es aquella persona física o moral que mediante una manifestación expresa de su voluntad, y habida cuenta de la capacidad legal necesaria para ello, destina ciertos bienes o derechos, transmitiendo la titularidad al fiduciario para constituir el fideicomiso, a fin de que con ellos se realicen los fines para los que este se constituye.

Sobre este panorama, el artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que: “Solo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guardia, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que estas designen.”⁷⁷

Ahora bien, analizando el artículo anterior, Rogelio Martínez Vera, señala que “fideicomitentes pueden ser:

A. Personas Físicas: La persona física no es otra cosa que el hombre individualmente considerado, también llamado persona jurídica individual.

B. Personas Morales: La persona moral es toda unidad orgánica, representante de una colectividad organizada de personas o de un conjunto de bienes, a la que el conseguimiento (consecución) de un fin social durable y permanente, se reconoce por el Estado capacidad de derechos patrimoniales, también llamado persona jurídica colectiva.

⁷⁷ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En cambio a nivel local el ordenamiento jurídico, en su Artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal determina quienes son personas morales.

“Artículo 25.- Son personas morales:

I.- La Nación, los Estados y los Municipios;

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

III.- Las sociedades civiles y 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 enumeradas que se propagan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley.

VII.- Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2738”.

El fideicomitente requiere de capacidad de ejercicio suficiente para celebrar el contrato de fideicomiso, y es requisito indispensable que sea titular de los bienes o derechos sobre los cuales se va a realizar la afectación del fideicomiso, que tenga la facultad de disposición sobre esos bienes, pues sólo así se puede efectuar la transmisión de los mismos al fiduciario quien será el único titular del patrimonio del fideicomiso.”⁷⁸

⁷⁸ Martínez Vera. Rogelio. Op. Cit. pp. 254 - 256.

Al fideicomiso, le es aplicable todo el régimen de los actos de dominio; ello a su vez. Trae aparejado, entre otras situaciones, que por ejemplo, en todo caso de representación legal, tratase de quienes ejercen la patria potestad, o de tutor o curador, requieren de autorización judicial para fideicomitir un bien inmueble propiedad de su representado.

Pueden ser fideicomitentes “las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trata de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen”.

El fideicomitente como parte integrante del contrato de fideicomiso, tiene derechos y obligaciones que cumplir.

Por consiguiente, para desarrollar este punto trascendental para la figura del fideicomiso, nos basaremos en la postura de Omar Garibay Pardo, acerca de cuáles son los principales derechos del fideicomitente entre otros, son los siguientes:

DERECHOS DEL FIDEICOMITENTE.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece como derechos del Fideicomitente los siguientes:

1. Establece dentro del contrato los fines del Fideicomiso, una vez destinados ciertos bienes al contrato, a fines lícitos y determinados;
2. Designa a la institución fiduciaria que se encargará de ejecutar los fines del fideicomiso;

“Es menester señalar que solo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la ley.

En el fideicomiso podrán intervenir varias instituciones fiduciarias...”lo anterior, de conformidad con lo establecido en su artículo 385.

El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el cargo fiduciario, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra que la sustituya. Si no fuere posible esta sustitución, cesará el fideicomiso.

Al respecto, puede afirmarse que en la práctica no es común designar varias instituciones fiduciarias que conjuntamente desempeñen el fideicomiso, pues esto acarrea muchos problemas prácticos de ejecución. La experiencia ha demostrado que solamente se sustituyen cuando alguna causa la fiduciaria no pueda cumplir el fideicomiso, o bien, por acuerdo entre las partes fideicomitentes y fideicomisarias.

3. Designar fideicomisario, o fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, (artículo 382, segundo párrafo) Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, debiendo tener la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

“Artículo 382.- Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica”.

El fideicomitente puede designar como fideicomisarios a personas que estén vivas o concebidas ya, a l suceder su muerte.

Cuando sean dos o más los fideicomisarios y deba consultarse su voluntad, en cuanto no esté previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se

tomarán a mayoría de votos computados por representaciones y no por personas. En caso de empate, decidirá el juez de primera instancia del lugar del domicilio del fiduciario.

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

La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitidos y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales.

En este supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso que sugiere un conflicto de intereses entre las mismas.

Cabe señalar que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito prohíbe en su artículo 394 fracción II los fideicomisos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas que sucesivamente deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente, como lo comentamos en párrafos anteriores.⁷⁹

4.- Reservarse determinados derechos sobre la materia del fideicomiso, como lo establece el artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Para mayor referencia, transcribimos el segundo párrafo del artículo 386, que a la letra dice: "... 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

⁷⁹ Garibay Pardo. Omar. Ob. Cit. pp. 304 - 207.

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

Esta reserva de derechos acorde con Jorge Miniquini Castañeda, “se vuelve de suma importancia en aquellos fideicomisos en los cuales el fideicomisario es persona distinta del fideicomitente, puesto que mediante la reserva que este haga, continúa vinculado con el fideicomiso; ello desde luego en la medida y alcances de los derechos que se reserve, como por ejemplo:

a) Requerir cuentas al fiduciario.

En el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones que de él se hagan, el fideicomitente puede reservarse la facultad de solicitar al fiduciario que rinda cuentas de su gestión. La reserva que haga el fideicomitente para ejercitar ese derecho debe de ser expresa.

b) Supervisar el fideicomiso.

Aunque ninguna Ley mexicana lo concede de manera expresa, el fideicomitente puede ejercitarlo si se reservó el derecho de requerir cuentas al fiduciario, ya que ambos derechos se encuentran íntimamente relacionados. Así quien constituyó el fideicomiso tendrá la posibilidad de observar la buena marcha del mismo y cerciorarse que las instrucciones que él estipuló efectivamente se han cumplido.”

5.- Remover el fiduciario.

El Artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito en su primer párrafo dispone que si el fiduciario al ser requerido para que rinda cuentas de su gestión, no lo hace dentro de un plazo de 15 días hábiles; o si es declarado por sentencia

ejecutoriada culpable de las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes dados en fideicomiso, o responsable de tales pérdidas o menoscabos por negligencia grave, procederá su remoción como fiduciario.

El mismo precepto en su segundo párrafo establece que el fideicomitente puede reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar la acción correspondiente.

6.-Modificar el fideicomiso.

En nuestro derecho, según Alberto Montoya Ayala, no hay ninguna disposición legal en el ámbito mercantil que en forma expresa autorice la posibilidad de modificar el fideicomiso, pero ella podría ser materia de reserva del fideicomitente, nosotros, consideramos que aún en su ausencia, estimamos que el régimen de libertad contractual, por si mismo, permite la modificación o la novación del fideicomiso otorgado por acto entre vivos, si con ello no se infringen su estipulaciones o lesionen los derechos de los beneficiarios.

7.- Revocar el fideicomiso.

La anterior facultad la tiene el Fideicomitente siempre y cuando este se haya reservado expresamente dicho derecho al constituir el fideicomiso con fundamento en lo establecido en el inciso VI del artículo 392 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

8.- Devoluciones de bienes.

Extinguido el fideicomiso, derecho a que se le sean devueltos los bienes o derechos dados en fideicomiso es decir en poder de la institución fiduciaria, serán transmitidos al Fideicomitente, lo anterior, en caso de no haberse pactado lo

contrario, como lo establece el artículo 393 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su primer párrafo.)

9.- Nombrar Comité Técnico.

La creación del comité técnico no es obligatoria, por lo que al considerar el fideicomiso como un contrato, el establecimiento de dicho órgano, es una cuestión que debe de quedar a la expresión de la voluntad de las partes contratantes, y en este caso, el fiduciario debe de expresar su voluntad de aceptar la constitución del comité técnico y sus facultades, dicho fiduciario, puede introducir todas aquellas normas y principios que estime pertinentes, precisamente en función de que busca que su responsabilidad esté siempre bien resguardada y no dejar a las decisiones de este comité muchos aspectos que son fundamentales. Ahora bien, no en todos los fideicomisos existe un comité técnico, sólo en aquellos cuyo manejo y patrimonio lo haga necesario.

Para Luis Antonio Fridmann Zarate, el abordar las “facultades del fideicomitente refleja la posición del sector financiero, al señalar entre otros cuales son estos:

OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE

- 1.- La principal obligación del fideicomitente consiste en transmitir la titularidad al fiduciario los bienes y derechos materia del fideicomiso.
- 2.- Pagar los gastos que origine la constitución y el manejo del fideicomiso, así como los honorarios fiduciarios.
- 3.- Toda vez que el fideicomiso implica un acto traslativo de dominio, el fideicomitente estará obligado al saneamiento para el caso de evicción.”⁸⁰

⁸⁰ Fridmann Zarate Luis. A. “La Institución Fiduciaria y Práctica Bancaria en México” 2° Ed. Edit. Fomento Cultural de la Organización HSBC. México. 2008. pp. 229.

A este respecto, los artículos 2119 y 2120 del Código Civil del Distrito Federal establecen que: “Artículo 2119.- Habrá 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 a la adquisición” y “Artículo 2120.- Todo el que enajena está obligado a responder de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato”.

3.1.2. EL FIDUCIARIO.

Es la institución que tiene la titularidad de los bienes o derechos fideicomitidos que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso, y que requiere de autorización del Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) para actuar como tal.

La fracción XV del artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito dispone que entidades podrán realizar las operaciones del fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Nuestra Ley reconoce dos tipos de instituciones de crédito, la banca de desarrollo y la banca múltiple, por lo que sólo pueden ser fiduciarias:

A. La banca de desarrollo, que mercantilmente funciona en sociedades nacionales de crédito.

B. La banca múltiple, que mercantilmente funciona como sociedad anónima con autorización federal.

La designación del fiduciario corresponde al fideicomitente y debe hacerse constar el acto de constitución del fideicomiso. En esta misma tesitura, según lo dispuesto por el artículo 382 de La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que, conjunta o

sucesivamente, desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse.”⁸¹

Por otra parte, en lo relativo, al artículo 34, fracción IV de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, permite que a las aseguradoras “actuar como instituciones fiduciarias en el caso de los fideicomisos de administración en que se afecten recursos relacionados con el pago de primas por los contratos que se celebren”; y por su parte, el artículo 16, fracción XV de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, permite a estas actuar como instituciones fiduciarias sólo en el caso de fideicomisos de garantía relacionados con las pólizas de fianza que expidan.”En algunos países, el fideicomiso, no es institucionalmente bancario, pues permiten a los particulares actuar como fiduciarios, por lo general toman ese papel las sociedades como las Trust Company en los Estados Unidos de América.

Según el artículo 46, (fracción XV) y el primer párrafo del artículo 80, ambos de la Ley de Instituciones de Crédito, la actuación de las instituciones fiduciarias es mediante la intervención de sus funcionarios denominados delegados fiduciarios, que son a quienes corresponde llevar a cabo los actos por los cuales la fiduciaria desempeñe su función como tal.

El delegado fiduciario es la persona física en la que descansa la responsabilidad de realizar materialmente los fines del fideicomiso, es el ejecutor del mismo, y en sus actos responde directamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que incurren ellos personalmente; obligan a la institución con su firma y su cometido es personalísimo. El nombramiento de los delegados fiduciarios corresponde al Consejo de Administración de la institución de que se trate, y para acreditar la personalidad de estos funcionarios, bastará la protocolización del acta en la que conste el nombramiento hecho por el Consejo o el testimonio del poder general otorgado por la institución fiduciaria.

⁸¹Ibíd. pp. 247- 248.

Por otro parte, al referirse al vínculo jurídico que florece entre los elementos constitutivos del contrato de fideicomiso, Carlos F. Dávalos Mejía, muestra cuales son sus principales derechos y obligaciones a saber:

El fiduciario, goza de ciertas facultades, y tiene obligaciones que cumplir siendo entre otras las siguientes:

DERECHOS DEL FIDUCIARIO.

1.- Tendrá las facultades que se le señalen en el acto constitutivo del fideicomiso.

OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO.

1.- La más importante obligación consiste en el exacto y fiel cumplimiento del fin pactado con el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso (artículo 391 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito). Acatar las órdenes del Comité Técnico cuando exista éste.

2.- Llevar contabilidades por separado por cada fideicomiso, debiendo registrar en ellas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos (artículo 79 Ley de Instituciones de Crédito).

3.- Presentar y rendir cuentas. Responder por las pérdidas, menoscabos, daños y perjuicios que sufran los bienes o los fideicomisos, por su culpa o por su negligencia (artículo 80 Ley de Instituciones de Crédito).

4.- En caso de existir varias fiduciarias que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, cada una de ellas podrá por separado cumplir sus funciones (artículo 385. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

5.- Cuando las instituciones del fideicomiso no fuesen suficientes, precisas o cuando se hubiere dejado la determinación de la inversión o de la aplicación a la discreción de la fiduciaria, está obligada a consultar a los fideicomisarios (artículo 385. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), o en su caso al comité técnico.

6.- Además de realizar sus funciones de acuerdo a lo señalado dentro del contrato, debe de observar las disposiciones legales y los reglamentos aplicables, procurando una buena atención para el fideicomitente como los fideicomisarios (artículo 77 Ley de Instituciones de Crédito). No puede excusarse ni renunciar a su cargo sino por causas graves a juicio de juez.⁸²

También, asevera, que “deberá de abrir una contabilidad especial por cada uno de los fideicomisos que lleve registrando en ella todos los bienes que se le entregaron para la consecución del fideicomiso. Asimismo, debe rendir cuentas cada quince días hábiles posteriores a su solicitud. No puede hacer uso diverso de los bienes fideicomitados.

7.- El personal que contrate, en función de un fideicomiso, no forma parte de su propio personal, con la condición de que sólo lo utilice directamente y exclusivamente en la realización del fin.

8.- Responde de las pérdidas, menoscabo, daños y perjuicios que sufran los bienes o los fideicomisarios, por su culpa o por su negligencia grave.

9.- Cuando, se trata de la extinción del fideicomiso, la fiduciaria tiene en su poder cosas remanentes del patrimonio fiduciario, deberá transmitir las al fideicomitente o a sus herederos y, en su caso, al fideicomisario.

⁸² Dávalos Mejía. Carlos F. “Los Contratos de Crédito en México”. 13° Ed. Edit. Harla. México.2004 pp. 397- 398.

10.- No puede otorgar crédito cuya garantía sean derechos sobre fideicomisos que tengan por fin: Depósitos bancarios de dinero a la vista, a plazo, de ahorro o retirables en días preestablecidos, otros préstamos, ni emisión de obligaciones subordinadas.

11.- No utilizar los dineros o valores que se le tramitan con el fin de otorgar créditos, para realizar operaciones de las que pueden resultar deudores sus delegados fiduciarios; sus miembros del consejo de administración o directivo, sus empleados y funcionarios sus auditores externos; los miembros del comité técnico; los ascendentes o descendientes en primer grado, los cónyuges, o las sociedades en cuya asamblea tengan mayoría las personas citadas.”⁸³

3.1.3 EL FIDEICOMISARIO.

Es la persona, que recibe el beneficio derivado del fideicomiso. Así, el artículo 383 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dice: “pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.” El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultáneamente o sucesivamente el provecho del fideicomiso, segundo párrafo del artículo 383 de la ley que nos ocupa. Sin embargo, la fracción II del artículo 394 establece que quedan prohibidos los fideicomisos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente, que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente. Cuando exista pluralidad de fideicomisarios y deba consultarse su voluntad, en todo aquello no previsto en la constitución del 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, artículo 383 de la Ley en comento.

⁸³ *Ibidem.* pp. 402.

Son pocos los casos en que una persona no tiene la capacidad suficiente para ser fideicomisario, un ejemplo es el caso del extranjero cuando el fin del fideicomiso consista en transmitirle la propiedad de un inmueble ubicado la zona prohibida.

Existe la prohibición de que el fideicomisario sea el propio fiduciario, pues en tal caso ese fideicomiso sería nulo, según lo que establece el último párrafo del artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; con excepción del fideicomiso de garantía.

El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 392.

Cuando sean dos o más los fideicomisarios y deba consultarse su voluntad, en cuanto no esté previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se tomarán 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.

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

La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitados y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso que surgiera un conflicto de intereses entre las mismas”.⁸⁴

⁸⁴ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado. El fideicomitente y el fideicomisario pueden ser la misma persona.

DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO

En lo concerniente a esta arista, Luis Antonio Fridmann Zarate, estima que la vertiente sobre los “derechos del fideicomisario estriban fundamentalmente en los siguientes:

- 1.- Es él quien tiene los derechos que concede el acto constitutivo del fideicomiso.
- 2.- Exigir a la fiduciaria el cumplimiento de los fines del fideicomiso (artículo 390 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).
- 3.- Requerir cuentas al fiduciario (artículo 84 Ley de Instituciones de Crédito).
- 4.- Atacar la validez de los actos que la institución fiduciaria cometa en su perjuicio de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley que le corresponda (artículo 390, primer párrafo Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).
- 5.- Reivindicar los bienes que a consecuencia de actos que la institución fiduciaria haya cometido en su perjuicio, de mala fe, con dolo, o en exceso de sus facultades hayan salido del patrimonio del fideicomiso (artículo 390, primer párrafo Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).
- 6.- Revocar y dar por terminado anticipadamente el fideicomiso si así se prevé en el acto constitutivo.

En el caso de que no exista fideicomisario designado o cuando este sea incapaz, los derechos corresponden al que ejerce la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público, según sea el caso, artículo 390 de la ley que se comenta. Resulta interesante analizar el primer párrafo del artículo 384, de donde se deducen las consideraciones siguientes:

a) La capacidad a la que dicho precepto se refiere es a todas luces la capacidad de goce, es decir, a la posibilidad del sujeto de ser titular de los beneficios jurídico - económicos generados por el fideicomiso.

b) Por otra parte, la fracción II del artículo 392 del ordenamiento que nos ocupa, establece que están prohibidos aquellos fideicomisos “en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso que la sustitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente.”⁸⁵

Se puede ser fideicomisario no sólo desde que se ha nacido, sino desde que se es concebido, pero claro está, “sujeto a la condición resolutoria negativa consistente en no nacer o no ser viable, de esa manera, se adquiere el carácter de fideicomisario desde que en vida intrauterina se es designado como tal y si no nace o se nace no viable, se realiza el acontecimiento en el cual consiste la condición resolutoria indicada, por lo que quedan resueltos todos los efectos jurídicos creados por el fideicomiso del caso.

Por el contrario, si se nace vivo y viable, la condición señalada no tiene lugar y los efectos indicados continúan intocados desde su creación por la designación del fideicomisario hecha en su oportunidad.”⁸⁶

⁸⁵ Fridmann Zarate Luis. A. Ob. Cit. pp. 236 - 238.

⁸⁶ Soto Morales. Edgar. “El Fideicomiso en México”, Primera Edición, Ed. Bancomer, México, 1998, p.120.

OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO

Prácticamente se reducen a la obligación de pagar los gastos que se causen con motivo de la extinción del fideicomiso.

3.2. EL COMITÉ TÉCNICO.

El comité técnico del fideicomiso fue introducido, por primera vez en nuestra legislación bancaria de 1941. La actual Ley de Instituciones de Crédito en el artículo 80, tercer párrafo dice: En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad.

Por tal razón, los miembros del comité técnico, desde la perspectiva de Francisco Riverool Otero, “Son designados por el fideicomitente y por el fiduciario, y por lo general representan a las partes del fideicomiso, es decir, al fideicomitente, al fiduciario y, en su caso, al fideicomisario.

La última parte del precepto legal anteriormente transcrito establece que cuando el fiduciario obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos del comité técnico, estará libre de toda responsabilidad. Una interpretación literal de este precepto, podría llevarnos a la conclusión de que se libera de toda responsabilidad al fiduciario en el caso de que actúe de acuerdo con las decisiones del comité técnico, sin embargo, hay que entender que el fiduciario estará libre de toda responsabilidad cuando actúe de acuerdo con las disposiciones del comité técnico, y está se ajusten a derecho y a los términos del contrato constitutivo del fideicomiso, pues de otra manera sería difícil pensar que el fiduciario no tendrá responsabilidad alguna.

FACULTADES Y OBLIGACIONES DEL COMITÉ TÉCNICO

El comité tendrá las siguientes facultades y obligaciones:

- 1.- Girar instrucciones por escrito al fiduciario, sobre el manejo y administración del patrimonio fideicomitido.
- 2.- Designar fideicomisarios en los términos de los fines del fideicomiso.
- 3.- Resolver consultas respecto a los beneficios que recibirán los fideicomisarios del presente fideicomiso.
- 4.- Nombrar sustitutos de los miembros del propio Comité que renuncien, quedaren incapacitados o muriesen durante el transcurso de la vigencia del fideicomiso.
- 5.- Girar instrucciones al fiduciario en relación con el otorgamiento de poderes para pleitos y cobranzas, para efectos de la defensa de los intereses derivados del fideicomiso.
- 6.- En su caso, resolver al respecto a la distribución de fondos del fideicomiso (cuando estuviere dicha actividad como uno de los fines del mismo fideicomiso).
- 7.- Cuidar que se respeten los derechos de los fideicomitentes y fideicomisarios, consignados en el contrato de fideicomiso, y vigilar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes contratantes.

8.- Resolver respecto a cualquier imprevisto que se presente durante la vigencia del fideicomiso y Revisar o hacer revisar los informes que le rindan el fiduciario respecto de la administración del patrimonio dado en fideicomiso.⁸⁷

OBJETO DEL FIDEICOMISO

La esencia del fideicomiso es aquella parte del patrimonio de la que se desprende del fideicomitente para afectar en fideicomiso. A este respecto, el **Artículo 386**, primer párrafo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece lo siguiente: “Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular.” Este artículo permite que sean objeto del fideicomiso toda clase de bienes, ya sean muebles, inmuebles, o derechos, sin embargo, para que estos bienes y derechos pueden afectarse en fideicomiso, deben cumplir con los requisitos que se establecen en el artículo 1825 del Código Civil del Distrito Federal, de aplicación supletoria en materia mercantil, los cuales son:

- a) Existir en la naturaleza.
- b) Ser determinados o determinable en cuanto a su especie.
- c) Estar en el comercio.
- d) Si se trata de derechos, que no sean estos estrictamente personales de su titular.
- e) El objeto, de conformidad con la ley debe ser lícito y posible.

⁸⁷ Riverool Otero. Francisco, Op. Cit. pp. 225 - 227.

FINES DEL FIDEICOMISO

El fideicomitente, es libre de establecer el fin para el que se debe destinar el patrimonio fideicomitado. Empero, en todo, caso, la finalidad debe ser lícita y determinada, e incluso posible (artículos 381 y 382).

La finalidad del fideicomiso es el objetivo, el interés del fideicomitente, es el resultado que se persigue, el fin buscado con el establecimiento de un fideicomiso en cuyo acto constitutivo el fideicomitente expresa los que el fiduciario debe hacer para alcanzar esa realización de objetivos, de logros que tienen que ser lícitos, es decir, no contrario a la ley ni a las buenas costumbres, debiendo, además, ser determinados.

La realización del fin para el cual fue constituido el fideicomiso, es una de sus causas de terminación, según lo dispone la fracción I del artículo 392 de la Ley Cambiaria.

Asimismo, el fideicomitente, destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado, y la ley permite constituir un fideicomiso sin la designación de fideicomisarios, con tal de que su fin sea lícito y determinado, y le atribuye a los bienes fideicomitados estar efectos al fin al que se destinan (artículos 381, 382 y 385).

“Artículo 381.- 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”.

“Artículo 382.- Pueden ser fideicomisarios las personas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica”.

El fideicomisario podrá ser designado por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en un acto posterior.

El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado, y conste la aceptación del encargo por parte del fiduciario.

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

La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos 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 posible conflictos de intereses. El fin del fideicomiso debe ser lícito, como se establece en el Artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. El fin, en el fideicomiso, “es una manifestación del motivo psicológico que determina siempre el fideicomitente para su creación, es lo que en teoría del contrato, del acto jurídico y del negocio fiduciario, en general, cae en la categoría de los negocios de confianza y son negocios que se atienden y concluyen en interés ajeno, ya que una de las partes recibe los bienes para tenerlos y cuidarlos en beneficio y favor de otra o del propio fideicomitente.”

Agrega Eduardo Sicilia Weissel, “el fin del fideicomiso debe cumplir los siguientes requisitos:

1.- El fideicomisario debe tener la capacidad necesaria para recibir el provecho que implica (artículo 382, 1er. Párrafo Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).|

2.- El fin debe ser lícito, requisito que es redundante en los convenios legales.

3.- No debe de implicar una simulación que defraude a terceros (artículo 386, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

- 4.- El fin debe de estar claramente determinado.
- 5.- Su desahogo no convierta al fiduciario en fideicomisario.
- 6.- No ser secreto, es decir, no debe ser un fin oculto para la fiduciaria, que la dejare reducida a ser titular de un patrimonio cuyo fin desconoce.
- 7.- No conceder beneficios a personas que deban sustituirse sucesivamente por muerte del anterior.
- 8.- Que su desahogo no demande una duración mayor de 30 años.
- 9.- Que no consista en condiciones y términos que se aparten significativamente de las prevalecientes en el mercado en la fecha de la celebración de las políticas generales del banco o de las sanas prácticas y usos bancarios.
- 10.- Con excepción de su negligencia o culpa grave, siempre que no implique para la fiduciaria la obligación de responder ante los fideicomitentes por el incumplimiento de las personas con las que contrate por virtud del fideicomiso sean deudores de créditos o emisores de los títulos; ni tampoco implique la garantía del rendimiento de los fondos de que se les confíen en los fideicomisos de inversión.
- 11.- Que el objeto no sea finca rústica, con excepción de los fideicomisos con fines testamentarios, los de garantía en los que la finca sea la garantía; y los de pago en los que la dación sea la finca; siendo que en los tres la administración no puede exceder de dos años.

Podemos concluir que cualquier actividad jurídica que el fideicomitente señale al fiduciario puede ser fin del fideicomiso, siempre que sea lícita y determinada.”⁸⁸

3.3. CLASES DE FIDEICOMISO.

En este apartado con una visión ontológica y efectivamente en la cúspide de esta figura en el país. Se procederá a analizar cuales son los tipos de fideicomiso, que existen y que se consideran más usuales, tanto en la academia y en la práctica así, utilizamos el enfoque de Georgina Avella Arteaga, “la temática en el rubro del fideicomiso, encontramos, las siguientes categorías:

- 1.- Fideicomisos públicos.
- 2.- Fideicomisos de interés social.
- 3.- Fideicomisos privados.
- 4.- Fideicomisos traslativos de dominio.
- 5.- Fideicomisos revocables.
- 6.- Fideicomisos no revocables.
- 7.- Fideicomisos de administración.
- 8.- Fideicomisos de garantía.
- 9.- Fideicomisos de inversión.
- 10.- Fideicomisos gratuitos.
- 11.- Fideicomisos onerosos.
- 12.- Fideicomisos convencionales.
- 13.- Fideicomisos testamentarios.
- 14.- Fideicomisos libremente constituidos.
- 15.- Fideicomisos celebrados por disposición de la Ley.”⁸⁹

⁸⁸ Sicilia Waissel. Eduardo. Sumario de Legislación Mercantil y Bancaria. 2ºEd. Edit. BBVA. México 2007. pp.148- 150.

⁸⁹ Avella Arteaga. Georgina. Estudio Analítico del Fideicomiso y sus Efectos Bancarios Fiscales y Mercantiles. 1º Ed. Edit. ISEF. México 2008 p. 312.

Por la materia del fideicomiso

En tanto que para Blanca Estela Marín Ochoa, el factor primordial de lo que hoy en día constituyen el “género de los fideicomisos radica esencialmente en el ingrediente de los denominados:

- 1.- Fideicomisos inmobiliarios.
- 2.- Fideicomisos de acciones.
- 3.- Otros.

Por los fines del fideicomiso.

- 1.- Múltiples.
- 2.- Fideicomisos con fideicomisario determinado.
- 3.- Fideicomisos sin fideicomisario determinado.
- 4.- Fideicomisos con actividades empresariales.
- 5.- Fideicomisos no empresariales.⁹⁰

En suma, como se desprende, de la lista antes mencionada existen diversas clasificaciones del fideicomiso, sin embargo, consideramos, que para los efectos del presente, trabajo de investigación bastará con analizar brevemente algunos de ellos, y determinar, en que radica la naturaleza jurídica del fideicomiso, por lo que analizaremos únicamente los fideicomisos traslativos de dominio, testamentarios, de administración y de garantía.

3.4. FIDEICOMISOS TRASLATIVOS DE DOMINIO.

Para examinar el contenido de los llamados Fideicomisos Traslaticos de Dominio es menester iniciar con el diagnóstico de Sara Lozano y Tovar, al señalar que estamos en presencia de esta figura “cuando aquél que tiene como fin que el

⁹⁰ Marín Ochoa. Blanca. E. El Fideicomiso Enfoque Empresarial y Corporativo 2ªEd. Edit. Tax México 2007 p. 95

fiduciario transmita la titularidad de los bienes o derechos fideicomitidos al fideicomisario o a la persona que éste señale, una vez que se hayan reunido los requisitos previamente establecidos.

La finalidad del fideicomiso traslativo de dominio, es que al momento de darse por terminado el fideicomiso, el bien afectado, por el fideicomitente, pase a formar parte de los bienes patrimoniales del fideicomisario.

El fiduciario cumple el designio para el cual se constituyó, transmitiendo los bienes a la persona designada en el contrato.

Estas clases de fideicomisos, generalmente operan, en aquellos casos, en que se presentan algunas dificultades de tipo práctico o de carácter legal para poder realizar la operación mediante las formas tradicionales de negocios jurídicos traslativos de dominio, por ejemplo, la compraventa. Luego entonces, podemos afirmar, que todos los fideicomisos implican la transmisión de la titularidad del derecho de propiedad o de dominio al fiduciario, tienen cierto sentido esta clase de fideicomisos, cuando su finalidad principal es la de que el fiduciario conserve y luego transmita los bienes o derechos al fideicomisario.⁹¹

Los fideicomisos para adquisición de inmuebles o traslativos de dominio, reciben su nombre por la transmisión del derecho de propiedad que realiza el fideicomitente al fiduciario siendo está en forma definitiva e irrevocable a favor del fideicomisario, por lo que aquél no se reserva ningún derecho.

Por regla general, en este tipo de fideicomisos, el fiduciario recibe y conserva el patrimonio del fideicomiso a favor del fideicomisario designado y lo transmite a este u otra persona que señale el mismo fideicomisario.

⁹¹ Lozano y Tovar. Sara. Epítome de los Fideicomisos en México. 1° Ed. Edit. ISEF. México 2008. pp.96.

Por ello es indispensable recordar, que tratándose de bienes inmuebles es necesario que el fideicomiso se eleve en escritura pública para que tenga efectos contra terceros e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, como señala la ley, misma que a continuación se cita:

“Artículo 388.- 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 tercero, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro”.

“Artículo 389.- 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;

III.- Si se tratare de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria”.⁹²

En este tipo de fideicomisos, la titularidad del derecho de propiedad o dominio sale del patrimonio del fideicomitente, siendo el fiduciario quien transmite la propiedad, titularidad y dominio a favor del fideicomisario, a pesar de que el fideicomitente puede reservarse derechos para establecer los términos y condiciones para la transmisión respectiva.

⁹² “Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito”

FIDEICOMISOS SOBRE INMUEBLES EN ZONA RESTRINGIDA.

Es menester señalar que el fideicomiso ha sido un medio muy utilizado para que los extranjeros pueda utilizar inmuebles ubicados en la zona restringida,⁹³ lo anterior, con fundamento en lo establecido en los artículos 11, 12, 13 y 14 de la Ley de Inversión Extranjera; así gracias al fideicomiso es posible que personas físicas o morales de nacionalidad extranjera pueden utilizar, disfrutar y aprovechar, un inmueble ubicado en la llamada zona restringida por un periodo de 50 años prorrogables, pudiendo destinarse el inmueble para fines turísticos, industriales o habitacionales sin que los fideicomisarios extranjeros adquieran derechos reales respecto a los inmuebles en fideicomiso.

De manera concreta, en este tipo de fideicomiso Traslato de Dominio, una persona mexicana propietaria de tierra, la afecta y transmite al fiduciario en forma irrevocable la titularidad del derecho de propiedad, con la finalidad principal de que está último conserve la propiedad del predio fideicomitado permitiendo su uso, goce, disfrute, usufructo, habitación y aprovechamiento, básicamente a extranjeros o a nacionales, sin concederles ningún derecho real respecto de los inmuebles del fideicomiso.

El fideicomitente mexicano no se reserva derecho alguno en la constitución del fideicomiso, y a recibir la contraprestación sale de la relación fiduciaria, misma que continúa únicamente entre el fiduciario y el fideicomisario.⁹⁴

Acorde con Georgina Avella Arteaga, este tipo de fideicomiso como cualquier otro, puede estar sujeto a casos de evicción, lo cual ocasiona los siguientes efectos:

⁹³ Por zona restringida debe entenderse una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta a lo largo de las playas a que se hace referencia la fracción I del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁹⁴ Lozano y Tovar. Sara. Ob. Cit. p. 98.

- a) El tercero poseedor de mejor título, demanda la nulidad del fideicomiso y a su vez ejerce acción pauliana para reivindicar el inmueble.
- b) El fiduciario es demandado y a su vez, se hace necesaria la defensa del patrimonio, procediéndose en este acto conforme al clausulado del contrato.
- c) El fideicomisario se ve perturbado en sus derechos y posesión, por lo que también demanda al fiduciario, exigiéndole responsabilidad en el cumplimiento del fideicomiso.
- d) El fideicomitente ya no participa en la relación jurídica-fiduciaria.

De igual manera, para evitar estos efectos, se recomienda agregar las siguientes cláusulas de protección:

1.- El origen y titularidad de los bienes del fideicomiso, que establecen todo lo relacionado con la aportación de los inmuebles por parte del fideicomitente.

En torno a este respecto, inclusive, se obtienen certificados de libertad de gravámenes, se aportan boletas de pago del impuesto predial, certificados de no adeudos fiscales, planos que muestran superficie, medidas y colindancias y, en suma, todo lo relativo al origen de los inmuebles incluso, el fideicomitente hace declaraciones en cuanto a la propiedad y a la posesión, y el notario da fe de dichos y documentos.

2.- La evicción y el saneamiento, aceptando el fideicomitente responder a ella y cubrir el precio, incluso el fiduciario puede obligarse ante terceros a quienes éste transmita la propiedad.

3.- La defensa del patrimonio del fideicomiso, en donde se incluyen procedimientos para la designación de apoderados que, por cuenta del fideicomiso, realicen defensa.

4.- La responsabilidad del fiduciario, en el sentido de que sus obligaciones se relacionan con el cumplimiento del fideicomiso y respecto de la protección de los bienes y se establece que el fiduciario no es responsable de hechos o actos de terceros que impidan o dificulten el cumplimiento del contrato.

Es conveniente establecer que tanto el fideicomitente como el fideicomisario, se obligan a sacar en paz y a salvo al fiduciario y a resarcirle de los daños y perjuicios, así como de los gastos que se vea obligado a erogar, y por lo tanto a indemnizarle, cuando, con motivo de hechos de terceros, se ponga en riesgo el patrimonio del fideicomiso o se deteriore; fundamentalmente, cuando se sufra la pérdida de la cosa debido al caso de evicción, o se deteriore o menoscabe por vicios ocultos que sean causa de demanda en contra del fiduciario.”⁹⁵ El extranjero obtiene el uso, goce y aprovechamiento temporal del inmueble y, en cualquier momento que lo desee o al término del fideicomiso, podrá ordenar al fiduciario la venta del inmueble. También, podrá ceder sus derechos del fideicomisario por el tiempo que le quede de vigencia al fideicomiso, recibiendo a cambio el valor que se pacte como contraprestación. Se podría considerar la posibilidad de que se enajenará a otro extranjero, sin que se requiera permiso de la Secretaría de Gobernación (SG), aunque sí del fiduciario.

3.5 FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.

Para constituir el fideicomiso testamentario, se debe de evaluar primero la situación jurídica del de “cujus” - acaecido que pretende fijar parte de su patrimonio a voluntad expresa de algún beneficiario. Por ello, Jorge Ríos Hellig, estima que el fideicomiso Testamentario “es aquél que se constituye sujetando sus

⁹⁵ Avella Arteaga. Georgina. Aspectos Prácticos del Fideicomiso. 1ª Ed. Edit. ISEF. México 2006. pp. 208 - 209.

efectos a la muerte del fideicomitente, quien dispone de sus bienes para después de su muerte, manifiesta su voluntad sucesoria en las cláusulas del fideicomiso, la que será cumplida por el fiduciario (quien se encargará de conservar y distribuir los bienes de conformidad a los establecido en el fideicomiso) sin necesidad de iniciar diligencias, ni de sucesión legítima ni testamentaria; por lo mismo, a la muerte del fideicomitente, no se requerirá la intervención ni del órgano jurisdiccional ni de notario público.“⁹⁶ El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por acto posterior.

Para su mejor comprensión en el texto vigente del Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 1295 señala que “las personas tienen libertad para disponer de sus bienes al momento de su muerte, por lo cual pueden sujetarlos a un fideicomiso”.

“Artículo 1295.- Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por lo cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de la muerte”.⁹⁷ Si en una herencia se señalan bienes para que mediante un fideicomiso se destinen a un fin determinado, la realidad es que esta disposición no determina la transmisión del derecho de propiedad de los bienes al fiduciario, pues éstos permanecen en el patrimonio del testador hasta su muerte. Se trata sólo de una disposición testamentaria que habrá de cumplir el albacea formalizando el contrato de fideicomiso conforme a los términos y condiciones que han quedado enunciados en el testamento.

Tienen el carácter de fideicomisos testamentarios, conforme lo indicado por Luis Carral y de Teresa “aquellos cuya constitución, efectos y cumplimiento están condicionados necesariamente a la muerte del fideicomitente o testador, de esta forma la persona logra que a su fallecimiento los bienes de su propiedad sean conservados, administrados, distribuidos, o entregados por una institución

⁹⁶ Ríos Hellig. Jorge. La Práctica del Derecho Notarial 6° Ed. Edit. Mc Graw Hill México 2006 p.325

⁹⁷ “Código Civil para el Distrito Federal”

fiduciaria, en la forma, términos y condiciones establecidos por aquélla, a favor de las personas físicas o morales que designó como beneficiarios (fideicomisarios).

Al referirse a que el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento, pero la forma más adecuada consiste en el fideicomiso constituido en ejecución de un testamento, pues el fideicomiso testamentario se constituye cuando falleció el testador, el albacea de la sucesión en cumplimiento de la voluntad de aquél, celebra el fideicomiso, transmitiendo al fiduciario los bienes de que se trate, quien los administrará y entregará a los beneficiarios de acuerdo a los fines contenidos en el clausulado “fiduciario” inserto en el propio testamento.”⁹⁸

Este tipo de fideicomisos también son considerados como “de administración”, porque el fiduciario, con la titularidad de los bienes y derechos fideicomitados, procede a la inversión del dinero en efectivo que forma parte del acervo en el fideicomiso, así como a la guarda y conservación de los demás bienes hasta que proceda a la transmisión de los mismos a los fideicomisarios que, en suma, son los herederos.

Mediante este fideicomiso, el testador asegura una correcta inversión y una eficiente administración, sobre todo cuando los herederos son personas incapaces o carecen de la experiencia suficiente para efectuar tal administración e inversión. A partir, de la muerte del fideicomitente, la institución fiduciaria recibe la titularidad del derecho de propiedad sobre los bienes afectados para que, a través de la titularidad que tiene sobre los mismos, pueda realizar y cumplir los fines señalados.

El procedimiento de la aceptación del fiduciario, deberá darse dentro del juicio sucesorio que se siga. En atención a lo anterior, Lizardi Albarrán, menciona que: “El fideicomiso constituido por un testamento, si bien no tiene exactamente la configuración de un contrato, es indispensable una concurrencia de voluntades

⁹⁸ Carral y de Teresa Luis. Derecho Notarial y Registral 8° Ed. Edit. Porrúa México 2007 p.210.

entre el testador y la institución fiduciaria pues de lo contrario no es posible su existencia.” Se puede designar como albacea a la institución fiduciaria, desde el momento mismo de otorgar testamento, lo cual facilita las cosas.

La finalidad considerada como “La meta, el resultado de un fideicomiso en cuyo acto constitutivo el fideicomitente expresa lo que el fiduciario debe hacer para alcanzar ese fin que tiene que ser lícito.”⁹⁹

El mejor exponente de la tendencia registral y notarial en la academia y en la práctica en México. Lo representa Bernardo Pérez Fernández del Castillo, que define al “fideicomiso testamentario, en transmitir la titularidad de cierto número de bienes y derechos, a la fiduciaria, para que ésta, a la muerte del fideicomitente los transmita a los fideicomisarios en la forma, términos y condiciones que el propio fideicomitente estipuló en el contrato. Un atractivo que representa este tipo de fideicomiso, es el fideicomitente puede estar seguro de que los bienes que integran su patrimonio, serán destinados precisamente a los fines que él establezca, y que tendrán una administración profesional; el fideicomitente asegura una correcta inversión y una segura administración cuando los fideicomisarios son personas incapaces o cuando carecen de la experiencia suficiente para poder efectuar dichas inversiones y llevar adelante la administración de los bienes y derechos que forman parte del fideicomiso.”¹⁰⁰

3.6. FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

La presencia, de este tipo de fideicomiso en México, Carlos F. Dávalos Mejía “inicia el ámbito mercantil y comercial”. Actualmente, dada la amplia diversificación de actividades lo ubicamos en sectores como el Bancario y Bursátil, en otras palabras, en el área corporativa cobra mayor énfasis. En virtud de que a través de

⁹⁹ Rodríguez Ruiz, citado en el “Diccionario Jurídico Mexicano”, México, Décima Edición, Distrito Federal, Ediciones Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1993, p.1442.

¹⁰⁰ Pérez Fernández del Castillo. Bernardo. Derecho Notarial 20° Ed. Edit. Porrúa México 2007 pp.146

este tipo de fideicomisos, se transmite al fiduciario la titularidad de ciertos bienes o derechos, para asegurar el cumplimiento de una obligación a cargo del fideicomitente.

Para tal efecto, resultan, aplicables los Artículo 395 y Artículo 396 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC). Que a la letra expresan:

“Artículo 395.- Sólo podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos que tengan como fin garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, previstos en esta Sección Segunda, las instituciones y sociedades siguientes:

- I. Instituciones de crédito;
- II. Instituciones de seguros;
- III. Instituciones de fianzas;
- IV. Casas de bolsa;
- V. Sociedades financieras de objeto múltiple a que se refiere el artículo 87-B de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito;
- VI. Almacenes generales de depósito, y
- VII. Uniones de crédito.

Las instituciones fiduciarias a que se refieren las fracciones II a IV y VI de este artículo, se sujetarán a lo que dispone el artículo 85 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito”.

“Artículo 396.- Las instituciones y sociedades mencionadas en el artículo anterior, podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses” .¹⁰¹

A través de los métodos, imperantes en las prácticas Bancarias, Bursátil y Financieras en los sitios corporativos y empresariales el fideicomiso de garantía, tiene cada día más presencia y asegura el cumplimiento de obligaciones a cargo del propio fideicomitente o de un tercero a favor del acreedor fideicomisario, se puede constituir mediante la afectación por parte del fideicomitente al fiduciario, de cualquier clase de bienes o derechos de su original propiedad o titularidad, respectivamente: el fiduciario, en caso de incumplimiento realiza la venta o remate de los bienes y con su producto paga al acreedor, en caso de incumplimiento, realiza la venta o remate de los bienes y con su producto paga al acreedor, en caso de cumplimiento, se revierte los bienes al fideicomitente. Este tipo de contrato puede realizarse en documento privado, salvo cuando sean inmuebles que requieran escritura pública.

La finalidad del fideicomiso de garantía, reside básicamente en garantizar el cumplimiento de la obligación que tiene el fideicomitente (deudor) a favor del fideicomisario (acreedor), y en caso de incumplimiento, la fiduciaria los verifica y, si lo constata, ejecuta el fideicomiso, lo cual puede ser la transmisión directa al fideicomisario, o la venta o subasta del bien para que su producto se transmita a éste. Ahora bien, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC). Estable lo siguiente en su numeral.

“Artículo 397.- Cuando así se señale, un mismo fideicomiso podrá ser utilizado para garantizar simultánea o sucesivamente diferentes obligaciones que el fideicomitente contraiga, con un mismo o distintos acreedores, a cuyo efecto cada

¹⁰¹ Dávalos Mejía. Carlos F. Op. Cit. p. 379.

fideicomisario estará obligado a notificar a la institución fiduciaria que la obligación a su favor ha quedado extinguida, en cuyo caso quedarán sin efectos los derechos que respecto de él se derivan del fideicomiso. La notificación deberá entregarse mediante fedatario público a más tardar a los cinco días hábiles siguientes a la fecha en la que se reciba el pago.

A partir del momento en que el fiduciario reciba la mencionada notificación, el fideicomitente podrá designar un nuevo fideicomisario o manifestar a la institución fiduciaria que se ha realizado el fin para el cual fue constituido el fideicomiso.

El fideicomisario que no entregue oportunamente al fiduciario la notificación a que se refiere este artículo, resarcirá al fideicomitente los daños y perjuicios que con ello le ocasione”.

Hay que tener bien claro que el fin de este fideicomiso no es ejecutar un bien y, así desposeer a su dueño, sino que es, simplemente garantizar la obligación; en caso de incumplimiento, se ejecuta el bien y de esta manera se cumplió con el fin de garantizar, y de igual manera, si se cumple con la obligación, la garantía fue útil durante el plazo del fideicomiso, para mantenerla garantizada; el fin de un fideicomiso de garantía es totalmente lícito y determinado.

“Por su propia naturaleza, los fideicomisos de garantía son contratos accesorios porque siempre se ligan el contrato principal que los motiva, y como es lógico, seguirán la misma suerte que el negocio principal, ya que si el fideicomitente (deudor) cumple con la obligación garantizada, se extinguirá el fideicomiso y el fiduciario devolverá los bienes o derechos fideicomitados al fideicomitente, por el contrario, si éste incumple la obligación garantizada, el fiduciario tendrá que hacer efectiva la garantía. Es importante aclarar que una vez constituido y registrado un

fideicomiso de garantía, el fideicomitente (deudor) queda privado de toda acción o derecho con disposición sobre los bienes fideicomitados”.¹⁰²

Sin embargo, es menester indicar que se presentan cotidianamente, una serie de vicisitudes al tratar de integrar el clausulado del contrato de fideicomiso de garantía.

Por lo general, contiene disposiciones en el sentido traslativo de dominio e irrevocable mientras la obligación que garantiza permanezca insoluta; fija el plazo de vencimiento, la periodicidad en el pago de intereses, su tasa, la de los intereses moratorios, los supuestos de vencimiento anticipado de la obligación, ya porque el deudor no cubra puntualmente un cierto número de pagos periódicos de intereses; establece el trámite a seguir para la venta si la obligación no es cumplida al vencimiento, detallando requisitos de publicaciones.¹⁰³

El fiduciario recibe la titularidad del derecho de propiedad en el sentido jurídico, no adquiere para él, tiene restringida esa titularidad a fin de garantizar, con el bien, al fideicomisario, el cumplimiento de una obligación que tiene frente al fideicomitente o por cuenta de quien hace la afectación. El fideicomitente no conserva el dominio pero sí puede tener la posesión, puede ceder, arrendar y aún gravar el bien y ampliar el gravamen. El fideicomisario puede enajenar su derecho o darlo a su vez como garantía.

Mediante, el fideicomiso de garantía, los bienes afectos salen del patrimonio del fideicomitente y pasan en propiedad fiduciaria, lo que facilita su ejecución en el caso de incumplimiento, ya se crea un “patrimonio autónomo”. Se recomienda incluir una cláusula de reversión para el caso de cumplimiento por parte del fideicomitente o deudor. Una ventaja de esta figura es que se permite establecer un procedimiento convencional que no requiere la intervención de la autoridad

¹⁰² Fideicomiso de Garantía. Efectos para el fideicomitente A.D. 171/65. Tercera Sala, Séptima época, vol. 51. Cuarta Parte. p. 29.

¹⁰³ Batiza Rodolfo, Op. Cit.. p.14

judicial y para efectos fiscales no se configura la enajenación al momento de constituir el fideicomiso. Sin embargo, ésta se presenta cuando a falta de cumplimiento de la obligación, el fiduciario finca el remate o venta de los bienes a favor de persona distinta del fideicomitente.

Todo es posible hacia futuro afirma Oswaldo G. Reyes Corona. “Cuando se prevé en la institución del fideicomiso de garantía, el legislador, contemplo la existencia de conflicto y vicisitudes. Por ello planteo, regular la situación en materia se bienes muebles. Así las cosas, encontramos en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC).

“Artículo 398.- Tratándose de fideicomisos de garantía sobre bienes muebles, las partes podrán convenir que el o los fideicomitentes tendrán derecho a:

- I. Hacer uso de los bienes fideicomitados, los combinen o empleen en la fabricación de otros bienes, siempre y cuando en estos dos últimos supuestos su valor no disminuya y los bienes producidos pasen a formar parte del fideicomiso de garantía en cuestión;
- II. Percibir y utilizar los frutos y productos de los bienes fideicomitados, y
- III. Instruir al fiduciario la enajenación de los bienes fideicomitados, sin responsabilidad para éste, siempre y cuando dicha enajenación sea acorde con el curso normal de las actividades del fideicomitente.

En estos casos cesarán los efectos de la garantía fiduciaria y los derechos de persecución con relación a los adquirentes de buena fe, quedando afectos al fideicomiso los bienes o derechos que el fiduciario reciba o tenga derecho a recibir en pago por la enajenación de los referidos bienes.

El derecho que tengan el o los fideicomitentes para instruir al fiduciario la enajenación de los bienes muebles materia del fideicomiso conforme al párrafo anterior, quedará extinguido desde el momento en que se inicie el procedimiento previsto en el artículo 403 de esta Ley, o bien cuando el fiduciario tenga conocimiento del inicio de cualquiera de los procedimientos de ejecución previstos en el Libro Quinto Título Tercero Bis del Código de Comercio”.

Artículo 399.- Para efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, las partes deberán convenir desde la constitución del fideicomiso:

- I. En su caso, los lugares en que deberán encontrarse los bienes fideicomitidos;
- II. Las contraprestaciones mínimas que deberá recibir el fiduciario por la venta o transferencia de los bienes muebles fideicomitidos;
- III. La persona o personas a las que el fiduciario, por instrucciones del fideicomitente, podrá vender o transferir dichos bienes, pudiendo, en su caso, señalar las características o categorías que permitan identificarlas, así como el destino que el fiduciario deberá dar al dinero, bienes o derechos que reciba en pago;
- IV. La información que el fideicomitente deberá entregar al fideicomisario sobre la transformación, venta o transferencia de los mencionados bienes;
- V. La forma de valorar los bienes fideicomitidos, y
- VI. Los términos en los que se acordará la revisión del aforo pactado, en el caso de que el bien o bienes dados en garantía incrementen su valor.

En caso de incumplimiento a los convenios celebrados con base en este artículo, el crédito garantizado por el fideicomiso se tendrá por vencido anticipadamente.”¹⁰⁴

“Artículo 401.- Los riesgos de pérdida, daño o deterioro del valor de los bienes fideicomitidos corren por cuenta de la parte que esté en posesión de los mismos, debiendo permitir a las otras partes inspeccionarlos a efecto de verificar, según corresponda, su peso, cantidad y estado de conservación general.

De convenirse así en el contrato, si el valor de mercado de los bienes fideicomitidos disminuye de manera que no baste a cubrir el importe del principal y los accesorios de la deuda que garantizan, el deudor podrá dar bienes adicionales para restituir la proporción original. En caso contrario, el crédito podrá darse por vencido anticipadamente, teniendo el acreedor que notificar al deudor de ello judicialmente o a través de fedatario”.

“Artículo 402.- En caso de incumplimiento de la obligación garantizada, si el depositario se niega a devolver al fiduciario los bienes depositados, su restitución se tramitará de conformidad con lo establecido en el Libro Quinto Título Tercero Bis del Código de Comercio.”

“Artículo 403.- En el fideicomiso de garantía, las partes podrán convenir la forma en que la institución fiduciaria procederá a enajenar extrajudicialmente, a título oneroso, los bienes o derechos en fideicomiso, siempre que, cuando menos, se pacte lo siguiente:

- I. Que la institución fiduciaria inicie el procedimiento de enajenación extrajudicial del o los bienes o derechos en fideicomiso, cuando reciba del o los fideicomisarios comunicación por escrito en la que soliciten la mencionada enajenación y precisen el incumplimiento de la o las obligaciones garantizadas;

¹⁰⁴ Reyes Corona. Oswaldo. G. Análisis y Reformas del Fideicomiso de Garantía 1° Ed. Edit. Tax. México. 2008. pp. 93 – 95.

- II. Que la institución fiduciaria comunique por escrito al o los fideicomitentes en el domicilio señalado en el fideicomiso o en acto posterior, la solicitud prevista en la fracción anterior, junto con una copia de la misma, quienes únicamente podrán oponerse a la enajenación, si exhiben el importe del adeudo, acreditan el cumplimiento de la o las obligaciones precisadas en la solicitud por el o los fideicomisarios de conformidad con la fracción anterior, o presentan el documento que compruebe la prórroga del plazo o la novación de la obligación;

- III. Que sólo en caso de que el o los fideicomitentes no acrediten, de conformidad con lo previsto en la fracción anterior, el cumplimiento de la o las obligaciones garantizadas o, en su caso, su novación o prórroga, la institución fiduciaria procederá a enajenar extrajudicialmente el o los bienes o derechos fideicomitados, en los términos y condiciones pactados en el fideicomiso, y

- IV. Los plazos para llevar a cabo los actos señalados en las fracciones anteriores.

El texto que contenga el convenio de enajenación extrajudicial a que se refiere este artículo deberá incluirse en una sección especial del fideicomiso de garantía, la que contará con la firma del fideicomitente, que será adicional a aquélla con que haya suscrito dicho fideicomiso”.

A falta del convenio previsto en este artículo, se seguirán los procedimientos establecidos en el Libro Quinto Título Tercero Bis del Código de Comercio para la realización de los siguientes actos:

- a) La enajenación de los bienes en fideicomiso que en su caso deba llevar a cabo el fiduciario o;

b) La tramitación del juicio que se promueva para oponerse a la ejecución del fideicomiso.”¹⁰⁵

En la encrucijada, de continuar como siempre, o bien renovarse Adrián Jaramillo Fuentes, sostiene “que los más recientes cambios del año en curso trajo consigo la transformación que vendría a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC). Aunque parecía imposible solo un mito. La realidad en asuntos Mercantil, Bursátil y Financiero. Tendrán mayor veracidad y congruencia el tópico del Fideicomiso de Garantía en materia bienes muebles, acciones de los acreedores garantizados, prescripción y sanciones. En la inteligencia, de hacerla más eficiente y efectiva en el país como se desprende del texto en los siguientes artículos.

Artículo 404.- Cuando el fideicomiso de garantía se refiera a bienes muebles y su monto sea igual o superior al equivalente en moneda nacional a doscientas cincuenta mil unidades de inversión, las partes deberán ratificar sus firmas ante fedatario público.

“**Artículo 405.-** Las acciones de los acreedores garantizados con fideicomiso de garantía prescriben en tres años contados desde la fecha en que se haya dado por vencida la obligación garantizada. En este caso se extinguirá el derecho a pedir su cumplimiento y se revertirá la propiedad de los bienes objeto de la garantía al patrimonio del fideicomitente.”

“**Artículo 406.-** Al que teniendo la posesión material de los bienes objeto de garantías otorgadas mediante fideicomiso de garantía transmita, grave o afecte la propiedad o posesión de los mismos, en términos distintos a los previstos en la ley, sustraiga sus componentes o los desgaste fuera de su uso normal o por alguna razón disminuya intencionalmente el valor de los mismos, se le sancionará

¹⁰⁵ *Ibidem.* pp. 107 – 109.

con prisión hasta de un año y multa de cien veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, cuando el monto de la garantía no exceda del equivalente a doscientas veces de dicho salario.

Si dicho monto excede de esta cantidad, pero no de diez mil, la prisión será de uno a seis años y la multa de cien a ciento ochenta veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal. Si el monto es mayor de diez mil veces de dicho salario, la prisión será de seis a doce años y la multa de ciento veinte veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal.”

En el primer numeral relativo a bienes muebles le asigna la equivalencia a la Udi's. y el requisito indispensable de la ratificación ante fedatario público. En el segundo, le proporcionara certidumbre y seguridad jurídica a las acciones de los acreedores garantizados con fideicomiso de garantía e incluye la prescripción en tres años, por último determina las posibles sanciones.”¹⁰⁶

Por otro parte, el Fideicomiso de Garantía también intervienen las instituciones de fianza como se desprende a continuación.

Artículo 16 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que:- Las instituciones de fianzas sólo podrán realizar las siguientes operaciones:

I.- Practicar las operaciones de fianzas y de reafianzamiento a que se refiere la autorización que exige esta Ley, así como otras operaciones de garantía que autorice la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante reglas de carácter general;

I Bis.- Celebrar operaciones de reaseguro financiero en los siguientes términos.

¹⁰⁶ Jaramillo Fuentes. Adrián. Comentarios a la Legislación Mercantil “Fideicomiso de Garantía” Edit. Banco Santander México. 2008. pp.172- 173.

En la realización de operaciones de reaseguro financiero, las instituciones de fianzas se sujetarán a las bases siguientes, así como a las reglas de carácter general que dicte la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, las cuales buscarán que en este tipo de operaciones se preserve la solvencia de las instituciones:

a) La contratación de cualquier tipo de operación de reaseguro financiero estará sujeta a la autorización que otorgue la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, con base en lo previsto en esta Ley y en las reglas respectivas;

b) El consejo de administración de la institución de fianzas tendrá la responsabilidad de revisar y aprobar las operaciones de reaseguro financiero que pretenda efectuar la institución, de manera previa a que éstas sean sometidas a la consideración de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas para su aprobación;

c) En las reglas a las que se refiere esta fracción, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público establecerá los criterios y requisitos específicos para considerar que un contrato de reafianzamiento o reaseguro comprende una transferencia significativa de responsabilidades asumidas por fianzas en vigor, considerando, entre otros aspectos, la probabilidad de pérdida que enfrente el reasegurador o reafianzador respecto de la cartera cedida, la proporcionalidad de la pérdida entre la cedente y el reasegurador o reafianzador con relación a la prima cedida, así como la relación entre la responsabilidad cedida, el componente de financiamiento y el monto y naturaleza del contrato de reaseguro o reafianzamiento en su conjunto;

d) La realización de operaciones de reaseguro financiero con reaseguradoras o reafianzadoras extranjeras requerirá que las mismas, además de estar inscritas en el registro a que se refiere el artículo 34 de esta Ley, cuenten con una calificación mínima para este efecto otorgada por una empresa calificadora especializada. Dicha calificación mínima será determinada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en las reglas a las que se refiere esta fracción, y

e) El financiamiento obtenido por las instituciones de fianzas a través de la realización de operaciones de reaseguro financiero, no podrá representar más del 15% del requerimiento mínimo de capital base de operaciones de la institución, ni exceder el monto del capital pagado de la institución ajustado por el efecto neto de las utilidades y pérdidas del ejercicio y de ejercicios anteriores;

II.- Constituir e invertir las reservas previstas en esta Ley;

III.- Constituir depósitos en instituciones de crédito y en bancos del extranjero en los términos de esta Ley;

IV.- Operar con valores en los términos de esta Ley y de la Ley del Mercado de Valores;

V.- Operar con documentos mercantiles por cuenta propia para la realización de su objeto social;

VI.- Adquirir acciones de las sociedades a que se refieren los artículos 9o., 79, 79 Bis-1 y 79 Bis-2 de esta Ley;

VII.- Adquirir acciones de sociedades que se organicen exclusivamente para adquirir el dominio y administración de bienes inmuebles destinados al establecimiento de las oficinas de la institución;

VIII.- Dar en administración a las instituciones cedentes del extranjero, las primas retenidas para la inversión de las reservas constituidas, correspondientes a operaciones de reafianzamiento;

IX.- Administrar las reservas previstas en esta Ley, a instituciones del extranjero, correspondientes a las operaciones de reafianzamiento cedido;

X.- Efectuar inversiones en el extranjero por las reservas técnicas o en cumplimiento de otros requisitos necesarios, correspondientes a operaciones practicadas fuera del país;

XI.- Adquirir, construir y administrar viviendas de interés social e inmuebles urbanos de productos regulares;

XII.- Adquirir bienes muebles e inmuebles necesarios para la realización de su objeto social;

XIII.- Otorgar préstamos o créditos;

XIV. Recibir títulos en descuento y redescuento a instituciones de crédito, organizaciones auxiliares del crédito, sociedades financieras de objeto múltiple, así como a fondos permanentes de fomento económico destinados en fideicomiso por el gobierno federal en instituciones de crédito;

XV. Actuar como institución fiduciaria sólo en el caso de fideicomisos de garantía con la facultad de administrar los bienes fideicomitados en los mismos, los cuales podrán o no estar relacionados con las pólizas de fianzas que expidan.

Asimismo, podrán actuar como institución fiduciaria en los fideicomisos de garantía a que se refiere la Sección Segunda del Capítulo V del Título Segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sujetándose a lo que dispone el artículo 85 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito y bajo la inspección y vigilancia de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Las instituciones de fianzas, en su carácter de fiduciarias, podrán ser fideicomisarias en los fideicomisos en los que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitados y que tengan por fin servir como

instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de fianzas otorgadas por las propias instituciones. En este supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a un fiduciario sustituto para el caso que surgiera un conflicto de intereses entre las mismas”.

Para esto se aplica, el **Artículo 385.-** Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito. En caso, de que al constituirse el fideicomiso no sea designada la que elija el fideicomisario o, en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la ley.

El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución bancaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra parte que la substituye. Si no fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso.

En estos casos la operación de fideicomiso se sujetará a las reglas siguientes:

- a) Las instituciones de fianzas deberán ajustarse a las sanas prácticas fiduciarias de las instituciones de crédito, bajo reglas fijadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
- b) Las instituciones de fianzas podrán recibir en fideicomiso y cantidades adicionales de efectivo, valores, bienes muebles e inmuebles y derechos, según el requerimiento del fideicomitente, o adquirir este tipo de activos con los recursos fideicomitados.
- c) Las instituciones de fianzas deberán abrir contabilidades especiales por cada contrato debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad, el

dinero que les confíen y demás bienes, valores o derechos con los que incrementen los recursos originalmente afectos al fideicomiso y los incrementos o disminuciones correspondientes por los productos o gastos respectivos.

d) Desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de delegados fiduciarios.

e) Deberán rendir cuentas de su gestión al fideicomisario.

f) Los recursos recibidos con cargo a contratos de fideicomisos no podrán computarse como parte de las reservas de carácter técnico que deben las instituciones constituir por la ley.

g) En lo no previsto en las instituciones de fianzas fiduciarias les será aplicable lo establecido en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Por lo que respecta, al manejo y operación de los fideicomisos en el ámbito de las Casas de Bolsa podrán operar fideicomisos, según lo prevé el siguiente artículo.

Artículo 22 de la “Ley del Mercado de Valores” establece que:.- Las casas de Bolsa sólo podrán realizar las actividades siguientes:

I.- Actuar como intermediarios en el mercado de valores, en los términos de la presente Ley, sujetándose a las disposiciones de carácter general que dicte la Comisión Nacional de Valores.

II.- Recibir fondos por concepto de las operaciones con valores que se les encomienden. Cuando por cualquier circunstancia no puedan aplicar esos fondos al fin correspondiente, el mismo día de su recibo deberán, si persiste impedimento para su aplicación, depositarlos en institución de crédito a más tardar el día siguiente, o bien adquirir acciones representativas del capital de algunas

sociedades de inversión de renta fija, depositándolas en la cuenta del cliente respectivo. En ambos casos los fondos se registrarán en cuenta distinta de las que forman parte del activo de la casa de Bolsa.

III.- Prestar asesoría en materia de valores.

IV.- Con sujeción a las disposiciones de carácter general que dicte el Banco de México.

a) Recibir préstamos o créditos de instituciones de crédito o de organismos de apoyo al mercado de valores, para la realización de las actividades que les sean propias.

b) Conceder préstamos o créditos para la adquisición de valores con garantía de estos

c) Celebrar reportes y préstamos sobre valores.

d) Actuar como fiduciarias en negocios directamente vinculados con las actividades que le sean propias.¹⁰⁷

Del mismo modo, el artículo 34 de la “Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros” indica que las instituciones de seguros sólo podrán realizar las siguientes operaciones siguientes:

I.- Practicar las operaciones de seguros, reaseguro y reafianzamiento a que se refiere la autorización que exige esta Ley;

II.- Constituir e invertir las reservas previstas en la Ley;

¹⁰⁷ “Ley del Mercado de Valores”

III.- Administrar las sumas que por concepto de dividendos o indemnizaciones les confíen los asegurados o sus beneficiarios;

III Bis.- Administrar las reservas correspondientes a contratos de seguros que tengan como base planes de pensiones relacionados con la edad, jubilación o retiro de personas a que se refiere el segundo párrafo de la fracción I del artículo 8º de esta Ley;

IV.- Actuar como institución fiduciaria en el caso de fideicomisos de administración en que se afecten recursos relacionados con el pago de primas por los contratos de seguros.

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

La administración de dichas operaciones se realizará a través de contratos de fideicomiso, en los mismos términos que para las instituciones de crédito señalan los artículos 79 y 80 de la Ley de Instituciones de Crédito.¹⁰⁸

En múltiples ocasiones se ha atacado la validez de este tipo de contratos, se ha expresado la opinión de que ésta especie de fideicomiso pugna con el Sistema Constitucional Mexicano y que la facultad de vender concedida al fiduciario, implica atribuciones jurisdiccionales.

¹⁰⁸“Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros”

Tal parecer es inexacto, si se considera, que el fiduciario no resuelve controversia alguna, limitándose a comprobar una simple situación de hecho; la falta de pago por parte del deudor, supuesto previamente convenido por las partes para la ejecución del fideicomiso, es decir, para proceder a la venta y con su producto hacer pago al acreedor fideicomisario y, en caso de quedar un sobrante, entregárselo al deudor fideicomitente.

En este orden de ideas, el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha confirmado esta posición. En el amparo directo 2618/74 Roberto Domínguez Martínez, fallado en 1975, la Corte estudió la Constitucionalidad de los remates al martillo realizados por las Instituciones de Crédito en los fideicomisos de garantía, y resolvió que dichos remates sin la intervención del órgano jurisdiccional no están prohibidos por la ley sino autorizados por ella, pues el artículo 564 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, supletorio del Código de Comercio, exceptúa de la regla general de que todo remate deberá celebrarse en el juzgado en que actúe el juez competente, los casos en que la ley disponga expresamente lo contrario.

No es exacto que la institución fiduciaria, al rematar los bienes fideicomitidos, realice un acto de autoridad, pues es el propio deudor quien, como fideicomitente, hace la afectación de sus bienes transmitiendo su propiedad a dicha institución a la que encomienda la realización del fin a que los bienes son destinados, o sea, a ser vendidos o rematados y con su producto hacer el pago debido al fideicomisario acreedor.

Si la institución fiduciaria, ajustándose a lo expresamente expresado pactado, vende o remata los bienes del deudor, no hace cumplir, conforme al contrato y a la ley, las obligaciones que por su parte contrajo el acto constitutivo del fideicomiso, sin que para hacerlo requiera de la intervención judicial, pues dentro de las múltiples tesis que la Corte ha sostenido sobre la ejecución, por la fiduciaria y no por un juez, del bien fideicomitado.

En síntesis, debido a que han sido utilizadas en el sentido de que para la ejecución no es necesario solicitar, a no ser que así se haya convenido en el contrato, la intervención de un órgano judicial, para terminar este punto, retomemos una tesis de la Corte en este sentido:

En el Fideicomiso, no es necesaria la intervención de un órgano jurisdiccional para la realización del fin. “Dada la naturaleza legal del fideicomiso, no es exigible establecer, para el caso de su ejecución, la intervención de un órgano jurisdiccional, si como ya se dejó asentado al analizar su esencia jurídica, se tiene presente que en este negocio, se de una afectación patrimonial destinada a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de una institución fiduciaria...que será la única titular de los bienes fideicomitidos.¹⁰⁹

3.7. FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN.

En un bastante común que esta categoría de Fideicomiso de Administración se presenta de manera cotidiana principalmente por actos entre vivos.

De ahí, la razón, primordial para que se pueda conceptualizar desde la perspectiva de los autores Erick Carvallo Yañez y Fernando Lara Gómez, estamos en presencia del Fideicomiso de Administración, cuando “aquél por virtud del cual se transmiten al fiduciario determinados bienes o derechos, para que dicho fiduciario proceda a efectuar las operaciones de guarda, conservación o cobro de los productos de los bienes fideicomitidos que le señale el fideicomitente, entregando los productos o beneficios al fideicomisario.

¹⁰⁹ A.D. 45/77, Informe 1977, segunda parte. p. 36.

Este fideicomiso afecta y transmite al fiduciario determinados bienes o derechos, para que éste los conserve, custodie, guarde, administre y transmita a favor de un fideicomiso o del propio fideicomitente o un tercero.

Son dos las actividades fundamentales que con estos fideicomisos pueden presentarse en la práctica:

a) La actividad de administración propiamente dicha, que consiste en que el fiduciario como titular del patrimonio del fideicomiso, se encargue de la guarda y conservación de los bienes que integran dicho patrimonio, efectúe el cobro de los productos, y transmita dichos productos al fideicomisario, y;

b) La actividad de inversión que consiste en que el fiduciario adquiera, con cargo al patrimonio fideicomitado, los bienes que le señale el fideicomitente. El fideicomitente, en este tipo de fideicomisos, busca un rendimiento a través de la inversión que efectúa el fiduciario.

La finalidad que se persigue en un fideicomiso de administración es que el fiduciario se encargue de la administración de los bienes fideicomitados, entregándole el producto de dichos bienes al propio fideicomitente o al fideicomisario que él designe, evitándoles las molestias propias de la administración, ya que solamente tendrán que acudir a la institución fiduciaria para recoger el producto obtenido.

Por ende, los autores, Erick Carvallo Yañez y Fernando Lara Gómez, consideran que son varias las causas que motivan la celebración de un fideicomiso de administración, entre otras encontramos las siguientes:

a) Falta de conocimiento para administrar bienes.

b) El cúmulo de negocios del fideicomitente que le imposibilitan atenderlos debidamente.

c) Inexperiencia en el tipo de negocio a realizar.

Reflexionamos, que el fideicomiso, de inversión es un tipo de fideicomiso administrativo con el que el fideicomitente afecta recursos en dinero o valores para que el fiduciario los invierta y reinvierta en instrumentos, ya sean de renta fija o variable, según se lo indique, al mejor rendimiento posible en beneficio del propio fideicomitente o de la persona que éste designe.”¹¹⁰

Al respecto, del Fideicomiso de Administración, Adrián Jaramillo Fuentes “a quien demuestre probidad y honradez para gestionar y efectuar las operaciones de guarda, conservación o cobro de los productos de los bienes fideicomitados que le señale el fideicomitente, entregando los productos o beneficios al fideicomisario del cual se trasladan al fiduciario determinados bienes o derechos, para que dicho fiduciario proceda a negociar.”¹¹¹

¹¹⁰ Carvallo Yañez E. Lara Gómez F. Introducción al Derecho Bancario y Mercantil. 1º Ed. Edit. Porrúa México. 2008. pp. 104 -106.

¹¹¹ Jaramillo Fuentes. Adrián. Ob. Cit. p.191.

CAPÍTULO IV
EL FIDEICOMISO EMPRESARIAL
EN LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE
LA RENTA

4. EL FIDEICOMISO EMPRESARIAL EN LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

La vertiente del derecho impositivo y las relaciones comerciales y mercantiles es bastante compleja por ende es necesario este apartado con la idea de que se entienda por Derecho Fiscal “Al conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre el Sujeto Activo (Estado – SHCP- SAT) y el Sujeto Pasivo (Personas Físicas y Morales) en sus tres momentos de obtención, recaudación y distribución de los ingresos para el gasto público.” Así las cosas, en el umbral de la relaciones entre las asignaturas mercantil, bancario y fiscal respecto al tópico del fideicomiso en México, en la cual, permanece y funciona con una perfecta simetría entre estas materias.

Para tal efecto, se aprecia la conceptualización de la expresión Fideicomiso prevista en **el Art. 14** del Código Fiscal de la Federación que a la letra dice:

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

a).- En el acto en 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 que el fideicomitente pierda el derecho a readquirir los bienes del fiduciario, si se hubiera reservado tal derecho.

La relación mercantil o comercial deviene de la vasta información y del horizonte que día con día hace del conocimiento de esta figura su vinculación jurídica con otras ramas del conocimiento. Como pueden ser en la materia administrativa y fiscal. De igual manera, se encuadra el fundamento del área impositiva en la Norma Suprema de la Nación en el art. 31 fracción IV y el conjunto de leyes respectivas relacionadas con esta materia podemos indicar exclusivamente

algunas de manera enunciativa como el Código Fiscal de la Federación, la Ley de Ingresos de la Federación de esta última vía el catálogo de ingresos se desprende la Ley del Impuesto Sobre la Renta que en el más reciente lustro prevé la institución de los Fideicomisos Empresariales.

4.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

El génesis de los diferentes vestigios del sistema tributario existente en nuestro país, proviene de las diversas poblaciones de tribus naturales del lugar. Imponer los denominados tributos que significa el sometimiento de un pueblo sobre otro como se desprende en la propiedad raíz, el derecho de paso y en los mercados públicos.

En el período de la Colonia, el país sufrió una anarquía impositiva. Se dividió el suelo en más de ochenta territorios alcabalatorios. Se multiplicaron y yuxtapusieron un sinnúmero de impuestos especiales, sin ninguna estructura lógica, con la tendencia muy marcada de allegar fondos a la metrópoli, como consecuencia de la idea sustentada por la hegemonía imperante de la casa real de los Borbones sobre el rendimiento que debían proporcionarles las Colonias que consideraban de su particular patrimonio

Después, durante la época de la Independencia, en el siglo XIX, se advierte la supervivencia de los anárquicos coloniales de carácter. Y esto fácilmente se explica si se tiene en cuenta que el país se enfrentaba con una grave crisis política, durante la cual peligró incluso su soberanía.

En el período de treinta y dos años de Porfiriato, se significan por su labor hacendaría tanto Matías Romero como José I. Limantour, quienes lograron una reorganización de los gravámenes, sin que se propusieran reformas esenciales.

Fue a la culminación del periodo revolucionario, que acorde con Dolores Beatriz Chapoy Bonifaz cuando, “la política fiscal se operó una transformación radical con la denominación del Impuesto del Centenario de 1921, que inició la implantación del Impuesto sobre la Renta en México. La codificación de dichos impuestos, como ya se dijo, se presenta de acuerdo con un criterio cronológico, en la siguiente forma:

- I. Ley de 20 de julio de 1921.
- II. Ley de 21 de febrero de 1924 y su Reglamento.
- III. Ley de 18 de marzo de 1925 y los Reglamentos de 22 de abril de 1925 y de 18 de febrero de 1935.
- IV. Ley de 31 de diciembre de 1941 y su reglamento.
- V. Ley de 31 de diciembre de 1953 y su reglamento.

En consecuencia, aparece en nuestro país, el denominado Impuesto sobre la Renta que se implanta en México en el año de 1921 -1922 durante una época en que se opera una profunda transformación social. A continuación haremos un resumen de las leyes antes mencionadas:

I. LEY DEL CENTENARIO DE 1921.

La primera Ley del Impuesto sobre la Renta es en realidad un mero antecedente, ya que fue promulgada siendo Presidente Constitucional el general Álvaro Obregón y Secretario de Hacienda, don Adolfo de la Huerta el 20 de julio de 1921, estableció un impuesto de carácter extraordinario, pagadero por una sola vez y por lo tanto transitorio. Gravó los ingresos del comercio, industria, ganadería, los obtenidos por los profesionistas y los asalariados, así como los provenientes de la

imposición de capitales en valores a rédito y de participaciones o dividendos en las empresas.

La base del impuesto fueron los ingresos o ganancias correspondientes al mes de agosto de 1921, y para ello se dieron reglas con la finalidad de prorratear ingresos obtenidos en varios meses, de tal suerte que sólo se gravaran los correspondientes al mes de agosto.

Desde la vigencia de esta Ley se señaló como sujetos del pago a los mexicanos y a los extranjeros, ya sea que estuvieran domiciliados en México o en el extranjero, siempre que sus ingresos reconocieran como fuente el territorio de la República Mexicana, obligándoseles a calcular la tasa sobre sus ganancias brutas, sin permitir deducciones, amortizaciones o cualquier otro concepto.

Se establecieron algunos casos de exención para sujetos cuyos ingresos alcanzaban hasta la suma de \$100.00 mensuales y algunos otros de carácter general para los diplomáticos, cónsules y personas morales de interés público.

En su artículo 6o. se estableció como destino de recaudación, dedicarla exclusivamente a la adquisición de barcos para la marina mercante nacional y realizar obras indispensables que habilitaran nuestros puertos; esas necesidades que desde entonces se consideraban urgentes, ya que el Impuesto del Centenario se iba a dedicar a resolver esos grandes problemas nacionales, ya que se necesitaban líneas propias de navegación, y reconstruir los puertos marítimos.

El impuesto se pagó en estampillas adosadas que llevaban la leyenda "Centenario". Las distintas actividades que fueron gravadas, las denominó ésta Ley "Cédulas" y a las tasas del gravamen, según los renglones que constituyen el ingreso en cada caso, se les llamó "Categorías", que correspondían a una tímida progresión que iba de 1% a 4%, en cuatro escalones, según se tratara de ganancias de \$ 300.00, \$ 600.00, \$ 1,000.00 y más de \$ 1,000.00 mensuales,

para comercio, industria y agricultura. Para los profesionistas las variaciones eran poco sensibles: las llamadas "Categorías" iban de \$ 400.00 mensuales a \$ 1,200.00 con una tarifa progresiva de 1% a 4%. Para los asalariados de \$ 750.00 a \$ 1,200.00 la progresiva sólo se calculó de 1% a 3%. La colocación de dinero se gravó de \$ 250.00 a más de 750.00 con 1% a 4% de los rendimientos."¹¹²

II. LEY DE 21 DE FEBRERO DE 1924.

El 21 de febrero de 1924, siendo todavía Presidente de la República el general Álvaro Obregón, su ministro de Hacienda, Ing. Alberto J. Pani, le propuso la creación de una Ley semejante a la del Centenario, sólo que con carácter permanente, la que se promulgó el 21 de febrero 1924, denominándose "Ley para la Recaudación de los Impuestos Establecidos en la Ley de Ingresos Vigente sobre Sueldos, Salarios, Emolumentos, Honorarios y Utilidades de las Sociedades y Empresas."

Como requisito de carácter constitucional, esta Ley se apoyaba en el artículo 12 de la Ley de Ingresos del Erario Federal y en los incisos c) y d) de la fracción XII del artículo 1o. de la Ley de Ingresos de la Federación.

Este ordenamiento marca la implantación del impuesto en México, por haber sido ya de carácter permanente, en tanto que el anterior sólo se aplicó de manera transitoria. Se estructuró como muestra su nombre, para gravar los ingresos personales provenientes de sueldos y honorarios y las utilidades de las empresas. Como se observa, se refería a dos de los conceptos que originan ingresos: la actividad de las empresas comerciales dedicadas a la industria, la agricultura y el comercio, en donde existe la combinación del capital y del trabajo y a los provenientes de la actividad personal, derivados del trabajo del hombre, ya sea asalariado o dedicado a una profesión liberal.

¹¹² Chapoy Bonifaz. D. Beatriz. Finanzas Nacionales y Finanzas Estatales 3° Ed. Edit. Porrúa. México. 1998. pp.62- 63.

Se gravaron las utilidades de las empresas, con excepción de las que provenían de negociaciones agrícolas pertenecientes a particulares. La base del gravamen fue la utilidad percibida en el término de un año, ya fuera en dinero o en especie, y no se consideraron en la clasificación de ganancia, por tener carácter eventual, las donaciones, los legados y los ingresos por apuestas o loterías.

Para el cómputo de las ganancias líquidas, se admitieron una serie de deducciones del ingreso total sólo se dejó el establecimiento de estas deducciones al Reglamento, lo cual vino a corregirse hasta el año de 1954, por considerarse que la base del gravamen en estos casos debe quedar establecida en la Ley y no debe ser materia del Reglamento.

La tasa del impuesto iba gravando paulatinamente las utilidades anuales superiores a \$ 2,400.00 con el 2%, hasta el 4% previsto para las utilidades mayores de \$ 100,000.00.

En seguida, se creó la obligación de retener y enterar el gravamen a las personas que tenían el carácter de asalariados, dándose oportunidad en casos de inconformidad contra los dictámenes de las Juntas Calificadoras de presentar "reclamaciones", otorgándose a los contribuyentes con esta medida, un derecho de defensa en la esfera administrativa.

Según el artículo 30, del producto del impuesto recaudado por la Federación debería entregarse un 10% a la Entidad Federativa y un 10% al Municipio donde se hubiera originado el ingreso gravable.

En materia de sanciones se prevén en los artículos 33 y siguientes las más frecuentes infracciones, derivadas de ocultaciones o irregularidades con fines de defraudación, determinándose para cada una de ellas una sanción específica que más tarde recogió el Código Fiscal de la Federación, haciendo las modificaciones

que se juzgaron pertinentes. Quedó establecido el término de prescripción para el cobro de impuestos y multas por parte del Estado en un lapso de cinco años.

Posteriormente, el texto de la Ley del Impuesto Sobre la Renta de fecha 5 de abril de 1924, se adicionó esta ley con una serie de artículos con el fin de gravar a las sociedades extranjeras por los ingresos provenientes de fuente de riqueza situadas en el territorio nacional.

Desde el principio de la legislación del impuesto, la aceptación de la teoría de la fuente del ingreso gravable, que hasta la actualidad sigue imperante orientando los preceptos de la legislación vigente en el campo de la doble tributación internacional. Dichas adiciones también abarcaron, los ingresos provenientes de intereses, descuentos, réditos y otras formas de rendimiento de capital.

El causante en la imposición de capitales fue el acreedor, con responsabilidad solidaria para el deudor, y se previeron sistemas de vigilancia para el pago de este impuesto, con el auxilio de los notarios o corredores, prohibiéndose la autorización de escrituras sin la comprobación de que estaba al corriente en el pago del impuesto correspondiente a la operación de que se tratara y los jueces quedaron obligados a proporcionar informes a las Oficinas de Rentas, de todos los juicios presentados ante ellos con motivo del incumplimiento de algún contrato de imposición de capitales.

III. LEY DE 18 DE MARZO DE 1925.

Ahora bien, paralelamente, al ordenamiento en cuestión y dada la experiencia obtenida durante el año de la implantación de este gravamen, y para agrupar nuevamente en un código la ley y el reglamento respectivo, de manera coherente al año siguiente se aprobó la tercera Ley del Impuesto sobre la Renta. Que desde la óptica de Dolores Beatriz Chapoy Bonifaz “con ello la simetría en materia de gravámenes sobre el ingreso fue la base toral a regir por espacio de dieciséis

años, de 1925 a 1941, que si bien sufrió una serie de reformas y adiciones explicables por la necesidad de incluir en el impuesto las nuevas manifestaciones del fenómeno económico, en constante expansión, puede afirmarse que fue la que arraigó en forma definitiva este impuesto en nuestro medio, y logró la definición de un conjunto de normas, aún presentes en la legislación en vigor.

Tiene sobre la legislación anterior un mayor criterio de orden, y en sus diversos capítulos se agruparon: las disposiciones generales; las correspondientes a cada una de las siete cédulas que entonces se crearon con sus respectivas tarifas; los preceptos relativos a las declaraciones, forma y medio de recaudación, así como los preceptos de diversa índole relacionados con la mejor vigilancia del impuesto y, finalmente, el capítulo correspondiente a sanciones.

Estas normas, inspiradas en la legislación precedente de 1921 y 1924, tomaron en cuenta la experiencia obtenida en el primer año de implantación del impuesto, considerado, como ya se dijo, la época experimental del mismo. Continuaron exentas del pago del impuesto las empresas, sociedades, cámaras y corporaciones con fines benéficos, de cultura o de servicio público.

Esta Ley recogió la idea de participación del impuesto establecida en la Ley de 1924, destinando un 10% al Estado y otro 10% al Municipio, pero la condicionó al hecho de que esas entidades no gravaran las mismas fuentes que la Ley de Renta y, en todo caso, que si tales fuentes se encontraban gravadas por los municipios o entidades federativas, éstos redujeran sus tarifas disminuyéndolas en una proporción equivalente al 10% que otorgaría la Federación. Con ello quería evitarse la concurrencia impositiva sobre la misma fuente.

De ahí lo consignado en la Cédula 1 gravó los actos de comercio ejecutados de manera habitual o accidental y se definió con precisión la base del impuesto, consistente en la diferencia que arroje la resta entre el ingreso bruto y las deducciones autorizadas por el Reglamento, con lo que se continuó con la tesis

establecida en la Ley anterior, de dejar las deducciones, elemento indispensable para la determinación de la base, a las disposiciones reglamentarias.

En el artículo 10 se dio el régimen reservado a las compañías extranjeras de navegación marítima, obligándolas a pagar un 2% sobre los ingresos obtenidos por fletes y pasajes en los puertos del país. Prevención de todo punto acorde con la teoría de la fuente del ingreso gravable que se ha aceptado en nuestro derecho fiscal como solución para el caso de los conflictos impositivos de doble tributación internacional. En este mismo orden de actividades de carácter internacional, la Ley, en su artículo siguiente, obligó a las compañías extranjeras de seguros, con domicilio fuera del territorio nacional, a liquidar un 3%, de las primas y premios obtenidos por pólizas contratadas en México.

Los actos accidentales de comercio fueron gravados por una cuota proporcional del 4%, disposición que vino a modificarse hasta las reformas introducidas para el año de 1954. La tarifa sufrió un aumento de una unidad en cada uno de los tantos por ciento fijados en ella para las empresas explotadoras de concesiones del Estado, salvo el caso de los bancos, con lo cual la progresión de la tarifa aumentó hasta el 9% para estos casos.

Tanto las Cédulas II y III, se refieren a la Agricultura, descansan sobre las prevenciones estipuladas en la Cédula I por cuanto a la base, tarifas y demás elementos substanciales.

En lo referente a la Cédula IV, comprende la imposición de capitales, se ocupó de precisar con mayor objetividad los conceptos generadores del impuesto en esta Cédula, tales como Intereses, descuentos, anticipos, depósitos, fianzas, obligaciones, bonos, acciones, arrendamientos y otras operaciones o "inversiones de capital", que quedaron gravados en este capítulo de la Ley.

En el caso de los diversos contratos relacionados con la inversión de capitales en que no se determinara el interés correspondiente, la Ley fijó el 6% anual y lo hizo extensivo para las operaciones en que se pactara un interés más bajo. El mismo precepto, artículo 23, reconoció algunas excepciones a la anterior regla general, tratándose de depósitos judiciales, bonos y obligaciones de instituciones bancarias o emitidos por empresas de servicios públicos y otras análogas.”¹¹³

Continuando, con la descripción del sistema cedular Hugo González Cano, delinea el contenido del “Cédula V la cual gravó las percepciones obtenidas por causantes que de manera habitual o accidental explotaran el subsuelo o una concesión otorgada por el Estado. Si tales ingresos los obtenía el causante por ser socio de la compañía explotadora, quedaban gravados en Cédula II. Asimismo, quedó dentro de la órbita de esta Cédula la aportación, enajenación, transmisión de la propiedad de una concesión otorgada por el Estado a un particular, o la realización de esas operaciones con los derechos para la explotación del subsuelo.

En tanto que la Cédula VI gravó con dos tarifas, la A y la B, los ingresos de los asalariados. El impuesto progresivo fue ascendiendo, en la tarifa A, del 1% para los sueldos de \$ 2,000.01 al año, hasta el 4% asignado a los de \$ 45,000.00 en adelante. El mínimo exento se determinó en la cifra de \$ 2,000.00. De acuerdo con la tarifa 13, las cuotas del impuesto se redujeron para quienes obtuvieran hasta \$ 12,000.00 de ingresos al año y residieran en el Distrito Federal o en ciudades fronterizas con los Estados Unidos, por haberse tenido en cuenta el mayor costo de la vida en esos lugares. Con la evolución de este impuesto en México, especialmente si se transforma en impuesto personal, las deducciones por cargas de familia deberán aceptarse, determinando cantidades suficientes para esa finalidad, medio eficaz para lograr que el pago de la carga signifique el mismo esfuerzo para todos. De esta suerte se equipara automáticamente la capacidad contributiva de sujetos con el mismo ingreso, pero con distinto número de hijos y parientes que sostener.”

¹¹³ Chapoy Bonifaz. D. Beatriz. Imposición a la Riqueza en México. 4° Ed. Edit. UNAM –IIJ México1994 pp.83-85

En este mismo contexto, la Cédula VII gravó a los profesionistas, artesanos y artistas; los Ingresos anuales de los dos primeros quedaron sujetos al pago del impuesto de acuerdo con las siguientes tarifas diferenciales: la primera, igual a la tarifa A, aplicable a los profesionistas, artesanos y asalariados que no radicaran en las zonas más caras, con idénticos desgravámenes por cargas de familia; la segunda tarifa para esos mismos causantes con domicilio en las zonas de gastos de manutención más elevados, igual que la tarifa 13 de la Cédula anterior, y con el mismo sistema de aumento en las deducciones para las personas mantenidas por el contribuyente y, finalmente, una tarifa C para los deportistas y artistas de espectáculos y los que obtuvieran ingresos por funciones a su beneficio, con tasas más altas que iban de 1% a 10%, según que la percepción diaria fuera de \$ 6.01 a más de \$ 5,000.00. Las deducciones de los ingresos por gastos de sostenimiento de familia en este caso eran de \$ 1.00 por una persona a \$ 2.50 cuando fueran cuatro.¹¹⁴

Como obligaciones generales de los causantes, con excepción de los de Cédula VI, existían la de llevar los libros de contabilidad que se fijaron en el Reglamento, y para los de cédula 1 y II que debieran llevar dichos libros, la de practicar un balance anual, cuya fecha no podía ser variada sin anuencia de la Secretaría de Hacienda.

El artículo 48 establecía un término de cinco años para la prescripción de la acción fiscal de cobro de impuestos y sanciones. En igual término prescribía la acción de los contribuyentes para reclamar la restitución de lo pagado indebidamente. Más adelante varió el lapso de la prescripción, dejándose el de cinco años para la autoridad y restringiéndose a dos años el correspondiente a los particulares, criterio que se sustenta por la diferencia que existe entre los intereses fiscales, que a todos nos atañen por su naturaleza superior, y los de los particulares que sólo afectan a determinados individuos.

¹¹⁴ González Cano. Hugo. Imposición a Distintos Niveles de Gobierno 2º Ed. Edit. Universidad Autónoma de Guadalajara - Indetec México. 1994. pp. 123 - 124

Posteriormente, se plantearon reformas trascendentales, en el rubro de las utilidades estimadas por giros, con una tarifa específica para los mismos, vino a crear en México el sistema francés del rendimiento probable de las negociaciones (*chiffre d'affaires*), que a la fecha se mantiene para los causantes de menor importancia sujetos a clasificación. La tarifa para los comerciantes con ingresos mayores de \$ 100,000.00 sufrió un aumento hasta llegar al 12% aplicable a utilidades mayores de \$ 500,000.00, dejándose libres de impuestos los primeros \$ 2,000.00 de utilidad, exención que sólo se reconocía a las personas físicas y no a las personas morales obligadas a pagar al 2% por la utilidad obtenida hasta \$ 5,000.00.

En lo concerniente a este tipo de reformas, Ernesto Flores Zavala, sostiene que “éste gravamen estableció una serie de incrementos para ser más eficaz su recaudación. La imposición de capitales con la misma tasa del 6% proporcional, sólo que se determinó una tasa diferencial del 3% sobre el rendimiento de las obligaciones y bonos aludidos en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, con lo cual se inicia el tratamiento favorable a los títulos - valores que a la fecha concede exención, tanto a los emitidos por el Estado como por particulares. El 29 de diciembre de 1933 se aprobaron modificaciones importantes a la Ley del Impuesto sobre la Renta que consistieron, particularmente, en un aumento a las tarifas que gravaban la utilidad de los comerciantes. Se incrementó al 4% proporcional el impuesto sobre las sumas obtenidas por premios o primas derivados de reafianzamientos, asimismo se gravó a las empresas que explotaran comercialmente bienes inmuebles, cuando perciben ingresos por arrendamientos en la explotación comercial de sus inmuebles, son sujetos del impuesto.”¹¹⁵ Del mismo modo, se procedió a agrupar en la Cédula I las actividades del comercio, lato sensu, incluyéndose al comercio propiamente dicho, la industria, la agricultura y la ganadería, tocándole a la Cédula II Imposición de Capitales; a la III la

¹¹⁵ Flores Zavala. E. Elementos de Finanzas Públicas Mexicanas. Vigésima novena Ed. Edit. Porrúa .México. 2001.pp.476 - 477

Explotación de Concesiones sobre el Subsuelo; a la IV los Salarios y a la V los Honorarios. Fue hasta 1954 que se reimplantaron las primitivas siete cédulas.

La Cédula II, que gravaba la imposición de capitales, introdujo una substancial reforma al aprobar, por primera vez para estas actividades, tasas progresivas aplicables a los ingresos gravables anuales, que iban de 6% para los ingresos de \$ 2,400.00, hasta 16.3% sobre los ingresos superiores a \$ 500,000.00, y se estableció un sistema de anticipo del impuesto, consistente en un 10% del importe del ingreso gravable, pagadero en timbres.

En ulteriores modificaciones a la Ley de 18 de marzo de 1925, se estableció la exención del impuesto sobre las primas de reaseguros pagadas por las compañías mexicanas a las extranjeras, por riesgos que pudieran ocasionarse en el territorio nacional, con el propósito de vigorizar el sistema de las instituciones de seguros del país.

IV. LEY DE 31 DE DICIEMBRE DE 1941.

En lo referente a esta disposición cuya vigencia por casi diecisiete años de la Ley expedida en 1925, María de Jesús González M.J. afirma “que se hizo indispensable una serie de reformas, con carácter de urgente la aprobación de un nuevo texto que incluyera (con criterio sistemático) todas las normas referentes a la materia, lo que dio lugar a la Ley de 31 de diciembre de 1941.

Donde el sistema cedular siguió imperante como se demuestra con la Cedula II que concedió exención a los bonos de la Deuda Pública Mexicana. III sufrió un aumento en su tasa hasta llegar al 33% aplicable a ingresos gravables superiores al medio millón de pesos.

Y la IV gravó los ingresos mensuales superiores a \$ 166.66 hasta \$ 200.00 con el 1.3%, concediendo exención a una cantidad inferior. El impuesto anual para los

causantes de Cédula V se determinó únicamente a base de clasificación en categorías.”¹¹⁶

De igual manera, por reforma que se le hizo al artículo 15 en su fracción IX bis, se creó el impuesto sobre dividendos que repartieran sociedades mexicanas o extranjeras que actuaran dentro del territorio nacional. La tasa reservada a los dividendos fue la del 8% proporcional y quedaron exentos de la progresiva. Como dispone el artículo 17.

El impuesto sobre dividendos se transformó, denominándose de entonces en adelante Impuesto sobre Ganancias Distribuibles. El 30 de diciembre de 1947 se iniciaron reformas del impuesto, modificándose el artículo 14 para excluir del gravamen los ingresos derivados de arrendamientos efectuados por sociedades civiles. Por virtud de estas reformas, la exención de que gozaban los dueños de coches de alquiler se limitó al propietario de un solo automóvil de alquiler destinado al transporte de pasajeros.

En suma, la Ley de 1941 sufrió sus últimas modificaciones el 29 de diciembre de 1952 las cuales abarcaron no sólo el Impuesto sobre la Renta, sino el Impuesto sobre Utilidades Excedentes.

4.2. LEYES CONEXAS CON EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

Entre las leyes más directamente relacionadas con la del Impuesto sobre la Renta, se publicaron las siguientes:

a) Ley del Impuesto Extraordinario sobre Ingresos de 31 de julio de 1931 y su Reglamento;

b) Ley del Impuesto sobre Ausentismo de 14 de febrero de 1934 y su Reglamento;

¹¹⁶ González de Miguel M. de J. La Coordinación Impositiva en el Estado Mexicano. 1° Ed. Edit. Porrúa. México. 1992. p. 179.

c) Ley del Impuesto sobre Exportación de Capitales de 29 de agosto de 1936 y su Reglamento;

d) Ley del Impuesto de la Renta sobre el Superprovecho de 27 de diciembre de 1939, y

e) Ley del Impuesto sobre Utilidades Excedentes de 29 de diciembre de 1948.

LEY DEL IMPUESTO EXTRAORDINARIO SOBRE INGRESOS.

El 31 de julio de 1931 se expidió la Ley del Impuesto Extraordinario sobre Ingresos, que gravaba las actividades a que se refieren las cédulas del Impuesto sobre la Renta, en su artículo primero.

LEY DEL IMPUESTO SOBRE UTILIDADES EXCEDENTES.

El 29 de diciembre de 1948 se creó la Ley del Impuesto sobre Utilidades Excedentes, que tiene como antecedente la que se acaba de mencionar. En donde se advierte que la devaluación monetaria provocaría, con el transcurso del tiempo, una redistribución del ingreso real que dañaría a la mayoría de la población de escasos recursos. A fin de evitarlo, el Gobierno no contaba sino con dos armas: o bien aminorar el gasto público destinado al programa de desarrollo económico, frenando la inflación, o, por otra parte, aumentar los impuestos a los de mayores recursos. Como este segundo camino fue el escogido, se creó nuevamente el impuesto que tiene como base las utilidades obtenidas, en relación con la inversión realizada en la empresa.

IMPLANTACIÓN DE SIETE CÉDULAS.

Otra, de las reformas medulares que sufrió la Ley consistió en la división de las cédulas en siete grupos, volviendo al sistema propuesto por la Ley de 1924. Tal como describe Ernesto Flores Zavala, para “ello se dividió la Cédula 1 en sus tres actividades predominantes: comercio, industria y agricultura, incluyendo en esta última la ganadería y la pesca para que ocuparan, respectivamente, las cédulas 1, II y III. La necesidad de escindir en tres la Cédula 1, se justifica por la diversidad de las materias que regulaban y que requerían un tratamiento fiscal distinto. No todas las actividades económicas deben estar igualmente gravadas y el Estado, a través de su política impositiva, puede y debe impulsar las que se encuentran en desfavorables condiciones. Además, desde la época en que se fusionaron todas las actividades mercantiles en una sola cédula, fue indispensable hacer una excepción para el caso de la agricultura, al darle una protección especial con la mira de estimular a esa actividad substancial para la economía del país.

En efecto, para alentar las inversiones hacia la agricultura y ganadería, las tasas de la Cédula 1 se redujeron 50%. La Ley hace una distinción fiscal para las actividades de tipo comercial, todas ellas incluidas en la Cédula 1 reservándoles un capítulo especial, para mayor claridad, cuando abarcan un número considerable de contribuyentes, por su importancia y por su tratamiento específico, el cual dio nacimiento a capítulos como el de la "venta en abonos", tan frecuente en nuestro medio y el de las instituciones de crédito, de seguros y de fianzas, con lo que se logra orientar mejor al contribuyente, que fácilmente encuentra las normas específicas en un capítulo por separado.

Se podría objetar que son actividades de carácter comercial las desarrolladas por la industria, la agricultura y la ganadería; por ello es pertinente reafirmar que al dividirse la antigua Cédula I en las tres primeras de la Ley del Impuesto sobre Utilidades Excedentes establece que: la división tiene un carácter fiscal, justificado por el distinto tratamiento que es necesario dar a cada una de estas tres

actividades. Así, la Cédula I, no se da una definición genérica de lo que debe entenderse por acto de comercio, en tanto que la Cédula II, destinada a la industria, dedica un artículo para definirla, y la Cédula III, determina lo que debe considerarse como agricultura, ganadería y pesca. Aquello que no se encuentre dentro de las definiciones específicas de Cédula II y la III, está en la Cédula I, la Cédula matriz de donde se desgajaron II y III. De esta suerte no hay lugar a dudas en cuanto a la interpretación de la Ley.

Las actividades que quedaban gravadas al mismo tiempo en la Cédula III y en la Cédula II, al industrializar sus productos el agricultor, el ganadero o el pescador, se resolvió gravarlas con el 75% de la tabla de la Cédula II, para evitar el sistema objetable de la Ley anterior, que por el solo hecho de industrializarse los productos del campo, los gravaba con la tasa de Cédula I, sin la protección otorgada a los agricultores y ganaderos. La íntima relación que guardaba la Ley del Impuesto sobre la Renta, con la Ley del Impuesto sobre Utilidades Excedentes, hizo que se transformara esta última en una tasa aplicable a los casos que la Ley determina, manejándose con mayor facilidad en un solo cuerpo legal, y se elevó de \$200,000.00 a \$300,000.00 el ingreso anual que debe percibir el sujeto para quedar gravado en esta tasa, excluyéndose a las empresas de capital medio.

Cabe hacer hincapié, que otra, ventaja, otorgada a cambio del sistema rígido de cuota, consiste en liberar a estos contribuyentes de llevar libros de contabilidad, para lo cual se requieren los servicios de un especialista, a quien se deben pagar honorarios, recargando los gastos de los pequeños negocios.

En vez de los libros de contabilidad, estos contribuyentes sólo estaban obligados (en presente o futuro debe establecerse) a llevar un sencillo libro de ingresos y egresos, para registrar las entradas brutas obtenidas en el año y poder hacer la clasificación prevista en la Ley y pagar la cuota establecida para cada caso.”¹¹⁷

¹¹⁷ Flores Zavala. E. Ob. Cit. pp.492 - 494

PAGOS PROVISIONALES DEL IMPUESTO.

La Ley introdujo en este aspecto una substancial reforma. Los contribuyentes en las cédulas I, II y III y en la Tasa sobre Utilidades excedentes, tenían la obligación de hacer tres pagos a cuenta del impuesto que resultara con motivo de un año de actividades. Los anticipos se calculaban de acuerdo con el impuesto pagado en el ejercicio inmediato anterior. Este método, sencillo a primera vista, provocaba, sin embargo, la entrega de cantidades que en definitiva no adeudaba el contribuyente y naturalmente se daba ocasión a la devolución de los pagos en exceso.

Consecuentemente, se tuvo el propósito de modificar esta injusta situación y se reformó la Ley en dos sentidos: se modificó el sistema del pago provisional con la mira de exigir a los causantes la parte proporcional del impuesto que realmente tienen que cubrir al finalizar el ejercicio, independientemente de la cantidad de impuesto que hubieran tenido que enterar en el año inmediato anterior, tomando para ello en consideración los ingresos obtenidos durante la parte proporcional del año que abarque el anticipo.

La otra, reforma, consistió, en aceptar la compensación cuando, debiendo el Erario alguna cantidad como resultado de las calificaciones, el contribuyente es deudor, a su vez, de alguna suma por concepto de anticipos.

SUELDOS.

En forma somera, Beatriz Chapoy Bonifaz, señala las “reformas sobresalientes en las Cédulas III, IV y V se mantuvieron con el mismo contenido de la Ley derogada. La primera de las citadas gravando los sueldos, y la segunda los honorarios. Esto fue la consecuencia de haber llevado las antiguas cédulas II y III a las VI y VII, respectivamente, para darle cabida a la división de la primera cédula en tres. El haber dejado las cédulas IV y V en el mismo lugar que venían ocupando en la Ley

derogada, no tiene otra explicación que respetar la arraigada costumbre de referirse a la Cédula IV, cuando se trata de sueldos y a la Cédula V, por lo que toca a honorarios.

HONORARIOS.

La Cédula V acepta un sistema optativo de calificación y clasificación. La primera forma de tributación respeta los lineamientos del ingreso gravable y deducciones autorizadas, y la segunda, clasifica según los ingresos brutos anuales y señala una cuota fija. En esta materia también se atendió la solicitud de la iniciativa privada.

El anticipo del 1.4% que se venía cubriendo en el momento de la percepción de honorarios, se aumentó al 2% con la finalidad de que al terminar el ejercicio no se tengan que erogar fuertes sumas como resultado de la aplicación de las tarifas.

Sin embargo, eso no significa aumento en las tasas, sino en los anticipos del impuesto.

IMPOSICIÓN DE CAPITALS.

La tendencia imperante en el rubro de imposición de capitales en el país durante la segunda mitad del siglo XX en el Impuesto sobre la Renta la describe perfectamente la Cédula VI, deben hacerse dos referencias, las dos en torno al gravamen previsto para las utilidades repartibles.

La primera consiste en el aumento del por ciento reducible de las utilidades dedicadas a la reinversión y que tiene singular trascendencia en nuestro medio y viene a robustecer el legítimo anhelo de industrializar al país, para crear una economía fuerte y suficiente para cubrir nuestras propias necesidades.

La segunda, será el comentario al aumento de la tasa proporcional del 10% al 15% que grava las utilidades distribuibles.

La primera reforma que viene a alentar las reinversiones, consiste brevemente en lo siguiente: en la Ley anterior solamente se admitía una deducción del 10% de las utilidades distribuibles, para ser dedicadas a la reinversión y otorgarles la exención del impuesto sobre dividendos.

Estas nuevas inversiones pueden realizarse o bien por una ampliación del capital, haciendo que nuevos inversionistas adquieran acciones, o bien distraendo de las utilidades repartibles un por ciento destinado a la reinversión.”¹¹⁸

En la Ley del Impuesto sobre la Renta, se creó una deducción a la utilidad repartible del 20% además del 10% ya concedido en la legislación anterior, siempre que esa suma se dedique a crear una reserva adicional de reinversión, con los requisitos ya establecidos, de la previa aprobación de la asamblea y el necesario registro en la contabilidad de la empresa. En este aspecto, la visión de Francisco González de la Garza “hubo un cambio substancial del proyecto de reformas a la Ley. Entre los requisitos establecidos en dicho proyecto, que se dio a estudiar a la iniciativa privada, se obligaba a invertir la cantidad destinada a la reinversión en valores del Estado o en valores aprobados por la Comisión Nacional de Valores. Como consecuencia de las objeciones presentadas tanto por escrito, como en las juntas celebradas con el Secretario de Hacienda, se suprimieron estos requisitos para hacer más eficaz la reinversión y no obligar a las empresas a distraer sumas considerables en inversiones en valores, y así cumplir con una de las reiteradas promesas del régimen.

El Estado está empeñado en favorecer el desenvolvimiento industrial del país, para darle fuerza suficiente y lograr el imperativo de crear esa forma la actividad mercantil, propiciada por el movimiento revolucionario y conquistar la autarquía

¹¹⁸ Chapoy Bonifaz. D. Beatriz. Ob. Cit. pp.135 - 137

que nos permita vivir de nuestros propios recursos, transformándolos en los distintos satisfactores de consumo general. Impulsar la industria equivale a impulsar el desarrollo económico de México y, en consecuencia, se favorece al comercio, a la agricultura, a la ganadería, se amplía la ocupación y se beneficia, en definitiva, al conglomerado.

Las utilidades que se retiren para ser repartidas, vieron aumentado el gravamen del 10% al 15%, medida adoptada teniendo en cuenta las necesidades del Erario y considerándolo como un factor más para invitar a los accionistas a reinvertir sus utilidades, y no separarlas para disponer de ellas. Por cuanto a la Cédula VII, se puede sintetizar la reforma haciendo mención de que las normas que aparecían indebidamente en el Reglamento, se cambiaron a la Ley, y se precisó el alcance de la fuente gravable, cuando un tercero percibe ingresos derivados de concesiones, permisos, autorizaciones o contratos otorgados por el Estado.”¹¹⁹

4.3. REFORMAS A LA LEY DE 1954.

En la crónica de los hechos se presenta en el año de 1954 entró en vigor una nueva Ley del Impuesto sobre la Renta y con ella se inició la tercera etapa legislativa de este impuesto en México.

Esta Ley, además de incluir una serie de nuevos e importantes preceptos y de reagrupar, en forma lógica los correspondientes a la legislación anterior, rigió sin ninguna modificación durante los años de 1954 y 1955. Fue hasta 1956 cuando se introdujeron algunas reformas de consideración, a las cuales nos referimos más adelante. En la investigación de los acontecimientos, el antecedente ó vestigio de la legislación del Impuesto sobre la Renta en su primera etapa, lo formaron las leyes de 1921, 1924 y 1925.

¹¹⁹ González de la Garza F. Derecho Financiero Mexicano Parte General Tomo I 32 ° Ed. Edit. Porrúa. México 2006 pp. 396 - 398

La primera, llamada Del Centenario, fue la Ley que estableció el Impuesto sobre la Renta en México; mas como era de carácter transitorio, debemos, considerar, la segunda y tercera de las citadas, como las que fundaron definitivamente este impuesto.

Con el desarrollo del gravamen sobre la Renta, renglón cada vez más importante del Erario Federal, fue indispensable introducir en la legislación una serie de reformas, hasta llegar a la Ley de 1941, con características de un nuevo ordenamiento, que abre la segunda etapa legislativa de este impuesto, y constituye el antecedente próximo de la Ley de 1954. En ocasiones se tuvo que recurrir al mismo número del precepto vigente, y para distinguir la reforma se usó la expresión "bis". Cuando ni de esta manera las reformas encajaban dentro del articulado de la Ley, se incluyeron en los preceptos reglamentarios, aun cuando tenían carácter normativo por definir y precisar la base del gravamen, dando ocasión a litigios ante los Tribunales.

En estos casos los artículos del Reglamento, por incluir reformas substanciales, fueron tachados de inconstitucionalidad, supuesto que su redacción rebasaba los límites que la Constitución establece para la facultad reglamentaria, que debe quedar circunscrita al contenido normativo de la Ley.

Todo ello hacía de difícil comprensión los preceptos aplicables y se prestaban a errores y confusiones, lo cual se traducía en menoscabo de la recaudación o en litigios con los particulares.

En las reformas de 1954 se agregaron los preceptos indebidamente incorporados al Reglamento para trasladarlos a la Ley y se aprovechó la ocasión para hacer una nueva estructuración de títulos y capítulos que incluyera, en forma clara y lógica, el acervo de conocimientos obtenidos de la aplicación administrativa del impuesto.

De igual manera, dieron cabida a una serie de principios de contabilidad, indispensable para la mejor determinación de la utilidad gravable base del impuesto, y en vez de poner todo el énfasis en la procedencia de las deducciones admitidas, se cuidó de estudiar los elementos integrantes de la utilidad bruta, desde la adquisición de las materias primas o mercaderías hasta su venta, señalando en concreto normas para la determinación de los costos, de acuerdo con las distintas actividades mercantiles.

Transcurridos los dos primeros años de la aplicación de la Ley y Reglamento de 1954, la experiencia permitió a las autoridades hacendarias y a los institutos de profesionistas ligados con las doctrinas que informan este impuesto, un estudio cabal de las deficiencias y virtudes de la legislación, que obligó nuevamente a redactar artículos que se habían prestado a una interpretación anti lógica, a prever normas para los casos de las lagunas existentes, a proyectar artículos para regular situaciones no previstas que surgen como consecuencia del progreso económico del país y, finalmente a introducir modificaciones en los preceptos invocados por los contribuyentes con la única intención de disminuir inequitativamente la medida de la obligación tributaria.

Además, habiendo sido motivo de controversia judicial algunos artículos de la Ley y su Reglamento, a través del juicio de garantías Constitucional por conducto del Juicio de Amparo, la Suprema Corte de justicia de la Nación (SCJN), en distintas ejecutorias, determinó la interpretación de los principios constitucionales de generalidad y proporcionalidad de los impuestos en casos concretos.

Ello originó algunos retoques en la legislación, con el ánimo de superar los problemas apuntados por el alto Tribunal, y lograr, a través de una norma nueva, respetar los criterios jurisprudenciales asentada y que todos los contribuyentes cubran los impuestos aprobados, sin excepción, con la generalidad establecida en la Ley Suprema, evitando así que unos cuantos escapen a las cargas públicas por

una ejecutoria que sólo los beneficia en lo particular, según la postura académica de la relatividad de la cosa juzgada, aceptada en nuestro juicio de Amparo.

4.4. CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACION.

Por lo que se refiere a la vinculación de la institución del fideicomiso con la norma impositiva aplicable en todo el país, en el ámbito fiscal la Ley de la Materia establece en sus disposiciones generales los preceptos aplicables a cada caso en concreto. Desde la percepción de Daniel Diep Diep, asevera, que el Código Fiscal de la Federación (C.F.F.) “En su Artículo 10. Se considera domicilio fiscal:

I. Tratándose de personas físicas:

a) Cuando realizan actividades empresariales, el local en que se encuentre el principal asiento de sus negocios.

b) Cuando no realicen las actividades señaladas en el inciso anterior, el local que utilicen para el desempeño de sus actividades.

c) Únicamente en los casos en que la persona física, que realice actividades señaladas en los incisos anteriores no cuente con un local, su casa habitación. Para estos efectos, las autoridades fiscales harán del conocimiento del contribuyente en su casa habitación, que cuenta con un plazo de cinco días para acreditar que su domicilio corresponde a uno de los supuestos previstos en los incisos a) o b) de esta fracción.

II. En el caso de personas morales:

a) Cuando sean residentes en el país, el local en donde se encuentre la administración principal del negocio.

b) Si se trata de establecimientos de personas morales residentes en el extranjero, dicho establecimiento; en el caso de varios establecimientos, el local en donde se encuentre la administración principal del negocio en el país, o en su defecto el que designen.”¹²⁰

Cuando los contribuyentes no hayan designado un domicilio fiscal estando obligados a ello, o hubieran designado como domicilio fiscal un lugar distinto al que les corresponda de acuerdo con lo dispuesto en este mismo precepto o cuando hayan manifestado un domicilio ficticio, las autoridades fiscales podrán practicar diligencias en cualquier lugar en el que realicen sus actividades o en el lugar que conforme a este artículo se considere su domicilio, indistintamente.

En esta misma línea de ideas, se aborda la premisa del concepto enajenación de bienes, que tiene que ver mucho con aspectos civiles, mercantiles comerciales e impositivos. Por ende, el mismo autor que antecede, sostiene en forma expresa, el mismo Artículo 14 del Código Fiscal de la Federación establece que se entiende por enajenación de bienes:

...I. Toda transmisión de propiedad, aun en la que el enajenante se reserve el dominio del bien enajenado

II. Las adjudicaciones, aun cuando se realicen a favor del acreedor.

III. La aportación a una sociedad o asociación.

IV. La que se realiza mediante el arrendamiento financiero.

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

¹²⁰ Diep Diep D. Análisis y Comentarios del Código Fiscal de la Federación 1ºEd. Edit. Themis, 2006 México. pp. 10 -11

a) En el acto en el que el fideicomitente designe o se obliga a designar fideicomisario diverso de el 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.

Cuando el fideicomitente reciba certificados de participación por los bienes que afecte en fideicomiso, se consideraran enajenados esos bienes al momento en que el fideicomitente reciba los certificados, salvo que se trate de acciones.

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 considerara 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 estos se incluye el de que los bienes se transmitan a su favor.

Cuando se emitan certificados de participación por los bienes afectos al fideicomiso y se coloquen entre el gran publico inversionista, no se consideraran enajenados dichos bienes al enajenarse esos certificados, salvo que estos les den a sus tenedores derechos de aprovechamiento directo de esos bienes, o se trate de acciones, la enajenación de los certificados de participación se considerara como una enajenación de títulos de crédito que no representan la propiedad de bienes y tendrán las consecuencias fiscales que establecen las leyes fiscales para la enajenación de tales títulos.

VII. La transmisión de dominio de un bien tangible o del derecho para adquirirlo que se efectúe a través de enajenación de títulos de crédito, o de la cesión de derechos que los representen.

Lo dispuesto en esta fracción no es aplicable a las acciones o partes sociales.

VIII. La transmisión de derechos de crédito relacionados a proveeduría de bienes, de servicios o de ambos a través de un contrato de factoraje financiero en el momento de la celebración de dicho contrato, excepto cuando se transmitan a través de factoraje con mandato de cobranza o con cobranza delegada así como en el caso de transmisión de derechos de crédito a cargo de personas físicas, en los que se considerara que existe enajenación hasta el momento en que se cobre los créditos correspondientes.

IX. La que se realice mediante fusión o escisión de sociedades, excepto en los supuestos a que se refiere el artículo 14- b de este código.”¹²¹

Se entiende que se efectúan enajenaciones a plazo con pago diferido o en parcialidades, cuando se efectúen con clientes que sean del público en general, se difiera mas del 35% del precio para después del sexto mes y el plazo pactado exceda de doce meses. No se consideran operaciones efectuadas con el publico en general cuando por las mismas se expidan comprobantes que cumplan con los requisitos a que se refiere el artículo 29-a de este código.

Se considera que la enajenación se efectúa en territorio nacional, entre otros casos, si el bien se encuentra en dicho territorio al efectuarse el envío al adquirente y cuando no habiendo envío, en el país se realiza la entrega material del bien por el enajenante.

¹²¹ *Ibíd.* pp. 36 – 37

Cuando de conformidad con este artículo se entienda que hay enajenación, el adquirente se considerara propietario de los bienes para efectos fiscales.

4.5. LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

Como quedó descrito con anterioridad el primer precedente en nuestro país se debe éste gravamen directo a los trabajos realizados por Adolf Adler en las investigaciones que le encargó la comisión para incrementar la recaudación que afectarán los ingresos directos que inciden en el trabajo y la acumulación de riqueza.

El gravamen sobre la Renta constituye el conjunto de actividades que grava los ingresos provenientes del esfuerzo personal (trabajo) capital y la combinación de ambos produce riqueza que incrementa su patrimonio.

Por ello el enfoque que la Dra. María Antonieta Martín Granados, elabora en su Estudio del Impuesto sobre la Renta del año en curso, “por esta razón, expresa lo siguiente:

TITULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1o. Las personas físicas y las morales, están obligadas al pago del impuesto sobre la renta en los siguientes casos:

I.- Las residentes en México, respecto de todo su ingreso cualquiera que sea la ubicación de la fuente de riqueza de donde procedan.

II.- Los residentes en el extranjero que tengan un establecimiento permanente en el país, respecto de los ingresos atribuibles a dicho establecimiento permanente.

III.- Los residentes en el extranjero, respecto de los ingresos procedentes de fuentes de riqueza situadas en territorio nacional, cuando no tengan un establecimiento permanente en el país, o cuando teniéndolo, dichos ingresos no sean atribuibles a éste.

En lo referente a la conceptualización académica de lo que debe entenderse por establecimiento permanente el autor José Isauro López López “es aquella entidad indeleble que se dedica a la producción elaboración comercialización y distribución de bienes y servicios.” Por ende, utilizamos, lo que prevé la Ley del Impuesto sobre la Renta”.

“Artículo 2o. Para los efectos de esta Ley, se considera establecimiento permanente cualquier lugar de negocios en el que se desarrollen, parcial o totalmente, actividades empresariales o se presten servicios personales independientes. Se entenderá como establecimiento permanente, entre otros, las sucursales, agencias, oficinas, fábricas, talleres, instalaciones, minas, o cualquier lugar de exploración, extracción o explotación de recursos naturales”.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando un residente en el extranjero actúe en el país a través de una persona física o moral, distinta de un agente independiente, se considerará que el residente en el extranjero tiene un establecimiento permanente en el país, en relación con todas las actividades que dicha persona física o moral realice para el residente en el extranjero, aun cuando no tenga en territorio nacional un lugar de negocios o para la prestación de servicios, si dicha persona ejerce poderes para celebrar contratos a nombre o por cuenta del residente en el extranjero tendientes a la realización de las actividades de éste en el país, que no sean de las mencionadas en el artículo 3o. de esta Ley.

En caso de que un residente en el extranjero realice actividades empresariales en el país, a través de un fideicomiso, se considerará como lugar de negocios de dicho residente, el lugar en que el fideicomiso realice tales actividades y cumpla

por cuenta del residente en el extranjero con las obligaciones fiscales derivadas de estas actividades. Se considerará que existe establecimiento permanente de una empresa aseguradora residente en el extranjero, cuando ésta perciba ingresos por el cobro de primas dentro del territorio nacional u otorgue seguros contra riesgos situados en él, por medio de una persona distinta de un agente independiente, excepto en el caso del reaseguro.

De igual forma, se considerará que un residente en el extranjero tiene un establecimiento permanente en el país, cuando actúe en el territorio nacional a través de una persona física o moral que sea un agente independiente, si éste no actúa en el marco ordinario de su actividad. Para estos efectos, se considera que un agente independiente no actúa en el marco ordinario de sus actividades cuando se ubique en cualquiera de los siguientes supuestos:

I.- Tenga existencias de bienes o mercancías, con las que efectúe entregas por cuenta del residente en el extranjero.

II.- Asuma riesgos del residente en el extranjero.

III.- Actúe sujeto a instrucciones detalladas o al control general del residente en el extranjero.

IV.- Ejercer actividades que económicamente corresponden al residente en el extranjero y no a sus propias actividades.

V.- Perciba sus remuneraciones independientemente del resultado de sus actividades.

VI.- Efectúe operaciones con el residente en el extranjero utilizando precios o montos de contraprestaciones distintos de los que hubieran usado partes no relacionadas en operaciones comparables.

Tratándose de servicios de construcción de obra, demolición, instalación, mantenimiento o montaje en bienes inmuebles, o por actividades de proyección, inspección o supervisión relacionadas con ellos, se considerará que existe establecimiento permanente solamente cuando los mismos tengan una duración de más de 183 días naturales, consecutivos o no, en un periodo de doce meses.

Para los efectos del párrafo anterior, cuando el residente en el extranjero subcontrate con otras empresas los servicios relacionados con construcción de obras, demolición, instalaciones, mantenimiento o montajes en bienes inmuebles, o por actividades de proyección, inspección o supervisión relacionadas con ellos, los días utilizados por los subcontratistas en el desarrollo de estas actividades se adicionarán, en su caso, para el cómputo del plazo mencionado.

A todas luces resulta evidente que no tendrá el carácter de residente cuando no permanezca en el territorio nacional por espacio de 183 días con apego a lo dispuesto a ley de la materia.

No se considerará que un residente en el extranjero tiene un establecimiento permanente en el país, derivado de las relaciones de carácter jurídico o económico que mantengan con empresas que lleven a cabo operaciones de maquila, que procesen habitualmente en el país, bienes o mercancías mantenidas en el país por el residente en el extranjero, utilizando activos proporcionados, directa o indirectamente, por el residente en el extranjero o cualquier empresa relacionada, siempre que México haya celebrado, con el país de residencia del residente en el extranjero, un tratado para evitar la doble imposición y se cumplan los requisitos del tratado.

“Incluyendo, los acuerdos amistosos celebrados de conformidad con el tratado en la forma en que hayan sido implementados por las partes del tratado, para que se

considere que el residente en el extranjero no tiene establecimiento permanente en el país.”¹²²

Regresando al tópico del establecimiento permanente indudablemente que el autor Baltasar Feregrino Paredes, expresa que actualmente la tendencia imperante en la actual Ley del Impuesto sobre la Renta no trae cambios substanciales al uso de la nomenclatura en particular de algún concepto en especial por la que las personas físicas y morales contribuyan al erario federal. De esta manera se enuncia el texto vigente del art.3 ° de la Ley del ISR.

Artículo 3o. No se considerará que constituye establecimiento permanente:

I.- La utilización o el mantenimiento de instalaciones con el único fin de almacenar o exhibir bienes o mercancías pertenecientes al residente en el extranjero.

II.- La conservación de existencias de bienes o de mercancías pertenecientes al residente en el extranjero con el único fin de almacenar o exhibir dichos bienes o mercancías o de que sean transformados por otra persona.

III.- La utilización de un lugar de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías para el residente en el extranjero.

IV.-La utilización de un lugar de negocios con el único fin de desarrollar actividades de naturaleza previa o auxiliar para las actividades del residente en el extranjero, ya sean de propaganda, de suministro de información, de investigación científica, de preparación para la colocación de préstamos, o de otras actividades similares.

¹²² Martín Granados M. A. Estudio Practico de la Ley del Impuesto Sobre la Renta 2008,1° Ed. Edit. Tax México 2008 pp. 294 - 296

V.- El depósito fiscal de bienes o de mercancías de un residente en el extranjero en un almacén general de depósito ni la entrega de los mismos para su importación al país.

Hoy en día, el texto de esta disposición nos deja de manera clara y precisa que no se considera establecimientos permanentes para efectos de los gravámenes directos aplicables y vigentes en todo el territorio nacional.

“Artículo 4o. Se considerarán ingresos atribuibles a un establecimiento permanente en el país, los provenientes de la actividad empresarial que desarrolle o los ingresos por honorarios y en general por la prestación de un servicio personal independiente, así como los que deriven de enajenaciones de mercancías o de bienes inmuebles en territorio nacional, efectuados por la oficina central de la persona, por otro establecimiento de ésta o directamente por el residente en el extranjero, según sea el caso. Sobre dichos ingresos se deberá pagar el impuesto en los términos de los Títulos II o IV de esta Ley, según corresponda”.

También, se consideran, ingresos atribuibles, a un establecimiento permanente en el país, los que obtenga la oficina central de la sociedad o cualquiera de sus establecimientos en el extranjero, en la proporción en que dicho establecimiento permanente haya participado en las erogaciones incurridas para su obtención.”¹²³

“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 con las disposiciones del propio tratado 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 establecidas

¹²³ Peralta Padilla G. Reformas a la Ley del Impuesto sobre la Renta 1° Ed. Edit. Gasca – Sicco México. 2008. pp. 17- 18.

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 derecho a solicitar la devolución por la diferencia que corresponda.

Las constancias que expidan las autoridades extranjeras para acreditar la residencia surtirán efectos sin necesidad de legalización y solamente será necesario exhibir traducción autorizada cuando las autoridades fiscales así lo requieran”.

“Artículo 6o. Los residentes en México podrán acreditar, contra el impuesto que conforme a esta Ley les corresponda pagar, el impuesto sobre la renta que hayan pagado en el extranjero por los ingresos procedentes de fuente ubicada en el extranjero, siempre que se trate de ingresos por los que se esté obligado al pago del impuesto en los términos de esta Ley. El acreditamiento a que se refiere este párrafo sólo procederá siempre que el ingreso acumulado, percibido o devengado, incluya el impuesto sobre la renta pagado en el extranjero.

La persona moral residente en México que efectúe el acreditamiento, deberá considerar como ingreso acumulable, además del dividendo o utilidad percibido en forma indirecta a que se refiere el párrafo anterior, el monto del impuesto que corresponda al dividendo o utilidad percibida en forma indirecta, por el que se vaya a efectuar el acreditamiento.

Tratándose de personas morales, el monto del impuesto acreditable a que se refiere el primer párrafo de este artículo no excederá de la cantidad que resulte de aplicar la tasa a que se refiere el artículo 10 de esta Ley, a la utilidad fiscal que resulte conforme a las disposiciones aplicables de esta Ley por los ingresos percibidos en el ejercicio de fuente de riqueza ubicada en el extranjero.

Para estos efectos, las deducciones que sean atribuibles exclusivamente a los ingresos de fuente de riqueza ubicada en el extranjero se considerarán al cien por ciento; las deducciones que sean atribuibles exclusivamente a los ingresos de fuente de riqueza ubicada en territorio nacional no deberán ser consideradas y, las deducciones que sean atribuibles parcialmente a ingresos de fuente de riqueza en territorio nacional y parcialmente a ingresos de fuente de riqueza en el extranjero, se considerarán en la misma proporción que represente el ingreso proveniente del extranjero de que se trate, respecto del ingreso total del contribuyente en el ejercicio.

El monto del impuesto acreditable a que se refieren el segundo y cuarto párrafos de este artículo, no excederá de la cantidad que resulte de aplicar la tasa a que se refiere el artículo 10 de esta Ley a la utilidad determinada de acuerdo con las disposiciones aplicables en el país de residencia de la sociedad del extranjero de que se trate con cargo a la cual se distribuyó el dividendo o utilidad percibido.

Cuando la persona moral que en los términos del párrafo anterior tenga derecho a acreditar el impuesto sobre la renta pagado en el extranjero se escinda, el derecho al acreditamiento le corresponderá exclusivamente a la sociedad escidente.

Cuando esta última desaparezca lo podrá transmitir a las sociedades escindidas en la proporción en que se divida el capital social con motivo de la escisión.

Las personas físicas residentes en México que estén sujetas al pago del impuesto en el extranjero en virtud de su nacionalidad o ciudadanía, podrán efectuar el acreditamiento a que se refiere este artículo hasta por una cantidad equivalente al impuesto que hubieran pagado en el extranjero de no haber tenido dicha condición. Cuando el impuesto acreditable se encuentre dentro de los límites a que se refieren los párrafos que anteceden y no pueda acreditarse total o parcialmente, el acreditamiento podrá efectuarse en los diez ejercicios siguientes, hasta agotarlo.

Para los efectos de este acreditamiento, se aplicarán, en lo conducente, las disposiciones sobre pérdidas del Capítulo V del Título II de esta Ley. Para determinar el monto del impuesto pagado en el extranjero que pueda acreditarse en los términos de este artículo, se deberá efectuar la conversión cambiaria respectiva, considerando el tipo de cambio que resulte aplicable conforme a lo señalado en el tercer párrafo del artículo 20 del Código Fiscal de la Federación, a los ingresos procedentes de fuente ubicada en el extranjero a que corresponda el impuesto.

Los contribuyentes deberán contar con la documentación comprobatoria del pago del impuesto en todos los casos. Cuando se trate de impuestos retenidos en países con los que México tenga celebrados acuerdos amplios de intercambio de información, bastará con una constancia de retención”.

En lo relativo a la actualización y ajuste de los diversos valores de las distintas operaciones que efectúen los gobernados ó contribuyentes el autor José Isaura López López “sostiene que cuando ello suceda se estará a lo siguiente:

“Artículo 7o. Cuando esta Ley prevenga el ajuste o la actualización de los valores de bienes o de operaciones, que por el transcurso del tiempo y con motivo de los cambios de precios en el país han variado, se estará a lo siguiente:

I.- Para calcular la modificación en el valor de los bienes o de las operaciones, en un periodo, se utilizará el factor de ajuste que corresponda conforme a lo siguiente:

a) Cuando el periodo sea de un mes, se utilizará el factor de ajuste mensual que se obtendrá restando la unidad del cociente que resulte de dividir el Índice Nacional de Precios al Consumidor del mes de que se trate, entre el mencionado índice del mes inmediato anterior.

b) Cuando el periodo sea mayor de un mes se utilizará el factor de ajuste que se obtendrá restando la unidad del cociente que resulte de dividir el Índice Nacional de Precios al Consumidor del mes más reciente del periodo, entre el citado índice correspondiente al mes más antiguo de dicho periodo.

II.- Para determinar el valor de un bien o de una operación al término de un periodo, se utilizará el factor de actualización que se obtendrá dividiendo el Índice Nacional de Precios al Consumidor del mes más reciente del periodo, entre el citado índice correspondiente al mes más antiguo de dicho periodo.”¹²⁴

“**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.

En los casos en los que se haga referencia acciones, se entenderán incluidos los certificados de aportación patrimonial emitidos por las sociedades nacionales de crédito, las partes sociales, las participaciones en asociaciones civiles y 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. Asimismo, cuando se haga referencia a accionistas, quedarán comprendidos los titulares de los certificados a que se refiere este párrafo, de las partes sociales y de las participaciones señaladas.

Tratándose de sociedades cuyo capital esté representado por partes sociales, cuando en esta Ley se haga referencia al costo comprobado de adquisición de

¹²⁴ López López. R. Diccionario de Términos Fiscales y Contables 2ªEd. Edit. ECAFSA México. 2008 pp. 214 - 216

acciones, se deberá considerar la parte alícuota que representen las partes sociales en el capital social de la sociedad de que se trate.

Para su mejor comprensión, el sistema financiero, para los efectos de esta Ley, se compone por las instituciones de crédito, de seguros y de fianzas, sociedades controladoras de grupos financieros, almacenes generales de depósito, administradoras de fondos para el retiro, arrendadoras financieras, uniones de crédito, sociedades financieras populares, sociedades de inversión de renta variable, sociedades de inversión en instrumentos de deuda, empresas de factoraje financiero, casas de bolsa, casas de cambio y sociedades financieras de objeto limitado, que sean residentes en México o en el extranjero.

Se considerarán integrantes del sistema financiero a las sociedades financieras de objeto múltiple a las que se refiere la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito que tengan cuentas y documentos por cobrar derivados de las actividades que deben constituir su objeto social principal, conforme a lo dispuesto en dicha ley, que representen al menos el setenta por ciento de sus activos totales, o bien, que tengan ingresos derivados de dichas actividades y de la enajenación o administración de los créditos otorgados por ellas, que representen al menos el setenta por ciento de sus ingresos totales.

Para los efectos de esta Ley, se considera previsión social, las erogaciones efectuadas por los patrones a favor de sus trabajadores que tengan por objeto satisfacer contingencias o necesidades presentes o futuras, así como el otorgar beneficios a favor de dichos trabajadores, tendientes a su superación física, social, económica o cultural, que les permitan el mejoramiento en su calidad de vida y en la de su familia.

En el rubro del gravamen sobre los ingresos de las personas físicas y morales, que evidentemente incide en el patrimonio ó la riqueza de los gobernados, luego entonces, se presenta una arista denominada interés, la que según el autor

Armando Ibarra Hernández se “entiende a grosso modo como la ganancia, utilidad o renta que produce un capital que se invierte, coloca o presta durante un cierto tiempo.”¹²⁵

Otra situación sui generis es lo referente a los intereses en la Ley del ISR. Es lo previsto en el **Artículo 9º** que establece lo siguiente: “Para los efectos de esta Ley, se consideran intereses, cualquiera que sea el nombre con que se les designe, a los rendimientos de créditos de cualquier clase. Se entiende que, entre otros, son intereses: los rendimientos de la deuda pública, de los bonos u obligaciones, incluyendo descuentos, primas y premios; los premios de reportos o de préstamos de valores; el monto de las comisiones que correspondan con motivo de apertura o garantía de créditos; el monto de las contraprestaciones correspondientes a la aceptación de un aval, del otorgamiento de una garantía o de la responsabilidad de cualquier clase, excepto cuando dichas contraprestaciones deban hacerse a instituciones de seguros o fianzas; la ganancia en la enajenación de bonos, valores y otros títulos de crédito, siempre que sean de los que se colocan entre el gran público inversionista, conforme a las reglas generales que al efecto expida el Servicio de Administración Tributaria.

En las operaciones de factoraje financiero, se considerará interés la ganancia derivada de los derechos de crédito adquiridos por empresas de factoraje financiero y sociedades financieras de objeto múltiple. En los contratos de arrendamiento financiero, se considera interés la diferencia entre el total de pagos y el monto original de la inversión.

La cesión de derechos sobre los ingresos por otorgar el uso o goce temporal de inmuebles, se considerará como una operación de financiamiento; la cantidad que se obtenga por la cesión se tratará como préstamo, debiendo acumularse las rentas devengadas conforme al contrato, aun cuando éstas se cobren por el adquirente de los derechos.

¹²⁵ Ibarra Hernández. A. Diccionario Bancario y Bursátil 2ºEd. Edit. Porrúa México 2008 p.97

La contraprestación pagada por la cesión se tratará como crédito o deuda, según sea el caso, y la diferencia con las rentas tendrá el tratamiento de interés. El importe del crédito o deuda generará el ajuste anual por inflación en los términos del Capítulo III del Título II de esta Ley, el que será acumulable o deducible, según sea el caso, considerando para su cuantificación, la tasa de descuento que se haya tomado para la cesión del derecho, el total de las rentas que abarca la cesión, el valor que se pague por dichas rentas y el plazo que se hubiera determinado en el contrato, en los términos que establezca el Reglamento de esta Ley.

Cuando los créditos, deudas, operaciones o el importe de los pagos de los contratos de arrendamiento financiero, se ajusten mediante la aplicación de índices, factores o de cualquier otra forma, inclusive mediante el uso de unidades de inversión, se considerará el ajuste como parte del interés.

Se dará el tratamiento que esta Ley establece para los intereses, a las ganancias o pérdidas cambiarias, devengadas por la fluctuación de la moneda extranjera, incluyendo las correspondientes al principal y al interés mismo”.

4.6. DISPOSICIONES GENERALES DE LAS PERSONAS MORALES.

En la cúspide del diseño ó descripción esquematizada del Impuesto sobre la Renta en nuestro país encontramos en los últimos 25 años que del análisis anual de forma integral de este gravamen en sus múltiples modificaciones, reformas y adiciones el impuesto por excelencia en el país que incide en la capacidad contributiva de las personas físicas y morales en sus diferentes tasas impositivas afecta en forma directa a los ingresos de los gobernados. Por tal razón, aborda desde ya hace varios años el catalogo de ingresos a saber:

TÍTULO II DE LAS PERSONAS MORALES DISPOSICIONES GENERALES

“Artículo 10. Las personas morales deberán calcular el impuesto sobre la renta, aplicando al resultado fiscal obtenido en el ejercicio la tasa del 28%.

El impuesto que se haya determinado conforme al párrafo anterior, después de aplicar, en su caso, la reducción a que se refiere el penúltimo párrafo del artículo 81 de esta Ley, será el que se acreditará contra el impuesto al activo del mismo ejercicio, y será el causado para determinar la diferencia que se podrá acreditar.

El resultado fiscal del ejercicio se determinará como sigue:

I.- Se obtendrá la utilidad fiscal disminuyendo de la totalidad de los ingresos acumulables obtenidos en el ejercicio, las deducciones autorizadas por este Título. Al resultado obtenido se le disminuirá, en su caso, la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas pagada en el ejercicio, en los términos del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

II.- A la utilidad fiscal del ejercicio se le disminuirán, en su caso, las pérdidas fiscales pendientes de aplicar de ejercicios anteriores.

El impuesto del ejercicio se pagará mediante declaración que presentarán ante las oficinas autorizadas, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en la que termine el ejercicio fiscal.

Las personas morales que realicen exclusivamente actividades agrícolas, ganaderas, pesqueras o silvícolas, podrán aplicar lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo 81 de esta Ley”.

“Artículo 11. Las personas morales que distribuyan dividendos o utilidades deberán calcular y enterar el impuesto que corresponda a los mismos, aplicando la

tasa establecida en el artículo 10 de esta Ley. Para estos efectos, los dividendos o utilidades distribuidos se adicionarán con el impuesto sobre la renta que se deba pagar en los términos de este artículo. Para determinar el impuesto que se debe adicionar a los dividendos o utilidades, éstos se deberán multiplicar por el factor de 1.3889 y al resultado se le aplicará la tasa establecida en el citado artículo 10 de esta Ley. El impuesto correspondiente a las utilidades distribuidas a que se refiere el artículo 89 de esta Ley, se calculará en los términos de dicho precepto.

Tratándose de las personas morales que se dediquen exclusivamente a las actividades agrícolas, ganaderas, pesqueras o silvícolas, para calcular el impuesto que corresponda a dividendos o utilidades distribuidos, en lugar de lo dispuesto en el párrafo anterior, deberán multiplicar los dividendos o utilidades distribuidos por el factor de 1.2346 y considerar la tasa a que se refiere dicho párrafo con la reducción del 32.14% señalada en el penúltimo párrafo del artículo 81 de esta Ley.

Tratándose de la distribución de dividendos o utilidades mediante el aumento de partes sociales o la entrega de acciones de la misma persona moral o cuando se reinviertan en la suscripción y pago del aumento de capital de la misma persona dentro de los 30 días naturales siguientes a su distribución, el dividendo o la utilidad se entenderá percibido en el año de calendario en el que se pague el reembolso por reducción de capital o por liquidación de la persona moral de que se trate, en los términos del artículo 89 de esta Ley.

No se estará obligado al pago del impuesto a que se refiere este artículo cuando los dividendos o utilidades provengan de la cuenta de utilidad fiscal neta que establece esta Ley.

El impuesto a que se refiere este artículo, se pagará además del impuesto del ejercicio a que se refiere el artículo 10 de esta Ley, tendrá el carácter de pago definitivo y se enterará ante las oficinas autorizadas, a más tardar el día 17 del mes inmediato siguiente a aquél en el que se pagaron los dividendos o utilidades.

Cuando los contribuyentes a que se refiere este artículo distribuyan dividendos o utilidades y como consecuencia de ello paguen el impuesto que establece este artículo, podrán acreditar dicho impuesto de acuerdo a lo siguiente:

I.- El acreditamiento únicamente podrá efectuarse contra el impuesto sobre la renta del ejercicio que resulte a cargo de la persona moral en el ejercicio en el que se pague el impuesto a que se refiere este artículo.

El monto del impuesto que no se pueda acreditar conforme al párrafo anterior, se podrá acreditar hasta en los dos ejercicios inmediatos siguientes contra el impuesto del ejercicio y contra los pagos provisionales de los mismos. Cuando el impuesto del ejercicio sea menor que el monto que se hubiese acreditado en los pagos provisionales, únicamente se considerará acreditable contra el impuesto del ejercicio un monto igual a este último.

Cuando el contribuyente no acredite en un ejercicio el impuesto a que se refiere el quinto párrafo de este artículo, pudiendo haberlo hecho conforme al mismo, perderá el derecho a hacerlo en los ejercicios posteriores hasta por la cantidad en la que pudo haberlo efectuado.

II.- Para los efectos del artículo 88 de esta Ley, en el ejercicio en el que acrediten el impuesto conforme a la fracción anterior, los contribuyentes deberán disminuir de la utilidad fiscal neta calculada en los términos de dicho precepto, la cantidad que resulte de dividir el impuesto acreditado entre el factor 0.3889.

Para los efectos de este artículo, no se considerarán dividendos o utilidades distribuidos, la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas.

Las personas morales que distribuyan los dividendos o utilidades a que se refiere el artículo 165 fracciones I y II de esta Ley, calcularán el impuesto sobre dichos

dividendos o utilidades aplicando sobre los mismos la tasa establecida en el artículo 10 de esta Ley. Este impuesto tendrá el carácter de definitivo”.

“Artículo 12. Dentro del mes siguiente a la fecha en la que termine la liquidación de una sociedad, el liquidador deberá presentar la declaración final del ejercicio de liquidación; asimismo, el liquidador deberá presentar pagos provisionales mensuales a cuenta del impuesto del ejercicio de liquidación, a más tardar el día 17 del mes inmediato posterior a aquél, al que corresponda el pago, en los términos del artículo 14 de esta Ley, en tanto se lleve a cabo la liquidación total del activo. En dichos pagos provisionales no se considerarán los activos de establecimientos ubicados en el extranjero. Al término de cada año de calendario, el liquidador deberá presentar una declaración, a más tardar el día 17 del mes de enero del año siguiente, en donde determinará y enterará el impuesto correspondiente al periodo comprendido desde el inicio de la liquidación y hasta el último mes del año de que se trate y acreditará los pagos provisionales y anuales efectuados con anterioridad correspondientes al periodo antes señalado. La última declaración será la del ejercicio de liquidación, incluirá los activos de los establecimientos ubicados en el extranjero y se deberá presentar a más tardar el mes siguiente a aquél en el que termine la liquidación, aun cuando no hayan transcurrido doce meses desde la última declaración.

Para los efectos de esta Ley, se entenderá que una persona moral residente en México se liquida, cuando deje de ser residente en México en los términos del Código Fiscal de la Federación o conforme a lo previsto en un tratado para evitar la doble tributación en vigor celebrado por México. Para estos efectos, se considerarán enajenados todos los activos que la persona moral tenga en México y en el extranjero y como valor de los mismos, el de mercado a la fecha del cambio de residencia; cuando no se conozca dicho valor, se estará al avalúo que para tales efectos lleve a cabo la persona autorizada por las autoridades fiscales.

El impuesto que se determine se deberá enterar dentro de los 15 días siguientes a aquél en el que suceda el cambio de residencia fiscal”.

Se deberá nombrar un representante legal que reúna los requisitos establecidos en el artículo 208 de esta Ley. Dicho representante deberá conservar a disposición de las autoridades fiscales la documentación comprobatoria relacionada con el pago del impuesto por cuenta del contribuyente, durante el plazo establecido en el Código Fiscal de la Federación, contado a partir del día siguiente a aquél en que se hubiere presentado la declaración.

El representante legal que se nombre en los términos de este artículo, será responsable solidario por las contribuciones que deba pagar la persona moral residente en México que se liquida, salvo en el caso de que dicha persona moral presente un dictamen formulado por contador público registrado en el que se indique que el cálculo del impuesto se realizó de acuerdo con las disposiciones fiscales aplicables.

El auge y énfasis que ha tenido la temática impositiva en el más reciente lustro con la aparición de nuevos gravámenes con el propósito de elevar la recaudación y la base tributaria que según estadísticas a la fecha son 24 millones de contribuyente cautivos lo que atraído el surgimiento y desaparición de nuevos impuestos a saber como muestra el IETU (Impuesto Empresarial a Tasa Única), IDE (Impuesto sobre depósitos en efectivo) así como el IMPAC (Impuesto al Activo), Suntuario etc.

4.7 ANÁLISIS DE LOS FIDEICOMISOS EMPRESARIALES (EN LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA)

Para efectos fiscales mexicanos, el único fideicomiso que está expresamente regulado es el que lleva a cabo actividades empresariales (“fideicomiso empresarial”). De hecho, cualquiera de los fideicomisos antes mencionados puede

ser considerado como fideicomiso empresarial siempre y cuando lleve a cabo actividades empresariales

El artículo 13 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, también menciona que cuando se realizan actividades empresariales a través de un fideicomiso, el fiduciario debe determinar la utilidad o ¹²⁶pérdida fiscal relacionada a las actividades del fideicomiso para asegurar que el fideicomiso cumpla con las obligaciones fiscales y legales, incluyendo la realización de pagos provisionales. Para estos efectos, el artículo 16 del Código Fiscal de la Federación (“CFF”) define el término “actividades empresariales”.

En términos generales, cualquier empresa que opere de acuerdo a las leyes comerciales federales se considera que lleva a cabo actividades empresariales. Los especialistas han definido que existen operaciones de negocio cuando una organización realiza la producción e intercambio de bienes y servicios para el mercado.

Por lo tanto, en el caso del fideicomiso empresarial, los beneficiarios deben reconocer el ingreso gravable o pérdida de acuerdo a su interés en el fideicomiso y pagar el impuesto sobre la renta correspondiente de forma individual. Cuando el beneficiario es una persona física, el artículo 9 establece que el ingreso proveniente del fideicomiso debe considerarse como ingreso por actividades empresariales, el cual puede disminuirse con las pérdidas por actividades empresariales.

Los beneficiarios podrán acreditar la parte proporcional del monto de los pagos provisionales que ha realizado por su cuenta el fiduciario.

¹²⁶ López Alberto, Schuartz Marc y Bravo Ramiro. Tratamiento fiscal de empresas transparentes.

A pesar de que el fiduciario es responsable del cumplimiento de las obligaciones fiscales en tiempo y forma, el artículo 9 menciona que los beneficiarios son responsables del cumplimiento de dichas obligaciones en caso de que el fiduciario incumpla en hacerlo. Además, los beneficiarios serán responsables de las obligaciones fiscales a pesar de que el fiduciario tiene primeramente la responsabilidad de calcular los ingresos gravables o pérdidas del fideicomiso y de realizar los pagos provisionales.

La contribución de bienes a un fideicomiso es generalmente un evento gravable, como si dichos bienes fuesen contribuidos a una entidad que no es transparente (Código Fiscal de la Federación, art. 14). Sin embargo, existen ciertos casos en los que dicha transferencia de bienes no se grava, como es el caso en el que el fideicomitente se designa a sí mismo como el beneficiario del fideicomiso, o si el fideicomitente designa a un tercero como beneficiario pero retiene el derecho de readquirir los bienes aportados al fideicomiso.

Los fideicomisos empresariales además tienen el riesgo de ser considerados como establecimientos permanentes para residentes en el extranjero. El artículo 2 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, menciona que si un residente en el extranjero lleva a cabo operaciones en México por medio de un fideicomiso empresarial, se considera que dicha persona tiene un establecimiento permanente en el lugar en el que el fiduciario lleve a cabo las actividades empresariales del fideicomiso y cumpla con las obligaciones fiscales de éste. Asimismo, los residentes en el extranjero pueden estar sujetos a impuesto sobre la renta por los ingresos obtenidos por el fideicomiso. Además como los ingresos generados por el fideicomiso se presume que serán recibidos por los beneficiarios del fideicomiso, por lo que un residente en el extranjero estaría sujeto a retención de impuestos cuando el fideicomiso genera ingresos pasivos como interés o regalías. El fiduciario en este caso sería el retenedor.

4.8. FIDEICOMISOS EMPRESARIALES (EN LA LEY ISR)

La Ley del Impuesto sobre la Renta no incluye definición alguna de lo que debe entenderse por actividades empresariales, por lo cual es preciso acudir al artículo 13 de la ley del Impuesto Sobre la Renta, que al efecto establece:

“Artículo 13.- Cuando se realicen actividades empresariales a través de un fideicomiso, la fiduciaria determinará en los términos del Título II de esta Ley, el resultado o la pérdida fiscal de dichas actividades en cada ejercicio y cumplirá por cuenta del conjunto de los fideicomisarios las obligaciones señaladas en esta Ley, incluso la de efectuar pagos provisionales.

Los fideicomisarios acumularán a sus demás ingresos del ejercicio, la parte del resultado fiscal de dicho ejercicio derivada de las actividades empresariales realizadas a través del fideicomiso que les corresponda, de acuerdo con lo estipulado en el contrato de fideicomiso y acreditarán en esa proporción el monto de los pagos provisionales efectuados por el fiduciario. La pérdida fiscal derivada de las actividades empresariales realizadas a través del fideicomiso sólo podrá ser disminuida de las utilidades fiscales de ejercicios posteriores derivadas de las actividades realizadas a través de ese mismo fideicomiso en los términos del Capítulo V del Título II de esta Ley.

Cuando haya pérdidas fiscales pendientes de disminuir al extinguirse el fideicomiso, el saldo actualizado de dichas pérdidas se distribuirá entre los fideicomisarios en la proporción que les corresponda conforme a lo pactado en el contrato de fideicomiso y podrán deducirlo en el ejercicio en que se extinga el fideicomiso hasta por el monto actualizado de sus aportaciones al fideicomiso que no recupere cada uno de los fideicomisarios en lo individual.

Para los efectos del párrafo anterior, la fiduciaria deberá llevar una cuenta de capital de aportación por cada uno de los fideicomisarios, de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 89 de esta Ley, en la que se registrarán las aportaciones en efectivo y en bienes que haga al fideicomiso cada uno de ellos. En concordancia con lo anterior, el autor Carlos Orozco – Felgueres Loya, estima que el texto del art. 13 de la Ley en comento es precisa al indicar que: ”¹²⁷

Las entregas de efectivo o bienes provenientes del fideicomiso que la fiduciaria haga a los fideicomisarios se considerarán reembolsos de capital aportado hasta que se recupere dicho capital y disminuirán el saldo de cada una de las cuentas individuales de capital de aportación que lleve la fiduciaria por cada uno de los fideicomisarios hasta que se agote el saldo de cada una de dichas cuentas.

Para los efectos de determinar la utilidad o pérdida fiscal del ejercicio derivada de las actividades empresariales realizadas a través del fideicomiso, dentro de las deducciones se incluirá la que corresponda a los bienes aportados al fideicomiso por el fideicomitente cuando sea a su vez fideicomisario y no reciba contraprestación alguna en efectivo u otros bienes por ellos, considerando como costo de adquisición de los mismos el monto original de la inversión actualizado aún no deducido o el costo promedio por acción, según el bien de que se trate, que tenga el fideicomitente al momento de su aportación al fideicomiso y ese mismo costo de adquisición deberá registrarse en la contabilidad del fideicomiso y en la cuenta de capital de aportación de quien corresponda. El fideicomitente que aporte los bienes a que se refiere este párrafo no podrá efectuar la deducción de dichos bienes en la determinación de sus utilidades o pérdidas fiscales derivadas de sus demás actividades.

Cuando los bienes aportados al fideicomiso a los que se refiere el párrafo anterior se regresen a los fideicomitentes que los aportaron, los mismos se considerarán reintegrados al valor fiscal que tengan en la contabilidad del fideicomiso al momento en que sean regresados y en ese mismo valor se considerarán readquiridos por las personas que los aportaron.

¹²⁷ Orozco – Felgueres Loya Carlos. Patrimonio del Empresario 1° Ed. Edit. Gasca – Sicco México 2006 pp.162-164

Los pagos provisionales del impuesto sobre la renta correspondientes a las actividades empresariales realizadas a través del fideicomiso se calcularán de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 14 de esta Ley.

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.

Cuando alguno de los fideicomisarios sea persona física residente en México, considerará como ingresos por actividades empresariales la parte del resultado o la utilidad fiscal derivada de las actividades empresariales realizadas a través del fideicomiso que le corresponda de acuerdo con lo pactado en el contrato.

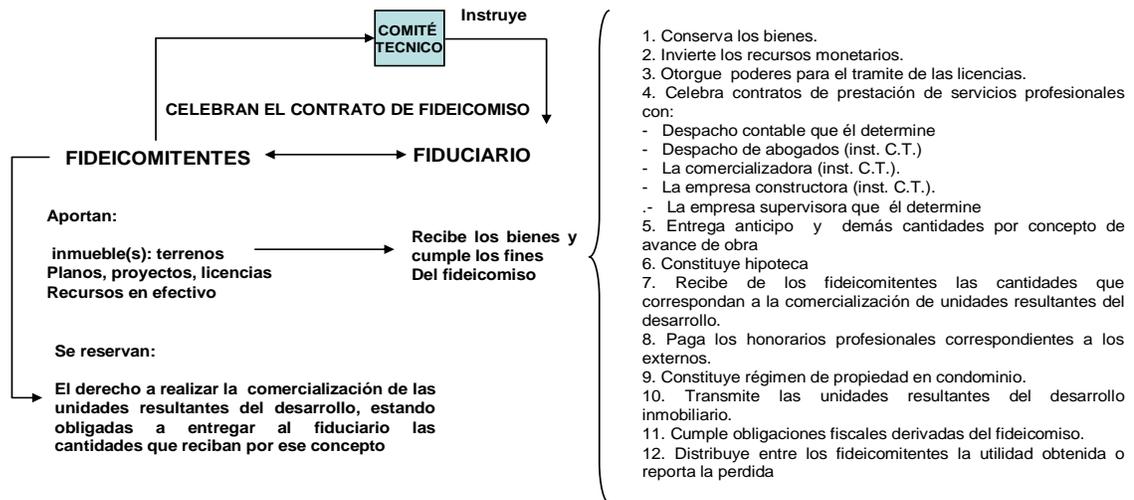
Se considera que los residentes en el extranjero que sean fideicomisarios tienen establecimiento permanente en México por las actividades empresariales realizadas en el país a través del fideicomiso y deberán presentar su declaración anual del impuesto sobre la renta por la parte que les corresponda del resultado o la utilidad fiscal del ejercicio derivada de dichas actividades.

En los casos en que no se hayan designado fideicomisarios o éstos no puedan identificarse, se entenderá que las actividades empresariales realizadas a través del fideicomiso las realiza el fideicomitente.

Los fideicomisarios o, en su caso, el fideicomitente, responderán por el incumplimiento de las obligaciones que por su cuenta deba cumplir la fiduciaria.

Así las cosas, por lo que hace a los fideicomisos empresariales, al día de hoy en la Institución en la que presto mis servicios como Gerente de Promoción Fiduciaria, este tipo de contratos se estructuran en base al siguiente esquema:

Fideicomiso para la construcción de desarrollos inmobiliarios, bajo el esquema de fideicomiso empresarial sujeto al estímulo.



Ante tal escenario, las ventajas de establecer un contrato de este tipo son los siguientes:

- Permite a un grupo de personas asociarse en la realización de un proyecto determinado, sin asumir en lo personal, cargas fiscales, pero sin descuidar el cumplimiento de las mismas.
- Para determinar la utilidad o la pérdida fiscal que corresponda al fideicomiso, la fiduciaria se apoya en un despacho de contadores externos, que ésta contratará con cargo al patrimonio del fideicomiso.
- Ofrece transparencia a cada uno de los fideicomisarios en el cumplimiento de las obligaciones fiscales derivadas del fideicomiso
- La fiduciaria, con cargo al patrimonio del Fideicomiso realizará los pagos provisionales que correspondan a cada uno de los fideicomisarios.

- Evita conflictos entre los socios inversionistas derivados de posibles problemas legales, fiscales o sucesorios de los mismos.
- Se cuenta con el respaldo y la seguridad jurídica que implica la propiedad fiduciaria, en donde los recursos y bienes afectos al fideicomiso forman un patrimonio autónomo e independiente

Por lo que hace a las desventajas, en virtud de que la autoridad fiscal no es tan clara como debiera, los fideicomisos empresariales conllevan el que:

- La Fiduciaria, asume diversas obligaciones fiscales, que pueden repercutir en su imagen.
- En aquellos casos, en los cuales la Fiduciaria no contrata un despacho de contadores que se encargue de la presentación de declaraciones, se convierte en obligada solidaria del cliente.
- Se duplican actividades en aquellos casos en los que nuestros clientes tienen empresas cuya actividad se relaciona directamente con los fines que persiguen dentro del fideicomiso.
- Los costos por este tipo de contratos son en la mayoría de los casos, son onerosos, haciendo en ocasiones, poco viable la operación.
- La administración, requiere una atención directa y especializada, por lo que es necesario destinar recursos humanos dentro de la Fiduciaria para este tipo de operaciones.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Dada la influencia que ejerció el derecho Romano resulta innegable mencionar las figuras Fiduciaie o Pacto Fiduciaie y Fideicomissum: “El pacto fiduciario era un contrato por el cual aquel que recibía la propiedad de una cosa quedaba obligado a restituirla en circunstancias previamente determinadas”. De igual manera, este procedimiento residía en una venta, con pacto de retroventa y podía ser empleado con objeto de hacer una operación de depósito o un comodato a manera de garantía real. Por otro parte, la institución del “Fideicomissum en la antigua Roma, era un asunto de conciencia y de buena fe para el heredero fiduciario a través del cual el beneficio se concede a una o bien a la pluralidad de personas que sucesivamente deben sustituirse por muerte del anterior. Ciertamente, el (“fideicomissum”) era una forma mediante la cual podían heredar las personas incapacitadas por la Antigua Ley Romana.

SEGUNDA.- El trust inglés es trascendental en la hegemonía y perseverancia de lo que actualmente se denomina fideicomiso en algunos países de América Latina, en virtud de que “hay que esperar hasta los tiempos modernos para hallar los primeros esfuerzos de síntesis y de construcción jurídica del trust.” Otra novedad en la institución de la figura del llamado USE o Trust inglés, es aquella consistente en que podemos conceptualizar a la acepción jurídica del trust con una percepción anglosajona como “el acto jurídico de características contractuales mediante el cual una persona llamada fideicomitente, conviene con una institución de crédito denominada fiduciaria, y autorizada legalmente para ello, a efecto de que determinados bienes o fondos de su propiedad se destinen a un fin lícito de beneficio para una tercera persona, llamada fideicomisario.

TERCERA.- Ahora bien, continuando con la evolución del fideicomiso en América principalmente en Canadá y Estados Unidos de Norteamérica y los miembros de la conocida Confederación de Naciones “Common Law, la institución inglesa del trust alcanzó su madurez completa y sólo quedaron por desarrollar aspectos de

aplicación en los diversos campos de la economía. Al constituirse los Estados Unidos de América se fue adoptando la práctica “trust”, que aunque era conocida desde la colonia no fue utilizada tan frecuentemente como en Inglaterra; así al ilustrarse de los antecedentes del fideicomiso en la Gran Bretaña, encontraremos los primeros precedentes norteamericanos, por ser el derecho inglés la fuente principal de éste.

CUARTA.- La mayoría de los autores anglosajones han considerado al “trust” como una forma peculiar de propiedad en la que el “trustee” era “propietario” de acuerdo con el “Common Law”, en tanto que el beneficiario era el titular del “equitable title”, o titular conforme a la Equidad.

El “trust” es un: “Título fiduciario en cuya virtud, quien lo crea, transmite su propiedad a otra persona, quien contrae la obligación de manejarla equitativamente en beneficio del creador del vínculo o de quien éste designe. a nuestro derecho mexicano. A este respecto, veamos, cuales son los elementos personales del “trust”:

I El “settlor”, que es la persona que realiza el acto de disposición y da los bienes en “trust” a un segundo sujeto, que es;

II El “trustee”, a quien la confía el destino de dichos bienes y éste debe realizar los actos tendientes a la consecución de tal fin, que es en provecho de una tercera persona denominada;

III El “cestui que trust” (abreviado C.Q.T.), a favor de quien se constituyó y funciona el “trust”, esto es, su beneficiario, quien puede ser el mismo “settlor”.

QUINTA.- En nuestro país, no se contaba con dato alguno de la situación de esta institución jurídica, sin embargo, es durante el transcurso del siglo XX y principios del tercer milenio que la norma fundamental ha tenido más 700 reformas y múltiples modificaciones. Por consiguiente, resulta, indispensable, analizar el marco normativo concerniente a la institución jurídica de fideicomiso.

Por tal motivo, el texto de las disposiciones jurídicas relativas al tópico en común, son abordadas con un carácter enunciativo más no limitativo con la finalidad de desentrañar el fondo de ésta institución. Así las cosas, podemos comenzar con los artículos 25 y 26 de nuestra Constitución Política, que tratan el rubro de la planeación y rectoría económica del país. En este mismo contexto, enunciamos uno de los pilares de lo que hoy se conoce como Derecho Social, consistente el artículo 27 de nuestra Norma Fundamental que hace referencia de los derechos de propiedad y de los recursos naturales.

Ahora bien, el punto toral de nuestro trabajo de investigación, reside esencialmente en el texto del artículo 28 de nuestra Norma Suprema de la Nación, que regula lo concerniente al otorgamiento de privilegios y beneficios a ciertos sectores, como son los creadores e inventores así como lo relativo a la inversión extranjera, además, prohíbe el establecimiento de monopolios.

Ciertamente, la Constitución Política, de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) prevé en el ámbito federal, que el Congreso de la Unión tiene una serie de atribuciones en sus artículos 73 fracciones X, XXIX, numeral 3, XXIX – D. Finalmente, desde la óptica del artículo 89 en su fracción XV Constitucional, también concede una serie de beneficios a aquellas personas que constituyan fideicomisos. Como, se observa, de este conjunto de disposiciones podemos argumentar la facultad reglamentaria para la creación de leyes relativas al tópico de la regulación jurídica del fideicomiso en México desde diferentes aristas.

Por lo que hace a la temática del Fideicomiso como Negocio Jurídico, Jorge Alfredo Martínez Domínguez, sostiene 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, éste destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de ese fin, deberán realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello.

La institución jurídica del Fideicomiso, con la representación de Mandato proviene a la expresión anglosajona (trust) y se trata de adecuar al sistema mexicano en forma literal considerándolos como una especie de mandato irrevocable, en virtud del cual se transmitían ciertos bienes a una persona llamada fiduciario, quien haría con ellos lo que le ordenase otro sujeto llamado fideicomitente, siempre en beneficio de otro más denominado fideicomisario.

SEXTA.- Así las cosas, tenemos que se define al fideicomiso, como un contrato, señalando que es: “Un contrato mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes muebles e inmuebles a una institución fiduciaria, para que con ellos realice un fin lícito, que la propia persona señala en el contrato respectivo.

SEPTIMA.- Para su mayor comprensión, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTyOC), establece lo siguiente en su Artículo 381.- 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.

Teniendo al Fideicomiso como contrato, es necesario distinguir los elementos personales que intervienen en él, y estos son:

I El fideicomitente, es aquella persona física o moral que mediante una manifestación expresa de su voluntad, y habida cuenta de la capacidad legal necesaria para ello, destina ciertos bienes o derechos, transmitiendo la titularidad al fiduciario para constituir el fideicomiso, a fin de que con ellos se realicen los fines para los que este se constituye.

II Fiduciario. Es la institución que tiene la titularidad de lo bienes o derechos fideicomitados y que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso, y que

requiere de autorización del Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) para actuar como tal.

III Fideicomisario. Es la persona, que recibe el beneficio derivado del fideicomiso, pudiendo ser el mismo fideicomitente. Así, el artículo 383 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dice: “pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

OCTAVA.- El Objeto del Fideicomiso, (la esencia del fideicomiso), es aquella parte del patrimonio de la que se desprende el fideicomitente para afectar en fideicomiso. Por lo que hace a la finalidad del fideicomiso (el objetivo), es el interés del fideicomitente, es decir, el resultado que se persigue, (el fin buscado) con el establecimiento de un fideicomiso en cuyo acto constitutivo el fideicomitente expresa lo que el fiduciario debe hacer para alcanzar esa realización de objetivos, de logros que tienen que ser lícitos, es decir, no contrario a la ley ni a las buenas costumbres, debiendo, además, ser determinados.

NOVENA.- En cuanto a las clases de Fideicomisos, en este apartado con una visión ontológica y efectivamente en la cúspide de esta figura en el país, se procederá analizar cuales son los tipos de fideicomiso bajo las siguientes categorías:

- i. Fideicomisos públicos;
- ii. Fideicomisos de interés social;
- iii. Fideicomisos privados;
- iv. Fideicomisos traslativos de dominio;
- v. Fideicomisos revocables;
- vi. Fideicomisos no revocables;
- vii. Fideicomisos de administración;
- viii. Fideicomisos de garantía;

- ix. Fideicomisos de inversión;
- x. Fideicomisos gratuitos;
- xi. Fideicomisos onerosos;
- xii. Fideicomisos convencionales;
- xiii. Fideicomisos testamentarios;
- xiv. Fideicomisos libremente constituidos y;
- xv. Fideicomisos celebrados por disposición de la Ley.

Por los fines del fideicomiso, estos pueden ser:

- I. Fideicomisos con fideicomisario determinado;
- II Fideicomisos sin fideicomisario determinado;
- III Fideicomisos con actividades empresariales y;
- IV Fideicomisos no empresariales.

DECIMA.- La finalidad del fideicomiso de garantía, reside básicamente en garantizar el cumplimiento de la obligación que tiene el fideicomitente (deudor) a favor del fideicomisario (acreedor), y en caso de incumplimiento, la fiduciaria los verifica y, si lo constata, ejecuta el fideicomiso, lo cual puede ser la transmisión directa al fideicomisario, o la venta o subasta del bien para que sus producto se transmita a éste.

DECIMA PRIMERA.- En presencia del Fideicomiso de Administración, cuando “aquél por virtud del cual se transmiten al fiduciario determinados bienes o derechos, para que dicho fiduciario proceda a efectuar las operaciones de guarda, conservación o cobro de los productos de los bienes fideicomitados que le señale el fideicomitente, entregando los productos o beneficios al fideicomisario.

DECIMA SEGUNDA.- Se entiende por Derecho Fiscal “Al conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre el Sujeto Activo (Estado – SHCP- SAT) y el Sujeto Pasivo (Personas Físicas y Morales) en sus tres momentos de obtención, recaudación y distribución de los ingresos para el gasto público.

Según lo establecido en el artículo primero del Código Fiscal de la Federación, las personas físicas y las 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 los que México sea parte. Sólo mediante ley podrá destinarse una contribución a un gasto público específico. La Federación queda obligada a pagar contribuciones únicamente cuando las leyes lo señalen expresamente. Los estados extranjeros, en casos de reciprocidad, no están obligados a pagar impuestos. No quedan comprendidas en esta exención las entidades o agencias pertenecientes a dichos estados.

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

DECIMA TERCERA.- El gravamen sobre la Renta constituye el conjunto de actividades que grava los ingresos provenientes del esfuerzo personal (trabajo) capital y la combinación de ambos produce riqueza que incrementa su patrimonio.

1o. Las personas físicas y las morales, están obligadas al pago del impuesto sobre la renta en los siguientes casos: se considera establecimiento permanente cualquier lugar de negocios en el que se desarrollen, parcial o totalmente, actividades empresariales o se presten servicios personales independientes.

DECIMA CUARTA.- Aunque no existe un concepto como tal que defina a los Fideicomisos Empresariales, la Ley del Impuesto Sobre la Renta (LISR), señala que: “cuando a través de un Fideicomiso se realicen actividades empresariales, la

fiduciaria determinara en los términos de la misma Ley la utilidad o perdida fiscal de dichas actividades”, estableciéndose diversas obligaciones a cargo del Fiduciario, que se establecen en el artículo 13 de la misma ley.

DECIMA QUINTA.- Las ventajas del establecimiento del Fideicomiso Empresarial serían:

- Permite a un grupo de personas asociarse en la realización de un proyecto determinado, sin asumir en lo personal, cargas fiscales, pero sin descuidar el cumplimiento de las mismas.
- Para determinar la utilidad o la perdida fiscal que corresponda al fideicomiso, la fiduciaria se apoya en un despacho de contadores externo, que ésta contratará con cargo al patrimonio del fideicomiso.
- Ofrece transparencia a cada uno de los fideicomisarios en el cumplimiento de las obligaciones fiscales derivadas del fideicomiso.
- La fiduciaria, con cargo al patrimonio del Fideicomiso realizará los pagos provisionales que correspondan a cada uno de los fideicomisarios.
- Evita conflictos entre los socios inversionistas derivados de posibles problemas legales, fiscales o sucesorios de los mismos.
- Se cuenta con el respaldo y la seguridad jurídica que implica la propiedad fiduciaria, en donde los recursos y bienes afectos al fideicomiso forman un patrimonio autónomo e independiente

Como desventajas, enumeramos las siguientes:

- La Fiduciaria, asume diversas obligaciones fiscales, que pueden repercutir en su imagen.
- En aquellos casos, en los cuales la Fiduciaria no contrata un despacho de contadores que se encargue de la presentación de declaraciones, se convierte en obligada solidaria del cliente.

- Se duplican actividades en aquellos casos en los que nuestros clientes tienen empresas cuya actividad se relaciona directamente con los fines que persiguen dentro del fideicomiso.
- Los costos por este tipo de contratos son en la mayoría de los casos, son onerosos, haciendo en ocasiones, poco viable la operación.
- La administración, requiere una atención directa y especializada, por lo que es necesario destinar recursos humanos dentro de la Fiduciaria para este tipo de operaciones.

DECIMA SEXTA.- Sin embargo, podemos establecer como conclusión más importante, el hecho de que como tal, los Fideicomisos Empresariales dentro del artículo 13 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, no se encuentran debidamente conceptualizados, en cuanto a sus características y/o a sus alcances, haciendo necesario la modificación en tales rubros del precepto citado, en beneficio de los particulares y por ende de la autoridad hacendaria.

BIBLIOGRAFÍA.

1. Acosta Romero Miguel, "Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México", México, Primera Edición, Ed. Somex, 1982, p.142.
2. Banco Mexicano Somex, "Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México", Ed. Fomento Cultural
3. Barrera Graf Jorge, "Estudios de Derecho Mercantil", México, Primera Edición, Ed, Porrúa, 1958,p.317.
4. Borja Soriano Manuel, "Teoría General de las Obligaciones", México, Segunda Edición, Ed. Porrúa, 1989, pp. 299 - 300.
5. Cervantes Ahumada Raúl, "Títulos y Operaciones de Crédito", México, Segunda Edición, Ed. Herrero, 1989, p 289.
6. Colín Ambrosio y Capitant, Henri, "Curso Elemental de Derecho Civil", trad. De Demófilo de Buen, Madrid, Primera Edición, Ed. Reus, 1975, p.123.
7. Correa Field Javier, "El Fideicomiso Mercantil y el Trust Anglosajón", Ed. Escuela Libre de Derecho, México, 1942, p. 15 y 16.
8. Chapoy Bonifaz. B. Imposición de Finanzas Públicas Federales y Estatales 2ºEd. Edit. UNAM México 1998. p. 94.
9. Dávalos Mejía Carlos Felipe "Derecho Bancario y Contratos de Crédito", México, Ed. Harla, 1992, Décima Edición, p.433.
10. Diep Diep D. Análisis y Comentarios del Código Fiscal de la Federación 1ºEd. Edit. Themis, 2006 México. p. 10 -11

11. Diep Diep Daniel. El Impuesto Sobre la Renta (Análisis y Comentarios) 1° Ed. Edit. Themis México 2008. pp.252.
12. Domínguez Martínez Jorge Alfredo, "El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico", Segunda Edición, Ed. Porrúa, 1982, p.188.
13. Domínguez Martínez Jorge Alfredo, Op. Cit., 73, citando a Sousa Lima, "Negocio Fiduciario", Sao Paulo, Primera Edición, 1962.
14. D'ors, Pérez Peix Alvaro, "Elementos de Derecho Privado Romano", Ed. Publicaciones del Estudio General de Navarra XXIII, Pamplona 1960, p. 232.
15. Flores Zavala. E. Finanzas Públicas Mexicanas. Tomo II 29° Ed. Edit. Porrúa .México. 2004. pp.492 - 494
16. Floris Margadant Guillermo, "El Derecho Privado Romano", Ed. Esfinge, S.A. de C.V., México, 1977, p.504.
17. Galindo Garfias Ignacio, "Derecho Civil", Ed. Porrúa, 2000, México, p.333
18. García Villanueva Larisa Adriana, "La Actividad Fiduciaria y las Reformas Legales de Julio de 1993", Primera Edición, Ed. Anáhuac, 1995, p.55.
19. González de Miguel M. de J. La Coordinación Impositiva en el Estado Mexicano. 1° Ed. Edit. Porrúa. México. 1992. pp. 182-185.
20. González de la Garza F. Derecho Financiero Mexicano Parte General Tomo I 32 °Ed. Edit. Porrúa. México 2006 pp. 396 – 398

21. Gutiérrez y González Ernesto “Derechos de las Obligaciones”, México, Ed. Porrúa, 1971, Primera Edición, p.24.
22. Guissepe Messina. Negozi Fiduciari, citado por J. Villagord Lozano José Manuel, 1984, Milano, “Doctrina General del Fideicomiso” Ed. Porrúa. México 1989. p. 15
23. Ibarra Hernández. A. Diccionario Bancario y Bursátil 2ºEd. Edit. Porrúa México 2008 p.97
24. Hernández García Octavio, “Derecho Bancario Mexicano Instituciones de Crédito”, México, Primera Edición, Ed. Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, 1956,p. 139.
25. Jordano Barea Juan B., “El Negocio Fiduciario”, Barcelona, Primera Edición, Ed. Bosch, 1953, p.12.
26. Kunkel W. Historia del Derecho Romano 5º Ed. Edit. Ariel Madrid. España 1997. p.152
27. Martín Granados M. A. Estudio Practico de la Ley del Impuesto Sobre la Renta 20081º Ed. Edit Taxxx México 2008 pp. 294 – 296
28. Méndez Galeana. J. Introducción al Derecho Financiero. 1º Ed. Edit. Trillas México. 2005. pp. 84-85
29. Muñoz Luis, “El Fideicomiso”, Ed. Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1980, p. 4.
30. Lepaulle Pierre, “Tratado Teórico y Práctico de los Trusts”,Ed. Porrúa S.A., México, 1975, p. 12.

31. Orozco – Felgueres Loya Carlos. Patrimonio del Empresario 1° Ed. Edit. Gasca – Sicco México 2006 pp.162-164
32. Padilla Sahagún Gumesindo. Derecho Romano I 2° Ed. Edit. Mc Graw Hill México 2006 pp.104-105
33. Peralta Padilla G. Reformas a la Ley del Impuesto sobre la Renta 2008.
34. Pérez Chávez J. Fol Olguín R. IETU Personas Morales 1° Ed. Edit. Taxx México 2008. pp.105 -108.
35. Pérez Chávez J. Fol Olguín R. Estudio del ISR y del IETU Personas Morales 1° Ed. Edit. Taxx México 2008. pp.105 -108
36. Petit Eugene, “El Fideicomiso”, Ed. Juris, México, 1987, p. 23.
37. Pompeyo Claret y Martín. “ De la Fiducia y del Trust”, España, Bosch, 1946, p.p. 49 - 52.
38. Pugliatti Salvador , “Introducción al Estudio de Derecho Civil”, Trad. Esp México Primera Edición, Ed. Porrúa, 1943, p.269.
39. Riverool Otero Francisco, “Análisis Jurídico del Fideicomiso Mexicano y su Comité Técnico”, México, Ed. Universidad Panamericana, Primera Edición, 1983, p. 212, 213.
40. Roalandini Jesús, “El Fideicomiso Mexicano”, Primera Edición, Ed. Bancomer, México, 1998, p.120.
41. Rocha Núñez Eduardo, “Banca Fiduciaria”, Ed. BCH, México, 1997, p.43.

42. Rodríguez Ruiz, citado en el “Diccionario Jurídico Mexicano”, México, Décima Edición, Distrito Federal, Ediciones Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1993, p.1442
43. Sánchez Medal Ramón, “De los Contratos Civiles”, Primera Edición, México, Ed. Porrúa, 1988, p .577
44. Serrano Traviña Jorge, “Aportación del Fideicomiso”, Tesis, México, UNAM, 1950, P.60
45. Trabucchi Alberto, “Instituciones de Derecho Civil”, trad. España Madrid, Primera Edición, Ed. Revista de Derecho Privado, 1967, T1, p.266.
46. Villoro Toranzo Miguel, “Introducción al Estudio del Derecho”, Tercera Edición, Ed. Porrúa, 1987, p. 362.
47. Macedo Pablo, “Estudios sobre el Fideicomiso Mexicano”, Ed. Porrúa S.A., México, 1975, p. 23, 25 y 39.
48. Rodolfo Batiza, “El Fideicomiso Teoría y Practica”, Ed. Jus, México, 1991, p.
49. Batiza Rodolfo, “Tres estudios sobre el Fideicomiso”, Ed. Libros Universitarios, UNAM, México, 1954, p.18.

DICCIONARIOS

50. “Diccionario Jurídico Mexicano de la UNAM “, México, Ed. Porrúa, 1998, p. 1441.

51. “Diccionario Jurídico Mexicano”, Ed. Porrúa, México, 1995, Tomo II, p. 1441.
52. Dressler Berger. A. Encyclopedic Dictionary of Roman Law University York 1998. pp.192 -195
53. Giuseppe Messina, “Negozzi Fiduciari Scritti Giuridici”, citado por J. Villagorda Lozano José Manuel, 1984, Milano, “Doctrina General del Fideicomiso”, Ed. Porrúa, 1982, p. 5
54. Keeton George W., “The Law of Trusis”, Ed. Sir Issac Pitman and Sond Ltd. Ninth Edition, London, 1948, p .21.

CÓDIGOS O LEYES CONSULTADOS

55. Código de Comercio.
56. Ley General de Títulos y operaciones de Crédito.
57. Ley de Instituciones de Crédito.
58. Ley de Inversión Extranjera.
59. Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera.
60. Código Civil para el Distrito Federal.
61. Código fiscal de la Federación.
62. Ley del impuesto sobre la renta.

63. Reglamento de la Ley del Impuesto sobre la Renta.
64. Ley del mercado de valores.
65. Ley de Ingresos del Erario Federal.