

75
410



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**LA PRACTICA DEL FIDEICOMISO EN EL
PROBLEMA DE LA VIVIENDA**

TESIS PROFESIONAL

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

ENRIQUE SOLIS UREÑA

MEXICO, D. F.

1983



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.

P R Ó L O G O

La inquietud plasmada en este modesto estudio de investigación, aspira a ofrecer una visión conjunta de la figura jurídica del fideicomiso, en cuanto a su origen, concepto legal y -- opiniones doctrinarias en lo que a su naturaleza jurídica se refiere; pero también relacionar esta figura jurídica con un problema de tipo so-- cial, como lo es la cuestión de la vivienda, con siderado éste como uno de los mínimos de bienes social dentro del Programa del Gobierno Federal.

Siendo el Estado el organismo rector de la economía del país, ha utilizado la figura jurídi ca del fideicomiso, para llevar a cabo acciones concretas, enfocadas hacia fines específicos, -- constituyendo dicha figura un medio adecuado pa ra contribuir en la solución de los grandes proble mas nacionales.

Así, al enfocar nuestra atención en el problema de la vivienda, se tiene conocimiento de que en los fideicomisos de tipo habitacional se han utilizado en su financiamiento los certifica dos de vivienda durante los años de 1964 a 1975, y el número de viviendas de interés social construidas en esos años ascendió a 40,000 aproximadamente en el área metropolitana, cuyo costo se cubrió con financiamiento del propio Gobierno Fe deral. 1/

En la actualidad los fideicomisos habitacio nales, cuyas características son las de ser tras lativos de dominio, irrevocables, de administra

1/ Banco Mexicano SOMEX. "Instituciones Fiduciarias y Fideicomiso en México". 1982. México, D.F. p. 591.

ción y en algunos casos también de inversión, ya no operan con certificados de vivienda; porque - según se dice, que dado el carácter transitorio de éstos, son de poco uso práctico; aunque la -- verdad sobre el particular, es que la recupera-- ción de la inversión es en un plazo más largo; - sin embargo, se debe reconsiderar el financia-- miento de estos fideicomisos con los certifica-- dos de vivienda, ya que en un principio ofrecían grandes perspectivas y lamentablemente se han de-- jado de emitir, razón por la cual en el presente estudio se harán algunas reflexiones, consideran-- do que estos certificados de vivienda, tienen -- una legislación vigente y que deben aprovecharse todas las bondades que en sí ofrecen; así como - instrumentar su actualización con el objeto de - rehabilitarlos y otorgar mayor seguridad jurídi-- ca en la adquisición de vivienda a las familias de escasos o medianos ingresos económicos.

Por lo anteriormente expuesto, estamos de - acuerdo con el Lic. José Francisco Ruíz Massieu, cuando dice:

"Podremos considerar que el derecho a la vivienda y el derecho de la vivienda se han incor-- porado plenamente a la seguridad social mexicana, cuando todo asalariado o no, esté en posibilidad de tener acceso a una vivienda digna, cuando se haya puesto en vigor un estatuto que tutele al - adquirente o arrendatario, y cuando las habita-- ciones se contemplen como un bien de consumo du-- radero, que por satisfacer necesidades primarias debe estar regulado por el Estado. Si bien no - tenemos duda de que nuestros asertos están dota-- dos de validez esas innovaciones jurídicas no -- prosperarán, si no se montan en cambios estructu-- rales de orden económico; porque el problema ha-- bitacional es efecto, que no causa, de la inefi-- ciencia e inequidad de la estructura económica -

de nuestro país". 2/

Decía Federico Engels, en su libro sobre la Cuestión de la Vivienda: "Mientras exista la producción capitalista, será absurdo querer resolver aisladamente la cuestión de la vivienda o cualquier otra cuestión social que interesa a la vida del obrero. La solución reside únicamente en la abolición del modo de producción capitalista, en la apropiación por la clase obrera misma de todos los medios de producción y de existencia". 3/

En realidad la solución del problema habitacional, depende de la evolución que registren las variables más directamente vinculadas al sistema como son: los salarios, los precios, el crecimiento demográfico, el crecimiento urbano, los usos de la tierra, la industrialización de la vivienda, la tasa de empleo, las relaciones campo-ciudad y la política de desarrollo urbano y de vivienda del Estado. 4/

Una vez analizados todos estos factores, se deben seguir instrumentando jurídicamente las acciones necesarias para afrontar y resolver en cierta medida el complejo problema de la vivienda, mediante Asociaciones Civiles, Sindicatos y

2/ Ruíz Massieu José Francisco. "La Seguridad Social y la Vivienda". Anuario Jurídico VII. 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, D.F. pp. 214 y 215.

3/ Engels Federico. "La Cuestión de la Vivienda". Fondo de Cultura Popular, A.C. Tercera Edición. 1887. Londres, Inglaterra. p. 80. Traducción del Dr. Alejandro Dagoberto Marroquin Zabaleta.

4/ Ruíz Massieu José Francisco. "La Seguridad Social y la Vivienda". Ob. cit. p. 211.

Sociedades Cooperativas, etc., utilizando la figura jurídica del fideicomiso en la Promoción y Desarrollo del Programa de Vivienda de Interés Social.

C A P Í T U L O I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL FIDEICOMISO

- a) Origen del fideicomiso en Roma.
- b) Interpretación del fideicomiso según el Derecho Inglés y el Derecho Norteamericano.
- c) El fideicomiso en el Derecho Mexicano.

LA PRÁCTICA DEL FIDEICOMISO EN EL PROBLEMA DE LA VIVIENDA

C A P Í T U L O I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL FIDEICOMISO

a) ORIGEN DEL FIDEICOMISO EN ROMA

Uno de los antecedentes remotos del fideicomiso romano, fue el "Fideicommissum" romano, que según nos dice Bojalil proviene del latín "fides" que significa fe, y de "commissus" que quiere decir comisión, encargo.

Agrega, que el fideicomiso romano se origina, por una parte, por la tendencia de los testadores a imponer su voluntad aún más allá de su vida, respecto a los bienes que transmitían a sus herederos, y por otra parte, en el deseo de eludir las numerosas incapacidades para heredar.

Estaban incapacitados para heredar, entre otros, los "peregrinus" que eran extranjeros ciudadanos de una ciudad distinta a Roma, pero residentes en ésta; los "caelibes" que eran solteros, viudos o divorciados no vueltos a casar; y los "orbi", que eran personas casadas sin hijos legítimos vivos o concebidos, nos dice Octavio A. -- Hernández.

Todos los incapacitados para heredar carecían de "testamenti factio pasiva", que era precisamente la capacidad exigida para poder ser considerado heredero; o bien, carecían de "ius capiendi" que era el derecho o facultad para poder beneficiarse aceptando una herencia o un legado, agrega.

El mismo autor Hernández respecto al concepto de "Fideicommissum", nos dice que es: "libera lidad por causa de muerte" y que surge como un - encargo dado a una persona para que transmita - parte o la totalidad de los bienes que integran la sucesión de quien hace el encargo, a favor de un tercero (fideicomisarius), cuyo cumplimiento depende únicamente de la buena voluntad de la -- persona que recibe la sucesión gravada por el fi deicomiso (fiduciarius). 5/

La forma normal que tomó en el derecho roma no, era el fideicomiso mortis causa en el cual - el fideicomitente era el autor de la herencia, - el fiduciario el heredero o legatario y el fidei comisario un tercero.

El fideicomiso era una súplica dirigida por un fideicomitente a un fiduciario, para que entregara determinados bienes a un fideicomisario. Tal fideicomiso se realiza verbis precativis, - con absoluta libertad de forma y encontraba originalmente su base en la bona fides del fiduciario, sin contar con sanciones jurídicas. Servía para favorecer post mortem a personas que no tenían la testamenti factio pasiva o para burlar - la Lex Falcidia. 6/

Esta ley tuvo su origen en un plebiscito vo tado en el año 714 de Roma, y por medio de ella, se decide que no se puede legar más de tres cuar tos de la herencia y que el heredero conserve al

5/ Bauche Garcíaadiego Mario. "Operaciones Bancarias". Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición 1981. México, D.F. pp. 358 y 359.

6/ Floris Margadant Guillermo. "Derecho Romano". Editorial Esfinge, S.A. Quinta Edición 1971. México, D.F. p. 501.

menos el cuarto de la sucesión. 7/

Por otra parte, también es conveniente citar las "Leyes Caducarias"; se da este nombre a las leyes votadas bajo Augusto, la Ley Julia de maritandis ordinibus, del año 736 de Roma, y de la Ley Papia Poppaea del año 762 que completa y modifica sobre ciertos puntos la Ley Julia.

En esta época las guerras civiles habían -- llevado consigo una disminución considerable de la población y también se había agotado por completo el tesoro público. En esa sociedad donde las costumbres estaban singularmente relajadas, los ciudadanos se alejaban del matrimonio y evitaban voluntariamente las obligaciones que impone la paternidad. El legislador entonces se propuso; por una parte, regenerar las costumbres y evitar el decrecimiento de la población, y por la otra, enriquecer el tesoro. Para llegar a este doble fin, hizo uso de castigos y recompensas.

Las Leyes Caducarias alentaban el matrimonio y la procreación de hijos legítimos, gravando con ciertos recargos a los célibes y a las -- gentes casadas que no tuvieran familia. 8/

La legislación caducaria, representada por sus principales leyes, la Pappia Poppaea y la -- Julia, prohíben a los célibes y orbi (cónyuges -- sin hijos) recibir herencias y legados de personas que no pertenezcan a su inmediata familia y crean a estas dos categorías de personas, toda -- clase de obstáculos en sus carreras públicas. 9/

7/ Petit Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano". Editora Nacional, S.A. (Traducido de la novena edición francesa). México, D.F. 1971. p. 576.

8/ Petit Eugene. Ob. cit. pp. 572 y 573.

9/ Floris Margadant Guillermo. Ob. cit. p. 213.

Estas leyes caducarias no se aplicaban a -- los fideicomisos, vistos en la época de Augusto con bastante favor; pero el Senado Consulto Pegasiano, del tiempo de Vespaciano, les hizo entrar bajo la aplicación de estas leyes. 10/

En el fideicomiso romano, cuando un testador quería favorecer a una persona con la cual no tenía la testamenti factio, no tenía otro recurso que rogar a su heredero fuese el ejecutor de su voluntad para dar al incapaz, bien fuera un objeto particular, o bien la sucesión en todo o en parte, al heredero gravado se le llama fiduciario y aquel a quien restituye fideicomisario.

Esta disposición en su origen no tenía nada de obligatoria civilmente era un asunto de conciencia y de buena fe para el heredero fiduciario. Bajo Augusto, la inejecución de ciertos fideicomisos, habían ofendido muy manifiestamente la opinión pública, el emperador los hizo ejecutar con la intervención de los cónsules. Esta medida pasó en el Derecho y se creó hasta un pretor especial praetor fideicommissarius, para ocuparse de los fideicomisos. 11/

La condición de peregrinos es el derecho común para los no ciudadanos. No disfrutaban del connubium, del commercium ni de los derechos políticos, o sea que no tenían la aptitud para contraer matrimonio de derecho civil, llamado iustaenuptiae, ni para adquirir ni transmitir la propiedad. Por lo que se refiere a las personas inciertas, que son las que no tienen capacidad para ser instituidos herederos o sea que deben tener la testamenti factio con el testador, es --

10/ Petit Eugene. Ob. cit. p. 573.

11/ Petit Eugene. Ob. cit. p. 579.

decir, la aptitud legal para ser elegido por heredero. 12/

Para tener la capacidad, era necesario disfrutar del commercium por tratarse de una adquisición regulada por el derecho civil de cuya adquisición estaban privados los peregrinos, los condenados que han perdido el derecho a la ciudadanía y los manumitidos dedicticios. 13/

O sea, que estos últimos eran aquellos que durante su esclavitud, habían sufrido ciertos -- castigos, no eran dignos de hacerse por la manumisión, ni ciudadano ni latino; la ley sólo concede la condición de peregrino dedicticio con -- cierta gravación de acuerdo con la ley Aelia Sentia. 14/

Se debe mencionar también que había ciertas personas cuya incapacidad se tenía por motivos -- muy especiales.

1.- Las mujeres no podían ser instituidas -- herederas por un ciudadano de primera clase; es decir, de aquellos que tenían una fortuna de -- cien mil ases al menos comprobada sobre regis-- -- tros del censo. Esta incapacidad resultaba de -- la "Ley Voconia", votada en 585, con apoyo de Ca -- tón el antiguo. Su finalidad era impedir la ri -- queza excesiva en las mujeres.

2.- Las personas inciertas, también eran in -- capaces. Estas son las que al testador le es im -- posible darse una idea clara y precisa de ellas; porque debe elegir un heredero entre aquellos --

12/ Petit Eugene. Ob. cit. pp. 81 y 82.

13/ Petit Eugene. Ob. cit. p. 524.

14/ Petit Eugene. Ob. cit. p. 89.

cuyas cualidades pueden apreciar, y su voluntad debe ser ilustrada.

Se consideraban también como personas inciertas:

- a) Los hijos no nacidos en el momento de la confección del testamento, llamados póstumos.
- b) Las personas morales. 15/

Todas estas restricciones hicieron que se instrumentara la figura jurídica del fideicomiso, ya que aquellos que no tenían la aptitud legal para ser considerados ciudadanos, no podían ser instituidos herederos; puesto que no disfrutaban del commercium, que es el derecho de adquirir y transmitir la propiedad.

En el derecho romano existieron algunas instituciones jurídicas, que han sido consideradas por algunos autores como el antecedente de nuestro actual fideicomiso, y se señala principalmente a la "fiducia" que consistía en un pacto agregado a las formas de transmitir la propiedad, por virtud de la cual el adquirente se obligaba a devolver la cosa adquirida, llegado el caso que previamente se hubiere convenido. Se utilizaba la fiducia, por una parte para garantizar el cumplimiento de una obligación y el pago de un crédito, denominándose "fiducia cum creditore" (fiducia con acreedores). Por otro lado, se usaba dicha transmisión fiduciaria para que el adquirente custodiara una cosa o hiciera uso de ellas, recibiendo el nombre de "fiducia cum amico" (fiducia con amigo).

En la "fiducia cum creditore"; se transmitía la propiedad de la cosa al acreedor, quien se la apropiaba definitivamente, si el deudor no cumplía con su obligación a su debido tiempo; y aún así en el caso de que el deudor cumpliera puntualmente, estaba en peligro de perder la cosa; ya que el acreedor tenía el carácter de propietario; podía enajenarla y aquél sólo tenía una acción personal; pero no podía reclamar la cosa del tercero adquirente.

Aun cuando la "fiducia cum amico", fue considerada como institución distinta, su estructura era idéntica a la "fiducia cum creditore". Influyó en la formación de los contratos de mutuo, depósito, comodato, mandato y sirvió también para realizar las donaciones por causa de muerte, por lo que se considera que constituyó el antecedente del fideicomiso. 16/

En relación a la fiducia romana, FRANCESCHELLI se refiere implícitamente sólo a la fiducia cum creditore; sin embargo, la fiducia cum amico ofrece un paralelo de interés con el use tanto por lo que respecta a la estructura del negocio fiduciario, como en cuanto a algunas de sus aplicaciones. Si bien la fiducia romana tenía un campo de aplicación más amplio que el use inglés, ya que comprendía el derecho de familia (adopción, emancipación, tutela), el derecho de propiedad a través del pacto anexo a una mancipatio o in iure cessio (actos solemnes de transmisión), la fiducia cum amico (como variedad de depósito, comodato y mandato) es más restringido que el use.

16/ Rodríguez Ruíz Raúl. "El Fideicomiso y la Organización Contable Fiduciaria". Ediciones Contables y Administrativas, S.A. Quinta Edición 1972. México, D.F. pp. 28 y 29.

Además ni el use ni el trust, empero, pudieron haber sido influidos por la fiducia cum amico, cuyo conocimiento fue muy posterior al descubrimiento de NIEBUHR del palimpsesto de Verona - en 1816, que contenía las instituciones de Gayo. 17/

Por otra parte, hay que tomar en cuenta la opinión del Dr. Guillermo Floris Margadant S., - quien en relación a este punto de vista dice "lo que actualmente se llama fideicomiso en México, no es una institución derivada directamente del derecho romano; sino más bien una transformación del Trust Anglosajón, introducido a México, a través de Panamá en 1924. En 1932, el fideicomiso se estructuró de nuevo en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, bajo la influencia de -- Pierre Lepaulle, y se considera actualmente como la dedicación de ciertos bienes a fin lícito determinado, cuya realización se encomienda a una institución fiduciaria, expresamente autorizada para figurar como tal. 18/

b) INTERPRETACIÓN DEL FIDEICOMISO SEGÚN EL DERECHO INGLÉS Y EL DERECHO NORTEAMERICANO

Con relación a este aspecto, el Lic. Jorge Piña Medina dice: "El más importante antecedente de la institución del fideicomiso mexicano lo -- constituye el use o trust del derecho británico y del derecho estadounidense que a través de más de siete siglos de evolución primeramente en In-

17/ Batiza Rodolfo. "El Fideicomiso". Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición 1980. México, D.F. pp. 89 y - 90.

18/ Floris Margadant Guillermo. "Derecho Romano". Ob. cit. p. 504.

glaterra y con posterioridad en Estados Unidos, adquirió perfiles muy definidos y en él se inspiró el legislador mexicano para establecer en --- nuestro sistema jurídico la figura del fideicomiso".

Al perfilar la breve historia del use y el trust, seguiremos fundamentalmente las ideas de los distinguidos profesores ingleses y norteamericanos que se han ocupado de estas cuestiones, como son: sir Frederick Pollock y Federic William Maitland, Theodore Plucknett, George Gleason Bogert y Austin Wakeman Scott.

El use y el trust como bien lo afirma Scott, no surgieron a la vida real perfectamente definidos, pues hubieron de pasar centenas de gestiones antes de que devinieran instituciones legales y centurias de crecimiento y evolución, antes de que estas instituciones tomaran su lugar, como figuras centrales del sistema de equidad.

Continúa diciendo Piña Medina: "Es un tanto obscuro el origen primitivo del use, 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 el -- sistema feudal y los señores feudales sobre sus vasallos, y en segundo lugar, para burlar el régimen imperante en esa época.

En sus orígenes, el use era un instrumento utilizado por un propietario de tierras que ---- transfería parte de ellas a sus sirvientes o vasallos como compensación (enffeofes) para el uso de otro (feoffor).

El que recibía la propiedad se llamaba --- feoffe tu uses y al beneficiario se le llamaba - cestui que use.

Los uses se creaban por convenio verbal; el feoffe aceptaba conservar los bienes en custodia y permitía al cestui que use tomar las utilidades; se obligaba además a transferir la propiedad o el título de ella tal como se le instruyera.

También fueron utilizados por las órdenes religiosas y como han dicho algunos autores, se recurrió a ellos a fin de eludir obligaciones legales; así Bogert cita un proverbio inglés de -- que los padres del trust fueron el fraude y el temor y su nodriza fue el sistema de tribunales de conciencia.

Las organizaciones religiosas no poseían -- tierras, pues esto estaba prohibido por el Statute of Mortmains (Estatuto de manos muertas). No obstante esta prohibición, existían personas caritativas que deseando donar sus tierras a la -- Iglesia lo hacían mediante el use, y así una orden religiosa podía obtener los beneficios de -- esas tierras, aunque no la propiedad; Bogert indica que en opinión de algunos profesores, los -- grupos religiosos fueron los primeros en utilizar el use extensivamente y de manera tal que en Inglaterra resultó muy popular como medio de defensa clasista; se afirma que en los tiempos de Enrique V (1413-1422), los uses fueron la regla, más bien que la excepción para poseer la tierra en la Gran Bretaña.

Scott divide, para efectos didácticos, el -- estudio histórico del use y el trust en Inglaterra en cuatro periodos: el primero abarca la época medieval a partir del siglo XII hasta el -- siglo XIV; el segundo que es el desarrollo progresivo del use, abarca del siglo XIV hasta el -- siglo XV y comprende la promulgación del Statute -- of Uses (1536); el tercer periodo va de 1536 has

ta aproximadamente 1650 y el cuarto desde este año hasta nuestros días propiamente.

La utilización del use trajo como consecuencia también el florecimiento del desarrollo de todo un sistema de impartición de justicia que es conocido con el nombre de Sistema de Justicia de Equidad. 19/

Para explicar el origen de los usos, Maitland dice que el antiguo use consistía en una transmisión de tierras realizada por acto entre vivos o por testamento a favor de un prestanombre, quien poseería en provecho del beneficiario o cestui que use.

La palabra use, señala Maitland, pudiera pensarse que proviene del latín usus, pero en realidad deriva de opus desde los siglos VII y VIII, como puede comprobarse con documentos jurídicos Lombardos y Francos, encontrándose en el latín bárbaro o vulgar ad opus como equivalente a "en su representación", con lo que se puede eliminar como antecedentes del uso al usus usufructus.

Sin embargo, siguiendo la convicción de Blackstone, autores como Perry en el último tercio del siglo pasado comparten la suposición de que el antiguo fideicomiso, había sido el modelo del uso.

Keeton por su parte afirma: que este punto de vista, puede considerarse totalmente superado, a partir de las investigaciones de Maitland que

19/ Banco Mexicano SOMEX. "Instituciones Fiduciarias y Fideicomiso en México". 1982. México, D.F. pp. 7 a 11.

han demostrado cómo el término use deriva, no de la expresión ad usus sino de ad opus.

Es conveniente mencionar que además del antecedente romano mediante el cual se pretende explicar el origen del use y que ya hemos analizado, la hipótesis o antecedente Germánico postulado por Holmes, quien señala que el use tuvo su origen en el Treuhand o Salman, primitivo albacea a quien se transmitían bienes inmuebles en vida del dueño para que a su muerte cumpliera los fines previstos, aunque también este autor supone que el origen de los usos podía en cierto grado atribuirse a los tribunales eclesiásticos después de la conquista normanda.

Maitland, en su intento por explicar el origen de los usos, nos dice "que el uso, nació de las reglas del Common Law relativas a un mandato carente de formalidades, utilizado en un principio para bienes muebles y que tuvo su máxima definición cuando la práctica fue extendida a los inmuebles".

Expuesto de esta manera el punto de vista de Maitland, coincide con el de Amos, quien también opina que el uso fue un producto del sistema jurídico inglés, consecuencia lógica de que "la equidad actúa sobre la conciencia", y estimaba que el canciller al sancionar su exigibilidad jurídica, se guiaba en cierta forma por las antiguas acciones de account y detinue del Common Law.

Con esto se explica de acuerdo con Batiza, la hipótesis aborigen sobre la aparición del use; pero este mismo autor hace alusión a un origen indeterminado del use, y para exponer dicha hipótesis cita a Keeton para quien las opiniones sobre el origen del uso están algo fuera de lugar,

y señala por ejemplo que el derecho inglés moderno no asimila en varios aspectos la posición del albacea a la del trustee y señala que sería tan falso pretender que el albaceazgo deriva del cargo de fiduciario como mantener la pretensión inversa. Para este autor, la concepción básica del uso aparece en diversos sistemas jurídicos aunque la práctica pueda en ciertos detalles mostrar diferencias considerables. 20/

Según opinión de Scott, el origen del fideicomiso (use) (trust), está en la institución germánica del Salman o Treuhand, más que en el fideicommissum romano. 21/

El tránsito histórico que media entre la aparición de los usos y la plena integración del trust puede describirse, conforme lo hace Scott, a través de cuatro períodos más o menos definidos.

El primero de ellos que se inicia con el primitivo empleo de los usos y continúa hasta comienzos del siglo XV, época en que reciben la sanción del canciller para su exigibilidad jurídica.

El segundo período se extiende hasta la promulgación de la Ley de Usos en el siglo XVI.

El tercero alcanza los finales del siglo XVII, y marca la nueva etapa del derecho del trust, el cuarto y último período comprende el desarrollo del trust moderno.

20/ Batiza Rodolfo. "El Fideicomiso". Ob. cit. pp. 33 a 37.

21/ Asociación de Banqueros de México. "Primer Cónclave de Fideicomiso". 1943. México, D.F. p. 5.

No ha podido determinarse aún en forma satisfactoria el momento preciso en que los usos hacen su aparición en Inglaterra. Tal vez, con la hipótesis de Maitland, su primera y general utilización haya ocurrido en el siglo XIII como resultado de las transmisiones de tierras "para el uso" de los frailes franciscanos, a quienes las reglas del orden prohibían, en lo individual o comunamente, la propiedad de bienes. Ya para principios del siglo XV habíase generalizado tan to esa costumbre, que en el reinado de Enrique V (1413-1422) la mayor parte de las tierras estaban sujetas al régimen de los usos.

Durante ese período, los usos consistían en obligaciones de carácter moral, cuyo cumplimiento quedaba a la buena fe del prestanombre o feoffee. El beneficiario o cestui que use carecía de derechos protegidos por el orden jurídico, a cambio de lo cual estaba libre de tributos y cargas que pesaban sobre la propiedad.

Los tribunales guardaban una actitud neutral, sin intervenir; pero tampoco sin oponerse. El parlamento, al contrario se vio en la necesidad de legislar para impedir que los usos servieran propósitos abiertamente contrarios al orden público y en el año de 1376 prohíbe las transmisiones en fraude de acreedores por las que una persona se reservaba el uso de una cosa; al año siguiente promulga una ley reveladora de la turbulencia de la época, que sancionaba con nulidad los actos en que el despojante ("disseisor") de tierras transfería a los Lords u otros magnates o a personas desconocidas para su propio uso, imposibilitando o dificultando así la restitución a su verdadero dueño; en 1391 amplía la aplicación de las leyes de manos muertas, que decretaba a favor del soberano la confiscación de tierras transferidas a corporaciones religiosas, -

para cubrir la situación en que la transferencia se hiciera al uso de dichas corporaciones. 22/

Para ubicarse en la época en que hacen su aparición los primitivos usos, período que se caracteriza porque el "cestui que use" o beneficiario carecía de derechos que pudiera hacer valer contra el "feoffe" de mala fe, cuyas obligaciones consistían en simples valores morales. Rodolfo Batiza, en su obra "Tres Estudios sobre el Fideicomiso", editada por la UNAM en 1954, hace comentarios muy importantes para hacer la distinción entre Trust y contrato, utilizando algunos términos jurídicos del Common Law, procurando la explicación sobre el procedimiento jurídico.

Así Batiza explica que cuando el feoffe (fideuciario) abusando de su propiedad legal, rehusaba al beneficiario el goce del bien puesto en uso, no podía el beneficiario recurrir a las acciones de "ejectmen trespass u on the case", (acción mixta derivada de la antigua acción de ejectione firme, para reclamar la posesión de inmuebles y reclamar indemnización por daños y perjuicios causados por algún acto violento cometido contra una persona o sus bienes).

"u on the case" (Expresión abreviada de la acción Trespass on the case, procedente para subsanar las limitaciones de la acción trespass en la reparación del daño a una persona, como compensación por aquellos actos ilícitos en que existía violencia directa o inmediata) y si para remediar la situación decidía hacerse justicia por su propia mano, recuperando la posesión contra la voluntad del feoffe, los tribunales del -

22/ Batiza Rodolfo. "El Fideicomiso". Ob. cit. pp. 37 y 38.

Common Law se inclinaban a favor del feoffee como dueño legal, autorizándole el ejercicio de las acciones negadas al beneficiario, que sólo tenía la propiedad en conciencia de equidad.

Cuando no era el beneficiario el acreedor - del uso, sino un tercero, ese estado de cosas -- era explicable porque el derecho inglés no le reconocía, como tampoco ahora le reconoce, interés alguno al no ser parte en la relación; pero aún si el uso era creado por el propietario del bien en provecho de sí mismo, no podía promover contra el feoffee infiel una acción en tort (Tort, del latín torquere, torcer. Responsabilidad civil que no nace de la relación contractual, sino del daño cometido a una persona o a sus bienes. Para que la acción de tort proceda, son esenciales tres elementos: 1.- La existencia de un deber jurídico hacia el perjudicado; 2.- La violación de ese deber; 3.- El sufrimiento de daños como efecto directo de tal violación), ni por incumplimiento de contrato, a pesar de que en esta última los elementos que el Common Law requiere para la existencia de un contrato debían reputar se presentes: había consideration (causa) constituida por la transferencia de la cosa, así como mutuo consentimiento.

La falta de protección al beneficiario ha - tratado de explicarse aduciendo razones varias. Se ha dicho que con anterioridad a la época en - que los usos, de obligaciones puramente morales, fueron transformados en deberes obligatorios y - exigibles por el Tribunal de Cancillería o de -- Equidad, no se conocía ninguna acción de derecho estricto para remediar el incumplimiento contractual, puesto que la "special assumpsit" (La acción de assumpsit tenía por objeto la indemnización de daños y perjuicios por falta de cumplimiento de un contrato verbal, no solemne; la de

special assumpsit es la misma acción de assumpsit, promovida con base en un contrato o en una promesa expresos). Sólo vino a desarrollarse -- hasta el siglo XVI. En cambio, el beneficiario de un uso gozó de la protección del canceller -- desde los primeros años del siglo anterior; así es que cuando la acción de special assumpsit adquiere madurez plena, ya los usos eran materia reservada al fuero de equidad representado por el Tribunal de Cancillería, razón que hizo innecesaria la intervención de los tribunales de derecho estricto o Common Law para proteger al beneficiario.

La explicación anterior no es convincente para Scott. Observa él que la acción denominada covenant (Acción para reclamar daños y perjuicios derivados de la violación de un pacto o sea un contrato otorgado bajo sello), había existido en los tiempos en que los usos todavía no recibían la sanción del canceller, a pesar de lo -- cual los tribunales del Common Law jamás admitieron la procedencia de dicha acción para hacer jū rídicamente efectivos los deberes del feoffee emā nados de un uso. La realidad parece ser, agrega este autor, que la creación de un uso en ningún momento fue considerada por los Tribunales de -- Equidad ni por los de Common Law como un acto de naturaleza contractual, sino más bien como una translación de dominio (conveyance), y correspondiente a la jurisdicción ejercida por el canceller, acto al que no falta elemento adicional al guno.

La creación de un uso, y en época posterior de un trust, involucra la transmisión de un interés beneficiario (beneficial interest), es decir, el provecho económico derivado de una cosa a favor de una persona que no tiene propiedad legal sobre la misma. Por todos estos antecedentes, -

la doctrina angloamericana sustenta la firme posición de que aun aceptando que el acto creador de un trust presuponga ciertos elementos característicos de la relación contractual, trust y contrato deben mantenerse y coexistir como disciplinas absolutamente autónomas.

En la actualidad, la constitución de un trust puede, en casos especiales, dar origen a la celebración de un contrato entre el creador (settlor) y el encargado de desempeñarlo (trustee) si éste se obliga a realizar actos diversos de los que implica el normal cumplimiento de sus funciones. Así por ejemplo, puede convenir el trustee en que si el patrimonio afecto llega a sufrir menoscabo o a perderse, resarcirá los daños aun en ausencia de culpa de su parte. En el caso de que el trustee desconozca su obligación, el settlor está facultado para entablar una acción, no de equidad, sino de derecho estricto, derivada del incumplimiento de la obligación contractual adicional. Debe tenerse presente que a pesar de que en los países anglosajones los tribunales de Equidad y Common Law han sido fusionados desde hace años, todavía subsiste la distinción entre Equidad y Common Law, como ordenamientos jurisprudenciales que descansan en normas y principios diversos.

Por lo tanto, los tribunales contemporáneos, siguiendo una política iniciada desde el medioevo, rehusan al beneficiario acciones en vía de "tort" o de contrato; si el patrimonio en trust consiste en inmuebles, no podrá recurrir para impedir el despojo o el allanamiento a las acciones de ejectment o trespass, respectivamente, y si el patrimonio está integrado por muebles, no podrá utilizar las acciones de "trover" (Especie de acción on the case, que originalmente procedía para reclamar daños y perjuicios contra la -

persona que había encontrado muebles pertenecientes a otra, apropiándose los indebidamente. Más tarde la declaración de que los bienes habían sido encontrados convirtióse en una mera ficción, y la acción de (trover) fue empleada para hacer cesar una posesión sin derecho).

"Detinue" (Acción para recuperar en especie de bienes muebles de quien había adquirido su posesión lícitamente; pero que carecía de derecho para conservarlos; concedía además, daños y perjuicios por la retención).

"Replevin" (Acción ex deito que procedía para recobrar la posesión de bienes muebles adquiridos ilícitamente).

A pesar de que como se ha indicado en la actualidad no subsiste la dualidad de fueros; sin embargo, como los jueces aplican reglas de equidad o de derecho estricto según la naturaleza jurídica del problema que se les plantee, y el trust forma parte de la equidad, los recursos del beneficiario se ejercitan a través de acciones de naturaleza equitativa, con la sola excepción de aquellas situaciones en que la obligación del trustee consiste en el pago incondicional e inmediato de una suma de dinero, o la entrega de una cosa mueble, en las que proceda una acción de derecho estricto.

En la doctrina y en la práctica anglosajona se menciona otra razón para no sujetar al trustee a una acción por incumplimiento contractual deducible por el settlor o por el beneficiario, y consiste en que sería entonces un tribunal asistido de un jurado, aplicando reglas de derecho estricto, él tendría que resolver complejos y delicados problemas sobre la conducta del trustee, que se estiman más acordes con las fun-

ciones de un tribunal que recurra a normas de -- equidad sin la intervención de un jurado, o más conformes con la jurisdicción ejercida por los - tribunales especiales ante los cuales se ventii- - lan los juicios sucesorios.

Las diferencias fundamentales que mantienen la separación entre trust y contrato, han sido - recogidas por Bogert en tres elementos básicos: privity, consideration y status.

"Privity".- El Common Law, que en su parte medular es el conjunto de normas coercitivas elab^o boradas por los tribunales (case law), y a las - cuales se reconoce mayor autoridad que al mismo derecho legislado, ha adoptado el principio de - privity, desconocido para el derecho que regula los trusts, y que equivale al viejo axioma del - derecho romano "Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest".

El Common Law sostiene que quien pretenda - exigir el cumplimiento de un contrato debe ser - parte en la relación; por el contrario, si una - persona transmite bienes en trust para beneficio de otra, carece de importancia el hecho de que - el beneficiario no haya sido parte en el instru- - mento correspondiente y aun de que no haya teni- - do conocimiento de la existencia del acto, cir- - cunstancias que nada afectan su derecho de exi- - gir posteriormente el cumplimiento del trust. Pe - ro si a fin de conceder el mismo beneficio patri - monial, dicha persona utiliza la vía contractual en vez del trust, estipulando con el contratante una prestación a favor de un tercero, conforme - al Common Law surgen serios problemas, puesto -- que no reconoce al tercero beneficiario acción - para hacer efectivo su derecho. Ello determina la importancia práctica de la distinción entre - contratos y trusts a beneficio de tercero.

"Consideration". - Es una creación de los -- tribunales del Common Law, aceptada durante al-- gún tiempo por los tribunales de Equidad en la - ejecución forzada de obligaciones derivadas de - un trust, pero que más tarde abandonan.

Actualmente no es necesaria consideration - de ninguna especie para la existencia y exigibi- lidad de un trust: todo contrato, a la inversa, para su existencia y obligatoriedad depende de - consideration (que equivale a causa, según ha si- do formulada por la doctrina francesa sobre los antecedentes del derecho romano y que este ele- - mento es de esencia en los contratos) o de la -- formalidad de un sello, lo que viene a signifi- - car otra marcada diferencia entre trust y contra- to. Por otra parte, la existencia de un contra- to descansa en la aceptación real de una oferta, en tanto que la aceptación de un trust se presu- me, y puede un trust permanecer vigente durante largo tiempo sin el conocimiento o la conformi- - dad del cestui sujeto, claro, está, a la facul- - tad que le asiste de renunciar a sus ventajas.

"Status". - La creación de un trust genera - una relación jurídica en que naturaleza, conteni- do y efectos se definen imperativamente por el - derecho mismo con independencia de la voluntad - de las partes, a diferencia del contrato, en que el contenido y los efectos que produce se deter- minan por las partes; en forma análoga, la rela- ción existente entre trustee y beneficiario de - status y no de contrato. La ley deja al trustee en libertad para decidir si acepta o no el cargo, pero una vez aceptado, sus obligaciones están -- previstas por el derecho, sin que puedan ser al- teradas por el trustee ni por el beneficiario.

Es de tal manera una noción definitivamente arraigada en el derecho angloamericano que los -

trusts constituyen una provincia por completo -- ajena a la de los contratos, que los autores no se esfuerzan por llevar más lejos el análisis de las características distintivas que separan a -- una y a otra relación. Pero, para quienes se -- han formado en la escuela derivada del derecho - romano, es de interés proseguir la investigación más a fondo. A ese fin estimamos inobjetable, - desde el punto de vista jurídico -aun del angloamericano- el procedimiento consistente en someter las varias formas de creación de las trusts (según normas prescritas por el Common Law) a la prueba de aplicarles los principios que rigen la creación de un contrato, conforme al mismo sistema jurídico. Esta técnica revelará, en estricta ortodoxia, si las fuentes del trust se identifican o no con las del contrato. 23/

Por lo que se refiere a una definición acerca del trust, son numerosas las definiciones que en la doctrina angloamericana se han formulado y en la que cada autor considera haber logrado el éxito no alcanzado por nadie antes de él, así para exponer una definición con relación al trust, Hart hace algunos comentarios en los que establece las diferencias existentes entre trust y contrato con un enfoque sistemático.

Históricamente afirma Hart, "existe una profunda distinción entre contrato y trust: aquél es creación del derecho estricto, éste de la equidad y en tiempos pasados, cuando los tribunales de derecho estricto y los de equidad coexistían en forma separada, con toda la probabilidad, nadie hubiera abrigado duda alguna de que una -

23/ Batiza Rodolfo. "Tres estudios sobre el Fideicomiso". Editorial UNAM. 1954. México, D.F. pp. 37 a 45.

demanda en equidad contra el depositario sería - improcedente por falta de "equidad". Aun en la época presente, en que las diferencias entre las antiguas jurisdicciones han quedado borradas, -- uno no puede menos de sentir que es llegar al ex tremo cuando se designa a ciertos depositarios, por ejemplo los porteadores comunes, como trusteees de los bienes que le han entregado. Es de desearse que la definición del trust sea limitada en forma tal que impida la confusión, en particular, con el depósito, así como en general -- con las demás especies de contratos, dado que no satisface establecer como base de distinción algo que sólo representa una cuestión histórica. - De ser posible, debe hacerse un esfuerzo para en contrar, más que una diferencia de ese carácter, una de orden lógico.

Underhil observó dos distinciones de la clase buscada, a saber: el trust, independientemente de como haya sido creado, es susceptible de exigirse de manera absoluta contra el trustee -- sea que se haya o no otorgado "Consideración"; - en tanto que el contrato, salvo que sea bajo sello, no es susceptible por regla general de exigirse al obligado, a menos de mediar consideración. El contrato, efectivamente, no es exigible por quien no haya sido parte en el mismo, en contraste con una de las características más notables del trust consistente en que siempre podrá exigirse por una persona en cuyo beneficio - fue constituido, a pesar de que, por lo común, - no haya sido parte en su creación.

Habiendo trazado así la línea divisoria entre trust y contrato, los demás rasgos definitivos de aquél pueden para Hart, resumirse como si gue:

PRIMERO.- La palabra trust, en el lenguaje

corriente, sin duda implica confianza, y a primera vista, podría pensarse que la descripción jurídica del trust necesariamente debe hacer referencia a esa circunstancia; peor se ha demostrado que dicha noción no es esencial en la actualidad para lo que los juristas quieren significar por trust, ya que éste connota también obligación que, aun cuando en una época fue tan sólo de orden moral, desde hace tiempo se ha transformado en jurídica. Cuando la obligación era puramente moral, se explicaba que la noción de "confianza" implícita en el trust fuera preponderante y que los antiguos autores hicieron de ella el pivote de sus ideas; pero ahora en que todo trust es jurídicamente exigible ante los tribunales, dicha noción ha pasado a segundo término, mientras que la de obligación ha venido a ocupar, desplazándola, el lugar prominente.

SEGUNDO.- La obligación es de aquellas que pueden ser impuestas en forma explícita por cada una de las partes, como en el caso de los trusts expresos o declarados, o que puede imponerse por ministerio de ley, como en los trusts implícitos o interpretativos.

TERCERO.- Las obligaciones que surgen del trust sólo pueden existir en relación con bienes, término empleado para significar el objeto de un derecho de propiedad, pues, como ya se ha visto, no es esencial que el trustee deba tener el derecho legal o la propiedad, siempre y cuando tenga el control de los bienes del trust.

CUARTO.- La obligación implica una separación entre el completo control de los bienes a que se refiere y el completo interés beneficiario sobre los mismos, aun cuando el obligado pueda, al mismo tiempo, ser parte que imponga la obligación, sin estar necesariamente excluido de

tener dicho interés.

Por último, la obligación es de origen equitativo, esto es, en los primeros tiempos no era exigible en general ante los tribunales de justicia, sino sólo ante aquellos conocidos por "tribunales de equidad". Esta característica, empero, vuélvese puramente histórica a partir de la fusión del Common Law y equity, realizada por -- las Leyes de la Judicatura.

Concluye Hart que, puesto que el primero y el último de los rasgos que se han considerado -- distintivos del trust, no puede decirse que lo -- sean en la época presente, deben ser eliminados. Por tanto, las notas fundamentales que la defini-- ción debe expresar son: 1) Una obligación que -- puede ser impuesta expresamente o por implica--- ción de la ley; 2) La restricción de la obliga-- ción al manejo de bienes sobre los cuales el --- obligado tiene control; 3) La separación entre el control de los bienes y la integridad del de-- recho beneficiario sobre éstos en el concepto de que el obligado puede ser una de las personas -- que gocen de tal derecho; 4) La capacidad de -- las personas interesadas beneficiariamente para exigir la obligación. Dichos elementos pueden - combinarse para formular la definición siguiente:

"El trust es una obligación impuesta ya sea expresamente o por implicación de la ley, en vir-- tud de la cual el obligado debe manejar bienes -- sobre los que tiene el control para beneficio de ciertas personas que indistintamente pueden exi-- gir la obligación". 24/

24/ Batiza Rodolfo. "El Fideicomiso". Ob. cit. pp. - 47 a 50.

No puede negarse que esta definición, a la que llegó su autor siguiendo una sistemática rigurosa, superando las que existían es una de las más completas, teniendo a la vista no menos de una docena de las de mayor autoridad. Y sin embargo a pesar de todo su esfuerzo, la definición tampoco está por completo exenta de objeciones. Por una parte, niégase en la doctrina anglosajona que la unificación de los tribunales adoptada en Inglaterra haya resultado en la supresión de las distinciones entre los principios del derecho estricto y los de equidad. Autores del mayor prestigio, en efecto, siguen sosteniendo que las diferencias entre una y otra rama persisten con el antiguo vigor. Keeton, Ashburner, Potter y Hansbury, entre otros, afirman categóricamente que aun cuando ha habido una unificación de tribunales en donde no existía dualidad y aun multiplicitad, no se ha logrado la fusión entre common law y equity y que ambos sistemas preservan su identidad respectiva, sus principios característicos y sus finalidades propias.

Para concluir con el tema de la definición del trust, mencionaremos por último la de mayor autoridad doctrinaria en los Estados Unidos, o sea la propuesta por el Instituto de Derecho Norteamericano (American Law Institute), cuya traducción es como sigue: "El trust, según el término, se emplea en el restatement (consiste en presentar una exposición ordenada del common law de los Estados Unidos elaborada por los tribunales), de esta materia, cuando no está limitado por las palabras de beneficencia "resultante o interpretativo; es una relación fiduciaria con respecto a bienes que sujeta a la persona que tiene el título sobre los mismos a obligaciones de equidad para manejarlos en beneficio de otra, y que surge como resultado de una voluntad para crearla".

Tampoco esta definición ha escapado por completo a la crítica. Keeton objeta la exclusión que en ella se hace del trust "caritativo" o de beneficencia, pero que el Instituto citado justificaba en la diversidad del destino de los bienes en uno y otro trust: a favor de personas determinadas en el privado; para la colectividad - en el de beneficencia. 25/

¿Qué es lo que existe en el trust -se pregunta Scott- para justificar el orgullo que inspira a los juristas ingleses?

Como afirma Maitland, agrega, el trust "es una institución de gran elasticidad y amplitud, tan elástico y amplio como el contrato"; sin embargo, continúa Scott, no hacemos alarde de nuestro concepto de contrato, pero ello se debe a -- que en todos los sistemas jurídicos se encuentra el mismo concepto y en todos ellos es tan elástico y amplio como el nuestro. El trust en cambio, sigue diciendo el ilustre profesor, es un medio para hacer disposición de bienes, y ningún otro sistema jurídico cuenta para ese objeto con un instrumento tan flexible, y es esto lo que hace al trust único, pues los fines para los cuales - puede emplearse son tan ilimitados como la imaginación de los abogados.

Varias son las razones indicadas tal vez, - por las que un tratadista de la autoridad del -- profesor Powell, de la Universidad de Columbia, se expresa con sencillez en esta definición:

"La idea de trust -dice él- es sencillamente simple; de conformidad con ella una persona - posee en calidad de dueño y administra bienes -

determinados para beneficio económico de otra".

26/

Siendo nuestro fideicomiso una versión modificada del trust, será preciso exponer algunos antecedentes de la institución inglesa y de su posición dentro del Common Law.

Para la doctrina anglosajona, que en este particular no difiere de la nuestra, el derecho constituye una unidad indivisible a la que se ha escindido en ramas separadas únicamente por razones de conveniencia en su estudio.

La clasificación básica establecida es entre derecho sustantivo y adjetivo, y como subclasificación dentro de este último figuran la equidad y el trust:

De conformidad con los principios y la tradición del Common Law, los trusts han formado siempre una rama radicalmente distinta e independiente de la de los contratos. Sir Frederick Pollock piensa que en cuanto a su fuente, sobre todo es resultado de un acto entre partes, el trust es una especie de contrato, pero sostiene que las complejas relaciones incorporadas en un trust son irreductibles a los elementos normales de un contrato. El trust, debe considerarse como una obligación, es decir, como "un vínculo de equidad, por virtud del cual una persona está obligada a la ejecución de un acto o una abstención en beneficio de otra".

Aun cuando puede decirse -afirma el jurista inglés- que todo trust encierra un contrato, pre

26/ Batiza Rodolfo. "Tres estudios sobre el Fideicomiso". Ob. cit. pp. 29 a 31.

supone sin embargo tantos otros elementos adicionales, y la naturaleza de los objetivos que con él se persiguen en tan diversa de los buscados a través de la relación contractual, que por ello se distingue claramente no sólo de cualquier especie de contrato, sino de los contratos considerados como un género distinto. 27/

El primer fideicomiso de que se tiene conocimiento se estableció algo después del año 1066, después de la conquista de Inglaterra por Guillermo de Normandía, más tarde llamado el conquistador. Este tipo de fideicomiso, no era sino un convenio entre caballeros. No había medios de hacerlos cumplir. Si a una persona se le dejaba una propiedad para que la administrase en beneficio de una tercera y aquélla no consideraba conveniente llevar a cabo, las instrucciones, no había medios de obligarlos a cumplir.

Como a mediados del siglo XV, el rey de Inglaterra y su canciller advirtieron las formas en que se administraban estos fideicomisos y comenzaron a ponerlos en orden, haciendo que el fiduciario que había recibido los bienes de un tercero procediera correctamente.

Por el año de 1550, el fideicomiso no era un expediente muy bueno, había mucho de fraude en él; se empleaba usualmente para ocultar algo que una persona no debía de hacer.

Una institución religiosa, monasterio o una iglesia, no podían poseer título sobre un bien raíz y como la iglesia necesitaba de propiedades, principió a traspasarlas a un fiduciario para

27/ Batiza Rodolfo. "Tres estudios sobre el Fideicomiso". Ob. cit. pp. 34 y 35.

que éste las conservase en beneficio de la iglesia.

De 1400 a 1535 el fideicomiso se empleó para engañar al gobierno y ayudar a la iglesia. En tonces pasamos a lo que se conoce como los cien años más notables, entre 1535 y 1635. Por el año 1535 se dice que una tercera parte de los bienes raíces en la Gran Bretaña estaba comprometida en fideicomisos, no llamados así entonces sino "usos". Fue por esto que el Parlamento aprobó en el año de 1535, a reiteradas instancias de Enrique VIII, la ley de "Estatuto de Usos". 28/

Volviendo al desarrollo del "trust" en Inglaterra conviene anotar que es a fines del siglo XV cuando alcanza el "use" categoría de institución jurídica al quedar bajo la jurisdicción de los tribunales de equidad que protegían equitativamente los intereses en juego.

En efecto, mientras los tribunales del "Common Law" veían en el "feoffee to use" un propietario legal de los bienes dados en uso, los tribunales de equidad oponían al "cestui que use" - como propietario en equidad de esos bienes y en esas condiciones quedaba coartada la posibilidad para el prestanombre infiel de abusar de la confianza en él depositada en el caso de que tratara de disponer, para su propio beneficio, de los bienes que le habían sido confiados.

Posteriormente, ya en pleno siglo XVI, se hizo cosa común y corriente que una persona "A" cediera sus bienes a una segunda persona "B" pa-

28/ Asociación de Banqueros de México. "Primer Cónclave de Fideicomiso". 1943. Ob. cit. pp. 5 a 7.

ra uso de una tercera "C" y esta última por su parte, concediera el uso de esos bienes a una cuarta persona "D".

En tales condiciones la ley operaba, con respecto al primer "uso" ("A" a "B") admitiendo como propietario absoluto a "C"; pero el segundo "uso" ("C" a "D") no quedaba sujeto a dicho ordenamiento, ya que los jueces de equidad sostenían que si el beneficiado por el primer "uso" era el propietario legal, el beneficiado por el segundo "uso" seguía siendo, como antes, el propietario en equidad. Y así para no confundir el primer "uso" con el segundo se dio a este último el nombre de "trust"; el "feoffee to use" pasó a ser "trustee" (fiduciario) y el "cestui que use" se convirtió en "cestui que trust" (beneficiario).

Esto dio lugar a que se reglamentara el "use" procurándose impedir que se utilizara en perjuicio de nadie; así en 1535 se expidió en Inglaterra el "Statute of uses" que estuvo vigente hasta 1925 en que se derogó por la "law of Property" que dispuso "que todas las personas en cuyo beneficio existieran tierras u otros inmuebles, como consecuencia de un "use", deberían considerarse como propietarios y poseedores legales de ellos".

Desde este momento arranca el notable desarrollo del "trust" hasta nuestros días en que ha alcanzado evidente progreso debido a las variadas y útiles aplicaciones que ofrece su funcionamiento, si bien es cierto que ese desarrollo se observa principalmente en Inglaterra y en los Estados Unidos de Norteamérica ya que la institución en nuestro medio es prácticamente nueva, pero con grandes perspectivas de desenvolvimiento para el futuro.

El "trust" fue adoptado en los Estados Unidos de Norteamérica desde principios del siglo pasado (se dice "trust" angloamericano que es la concepción jurídica modernizada y perfeccionada del "use" inglés) y en opinión del Lic. Raúl Cervantes Ahumada en su obra denominada Títulos y Operaciones de Crédito esta institución jurídica ha recibido un gran impulso en ese país en el último siglo, "al extenderse su aplicación a la actividad bancaria" de tal manera que "esta comercialización del trust" distingue principalmente a la institución inglesa de la institución Norteamericana" señalando que "en Estados Unidos la posición del "trustee" (fiduciario) tiende a ser profesionalizada"... pues "en Inglaterra el "trustee" individual no recibe compensación por su trabajo y en Estados Unidos sí recibe compensación. Esto ha hecho que se funden "Trust Companies" y bancos fiduciarios especializados "que han hecho del trust" una actividad casi exclusivamente bancaria", concluyendo que: "los grandes éxitos de los bancos fiduciarios norteamericanos y la inversión del capital norteamericano en México, proyectaron sobre nuestro país la institución del trust". 29/

El empleo general de la palabra trust, ha desbordado, desnaturalizándola en su connotación jurídica original y estricta, para darle sobre todo un matiz económico, debido a la circunstancia más o menos fortuita de que hace algo más de tres cuartos de siglo, la Compañía Standard Oil y algunas otras empresas adoptaron para constituirse, la forma legal conocida por Massachusetts o Business Trust. De ahí que el término fuera asociado y

29/ Rodríguez Ruíz Raúl. "El Fideicomiso y la Organización Contable Fiduciaria". Ob. cit. pp. 37 y 38.

más tarde identificado con las poderosas organizaciones cuyas tendencias y prácticas monopolistas se dirigían a suprimir la libre concurrencia mediante el acaparamiento de la producción, la regulación del abastecimiento y la fijación de los precios. Esta acepción económica del trust es por completo ajena a la institución modelo mediato del fideicomiso mexicano. 30/

c) EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO MEXICANO

El fideicomiso, en nuestro país, no obstante su reciente adopción, sobre todo si se le compara con los largos siglos de evolución que ha recorrido el trust inglés, ha venido adquiriendo caracteres más precisos y definidos a medida que las operaciones autorizadas en forma abstracta por la reglamentación positiva toman cuerpo en la realidad social y jurídica. La circunstancia de tratarse de una operación privativa de los bancos, y el hecho de que los tribunales han tenido contadas oportunidades de intervenir en litigios que se refieran al fideicomiso, han determinado, a diferencia de lo que ocurre en los países anglosajones, que las normas hasta ahora dictadas entre nosotros para precisar algunos de sus principios provengan, no de las autoridades judiciales, sino de un órgano administrativo; la Comisión Nacional Bancaria.

De acuerdo con la ley, está investida la Comisión de facultades de inspección y vigilancia sobre las instituciones de crédito, y en uso de esas facultades ha dictado resoluciones sobre la interpretación y aplicación de las leyes y regla

30/ Batiza Rodolfo. "El Fideicomiso". Ob. cit. pp. 27 y 28.

mentos bancarios, y ha expedido circulares e instrucciones de carácter general dirigidas a las Instituciones de crédito del país.

Por más que el fideicomiso no haya logrado todavía una madurez plena, existe ya un acopio considerable de experiencias que hace factible la elaboración de una nueva estructura legal que venga a superar la deficiente concepción y reglamentación vigentes que, si eran provisionalmente aceptables hace veinte años, en la actualidad no responden al desarrollo alcanzado.

Como se sabe, el fideicomiso nace a la vida jurídica de México a principios de 1925, al promulgarse la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, que refleja una influencia derivada de las labores de la Convención Bancaria que había tenido lugar un año antes. Sería interesante ahondar más en el problema de si en la implantación del fideicomiso en nuestro país tuvo alguna parte el profesor Kemmerer, recordando su estancia entre nosotros a fines de 1917, y la adopción por varios países sudamericanos de las "comisiones de confianza" como operación bancaria a consecuencia de las recomendaciones por él presidida. Hasta el momento no hemos descubierto ningún dato concreto que permita confirmar la conjetura, y más bien nos inclinamos a desecharla, considerando que su visita a México tuvo una finalidad específica y urgente: la de colaborar en nuestra organización financiera. 31/

El primer intento realizado en México, para la creación del fideicomiso lo tenemos en el Pro

31/ Batiza Rodolfo. "Tres estudios sobre el Fideicomiso".
Ob. cit. pp. 63 a 65.

yecto Limantour en 1905, se hizo para establecer las instituciones fiduciarias (trust companies) y sus servicios especializados, más que el trust, propiamente dicho. La oposición que suscitó ese proyecto, y el turbulento período de la revolución que se iniciara pocos años después, retardaron los esfuerzos para implantar esas instituciones entre nosotros.

Mas debe advertirse que al principiar el -- presente siglo, anticipando unos veinticinco --- años su adopción legislativa, se había utilizado en nuestro país una variedad del trust de importancia reconocida en el desarrollo económico de los Estados Unidos, esto es, como contrato complejo de garantía en emisiones de bonos para financiar la construcción de ferrocarriles.

En la Convención Bancaria celebrada en febrero de 1924, fue presentado el Proyecto Creel sobre compañías bancarias de fideicomiso y ahorro (trust and savings banks), y a fines del mismo año se dicta la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios que entre otros, incluía a los "bancos de fideicomiso". En marzo de 1926 se sometió a la Secretaría de Hacienda el Proyecto Vera Estañol, inspirado en las instituciones fiduciarias norteamericanas y en el Proyecto Alfaro de Panamá de 1920, pero no fue sino hasta la Ley de Bancos de Fideicomiso - fechada el 30 de junio de 1926, cuando por primera vez se da una definición y reglamentación de la nueva figura.

El articulado íntegro de esta ley quedó incorporado dos meses después en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Ban-

carios de 31 de agosto, que la abrogó. 32/

Alrededor de año y medio más tarde de promulgada la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924, se dicta la Ley de Bancos de Fideicomiso, de fecha 30 de junio de 1926 (D.O. del 17 de julio), su articulado de ochenta y seis preceptos se distribuía en cinco capítulos, a saber: Objeto y constitución de los bancos de fideicomiso, operaciones de fideicomiso, departamentos de ahorros, operaciones bancarias de depósitos, descuento y disposiciones generales.

La Ley contenía una Exposición de Motivos - en la que se advierte influencia de las ideas de Alfaro y Creel. Indicaba que en la Ley General de Instituciones de Crédito de 24 de diciembre de 1924 quedaron mencionados los bancos de fideicomiso como instituciones de crédito para los efectos legales, aunque no se hizo desde luego su reglamentación, sino que se previno que habrían de regirse por una ley especial. Agregaba que los expresados bancos se consideraron como un necesario complemento del sistema bancario nacional; pero tratándose de una institución nueva en el país, se prefirió aplazar su reglamentación tomando el tiempo necesario para hacer un estudio detenido de sus bases.

Aclarando que el nombre de fideicomiso, --- aceptado por la nueva ley como el que se ha dado en nuestra lengua a la institución anglosajona,

32/ Batiza Rodolfo. "Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria". Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición 1977. México, D.F. pp. 14 y 15.

no significa en manera alguna lo que por él se ha entendido, pues el nuevo fideicomiso es una institución distinta de las anteriores y muy en particular del fideicomiso del derecho romano. La reglamentación sancionada en la ley constituye, en el fondo, una adaptación de las prácticas anglosajonas, pero con las modificaciones adecuadas para su adaptación a las demás disposiciones de nuestro derecho, especialmente de la legislación bancaria, a fin de que haya unidad en el sistema y se eviten discordancias o conflictos entre unas y otras instituciones jurídicas. 33/

Posteriormente, se dicta la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de agosto de 1926, que abroga e incorpora a su texto íntegramente el articulado de la Ley de Bancos de Fideicomiso a que se ha hecho mención. Los primeros fideicomisos en México (al menos los de garantía), fueron celebrados bajo la vigencia de esta ley.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 1932

Esta ley en su exposición de motivos declaraba que la ley de 1926 había introducido en México, rompiendo la tradición, la institución jurídica del fideicomiso y que evidentemente esta institución podía ser de muy grande utilidad para la 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 y dejaba por tanto, gran vaguedad de conceptos en torno a

33/ Batiza Rodolfo. "El Fideicomiso". Ob. cit. pp. 109 y 110.

ellas. Añadía que para que la institución pudiera vivir y prosperar en nuestro medio se requería en primer término, una definición clara de su contenido y efectos, siendo esta definición materia de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, y una reglamentación adecuada de las instituciones fiduciarias. Señala que, siguiendo en ello el precedente ya establecido, la nueva ley sólo autorizaba la constitución del fideicomiso cuando el fiduciario fuera una institución especialmente sujeta a la vigilancia del estado y mantenía todas las prohibiciones conducentes a impedir que, con nuestra tradición jurídica, el fideicomiso diera lugar a substituciones indebidas o a la constitución de patrimonio alejado del comercio jurídico normal. 34/

LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO DE 1932

Esta Ley vigente en la actualidad, cuyo título II, capítulo V (arts. 346 a 359), regula al fideicomiso como institución sustantiva. Los Motivos de la Ley hacían la advertencia de que aun cuando ello ofrece los peligros inherentes a la implantación de instituciones jurídicas extrañas, reglamenta el fideicomiso porque ya desde 1926 - la Ley General de Instituciones de Crédito lo había aceptado y porque su implantación sólida en México, dentro de los límites que nuestra estructura jurídica general permite, significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo para nuestra economía. Indicaba que, corrigiendo errores o lagunas más evidentes de la ley de 1926, la nueva ley conservaba, en -

34/ Batiza Rodolfo. "El Fideicomiso". Ob. cit. pp. 113 y 114.

principio, el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, circunscribía a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias y establecía las reglas indispensables para evitar los riesgos que con la prohibición absoluta de instituciones similares al fideicomiso ha tratado de eludir siempre la legislación mexicana.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DE 1941

Esta ley que aparece en el D.O. el 31 de mayo de 1941, sirve de complemento a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Además abrogó a la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932. 35/

De acuerdo con el Dr. Miguel Acosta Romero, la regulación legal del fideicomiso público ha sufrido una transformación radical de 1970 a 1981.

Originalmente, ni la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, ni tanto la de 1932, como la de 1941, ni tampoco la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, que dio las bases definitivas para la institucionalización de esta figura en nuestro país, previeron que el fideicomiso pudiera ser utilizado como instrumento de acción administrativa por parte del Estado.

Estos dos cuerpos legales fueron aplicados e interpretados desde 1932 hasta la fecha, en el

35/ Batiza Rodolfo. "El Fideicomiso". Ob. cit. pp. 116 y 117.

sentido de que no existe inconveniente legal para que el Estado sea fideicomitente y constituya un fideicomiso.

En la práctica, el Gobierno Federal fue el primero que utilizó la figura del fideicomiso, - para destinar bienes del Estado a la realización de fines de interés público por conducto de una fiduciaria y, además es notable el hecho de que esa práctica con el tiempo se ha reiterado de -- tal manera que, en la actualidad, son muy numero -- sos los fideicomisos del Gobierno Federal.

Los gobiernos de las entidades federativas, al observar esa forma de actuar del Gobierno Federal, también comenzaron a utilizar la figura - del fideicomiso y lo mismo puede decirse de los municipios.

Sin embargo, estas normas que en su origen estaban destinadas a regir el fideicomiso entre particulares, resultaron insuficientes para regular el fideicomiso público, pues éste presenta - una problemática que desborda los intereses privados y ha traído como consecuencia toda una reforma administrativa y legal para encuadrar a -- los fideicomisos dentro de la administración pública, y regularlos con normas de derecho público.

De acuerdo con ese movimiento legislativo, ya las primeras disposiciones legales que hablaron del fideicomiso público fueron la Ley de Ingresos de la Federación, para 1970, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de 1969, en su artículo 15, párrafo segundo; la ley para el Control, por parte del Gobierno Federal; de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal (D.O. --

del 31 de diciembre de 1970), cuyos artículos 25 y 26, los prevén. 36/

36/ Acosta Romero Miguel. "Teoría General del Derecho Administrativo". Editorial Porrúa, S.A. Cuarta - Edición 1981. México, D.F. pp. 262 y 263.

C A P I T U L O I I

ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO

- a) Naturaleza Jurídica.
- b) Elementos Personales.
- c) Prohibición del Fideicomiso.
- d) El Fideicomiso y el Registro Público de la Propiedad.

C A P Í T U L O I I

ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO

a) NATURALEZA JURIDICA.- ANTECEDENTES LEGISLADOS

El término fideicomiso se utiliza por primera vez en nuestro derecho en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 24 de diciembre de 1924 y publicada en el Diario Oficial el 16 de enero de 1925. Esta Ley en el artículo 60. fracción VII, determinó: "Se considerarán instituciones de Crédito para los efectos legales... los bancos de fideicomiso" y a su vez otros dos artículos los mencionan el 73, que dice: "...los bancos de fideicomiso sirven los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confían o interviniendo con la representación común de suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos éstos o durante el tiempo de su vigencia".

Y el artículo 74, anunció: "Los bancos de fideicomiso se registrarán por la Ley especial que ha de expedirse". 37/

Octavio A. Hernández, critica esta ley porque no abordó el problema de la naturaleza jurídica del fideicomiso, ni precisó sus características, ni reglamentó sus efectos.

37/ Lepaulle Pierre. "Tratado Teórico y Práctico de los Trusts". Traducción y Estudio del Fideicomiso por el Lic. Pablo Macedo. Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición 1975. México, D.F. p. XVII.

En marzo de 1926, el Lic. Jorge Vera Estañol presentó a la Secretaría de Hacienda un proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro, cuyo capítulo II se refería a las "operaciones fideicomisarias".

La Ley de Bancos de Fideicomiso de 30 de junio de 1926, tenía por principales características, según Hernández, las siguientes: Reglamentaba el fideicomiso en 17 artículos y definía la operación de crédito fiduciaria "Como aquella que se realiza por cuenta ajena y en favor de terceros sobre una base de confianza y buena fe" (Art. 1o.) y concebía al fideicomiso como un "mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco con carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario" (Art. 6o.).

El Lic. Hernández, critica también esta Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, porque:

a) La concepción de fideicomiso como mandato irrevocable es errónea dado que ambas figuras son diferentes, inidentificables entre sí; y

b) La Ley considera (Art. 118) como fideicomisos todas las operaciones que un banco de fideicomiso puede realizar desde la ejecución de contratos condicionales, hasta la emisión de títulos con garantía cuya naturaleza es distinta a la de las operaciones fiduciarias. 38/

38/ Bauche García Diego Mario. "Operaciones Bancarias". Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición 1981. México, D.F. p. 372.

Al analizar el Art. 6o. de la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, Batiza dice: "En este artículo de la mencionada ley, la influencia de Alfaro es notoria, explicando el nuevo concepto indicaba Alfaro, que para que el fideicomiso pueda servir rectamente a los fines prácticos que había esbozado, era necesario concebirlo bajo un aspecto que lo acercara más al trust anglosajón que al antiguo modelo romano, si se comparan cuidadosamente las definiciones de fideicomiso con las del trust anglosajón -decía- se echará de ver, que coinciden en un concepto fundamental el de que el fiduciario o trustee es esencialmente una persona que cumple un encargo dado por otro para beneficio de un tercero, ya sea latino o sajón, en resumidas cuentas desempeñan un encargo del fideicomitente. Y si de acuerdo con la jurisprudencia el contrato de mandato es aquel por medio del cual una persona se obliga a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otro, hay que concluir rectamente; es en substancia un mandato en el cual el fiduciario es el mandatario y el fideicomitente es el mandante.

Sin embargo, argüía Alfaro, que el concepto de mandato para caracterizar el fideicomiso tal como hay que concebirlo para que llene las necesidades de la vida moderna, evidentemente no bastaba, en primer lugar, porque el mandato es revocable por el mandante y por esa sola razón sería completamente ineficaz para los fines que se persiguen. El fideicomiso -concluía- tiene que ser irrevocable para que el derecho del fideicomisario no sea ilusorio y para que no lo sean tampoco las facultades del fiduciario.

Afirmaba además que eso no era todo; puesto que el encargo que se confiere al fiduciario produce otro efecto sin el cual no podría ser ejecu

tado: el de transmitir al fiduciario los bienes que son objeto de fideicomiso. 39/

Con relación a la Teoría del Mandato, el -- Lic. Rodrigo Vázquez Arminio dice: "El primero y más brillante exponente de la teoría referida al fideicomiso es sin duda el Dr. Ricardo J. Alfaro, que antes que nadie asimiló el trust anglosajón a los sistemas jurídicos latinoamericanos de ascendencia romana como el nuestro.

Nuestra legislación no ignoró los estudios hechos por el jurista panameño y en su primer estudio aparecido en el año de 1920, Alfaro nos dice que el fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmite al fiduciario de terminados bienes para que disponga de ellos según la voluntad del que los entrega llamado fideicomitente: en beneficio de un tercero llamado fideicomisario.

De este planteamiento, si por una parte consideraba al trust como mandato, que supuestamente era la institución más análoga al trust, pero por la otra se observaba que el mandato resultaba ineficaz para los fines del trust por el hecho de ser revocable, y para superar esta limitación se crea la figura antitética y contradictoria del mandato irrevocable de una figura, comisión o encargo sui generis, especial, nuevo, un encargo que el mandante no pudiera deshacer y mediante el cual se desprendiera definitivamente del dominio de las cosas objeto del encargo. Sólo así se podría crear un patrimonio independiente, cuyo dominio adquiriría el fiduciario en forma definitiva y no precaria y con la obligación de

39/ Batiza Rodolfo. "El Fideicomiso". Ob. cit. pp. --
122 y 123.

cumplir con las disposiciones del trust.

La crítica que se hace al Dr. Alfaro en su primera exposición, es en razón de que las funciones del mandato y del trust son totalmente diferentes. Cuando se dice que el fiduciario o trustee desempeña un encargo, no se dice como si fuera el mandatario del fideicomitente, sino que el desempeño de dicho cargo consiste en que el fiduciario ejercite los derechos que se le transmiten para la realización de los fines del fideicomiso.

En el mandato nunca el mandante transmite derechos al mandatario, para que produzca efectos la representación que implica ese acto jurídico.

Por lo que se refiere a la segunda exposición, se considera que tampoco es afortunada, porque sigue sosteniendo el jurista panameño, que en el fideicomiso existe un elemento constitutivo que él describe como "el encargo que se debe ejecutar"; pero no define ese elemento como la obligación del fiduciario de ejercitar los derechos que se le han transmitido para el cumplimiento de los fines del fideicomiso". 40/

Después de la Ley de Bancos de Fideicomiso, el 31 de agosto de 1926, había quedado aprobada una Nueva Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios.

Al analizar esta nueva ley, tenemos que con

40/ Vázquez Arminio Rodrigo. "Naturaleza Jurídica de Nuestro Fideicomiso y sus Principales Aplicaciones Prácticas". Editorial Porrúa, S.A. 1964. México, D.F. pp. 12 a 14.

forme al artículo 1o., se estimaron objeto de la ley como era natural, las instituciones de crédito, que sin embargo no se enumeran y se reiteró en el artículo 2o. la prohibición ya señalada, - tocante a las extranjeras, agregándose además en el artículo 3o., que no podían llevar a cabo operaciones de fideicomiso.

Consagra la ley todo el capítulo VI del título primero, es decir, los artículos del 97 al 148 a los bancos de fideicomiso, el artículo 97 reproduce el primero de la ley sobre dichos bancos y agrega como objetos secundarios de esas -- instituciones las operaciones de ahorro, depósito y descuento.

Los artículos del 98 al 101, semejantes al 2o. y 3o. de la ley especial, se refieren a la estructura de los bancos de fideicomiso. El artículo 102 concordante del 6o. anterior, es el que define el fideicomiso como mandato irrevocable. El 103 determina que el fideicomiso sólo puede tener un fin lícito y corresponde al 7o. anterior. El 104 prohíbe los fideicomisos secretos y reproduce el 8o.

El 105 reproduce al 9o. anterior, anula los fideicomisos testamentarios en favor de herederos o legatarios incapaces de recibir.

El 106 reproduce al 10o. anterior y determina que los que consisten en el pago de una pensión o renta se regirán por lo relativo al usufructo, en cuanto a la capacidad del beneficiario.

El 107 al 11o. y determina que la constitución puede hacerse por escritura pública o privada o por testamento, excluyendo así la forma verbal.

El 108 al 12o. y determina que los bienes dados en fideicomiso "se considerarán salidos del patrimonio del fideicomitente, en cuanto sea necesario para la ejecución del fideicomiso, o por lo menos gravados a favor del fideicomisario, -- por lo que no serán embargables ni podrán ejercitar sobre ellos acción alguna en cuanto perjudique al fideicomiso" excluye sin embargo, la posibilidad de un fraude de acreedores o la nulidad por algún otro motivo.

El artículo 109 al 13o. admite que todos -- los bienes pueden darse en fideicomiso, salvo -- los derechos estrictamente personales y ordena -- que tratándose de inmuebles se inscriban en la -- sección de propiedad del Registro Público "si hu -- biere translación de dominio, o en las hipotecas en caso contrario", con lo que llenado ese requisito, serán oponibles a terceros.

El artículo 110 al 14o. determina que el fi duciario tendrá facultades de dominio cuando se le den en el documento constitutivo; pero no podrá enajenar, gravar ni pignorar, sin determinación expresa o necesidad indispensable para la -- ejecución del fideicomiso.

El artículo 111 al 15o. que remite al derecho común como ley supletoria.

El artículo 112 al 16o. que señala la oposición de intereses, el dolo y la culpa como causas de remoción del fiduciario y faculta al fi duciario, al fideicomisario y al ministerio público para pedirla.

El artículo 113 al 17o., se refiere sobre -- iguales bases a las medidas de conservación de -- los bienes dados en fideicomiso.

El artículo 114 al 18o. que señala las causas de extinción del fideicomiso.

El artículo 115 al 19o. que determina el -- destino de los bienes existentes al extinguirse el fideicomiso.

El artículo 116 al 20o. que reglamenta el - caso en que haya varios fideicomisarios.

El artículo 117 al 21o. ordena que cuestiones entre fideicomitente, fiduciario y fideicomisario se ventilarán en juicio mercantil, salvo - los casos de procedimientos especiales determinados por la propia ley.

El artículo 118 al 22o. enumera las operaciones que, no siendo propiamente fiduciarias pueden llevar a cabo los bancos de fideicomiso.

Los artículos 119 a 141 (del 23o. al 45o.), reglamentan las operaciones que los bancos de fideicomiso pueden llevar a cabo por "cuenta ajena" debe entenderse fuera del ámbito del fideicomiso propiamente dicho, puesto que aún éstas se realizan por cuenta ajena.

Los artículos 142 a 145 (del 46o. a 48o. y 83o.), se refieren al secreto profesional bancario o la fidelidad con que los bancos habrán "de cumplir las instrucciones que reciban, a la exención del deber de garantizar su actividad por estimárseles "de acreditada solvencia" y a la graduación de los créditos a su cargo con preferencia de los fiduciarios.

El análisis anterior nos permite afirmar -- que el articulado de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios - de 31 de agosto de 1926, incorporó los preceptos

de la anterior de 30 de junio del mismo año, sobre bancos de fideicomiso, y que en consecuencia, tuvo por modelo la Ley Alfaro. 41/

TEORIA DE LA AFECTACION

INFLUENCIA DE PIERRE LEPAULLE

Lepaulle al tratar de explicar la naturaleza del Trust, señala, que la única manera de abordar el problema, consiste en buscar cuáles son los elementos esenciales para la formación y la vida del "Trust", citando que esos dos elementos son: un patrimonio y una afectación.

Así menciona primeramente un patrimonio, -- que es en efecto la conclusión necesaria que se desprende de los siguientes principios:

- a) Un "trust" necesariamente supone derechos patrimoniales sobre los que recae.
- b) Esos derechos no deben ya estar en el patrimonio de nadie.
- c) Esos derechos quedan integrados en un todo distinto.
- d) Por fin la "res" constituye una universalidad. 42/

Estos principios señalados por Lepaulle, -- conforman en cierta medida la estructura del trust; pero el elemento esencial en los lineamientos de esta teoría lo constituye una afectación, que debe especificarse, ser lícita y realizarse sin que se presenten limitaciones que lo -

41/ Lepaulle Pierre. Ob. cit. pp. XVIII a XX.

42/ Lepaulle Pierre. Ob. cit. pp. 19 y 20.

hagan imposible, si no el trust, no se verá configurado. 43/

Una vez que se tienen los elementos esenciales del Trust y las condiciones previstas este autor propone la siguiente definición: el ----- "Trust" es una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y cuya unidad está constituida por una -afectación libre, en los límites de las leyes en vigor y del orden público". 44/

La Ley General de Instituciones de Crédito de 28 de junio de 1932, en su exposición de motivos dice:

"La ley de 1926 introdujo en México, rompiendo la tradición, la institución jurídica del fideicomiso. Evidentemente esta institución puede ser de muy grande utilidad para la actividad económica del país y está destinada probablemente a un gran desarrollo; pero desgraciadamente - la ley de 1926 no precisó el carácter sustantivo de la institución y dejó, por tanto, gran vaguedad de conceptos en torno de ellas. Para que la institución pueda vivir y prosperar en nuestro medio, se requiere, en primer término, una definición clara de su contenido y de sus efectos, - siendo esta definición materia de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, y una reglamentación adecuada de las instituciones que actúen como fiduciarias. Quedará el fideicomiso concebido, como una afectación patrimonial, a un fin cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, precisándose así los efectos de ese instituto que la ley actualmente en vigor concibe oscu-

43/ Ibidem. p. 21.

44/ Lepaulle Pierre. Ob. cit. pp. 23 y 24.

ramente como un mandato irrevocable. 45/

Posteriormente tenemos la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito promulgada el 26 de agosto de 1932, publicada al día siguiente en el (Diario Oficial) esta Ley teniendo como campo propio la estructuración del fideicomiso y la de Instituciones, la regulación de las fiduciarias que habrían de desempeñarlo.

El Lic. Pablo Macedo con relación a esta -- Ley, expresó: "Mi estudio consistió en proponer el articulado de la Ley de Títulos que habría de convertirse en el Título II Capítulo V "Del Fideicomiso", que la Comisión me hizo el honor de aceptar en sus términos, pero del que soy único autor y pleno responsable, especialmente en lo - que a defectos puedan advertírsele".

"En la configuración de las instituciones - fiduciarias no tuve intervención alguna".

"Quedan hechas estas aclaraciones para el - recto juicio del lector".

La idea del patrimonio de afectación es fundamental en Lepaulle y pasó a serlo en la Ley, - pues en ese patrimonio, que ya no pertenece al - fideicomitente, pero no pertenece tampoco al fiduciario ni al fideicomisario, radica toda la -- institución. ¿Se trata de un patrimonio sin propietario? Esa es la conclusión de Lepaulle. A lo que el Lic. Pablo Macedo comenta: "No nos -- atrevimos a adoptar una teoría que no tenía pacífica aceptación, tampoco la rechazamos, pues no acogimos ni quisimos construir un nuevo tipo de propiedad fiduciaria, o hacer un desdoblamiento

de la propiedad en legal y económica, por ejemplo: Nos limitamos a conceder al fiduciario la titularidad, sin conferirle empero a este carácter categoría de propiedad.

La razón para proceder así consistió en que cuanto más se profundizaba el estudio, más numerosas resultaban las teorías sustentadas por los autores consultados, basta un vistazo a la valiosa monografía de don Roberto Molina Pasquel, Los derechos del fideicomisario. Ensayo sobre su naturaleza jurídica. (Ed. Jus. México, 1946, en sus págs. 42 a 44).

Lo que además se propuso la Ley de Títulos fue apartarse de la teoría del Dr. Alfaro, ya rechazada entonces y que no ha logrado superar posteriores críticas a pesar de los esfuerzos hechos por su autor, aun por vía de correcciones y explicaciones adicionales. 46/

Por su parte, Jorge A. Domínguez Martínez expone algunas de las ideas de la teoría del Dr. Alfaro y comenta que dicho autor, reconoce que el concepto simple y llano de mandato no es suficiente para aplicársele al fideicomiso, pues en primer lugar, aquél es revocable y éste lo contrario, además en segundo, en el fideicomiso tiene lugar una transmisión de bienes que no se presenta en el mandato.

En ese orden de ideas, asienta Alfaro que el fideicomiso es un contrato sui generis, cuya esencia es de un mandato.

Lo define precisamente como "un mandato irrevocable, en virtud del cual se transmiten de

terminados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena el que los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario.

Señala los siguientes elementos de la definición:

- a) La esencia.
- b) El objeto.
- c) El fin.
- d) El sujeto.

A) La esencia del fideicomiso, insiste, es la de un mandato irrevocable aunado a una transmisión de bienes considerada por él como necesaria, pues sin ella no habría acto de confianza.

B) El objeto, según lo anota el autor, lo es todo bien mueble, inmueble, corpóreo, incorpóreo, presente o futuro.

C) El fin está representado por el contenido de la obligación del fiduciario, o sea, destinar los bienes a la finalidad dispuesta por el fideicomitente y nada más.

D) El sujeto del fideicomiso es según Alfaro, el fideicomisario, pues en beneficio de éste fue la constitución de aquél, califica al fideicomitente como fuente y al fiduciario como instrumento. Además, agrega que el fideicomisario es sine qua non para la constitución del fideicomiso, pues no concibe ésta si no es en interés de alguien.

Alfaro, ratifica la eficacia sólo parcial del mandato para definir al fideicomiso. Para justificar su actitud de haberlo caracterizado como mandato irrevocable, da respuesta a las ré-

plicas en el sentido de que si bien esta fórmula, aisladamente considerada, puede ser blanco de -- críticas, cualquier debilidad que tuviere, se -- fortalece con la frase "en virtud del cual se -- transmiten ciertos bienes".

Critica Alfaro, a su vez, haber calificado al fideicomiso como una afectación, según actividad de la LTOC, dado que "en primer lugar, el -- término afectación ni es lenguaje técnico de la jurisprudencia civil, ni es buen castellano en -- el sentido en que se usa. En el lenguaje corriente, afectación es la acción y efecto de afectar; y este verbo, según la academia y según Escriche, significa empeñar, hipotecar una cosa mueble o -- inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación. Ahora bien, si afectación es la acción y efecto de afectar, y afectar es gravar, -- afectación viene a ser propiamente sinónimo de -- gravamen. Por consiguiente, cuando se expresa -- que el fideicomiso es una afectación patrimonial a un fin, lo que se está diciendo es que el fideicomiso consiste en el gravamen de un patrimonio para un fin". Todo lo cual es inexacto para Alfaro, pues el fideicomiso no es gravamen, sino una transmisión de bienes. 47/

Con relación a la Teoría del Patrimonio de Afectación que fue la que adoptó el Legislador -- de 1932, el Lic. Vázquez Arminio, dice: "Rechaza mos la teoría del patrimonio sin titular, porque

47/ Domínguez Martínez Jorge Alfredo. "El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico". Editorial Porrúa, S.A. Tercera Edición 1982. México, D.F. pp. 146 a 148.

no podemos admitir la existencia de derechos sin titular. Como dice García Máynez en su Introducción al Estudio del Derecho: "Todo derecho es a fortiori, facultad jurídica de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado. Hablar de derechos sin titular es contradecirse. La noción del deber encuéntrase ligada - inseparablemente al concepto de persona; entre ellos hay una relación del mismo tipo que la que existe entre las ideas de sustancia y atributo".

"Por otra parte, la distinción establecida por Brinz entre patrimonio de personas y patrimonio de afectación o destinados a un fin -continúa García Máynez-, es enteramente artificial, y no constituye una verdadera posición. En primer lugar, debemos advertir que los patrimonios personales son también destinados a la consecución de múltiples finalidades, lo mismo que los llamados del destino. En todo caso, lo correcto sería dividirlos en patrimonios adscritos a un fin especial y patrimonios que no tienen una finalidad determinada. En segundo término, hay que tener presente que la circunstancia de que ciertos patrimonios se encuentran destinados a fines específicos, no significa que sean sujetos de derecho. La historia revela la existencia de numerosas instituciones de índole jurídica, en las que el patrimonio personal se encuentra destinado a un cierto fin dentro del patrimonio general de una persona, es decir, se trata de patrimonios - que tienen cierta autonomía y forman parte de - - afectación y, sin embargo, no podemos considerarlos como sujetos jurídicos".

Por otra parte, tampoco se está de acuerdo con Lepaulle, cuando afirma que el trustee, o fi

duciario en nuestro derecho, es un simple medio para lograr la afectación de los bienes que se realiza en el trust o fideicomiso. Por el contrario, es el titular de esos derechos para poder obtener la consecución de los fines propios de esta operación.

El derecho de propiedad no se debe entender como contradictorio del concepto de afectación de bienes; debe considerarse como un derecho que, en múltiples casos, se transmite al trustee o fiduciario, para lograr la realización de las finalidades propuestas en el trust o fideicomiso. --
48/

TEORIA DEL DESDOBLAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Otra corriente muy importante que trata de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, nos dice Vázquez Arminio: Es la Teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad, como consecuencia de esta teoría, se obtienen dos titulares acerca de un determinado bien; uno de los titulares, el fiduciario, tiene la titularidad jurídica y el fideicomisario, la titularidad de carácter económico.

Como principal expositor de esta teoría tenemos a Remo Franceschelli, autor italiano que estudia el trust inglés, tratándolo de asimilar a los regímenes jurídicos que siguen los lineamientos del movimiento continental europeo, con apego a la tradición jurídica que magistralmente trazaron los autores del derecho romano.

Enfatizando su teoría, más adelante agrega

este autor:

"El desdoblamiento del derecho de propiedad originario en dos nuevos derechos de propiedad - sobre el mismo objeto, que se encuentran atribuidos a dos sujetos diversos, se efectúa en la siguiente forma: en primer término, tenemos el derecho de propiedad formal exterior (del trustee), y después el derecho de propiedad sustancial -- (del cestui que trust".

Concluye el jurista italiano diciendo: "El contenido del derecho de propiedad que como hemos visto contiene dos categorías de facultades, que son la de disposición y la de goce, se atribuyen de acuerdo con las tendencias predominantes, al trustee y al cestui que trust, respectivamente".

Es muy loable el esfuerzo de Franceschelli que trata de explicar la naturaleza jurídica de la institución anglosajona del trust y, probablemente en esos regímenes de derecho la explicación sea correcta pero, por lo que toca a la asimilación de ella, como quiere este autor, a los sistemas jurídicos de ascendencia romana, entre los cuales se cuenta el nuestro, y por lo que se refiere al fideicomiso es totalmente inaceptable la teoría.

No puede admitirse una explicación tomando como base el desdoblamiento de un derecho absoluto que excluye la posibilidad de dos titulares diferentes, entre otras razones, porque la existencia de uno necesariamente elimina a cualquiera otro. El sistema de derecho inglés se desarrolla en un doble orden jurídico: el derecho común y el derecho de equidad; ambos órdenes son contemporáneos, de tal manera, que pueden coexistir dos titulares diferentes acerca de un mismo

derecho.

No ocurre lo mismo en los regímenes jurídicos de ascendencia latina, donde el orden jurídico es único y dentro del mismo, respecto de un derecho, sólo se puede reconocer a un titular; - la existencia de cualquier otro titular respecto del mismo derecho tiene que ser posterior y con un título derivado del anterior titular. 49/

Joaquín Rodríguez y Rodríguez opina acerca de la naturaleza jurídica del fideicomiso, considerándola desde un triple punto de vista que se refiere a su configuración como negocio jurídico, al que atañe a su estructura como modalidad del derecho de propiedad, y el que concierne a su calificación como operación bancaria

a) El fideicomiso como negocio jurídico.

El fideicomiso debe considerarse como una - variedad de los negocios fiduciarios, éstos se - caracterizan por la discrepancia entre el fin - perseguido y el medio elegido para realizarlo.

Advirtiendo que en los negocios fiduciarios existe un aspecto real traslativo de dominio, - que opera frente a terceros, y un aspecto interno de naturaleza obligatoria que restringe los - alcances de la transmisión anterior pero con --- efectos interpartes, por lo que es evidente que el fideicomiso debe considerarse como negocio fi du ci ar io en cuanto se trata de un negocio ju ri d i c o en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes - con la limitación de carácter obligatorio, de -- realizar sólo aquellos actos exigidos por el cu m

plimiento del fin para la realización del cual - se destinan.

El dueño fiduciario tiene un dominio limitado, que no por eso deja de ser dominio, es decir, el fiduciario es dueño del patrimonio pero dueño fiduciario, lo que quiere decir que es dueño en función del fin que debe cumplir, y que es dueño normalmente temporal. Todo el complejo de relaciones entre el fideicomitente, fiduciario y el fideicomisario es público y conocido por los terceros; en cuanto la ley no sólo establece la publicidad del fideicomiso (Arts. 352, 353 y 354), sino que prohíbe los fideicomisos secretos, que serán nulos (Art. 359).

En resumen, puede decirse que el fiduciario es dueño jurídico; pero no económico de los bienes que recibió en fideicomiso.

Dicho de otro modo, el fiduciario es quien ejerce las facultades dominicales, pero en provecho ajeno.

No solamente es el fideicomiso un negocio fiduciario, sino que es también un negocio jurídico indirecto, en cuanto éstos se caracterizan por el empleo de negocio para la realización de fines obtenidos normalmente por otro. Los fines del fideicomiso (transmisión de bienes para fines de beneficencia, para pago de rentas, para garantía de obligaciones, para administración, etc.) podrían conseguirse mediante negocios reglamentados por la legislación positiva: compra-venta, mandato, comisión, prestación de servicios, hipotecas, etc., máxime que a todos los negocios pueden dárseles las más variadas estructuras dada la libertad de contratación que es base de nuestro sistema jurídico privado. Por eso decimos que el fideicomiso es un negocio jurídico

indirecto, en cuanto que la transmisión de dominio, que en su base no persigue los resultados propios de la misma, sino otros cuya determinación depende de la voluntad de las partes. La transmisión se quiere realmente pero no por los efectos de ellas, sino por lo que las partes señalan, lo que podría obtenerse mediante la utilización de otros negocios jurídicos.

El fideicomiso es un negocio jurídico unilateral o plurilateral. La ley habla de un acto constitutivo (Arts. 350, 355, 356; Ley de Títulos y Operaciones de Crédito), pero ello no significa una solución al problema, sino una expresión legal para no prejuzgar ninguna construcción de la doctrina. Excepcionalmente se habla de contrato de fideicomiso, se presenta como un acto unilateral, cuando el fideicomitente establece su voluntad en un acto intervivos o en su testamento en ese caso su declaración es obligatoria inmediatamente para él, puesto que no puede revocar el fideicomiso, si expresamente no se reservó esa facultad (Art. 357, frac. VI) no puede modificarlo, si no es con el consentimiento del fideicomisario (Art. 45, frac. IV, párrafo 3o.) y produce efectos frente a terceros por su publicación (Arts. 353 y 354), todo ello independientemente de las aceptaciones del fiduciario y del fideicomisario que por lo mismo no son manifestaciones de voluntad esenciales para integrar el negocio jurídico.

La adhesión del fiduciario a las normas establecidas por el acto constitutivo y la aceptación del cargo son condiciones jurídicas para la ejecución del fideicomiso, pero no para su perfección jurídica.

Otras veces el acto constitutivo no tiene la estructura de una declaración unilateral de -

voluntad, sino que en él son partes en el sentido auténtico de la palabra en cuanto representan intereses contrarios que se coordinan a través de las declaraciones contrapuestas de voluntad - el fideicomitente y el fiduciario.

En este caso hay dos declaraciones de voluntad, que se refieren a un objeto determinado, y hay un motivo o fin que induce a las partes a -- vincularse en la forma que la ley señala (Arts. 1794 y 1795 del Código Civil del D.F.), no es un obstáculo a la concepción del fideicomiso como - contrato, la obligatoriedad de la contratación - es propia de todas aquellas situaciones en las - que uno de los contratantes presta un servicio - al público.

El aspecto contractual queda subrayado en - aquellos casos en que el fideicomitente de acuer - do con el fiduciario, se reserva una serie de de - rechos que los convierte en titular directo de - acciones frente al fiduciario.

b) El fideicomiso como régimen de propie - dad.

De lo anterior se deduce que el fideicomiso en cuanto a negocio jurídico indirecto y fiducia - rio, crea una nueva estructura en el derecho de propiedad.

El Art. 352 de la Ley de Títulos y Operacio - nes de Crédito señala claramente que el fideico - miso implica una translación del dominio (cesión de derechos o transmisión de dominio) en favor - del fiduciario. Esta translación de dominio de - be inscribirse en el Registro Público de la Propiedad cuando se trate de bienes inmuebles (Art. 353 de la ley citada) o hacerse con las formas - de publicidad equivalente a la inscripción cuan -

do se trate de muebles (notificación, endoso con registro, tradición) (Art. 354 de la Ley citada).

La traslación de dominio produce efectos -- frente a terceros, lo que quiere decir que el -- fiduciario aparece como dueño.

Este dominio tiene caracteres especiales. - En efecto, el fiduciario no tiene el libre uso, disfrute y dominio de los bienes, pues estas facultades dominicales tienen las siguientes limitaciones:

1.- Todas ellas se ejercen en función del - fin a realizar, no en interés del fiduciario -- (Arts. 346 y 351, párrafo 2o.).

2.- El beneficio económico del fideicomiso recae sobre el fideicomisario (Art. 348, párrafo 1o.).

3.- El fideicomisario puede impugnar los actos del fiduciario que salgan de los límites funcionales del establecimiento.

4.- Extinguido el fideicomiso, los bienes - deben volver al fideicomitente (Art. 358), con - excepción de los fideicomisos constituidos en fa-vor de personas de orden público, corporaciones de derecho público.

Dicho de otro modo, el fiduciario es quien ejerce las facultades dominicales pero en provecho ajeno".

Por lo que se refiere al fideicomiso como - régimen de propiedad, Rodríguez añade "...La ley señala que el fideicomiso implica una transmi-sión de propiedad en favor del fiduciario y que debe reunir los requisitos publicitarios corres-

pondientes. Esta translación de dominio produce efectos contra terceros, lo que quiere decir que el fiduciario aparece como dueño; pero con las limitaciones ya antes mencionadas.

En cuanto a que el fideicomiso sea una operación bancaria, este autor se funda para llegar a tal afirmación, en el Art. 350 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito; por esta misma virtud, el fideicomiso es un acto de comercio, Art. 75 frac. XIV del Código de Comercio y por estar considerado como una operación de crédito, Art. 10. de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. 50/

Vázquez Arminio en relación con la teoría expuesta por Rodríguez y Rodríguez, hace las siguientes observaciones:

Por lo que se refiere a las limitaciones de la titularidad como propiedad fiduciaria agrega "que el fiduciario es titular de pleno derecho de los bienes o derechos transmitidos y que todo derecho puede limitarse de conformidad con lo que se convenga en el contrato, siempre que esas limitaciones no lesionen intereses de carácter público que lo hagan contrario a las leyes de ese orden o de carácter prohibitivo, y eso es lo que ocurre en el fideicomiso. La relación obligatoria del negocio fiduciario es la que establece esas limitaciones y surte efectos únicamente entre fiduciario y beneficiario, quien tiene las acciones personales para exigir el cumplimiento de los fines del negocio".

50/ Rodríguez y Rodríguez Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. II Tomo. Editorial Porrúa, S.A. Octava Edición 1969. México, D.F. pp. 119 a 122.

Con el fin de tener una noción lo más exacta posible del fideicomiso mexicano, previamente expondremos de manera suscita la teoría del negocio fiduciario.

Los negocios fiduciarios son, como indica Pugliese, "... aquellos por medio de los cuales una parte transmite a la otra plena titularidad de un derecho, contra la promesa de quien adquiere, de retransmitir el derecho mismo al enajenante o a un tercero, con la modalidad de que se -- efectúe un cierto fin práctico", o bien, como manifiesta Barrera Graf "... el negocio fiduciario es aquel en virtud del cual una persona transmite plenamente a otra ciertos bienes o derechos, obligándose ésta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita y determinada y, como -- consecuencia de dicha finalidad, obligándose a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o revertirlos a favor del transmitente".

En forma similar exponen su teoría Grasseti y Greco.

Continúa diciendo Vázquez Arminio, atendiendo al texto de las anteriores definiciones y a las exposiciones hechas entre otros, por los autores finalmente mencionados, encontramos que el negocio fiduciario está compuesto de tres elementos principales y que son:

- a) Unidad del negocio.
- b) Transmisión plena de bienes o derechos; y el tercero.
- c) Afectación a un fin.

El negocio fiduciario es un negocio único formado por dos relaciones, una real, que es la

transmisión de los bienes o derechos del fideicomitente al fiduciario y una obligatoria, por la que el fiduciario se encuentra constreñido, frente al fiduciante a cumplir con la finalidad y retransmitirle posteriormente los bienes o derechos, o transmitirlos a un tercero.

No puede pensarse como indican algunos autores, que en el negocio fiduciario se encuentre un tipo especial de propiedad, que en forma inadecuada denominan "propiedad fiduciaria".

Como indica Cariota Ferrara en su obra "Il negozio fiduciario": "Decir que el fiduciario adquiere una propiedad relativa o formal, es sostener una imposibilidad jurídica, una falta de sentido; no hay una propiedad interna y una propiedad externa, la propiedad sólo es tal si existe y vale frente a todos se es propietario o no se es; una posición intermedia, una posición de propietario y, por tanto, lo es frente a cualquiera, sin excepciones; la suya no es ni puede ser una propiedad especial porque ésta no existe.

La transmisión a favor del fiduciario es erga omnes, válido frente a todos, incluso frente al fiduciante, quien jurídicamente pierde la propiedad o la titularidad a favor del fiduciario. Ahora bien, admitimos que la transmisión hecha al fiduciario tiene modalidades, no puede disponer de los bienes o derechos transmitidos en su propio provecho. La limitación de actuación que se impone al fiduciario y que consiste en la obligación de destinar los bienes o derechos al cumplimiento de la finalidad del negocio, no modifica la esencia del derecho de propiedad de tal manera que pueda implicar un nuevo derecho real, sino únicamente implica, según se dijo ya, una modalidad del derecho de propiedad; no surge un nuevo derecho real sino, como afirman -

Grasseti y Barrera Graf, sólo se le atribuyen - distintos efectos a los que son normales pues, - "en los negocios fiduciarios se da una transfe-- rencia temporal, limitada solamente al cumpli--- miento de la finalidad prescrita, sin que el --- bien objeto de la transmisión acrezca el patrimo nio del fiduciario".

La afectación a un fin lícito no es sino la relación personal obligatoria que asume el fiduciario frente al fiduciante y que tiene existencia interna o valor entre las partes.

Solamente entre los contratantes existe la obligación de afectar los bienes derechos fideicomitidos a la finalidad prevista y de usar los productos de dichos bienes o derechos para la -- mencionada finalidad, de donde se constituye un patrimonio autónomo o de afectación del cual es titular el fiduciario.

De parte del fiduciario, existe la potestad de abuso, sin que corresponda al fiduciante acción real o reivindicatoria contra el adquirente de buena fe; apenas le competará una acción de - indemnización contra el fiduciario que se ha excedido en sus funciones. El pacto interno de carácter obligatorio, impone al fiduciario una carga, un conjunto de limitaciones que está obligado a respetar, pero cuya transgresión no afecta a un tercer adquirente.

Es indudable que el fideicomiso regulado - por nuestra Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, es una especie de negocio fiduciario que - reúne las características de éste.

En efecto, en el fideicomiso en primer término encontramos la doble relación apuntada en - los negocios fiduciarios, con un contenido unita

rio, la relación real con efectos frente a todos se establece mediante la transmisión realizada - por el fideicomitente al fiduciario de la titularidad de los derechos que constituirán la materia del fideicomiso (Art. 352). La relación personal, con validez entre las partes, la asume el fiduciario al recibir la titularidad y la ejercita, destinando los bienes o derechos relativos a la realización de los fines del fideicomiso (Art. 351, párrafo 2o.); en estas condiciones, nace la relación obligatoria, dado que el ejercicio de los derechos transmitidos al fiduciario se convierte en una obligación a su cargo y a favor del fideicomisario (Arts. 356 y 348, párrafo 1o.), por ser dicho ejercicio un requisito indispensable para los fines establecidos en el acto constitutivo correspondiente. La unidad de ambas relaciones se comprueba claramente, al considerar la imposibilidad de su supervivencia en forma autónoma.

Posteriormente, también encontramos en el fideicomiso el segundo de los elementos característicos de los negocios fiduciarios, toda vez que existe transmisión plena de bienes o derechos al fiduciario y que, en virtud de poder ser éstos de muy distinta naturaleza, genéricamente la llamamos transmisión de "titularidad", entendiéndola por ella: "...la cualidad jurídica que determina la entidad de poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica".

La titularidad del fiduciario con relación a los bienes o derechos es indivisible, puesto que excluye la de cualquier otra persona, es también absoluta, en vista de sus efectos erga omnes, desde que se inscriba en el Registro Público de la Propiedad, si el derecho se refiere a inmuebles (Art. 353) y, cuando recae sobre mue-

bles: a) desde que fuere notificada su transmisión al deudor, tratándose de créditos no negociables o derechos personales; b) si fueren títulos nominativos, desde que se endosen al fiduciario y se haga constar en los registros del emisor; y c) en tratándose de cosas corpóreas o títulos al portador, desde que se entreguen al fiduciario (Art. 354).

Los derechos cuya titularidad se ha transmitido al fiduciario en virtud de la constitución del fideicomiso, no pasan a formar parte de su propio patrimonio, sino que se crea un patrimonio autónomo en cada fideicomiso.

También el fideicomiso tiene la última de las indicadas características del negocio fiduciario. Encontramos en él la afectación a un fin (Art. 351, párrafo 2o.) que como antes se indicó, es la obligación que contrae el fiduciario frente al fideicomitente y que puede ser de hacer o de dar.

Una vez analizados los principios que rigen la teoría del negocio fiduciario y comparado con nuestro fideicomiso, el Lic. José Manuel Villagorda en su tesis profesional, opina que: "El fideicomiso es un negocio fiduciario por medio del cual el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes y derechos al fiduciario, quien está obligado a disponer de los mismos, para la realización de los fines establecidos en beneficio del fideicomisario. 51/

Sin embargo, el efecto translativo de dominio que produce el fideicomiso no puede asimilarse a la transmisión tradicional que produce el -

derecho de propiedad, la que se produce por ejemplo: mediante figuras jurídicas como la compra-venta, la permuta o la donación. En el fideicomiso por principio, la transmisión de propiedad opera para el solo efecto de que el fiduciario pueda realizar el fin que se le encomienda. Por eso como decía Alfaro que el fiduciario no es dueño absoluto, tiene sobre los bienes una propiedad fiduciaria, es decir, que su dominio está sujeto a las limitaciones impuestas por el fideicomiso. Además, como lo apuntó Lepaulle: "Los derechos del fiduciario se determinan por sus obligaciones", de tal modo que tendrá todos los que sean necesarios para cumplir aquéllas, pero únicamente esos derechos. 52/

La construcción doctrinal del negocio fiduciario, a pesar del atractivo intelectual que pueda tener, no siendo idónea para explicar la naturaleza jurídica del trust, tampoco lo es para explicar la del fideicomiso que, como aquél, es también una figura regulada por el derecho positivo. El fideicomiso, y repetiremos lo que antes dijimos sobre el trust, tampoco representa una especie dentro del género de los negocios fiduciarios, desde el momento en que no consiste en un negocio formado por dos elementos cuyos efectos son contradictorios entre sí y en que el primero, es real, exteriorizado, jurídicamente obligatorio, en tanto que el segundo sólo tiene eficacia interna entre las partes.

Tiene con el negocio fiduciario una diferencia radical de estructura: el fideicomiso es un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo, un vínculo único con validez y eficacia idéntica.

ticas entre las partes y frente a terceros. 53/

La corriente más difundida en la doctrina mexicana, según la cual, se explica la naturaleza jurídica del fideicomiso afirmando que es una especie de negocio fiduciario; pero claro está, sin dejar de reconocer que dicha corriente cuenta también con opositores.

Quienes están de acuerdo en considerar al fideicomiso como negocio fiduciario son los siguientes autores: Rodríguez y Rodríguez, Barrera Graf, Villagorda Lozano, Lizardi Albarrán, Serrano Trasviña y Vázquez Arminio, si bien pueden discrepar un tanto sus opiniones respecto al negocio fiduciario, sobre todo en relación con la plenitud o limitaciones de la transmisión de propiedad por parte del fiduciante al fiduciario, lo cierto es que con independencia de ello, estos autores atribuyen al fideicomiso el carácter de negocio fiduciario.

En general, todos ellos ven contempladas sus respectivas concepciones genéricas del negocio fiduciario en el fideicomiso, ya que ambas figuras participan de los mismos elementos como son:

- a) Presencia de dos sujetos.
- b) Una relación real.
- c) Una relación obligacional.
- d) Una afectación.

A pesar de la unicidad de criterio habida en sus puntos de vista, algunos de ellos recono-

cen en ciertos aspectos, pequeñas diferencias en tre el negocio fiduciario y el fideicomiso.

Para ello basta citar lo que afirma Barrera Graf:

"En nuestro Fideicomiso, al revés de lo que sucede en otros negocios fiduciarios, por la par ticipación obligada y pública de una institución de crédito como fiduciaria ésta no se oculta ante los terceros contratantes, sino que se hace público el carácter del negocio y la existencia de la relación de fiducia entre el fideicomitente y el banco".

Serrano Trasviña por su parte, después de poner de manifiesto la idéntica estructura de los negocios fiduciarios con la del fideicomiso y de señalar algunas diferencias secundarias entre ambos, como es por ejemplo la fuente de que uno y otros derivan, pues la de los primeros siempre es un contrato celebrado por las partes interesadas, en tanto que el fideicomiso puede constituirse por medio de declaración unilateral de voluntad, concluye que "considerando ambas circunstancias: identidad esencial y diferencias accidentales, formulamos la esencia del fideicomiso como negocio fiduciario, por el cual los de rechos destinados a su consecución invierten su modo de ejercicio de potestativo en obligatorio, en virtud de un deber jurídico impuesto a su titular". 54/

Refiriéndose a las diferencias entre fideicomiso y negocios fiduciarios, Arrechea Alvarez expresa: 1o.- El fideicomiso es un negocio nomi

54/ Domínguez Martínez Jorge Alfredo. Ob. cit. pp. -- 176 a 178.

nado, esto es reglamentado, tipificado; el negocio fiduciario no es típico, es un contrato innominado. Las relaciones entre fiduciante y fiduciario se rigen por la estricta buena fe; las relaciones entre las partes del fideicomiso están reguladas por la ley y por el acto constitutivo del negocio... El fideicomiso como negocio, existe independientemente de que haya un contrato -- con una fiduciaria; es efecto de la manifestación de la voluntad unilateral del fideicomitente. En cambio, la fuente del negocio fiduciario está en el doble contrato entre fiduciante y fiduciario. La fiducia es el resultado de un acto bilateral, el fideicomiso lo es de un acto unilateral". 55/

Es oportuno aclarar, como ya lo hemos mencionado, que hay autores que niegan que el fideicomiso sea un negocio fiduciario; ya que para Molina Pasquel es determinante para la diversidad habida entre el negocio fiduciario y el fideicomiso, ya que el primero implica la presencia de dos sujetos, fiduciante y fiduciario, mientras que el segundo requiere sean tres, es decir, fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, aún en el caso de ser una misma persona quien ostente el primero y tercer caracteres; pues cada uno de éstos, es acreedor de diversa regulación jurídica.

Bauche Garcíadiego por su parte, simplemente se limita a advertir que si bien el fideicomiso es muy similar al negocio fiduciario, existen notables diferencias, entre ambos, y en apoyo a esta última aseveración, recurre a las cuatro apuntadas por Hernández, a saber:

a) El negocio fiduciario es secreto y el fideicomiso, tratándose de bienes inmuebles, es público, al requerir ser inscrito en el registro de la propiedad.

b) El primero es regularmente ilícito mientras que el segundo debe tener un fin lícito.

c) El negocio fiduciario carece de reglamentación legal y el fideicomiso cuenta con ella.

d) En aquél puede ser parte cualquier persona contrariamente a lo acontecido en tratándose de éste, pues sólo una institución de crédito puede ser fiduciaria. 56/

En cuanto a la ilicitud del negocio fiduciario que cita Bauche Garcíadiago, Domínguez Martínez no considera que la ilicitud sea una característica invariable de los negocios fiduciarios. Si bien no es el caso tampoco de reconocer licitud sin excepción al fin perseguido por la celebración del negocio fiduciario que es la postura de Barrera Graf, tampoco puede aceptarse que todo negocio de esta índole se caracterice por tener finalidades ilícitas.

Continúa diciendo Domínguez Martínez, la solución del problema planteado no se encuentra en que la estructura del negocio fiduciario contenga una obligación conocida sólo inter-partes, lo cual, en suma, es intrascendente para su licitud o antijuricidad. La materia a observarse como cualquier otro negocio jurídico, es su objeto, fin, motivo o condición y con base en ellos, de-

56/ Domínguez Martínez Jorge Alfredo. Ob. cit. pp. --
179 y 180.

terminar si están apegados, o por el contrario, pugnan con las leyes de orden público y las buenas costumbres.

Además, señala este autor: "Consecuentemente el negocio fiduciario no debe relacionarse en forma invariable con ilicitud o licitud, ya que estas características están condicionadas a su finalidad, la cual lo mismo puede ser en coincidencia, o por el contrario, ir en pugna de lo impuesto o prohibido por el orden público o las buenas costumbres, según su contenido, que por ende, es necesario analizarlo en cada caso particular". 57/

Para concluir, comenta Domínguez Martínez, la tendencia generalizada de la cual él participa, según la cual el negocio fiduciario implica una transmisión plena de propiedad, mientras que en el fideicomiso en ningún momento se ha afirmado que haya esa plenitud de transmisión de propiedad, razón esta poderosa por contradecir esa interrelación negocio fiduciario-fideicomiso. Agrega además que el negocio fiduciario es un acto bilateral, en cambio la constitución del fi-deicomiso tiene lugar mediante un negocio unilateral.

Por otra parte, coincidentemente con Cervantes Ahumada se debe tener en cuenta que el negocio fiduciario es atípico por esencia, y el fi-deicomiso en cambio es una figura nominada, consecuentemente por todas esas razones dice este autor, no se puede estar de acuerdo en que la naturalidad jurídica del fideicomiso se explique a la luz de la teoría del negocio fiduciario, sin

57/ Domínguez Martínez Jorge Alfredo. Ob. cit. pp. 174 y 175.

dejar de reconocer el paralelismo aparente entre ambas figuras. 58/

Según Luis Muñoz, Joaquín Rodríguez y Rodríguez acierta cuando ve en el fideicomiso un negocio jurídico, reconociendo que es la correcta posición científica del jurista, no del economista, ni del técnico bancario.

El que legislativamente se considere al fideicomiso como una operación bancaria, o se llame servicio bancario, no debe influir cuando se quiere establecer la naturaleza jurídica correcta del negocio que nos ocupa, pues la palabra -- operación es demasiado genérica y equívoca y el servicio bancario no sería otra cosa que la función que cumple la institución de crédito utilizando el fideicomiso de tal suerte que la prestación del servicio sería un aspecto de la función negocial, esto es, de la causa o fin del negocio.

Rodríguez y Rodríguez, cuando habla de la estructura como modalidad del derecho de propiedad, no se expresa correctamente, porque la estructura comprende forma y contenido, y la modalidad del derecho de propiedad, no es otra cosa que el reconocimiento jurídico mexicano de la -- propiedad fiduciaria. He aquí por qué, tal vez no podamos ver en el fideicomiso una variedad de los negocios fiduciarios, aunque sí un negocio -- jurídico bancario tipo, típico, nominado, de fiducia y de naturaleza fiduciaria, de tal suerte que no nos parece que haya discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido.

El Profr. Rodríguez, ateniéndose a la termi

58/ Domínguez Martínez Jorge Alfredo. Ob. cit. pp. 182 y 183.

nología del derecho positivo, unas veces habla de modalidad del derecho de propiedad y otras de titularidad dominical. Y es que en el ordenamiento jurídico no se establece, tal vez por no haberlo creído necesario el legislador, diferencia alguna entre dominio y propiedad.

La propiedad fiduciaria pudiera ser el resultado de la desmembración del derecho real de dominio, y ello explicaría la reversión de la esfera de intereses fideicomitida y sus consecuencias.

Es pues conveniente, discrepar de la semántica del profesor español de la UNAM, y afirmar que el fideicomiso como negocio jurídico atribuye al fiduciario no la titularidad dominical, sino la propiedad fiduciaria, y el deber de comportarse. Decimos deber de comportarse y no limitación de carácter obligatorio con el propósito de poner fin a la discrepancia que advertimos en el texto que comentamos, y por entender que el fideicomiso es un negocio jurídico con efectos reales y fuentes de obligaciones. Advertimos además que la voz "aspectos" no es jurídica, pues de lo que se trata es de la constitución de un derecho real que correctamente puede y debe llamarse propiedad fiduciaria, y de la existencia de un negocio jurídico que es fuente de obligaciones como lo son todos, ya sean unilaterales, bilaterales o plurilaterales. 59/

Con relación a la naturaleza contractual del fideicomiso, Luiz Muñoz, está en desacuerdo cuando Batiza afirma que:

59/ Muñoz Luis. "El Fideicomiso". Editorial Cárdenas. Editor y Distribuidor. Segunda Edición 1980. México, D.F. pp. 14 a 16.

"La naturaleza contractual del fideicomiso mexicano: contrato bilateral, sinalagmático perfecto, se confirma, por la existencia de la condición resolutoria tácita según la cual y conforme al artículo 1949 del Código Civil: La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere la que le incumbe".

Decir que el fideicomiso es contrato bilateral, sinalagmático perfecto, no es otra cosa que utilizar una semántica hoy en día inadmisibles. Todos los contratos son bilaterales, por lo que es preferible distinguir entre contratos con prestaciones recíprocas y contratos con prestaciones a cargo de una sola de las partes. Esta terminología, referida precisamente a la llamada condición resolutoria tácita, que en realidad es conditio iuris, ha sido aceptada recientemente por el legislador argentino al reformar el artículo 216 del código de comercio de ese país. Por cierto que no ha sido ajena nuestra cátedra universitaria a la correcta solución legislativa argentina.

Según Batiza, el legislador mismo, en realidad, reconoció indirectamente la naturaleza contractual (Arts. 137 b) y c) y 138 de la Ley de Instituciones de Crédito y 355 de la de Títulos y Operaciones). La exposición de motivos de la Ley de Operaciones de Crédito habla de formas contractuales; de formas particulares de "contratación", aludiendo al fideicomiso expreso. El fideicomiso se introdujo en nuestro sistema a través del derecho bancario y está regulado dentro de las operaciones de crédito sin corresponderle tal calidad, por más que pueda originarlas y que de hecho y con frecuencia así suceda.

Por nuestra parte, dice Muñoz, no creemos - que el fideicomiso sea un contrato en sentido -- propio, ya que al tenor del artículo 350, párrafo 2o. de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, la institución fiduciaria es parte nego-- cial determinada o determinable, y parte es también el fideicomisario. Por lo demás, la llamada obligación de contratar es incompatible con - la verdadera noción de contrato basada correctamente en la autonomía de la voluntad.

El reconocimiento por el legislador de la - naturaleza contractual del fideicomiso es erró-- neo, sobre todo porque se introdujo al través -- del llamado derecho bancario. Y es que los nego-- cios de las instituciones de crédito se diferen-- cian fundamentalmente del contrato; en efecto: - la autonomía de la voluntad de las partes es li-- mitada; los negocios bancarios están sujetos a - conditio iuris, se consagra el deber de negociar impuestos por la ley a las instituciones de crédito en interés de la coexistencia socioeconómi-- ca. Es pues, el fideicomiso un negocio jurídico bancario, esto es, propio de las instituciones - de crédito. 60/

Sin embargo, cuando se emplea la terminolo-- gía para nominar al fideicomiso como contratos - bancarios, contratos sui generis, operaciones -- bancarias, no puede en verdad afirmarse que se - emplea un lenguaje científico y por lo consiguen-- te preciso. He aquí por qué se habla de contra-- tación en masa, acudiendo a estas expresiones pa-- ra significar que los llamados contratos banca-- rios ofrecen aspectos diversos del contrato en - sentido verdadero y propio, lo que pone de mani-- fiesto que se trata de negocios jurídicos con --

otras características. Los autores, pues, en su mayoría no aciertan a emplear una semántica adecuada. 61/

Para comprender por qué no son contratos en sentido verdadero y propio los negocios bancarios bilaterales, es necesario referirse al significado de la voz contrato y a sus antecedentes.

La voz contrato tiene diversos significados. El más auténtico, técnicamente hablando, es el negocio jurídico bilateral y patrimonial Inter vivos. Empero con la palabra contrato se alude al documento que contiene el negocio.

El que sea un negocio jurídico bilateral el contrato significa, entre otras cosas, que las declaraciones y manifestaciones de contenido volitivo necesarias para su formación no son declaraciones unilaterales, autónomas; pero fragmentos del negocio bilateral lo que permite distinguir el contrato de los negocios jurídicos unilaterales, inclusive aunque se combinen en sus efectos permaneciendo autónomos estructuralmente como acaece, por ejemplo, con el poder conferido por el representado y la aceptación por el representante.

Algunos tratadistas entre ellos Domat, dicen que el acuerdo de voluntades es contrato cuando crea obligaciones, las modifica o extingue, únicamente por lo que hace a los derechos de crédito, de manera que no consideran contrato a las convenciones relacionadas con el derecho de familia y los derechos reales. 62/

61/ Muñoz Luis. Ob. cit. p. 80.

62/ Muñoz Luis. Ob. cit. pp. 88 y 89.

Batiza, en su libro "Principios Básicos del Fideicomiso y la Administración Fiduciaria", nos habla de la semejanza del Fideicomiso con algunos contratos, como son:

a) Mandato.- Tanta semejanza tiene el fideicomiso con el mandato, que como se recordará las leyes de 1926, inspiradas en el Proyecto Alfaro, lo definían como un "mandato irrevocable" y cómo la Suprema Corte no acertó en un principio a diferenciar entre sí a esas figuras. La dificultad de la distinción deriva principalmente de la vaguedad de la misma ley, pero los antecedentes mediatos e inmediatos del fideicomiso, la doctrina que los interpreta, y la jurisprudencia de la Suprema Corte, coinciden en cuanto a que el criterio de distinción reside en la transmisión del dominio producido por el fideicomiso, que no se da en el mandato. Además, el mandato tiene mucha mayor amplitud puesto que abarca todos los actos jurídicos o lícitos que el mandante encargue al mandatario (Código Civil, Arts. - 2546, 2548), en tanto que el fideicomiso sólo puede referirse a bienes (Art. 346 de la ley sustantiva).

b) Depósito.- Tiene semejanza con el fideicomiso, puesto que invariablemente se constituye por acto entre vivos sobre bienes presentes, hay una entrega material de la cosa; pero, a diferencia de la entrega que se hace en el depósito (salvo en el llamado "depósito irregular", artículo 267 de la ley sustantiva), en que sólo hay un cambio de posesión del depositante al depositario, en el fideicomiso se produce una transmisión de propiedad del fideicomitente al fiduciario.

c) Estipulación a favor de tercero.- El artículo 1868 del Código Civil prescribe que "En

los contratos se pueden hacer estipulaciones en favor de tercero, de acuerdo con los siguientes artículos". "La estipulación hecha a favor de --tercero hace adquirir a éste, salvo pacto escrito en contrario, el derecho de exigir del promitente la prestación a que se ha obligado. Tam--bién confiere al estipulante el derecho de exi--gir del promitente el cumplimiento de dicha obli--gación" (artículo 1869); "El derecho de tercero - nace en el momento de perfeccionarse el contrato, salvo la facultad que los contratantes conservan de imponerle las modalidades que juzguen conve--nientes, siempre que éstas consten expresamente en el referido contrato" (artículo 1870); "La es--tipulación puede ser revocada mientras que el --tercero no haya manifestado su voluntad de que--rer aprovecharla. En tal caso, o cuando el ter--cero rehuse la prestación estipulada a su favor, el derecho se considera como no nacido" (artícu--lo 1871); "El promitente podrá, salvo pacto en - contrario, oponer al tercero las excepciones de--rivadas del contrato (artículo 1872).

El punto principal de contacto entre la es--tipulación a favor de tercero y el fideicomiso, consiste en el beneficio que a través de una y -tro pueden concederse a favor de una persona que no intervino en la creación de la obligación ori--ginal, excluyendo por supuesto el caso en que el fideicomitente se designa a sí mismo como fidei--comisario. Las diferencias, en cambio, son con--siderables; el fideicomiso es una relación jurí--dica autónoma que, por regla general, no surge - incidentalmente dentro de un contrato; en el fi--deicomiso, a diferencia de la estipulación a fa--vor de tercero, la revocación del fideicomitente no está condicionada a la aceptación del benefi--ciario. Por último, la estipulación a favor de tercero supone la existencia de éste, en tanto - que el fideicomiso puede constituirse a favor de

los nacidos y aún para finalidades del todo ajenas a las personas (Arts. 359, frac. II y 347 de la ley sustantiva).

d) Donación.- Podría también decirse que existe no sólo analogía, sino identidad entre la donación y el fideicomiso, cuando éste resulta de una liberalidad. Es de observarse, sin embargo, que la donación se refiere a bienes presentes sin que pueda comprender los futuros, restricción inaplicable al fideicomiso; por otra parte, interviene en el fideicomiso una persona, el fiduciario, que se interpone entre el fideicomitente y el fideicomisario, lo que no ocurre con respecto a donante y donatario.

Las semejanzas y diferencias susceptibles de encontrarse entre el fideicomiso y otros contratos y figuras jurídicas, podrían extenderse indefinidamente; pero tal ejercicio no pasaría de ser una inútil dialéctica jurídica.

Basta considerar que el fideicomiso es una institución que no existía en nuestro derecho, que fue implantado por acto deliberado del legislador, y que si no revistiera caracteres diferenciales propios que lo separan y distinguen de figuras ya reconocidas, su adopción hubiera representado una duplicidad innecesaria, lo cual es inadmisibile. 63/

Se ha observado que en ninguna de las opiniones comentadas y analizadas se ha abordado el problema de determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso, se ha estudiado el problema re-

63/ Batiza Rodolfo. "Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria". Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición 1977. México, D.F. pp. 108 a 110.

lativo a la situación jurídica que guardan los bienes fideicomitidos sin hacer alusión al acto que origina esa situación, como sucede con la teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad, con la del patrimonio sin titular, o inclusive, con la transmisión de bienes de la que es titular, la fiduciaria, o, por el contrario, se ha partido no de la especie de acontecimiento jurídico, como puede ser acto o negocio jurídico, sino que, ignorando éstos, se pretende explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso ya recurriendo a una figura nominada, como acontece con el fideicomiso-mandato, o no tan específicamente con el fideicomiso operación bancaria, presentando por ello debilidades más claras debido a que pretenden conceptuarlo de lo particular a lo general.

Precisamente por ello, dice Jorge A. Domínguez Martínez, "es conveniente que para tener un punto de partida, en estos problemas, sea la especie de acto jurídico, en que teorías como la que considera al fideicomiso como negocio fiduciario, que tiene un mayor número de seguidores y defensores, en comparación con otras, independientemente a que sean o no procedentes".

Además continúa diciendo, "dada la complejidad de la estructura del negocio jurídico, en cuanto se refiere a su constitución implica un negocio unilateral y respecto a su ejecución es de naturaleza contractual; por ende y tomando en cuenta los elementos personales de ambos actos, podemos afirmar por el momento que el fideicomiso "es un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de la 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 esos actos que tiendan al logro de ese fin, debe

rá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello". --
64/

Por su parte, el Dr. Miguel Acosta Romero, opina "que el negocio jurídico, no está formalmente reconocido en la mayor parte de la legislación del mundo y para ser más precisos, ni definido en el sentido en que lo hacen los autores en ninguna disposición legal mexicana". Y citando al Dr. Ortiz Urquidi quien reconoce que la regulación legislativa sólo ha sido aceptada por escasos países y cita los artículos 81 y 158 del Código Civil Brasileño y los artículos 127 y 239 del Código Civil Griego, y también afirma que en contraste con esa acogida, está la franca resistencia de la doctrina francesa a adoptar este concepto.

Consecuentemente, la pretendida innovación del concepto, no es una aportación novedosa ni definida a la teoría del acto jurídico y en última instancia únicamente consistiría en cambiar los términos de negocio por acto, razón por la que debemos rechazar tal concepto; señala Acosta Romero.

Sin embargo, autores mexicanos con una persistencia notable y coincidente, afirman que el fideicomiso es un negocio jurídico. En esto coinciden Octavio Hernández, Mario Bauche García diego, Raúl Cervantes Ahumada, Jorge Alfredo Domínguez Martínez, Jorge Serrano Trasviña y José Manuel Villagordoa Lozano, principalmente.

En efecto, para Villagordoa "en nuestro de-

64/ Domínguez Martínez Jorge Alfredo. Ob. cit. pp. 187 y 188.

recho se ha reconocido y reglamentado el fideicomiso, que es una especie de negocio fiduciario; es así como el derecho positivo mexicano va comprendiendo dentro de su ámbito las nuevas formas contractuales desconocidas para su derecho tradicional". 65/

Acosta Romero señala además "dentro de las especies de actos jurídicos nuestro Código Civil Federal, en sus artículos 1792 y 1793, define el convenio como acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y, añade, los convenios que producen o transfieren obligaciones o derecho toman el nombre de contratos".

Cabe hacer el comentario de que la distinción formal establecida por nuestro código entre convenio y contrato, resulta un tanto superflua en la vida diaria, pues el no tener sanción, se aprecia que se utilizan en el tráfico jurídico indistintamente y a veces como sinónimos.

Sigue diciendo Acosta Romero, "para calificar al fideicomiso mexicano como contrato nos basamos en que es una relación jurídica entre dos o más personas, puesto que siempre debe haber un fideicomitente y una institución fiduciaria; esa relación establece derechos y obligaciones entre dos partes y, por lo tanto, no puede concebirse como una manifestación unilateral de voluntad". 66/

En nuestra opinión personal, consideramos -

65/ Banco Mexicano SOMEX. "Instituciones Fiduciarias y Fideicomiso en México". 1982. México, D.F. pp. 134 y 135.

66/ Banco Mexicano SOMEX. Ob. cit. p. 157.

que el fideicomiso es un negocio jurídico atendiendo a una declaración unilateral de la voluntad porque como lo ha dicho Arrechea Alvarez: El fideicomiso, como negocio, existe independientemente de que haya un contrato con una fiduciaria; es efecto, de la manifestación de la voluntad -- unilateral del fideicomitente. La aceptación -- del fiduciario no viene a perfeccionarlo como negocio bilateral o contrato; simplemente hace posible su ejecución, pues el fideicomiso es perfecto desde que reúne sus elementos esenciales.

Además, coincidentemente Domínguez Martínez opina en el mismo sentido, con lo cual estamos de acuerdo cuando dice:

"El fideicomiso es un negocio jurídico que se constituye mediante una declaración unilateral de la 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".

b) ELEMENTOS PERSONALES

Al enunciar los elementos personales del fideicomiso, Batiza señala que de la misma manera que en el trust, por regla general, las partes integrantes de la relación son tres: settlor, -- trustee y cestui que trust o beneficiary, así -- también en el fideicomiso intervienen, fideicomitente, fiduciario y el fideicomisario o beneficiario.

Sostenía Alfaro que las partes en el fideicomiso son tres y que si falta alguna de ellas -

no puede haberlo, aclarando que cada una de estas partes puede constar de una o de más personas, y así como dos o más individuos pueden conjuntamente ser fideicomitentes, así también puede designarse dos o más fiduciarios.

La afirmación de que por falta de una de las partes no puede haber fideicomiso, como lo veremos, no es válida para nuestro derecho.

No todas las situaciones que permite el derecho angloamericano son legalmente posibles conforme a nuestro sistema, aun cuando sí lo sea en forma expresa, la pluralidad de fiduciarios y de fideicomisarios; por otra parte, aunque la ley sea omisa al respecto, no hay objeción legal alguna contra una pluralidad de fideicomitentes, como en la situación de un bien sujeto a copropiedad que se diera en fideicomiso, como en el caso de varias personas propietarias de bienes distintos que convinieran en constituir un solo fideicomiso, con la salvedad de no tratarse de fideicomisos testamentarios. También puede confundirse, en la misma persona, las calidades de fideicomitente y fideicomisario y puede haber fideicomitente porque nuestra ley admite nada más el fideicomiso "expreso", y siempre habrá fiduciario, por ser el conducto legal imprescindible para la realización del fin del fideicomiso.

SUJETOS

a) Fideicomitente.- Según el derecho angloamericano, por implicar la creación del trust un cambio de propiedad, puede establecerse la regla general de que todo el que sea capaz de disponer de derechos legales o de equidad es libre, si así lo desea, de transmitirlos a un trustee para la realización de sus propósitos.

Decía Alfaro que el fideicomitente es la -- fuente del fideicomiso. En su proyecto no especificaba las condiciones que debía él satisfacer tal vez por considerar que la naturaleza contractual de la institución, concebida como un "mandato irrevocable", hacía innecesaria la repetición en la ley especial de los requisitos impuestos - por el derecho común.

Capacidad.- La ley substantiva en vigor --- prescribe (Art. 349) que sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que -- tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica y - las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparato o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen. Este - artículo no tiene pues, antecedentes en las leyes que precedieron a la actual; pero sería innecesario esforzarse en buscarle un origen concreto y determinado, ya que se limita a reconocer - principios admitidos con respecto a la capacidad de las personas naturales y morales, ampliando - la enumeración del Código Civil por lo que se refiere a las personas jurídicas públicas.

Distingue el precepto, así, varias categorías de fideicomitentes: personas físicas y jurídicas, autoridades judiciales y administrativas. Incurre, empero, en un error técnico al enunciar los propósitos para los cuales dichas autoridades pueden detentar bienes que, como fideicomitentes, se les autoriza para afectar en fideicomiso. Con la única posible salvedad del caso de la enajenación, todos los demás propósitos, o -- sea la guarda, conservación, administración, liquidación y el reparto, son jurídicamente insuficientes para permitir la constitución de un fi--

deicomiso, si se tiene en cuenta que para ello es condición indispensable, por producir el fideicomiso una transmisión de bienes a favor del fiduciario, que el fideicomitente goce de facultad de disposición sobre la cosa. Es evidente que en las cinco hipótesis anteriores, con la excepción apuntada, no puede existir dicha facultad. Nuestro aserto se circunscribe al artículo que se comenta, sin que se pretenda darle alcance general de que las autoridades judiciales o administrativas, o que las corporaciones públicas y el Estado no puedan tener el carácter de fideicomitentes, puesto que podrán serlo con respecto a aquellos bienes cuya disposición les corresponda conforme a las leyes. 67/

b) Fiduciario.- En el derecho angloamericana no la cuestión de quién puede ser trustee, como se vio, implica una variedad de consideraciones. Recordemos que para que una persona pueda serlo, debe tener capacidad para adquirir y poseer en propiedad los bienes sobre los cuales se constituye el trust, así como la competencia suficiente para manejar el patrimonio conforme a los términos establecidos en el instrumento respectivo o según las instrucciones de los beneficiarios, ya que la ejecución del trust puede requerir criterio y decisiones que impliquen conocimiento del mundo de los negocios; por otra parte, el trustee debe estar domiciliado dentro de la jurisdicción del tribunal que supervisa la administración del trust.

Con referencia a nuestro derecho, desde la primera tentativa de adopción del trust representada por el Proyecto Limantour, se ha exigido -

67/ Batiza Rodolfo. "El Fideicomiso". Ob. cit. pp. 159 a 162.

que el fiduciario sea persona moral.

Tanto los Proyectos Creel y Vera Estañol, como las diversas leyes que han estado en vigor, han impuesto el requisito de que el fiduciario sea una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado.

La exposición de motivos de la ley substantiva en vigor, concrétese a decir que se circunscribe a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarios. Esta limitación de nuestra ley es una característica que tiene en común con la legislación de los diversos países sudamericanos que han consagrado como versión del trust las llamadas "comisiones u operaciones de con-fianza" y que las distingue del derecho angloamericano y del Proyecto Alfaro.

Prescribe la ley (Art. 350 párrafo primero) que sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito --- (aludiendo a la ley de 1932). Derogada ésta, la vigente dispuso que para dedicarse al ejercicio de la banca y del crédito se requerirá autorización del Gobierno Federal que compete otorgar --- discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comi---sión Nacional Bancaria y del Banco de México --- (Art. 2o.). 68/

Otra restricción de importancia con respecto al fiduciario, prevista ya desde el Proyecto Vera Estañol (Art. VIII), que en nuestro derecho positivo se remonta a la Ley de Bancos de Fidei-

68/ Batiza Rodolfo. "El Fideicomiso". Ob. cit. pp. 164 a 166.

comiso (Art. 5o.) y que ha venido reproduciéndose en las leyes sucesivas, es la prohibición de que las agencias o sucursales de bancos extranjeros practiquen operaciones fiduciarias en México. Dichas leyes, hasta 1932, contenían esa prohibición en forma expresa y que en la ley actual es sólo implícita, al decir que los bancos e instituciones de crédito del extranjero podrán tener en la República establecimientos u oficinas con el carácter de sucursales o agencias, únicamente para efectuar las operaciones de banca a que se refiere la frac. I del artículo 2o. (banca de depósito), ajustándose a los requisitos especiales impuestos por la ley (Art. 6o.).

c) Fideicomisario.- Partiendo de la regla de que la equidad sigue al derecho estricto, se admite en el sistema angloamericano que quien tiene capacidad para adquirir un derecho legal puede, a través del trust, recibir un derecho de equidad. Según antes se vio, empero, la capacidad pasiva para ser beneficiario de un trust no es la misma que la exigida para ser settlor o trustee; de hecho, una de las razones que con más frecuencia originan el establecimiento de trust consiste en la adecuada protección de incapitados. El trust no puede crearse a favor de una persona insuficientemente identificada como beneficiario, pero no es preciso que lo sea en forma individual: basta que sea susceptible de identificación conforme a hechos o circunstancias previstos al constituirse el trust. Así, la designación de beneficiarios mediante expresiones tales como "los socios del testador a la fecha de su fallecimiento", "las personas que estuvieren al cuidado del testador en su última enfermedad o en su vejez", o "las personas a su servicio al tiempo de su muerte", se han considerado suficientes para individualizar a los beneficiarios.

Los principios del derecho angloamericano - en materia de beneficiarios no fueron seguidos - en toda su extensión por el proyecto Alfaro. Aun cuando admitió (Art. 13) el fideicomiso constituido a favor de los concebidos, si bien exigiendo en forma contradictoria que todo fideicomiso debía expresar claramente el nombre del fideicomisario (Art. 6o. párrafo II), no reconoció los fideicomisos sin beneficiario determinado. Afir-maba Alfaro que el sujeto del fideicomiso es el fideicomisario, porque aquél es creado en inte-rés de éste; que no puede concebirse un fideico-miso constituido en interés de nadie sino que -- tiene que serlo a beneficio directo e inmediato de alguien, y ese alguien es el fideicomisario. Aun cuando no exista en nuestra ley substantiva precepto que lo autorice en forma expresa, es in-dudable que, implícitamente, es lícito para el - fideicomitente designarse en el contrato respec-tivo como fideicomisario o como uno entre varios fideicomisarios. En efecto, la prohibición le-gal para tener una doble calidad en la relación jurídica se refiere de modo exclusivo al fiducia-rio, el que no puede ser fideicomisario, bajo pe-na de nulidad del fideicomiso (Art. 348, último párrafo).

Por cuanto a nuestro derecho, las leyes y - los proyectos que precedieron a la vigente no ha-cían referencia a la capacidad exigida en rela-ción con los beneficiarios. La ley substantiva actual establece que pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan capa-cidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica (Art. 348, párrafo primero). Al exigir capacidad a los fideicomisarios, este artículo debe interpretarse en el sentido, no de aludir a la capacidad activa para ser fideicomi-tente, sino más bien a la ausencia de alguna in-capacidad especial derivada de la ley, puesto -

que el fideicomiso puede constituirse a favor de incapacitados y aun de no nacidos.

Con base en el mismo precepto, se ha hecho la inferencia de que sólo las "personas" pueden tener carácter de fideicomisarios y que, en consecuencia, no es posible de acuerdo con nuestra ley de creación de los llamados "trust honorarios" del derecho angloamericano. La interpretación es incorrecta, si se considera que el artículo 347 de la propia ley admite la validez del fideicomiso aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado, hipótesis dentro de la cual quedarían comprendidos sin dificultad los fideicomisos creados para la manutención y el cuidado de animales o aun para el cuidado de cosas inanimadas, como tumbas, estatuas, etc. El problema práctico de hacer efectiva esta especie de fideicomisos se resolvería de conformidad con el Art. 355 párrafo 2o. de la ley, que confiere al Ministerio Público el ejercicio de los derechos correspondientes cuando no existe fideicomisario determinado, o mediante la designación de un comité técnico o de distribución de fondos, en los términos del artículo 45 frac. IV últ. párrafo, de la ley bancaria.

El proyecto Vera Estañol prescribía en su Art. 11 que la designación del beneficiario de un fideicomiso podrá hacerse nominativamente o de cualquier otra manera que no haga dudosa su identificación; el Código Civil estatuye que toda disposición (testamentaria) en favor de personas inciertas o sobre cosas que no puedan identificarse será nula, a menos que por algún evento puedan resultar ciertas (Art. 1390), y señala varias reglas para identificar a los herederos ins

tituidos. 69/

c) PROHIBICION DEL FIDEICOMISO

En el derecho angloamericano, en materia de inversiones, existen algunos principios que el trustee no debe transgredir. Es indebido que adquiera valores con fines especulativos, que compre "al margen", que invierta en acciones altamente especulativas o en bonos que se vendan con grandes descuentos; tampoco se le permite comprar valores de empresas nuevas todavía "no probadas", bienes raíces para revender, prestar con garantía hipotecaria en segundo lugar, u otorgar créditos sin garantía.

Entre nosotros, las prohibiciones que se imponen al fiduciario representan una elaboración más original del fideicomiso que la contenida en el resto de la legislación especial, inspirada en preceptos e ideas ajenas. Ello se debe a que la realidad mexicana ha influido para dictar las limitaciones, ya legales o administrativas. Este rasgo de originalidad, sin embargo, no lleva necesariamente implícito un elogio, pues algunas de ellas son objetables, aparte de que tienen siempre carácter negativo. Hasta ahora, el fideicomiso no ha recibido facilidades o estímulos especiales de parte de las autoridades, las que se han concretado a expedir disposiciones prohibitivas.

La ley bancaria establece que las instituciones o departamentos fiduciarios se abstendrán de aceptar el desempeño de fideicomisos, manda--

69/ Batiza Rodolfo. "El Fideicomiso". Ob. cit. pp. 168 a 173.

tos o comisiones, mediante los cuales reciban -- fondos destinados al otorgamiento de créditos -- que no se ajusten a las disposiciones de carácter general que al efecto dicte el Banco de México ni de los que tengan por objeto la adquisición de valores cuando éstos no sean de los aprobados para tal fin por la Comisión Nacional de Valores o de los emitidos o garantizados por el Gobierno Federal o de las instituciones nacionales de crédito. Tampoco podrán aceptar instrucciones posteriores a la celebración de los actos citados que no se ajusten a lo dispuesto en el párrafo anterior. Por otra parte, tiene prohibido transmitir los créditos o valores que sean materia de alguna de dichas operaciones a otro fideicomiso, mandato o comisión, manejado por la propia fiduciaria, salvo que se trate del mismo fideicomitente, mandante o comitente (Art. 45 -- frac. VI párrafos primero, segundo y tercero, y Art. 46 frac. VI, según reformas del decreto de 29 de diciembre de 1956). 70/

Además de las prohibiciones y limitaciones indicadas con anterioridad para estos fideicomisos de inversión, está prohibido a las instituciones o departamentos fiduciarios: "Responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes del incumplimiento de los deudores, por los créditos que se otorguen o de los emisores, por los valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.

70/ Batiza Rodolfo. "El Fideicomiso". Ob. cit. pp. - 255 a 257.

Si al término del fideicomiso, mandato o comisión constituidos para el otorgamiento de créditos, éstos no hubieren sido liquidados por los deudores, la institución deberá transferirlos al fideicomitente o fideicomisario, según el caso o al mandante o comitente, absteniéndose de cubrir su importe. Cualquier pacto contrario a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, no producirá efecto legal alguno. En los contratos de fideicomiso, mandato o comisión se insertará, en forma notoria, esta fracción y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido bienes para su inversión" (Art. 46, frac. II, Ley Bancaria).

Las instituciones y departamentos fiduciarios tienen prohibido: "Efectuar operaciones con otros departamentos de la misma institución. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá autorizar, mediante acuerdos de carácter general, la realización de determinadas operaciones" (Art. 46 frac. III).

Esta prohibición tiene su fuente en una resolución de la Comisión Nacional Bancaria. La prohibición de operaciones interdepartamentales, salvo la situación especial del "fideicomiso de garantía", que sí se justifica, parece derivar de la desorientación que existe en esta materia. Una prohibición absoluta es no sólo infundada, sino que puede entorpecer en forma innecesaria la adecuada y flexible administración de los fideicomisos. En primer lugar, la amplitud del término "operaciones" es tal, que puede incluir cualquier acto entre el departamento fiduciario y los demás de la institución; sería absurdo, por ejemplo, que se prohibiera a aquél recurrir al departamento de cobranzas, al de cambios o al de avalúo de inmuebles, en auxilio de las funciones

que tiene encomendadas.

También se prohíbe a las instituciones o departamentos fiduciarios "realizar por cuenta propia cualquier clase de operaciones, salvo las que puedan llevar a cabo con su capital y reservas, en los términos de la fracción XIII del artículo 45, y las necesarias para su propia administración" (Art. 46 frac. I).

Se prohíbe también a las instituciones o departamentos fiduciarios "celebrar contratos de fideicomisos que tengan por objeto el pago periódico de primas o cuotas destinadas a integrar el precio de compra de casas habitación o celebrar los mismos contratos con empresas constructoras, cuando tengan por objeto la venta de casas a plazos o con pagos anticipados para completar las garantías (Art. 46 frac. V).

Otra prohibición se refiere a que las instituciones o departamentos fiduciarios tienen prohibido "utilizar fondos o valores de los fideicomisos, mandatos o comisiones a que se refiere el segundo párrafo de la fracción VI del artículo 45 (fideicomisos de inversión) para realizar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores de sus delegados fiduciarios; los miembros de su consejo de administración, tanto propietarios como suplentes, estén o no en funciones; el accionista o accionistas que posean la mayoría en las asambleas de la institución o que las gobiernen; los directores generales o gerentes generales; los comisarios propietarios o suplentes, estén o no en funciones; los auditores externos de la institución; los miembros del comité técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de todas las personas citadas, o las sociedades en cuyas asambleas tengan mayo-

ría de dichas personas o las mismas instituciones" (Art. 46, frac. IV de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares). 71/

El Banco de México, expidió la circular No. 1381 de 6 de marzo de 1959, notificando a las -- instituciones y departamentos fiduciarios que, -- en uso de las facultades conferidas por el Art. 45 frac. VI, segundo párrafo, de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, a partir de esa fecha debían abstenerse de aceptar el desempeño de fideicomisos, mandatos o comisiones, mediante los cuales reciban fondos en moneda nacional o extranjera destinados al otorgamiento de créditos en moneda extranjera, así como la aceptación de fideicomisos en moneda extranjera para otorgar créditos en moneda nacional.

Les prohibía igualmente aceptar la ampliación en monto de los fideicomisos, mandatos o comisiones referidos. 72/

Con relación a las prohibiciones del fideicomiso, tenemos que la parte final de la frac. I, párrafo 7o. del artículo 27 Constitucional, ordena: "En una faja de cien kilómetros a lo largo -- de las fronteras y de cincuenta en las playas, -- por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas".

Hace algo más de treinta años, el Ejecutivo Federal inició la concesión de permisos a extranjeros para adquirir en fideicomiso dentro de la

71/ Batiza Rodolfo. "Principios Básicos del Fideicomiso y la Administración Fiduciaria". pp. 149 a 154.

72/ Batiza Rodolfo. "El Fideicomiso". Ob. cit. p. 262.

"zona prohibida", y posteriormente encomendó a la Secretaría de Relaciones Exteriores la intervención en su otorgamiento. Con el transcurso del tiempo se vino haciendo cada vez más difícil su obtención, hasta que se volvió prácticamente imposible su obtención. El acuerdo presidencial de 29 de abril de 1971 (D.O. del 30 de ese mismo mes) dio fin a esa situación.

Dicho acuerdo se fundaba en el deber del Gobierno Federal para vigilar y mantener la integridad del territorio nacional y el cumplimiento de la Constitución, así como también en el sostenimiento y aceleración del desarrollo industrial y turístico planificado del país. Se autorizó a la Secretaría de Relaciones para que, en uso de la facultad discrecional otorgada en la frac. I del Art. 27 Constitucional, resolviera en cada caso sobre la conveniencia de conceder a las instituciones nacionales de crédito los permisos a que se refiere el Art. 2o. de la Ley Orgánica de dicha fracción; ello para adquirir como fiduciarias el dominio de bienes inmuebles destinados a la realización de actividades industriales o turísticas ubicadas en la "zona prohibida", siempre que el objeto de la adquisición fuera el de permitir exclusivamente a los fideicomisarios la utilización y el aprovechamiento de dichos bienes sin constituir derechos reales sobre ellos. Para esos fines podían emitir certificados de participación inmobiliaria, nominativos y no amortizables.

La Secretaría de Relaciones Exteriores resolverá sobre la constitución de los fideicomisos a que se hace alusión, considerando los aspectos económicos y sociales que impliquen la realización de estas operaciones. La Comisión Nacional de Inversiones extranjeras fijará los criterios y procedimientos conforme a los cuales

se resolverán estas solicitudes".

El acuerdo presidencial contenía otras normas aplicables a estos fideicomisos que, con algunas modificaciones, se convirtieron en el Capítulo IV "Del Fideicomiso en Fronteras y Litorales". De la ley para promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera de 26 de febrero de 1973 (D.O. del 9 de marzo).

La duración de los fideicomisos a que este capítulo se refiere, en ningún caso excederá de treinta años. La institución fiduciaria conservará siempre la propiedad de los inmuebles; tendrá facultad de arrendarlos por plazos no superiores a diez años, y a la extinción del fideicomiso podrá transmitir la propiedad a personas legalmente capacitadas para adquirirla. El Gobierno Federal se reserva la facultad de verificar en cualquier tiempo el cumplimiento de los fines del fideicomiso".

Los certificados de participación inmobiliaria que se emitan con base en el fideicomiso, tendrán las siguientes características:

a) Representarán para el beneficiario exclusivamente los derechos consignados en los incisos a) y c) del Artículo 228-a y en el Art. 228-e de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sin que les otorguen derecho a ninguna parte alícuota en los derechos de propiedad sobre los inmuebles fideicomitados;

b) Deberán ser nominativos y no amortizables, y

c) Constituirán el derecho de aprovechamiento del inmueble y de los productos líquidos que de dicho inmueble obtenga el fiduciario, en

los términos del acto de emisión, así como el derecho al producto neto que resulte de la venta que haga la institución fiduciaria a la persona legalmente capacitada para adquirir el inmueble fideicomitado.

"En los términos del presente capítulo, no se requerirá permiso de la Secretaría de Gobernación para la adquisición por extranjeros de los derechos derivados del fideicomiso".

La situación legal creada por los preceptos anteriores no elimina por completo la necesidad de formular consideraciones sobre ciertos aspectos jurídicos del fideicomiso en la "zona prohibida". Desde este punto de vista, el planteamiento del problema es sencillo. Lo que prohíbe la frac. I del párrafo séptimo del artículo 27, es que los extranjeros puedan adquirir "el dominio directo sobre tierras y aguas" en dicha zona.

Por su naturaleza, los fideicomisos en la "zona prohibida" aun antes del acuerdo presidencial de abril de 1971 y de la Ley de febrero de 1973, concedían a los fideicomisarios un derecho equiparable al de habitación o, a lo sumo al de usufructo. La propiedad del fiduciario en la "zona prohibida" tampoco quedaría comprendida en la prohibición constitucional, teniendo en cuenta que su propiedad limitada o fiduciaria no se identifica en forma alguna con el "dominio directo". Así pues, hay que determinar qué se entiende por dominio directo, y luego examinar si el derecho del fideicomisario o beneficiario en un fideicomiso reviste esa naturaleza. Aun cuando nuestra legislación carece de una definición al respecto, desde antiguo se admite que el dominio se divide en directo y útil; aquél consiste en el derecho de disposición sobre una cosa raíz, sin el derecho al dominio útil, en tanto que és-

te consiste en el poder de aprovechamiento, o sea, el derecho de percibir los frutos. Se reconoce, en realidad, que son dos derechos que unidos constituyen el verdadero dominio del inmueble.

La conclusión es clara, en el sentido de que los derechos del fideicomisario difieren substancialmente del dominio directo, de ahí la incuestionable legalidad de estos fideicomisos. Sin embargo, el problema no es únicamente de carácter jurídico, sino que está ligado en forma estrecha a la política demográfica y migratoria del país, así como la protección de zonas del territorio nacional que la Constitución misma consideró de fundamental importancia.

Estos factores desde luego han influido en la actitud de la Secretaría de Relaciones a través de los cambios que ha experimentado, y más tarde en la intervención presidencial y legislativa que se dejan expuestas. 73/

d) EL FIDEICOMISO Y EL REGISTRO PUBLICO DE LA PROPIEDAD

En relación al tema, la Ley establece que el fideicomiso cuyo objeto recaiga sobre bienes inmuebles, deberá inscribirse en la sección de la propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados y que el fideicomiso surtirá sus efectos contra terceros desde la fecha de la inscripción (Art. 353 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito).

73/ Batiza Rodolfo. "Principios Básicos del Fideicomiso y la Administración Fiduciaria". Ob. cit. pp. 98 a 104.

Además, con fundamento en el Art. 3000 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, que dice:

Art. 3000.- El Registro Público funcionará conforme al sistema y métodos que determine el reglamento.

A su vez, el citado Reglamento del Registro Público de la Propiedad, publicado en el D.O. de la Federación el día 6 de mayo de 1980, establece con relación al fideicomiso en el Título Tercero que trata del procedimiento registral. En su capítulo II que trata del registro inmobiliario.

En los artículos 122, 123; pero particularmente en el artículo 124 fracción IV y artículo 125 fracción II.

Art. 124.- Entre los actos destinados a ocupar la parte primera del folio respectivo, deberán considerarse:

Fracción IV.- Los fideicomisos en los que el fideicomitente no se reserve expresamente la propiedad del bien fideicomitado.

Artículo 125.- Entre los actos destinados a ocupar la segunda parte del folio respectivo, se considerarán:

Fracción II.- Los fideicomisos en los que el fideicomitente se reserve expresamente la propiedad del inmueble fideicomitado. 74/

74/ Leyes y Códigos de México. "Derecho Civil para el Distrito Federal". Editorial Porrúa, S.A. Quincuagésima Edición. México, D.F. 1982.

El Registro Público de la Propiedad como -- institución pública encargada de anotar, poner -- de manifiesto y dar fe de cuantos negocios se re-- fieren a los fenómenos de vida del dominio privado, la posesión y demás derechos reales, que los titulares de los mismos o quienes tengan interés legítimo en ello presenten para su inscripción, así como de la constitución, modificación y extinción de las personas morales.

El principio fundamental en que se base el Registro es el de ofrecer una publicidad de fácil acceso a todos los negocios jurídicos que se refieren a los fenómenos de la vida del dominio, especialmente del dominio inmobiliario, para que todo el mundo sepa a qué atenerse al intervenir como parte de esos negocios.

El Registro Público de la Propiedad es de -- naturaleza ecléctica, pues si bien establece el principio de publicidad para todos los negocios jurídicos que se refieren a los fenómenos de vida de los derechos reales, no obliga imperativamente a la inscripción de aquéllos para darles -- plena validez jurídica.

Las personas interesadas en esos negocios -- pueden instar la inscripción en el Registro y -- desde el momento en que se realice el acto registral están supeditadas a los efectos del mismo; pero también pueden no acudir al Registro, sin -- que por ello pierdan eficacia los negocios jurídicos que realicen acerca de los derechos reales. Solamente hay un caso de inscripción obligatoria: la impuesta al notario que autorice escritura en que se adquiera, transmita, modifique o extinga la propiedad o posición de bienes raíces; obligación que se extiende a las autoridades judiciales o administrativas que homologuen un documento privado cuyo contenido sean los mismos actos

de adquisición, transmisión, modificación o extinción. Los documentos que conforme a esa ley deben registrarse y no se registren, sólo producirán efectos entre quienes los otorguen, pero no podrán producir perjuicios a terceros, el cual sí podrá aprovecharlos en cuanto le sean favorables (Art. 3003 del Código Civil). 75/

C A P Í T U L O I I I

FORMAS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD Y EL PROBLEMA DE LA VIVIENDA

- a) Generalidades del modo de adquirir la Propiedad.
- b) El Régimen de Propiedad en Condominio.
- c) El Problema de la Vivienda.
- d) El Desarrollo del Derecho Obrero a la Vivienda.

C A P Í T U L O I I I

FORMAS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD Y EL
PROBLEMA DE LA VIVIENDAa) GENERALIDADES DEL MODO DE ADQUIRIR LA PRO-
PIEDAD

En el presente capítulo es necesario tratar el tema de las formas de adquirir la propiedad; puesto que en el fideicomiso se habla de una --- transmisión de propiedad y para entrar en mate-
ria del tema de tesis encaminado a tratar el pro-
blema de la vivienda, analizaremos algunas cues-
tiones sobre la propiedad.

Antonio de Ibarrola nos dice que, tanto Du-
guit como Kelsen, han hecho notar que el sistema
romano y el que deriva del Código Napoleón, se -
funda principalmente en la organización jurídica
de la propiedad individual, a efecto de estable-
cer como prototipo del interés más digno de tute-
la el que asiste al propietario, pues constituye
la base y fundamento de todos los derechos patri-
moniales.

El sistema ruso, quiso apartarse en un prin-
cipio en forma total y absoluta de esos sistemas
jurídicos; pero en la primavera de 1921 tuvo que
reconocerse que la reconstrucción económica de -
Rusia tenía forzosamente que apoyarse en la ini-
ciativa privada y en la propiedad individual. El
7 de octubre de 1921, se reglamentaron las expro-
piaciones mediante indemnización. El 4 de abril
de 1922 se declaró lícita la propiedad del oro,
de la plata y de las piedras preciosas, y el Có-
digo Civil del 31 de octubre de 1922, en vigor -
desde el 1o. de enero siguiente, reconoce expre-
samente el derecho de propiedad. La constitu---

ción rusa no habla de ella entre los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos (Art. -- 118 y sigs.); pero sí en el artículo 10 que consagra el derecho de propiedad sobre los ahorros, la casa habitación, muebles de uso diario y habla también del derecho de herencia.

Por lo que se refiere a nuestro derecho positivo mexicano, el primer párrafo del artículo 27 Constitucional dice:

"La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro del territorio nacional corresponde originalmente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares creando la propiedad privada".

Aclarando que el derecho de propiedad no es una concesión graciosa del Estado a los particulares; ya que el Estado debe tutelar y reglamentar el derecho; pero no podría como lo da a entender nuestro precepto Constitucional, abolirlo o limitarlo en forma arbitraria y contraria al derecho natural. Por otra parte, el Estado tiene la obligación de respetar el derecho de propiedad. No tiene pues un derecho a crear la propiedad privada. Tiene la obligación de respetar la y reglamentarla en forma adecuada. 76/

Acosta Romero, con relación a las modalidades a la propiedad dice: "Las modalidades a la propiedad no son propiamente modos de adquirir bienes o dominio por parte del Estado, sino limitaciones o modificaciones al concepto que se en-

76/ De Ibarrola Antonio. "Cosas y Sucesiones". Editorial Porrúa, S.A. Tercera Edición 1972. México, D. F. pp. 226 y 227.

tendía tradicionalmente como absoluto de la propiedad; en este caso ese derecho sufre modificaciones, ya sea restrictivas o limitativas, en -- función de intereses públicos de orden social, - económico, cultural, de salubridad o seguridad, en vista de los cuales el Estado a través de leyes modifica la propiedad para hacerla compatible con tales principios.

La base constitucional para que el Estado - imponga modalidades a la propiedad, radica en el principio del párrafo tercero del 27 Constitucional que expresa: "La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público". - Desde luego modalidad consiste en la forma que - en un momento dado, puede adoptar una cosa, la - forma de ser, sin dejar de existir. En la modalidad existe la propiedad, pero está sujeta a -- una serie de restricciones, modalidades que configuran ese sentido que es de interés público, y el individuo tendrá que ajustarse precisamente a esa forma que ha dictado el Estado para ejercer su propiedad. Desde luego, la única forma que - tiene el Estado para adoptar medidas que impli- quen modalidades a la propiedad, es la ley señala Acosta Romero. 77/

Nos dice Bonnecase, que tres son los precep- tos que en el Código Civil nos dan la idea de lo que es el derecho de propiedad y corresponde a - nuestros artículos 830, 831 y 886.

"El propietario de una cosa, dice el prime- ro de ellos, puede gozar y disponer de ella, con

77/ Acosta Romero Miguel. "Teoría General del Derecho Administrativo". Editorial Porrúa, S.A. Cuarta - Edición 1981. México, D.F. pp. 584 y 585.

las limitaciones y modalidades que fijen las leyes".

"La propiedad, estatuye el segundo, no puede ser ocupada contra la voluntad de su dueño si no por causa de utilidad pública y mediante indemnización".

El tercero. "La propiedad de los bienes da derecho a todo lo que ellos producen o se les une o incorpora natural o artificialmente. Este derecho se llama de accesión".

El Código Francés dice: "El derecho de propiedad es el derecho de disponer de las cosas de la manera más absoluta". Planiol critica esta definición, haciendo notar que le faltan elementos de importancia.

Bonnecase, define la propiedad diciendo: - "Es el derecho real tipo, en virtud del cual en un medio social dado y en el seno de una organización jurídica determinada, una persona tiene la prerrogativa legal de apropiarse por actos materiales o por actos jurídicos, todas las utilidades inherentes a una cosa".

Esta definición también se critica por haber omitido el aspecto social y en ello es inferior a la de las Partidas. 78/

Rojina Villegas en su libro "Compendio de Derecho Civil" nos expone que el derecho de propiedad en la actualidad, tiene su antecedente doctrinal en las ideas de Duguit, y su expresión legislativa, entre nosotros en el artículo 27 Constitucional y en el Código Civil de 1928. Uno

de los autores que en nuestro concepto ha expuesto la crítica a la doctrina individualista, y al propio tiempo ha formulado un concepto de propiedad que está de acuerdo con las nuevas orientaciones del derecho, es León Duguit, quien estudió las transformaciones sufridas por diferentes instituciones jurídicas del derecho privado a partir del Código Napoleón y sustentó una conferencia en 1911 en la Universidad de Buenos Aires, tratando de tales transformaciones y relacionándolas con el Código Napoleón.

La tesis de Duguit se funda en el concepto de solidaridad social. Para él, el derecho objetivo tiene como finalidad realizar esa solidaridad, y todas las normas jurídicas directa o indirectamente, tienden a ese fin. Todas ellas imponen ciertos deberes fundamentales, tanto a gobernantes como a gobernados.

En la propiedad hace una distinción lógica; considera que si el hombre tiene el deber de realizar la solidaridad social al ser poseedor de una riqueza, su deber aumenta en la forma en que aquella riqueza tenga influencia en la economía de una colectividad: a medida que tiene mayor riqueza, tiene mayor responsabilidad social. A mayor posesión de bienes se impone una tarea social más directa, más trascendente, que el hombre no puede eludir manteniendo improductiva esa riqueza.

Piensa Duguit, que al hombre se le imponen deberes de emplear la riqueza de que dispone, no sólo en beneficio individual, sino colectivo, y es en esa ocasión de estos deberes como se le reconoce el derecho subjetivo de usar, disfrutar y disponer, cuando esta inacción perjudica intereses individuales o colectivos.

Se entiende pues como derecho de propiedad, en la tesis de Duguit, viene a ser una función social y no un derecho subjetivo, absoluto, inviolable, anterior a la sociedad y al Estado y que la norma jurídica no puede tocar. Es por el contrario, consecuencia de un deber social que todo hombre tiene para intensificar la interdependencia humana.

Por lo que se refiere al punto de vista negativo, Duguit también sostiene una tesis que ya se esboza en el derecho romano y que después se desarrolla a partir del Código Napoleón para impedir el uso abusivo o ilícito de la propiedad, aun cuando se obre dentro de los límites del derecho.

Por otra parte, dice Duguit que dentro de la concepción romana no fue posible que la ley impusiera obligaciones al propietario, ni tampoco la forma de usar su propiedad. Se aceptaba más bien la teoría de la absoluta libertad para dejar hacer o dejar pasar como dirían los fisiócratas; para que el hombre con autonomía plena resolviera la forma como empleara sus bienes, o los mantuviera improductivos.

Este aspecto de imposibilidad jurídica para intervenir, queda completamente desechado en la teoría de Duguit, que es, en nuestro concepto, la que inspira el artículo 27 Constitucional, y que puede servirnos para desarrollar, por lo menos en nuestro derecho, el concepto moderno de propiedad. Si la propiedad es un concepto, una función social, el derecho sí podrá intervenir imponiendo obligaciones al propietario, no sólo de carácter negativo, como ya lo esbozaba el derecho romano, sino positivo también. No sólo el derecho podrá decir que el propietario no debe abusar de la propiedad causando perjuicios a ter

ceros sin utilidad para él, sino que también podrá, según las necesidades de la interdependencia social, indicar la forma como el propietario deba usar de la cosa, y no mantenerla improductiva.

Esto permitió al legislador de 1928, disponer en el artículo 16 del Código Civil que "los habitantes del Distrito Federal tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en este Código y en las leyes relativas.

Posteriormente, se regula en diversos artículos el aspecto que hemos llamado negativo, y positivo de la propiedad. Dice el artículo 830 que "el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes".

El 840 reglamenta el aspecto negativo:

"No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario". 79/

Las formas de adquirir la propiedad pueden clasificarse desde distintos puntos de vista, y así para Planiol por su extensión, la adquisición puede ser a título universal (heredero) o a título particular (comprador, legatario).

79/ Rojina Villegas Rafael. "Compendio de Derecho Civil" (Bienes, Derechos Reales y Sucesiones). Editorial Porrúa, S.A. Décimatercera Edición 1981. México, D.F. pp. 83 a 86.

Por su carácter puede ser GRATUITA cuando - el adquirente nada tiene que dar a cambio u ONEROSA, cuando se obliga a alguna contraprestación; por el momento en que se efectúa puede ser MORTIS CAUSA o por ACTO INTERVIVOS.

Por la manera de adquirir puede hablarse de una adquisición ORIGINARIA, cuando la propiedad que se adquiere a nadie pertenece, o DERIVADA, - cuando se adquiere una propiedad que ya tiene de antemano un titular. 80/

Las formas originarias o primitivas se presentan en la ocupación que constituye históricamente el medio principal de adquirir la propiedad; y en la accesión en alguna de sus formas. - La ocupación supone que el adquirente entra en posesión de bienes que no tienen dueño, y que -- ejercita esa posesión con el ánimo de adquirir - el dominio por lo cual no hay transmisión de un patrimonio a otro.

En cambio, las formas derivadas de transmisión del dominio supone la transmisión de un patrimonio a otro. La cosa ha tenido dueño y ha estado en el patrimonio de una persona, que la transmite a otra, por lo cual se llama adquisición derivada.

Estas formas derivadas de transmitir el dominio son las que tienen mayor trascendencia jurídica. El contrato, la herencia, la prescripción, la adjudicación, son formas que implican siempre que pasa un bien de un patrimonio a otro. 81/

80/ De Ibarrola Antonio. Ob. cit. p. 289.

81/ Rojina Villegas Rafael. Ob. cit. p. 88.

Siendo estas formas las más usuales en la transmisión de la propiedad, tenemos también que en el fideicomiso se da la transmisión de la propiedad, pero no de la misma forma sino para fines determinados y de una manera temporal, así pues al encuadrar el fideicomiso al problema de la vivienda, la preocupación principal en este trabajo es proponer un fideicomiso en el cual se procure la dotación de vivienda de interés social al trabajador, haciendo hincapié en la adquisición de la propiedad, tal como lo proponían los certificados de la vivienda, ya que el problema es complejo y por razón de que hay tanta demanda, solamente bajo el régimen de Propiedad en Condominio que es una de las formas que ha sido más funcional para afrontar el problema de la vivienda.

b) EL REGIMEN DE PROPIEDAD EN CONDOMINIO

Fue durante la Edad Media cuando surge realmente la Institución que nos ocupa, debido a la imperiosa necesidad de la habitación y a la imposibilidad del crecimiento horizontal de las ciudades amuralladas. A partir de entonces se desenvuelve la institución en tres países.

Francia es la primera que la hace figurar dentro de un código, el de Napoleón (después de haberla incluido en diversas costumbres).

Alemania, que representó durante años el criterio prohibitivo de la institución siguiendo a Savigny que la consideró "un imposible jurídico" y España, cuyas leyes fueron derecho vigente en nuestro país y en cuya legislación interesa particularmente la Ley 26 Título XXXII de la Partida III, en la que se usa la voz APARCERO, nos hace notar Bugeda Lanzas, en su verdadero senti-

do etimológico, derivado del latín, AD, PARTIA--RIUS (de Pars, Partis), titular de una parte de un edificio, sin que en su propiedad se halle --configurada una comunidad simple.

En la actualidad hay tres clases de legislaciones:

A) Las que prohíben o prohibieron la institución: La Alemana la prohibió hasta 1951, en -- los artículos 93, 94 y 1014 de su Código Civil; la Suiza mantiene la prohibición en el artículo 675 de su Código Civil y el artículo 2617 del Código Argentino que mantuvo la prohibición hasta 1948.

Rossel y Mentha, los comentadores del Código Suizo creen que es una institución por hoy -- completamente innecesaria, legado de tiempos antiguos.

Machado, tratando de justificar el Código - Argentino, alega que la institución trae consigo múltiples cuestiones, paraliza la circulación de la propiedad, que es una de las fuentes de la riqueza nacional e imprime a las ciudades un cierto aire de antigüedad. Otros parecen temer que se pudiera vulnerar el sistema de publicidad inmobiliaria, rompiendo para cada inmueble la unidad del folio real. Todas estas razones son magistralmente refutadas por el Rector de la Uni--versidad de Murcia, Manuel Batlle Vázquez en su obra "La propiedad de Casas por Pisos".

B) Legislaciones que la admiten:

El Código Napoleón, y todos los que le si--guen: el de Quebec, el español de 1888, el ita--liano de 1865, el de Ecuador, el de Portugal de 1867, el de Panamá, el de Honduras; los tres ---

nuestros; el de China y el de Japón, el de Venezuela de 1942, el de Grecia, el de Perú.

C) Legislaciones que pasan en silencio este punto. El Código Civil Ruso y el Chileno.

En los Estados Unidos, en donde la legislación civil local de cada estado encuentra su base en el derecho consuetudinario Common Law, la jurisprudencia, ha admitido uniformemente la propiedad horizontal, sistema muy difundido en la práctica, y que también es reglamentado en Inglaterra, aunque en forma distinta y específica.

En nuestro país, consumada la independencia, dada la amplitud del territorio y la escasez de población, no era fácil que se presentara como de hecho no se presentó la necesidad de dividir las casas por pisos. Nuestro Código Civil de 1870, grandemente influenciado por el de Napoleón, se ocupó por primera vez del problema en su artículo "1120", tomado del 521 de García Goyena inspirado a su vez en el 664 del Código Napoleón.

El Código Civil de 1884, en su artículo "1014", lo reproduce textualmente, y lo coloca también en capítulo denominado "De la Servidumbre de medianería" del título "De las Servidumbres" del libro que habla "de los Bienes, la Propiedad y sus diferentes modificaciones". En el Código Civil de 1928, aun vigente, el artículo pasó al capítulo que habla de la copropiedad y quedó marcado con el número 951 habiendo quedado reformado, por ser insuficiente y no erróneo como algunos lo han considerado. 82/

Artículo 951.- del Código Civil.

Cuando los diferentes departamentos, viviendas, casas o locales de un inmueble, constituidos en forma vertical, horizontal o mixta, susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública, pertenecientes a distintos propietarios, cada uno de éstos tendrá un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su departamento, vivienda, casa o local, y además un derecho de copropiedad sobre los elementos y partes comunes del inmueble, necesarios para su adecuado uso o disfrute.

Cada propietario podrá enajenar, hipotecar o gravar en cualquier otra forma su departamento, vivienda, casa o local, sin necesidad de consentimiento de los demás condóminos. En la enajenación, gravamen o embargo de un departamento, vivienda, casa o local se entenderán comprendidos invariablemente los derechos sobre los bienes comunes que le son anexos.

El derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del inmueble, sólo será enajenable, gravable o embargable por terceros, conjuntamente con el departamento, vivienda, casa o local de propiedad exclusiva, respecto del cual se considere anexo inseparable. La copropiedad sobre los elementos comunes del inmueble no es susceptible de división.

Los derechos y obligaciones de los propietarios a que se refiere este precepto, se registrarán por las escrituras en que se hubiere establecido el régimen de propiedad, por las de compraventa correspondientes, por el reglamento del condominio de que se trate, por la Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles, para el

Distrito y Territorios Federales, por las disposiciones de este código y las demás leyes que fueren aplicables. 83/

Sobre esta interesantísima modalidad de la propiedad llamada también propiedad por pisos, - parcelación cúbica de la propiedad, o propiedad por planos, y que la ley mexicana con profundo conocimiento de la naturaleza de la institución que reglamenta, ha llamado régimen de propiedad y Condominio sobre la cual se han vertido algunas teorías. Así por ejemplo, hay quien opina:

a) Que es una Servidumbre (Pardessus, Coppo Zucari, Ferrini y Pulvirenti, Demolombe y la doctora Campoamor). Esta figura jurídica no explica la realidad, puesto que, como perfectamente dice Mucius Scaevola, donde hay propiedad, -- sea singular o común, no hay servidumbre; no --- existen elementos para hablar de ella, ni gravamen que se adquiriera por usucapión o se extinga - por el no uso; todo ello lo ha reconocido acertadamente la Suprema Corte de Justicia de la Na--- ción 2096-54 (19 de enero de 1955).

b) Otros influenciados por la práctica estadounidense, que se trata en el caso de una sociedad; pero ello está en pugna con el concepto de propiedad colectiva pues recordemos como muy bien dice Ripper y Boulanger, que si bien la co-- propiedad "está organizada sobre el modelo de -- una sociedad", no llega nunca a constituirarla.

c) Pero la doctrina hoy más en boga son la que ven en la propiedad por pisos una comunidad de derechos; éstas ven desde las que la conside-

83/ Código Civil para el Distrito Federal. Editorial - Porrúa, S.A., Quincuagésima Edición 1982. México, - D.F.

ran como simple copropiedad en la que procede el ejercicio de la acción Communi dividundo, hasta las que la consideran una copropiedad sui generis en la que hay propiedad exclusiva de un piso o departamento y copropiedad de las partes comunes. 84/

La Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal, - en sus artículos 2o. y 4o. respectivamente, dicen:

Art. 2o.- El régimen de propiedad en condominio de inmuebles puede originarse:

I.- Cuando los diferentes departamentos, viviendas, casas o locales de que conste un edificio o que hubieran sido construidos dentro de un inmueble con partes de uso común, pertenezcan a distintos dueños;

II.- Cuando los diferentes departamentos, viviendas, casas o locales que se construyan dentro de un bien inmueble, pero contando éste con elementos comunes e indivisibles, cuya propiedad privada se reserva en los términos del artículo anterior, se destinen a la enajenación a personas distintas;

III.- Cuando el propietario o propietarios de un inmueble lo dividan en diferentes departamentos, viviendas, casas o locales, para enajenarlas a distintas personas, siempre que exista un elemento común de propiedad privada que sea indivisible.

Art. 4o.- Para constituir el régimen de pro

piedad en condominio, el propietario o propietarios deberán reclamar su voluntad en escritura pública, en la cual se hará constar:

I.- La situación, dimensiones y linderos del terreno que corresponda al condominio de que se trate, con especificación precisa de su separación del resto de áreas, si está ubicado dentro de un conjunto o unidad urbana habitacional. Asimismo, cuando se trate de construcciones vastas, los límites de los edificios o de las alas o secciones que de por sí deban constituir condominios independientes, en virtud de que la ubicación y número de copropiedades origine la separación de los condominios en grupos distintos;

II.- Constancia de haber obtenido la declaratoria a que se refiere el artículo anterior y de que las autoridades competentes han expedido las licencias, autorizaciones o permisos de construcciones y urbanas y de salubridad que requieren este tipo de obras;

III.- Una descripción general de las construcciones y de la calidad de los materiales empleados o que vayan a emplearse;

IV.- La descripción de cada departamento, vienda, casa o local, su número, situación, medidas, piezas de que conste, espacio para estacionamiento de vehículos, si lo hubiere y demás datos necesarios para identificarlos;

V.- El valor nominal que para los efectos de esta ley, se asigne a cada departamento, vienda, casa o local y el porcentaje que le corresponda sobre el valor total, también nominal, de las partes en condominio;

VI.- El destino general del condominio y el

especial de cada departamento, vivienda, casa o local;

VII.- Los bienes de propiedad común, su destino, con la especificación y detalles necesarios y, en su caso, su situación, medidas, partes de que se compongan, características y demás datos necesarios para su identificación;

VIII.- Características de la póliza de fianza que deben exhibir los obligados, para responder de la ejecución de la construcción y de los vicios de ésta.

El monto de la fianza y el término de la misma, serán determinados por las autoridades que expidan las licencias de construcción.

IX.- Los casos y condiciones en que pueda ser modificada la propia escritura.

Al apéndice de la escritura se agregarán, debidamente certificados por el notario, el plano general y los planos correspondientes a cada uno de los departamentos, viviendas, casas o locales y a los elementos comunes; así como el reglamento del propio condominio.

De la documentación anterior y de la demás que se juzgue necesario, se entregarán al administrador copias notarialmente certificadas para el debido cumplimiento de su cargo. 85/

Citamos estos artículos para encontrar propiamente una idea general del régimen de propie-

85/ Leyes y Códigos de México. "Código Civil para el Distrito Federal". Editorial Porrúa, S.A. Quincuagésima Edición. México, D.F. 1982.

dad en condominio que tiene su antecedente más - inmediato en el artículo 938 del Código Civil, - que dice... "Hay copropiedad cuando una cosa o - un derecho pertenece pro-indiviso a varias perso^{nas}"; el régimen de propiedad en condominio es - precisamente una copropiedad pues hay cosas y de^{rechos} que pertenecen a varias personas, y este régimen de propiedad es el que servirá de base - fundamental para regular las relaciones, obliga^{ciones} y derechos entre los condóminos (copropie^{tarios}), entre éstos, el administrador, los par^{ticulares} y el Estado.

Además, las leyes que regulan el derecho de copropiedad por considerarlo de gran importancia para el régimen de propiedad en condominio.

El 1o. de octubre de 1932, el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales establece en el Libro Segundo de los Bienes "Título Cuarto. De la Propiedad, Capítulo VI de la copropiedad en su artículo 951, del que ya anteriormente hemos hecho referencia y transcripción.

Los derechos y obligaciones de los copropie^{tarios} sobre los elementos y partes comunes del edificio, se rigen por la escritura constitutiva del Régimen de propiedad y Condominio, por los - títulos de propiedad correspondientes, por el re^{glamento} de condominio y administración y en su caso por la Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de los edificios divididos en pisos, departamentos, viviendas o locales.

Vemos pues, cómo la Copropiedad es el ante^{cedente} inmediato del régimen de propiedad en -- condominio.

La Ley sobre el Régimen de Propiedad en Con^{dominio} del Distrito y Territorios Federales, se

encuentra en vigor desde el 1o. de enero de 1973, publicada en el Diario Oficial de 28 de diciembre de 1972, que consta de 7 capítulos siendo el primero: Del Régimen de Propiedad en Condominio Arts. del 1o. al 10, inclusive. Capítulo Segundo: De los Bienes de propiedad exclusiva y de los Bienes de Propiedad Común. Arts. 11 al 26 inclusive.

Capítulo Tercero: De las Asambleas y del Administrador. Arts. del 27 al 33 inclusive.

Capítulo Cuarto: Del Reglamento del Condominio. Art. 34.

Capítulo Quinto: De los gastos, obligaciones fiscales y controversias. Arts. 35 a 41.

Capítulo Sexto: De los gravámenes. Arts. 42 al 43, inclusive.

Capítulo Séptimo: Destrucción, Ruina y Reconstrucción del Condominio. Arts. 44 a 45 inclusive, transitorios tres artículos.

Al Régimen de Propiedad en Condominio, le corresponde regirse por diversas leyes.

Así tenemos el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, ya que existe un capítulo especial sobre la Ley de Régimen de Propiedad en Condominio.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En su artículo primero establece: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece".

En su artículo 16.- En el que también establece en su primer párrafo:

"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

El Reglamento de Construcciones del Distrito Federal.

El Reglamento de Salubridad y Asistencia Pública.

El Reglamento de la Dirección de Policía y Tránsito del Distrito Federal.

Este Reglamento para obtener la licencia por el número de estacionamientos, Vo. Bo. de Bomberos, de la Tesorería para aplicar el régimen fiscal, dándose de alta y siguiendo los lineamientos que dichas autoridades señalan.

Así también puede señalarse el artículo 9o. de la Ley del Régimen de Propiedad en Condominio, que declara como causa de utilidad pública la constitución de este régimen de propiedad que va muy en relación con el artículo 27 Constitucional, que establece que la Nación tendrá en todo el tiempo el derecho de imponer en la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público.

Siendo el Régimen de Propiedad en Condominio uno de los más actuales para adquirir la propiedad de un bien raíz; tiene su antecedente inmediato anterior que es el régimen de copropiedad del que también se han hecho apuntamientos, podemos ahora brevemente explicar cómo se constituye el régimen de propiedad en Condominio y cuá

les son los requisitos que debe reunir, así como sus partes comunes privativas. El artículo 1o. de la Ley mencionada establece... "Cuando los diferentes departamentos, viviendas, casas o locales de un inmueble, constituidos en forma vertical, horizontal o mixta, susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública, pertenecieran a distintos propietarios, cada uno de éstos tendrá un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su departamento, vivienda, casa o local y, además un derecho de copropiedad -sobre los elementos y partes comunes del inmue-ble necesarios para su adecuado uso o disfrute.

Cada propietario podrá enajenar, hipotecar o gravar en cualquier otra forma su departamento, casa o local, sin necesidad de consentimiento de los demás condóminos. En la enajenación, gravamen o embargo de un departamento, vivienda, casa o local, se entenderán comprendidos invariablemente los derechos sobre los bienes comunes que le son anexos.

El derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del inmueble, sólo será enajenable, gravable o embargable, por terceros, conjuntamente con el departamento, vivienda, casa o local -de propiedad exclusiva, respecto del cual se considere anexo inseparable. La copropiedad sobre los elementos comunes del inmueble o no es sus-ceptible de división.

Los derechos y obligaciones de los propietarios a que se refiere este precepto, se registrarán por las escrituras en que se hubiera establecido el régimen de propiedad, por las de compraventa correspondientes, por el Reglamento del Condominio de que se trate y por las disposiciones del Código Civil para el Distrito y Territorios Fedede

rales, las de la presente Ley y las de otras leyes que fueren aplicables.

Una vez realizados los presupuestos que menciona el artículo primero, el interesado deberá obtener una declaración que expedirán las autoridades del Departamento del Distrito Federal y -- así obtenida esa declaración y las licencias respectivas a que nos hemos referido, los interesados o propietarios deberán declarar su voluntad en escritura pública y en la que se harán con -- los siguientes requisitos:

1.- Descripción del terreno con su ubicación, dimensiones y linderos.

2.- La constancia de haber obtenido las licencias de autorizaciones o permisos de construcción urbana y de salubridad.

3.- Una descripción general de las construcciones y la cantidad de los materiales empleados.

4.- La descripción de cada departamento, su número, situación, medidas, piezas de que conste, espacio para estacionamientos y cualquier otro - datos indispensable para identificarlos.

5.- El valor nominal que se asigne a cada departamento y el porcentaje que le corresponda sobre el valor total.

6.- El destino general del Condominio y en especial de cada departamento.

7.- Los bienes de propiedad común, su destino con la especificación y detalles necesarios y en su caso su situación, medidas, partes de que se componga, características y demás datos necesarios para su identificación.

8.- Una fianza que se debe exigir a los --- obligados para responder de la ejecución de la - construcción y de los vicios de ésta.

9.- Los casos y condiciones en que pueda -- ser modificada la propia escritura deberá agre-- garse al plano general y los planos correspon-- dientes a cada uno de los departamentos y a los elementos comunes, así como el reglamento del -- propio Condominio.

De la documentación anterior se entregarán al administrador copias notarialmente certificadas para el debido desempeño de su cargo. Art. 4o. fracciones de la 2a. a la 9a. de la Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio.

Para significar la importancia de este derecho de Régimen de Propiedad en Condominio, podemos afirmar que es un concepto nuevo dentro de la Propiedad este régimen reviste formas muy particulares y cada día está siendo sometido a más limitaciones, especialmente en cuanto al disfrute del propietario.

Es un derecho que se ubica fundamentalmente en las relaciones privadas jurídicas, esto es, - en las que se entablan entre los individuos, naturalmente.

Las formas particulares que reviste este derecho del régimen de Propiedad en Condominio, podríamos enumerarlas, aunque no exhaustivamente sino más bien limitándonos a los conceptos más importantes de este derecho:

A) Ante la carencia tan grande de habitaciones, este derecho de adquirir en régimen de Propiedad en Condominio, una casa-habitación resulta hoy en día la forma más accesible, más prác

tica y económica, sobre todo tratándose de aquellos llamados de interés social.

B) Al adquirir bajo este régimen de propiedad, se adquiere el derecho de ocupar para sí y su familia, las piezas y demás partes integrantes de ese departamento, siendo ese derecho privativo el de gozar y disponer del departamento a su conveniencia o sea como goce y disposición del mismo, incluyendo no sólo el uso, sino en ocasiones hasta el abuso, sin más limitaciones que la Ley fija para estos casos; pero lo novedoso es que además de ser propietarios del departamento, es decir, de lo que la Ley llama partes privativas, es copropietario de otras partes que la Ley llama partes comunes (escalera, patios, azoteas, jardines, etc.) y en ese derecho de copropiedad, siendo dueño de él, no puede tener el mismo derecho de un pleno propietario, por lo que sólo puede usar de esas partes sin disponer y mucho menos abusar de esa propiedad común. --
86/

De la forma y constitución del Régimen de Propiedad en Condominio.

La forma de constitución de este tipo de propiedad debe ser precisa y su constitución no podrá darse; si no existen los presupuestos que la Ley señala, es decir, la declaración que expedirán las autoridades competentes previas las licencias respectivas y la declaración de la voluntad en escritura pública en que se harán constar los requisitos de descripción del terreno, de las construcciones y de la cantidad y calidad de

86/ Serrato Tejeda Luis. "La Administración Privada en el Régimen de Propiedad en Condominio". UNAM. México, D.F., 1981. pp. 17 a 24.

los materiales empleados, la descripción de cada departamento, situación, medidas, colindancias, y cualquier otro dato para identificarlos, su valor nominal, su porcentaje, los bienes de propiedad común, su especificación e identificación, - la fianza que responderá de la ejecución y vi---cios, los planos correspondientes y el reglamen- to del propio condominio, así cubiertas todas -- las formalidades y con todos los requisitos pre- cisos se puede dar nacimiento a este régimen de propiedad en condominio:

EL CAPITULO VII.- De la Ley del Régimen de Propiedad en Condominio en su Art. 44, establece que si el condominio se destruyere en su totali- dad o en una proporción que represente por lo menos las tres cuartas partes de su valor, según - peritaje practicado por las autoridades competen- tes o institución fiduciaria, una mayoría espe- cial del 51% de los condóminos podrán acordar la reconstrucción o la división del terreno y de -- los bienes comunes que queden, o en su caso la - venta, con arreglo a las disposiciones legales - sobre planificación, desarrollo o regeneración - urbana y otras que fueren aplicables.

Si la destrucción no alcanza la gravedad -- que se indica, los acuerdos a que se refiere el párrafo anterior, serán tomados por una mayoría especial del 75% de los condóminos.

Si en ambos casos a que se refieren los pá- rrafos anteriores, el acuerdo es por la recons- -- trucción, los condóminos en minoría estarán obli- gados a contribuir a ella en la proporción que - les corresponda o a enajenar sus derechos.

La enajenación podrá tener lugar desde lue- go a favor de la mayoría, si en ella convienen - con los minoritarios.

Artículo 45.- En caso de ruina o vetustez del condominio, una mayoría especial del 51% de los condóminos podrá resolver, previo dictamen de las autoridades competentes, la reconstrucción o demolición y división de los bienes comunes, o en su caso la venta; siguiéndose en adelante las prevenciones del artículo anterior. -
87/

c) EL PROBLEMA DE LA VIVIENDA

La magnitud del problema de la vivienda en México, son resultado de la atención marginal que le ha dispensado el sistema económico y del efecto desfavorable que en la estructura habitacional ha tenido el proceso de modernización económica. La modernización económica "el progreso", decían los técnicos del porfirismo, "el desarrollo" dicen los tecnócratas contemporáneos, ha sido impulsado afanosamente por el Estado.

El proceso de industrialización se estacionó en la ciudad de México principalmente porque ésta ha sido una gran ciudad desde el siglo XIV; es epicentro político; fuente de mano de obra ba rata, asiento de los poderes públicos federales, meca de las decisiones nacionales, catedral de la cultura y sobre todo, el mayor centro de producción y consumo. En ella es donde se generan las economías de aglomeración que atraen a la em presa privada.

Desde la colonia se diseñó un sistema de ciudades acorde con los asentamientos humanos in dígenas, porque en una época cuyos procedimientos productivos eran intensivos en mano de obra,

en ellos estaba la fuente de riqueza. De ahí --
arranca el problema urbano que ha agravado el --
problema habitacional.

Con el movimiento revolucionario de 1910 a 1920 y la política agraria que desató el nudo de la servidumbre que significaba el encasillamiento de los peones a los latifundios, el campesino pudo venir a las ciudades en busca del empleo - que no le ofrecía una economía rural ineficiente (como lo fue siempre bajo el latifundismo porfiriano).

Por otra parte, la política económica y de gasto de Estado, se dirigió a fomentar la infraestructura que exigía la actividad productiva ur bana y a subsidiarla con recursos fiscales, dando lugar a un crecimiento económico que si bien significó la apertura de fuentes de empleo, no se hizo acompañar por una oferta de vivienda suficiente que pudiera ser ocupada por los traba jadores reclutados.

Otro elemento que incrementó la necesidad y demanda de vivienda urbana fue la política so---cial del Estado que amplió los servicios educa tivos y de salud, sin destinar más recursos a la - generación de habitaciones. El resultado no se hizo esperar: los servicios de salud impulsaron el crecimiento demográfico (alentado como se ha dicho, por la migración campo-ciudad) al disminuir la tasa de mortalidad y al ensancharse las expectativas de vida, y los servicios educativos acompañados de la expansión de los medios de comunicación masiva que difundieron nuevos valores "valores modernos", entre las cuales destacaba - la vivienda. Ser propietario de una vivienda có moda o, por lo menos arrendarla fue un deseo, un apetito, un objetivo y las viviendas no existían

en el mercado en cantidad y precios adecuados. -
88/

Ruiz Massieu al hacer el comentario sobre la seguridad social y la vivienda, apunta que el Estado abandonó el problema de la vivienda a las fuerzas del mercado, como abandonó también otras cuestiones sociales y económicas.

En el aspecto social nos señala que en Querétaro las cuestiones sociales se contemplaron en una forma apresurada, habiendo sido soslayadas por la iniciativa carrancista, que provocó que se expidiera una constitución de transacción, que es un compromiso contraído con facciones ideológicas.

Ese compromiso nos hace notar Ruíz Massieu, explica en gran parte, el por qué el derecho a la vivienda y el derecho de la vivienda tuvieron en la Carta Magna un tratamiento marginal, la celeridad con la que tiene que llevarse al triunfo otras cuestiones sociales de mayor importancia, hace imposible que se estructure un derecho habilitacional, que finalmente en 1917, bien pudo contemplarse como subordinado al derecho agrario y al derecho del trabajo, cuyas bases fundamentales se habían podido introducir en los artículos 27 y 123. 89/

Por otra parte, el Lic. Miguel de la Madrid, en su artículo "Programación de la vivienda", que escribe en colaboración con Jesús Silva-Her-

88/ Ruiz Massieu José Francisco. "La Seguridad Social y la Vivienda". Anuario Jurídico VII 1980 del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, D.F. pp. 181 a 183.

89/ Ibidem. pp. 183 y 184.

zog Flores, Miguel González Avelar y León Cortiñas Peláez, en la obra "Asentamientos Humanos Urbanismo y Vivienda", haciendo un análisis del problema de la vivienda propone algunos planteamientos generales al respecto.

Miguel de la Madrid hace un análisis del problema durante la administración (1970-1976), reconociendo el impulso extraordinario que se ha dado a los programas de inversión en materia de vivienda, durante ese período y también propone cinco cuestiones de la programación para la vivienda que es importante conocer y tomar en cuenta.

De esta manera, el Lic. De la Madrid expone:

La participación de los diferentes organismos vinculados en forma total o parcial al problema de la vivienda y en materia de desarrollo urbano o rural, deberá estar supeditada a las prioridades que resulten de un plan general de asentamientos humanos en el que se delimiten adecuadamente las competencias orgánicas. La creación del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los trabajadores (INFONAVIT), en mayo de 1972, como una institución que enfrenta de una manera radical el problema de la vivienda, del Fondo de Vivienda del ISSSTE (FOVISSSTE) y del Fondo de la Vivienda Militar (FOVIMI).

En este sentido, la actividad de los tres fondos institucionales que han sido creados, aunada a la que realiza el Programa Financiero de Vivienda, apoyada principalmente por los recursos que genera la banca hipotecaria del país, ha significado que desde 1970 se hubiera generado un impulso considerable a la inversión en materia de vivienda.

La estrategia emprendida para la programación de la vivienda, se apoya en el más alto concepto de la solidaridad social mediante el esfuerzo de los trabajadores, la participación activa del sector empresarial y la contribución de cidida del Gobierno Federal; sin embargo, los alcances óptimos de una política nacional de vivienda deberán propiciarse mediante una programación que abarque cinco cuestiones que desarrollaremos seguidamente: viabilidad financiera (A) y física (B), instrumentación normativa (C), administración y mantenimiento de las unidades habitacionales (D), así como sus consecuencias económico-sociales para el país (E).

A) La viabilidad financiera.- Por lo que atañe a este aspecto, cabe destacar que los recursos disponibles para construcción de vivienda provienen fundamentalmente de las siguientes fuentes:

a) Los tres fondos institucionales, cuyos recursos provienen de la aportación del 5% sobre la cuota diaria que percibe la población trabajadora en general, los empleados públicos y los miembros de las fuerzas armadas.

b) Los recursos disponibles del sistema bancario, generados principalmente por captaciones de las sociedades hipotecarias y de los bancos de ahorro, así como los apoyos complementarios del Fondo de Operación y Descuento Bancario a la Vivienda (FOVI), y el Fondo de Garantía y apoyo a los Créditos para la vivienda (FOGA).

c) Los recursos propios de algunas entidades, créditos diversos canalizados a vivienda de interés social, y los enganches de adquirentes.

La magnitud de los recursos disponibles pro

venientes de estas fuentes, permite enfrentar el problema financiero de la vivienda en una forma sin precedente, y por ello, la gran demanda habitacional que confronta actualmente el país, tenderá a satisfacerse en una proporción mucho mayor en los próximos años. La canalización de estos recursos en una forma ágil y efectiva, sin embargo, implica una seria responsabilidad en cuanto a su asignación, la cual deberá recibir una atención preferente.

B) La viabilidad física.- La viabilidad física de los programas de vivienda se refieren principalmente, a las disponibilidades de reservas territoriales necesarias, en concordancia con las metas de los distintos organismos constructores de vivienda, y la situación económica del país.

Esta tarea deberá descansar en una entidad o comité integrado por varios organismos, que promueva la mecánica de adquisición de terrenos, evitando la especulación y reacciones negativas del mercado. Deberá atender: cuestiones de tenencia de la tierra en cuanto a problemas de regularización, expropiación o congelamiento de áreas propicias para el desarrollo urbano; tareas relativas a la definición de fundos legales y la elaboración de planes reguladores; la evaluación de las tendencias direccionales y demográficas, así como los servicios urbanos disponibles, estudios de la mecánica en los suelos, etc.

C) El Problema Jurídico.- Debe explorarse la posibilidad de conformar los instrumentos jurídicos existentes para la adquisición de inmuebles, a las necesidades crecientes de la población en esta materia. Se debe adaptar la legislación a la necesidad de: agilizar la regulación de la tenencia de tierras; constituir reservas -

territoriales mediante la fijación de los valores de adquisición y la regulación de las zonas urbanas y rurales propicias; descentralizar la industria, permitiendo el asentamiento de poblaciones en nuevas áreas; aplicar medidas fiscales de estímulo; perfeccionar las leyes de la propiedad en condominio; agilizar los trámites notariales; conformar las muy diversas reglamentaciones de construcción y liberación de trámites; utilizar contratos de fideicomiso adecuados específicamente a las necesidades de los programas de vivienda y en general, atender todas aquellas medidas de carácter legal que se traduzcan en una justa y ágil solución de los problemas.

D) La administración y el mantenimiento de unidades habitacionales.- La construcción de conjuntos habitacionales en gran escala, ha complicado los problemas relativos a la administración y mantenimiento de las unidades habitacionales, e incluso hecho peligrar la viabilidad financiera de los programas. Retrasos en la cobranza y la acumulación de saldos en las arterias de las instituciones crediticias, constituyen otro aspecto de este problema. De no tomarse las soluciones apropiadas, el problema esbozado se irá agudizando. Es verdaderamente urgente en el menor plazo, la implementación de medidas efectivas, dada la magnitud de programas de vivienda terminados y por realizar.

La solución puede estar en un ente especializado, distinto a los organismos realizadores del proyecto, se encargue directamente de la responsabilidad de administrar y mantener en buen estado a los conjuntos habitacionales, previendo tanto la recuperación antes mencionada como la descapitalización por deterioro de los inmuebles.

E) Los efectos económico-sociales para el país.- La construcción masiva de viviendas, re--

dunda notablemente en la actividad económica del país y puede propiciar un mejoramiento en las condiciones de vida de un gran sector de la población. 90/

d) EL DESARROLLO DEL DERECHO OBRERO A LA VIEN---
VIENDA (1917-1971)

Es importante destacar algunos hechos históricos con relación a este tema como lo analiza Ruíz Massieu, en el Artículo 123 Constitucional, se introduce la fracción XII que es la simiente de la que ha germinado el derecho a la vivienda de los trabajadores:

Fue la propuesta que el diputado Macías hizo llegar a la asamblea que se incorporó esta garantía social y fue este constituyente quien la fundó diciendo el 28 de diciembre de 1916 que -- "hay que elevar, señores diputados, al trabajador de la miseria en que se encuentra, hay que sacarlo de esas chozas inmundas en que vive en las haciendas y en las fábricas para decirle: - sois hombres y merecéis como ciudadanos de la República todas las consideraciones que merece un hombre libre". Macías había dicho minutos antes que debían facilitarse "casas secas, aireadas, perfectamente higiénicas, que tengan por lo menos tres piezas, tendrán agua".

Se advierte con claridad el alcance limitado que tuvo el precepto: no todos los trabajado-

90/ Silva Herzog Flores Jesús, González Avelar Miguel, Cortiñas Peláez León. "Asentamientos Humanos, Urbanismo y Vivienda". Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición 1977. México, D.F. pp. 193 a 197.

res tenían derecho a que su patrón les otorgara vivienda y en todo caso esa entrega podía ser -- onerosa. Concretamente era posible que se les - cobrara renta a los trabajadores.

En el mismo artículo 123 se dedicó desde -- 1917 una fracción a la posibilidad de que los -- trabajadores establecieran cooperativas para la construcción de las habitaciones.

La fracción XII recogía las demandas y postulados formulados en algunos planes revolucionarios.

A partir de que iniciara su vigencia la --- Constitución y con base en el párrafo 1o. del artículo 113, algunas legislaturas locales procedieron a expedir leyes reglamentarias en materia de trabajo que se limitaban, prácticamente, a -- trasplantar la fracción XII sin enriquecerla, y lo que es peor, sin resolver los problemas operativos que revestía su aplicación.

La fracción XII del Artículo 123 originalmente decía:

En toda negociación agrícola, industrial, - minera o cualquier otra clase de trabajo, los patrones estarán obligados a proporcionar a los -- trabajadores habitaciones cómodas e higiénicas, por las que podrán cobrar rentas que no excederán del medio por ciento mensual del valor catastral de las fincas.

Igualmente deberán establecer escuelas, enfermerías y demás servicios necesarios a la comunidad. Si las negociaciones estuvieran situadas dentro de las poblaciones, y ocuparen un número de trabajadores mayor de cien, tendrán la primera de las obligaciones mencionadas....

Sin embargo, el derecho de los trabajadores a una vivienda digna no se llevó a la práctica, pues hubo un acuerdo mudo para dejarlo en letra muerta: las condiciones objetivas del país no permitían que la fracción XII se aplicara de manera inmediata y general y sólo era posible que por la vía contractual se atendieran las necesidades habitacionales de los obreros.

La reforma de 1929, que sustrajo de la competencia local la facultad de legislar en materia de trabajo, hizo posible que en 1931 se pusiera en vigor la Ley Federal del Trabajo, la cual lamentablemente no reglamentó la fracción XII, dando lugar a que el multicitado derecho obrero no cobrara positividad. El código laboral después de transcribir la fracción citada, establecía que el Presidente de la República y los Gobernadores fijarían "las condiciones y plazos dentro de los cuales (el patrón) debe cumplir con las obligaciones a que se refiere esta fracción". 91/

Por otra parte, si la Constitución no había dedicado ningún precepto a la vivienda de los trabajadores que prestaban sus servicios a los Poderes de la Unión y con ello se difería esa cuestión a la legislación secundaria, fue porque aún no se había planteado en toda su magnitud el problema del "estado-patrón" y de la naturaleza jurídica de la "relación-burocrática".

Encontramos que es en el Apartado "B" del artículo 123 Constitucional, cuando eleva a norma suprema el derecho habitacional burocrático (Reformas publicadas en el Diario Oficial del 5

91/ Ruíz Massieu José Francisco. Ob. cit. pp. 184 a 186.

de diciembre de 1960) que se había atendido ya - en la Ley General de Pensiones Civiles de Retiro del 12 de agosto de 1925, se establecía en los - artículos 58 a 61, que se otorgarían créditos hi-
potecarios para vivienda en beneficio de los ser-
vidores del Estado.

También en la Ley del ISSSTE de 30 de di-
ciembre de 1959, se dedicó el capítulo VI a es-
tos trabajadores, estableciendo el derecho a ob-
tener créditos habitacionales. 92/

A finales de los sesentas, el Ejecutivo Fe-
deral designó una comisión para elaborar el ante-
proyecto de un nuevo código laboral, que planteó
la necesidad de reglamentar la fracción XII del
artículo 123 Constitucional, a fin de que los pa-
trones hicieran efectiva su obligación de propor-
cionar viviendas cómodas e higiénicas a sus tra-
bajadores. El Ejecutivo Federal acogió la pro-
puesta de la comisión y, en especial de los re-
presentantes obreros y en 1969 envió al H. Con-
greso de la Unión la iniciativa de una nueva Ley
Federal del Trabajo, con un capítulo sobre las -
habitaciones de los trabajadores.

Así tenemos que el 1o. de mayo de 1970, ini-
ció su vigencia la nueva Ley Federal del Trabajo,
que abrogó la de 1931 y que dedicó los artículos
136 a 153 al derecho habitacional de los trabaja-
dores. En esos preceptos se consignaba la obli-
gación patronal de proporcionar habitación a los
trabajadores si los establecimientos estaban si-
tuados fuera de las poblaciones o si las empre-
sas ocupaban a más de cien trabajadores el mismo
tiempo que se dedicaba otro capítulo a la vivien-
da de los asalariados rurales. 93/

92/ Ruíz Masseur José Francisco. Ob. cit. p. 188.

93/ Ibidem. pp. 188 y 189.

En virtud de que la actualización que traía aparejada la Ley no iba acompañada de fórmulas financieras que movilizaran a las empresas recursos suficientes para llevar a cabo programas para dotar a los trabajadores con viviendas en propiedad, era previsible que un número indeterminado, pero seguramente crecido de empresas, se acogieran al artículo 151 del mismo código laboral, para diferir la entrega de habitaciones mediante el pago de una compensación periódica en dinero o bien, que optaran por convenir con los trabajadores compensaciones habitacionales diferentes a la entrega de habitaciones en propiedad.

La multitud de problemas a que daría lugar la aplicación del capítulo habitacional de la -- Ley Federal del Trabajo de 1970 ocasionó que la cuestión de la vivienda obrera fuera uno de los problemas a los que se diera prioridad subrayada en la agenda de la Comisión Nacional Tripartita, que mediante acuerdo presidencial se instalara el 1o. de abril de 1971. Esta Comisión fue un órgano cúpula que reunía a representantes del Estado y de las organizaciones obreras y empresariales para analizar, como de alguna manera se pretendió hacer con el Consejo Nacional de Economía de 1933, los grandes problemas nacionales y no sólo los aspectos fundamentales de las relaciones obrero-patronales.

Después de varios meses de deliberaciones, la Comisión presentó al Ejecutivo una iniciativa de ley que creara un organismo descentralizado encargado de atender la vivienda obrera.

El 22 de diciembre de 1971, el Ejecutivo Federal envió a la Cámara de Diputados la iniciativa de reformas a la fracción XII del apartado -- "A" del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Consecuentemente, el 14 de febrero de 1972 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma a la fracción XII del apartado "A" - del artículo 123 de la Constitución Política, -- los términos siguientes:

XII.- Toda empresa agrícola, industrial, minera o de cualquier otra clase de trabajo, estará obligada, según lo determinen las leyes reglamentarias, a proporcionar a los trabajadores habitaciones cómodas e higiénicas. Esta obligación se cumplirá mediante las aportaciones a fin de constituir depósitos en favor de sus trabajadores y establecer un sistema de financiamiento que permita otorgar a éstos crédito barato y suficiente para que adquieran en propiedad tales habitaciones.

Se considera de utilidad social la expedición de una ley para la creación de un organismo integrado por representantes del Gobierno Federal, de los trabajadores y de los patrones que suministre los recursos del fondo nacional de la vivienda. Dicha ley regulará las formas y procedimientos conforme a los cuales los trabajadores podrán adquirir en propiedad las habitaciones antes mencionadas.

Las negociaciones a que se refiere el párrafo primero de esta fracción, situadas fuera de las poblaciones, están obligadas a establecer escouelas, enfermerías y demás servicios necesarios a la comunidad.

El 24 de abril de 1972 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores. El nuevo organismo quedó instalado el 1o. de mayo de 1972.

Con posterioridad y con el objeto de extender el nuevo sistema a los trabajadores burócratas y a los miembros de las fuerzas armadas, se reformaron el apartado "B" del multicitado artículo 123 Constitucional, la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, la Ley de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas y la Ley de la Dirección de Pensiones Militares. En consecuencia, todo lo que se expone respecto del régimen derivado de la fracción XII es aplicable al Fondo de la Vivienda de los miembros de las Fuerzas Armadas, salvo cuando se distinga expresamente.

El nuevo sistema consiste en una fórmula de ahorro y préstamo para la vivienda de carácter solidario, donde el patrón aporta por sus trabajadores un 5% sobre los salarios ordinarios que devengan y esas sumas integran depósitos individuales que forman el Fondo Nacional de la Vivienda con el cual el Instituto administrador otorga créditos para: "la adquisición en propiedad de habitaciones cómodas e higiénicas... la construcción, reparación, ampliación o mejoramiento de sus habitaciones y... el pago de pasivos contraídos por los conceptos anteriores.

"El titular de un depósito o sus beneficiarios (mecanismo de ahorro) lo recuperará a los diez años, al jubilarse, incapacitarse o morir - al año de haber sido dado de baja en el sistema".

Es oportuno aclarar que las empresas que antes del nuevo sistema proporcionaban prestaciones habitacionales deberán seguirlo haciendo además de aportar el 5% salvo que el INFONAVIT o en su caso los tribunales, después de valuar esas prestaciones, hayan resuelto que no les son aplicables las nuevas disposiciones.

Es el INFONAVIT un organismo fiscal autónomo, quien mediante ejercicio de la facultad económico-coactiva, puede con actos de imperio hacer que el patrón cumpla su obligación que la -- Constitución le impone en materia habitacional. Además, el trabajador, conforme al artículo 32 - de la Ley del INFONAVIT, puede denunciar al patrón para que el Instituto lo inscriba y el moroso sea sancionado y cumpla con su obligación de vivienda. Por otra parte, el sistema del INFONAVIT es un mínimo legal de carácter irrenunciable y, por ende, los trabajadores pueden pactar con la empresa -dentro de la lucha obrero-patronal- que se les otorguen prestaciones de índole habitacional adicionales al 5%.

De esta innovación se desprende que las viviendas no se entregan en propiedad a título gratuito sino oneroso, los trabajadores obtienen un crédito que tienen que amortizar mediante abonos que se descuentan de su salario por el patrón, - quien los hace llegar a través del aparato recaudatorio del fisco, al organismo que opera el sistema financiero del Fondo Nacional de la Vivienda. Ni antes ni ahora se dan gratuitamente las habitaciones, se trata de una compraventa con -- crédito del Instituto, o en su caso, de un mutuo para aplicar los recursos en vivienda.

Con esta nueva fórmula, el problema habitacional obrero es responsabilidad del Estado, --- quien a través de una entidad paraestatal es responsable de que los patrones cumplan con su obligación de aportar la intervención de la Administración Pública, coadyuva a la consecución de objetivos generales como el desarrollo económico, el desenvolvimiento regional y urbano, la creación de empleo y el impulso a la ciencia y tecnología nacionales.

Aun cuando el INFONAVIT, es un organismo -- descentralizado de servicio social, en el que -- los poderes jerárquicos de la Administración centralizada se encuentran especialmente disminuidos. Los órganos colegiados internos son de integración tripartita (representantes del Gobierno Federal y de organizaciones obreras y empresariales) y en apego al principio paritario, y el órgano unitario de gestión (Director General) es designado por la Asamblea General, a propuesta del Jefe del Ejecutivo Federal, y es acompañado por dos directores de carácter consultivo (uno representa a los derechohabientes y otro a las empresas aportantes). En la vida colegial el Estado no se reservó ni la presidencia (que se rota entre las tres representaciones) ni derecho de veto o de voto de calidad. El Director General, administrador nato de la institución, no forma parte de los órganos colegiados.

Por otra parte y pese a la cuantía de recursos que administra, el gasto del organismo que se analiza no está sujeto al control presupuestal directo del Congreso de la Unión ni a las autorizaciones de la Secretaría de Programación y Presupuesto, quien de acuerdo con el convenio de entrega de recursos que anualmente se negocia con las autoridades hacendarias, sitúa los fondos que pertenecen a la institución. Para proteger la liquidez institucional y garantizar la autonomía financiera del organismo, la Ley Orgánica dispone que la autoridad recaudadora (Secretaría de Hacienda y Crédito Público) entregará al organismo dentro de quince días siguientes al cobro el "importe total de las recaudaciones efectuadas". 94/

El INFONAVIT, es entonces un organismo de seguridad social pero distinto y paralelo al sistema que opera el IMSS y que muestra un carácter especializado: financiar viviendas a los trabajadores asalariados inscritos. No obstante que se pretende construir y mejorar las viviendas, en los años que han transcurrido desde que se expidió la Ley de 1973, no ha habido programas concretos en este terreno.

En el caso del ISSSTE también está contemplado que el Presidente de la República acuerde la incorporación de grupos de trabajadores a su sistema asegurador y, consiguientemente, que se incremente el número de derechohabientes del FOVISSSTE.

Además, existen otros organismos que tienen atribuciones para construir o mejorar vivienda rural como el INDECO, la Comisión Constructora de la Secretaría de Salubridad y Asistencia, las Comisiones Hidrológicas de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos, el Banco Nacional de Crédito Rural, S.A. 95/

Por todo lo anteriormente expuesto, estamos de acuerdo con Ruíz Massieu cuando comenta que la actividad de las diversas entidades paraestatales que participan en el campo de la vivienda, es insuficiente cuantitativamente porque su impacto en la necesidad y demanda habitacionales es reducido y porque la oferta habitacional que generan no se destina, por razones financieras, a los mexicanos que se encuentran en condiciones más desfavorables, como son los subempleados o los que viven en asentamientos no controlados.

La mayoría de los mexicanos están tratando de resolver su problema habitacional con sus propios recursos, sin apoyo del Estado y sin financiamiento bancario. Los recursos que, por disposición de la banca central canaliza el sector financiero a la vivienda de interés social, atiende marginalmente la demanda.

Las instituciones públicas que invertían -- parte de sus recursos en vivienda para arrendamiento barato como el ISSSTE o el IMSS han dejado de hacerlo, por dos razones fundamentales: - han optado por afrontar sus obligaciones con los derechohabientes mediante una proporción de los ingresos corrientes sin constituir reservas técnicas ni en valores ni en inmuebles y les ha resultado políticamente difícil elevar las rentas al nivel que se requiere para compensar el incremento de los precios.

La política de difundir la propiedad de las viviendas debe ser revisada con el propósito de que se haga acompañar por una política de fomento a las viviendas para arrendamiento barato, - que están en proceso de desaparecer del mercado por tratarse de una inversión poco rentable dada el alza de los costos y una desalentadora política fiscal. La equivocada actitud oficial ante las llamadas "viviendas con renta congelada" ha desprestigiado la posibilidad de que el Estado controle el monto de las rentas y de que reforme con criterio social las normas iusprivadas que se aplican a la compraventa o arrendamiento de casas habitación. 96/

Por lo que se refiere al Fondo de la Vivien

96/ Ruíz Massieu José Francisco. Ob. cit. pp. 212 a --
214.

da para los Trabajadores al Servicio del Estado, la adición del inciso "h" de la fracción VI de este precepto al artículo 43, constituye una disposición legal para hacer efectivo el derecho de los trabajadores al servicio del Estado, en concordancia a lo dispuesto por el inciso "f" de la fracción XI del Apartado "B" del artículo 123 -- Constitucional. Las Entidades y demás Organismos Públicos sujetos a esta Ley, están obligados a constituir depósitos a favor de los trabajadores en el ISSSTE por el equivalente a un 5% sobre los sueldos básicos o salarios de aquéllos. Esta obligación de enterar las aportaciones para constituir los depósitos en favor de los trabajadores, las cumplirán las Entidades y demás Organismos Públicos, a partir del 1o. de septiembre de 1972, por disposición del artículo 2o. transitorio del decreto de reformas de esta Ley.

La fracción XI del Apartado "B" inciso "F" -dice- Se proporcionará a los trabajadores habitaciones baratas, en arrendamiento o venta, conforme a los programas previamente aprobados, además el Estado mediante las aportaciones que haga, establecerá un fondo nacional de la vivienda, a fin de constituir depósitos en favor de dichos trabajadores y establecer un sistema de financiamiento que permita otorgar a éstos crédito barato y suficiente para que adquieran en propiedad habitaciones cómodas e higiénicas, o bien para construirlas, repararlas, mejorarlas o pagar pasivos por estos conceptos.

Las aportaciones que se hagan a dicho fondo serán enteradas al organismo encargado de la seguridad social regulándose en su ley en las que corresponda, la forma y el procedimiento conforme a los cuales se administrará el citado fondo y se otorgarán y adjudicarán los créditos respectivos.

Ya contemplado el problema de la vivienda, reglamentado en la Ley del ISSSTE o sea la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

En su capítulo VI, De las habitaciones para trabajadores, de los Préstamos Hipotecarios y del Fondo de la Vivienda.- En su artículo 44 al 46 trata sobre habitaciones para trabajadores.

En su Segunda Sección, del artículo 47 al 53, se refiere a los préstamos hipotecarios.

En su Tercera Sección.- Del artículo 54, -- que trata sobre la exención de impuestos.

En su Cuarta Sección.- Dedicada esta parte al Fondo de la Vivienda con los artículos 54 A al 54 Z.

Ya relacionada toda esta reglamentación, se adiciona la fracción III del Artículo 103, las fracciones XIII y XIV del artículo 110 y los Artículos 116A, 116B, 116C, 116D y 116E, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. 97/

C A P Í T U L O I V

EL FIDEICOMISO Y LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACIÓN

- a) El Gobierno Federal en la Constitución de Fideicomisos.
- b) Programa Financiero de Vivienda.
- c) Realizaciones del Programa Financiero de Vivienda.
- d) El Fideicomiso y los Certificados de Participación.

CAPÍTULO IV

EL FIDEICOMISO Y LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACIÓN

a) EL GOBIERNO FEDERAL EN LA CONSTITUCION DE FIDEICOMISOS

Dentro de la administración pública paraestatal o descentralizada, surge el fideicomiso como una entidad sin personalidad jurídica propia, cuya finalidad es la administración de una empresa, entendiéndose por ésta, la forma que revisten ciertas entidades jurídico-económicas que requieren libertad, iniciativa, flexibilidad y espíritu empresarial.

Los fideicomisos de este tipo han surgido a la vida jurídica con el objeto de resolver problemas nacionales de carácter económico, social y cultural de nuestro país, dándose a las instituciones fiduciarias la titularidad de bienes o derechos, propiedad de la Federación, de las entidades federativas y de los municipios.

En este fideicomiso de la Administración Pública Federal, la aplicación de las normas legales que lo rigen, escapa en algunas ocasiones del ámbito de la legislación puramente mercantil, para aplicarles leyes de carácter eminentemente administrativo. Por esta razón el Gobierno Federal o una entidad con personalidad jurídica propia como fideicomitente, transmite la titularidad de ciertos bienes y derechos a una institución Nacional de Crédito o de participación Estatal, como fiduciaria, quien se obliga a disponer de los bienes y a ejercitar los derechos para la realización de los fines establecidos en beneficio del fideicomisario.

El Lic. Villagordoa Lozano nos señala que: la legislación administrativa fija características sui generis al fideicomiso público, que al ser utilizada por el Estado para el logro de sus fines, adquiere marcadas diferencias a las tradicionales; entre las que cita algunas de ellas:

1a.- Es la legislación de carácter administrativo la que faculta al Poder Ejecutivo Federal a crear, incrementar, modificar o extinguir fideicomisos, aún cuando los principios fundamentales de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y la Ley Bancaria entre otras, también les son aplicables.

2a.- La Secretaría de Hacienda y Crédito Público siempre será titular de uno de los elementos personales de esta figura, el fideicomitente, situación que no podrá variar cuando sea el Gobierno Federal quien constituya el fideicomiso.

3a.- El patrimonio fideicomitado se forma con dinero u otros bienes del Estado que en última instancia provienen de importantes contribuciones de los ciudadanos; por lo tanto, los fideicomisos sólo podrán constituirse con base en un interés público.

4a.- El fideicomiso creado por el Gobierno Federal se debe a un fenómeno de publicitación de esta institución.

5a.- La Secretaría de Programación y Presupuesto sin ser un elemento personal constitutivo del fideicomiso, interviene, tanto en su constitución e incremento, como en su modificación y disolución; en las dos primeras acciones siendo conductor de la autorización del Presidente de la República y en las últimas, haciendo la proposición respectiva ante el Ejecutivo Federal.

6a.- Además del Gobierno Federal conserva una atribución significativa sobre los fideicomisos de la Administración Pública, pues ejerce sobre ellos la supervisión administrativa señalada en diversos ordenamientos legales (Ley General de Deuda Pública, Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal); la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, ejerce facultades de supervisión, independientemente de los controles administrativos que ejerce por otros ordenamientos legales. De la misma manera el Comité Técnico se constituye con representantes de las diversas dependencias de la administración pública centralizada, que tiene una intervención de sus fines.

7a.- De conformidad con la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, los fideicomisos son entidades de la administración pública paraestatal y demás auxiliares del Ejecutivo de la Unión.

Con base en los señalamientos anteriores, el Lic. José Manuel Villagordoa considera que dentro del marco de la Administración Pública Federal, el Fideicomiso Público es susceptible de enfocarse desde los ángulos siguientes:

I.- Como negocio fiduciario, implica las relaciones jurídicas que se dan en el fideicomiso en general, pero matizadas por diversos factores:

A) El fideicomitente lo será siempre el Gobierno Federal (al través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, cuando se trate de la Administración Pública Centralizada) o alguna entidad paraestatal con personalidad jurídica y patrimonio propio.

B) Los fines que perseguirá el fideicomiso serán siempre de interés público.

C) El régimen jurídico aplicable es exorbitante del derecho privado.

II.- Como empresa, es una unidad jurídico-económica constituida total o parcialmente con bienes de la federación o fondos públicos, orientada a la producción o distribución de bienes o servicios de interés público, cuya organización y funcionamiento se encomiendan a una institución fiduciaria, con sujeción al control y vigilancia de la Administración Pública Federal.

III.- Como entidad paraestatal, es una estructura administrativa, sin personalidad jurídica, utilizada por el Estado como instrumento de política económica y social.

IV.- Como contrato, es aquel que celebran el Gobierno Federal por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; el Departamento del Distrito Federal, los organismos descentralizados o las empresas de participación estatal, con una institución fiduciaria, a efecto de transmitirle la titularidad de ciertos bienes o derechos, con la encomienda de realizar fines de interés público, en beneficio de los fideicomisarios.

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 73, fracciones X y XXIX, inciso 3o...., otorga facultades al Congreso de la Unión para legislar en materia de comercio y de instituciones de crédito.

Mediante los principios de nuestra Carta Magna enunciados, el Congreso legisla en los conceptos mencionados, que al interpretarlos latu

sensu, abarcan la regulación también de una institución de carácter mercantil, como es el fideicomiso.

Entre las leyes administrativas que regulan al fideicomiso, podemos citar a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, la Ley General de Deuda Pública, la Ley Orgánica de la Contaduría Mayor de Hacienda, la Ley sobre Adquisiciones, arrendamientos y Almacenes de la Administración Pública Federal, de los Organismos descentralizados y Empresas de Participación Estatal; entre los Acuerdos y Decretos que podemos mencionar, está el Acuerdo de fecha 17 de marzo de 1981 publicado en el Diario Oficial el día 10. de abril siguiente, por el que las entidades de la Administración Pública Parastatal, se agrupa por sectores a efecto de que sus relaciones con el Ejecutivo Federal, se realicen a través de la Secretaría de Estado o Departamento Administrativo que en dicho Acuerdo se determina; en forma muy importante el Decreto de fecha 10 de enero de 1979, publicado en Diario Oficial el 27 de febrero del mismo año, por el que se establecen bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal; y el Acuerdo de 17 de abril del año de 1979, publicado en el Diario Oficial de 24 del mismo mes y año, por el que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal adecuarán sus planes, sistemas, estructuras y procedimientos, conforme al proceso permanente, programado y participativo de la reforma administrativa. 98/

98/ Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Coordinación General de Estudios Administrativos de la Presidencia de la República 1981. "El Fideicomiso Público en México". México, D.F. pp. 34 a 41.

El Lic. González Parás en su artículo "La - Reforma Administrativa y el Fideicomiso Público" señala que, el programa de Reforma con cambios a las estructuras centrales de la Administración - Pública Federal, había de afectar el funciona- - miento del Sector Paraestatal, y en consecuencia, del Fideicomiso Público.

Se simplifican Secretarías, se crean otras nuevas, o se fusionan algunas; como fue el caso de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hi- - dráulicos, que fusionó a la Secretaría de Agri- - cultura y Ganadería y a la Secretaría de Recur- - sos Hidráulicos, se institucionaliza la función de asentamientos humanos y de vivienda, que no - obstante su importancia no era comprendida en to - da su amplitud por la Secretaría de Obras Públi- - cas, por lo que se crea la Secretaría de Asenta- - mientos Humanos y Obras Públicas.

Una de las innovaciones de mayor trascenden - cia para la congruencia gubernamental, es sin dū - da la creación de la Secretaría de Programación y Presupuesto. Las funciones de programación y presupuestación que estaban distribuidas entre - la Secretaría de Patrimonio Nacional, la Secreta - ría de Hacienda y Crédito Público y la Secreta - ría de la Presidencia, se reubican en la Secreta - ría de Programación y Presupuesto, que maneja - - además todas las funciones de regulación global, es decir, las de planeación, programación, presu - puestación, control, evaluación, informática y - estadística, y se convierte así en la institu- - ción, de congruencia global del Sistema Adminis- - trativo Mexicano. 99/

99/ Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Coordina - ción General de Estudios Administrativos de la Pre - sidencia de la República. Ob. cit. pp. 64 y 65.

En este nuevo marco jurídico, destaca en -- primer lugar las recientes modificaciones a nuestra Carta Magna para darle fundamento Constitucional al sector paraestatal. En efecto, el artículo 90 Constitucional se reformó y determina que la Administración Pública será centralizada y Paraestatal.

Al establecer la Constitución una base legal, obliga a que sea a través de las leyes correspondientes como se establezcan los marcos de operación de la administración paraestatal por -- ende del Fideicomiso Público. La más importante de estas disposiciones es, desde luego, la Ley -- Orgánica de la Administración Pública Federal, -- que por primera vez establece con meridiana claridad lo que es el sector paraestatal y las entiddades que lo componen, definiendo específicamente a los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, los fideicomisos -- públicos y entidades que se asimilan como podrían ser las asociaciones civiles, cuyas aportaciones mayoritarias son proporcionadas por parte del Estado. En esta misma ley se establecen las bases para la coordinación sectorial de la Administración Pública Paraestatal. 100/

Sigue diciendo el Lic. González Parás que, algunos estudiosos de la problemática del Fideicomiso público en México, han sugerido que se exploren las posibilidades de adecuar esta institción a los constantes cambios que se dan merceda procesos de reformas en el conjunto de la Admnistración Pública Federal.

100/ Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Coordinación General de Estudios Administrativos de la Presidencia de la República. Ob. cit. pp. 68 y 69.

Otros han sugerido a su vez, que se explore la posibilidad de que con el propósito de fortalecer la figura de los coordinadores sectoriales y de dotarlos de mayores instrumentos para la consecución de sus respectivos programas sectoriales, sean éstos de acuerdo con el sector al que se vinculan por su propia naturaleza y contenido los fideicomisos, quienes representen la figura del fideicomitente que en este caso no sería único; sino que habría fideicomitentes sectoriales. 101/

Villagordoa Lozano, comenta con respecto a los acuerdos y Decretos Presidenciales mencionados y que establecen diversas disposiciones a que deben sujetarse los fideicomisos en su carácter de entidades de la Administración Pública Paraestatal, como a continuación se señala:

Destaca por su importancia el Decreto de fecha 10 de enero de 1979, publicado en el Diario Oficial de 27 de febrero, por el que se establecen las bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal; la denominación de este Decreto y las normas que lo conforman, explican los alcances y la importancia que para la Administración Pública tienen los fideicomisos en la actualidad.

Este Decreto se expidió tomando en consideración que la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, dispone que las entidades del Sector Público Paraestatal, incluyendo en éstas

101/ Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Coordinación General de Estudios Administrativos de la Presidencia de la República. Ob. cit. pp. 73 y 74.

a los fideicomisos del Gobierno Federal, sean auxiliares del Poder Ejecutivo en el desempeño de su tarea administrativa y para dar unidad y cohesión a la Administración Pública Federal, agrupar a dichas entidades paraestatales en sectores definidos, estableciendo su debida coordinación con las dependencias de la Administración Pública Centralizada; también se consideró que las Leyes de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y Orgánica de la Administración Pública Federal, facultan a la Secretaría de Programación y Presupuesto, para intervenir en la constitución, incremento y extinción de los fideicomisos del Gobierno Federal, para sugerir modificaciones a los contratos constitutivos, a su estructura y bases de organización y operación, sin perjuicio de las facultades que le corresponden en las materias de planeación, programación y presupuestación de todas las entidades de la Administración Pública Paraestatal; en dichos ordenamientos se señala a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, como fideicomitente único de la Administración Pública Centralizada y la Ley General de Deuda Pública, le otorga diversas facultades a las que se ha hecho alusión.

En el artículo 2o. del Decreto en cuestión se establece que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, será la dependencia encargada de constituir y contratar los fideicomisos del Gobierno Federal, para lo cual debe precisar los fines del fideicomiso, sus condiciones y términos, siguiendo las instrucciones del Ejecutivo Federal dictadas a través de la Secretaría de Programación y Presupuesto.

En el artículo 3o. se establece que en los casos en que la Secretaría de Programación y Presupuesto o el coordinador de Sector proponga la modificación o extinción de los fideicomisos del

Gobierno Federal, dicha Secretaría debe recabar previamente la opinión de la Coordinación General de Estudios Administrativos y de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en su calidad de fideicomitente, quienes la emitirán en un plazo que no excederá de 30 días contados a partir de la fecha en que les fue solicitada.

Por lo que toca al Acuerdo de fecha 17 de abril del año de 1979, publicado en el Diario Oficial de 24 del mismo mes y año, por el que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, adecuarán sus planes, sistemas, estructuras y procedimientos conforme al proceso permanente, programado y participativo de reforma administrativa, dentro del mismo que comprenden diversas disposiciones reguladoras de los fideicomisos como entidades de la Administración Pública Paraestatal; entre otras, el artículo Cuarto, segundo párrafo, establece el procedimiento para llevar a la consideración del titular del Ejecutivo Federal, los proyectos de reformas a las entidades, cuando impliquen la modificación de su estructura o bases de organización, así como la iniciativa para fusionarlas, disolverlas o liquidarlas. En estos supuestos, la citada Secretaría o las dependencias, en su caso, deben recabar la opinión previa de la Coordinación General de Estudios Administrativos. Por otro lado, en el artículo Decimoprimer, se señala que para los casos de constitución de entidades paraestatales, la Secretaría de Programación y Presupuesto someterá a la consideración del Ejecutivo Federal los proyectos respectivos a propuesta o previa opinión del Coordinador del Sector que correspondería según la naturaleza de las actividades de los mismos. Asimismo, se recabará la opinión de la Coordinación General de Estudios Administrativos.

Sigue diciendo Villagordoa Lozano.- El Gobierno Federal en la constitución de fideicomisos, se hace representar por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la que como anteriormente se señaló actúa como fideicomitente. Esta cualidad la obtiene en forma por demás acertada por las atribuciones que le son propias de conformidad con la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que en diversas fracciones del artículo 31 establece cuáles son los asuntos de su competencia:

IX.- Intervenir en todas las operaciones en que se haga uso del Crédito Público.

X.- Manejar la deuda pública de la Federación y del Departamento del Distrito Federal.

XI.- Dirigir la política monetaria y crediticia.

XII.- Ejercer las atribuciones que le señalan las leyes de instituciones de crédito, seguros y fianzas.

La afirmación anterior se consolida por el acuerdo de sectorización de las entidades de la Administración Pública Federal en que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, es la coordinadora del sector financiero.

Los fideicomisos del Gobierno Federal se pueden crear mediante:

- Ley
- Decreto
- Acuerdo Presidencial

Independientemente y de conformidad con lo

dispuesto por los artículos 2o. y 9o. de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y 3o. de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, el Secretario de Programación y Presupuesto expide un acuerdo en que se establece:

1o.- Las causas que motivan la creación del fideicomiso;

2o.- La denominación del fideicomiso;

3o.- Los elementos personales como son:

A) El fideicomitente que siempre será el Gobierno Federal pero que también puede ser en forma conjunta los gobiernos de las entidades federativas, empresas de participación estatal, instituciones nacionales de crédito u otras entidades públicas o privadas.

B) La institución fiduciaria que en la generalidad es una institución nacional de crédito.

C) El o los fideicomisarios.

4o.- Se determinará también la integración del patrimonio el que podrá estar formado por bienes muebles e inmuebles, aportaciones en dinero, créditos y rendimientos.

Independientemente se puede establecer que el patrimonio podrá incrementarse mediante aportaciones del Gobierno Federal, estatal o de terceras personas.

5o.- Los fines del fideicomiso que anteriormente mencionamos como un aspecto fundamental del mismo y que pueden ser muy variados; por ejemplo: de investigación, de construcción, de planeación, rehabilitación de alguna zona o cual

quier otra actividad lícita y de interés público.

6o.- La creación de un comité técnico o de distribución de fondos; cuyas facultades y forma de funcionamiento se establecen en el contrato - que celebre la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con la institución fiduciaria.

Se debe anotar que en los comités técnicos siempre se incluirá un representante del coordinador de sector y otro de la Secretaría de Ha---cienda y Crédito Público, con el objeto de que - exista una vigilancia para la buena marcha del - fideicomiso.

El comité estará presidido por uno de sus - miembros, que tendrá voto de calidad. Normalmen---te el instrumento legal de creación indica quién ejercerá las funciones de presidente, en caso -- contrario, se ha observado que actúe como tal el representante del coordinador de sector.

7o.- La duración del fideicomiso.

Una vez expedido el acuerdo anterior, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público procede a celebrar el contrato con la institución de crédito que actuará como fiduciaria.

Deberá estarse a los lineamientos estableci---dos en la Ley, en el decreto o en el acuerdo, - que son los instrumentos jurídicos que le dan -- origen al fideicomiso, porque el contrato sólo - es un elemento que da lugar a formalizar el acto respectivo.

Deberá cuidarse que en el contrato queden - debidamente precisados los derechos y acciones - que corresponda ejercitar al fiduciario sobre el patrimonio fideicomitado, las limitaciones que -

establezca el fideicomitente o que se deriven - por derechos de terceros, así como los derechos que el propio fideicomitente se reserve. 102/

Es conveniente señalar que el Dr. Miguel -- Acosta Romero con todo acierto nos expone en su libro de Teoría General del Derecho Administrativo, algunas cuestiones sobre el fideicomiso Público.

Así pues, de la clasificación de fideicomisos que menciona en su libro de referencia es importante señalar para nuestro estudio, aquella - que divide a los fideicomisos en: de garantía, - de inversión, administración, testamentarios y - para emisión de certificados de participación.

El fideicomiso implica siempre la existencia de un patrimonio que se transmite por el fideicomitente, al fiduciario, para la realización de un fin lícito y que éste se convierte en titular del mismo, con las modalidades y limitaciones que se establezcan en el acto constitutivo.

Los sujetos de la relación fiduciaria son - los siguientes:

1.- Fideicomitente, es la persona titular - de los bienes o derechos, que transmite a la fiduciaria, para el cumplimiento de una finalidad lícita y, desde luego, debe tener la capacidad - jurídica para obligarse y para disponer de los - bienes.

2.- Fiduciario, es la institución de crédi-

102/ Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Coordinación General de Estudios Administrativos de la Presidencia de la República. Ob. cit. pp. 46 a 53.

to que tiene la concesión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para actuar como tal.

3.- Fideicomisario, es la persona que recibe el beneficio (no siempre existe) del fideicomiso, o la que recibe los remanentes una vez cumplida la finalidad.

Pueden existir en un fideicomiso desde un punto de vista teórico, diversos fideicomitentes y diversos fideicomisarios, pero sólo un fiduciario.

En cuanto a lo que se refiere a la forma del fideicomiso, éste siempre debe constar por escrito.

De las obligaciones de los fiduciarios podemos anotar las siguientes:

1.- Ceñirse y ajustarse a los términos del contrato constitutivo para cumplir la finalidad.

2.- Aceptar el fideicomiso; que en opinión de Acosta Romero, no es una obligación, sino más bien potestativo, pues no se puede obligar forzosamente de acuerdo con nuestro régimen jurídico.

3.- Conservar y mantener los bienes.

4.- Llevar contabilidad por separado para cada fideicomiso.

5.- Cumplir las obligaciones fiscales derivadas del fideicomiso.

6.- Realizar sus actividades a través de un delegado fiduciario, únicamente podrán delegarse aquellas funciones que se consideren secundarias que no impliquen facultad de mando, decisiones,

o actos discrecionales.

7.- Guardar el secreto fiduciario, que es más estricto que el secreto bancario en general.

8.- Presentar y rendir cuentas.

9.- Invertir los fondos ociosos en valores aprobados por la Comisión Nacional de Valores.

10.- Acatar las instrucciones del Comité Técnico, cuando exista éste.

Facultades del Fiduciario:

1.- Tendrá las facultades que le señale el acto constitutivo y que pueden ser para realizar actos de dominio, para enajenar, permutar, transferir propiedad, administrar u obtener créditos y gravar, en su caso, arrendar y realizar reparaciones y mejoras.

2.- Disponer lo necesario para la conservación del patrimonio.

3.- Actuar en los juicios relativos al fideicomiso y otorgar en ellos mandatos para pleitos y cobranzas.

4.- Tiene facultades para cobrar, desde luego, sus honorarios y para erogar los gastos inherentes al fideicomiso.

Derechos del Fideicomitente:

1.- Reservarse los derechos que estime pertinentes en el acto constitutivo.

2.- Designar a uno o varios fideicomisarios.

3.- Nombrar Comité Técnico.

4.- Modificar el fideicomiso, si se reservó ese derecho.

5.- Requerir cuentas al fiduciario.

6.- Transmitir sus derechos de fideicomitente (si se reservó esa facultad).

7.- Revocar o terminar el fideicomiso, si se reservó ese derecho.

8.- Derecho a que le sean devueltos los bienes dados en fideicomiso, en caso de imposibilidad de ejecución, o que se le entreguen los remanentes, una vez ejecutado el fideicomiso.

Obligaciones del Fideicomitente:

1.- Pagar los gastos que origine la constitución y el manejo del fideicomiso.

2.- Pagar los honorarios fiduciarios.

3.- En caso de que se transmitan inmuebles, estará obligado al saneamiento para el caso de evicción.

4.- Colaborar con el fiduciario al cumplimiento del fin, cuando para ello sea necesaria dicha colaboración.

Derechos y obligaciones del Fideicomisario:

1.- Están limitados por el acto constitutivo. En principio tiene derecho a recibir los rendimientos, o los remanentes, que queden a la extinción del fideicomiso, salvo pacto en contrario.

2.- Derecho a exigir rendición de cuentas.

3.- Derecho a modificar el fideicomiso, si es irrevocable por parte del fideicomitente.

4.- Facultad para transferir sus derechos de fideicomisario.

5.- Derecho a revocar, y dar por terminado anticipadamente, el fideicomiso, si así se prevé en el acto constitutivo.

6.- Obligación de pagar los impuestos, derechos y multas que se causen con la ejecución del fideicomiso.

7.- Obligación de pagar los gastos que se causen en la ejecución y extinción del fideicomiso.

8.- Obligación de pagar los honorarios fiduciarios.

Extinción del Fideicomiso.

El fideicomiso puede extinguirse:

1.- Por vencimiento del plazo (el fideicomiso no puede exceder de 30 años, salvo ciertas excepciones).

2.- Por convenio entre las partes.

3.- Por revocación anticipada del fideicomitente, o del fideicomisario, si se previó en el acto constitutivo.

4.- Por hacerse imposible el cumplimiento del fin.

- 5.- Por desaparecer el patrimonio fiduciario.
- 6.- Por renuncia o remoción del fiduciario.
- 7.- Por quiebra o liquidación del fiduciario.
- 8.- Por haberse cumplido la finalidad.

Sigue diciendo Acosta Romero: "En México, el fideicomiso sólo puede ser desempeñado por -- instituciones de Crédito a las que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público haya otorgado concesión para actuar precisamente en el ramo fiduciario".

Otro principio que rige la actuación de las fiduciarias, es el relativo a que no pueden contratar con otros departamentos de la misma institución.

Asimismo, las fiduciarias no podrán ser, al mismo tiempo, fideicomisarias, o beneficiarias, en los fideicomisos que ellas manejen, de acuerdo con el último párrafo del artículo 348 de la Ley Cambiaria.

El término máximo que señala la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, para los fideicomisos, es de 30 años, salvo aquellos que se constituyan a favor de alguna institución de beneficencia o su finalidad sea de orden público, conforme a la fracción III, del artículo 359, del propio ordenamiento.

Otro principio que regula la actividad de las fiduciarias, es que éstas tienen que llevar contabilidades por separado para cada fideicomiso.

El fideicomiso público, tiene en sus elementos los siguientes:

- 1.- El fideicomitente, que puede ser:
 - a) El Gobierno Federal.
 - b) Los Gobiernos de las Entidades Federativas.
 - c) Los Ayuntamientos en los municipios.

Por lo que respecta a los fideicomisos del Gobierno Federal, la legislación aplicable, prevé que únicamente la Secretaría de Hacienda y -- Crédito Público es la facultada para constituir esos fideicomisos; sin embargo, no hay razón por la que no pudiera concertarse por parte de otras dependencias del Ejecutivo, como por ejemplo, la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, que también tienen competencia sobre los bienes de la Nación.

El uso de la expresión "Secretaría de Ha---cienda como fideicomitente del Gobierno Federal", no parece estar acorde a la realidad, puesto que esa dependencia es sólo una de tantas de las que forman la Administración Pública Central Federal y, en estricto sentido, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público no es el fideicomitente, si no el Gobierno Federal, que es el único que tiene personalidad jurídica y, en este caso, está actuando a través de uno de sus órganos, que es la misma Secretaría pero, bajo este punto de vista, las demás Secretarías y Departamentos Admi--nistrativos también son órganos del Estado y no existe prohibición alguna para que sean fideicomitentes; un ejemplo de ello es el Distrito Federal, que a través del Departamento del Distritoto Federal, establece fideicomisos.

Pero además existe otra variante de los fideicomisos públicos, que son aquellos constituidos por entidades del sector paraestatal que tienen personalidad jurídica propia, por ejemplo: la Universidad Nacional Autónoma de México, Petróleos Mexicanos, la Comisión Federal de Electricidad, el Seguro Social, etc., en cuyo caso, el fideicomitente es el organismo público descentralizado y actúa por conducto de sus órganos de administración y representación, por lo general, el Director de esas Instituciones, quien celebra el contrato con un banco y afecta bienes de la Institución a un fin lícito.

Constituyen el patrimonio fiduciario, el conjunto de bienes de las entidades que ya hemos mencionado y que puede consistir en:

- a) Bienes del dominio público, previa desincorporación.
- b) Bienes del dominio privado.
- c) Bienes inmuebles.
- d) Bienes muebles.
- e) Dinero en efectivo.
- f) Subsidios.
- g) Derechos.

El fiduciario, puede ser cualquier institución de crédito que tenga concesión para realizar operaciones fiduciarias, de acuerdo con la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

El objeto de los fideicomisos públicos puede ser:

- a) La inversión (se entiende que de fondos,

- públicos).
- b) Manejo y administración de obras públicas.
 - c) Prestación de servicios.
 - d) La producción de bienes para el mercado.

No obstante esto, el objeto de los fideicomisos públicos puede ser amplísimo, y desde luego, no se constriñe a la lista antes citada, -- pues se utiliza para realizar la gama más variada de actividades que, a manera de ejemplo, señalamos enseguida:

1.- Regularizar tenencia de la tierra, por ejemplo, FIDEURBE, Fideicomiso de Ciudad Netzahualcōyotl, Fideicomiso de Bahía de Banderas, -- etc.

2.- Realizar planes de construcción de conjuntos habitacionales para personas de bajos ingresos e ingresos medios, pueden citarse los relativos a las Unidades Presidente Kennedy, Atzacolco, Los Reyes Iztacala, Mixcoac, Lomas de -- Plateros, Lindavista-Vallejo, etc.

3.- Operar eficientemente cierto tipo de empresa, sin tener personalidad jurídica propia, - en cierta época así se operó el Puerto Pesquero de Alvarado, Ver., y así ha venido actuando el Fondo de Cultura Económica.

4.- Actuar conjuntamente autoridades federales, locales y municipales, por ejemplo el fideicomiso de Netzahualcōyotl.

5.- Desarrollo de Parques y Zonas Industriales.

6.- Fondos, los que se conocen en México como "Fondos de Redescuento", utilizados por el Gobierno Federal con recursos presupuestarios o fiscales, tanto en el Banco de México, como en Nacional Financiera. Tales fideicomisos operan como banca de segundo piso, tomando en redescuento el papel que la banca recibe al acreditar a su clientela.

Estos fondos tienen propósitos específicos, destinados a hacer una canalización selectiva del crédito hacia ciertas áreas de la economía; apoyan fundamentalmente, a la pequeña y mediana industria, a la agricultura y la ganadería, a las exportaciones mexicanas y al equipamiento de las empresas industriales, para la exportación; al desarrollo turístico, a los estudios de preinversión y al desarrollo de la vivienda de interés social.

7.- Liquidar legalmente instituciones y organizaciones de crédito.

8.- Para desarrollo de cuestiones culturales. FONADAN.

9.- Para construcción de escuelas.

10.- Para desarrollos portuarios.

11.- Para realizar la remodelación urbana.

En los fideicomisos normales, la duración máxima de éstos es de 30 años; sin embargo, hace la salvedad la ley de que cuando sean instituciones de beneficencia o de orden público, su duración puede ser indefinida, situación que también ha sido prevista por reforma y adición de la fracción XVI, del artículo 45, de la Ley Banca-

ria. 103/

Sobre las funciones de los delegados fiduciarios: Los delegados fiduciarios, son uno o más funcionarios que designan las instituciones, especialmente para encargarse del desempeño de fideicomisos, comisiones o mandatos fiduciarios y de cuyos actos dependerá directa o ilimitadamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que ellos incurran personalmente.

Obligan a la institución con su firma, y su cometido es personalísimo y no pueden delegar sus funciones de mando, de decisión, o discrecionales, las que deben ser realizadas personalmente por ellos.

Su designación puede ser vetada por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, las que así mismo pueden acordar su remoción.

Los delegados fiduciarios están previstos en los siguientes preceptos:

Artículos 45, fracciones IV y XII y 91 bis, de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no hace referencia a los delegados fiduciarios.

En el uso bancario, se han ido conociendo en fechas recientes como Delegados Fiduciarios -

103/ Acosta Romero Miguel. "Teoría General del Derecho Administrativo". Editorial Porrúa, S.A. 1981. Cuarta Edición. México, D.F. pp. 251 a 262.

Especiales a aquellas personas que se designan - específicamente para actuar como Delegados Fiduciarios, en fondos de fideicomiso que establece el Gobierno Federal como fideicomitente.

En la práctica, desde hace bastantes años, el Gobierno Federal ha utilizado el fideicomiso para muy diversas finalidades y las normas constan frecuentemente en los contratos respectivos que celebra la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con alguna institución nacional de crédito, inclusive se prevé la posibilidad de que - el Director General del Fideicomiso, sea nombrado directamente por el Presidente de la República.

En muchos de los fideicomisos, el nombramiento del Delegado Fiduciario Especial, al que llaman Director General, corresponde:

- a) Al Presidente de la República.
- b) Al Secretario o Jefe de Departamento de Estado que encabeza al sector respectivo, y
- c) Al Comité Técnico del Fideicomiso.

El concepto de delegado fiduciario especial, según Miguel Acosta Romero, es derivado de la -- práctica del Gobierno Federal, en los fideicomisos, en los que a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, es fideicomitente único y en los contratos que celebra con las instituciones nacionales de crédito, principalmente - ha utilizado la expresión de Delegado Fiduciario Especial, para identificar a aquella persona que prácticamente es designada en los términos de dichos contratos y que se encarga única y exclusivamente de ejecutar todas las operaciones realizadas por el fideicomiso de que se trate, y que

para ello tendrá que nombrarla también como delegado fiduciario, la institución fiduciaria, de donde el delegado fiduciario especial puede afirmarse que no es un funcionario que realice cualquier operación fiduciaria, que pueda desarrollar la institución, sino que su nombramiento exclusivamente es para encargarse, con especialidad, de un fideicomiso en particular, constituido por el Gobierno Federal.

Es de comentar, que ni en la doctrina, ni en la legislación, existe una definición o conceptos, que perfilen a este tipo de funcionarios y sólo en los decretos o leyes que ordenan la creación de fideicomisos, o en los contratos, en los que el Gobierno Federal es fideicomitente y los celebra con instituciones nacionales, se encuentran algunos precedentes sobre éstos.

Una de las figuras típicas del fideicomiso mexicano que se ha ido perfilando a través de la práctica, en los años que tiene de existencia esta institución, en nuestro país, es la del Comité Técnico de los Fideicomisos.

Esta figura, de perfiles tan brumosos, porque nuestras leyes, por lo menos las mercantiles, lo citan esporádicamente y en estas fechas muy recientes, tiene características propias en nuestro Derecho y, creemos, es una institución muy peculiar de la experiencia jurídica mexicana.

104/

b) PROGRAMA FINANCIERO DE LA VIVIENDA

En el programa financiero de la vivienda, -

104/ Acosta Romero Miguel. Ob. cit. pp. 269 a 272.

enfocaremos nuestra atención en la institución - del Fondo de Operación y Descuento Bancario a la Vivienda (FOVI) que desde el año de 1963, principió la actividad del programa financiero de la - vivienda que representa uno de los esfuerzos iniciales más importantes en materia de habitación, ya que permite utilizar recursos de la banca de depósito y de la hipotecaria para que complementados con otros gubernamentales, se fomente la - construcción de viviendas de interés social en - toda la República.

Los objetivos fundamentales del Programa Financiero de la Vivienda son los siguientes:

a) Dotar en propiedad a personas de bajos y medianos ingresos, de habitaciones de interés social, en que toda la familia pueda vivir en -- condiciones de dignidad y decoro.

b) Encauzar recursos a través de institu-- ciones hipotecarias y de los departamentos de -- ahorro de la banca privada, que habrán de ser -- aplicados precisamente a la construcción de vi-- viendas.

c) Hacer posible que los diversos factores que en una u otra forma se relacionan con la solución del problema habitacional, realicen una - actividad conjunta para tal efecto.

Las instituciones de crédito privadas participan destinando un porcentaje de sus recursos - captados del público, al financiamiento de la -- construcción o adquisición de viviendas de inter-- és social.

Para la adecuada utilización de los recur-- sos financieros y también con el objeto de imprimir actividad al programa, la Secretaría de Ha--

cienda y Crédito Público, constituyó en el Banco de México, S.A., un Fideicomiso denominado "Fondo de Operación y Descuento Bancario a la Vivienda" (FOVI).

Esta institución que ya hemos mencionado anteriormente y que se ha instrumentado acertadamente; ya que de sus principales misiones que tiene encomendadas, destacan las siguientes:

a) Promover el programa financiero de vivienda, con el objeto de facilitar la participación de la banca privada en la realización de programas habitacionales de interés social en toda la República, de acuerdo a las necesidades de las diversas regiones.

b) Otorgar apoyo financiero a las instituciones de crédito privadas (hipotecarias y departamentos de ahorro) mediante préstamos y créditos relacionados con operaciones para la vivienda de interés social. Aquellas instituciones bancarias de entre las mencionadas, que no cuentan con recursos suficientes para poder financiar el desarrollo de determinados programas habitacionales, pueden solicitar del FOVI, dentro de las reglas establecidas, un financiamiento que complemente sus recursos y que les permita la realización de sus proyectos concretos.

Es conveniente aclarar, que la función del FOVI, en este aspecto no es la de financiar directamente a fraccionadores, constructores, contratistas o grupos de adquirentes, sino única y exclusivamente la de apoyar a la banca privada para financiar los proyectos habitacionales cuando ésta no cuenta con recursos suficientes.

c) Otorgar aprobaciones técnicas a los proyectos habitacionales de interés social, que con

sisten en revisar y supervisar los proyectos para que éstos resulten adecuados en sus características constructivas y socioeconómicas, y de esta manera, garantizar a los adquirentes la obtención de una vivienda que represente un patrimonio familiar estable.

d) Impartir asesoría técnica a los proyectos, la cual consiste en la selección de terrenos, sistemas de construcción, estudios socioeconómicos, orientación sobre programas de venta de las viviendas mediante promociones especiales, y de aspectos de carácter legal como la constitución de fideicomisos.

El Lic. Rodríguez Gómez, con relación al Financiamiento de la Vivienda, nos comenta que -- antes de las reformas a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, las condiciones crediticias en el mercado financiero hacían difícil el acceso de las personas de escasos y medianos ingresos al crédito hipotecario, ya que la inversión inicial o garantías previas variaban entre el 50% y el 70% en casas hasta de 200,000.00, con una tasa de interés que oscilaba entre el 11 y el 12% anual sobre saldos insolutos semestrales.

A partir de las reformas mencionadas, se -- permitió a los departamentos de ahorro de la banca privada invertir el 50% de los crecimientos -- de los depósitos de ahorro hasta llegar al 30% -- de su pasivo computable y a las instituciones hipotecarias se les autorizó destinar el 30% de -- las nuevas emisiones de bonos y cédulas hipotecarias para el fomento de la vivienda de interés social, procurando siempre que la adquisición de las viviendas fuera más asequible y no resultara onerosa para el presupuesto familiar de las personas de escasos y medianos ingresos, consideranu

do "enganches" cortos, intereses razonables y un plazo de 15 años para la amortización del crédito.

Los departamentos de ahorro y los bancos hipotecarios han desarrollado su política de otorgamiento de crédito para la vivienda de interés social, de diversas formas, como son:

- 1.- Créditos a promotores, por medio de créditos puente.
- 2.- Créditos a fideicomisos establecidos -- por la Federación.
- 3.- Créditos a organismos gubernamentales o estatales.
- 4.- Créditos por mediación de sindicatos.
- 5.- Créditos a asociaciones privadas creadas para la construcción de viviendas.
- 6.- Créditos por mediación de empresas.
- 7.- Créditos a particulares.

El otorgamiento de créditos se ha orientado principalmente hacia operaciones que no representen riesgos mayores de los normales. Esto se ha hecho en atención a que los recursos que destinan a este tipo de operaciones están representados por el ahorro del público, que se tiene la obligación de salvaguardar.

En un principio la banca privada no estuvo en posibilidad de realizar inversiones importantes en vivienda de interés social, debido a que sus recursos no eran suficientes, ya que las reformas a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, se referían a captaciones hechas a partir del mes de junio de 1963.

Para dar un ejemplo de la bondad del programa de vivienda en este aspecto, lo representa la confianza en la solvencia de los sujetos de crédito, reflejada en la disminución de los porcentajes por concepto de "enganches", ya que en un principio era regla establecida el cobro de un 20% del valor total de la vivienda; sin embargo, en la actualidad los enganches se han reducido hasta el 10 y el 15% del valor del inmueble cuando se cuenta con garantías adicionales... 105/

Desde el inicio del programa financiero de vivienda hasta el 31 de diciembre de 1970, se habían construido, distribuidas en todas las entidades federativas de la República, un total de 99,614 viviendas de interés social, con una inversión de 6,069.5 millones de pesos en beneficio de 548 mil habitantes.

Durante los años de 1971 y 1972, se construyeron un total de 31,133 viviendas, con una inversión de 2,000.4 millones de pesos en beneficio de 171,231 mexicanos.

En un principio se había pugnado porque las instituciones de crédito privadas que tuvieran cantidades disponibles para viviendas de interés social, se invirtieran en la región de origen; sin embargo, gracias a la labor desarrollada por FOVI, esta situación se puede superar, dando como resultado una descentralización del crédito, ya que las grandes ciudades que captan un mayor número de recursos, como es lógico, han venido a convertirse en proyectos para otras poblacio--

105/ Silva Herzog Flores Jesús, González Avelar Miguel, - Cortiñas Peláez León. "Asentamientos Humanos, Urbanismo y Vivienda". Editorial Porrúa, S.A. 1977. México, D.F. pp. 115 a 120.

nes con menor capacidad económica, auxiliándolas de esta manera a solucionar su problema de insuficiencia de vivienda.

Apoyos financieros otorgados desde junio de 1963, al 31 de diciembre de 1970, el FOVI otorgó apoyos financieros a diversas instituciones de crédito por un monto de 635.5 millones de pesos. Durante los años 1971 y 1972, se otorgaron apoyos financieros por un total de 164.6 millones de pesos.

El patrimonio inicial de FOVI, fue de 575 millones de pesos y se ha invertido el total del patrimonio y de las recuperaciones, así como otras cantidades complementarias otorgadas por el Gobierno Federal.

El impulso dado por FOVI a la construcción de viviendas, ha tenido repercusiones favorables por la derrama de recursos que ha generado dentro de la industria, trabajadores, comerciantes, propietarios de terrenos, etc., convirtiéndose en un promotor de fuentes de trabajo, ya que en la construcción de viviendas un elevado porcentaje de su costo se destina al pago de salarios por mano de obra. 106/

c) REALIZACIONES DEL PROGRAMA FINANCIERO DE VI VIENDA

En el informe y Programa 1981-1982 del Banco de México se dice que, por cuarto año consecutivo la evolución del programa financiero de la vivienda continúa presentando gran dinamismo;

106/ Silva Herzog Flores Jesús, González Avelar Miguel, Cortiñas Peláez León. Ob. cit. pp. 122 y 123.

ya que la inversión de recursos del sistema bancario, adicionada por los apoyos financieros -- otorgados por el FOVI y la correspondiente a los adquirentes de las viviendas de interés social, alcanzó durante el período de 1963 a 1980, la cifra de 33,332 millones de pesos, que permitieron el otorgamiento de 267,819 créditos/vivienda en beneficio de igual número de familias que comprende una población aproximada de 1'473,000 habitantes.

En el año de 1981, los recursos para vivienda de interés social canalizadas por conducto de las instituciones bancarias, provenientes de sus propios recursos y de los apoyos financieros del FOVI continúan esa tendencia ascendente representando un monto de 14,045 millones de pesos (82.3% más que el año anterior), la inversión realizada permitió que se otorgaran créditos/vivienda y -- créditos puente que representan un total en conjunto de 35,961 viviendas para beneficiar aproximadamente a 197,800 habitantes.

Esta inversión generó un alto volumen de empleos, estimulando la actividad de la industria de la construcción, permitiendo la ocupación de personal de escasa o mediana calificación en --- 165,731 nuevos empleos de los cuales 112,360 fueron directos y 53,371 indirectos.

Los beneficios del Programa Financiero de la Vivienda, han tenido una amplia cobertura geográfica a nivel nacional, orientando las inversiones preferentemente a las localidades consideradas como prioritarias en los diferentes planes y programas de la Administración Pública Federal en las que la necesidad de vivienda de interés social se presenta en forma más acentuada o bien, hacia aquellos centros potenciales de desarrollo y receptores a futuro de importantes corrientes

de población, en donde la política gubernamental pretende incidir sustancialmente.

Nos parece importante destacar que el impulso dado al programa financiero de vivienda, es congruente con el particular interés manifestado por nuestras autoridades de intensificar la política de bienestar social, al generar la posibilidad de proporcionar viviendas de bajo costo a aquellos sectores de la población de mínimos, bajos y medianos ingresos. Cabe mencionar que la población atendida por el programa de 1981, comprende a familias con ingresos desde dos veces el salario mínimo.

El programa financiero de vivienda ha operado además como un importante instrumento de ahorro interno; ya que los recursos invertidos en vivienda de interés social provienen en gran parte del público ahorrador, captados éstos y canalizados por conducto del sistema bancario mediante el otorgamiento de créditos a tasas de interés preferenciales y plazos adecuados de amortización.

Cabe señalar que la participación del Programa Financiero de la Vivienda, continúa siendo relevante dentro del conjunto de las inversiones realizadas en 1981 por diversos organismos federales que atienden a nivel nacional la vivienda, ya que de acuerdo con las cifras preliminares, representó un monto aproximado del 27% del total invertido en el año. Es conveniente mencionar que en los dos años anteriores esta participación representó, en cada año, alrededor de un 25%, por lo tanto es muy satisfactorio el que durante el año de 1981 el porcentaje de participación del Programa fuese mayor, sin menoscabo de la favorable evolución observada en los demás --

organismos viviendistas. 107/

Para tener una idea más clara de los organismos creados por el Gobierno Federal para atender las necesidades de vivienda de los grupos de población de medianos y bajos ingresos; dichos organismos son los siguientes:

a) El Fondo de Operación y Descuento Bancario a la Vivienda (FOVI).

b) El Fondo de Garantía a los créditos para la vivienda (FOGA).

c) El Instituto Nacional para el Desarrollo de la Comunidad y de la Vivienda Popular (INDECO).

d) Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT).

e) El Fondo de Vivienda para los Trabajadores al Servicio del Estado (FOVISSSTE). 108/

Por otra parte, según el programa financiero de la vivienda del Gobierno Federal, la vivienda de interés social es aquella cuyo precio o valor está dentro de los límites establecidos por el Banco de México, S.A., conforme a las posibilidades de pago del sector de la población de ingresos reducidos, considerando siempre que

107/ Banco de México. "Informe y Programa 1981-1982". Fondo de Operación y Descuento Bancario a la Vivienda. Fondo de Garantía y Apoyo a los Créditos para la Vivienda. México, D.F. pp. 6 a 8.

108/ Banco Mexicano SOMEX. "Instituciones Fiduciarias y Fideicomiso en México". 1982. México, D.F. pp. 567 y 568.

no resulte oneroso al presupuesto familiar y proporcione alojamiento en un ambiente físico y social que satisfaga los requisitos indispensables de seguridad, higiene y decoro, que esté dotado de los servicios correspondientes y que por su calidad y durabilidad sea garantía efectiva para las instituciones de crédito.

a) Tipos de vivienda de interés social:

De acuerdo con el mencionado programa financiero de la vivienda, existen tres tipos de vivienda de interés social, a saber:

I.- Viviendas de interés social para acreditados de ingresos mínimos (VAIM).

II.- Viviendas de interés social tipo A (VIS -A).

III.- Viviendas de interés social tipo B (VIS -B).

b) Precio o valor de estas viviendas:

Para determinar el valor o precio de estas viviendas, el Banco de México, S.A. ha dividido el territorio nacional en cuatro zonas, a saber:

Zona I.-

Comprende los Estados de Aguascalientes, -- Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas.

Zona II.-

Comprende el Distrito Federal, los Estados de México, Morelos, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz, las zonas metropolitanas de las ciudades de Acapulco, Gro. y la zona urbana de Lázaro Cárdenas, Mich.

Zona III.-

Comprende una faja de 100 km. a lo largo de nuestras fronteras norte y sur y la zona metropolitana de la ciudad de Coatzacoalcos, Ver.

Zona IV.-

Comprende los Estados de Baja California -- Norte y Baja California Sur, Isla de Cozumel, Q. R. y la ciudad de Cancún, Q.R.

Asimismo, en la determinación de los precios o valores de las viviendas de interés social el Banco de México ha tomado en consideración los valores de la tierra, los costos de construcción y los niveles de ingreso de la población conforme a los antecedentes anteriores, el Banco de México ha determinado que dichas viviendas, según su circular de 10. de febrero de 1981, fije los precios máximos que a continuación se indican:

I.- Para las viviendas destinadas a los créditos de ingresos mínimos (VAIM), los siguientes:

\$266,000.00 en la zona I; \$310,000.00 en la zona II; \$341,000.00 en la zona III y \$394,000.00 en la zona IV.

II.- Para las viviendas de interés social de tipo A (VIS-A), los siguientes:

\$399,000.00 en la zona I; \$486,000.00 en la zona II; \$511,000.00 en la zona III; y \$569,000.00 en la zona IV.

Para las viviendas de interés social tipo B (VIS-B), los siguientes:

\$643,000.00 en la zona I; \$693,000.00 en la zona II; \$721,000.00 en la zona III; y \$809,000.00 en la zona IV.

Los precios y valores anteriores deberán -- comprender la construcción debidamente terminada o mejorada y toda clase de gastos, excepto los -- que autorice la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

Asimismo, cuando se construya con habita--- ción y baño para el servicio doméstico, el pre--- cio o valor de dicha habitación deberá compren--- derse dentro del de la vivienda.

En el caso de edificios multifamiliares de más de tres niveles, por cada área exclusiva para estacionamiento de vehículos exigida por las autoridades locales, se permitirá aumentar el -- precio o valor de cada vivienda, en una cantidad que no excederá de \$32,000.00 si se trata de vi--- viendas destinadas a los acreditados de recursos mínimos (VAIM) y de \$50,000.00 para las vivien--- das de interés social tipo A y tipo B indicadas anteriormente. 109/

Por otra parte, las características de las viviendas del tipo medio, de acuerdo con la circular del Banco de México, S.A. de 1o. de febrero de 1981, que modifica en su parte relativa la

circular número 1842/79, la habitación de tipo medio es aquella cuyo valor o precio fluctúa entre las cantidades de \$1'556,000.00 a \$1'750,000.00 según el cuadro que a continuación se transcribe; el monto del crédito autorizado por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros para la adquisición o construcción de estas viviendas es el 70% cuando dicho valor o precio no excede de ----- \$1'556,000.00 y de esta cantidad a la que tenga valor o precio de \$1'750,000.00, el monto del crédito autorizado desciende proporcionalmente.

Cuando el valor o precio de la casa-habitación es de \$6'000,000.00 ó superior a esta suma, se le denomina tipo residencia, y el monto del crédito autorizado es del 30% únicamente.

El requisito principal que se señala a los solicitantes de crédito para la adquisición, construcción o mejora de la habitación tipo medio, los cuales pueden ser personas físicas o morales, es su capacidad de pago.

Como en el fideicomiso relativo a la vivienda se aportan inmuebles a la fiduciaria, el fideicomiso debe formalizarse mediante escritura pública e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad correspondiente a la ubicación de los bienes aportados.

El artículo 354 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que "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... y surtirá efectos contra terceros desde la fecha de inscripción en el Registro.

Conviene señalar también las partes del fi-

deicomiso que en este caso de la vivienda son:

A) Fideicomitente(s), persona física o moral que aporte los terrenos a la institución fiduciaria (en algunos casos también recursos), para que sobre dichos inmuebles se realicen las obras de urbanización y construcción del conjunto habitacional de que se trate (en los fideicomisos particulares también se le llama promotor al fideicomitente).

En los fideicomisos gubernamentales comparece como representante del gobierno federal, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

B) Fiduciaria.- La institución de crédito ante la cual se constituye el fideicomiso y quien se encarga de realiza los fines del mismo.

C) Fideicomisarios.-

1.- Puede ser la misma fideicomitente para el solo efecto de recibir la contraprestación o precio de los terrenos aportados o cualquier remanente después de realizada la venta de viviendas y cubiertos los costos de operación del fideicomiso.

2.- Las personas beneficiadas con el programa habitacional (adquirentes de viviendas).

Los fines que normalmente se establecen en un fideicomiso de vivienda son los siguientes:

a) Que la fiduciaria reciba y conserve los bienes aportados para los fines del fideicomiso.

b) Que mediante gestiones de la fideicomitente, del comité técnico o de la propia fiduciaria, ésta contrate los financiamientos neces---

rios para la construcción de la unidad habitacional correspondiente.

c) Que la fiduciaria otorgue las garantías hipotecarias o fiduciarias sobre los bienes del fideicomiso, para garantizar los créditos que se obtengan de acuerdo con los presupuestos aprobados por el comité técnico.

d) Que con base en los proyectos aprobados y de acuerdo con las instrucciones que al efecto imparta el comité técnico, la fiduciaria realice los trámites administrativos para obtener la lotificación de los terrenos y para que contrate las obras de urbanización, construcción e instalaciones de la unidad habitacional de interés social a que se refiere el fideicomiso.

e) Que con base en las instrucciones del comité técnico la fiduciaria haga la venta de vivienda entre los jefes de familia que resulten beneficiados con el programa.

f) Que la fiduciaria pague con el producto de las ventas de viviendas, y demás fondos fiduciarios y hasta donde lo permitan dichos recursos, los créditos y demás obligaciones a cargo del fideicomiso.

g) Que en su caso, la fiduciaria realice la tramitación necesaria para la constitución del régimen de propiedad en condominio de las viviendas que se construyan.

h) Que en su caso, la fiduciaria transmita la propiedad de los terrenos excedentes de acuerdo con las instrucciones del comité técnico.

i) Que en su oportunidad, la fiduciaria proceda a la liquidación del patrimonio fideico-

mitido en los términos de ley.

j) En general, que la fiduciaria cumpla -- con los fines del fideicomiso en los términos -- del contrato respectivo y de acuerdo con las leyes de la materia.

Es importante señalar que las funciones del comité técnico en un fideicomiso de vivienda son las siguientes:

A) Conocer y aprobar, en su caso, los planes y proyectos y demás documentación técnica -- del programa habitacional que le presente la fiduciaria.

B) Conocer y aprobar, en su caso, los presupuestos de obra que le presente la fiduciaria.

C) Conocer y aprobar, en su caso, los presupuestos de gastos relacionados con los fines -- del fideicomiso que le presente la fiduciaria.

D) Establecer las bases conforme a las cuales deban celebrarse los concursos relativos a -- las obras del programa habitacional de que se -- trate.

E) Conocer y aprobar, en su caso, las condiciones conforme a las cuales deban contratarse los créditos para la realización de las obras -- del programa habitacional correspondiente.

F) Conocer y aprobar, en su caso, los contratos de supervisión técnica que debe celebrar la fiduciaria en cumplimiento de sus funciones.

G) Establecer las condiciones de venta de las viviendas.

H) En general, decidir lo que mejor convenga para el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

Por lo que se refiere al término del fideicomiso, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito dispone que el término del fideicomiso no debe exceder de 30 años, a menos que el beneficiario del mismo sea una institución de orden público o de beneficencia. También pueden constituirse fideicomisos con duración mayor de 30 años, cuando los fines de los mismos sean el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tenga fines de lucro.

Tratándose de fideicomisos de la vivienda, se acostumbra establecer una duración indefinida pero sin rebasar el término legal de los 30 años. Si se trata de fideicomisos de vivienda de interés social, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público puede declararlos de interés público y en ese supuesto el plazo puede ser indefinido.

Además, las causas legales de extinción del fideicomiso son las siguientes:

a) Por la realización del fin para el cual fue constituido. Como ejemplo citaremos el siguiente: si en el fideicomiso de vivienda se establecieron como fines la construcción y venta de viviendas, es evidente que al vender la fiduciaria la última vivienda y formular la liquidación correspondiente, no tiene ninguna justificación que el fideicomiso permanezca vigente, por lo que debe extinguirse.

b) Por hacerse éste imposible, por ejemplo: si en un fideicomiso de vivienda los terrenos --aportados a la fiduciaria resultan afectados posteriormente por alguna expropiación de la autori

dad o bien, las autoridades administrativas no autorizan la lotificación de esos inmuebles, la fiduciaria está imposibilitada para cumplir con los fines del fideicomiso, y por lo mismo éste debe extinguirse.

c) Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario, también en este caso es factible legalmente extinguir el fideicomiso, para lo cual se formulará el documento correspondiente.

d) Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso. -- Efectivamente, en algunos casos, al formularse el contrato de fideicomiso correspondiente, se estipula una cláusula en la que el fideicomitente se reserva el derecho de revocar el propio fideicomiso y sólo en esos casos procede esta causa de extinción; claro que previamente debe convenirse la forma en que se cubran las obligaciones que haya contraído la fiduciaria en cumplimiento del fideicomiso así como sus honorarios.

e) En el caso de renuncia o remoción del cargo de fiduciaria y que no sea posible la substitución de ésta, como el fideicomiso no puede funcionar sin la intervención de una institución de crédito como fiduciaria, al no contarse con la fiduciaria el fideicomiso debe extinguirse.

También es importante señalar que las disposiciones legales de carácter general aplicables al fideicomiso de la vivienda son:

La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares en los artículos 44, 45 bis, 46, 46 bis-1, 46 bis-2, 46 bis-6, 46 bis-7, 126, 127, 135, 138, 156, y otros relativos.

De la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito son aplicables los artículos 346 y 359.

Del Banco de México, S.A., circulares 1822/77, 1842/79 y demás relativas. 110/

d) EL FIDEICOMISO Y LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACION

Diversos autores que se han ocupado de estudiar los "certificados de participación", reconocen que éstos se inspiraron en los "trusts certificates" o "participating certificates", emitidos por los "trusts de inversión" surgidos en Inglaterra a mediados del siglo pasado y que después pasaron a los Estados Unidos.

Mediante ese "trust de inversión" ("investment") se reúnen grandes masas de pequeños patrimonios que reciben las compañías de inversión, para invertir esos capitales en diversos valores bursátiles con objeto de reducir los riesgos de las inversiones.

Las compañías de inversión emiten los certificados y los entregan a los pequeños inversionistas, que les dan derecho a percibir la parte proporcional que corresponde a la suma por ellos invertidas, de los productos que obtengan las compañías por la inversión que a su vez de esos capitales, y en su oportunidad, a que les sean reembolsadas a los pequeños inversionistas las cantidades que hayan aportado.

Para las personas de escasos recursos económicos esta forma de "trusts" les ofrece la venta

ja de invertir un pequeño capital en forma segura, ya que la compañía de inversión tiene los medios necesarios para conocer si conviene o no, - determinada inversión. Además, invertir los fondos en negocios de gran importancia que no son - accesibles al dueño de un pequeño capital.

Por otra parte, si el pequeño inversionista necesita fondos de inmediato, puede transmitir - el "trust certificate" a otra persona y recupe--rar su inversión, ya que los certificados son títulos de crédito destinados a circular.

Estos antecedentes del derecho extranjero - sirvieron de base para introducir el "certifica--do de participación" en nuestra legislación y lo vemos por primera vez en el decreto de 30 de --- agosto de 1933, reformado por la ley bancaria, - al facultar a las sociedades y a los departamen--tos fiduciarios para emitir "certificados" nomi--nativos, que pueden ser negociables, haciendo --constar la participación de distintos copropieta--rios en bienes, títulos y valores en poder de la institución.

Aparece ya con el nombre de "certificado de inversión" en la fracción XI del artículo 21 de la Ley Orgánica de la Nacional Financiera, S.A., del 31 de diciembre de 1940, que la autorizó a - "emitir certificados de participación, nominati--vos o al portador, en los que se haga constar la participación que tienen distintos copropieta--rios en títulos o valores, o en grupo de ellos, que se encuentren en poder de la institución o - vayan a ser adquiridos para ese objeto.

Octavio A. Hernández dice que las causas de la aparición del certificado de participación en México fueron: la consideración de las ventajas de los certificados emitidos por las compañías -

de inversión norteamericanas; la necesidad de -- crear un mercado de valores que hiciese posible la colocación de los emitidos por la Federación, los estados y los ayuntamientos, que no gozan -- del favor del público; la necesidad de colocar, de manera creciente, los valores industriales -- privados en círculos financieros más amplios; la necesidad de movilizar la riqueza estancada en -- las liquidaciones y las quiebras y la necesidad de facilitar, mediante sistemas de crédito espe- cífico, la construcción, la venta y el arrenda- miento de la habitación familiar de tipo medio.

Por su parte Cervantes Ahumada nos dice que con el éxito del llamado certificado de la Nacio- nal Financiera, y con la ingente necesidad que -- se siente en México de habitaciones populares, -- se pensó en que un título como el certificado de participación, aplicado al campo inmobiliario, -- podría facilitar la construcción de viviendas po- pulares. Agrega, que el Banco Nacional Hipotecá- rio Urbano y de Obras Públicas, S.A., fue encar- gado por el Gobierno Federal para atender el pro- blema que promovió y obtuvo una adición a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que trata de los "certificados de participación". Es el capítulo V bis del título I, que comprende los -- artículos del 228a al 228v, promulgado por decre- to del 30 de diciembre de 1946.

Como se ve, en México se amplió el campo -- del "trust certificate" angloamericano que se -- usa para inversión de valores netamente bursáti- les, al de la esfera inmobiliaria. 111/

Nos dice Cervantes Ahumada: "Teóricamente,

111/ Bauche Garcíadiago Mario. "Operaciones Bancarias". - Cuarta Edición 1981. México, D.F. pp. 220 a 222.

el mecanismo para la creación del certificado de participación inmobiliaria sería el siguiente: - se construiría un edificio de departamentos, con el cual se constituiría un fondo fiduciario común y se expedirían tantos certificados de participación como departamentos tuviera el edificio, por lo que cada certificado ampararía la propiedad o el derecho de uso de un determinado departamento, y como los títulos se venderían en abonos, se facilitaría a cada titular convertirse en propietario de su habitación. Los servicios generales estarían encargados al banco fiduciario. En esta forma podría movilizarse, con gran facilidad, la más inmóvil de las propiedades, como es la propiedad urbana".

La Ley de Títulos y Operaciones de Crédito en su (Art. 228-a) establece tres clases de certificados:

a) Los que incorporan "el derecho a una parte alícuota de los frutos o rendimientos de los valores, derechos o bienes de cualquier clase -- que tengan en fideicomiso irrevocable para ese propósito la sociedad fiduciaria que los emita". Es el certificado llamado de productos, que confiere a sus tenedores derecho sólo a una participación en los productos de un fruto fiduciario común.

b) Los que incorporan "el derecho a una parte alícuota del derecho de propiedad o de la titularidad de esos bienes, derechos o valores". Estos son los certificados de copropiedad, dentro de los cuales queda comprendido el certificado de participación inmobiliaria. En este certificado se incorporaría como hemos visto, el derecho de propiedad sobre una porción de un inmueble. Es oportuno anotar aquí que aún los certificados inmobiliarios serán considerados como --

bienes muebles artículo 228 b).

c) Los que incorporan "el derecho a una -- parte alícuota del producto que resulte de la -- venta de dichos bienes, derechos o valores". Es te es el certificado de liquidación, que se pen-- saba podría usarse en caso de sucesiones o liqui-- daciones de sociedades.

Dice la ley (Art. 228 1) que los certifica-- dos de participación podrán ser nominativos o al portador. En realidad creemos que para acatar -- la disposición constitucional que tiende a prohi-- bir la "mano muerta" los certificados de partici-- pación inmobiliaria deberán ser siempre nominati-- vos. Así lo ha entendido el proyecto para el -- Nuevo Código de Comercio.

El certificado deberá contener, formalmente, los datos de la sociedad fiduciaria creadora, la mención de ser certificado de participación y su clase (ordinario o inmobiliario); la fecha de ex-- pedición de título; los derechos que incorpora, y la firma del representante común de los tenedo-- res de certificados.

En la práctica, según ya indicamos, sólo -- han tenido aplicación los certificados de copropiedad. Se han constituido fondos comunes fidu-- ciarios, integrados por inmuebles y por dinero, para realizar fraccionamientos urbanos.

Se debe advertir que la institución se va -- desarrollando vacilantemente, y con múltiples -- errores y contradicciones, suele decirse en los fideicomisos que sirven de antecedentes a la --- creación de los certificados, que el fin del fi-- deicomiso es "la emisión de certificados de par-- ticipación". La creación del certificado no pue-- de ser, en estricto rigor, fin del fideicomiso,

sino forma de documentar los derechos derivados del mismo para el grupo de fideicomisarios titulares de los certificados. Si la creación y emisión del certificado fuera el fin del fideicomiso, lógicamente éste se extinguiría al quedar -- cumplido el fin (Art. 357 frac. I).

Al amparo de la ley, y con el fin de recolectar capitales como valores de inversión, se ha venido desarrollando una institución híbrida, bajo el nombre de certificado de participación. En este título el fiduciario garantiza rendimiento y devolución del principal, y se trata, en -- realidad, de obligaciones a cargo del fiduciario, con peligrosa desnaturalización del fideicomiso.

También se han creado certificados que, además del derecho de copropiedad sobre un inmueble, dan derecho a uso de una parte determinada del mismo (un departamento, un despacho). Este tipo de certificado es el que más debería fomentarse, como cooperación para solucionar el ingente problema de la habitación, que ya hemos citado. 112/

Los ordenamientos legales que reglamentan -- en nuestro país los certificados de participa-- ción son fundamentalmente la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, la Ley Orgánica de Nacional Financiera, S.A., así como una breve referencia en la Ley -- del Banco de México, S.A.

Es importante señalar que con la adición -- del artículo 90, que por Decreto del 30 de agos-

112/ Cervantes Ahumada Raúl. "Títulos y Operaciones de Crédito". Editorial Herrero, S.A. Octava Edición 1973. México, D.F. pp. 164 a 166.

to de 1933, de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, con la fracción IX, por virtud de la cual se estableció que las instituciones fiduciarias quedaban autorizadas para emitir certificados nominativos negociables en los que se haría constar la participación de un grupo de copropietarios sobre bienes, títulos o valores en poder de la institución fiduciaria emisora. 113/

Actualmente, el artículo 44 de la mencionada ley dice:

Art. 44.- Las sociedades o las instituciones de crédito que disfruten de la "concesión" para llevar a cabo operaciones fiduciarias, estarán autorizadas en los términos de esta ley:

a) Para practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;

i) Para emitir certificados haciendo constar la participación de los distintos copropietarios en bienes, títulos o valores que se encuentren en poder de la institución o la participación de acreedores en las liquidaciones en las que la institución fiduciaria tenga el carácter irrevocable de liquidador o síndico;

i-bis) También estarán autorizadas para emitir los certificados de vivienda a que se refiere el artículo 228-a bis de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sobre bienes inmuebles afectos en fideicomiso.

Dichos títulos serán nominativos, pagaderos

mediante una cuota inicial convencional y el resto a través de cuotas periódicas transmisibles - por herencia o por las demás causas que señale - el acta de emisión, etc. 114/

Los motivos para la creación del Certificado de Participación Mexicano de 1933, cuando el legislador se propuso ciertos fines; pero no los ha declarado expresamente mediante alguna exposición de motivos.

Naturalmente será entrar en el campo de las suposiciones poner en la intención del legislador, tales o cuales motivos; sin embargo, tenemos que pintar un cuadro de necesidades a satisfacer y funciones que realizar para entender el certificado de participación como una operación destinada a ser usada por la colectividad. 115/

Por otra parte, el artículo 228 b, de la -- Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, dice: - "Los certificados serán bienes muebles aun cuando los bienes fideicomitidos, materia de la emisión, sean inmuebles.

Sólo las instituciones de crédito autorizadas en los términos de la Ley respectiva para -- practicar operaciones fiduciarias podrán emitir estos títulos de crédito.

Los certificados que las sociedades fiduciarias expidan haciendo constar la participación -

114/ Legislación Bancaria. Editorial Porrúa, S.A. Vigésimosexta Edición. México, D.F. 1981.

115/ Galindo Guarneros Gustavo. "Certificados de Participación. Expectativas y Frustraciones". Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F. 1972. p. 21.

de los distintos copropietarios en bienes, títulos o valores que se encuentre en su poder, no producirán efectos como títulos de crédito y serán considerados solamente como documentos probatorios. 116/

En el análisis que nos proponemos llevar a cabo acerca de los certificados de participación, comenzaremos por reproducir su significado literal, así como el entendimiento que de mera unión de esas palabras parece suscitarse en el lenguaje común de los negocios.

Puesto que ya sabemos que los términos "certificados" y "participación" son términos legales, usaremos el centenario diccionario de legislación y jurisprudencia de Escriche, para reproducir dentro del sentido más apropiado, lo que el propio Escriche significa por "certificado" y por "participación".

Para Escriche, bajo la denominación de "certificatoria" (único vocablo inserto), se significa "lo mismo que certificación o instrumento en que se asegura alguna cosa", y por lo que se refiere a "participación", Escriche no contiene el vocablo, aunque sí habla de "participación", y a esta palabra le da el sentido de "derecho de con dueños o comuneros para demandar la participa-- ción, la cual debe efectuarse efectivamente dando a cada uno la parte que le corresponda".

Como se podrá apreciar en el lenguaje jurídico de hace un siglo las palabras "certificado" y "participación" no estaban acuñadas aún.

116/ Código de Comercio y Leyes Complementarias. Trigésimo novena Edición. Editorial Porrúa, S.A. 1981. México, D.F.

Como quiera que el uso del giro "certificado de participación" tiene un origen americano, usando un diccionario de términos legales americano del año de 1923, encontramos que por certificate, en el sentido de "certificación" se entiende una declaración firmada por un funcionario que le da autoridad a los hechos en la misma establecidos. Por lo que se refiere a "participación", no se encuentra el vocablo en este diccionario.

Si se recurre a un diccionario de negocios y finanzas, editado en 1957, por primera vez, encontramos que certificate of participation, se explica ya como aquellos "certificados" que en algunas ocasiones expiden las compañías de inversión en lugar de partes de capital, como evidencia de un interés proporcional poseído (en el sentido de propiedad), por el tenedor del certificado, sobre varios valores propiedad de la compañía.

Aparentemente, en el sentido común y corriente del lenguaje de negocios de un "certificado de participación" sugiere la idea de un documento autenticado por alguien, quien tiene autoridad para hacer constar un derecho sobre una fracción, o parte de una cosa en común.

Los anteriores comentarios tienen por finalidad darnos cuenta de que el término "certificado de participación" es un juego de palabras más bien moderno, acuñado recientemente inclusive en el lenguaje legal americano.

Actualmente dentro de la banca de México, ligamos prontamente el concepto de "certificado de participación" a las instituciones bancarias fiduciarias que los emiten y, si estamos enterados un poco más de la materia, asociamos el con-

cepto con la idea de un fideicomiso que, por disposición de la ley, le sirve de base. 117/

La emisión de certificados según la ley de 1933 consistía tanto en un instrumento para independizar a los copropietarios y coacreedores en una liquidación de la incertidumbre sobre la --- suerte que correrían sus derechos mientras se -- vieran mancomunados a las veleidades de los de-- más copropietarios o coacreedores como en un instrumento para atribuir a una institución fiduciaria, confiable para todos, el poder de hecho so-- bre tales bienes; de esta manera se materializa-- ban las diversas partes de interés mediante un - certificado que, pudiendo destinarse a la circu-- lación, permitía la negociación de derechos so-- bre bienes indivisos.

No contento con lo anterior, el legislador pretendió dar un paso más al posibilitar que dichos certificados pudieran tener un valor de li-- quidación, esto es, de conversión de bienes ilí-- quidos en dinero y, aún más, el legislador se -- asomó a la posibilidad de que la pretensión en - dinero que pudieran representar los propios cer-- tificados, llegara a fijarse en una cantidad de-- terminada.

En consecuencia, el legislador no sólo bus-- có seguridad en el derecho de los tenedores de - certificados a una parte de ciertos bienes, sino también hacer a éstos convertibles en dinero, - aun en forma garantizada.

Realmente el legislador estaba creando un -

117/ Galindo Guarneros Gustavo. Certificados de Partici-- pación. Expectativas y Frustraciones. Ob. cit. pp. 11 y 12.

título valor, que desde el punto de vista económico tenía como destino una movilización de la propiedad; ahora bien, esta creación llevaba inherente su propia frustración por las siguientes razones:

Los certificados de participación, al representar el derecho a una simple copropiedad, o el derecho del acreedor en una liquidación, no extinguían el derecho al copropietario ni el derecho del acreedor, ni en ninguna forma se independizaba el certificado puesto en circulación de dicha vinculación, por lo que los derechos representados quedaban expuestos a cualquier acción contra el copropietario o el acreedor, resultando los certificados, por consiguiente, indignos de confianza. Ahora bien, si hubo un procedimiento para evitar que esto ocurriera, ese procedimiento no se declaró en la ley de 1933.

Por el contrario, dentro de los certificados de participación conforme a la Ley de 1946, ya se independiza nítidamente los bienes y derechos objeto de certificados de los derechos que sobre los mismos tenían sus propietarios o titulares, con anterioridad a la emisión, mediante la constitución de un fideicomiso en el que se opera la transmisión al fiduciario de la propiedad o titularidad de bienes o derechos, quedando los propietarios y titulares originarios, ante todo el mundo, como expropietarios o extitulares de tales derechos.

Por consiguiente, debemos entender que en los certificados conforme a la Ley de 1946, la intención del legislador es que no exista liga alguna que permita a terceros irse contra el patrimonio del fideicomiso por derechos contra los propietarios o titulares anteriores, en forma tal que se pueda destruir o menoscabar el conte-

nido económico que expresamente representa un -- certificado de participación. Como consecuencia de lo anterior, en la constitución de fideicomisos relativos a certificados conforme a la Ley de 1946, se considera básico y es recomendable -- que la transferencia de bienes al fiduciario, para constituir el patrimonio fiduciario, base de la emisión, sea hecha en una forma tan clara y -- precisa que no deje lugar a dudas de ninguna especie.

Al parecer, dentro de la evolución del concepto de fideicomiso en México, está debidamente salvada, por el simple hecho de su constitución.
118/

Los certificados de participación implican una transferencia de bienes a una institución fiduciaria, en cuyo poder y dominio dichos bienes se independizan de los transferentes por virtud de la propia transmisión, lo que permite patrimonializar el contenido de los certificados para -- responder exclusivamente del valor de los mismos; todo lo anterior, en el concepto de que el emittente es la institución fiduciaria que adquiere los bienes.

De lo expuesto resulta que los certificados de participación, por lo que se refiere a los -- bienes y derechos que los constituyen, deben primordialmente satisfacer el requerimiento de que dichos bienes y derechos sean idóneos para ser -- representados en un valor apto, jurídico y económicamente, para circular y convertirse en dinero.
119/

118/ Galindo Guarneros Gustavo. Ob. cit. pp. 22 y 23.

119/ Ibidem. Ob. cit. p. 25.

La realidad es que todos los días estamos -tratando y negociando con bienes y derechos haciéndolos objeto de compraventas, de permutas, -de gravámenes y de promesas; negociamos con ellos porque los conocemos más o menos bien, tenemos confianza que mantengan su valor, se nos hacen -apetecibles para apropiárnoslos o los suponemos atractivos para que otros se los apropien a cambio de un precio generalmente valuable en dinero. Desde este punto de vista, el certificado de participación es como cualquier otro bien o derecho con la circunstancia de que puede cultivarse como un instrumento útil y funcional para la sociedad, cada día más compleja en que vivimos.

Naturalmente lo anterior no es nada nuevo, pues este conjunto de conocimientos que debe estar al alcance del tenedor de los certificados -ha quedado estipulado como un requisito de su existencia en la Ley de 1946. 120/

Habiendo expresado que los certificados con forme a la Ley de 1946, se emiten con base en --bienes y derechos que han sido transferidos a --una institución fiduciaria por el generador de los certificados, que tiene el carácter de fideicomitente, operaciones que constituyen un fideicomiso.

Los bienes y derechos objeto de la emisión en poder del fiduciario deben estar destinados a los fines inherentes a los certificados, sin restricción alguna. Mediante el fideicomiso, la --propiedad de dichos bienes y derechos será transmitida por el fideicomitente al fiduciario; esta transmisión de propiedad es reconocida por la --doctrina más generalizada, respaldada por ejecu-

torias de la Suprema Corte de Justicia de México y por disposiciones expresas de la Ley relativa a fideicomisos. 121/

Una de las variantes de los certificados de participación es precisamente la de los inmobiliarios, esto es, de aquellos en que los bienes fideicomitidos materia de la emisión sean inmuebles, es la de poder establecer en beneficio de los tenedores de los mismos derechos de aprovechamiento directo del inmueble fideicomitado, cuya extensión, alcance y modalidades se determinarán en el acta de emisión correspondiente. Esta disposición hace pensar que únicamente los certificados inmobiliarios podrán implicar derechos de aprovechamiento directo sobre los bienes materia de la emisión, y asimismo sugiere la idea de que en todos los demás casos no se podrá pactar un aprovechamiento directo sobre dichos bienes.

Tratándose de inmuebles, el aprovechamiento directo se considera indivisible de la tenencia del certificado en forma tal que cuando el tenedor del certificado no aproveche por sí el inmueble, entre el beneficiario del aprovechamiento directo y el tenedor del certificado se celebra un contrato de promesa de venta del certificado de participación correspondiente. Se sobreentiende, de la situación anterior, que si el certificado es una pretensión a una parte alícuota de un bien, cierta parte alícuota es igual al aprovechamiento directo de una parte física de dicho bien, unidad de habitación generalmente.

En la operación de referencia, debe suponerse que ya se realizaron los actos de destinación del inmueble y transmisión del mismo al fiducia-

rio mediante el fideicomiso relativo; asimismo, que ya medió un acto de emisión de certificados inmobiliarios y que dichos certificados fueron entregados al acreedor de los mismos (el fideicomitente), quien los pudo conservar o transmitir, en el concepto de que en este último caso el nuevo tenedor pudo reservarse el aprovechamiento directo, o haberlo negociado como antes quedó dicho.

Como se podrá apreciar de la descripción anterior, no se debe confundir un certificado cuyo valor se debe redimir (la ley dice amortizar), con un certificado que es simplemente materia de compraventa entre el tenedor actual y un tercero interesado en comprarlo, alentado para ello por el aprovechamiento directo que deriva de un bien.

La operación concebida y practicada, como se ha quedado dicho, ha tenido la virtud de hacer sentir a los promitentes compradores de los certificados que realmente están pagando en abonos la adquisición de una propiedad. El uso cada vez más frecuente de esta operación da la perspectiva de las posibilidades de los certificados cuando se aúna la confianza que se tiene en los mismos, como títulos de crédito que son, con la inmediatez y tangibilidad del aprovechamiento que en buena cantidad de casos puede derivarse de los bienes fideicomitidos, base de la emisión.

Consecuentemente, nos parece indicado concluir que el derecho al aprovechamiento directo de los bienes fideicomitidos no es sólo legalmente posible en el caso de inmuebles, sino asimismo en el caso de muebles, sin más límites que ajustar dicho uso a lo razonable y funcional, --

según el caso de que se trate. 122/

De conformidad con lo dispuesto en la multi citada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los certificados de participación se de signan como certificados ordinarios si los bie-- nes fideicomitidos materia de la emisión son mue bles y los certificados de participación se deno minan inmobiliarios, cuando los bienes materia - de la emisión son inmuebles (Artículo 228 D).

Otra clasificación que puede darse a los -- certificados de participación, según la ley invo cada, es la de certificados de participación -- amortizables y certificados de participación no amortizables (Artículo 228 I).

Finalmente, de acuerdo con la ley a que se ha venido haciendo mención, los certificados de participación pueden ser nominativos o al portador o nominativos con cupones al portador y se rán emitidos por series de denominaciones de --- cien pesos o de sus múltiplos (Artículo 228 L).

Los certificados de participación inmobilia ria amortizables, se caracterizan porque además del derecho que dan a sus tenedores a una parte alícuota de los frutos o rendimientos correspon- dientes, otorgan a su titular el derecho al reem bolso de su valor nominal.

Los certificados de participación no amorti zable se distinguen porque la sociedad emisora - no está obligada a efectuar el pago del valor no minal de ellos a sus tenedores, en ningún tiempo, sólo que al extinguirse el fideicomiso base de - la emisión, y de acuerdo con las resoluciones de

la Asamblea General de Tenedores de Certificados, la sociedad emisora procederá a hacer la adjudicación y venta de los bienes fideicomitidos y la distribución del producto neto de la misma en -- los términos del artículo 228 A (Artículo 228 J).

Es importante señalar que las disposiciones relativas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que integran el capítulo V bis -- del título primero, regulan los certificados que han sido emitidos sobre la base de un fideicomiso, en tanto que los preceptos anteriormente invocados de la Ley General de Instituciones de -- Crédito y Organizaciones Auxiliares, regulan certificados de participación en copropiedad, sobre valores o bienes muebles o inmuebles que se encuentran en poder de la institución emisora y -- certificados de participación, que acreditan cuotas de acreedores en las liquidaciones o que -- -- bras manejadas por la emisora.

Ahora bien, la institución de crédito que a la fecha ha emitido certificados de participación inmobiliaria amortizables y no amortizables es el Banco de Obras y Servicios Públicos, S.A. La citada institución ha emitido dichos títulos de acuerdo con las facultades que le confiere su Ley Orgánica y en su carácter de fiduciario del fideicomiso denominado "Fondo de Habitaciones Populares". Consecuentemente, la referida emisión de certificados tiene como instrumento básico un fideicomiso y los recursos que se obtienen al colocar esos títulos que son destinados a la recuperación del costo de las viviendas a que se refiere dicho fideicomiso. Así también estos certificados sirven de instrumento para otorgar a los adquirentes los derechos de aprovechamiento directo de las viviendas y locales a que se re--

fiere la emisión de los certificados. 123/

Por otra parte, la Ley Orgánica de Nacional Financiera, S.A., regula dos clases de certificados de participación, a saber: aquellos en los que el tenedor adquiere el derecho a la entrega de los títulos y aquellos en que el propio tenedor sólo tiene derecho a recibir una parte del importe de la venta de dichos certificados.

En efecto, el artículo 60. de la Ley Orgánica de Nacional Financiera, S.A., prescribe que:

Nacional Financiera, S.A., estará facultada para:

II.- Emitir certificados de participación, - nominativos o al portador, en los que se haga -- constar que tienen distintos copropietarios en - títulos de valores, o en grupos de ellos, que se encuentran en poder de la institución o vayan a ser adquiridos para ese objeto.

La institución conservará los valores de -- los coparticipantes en simple custodia o adminis- tración y en este caso, podrá celebrar sobre es- tos mismos títulos las operaciones que se estime pertinentes, y sólo será responsable del debido desempeño de su cargo.

Cuando los certificados de participación ha- gan constar el derecho de copropietarios sobre - valores individualmente determinados, se entende- rá que la institución garantiza, a los tenedores, la entrega de esos títulos.

Cuando los certificados hagan constar sola-

mente la participación del copropietario en una parte alícuota de un conjunto de valores y de -- sus productos, o del valor que resulte de su venta, la institución sólo será responsable de la - existencia de los valores y de la entrega de sus productos o de su precio, en su caso.

La emisión de dichos certificados se hará - por declaración unilateral de la voluntad de la sociedad emisora expresada en acta notarial, en la que se fijarán la naturaleza, condiciones, -- plazos de retiro y las utilidades, intereses o - dividendos que Nacional Financiera, S.A. garantice a los tenedores de los certificados.

Además, en la Ley Orgánica del Banco de México, S.A., encontramos la referencia siguiente:

Art. 24.- El Banco podrá, en las condicio-- nes que fije su Consejo y de acuerdo con esta -- ley:

X.- Abrir créditos y conceder préstamos a - las instituciones nacionales de crédito y a las instituciones asociadas, sobre los valores si--- guientes:

c) Certificados de depósito bancario, obliga ciones con prenda de títulos o valores, obligaci ones hipotecarias, bonos financieros, bonos hipotecarios y certificados de participación de esta clase de valores; siempre que en todo caso, los valores, además de estar al corriente en el pago de sus intereses y amortizaciones, hayan sido emitidos o garantizados por una institución de crédito.

Los certificados de participación deberán - estar expedidos por una institución autorizada - para efectuar operaciones fiduciarias.

XIII.- Comprar o vender los títulos o valores a que se refiere el inciso c) de la fracción X.
124/

Debemos hacer notar que según el artículo - 228 m de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la emisión de los certificados de -- participación se hará previa declaración unilateral de voluntad de la sociedad emisora expresada en escritura pública, en la que se harán constar:

I.- La denominación, el objeto y el domicilio de la sociedad emisora;

II.- Una relación del acto constitutivo del fideicomiso, base de la emisión;

III.- Una descripción suficiente de los derechos o cosas materia de la emisión;

IV.- El dictamen pericial a que se refiere - el artículo 228 h;

V.- El importe de la emisión, con especificación del número y valor de los certificados - que se emitirán, y de las series y subseries, si las hubiere;

VI.- La naturaleza de los títulos y los derechos que ellos conferirán;

VII.- La denominación de los títulos;

VIII.- En su caso, el mínimo de rendimiento garantizado;

IX.- El término señalado para el pago de pro...

ductos o rendimientos, y si los certificados fueran amortizables, los plazos, condiciones y forma de la amortización;

X.- Los datos de registro que sean procedentes para la identificación de los bienes materia de la emisión y de los antecedentes de la misma;

XI.- La designación de representante común de los tenedores de certificados y la aceptación de éste, con su declaración:

a) De haber verificado la constitución del fideicomiso base de la emisión;

b) De haber comprobado la existencia de los bienes fideicomitidos y la autenticidad del peritaje practicado sobre los mismos, de acuerdo con el artículo 228 h.

En caso de que los certificados se ofrezcan en venta al público, los avisos o la propaganda contendrán los datos anteriores. Por violación de lo dispuesto en este párrafo quedarán solidariamente sujetos a daños y perjuicios aquellos a quienes la violación sea imputable.

El certificado de participación deberá contener de acuerdo con el artículo 228 n, de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, las siguientes características:

I.- La mención de ser "certificado de participación" y la expresión de si es ordinario o inmobiliario;

II.- La designación de la sociedad emisora y la firma autógrafa del funcionario de la misma, autorizado para suscribir la emisión correspondiente;

III.- La fecha de expedición del título;

IV.- El importe de la emisión, con especificación del número y del valor nominal de los certificados que se emitan;

V.- En su caso, el mínimo de rendimiento garantizado;

VI.- El término señalado para el pago de productos o rendimientos y del capital y los plazos, condiciones y forma en que los certificados han de ser amortizados;

VII.- El lugar y modo de pago;

VIII.- La especificación, en su caso, de las garantías especiales que se constituyan para la emisión, con expresión de las inscripciones relativas en el Registro Público.

IX.- El lugar y la fecha del acta de emisión, con especificación de la fecha y número de la inscripción relativa en el Registro de Comercio.

X.- La firma autógrafa del representante común de los tenedores de certificados. 125/

Al explicar que los certificados de participación funcionan transportando un valor de contenido económico que debe ser celosamente preservado por la institución fiduciaria que lo emite y realísticamente sopesado o justipreciado por el tenedor, que negocia con el mismo, conviene también destacar que la función primordial de los certificados de participación es la de operar -

como un instrumento de inversión productiva, como diría el ilustre Dr. don Roberto A. Esteva -- Ruíz.

Es obvio que el legislador le dio al certificado de participación la categoría de un instrumento de inversión, que por las declaraciones contenidas en el mismo pudiera ser tomado por -- tantos tenedores como quisieran invertir y tam-- bién es obvio que quiso darles a los propieta-- rios y titulares de bienes y derechos la coyuntu-- ra, digamos de institucionalizar dichos bienes y derechos, así como reducirlos al común denomina-- dor de un valor expresable en dinero.

Para cumplir el propósito anterior, el le-- gislador hubo de recurrir al fiduciario, y al fi-- deicomiso, a instaurar un sistema de supervisión de la emisión a cargo de organismos especializa-- dos (Comisión Nacional Bancaria), a establecer - el requisito de la Valuación previa de los bie-- nes y derechos a través de instituciones naciona-- les y a la institución del representante común - de los tenedores de certificados.

Por supuesto, todos los mecanismos anterio-- res son medios para alcanzar diversos objetivos, de los cuales el objetivo final es hacer funcio-- nar a los certificados como títulos de inversión.

Tratar los certificados como un instrumento de inversión equivale a concebirlos como un ins-- trumento de acopio de capitales y de liquidación de propiedades para el fideicomitente, generados de la emisión. Efectivamente, cualquier empresa rí en busca de socios capitalistas o cualquier negociante interesado en vender participaciones en su negocio para allegarse recursos, mediante los certificados de participación puede conver-- tir sus bienes y derechos en fuentes de fondos -

adicionales, puesto que los certificados que haga emitir pueden ser tomados por el público como un título de inversión. 126/

C A P Í T U L O V

EL FIDEICOMISO Y LOS CERTIFICADOS DE LA VIVIENDA

- a) Generalidades.
- b) Naturaleza Jurídica de los Certificados de Vivienda.
- c) Marco Legal de los Certificados de Vivienda.
- d) Requisitos de emisión de Certificados de la Vivienda.

C A P Í T U L O V

EL FIDEICOMISO Y LOS CERTIFICADOS DE LA
VIVIENDA

a) GENERALIDADES

Una vez que hemos mencionado los organismos más importantes de la vivienda, es conveniente señalar que según Bauche Garcíadiego, los "certificados de participación" se inspiraron en los "trust certificates" anglo-norteamericanos, que se entregan a los pequeños inversionistas que -- han encomendado sus capitales a una compañía de inversión, para invertirlos en diversos valores bursátiles, dándoles derecho esos "trust certificates" a percibir la parte proporcional que corresponda a las sumas por ellos invertidas, de los productos que obtenga la compañía de inversión y a que en su oportunidad les sean reembolsadas las cantidades que aportaron.

Al hacer esta referencia sobre los certificados de participación, tenemos conocimiento de que éstos aparecen en nuestra legislación con el nombre de "certificados de inversión", en 1940, habiendo sido autorizada para emitirlos la Nacional Financiera, S.A., en los que debe constar la participación que tienen distintos copropietarios en títulos o valores.

Por último, se incluyó en 1946 un capítulo dedicado a los "certificados de participación" en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, y se amplía su campo de restringida inversión en valores bursátiles, a la esfera inmobiliaria, ya que el artículo 228 d, los clasifica en "ordinarios o inmobiliarios", según que los bienes fideicomitidos sean muebles o inmuebles.

Debe hacerse notar que los "certificados de participación" llevan implícito en su naturaleza el derecho de copropiedad.

En efecto, la Ley de Títulos establece que dan derecho a una parte alícuota de los frutos - de los valores, de propiedad, y del producto neto que resulte de la venta de los bienes, derechos o valores.

Posteriormente, en orden cronológico, en -- 1953 se reformó la Ley Orgánica del Banco Nacional Hipotecario Urbano y de Obras Públicas, y en su artículo 28 se establece que los certificados de participación inmobiliaria serán títulos de crédito que la institución emita sobre inmuebles afectos en fideicomiso y representarán el derecho de sus tenedores a una parte alícuota del -- bien materia de la emisión, de sus frutos o rendimientos o del valor neto que resulte de su venta.

La copropiedad es la situación jurídica en la que una cosa o un derecho pertenece pro indiviso, es decir, antes de ser dividido, a varias personas. Planiol define la copropiedad como si gue: "Una cosa perteneciente a varios propietarios se halla en división cuando el derecho de - cada propietario recae sobre la totalidad (y no sobre una porción determinada) de la cosa común.

La parte de cada uno no es por lo tanto, -- una parte material, sino una parte alícuota que se expresa mediante una cifra: un tercio, un -- cuarto, un décimo. El derecho de propiedad está dividido entre ellos; la cosa no es indivisa. El derecho de cada propietario recae sobre todas y cada una de las moléculas de la cosa, y en ellas el derecho de sus copropietarios, en la medida -

correspondiente a éstos". 127/

Galindo Guarneros, señala que en derecho positivo mexicano el origen de los certificados de participación se remonta al decreto que reformó la Ley General de Instituciones de Crédito el 30 de agosto de 1933, cuando en el artículo 90 fracción IX, al referirse a las instituciones fiduciarias, se dispone que:

Las sociedades y los departamentos autorizados al efecto para actuar como fiduciarias podrán emitir certificados nominativos que podrán ser negociables, haciendo constar la participación de los distintos copropietarios en bienes, títulos o valores que se encuentren en poder de la institución, o la participación de los acreedores en las liquidaciones en las que la institución fiduciaria tenga el carácter irrevocable de liquidador o síndico.

Cuando los certificados de participación hagan constar el derecho del copropietario o del acreedor a una cantidad fija, se entenderá que la institución emisora garantiza el pago de esa cantidad; cuando los certificados hagan constar solamente la participación del copropietario o del acreedor en una parte alícuota de los bienes o del activo o valor netos que resulten en la venta o liquidación, la institución fiduciaria sólo será responsable de la existencia de los bienes o de la legitimidad del crédito.

Es de destacarse que la fracción IX de referencia menciona como características de los certificados de participación, las siguientes:

127/ Bauche García Diego Mario. "Operaciones Bancarias". Ob. cit. pp. 222 y 223.

- A) Serán nominativos.
- B) Podrán ser negociables.
- C) Podrán hacer constar el derecho del tenedor a una cantidad fija.
- D) La institución emisora podrá garantizar el pago de un certificado, cuando se haga constar en los mismos el derecho a una cantidad fija.
- E) Las instituciones fiduciarias sólo serán responsables de la existencia de los bienes o de la legitimidad del crédito.
- F) Los certificados harán constar la participación de distintos copropietarios en bienes, títulos o valores.
- G) En el caso anterior es condición, para hacer constar la participación, que los bienes, títulos o valores se encuentran en poder de la institución.
- H) Los certificados también podrán hacer constar la participación de los acreedores en liquidaciones.
- I) En el caso anterior, es condición que la institución fiduciaria tenga el carácter irrevocable de liquidador o síndico.

Al desglosarse las características anteriores, puede apreciarse que la concepción del certificado de participación descansaba en algunos puntos básicos, como son:

1o.- La institución fiduciaria debe tener en su poder los bienes, títulos o valores, o debe tener un derecho irrevocable a los bienes que

sean objeto de una liquidación; esto es, el certificado de participación puede ser emitido porque los bienes títulos o valores, o derechos en una liquidación, han dejado de formar parte de la capacidad de disposición sobre ellos de sus propietarios originales para entrar a formar parte de la capacidad de disposición de la institución fiduciaria, exclusivamente.

2o.- Para la emisión de certificados es condición que exista una copropiedad o una liquidación; esta situación representa una restricción a la posibilidad de emisión de certificados, ya que supone la existencia de una copropiedad o de un patrimonio en liquidación; esta restricción no se presenta en el nuevo certificado de participación introducido desde 1946, que adoptó el fideicomiso como base de la emisión.

3o.- Es de mencionarse que la Ley de 1933, al referirse a la propiedad (copropiedad) participada, no dice que ésta pasa a la propiedad de la institución fiduciaria, sino a su poder, lo que hace pensar a algún autor que se constituye un depósito. Ahora bien, en la Ley de 1946, al adoptar el fideicomiso como base de la emisión, como antes se dice, la propiedad participada queda titulada a la institución fiduciaria.

Tal vez debido a la característica antes -- anotada de los certificados según la Ley de 1933, se debió que la propia ley limitara la circulación de los certificados al máximo, haciéndolos nominativos, lo que contrasta con la Ley de 1946 que permite su circulación al portador, seguramente porque teniendo como base la transmisión de los bienes al fiduciario mediante un fideicomiso, la institución fiduciaria puede contraer un compromiso contra todo el mundo.

4o.- Asimismo es de destacarse que los certificados, además de poder hacer constar la participación de acreedores en liquidaciones, pueden hacer constar participaciones en bienes, títulos o valores.

Refiriéndose a la Ley de 1946, Batiza considera que ésta vino a trastornar y pervertir radicalmente la concepción del trust certificate, al elaborar una institución híbrida cuyo único punto de contacto con el trust de inversión es la posibilidad del derecho a una parte alícuota del derecho de propiedad o de la titularidad de valores; dentro del análisis de esta situación Batiza agrega que la desnaturalización se acentúa por el establecimiento de certificados ordinarios e inmobiliarios y certificados no amortizables, pues los bienes inmuebles no son idóneos en la cartera de los trust de inversión integrada exclusivamente por valores bursátiles. Asimismo, menciona que en cuanto a los certificados no amortizables, es difícil descubrir el atractivo que pueden ofrecer al inversionista.

Por nuestra parte, dice Galindo Guarneros: "nos permitimos considerar que el parentesco de nuestros certificados de participación con los trust certificates emitidos por los trust de inversión, de llegar a existir, es muy lejano y que, son tantas las diferencias entre ambos, además de las expuestas por Batiza, que tal vez podamos concluir, como veremos más adelante, que el certificado de participación mexicano tiene raíces, consecuencias y expresiones muy lejanas al trust certificate o participating certificate. De ser esto cierto, tendremos que aceptar la tarea de construir toda una teoría que aproveche la oportunidad que nos da la legislación vigente sobre certificados de participación para movilizar la riqueza, conforme a nuestra capacidad y -

manera de ser". 128/

Bauche Garcíaadiego comenta, los "certificados de participación" llevan implícito en su naturaleza el derecho de copropiedad, ya que dan derecho a una parte alícuota de los frutos de -- los valores, del derecho de propiedad, y del producto neto que resulte de la venta de los bienes, derechos o valores.

Además, presuponen la constitución de un fideicomiso.

Desde el punto de vista de la naturaleza de los bienes fideicomitidos para el efecto de la -emisión, se dividen en "ordinarios" e "inmobiliarios".

Los primeros recaen sobre un fondo común -- constituido por bienes muebles y los segundos sobre un fondo común constituido por bienes raíces.

Continuando con el estudio de los certificados de participación "inmobiliarios", nuestro legislador los ha dividido en "amortizables" e --- "inamortizables".

Los certificados "amortizables" o "reembol-sables", como más propiamente los llama Octavio A. Hernández, dan derecho además de a los frutos o rendimientos del fideicomiso, al reembolso del valor nominal del título.

Los certificados que nuestra legislación -- llama "no amortizables" o no reembolsables, a --

128/ Galindo Guarneros Gustavo. "Certificados de Partici-pación. Expectativas y Frustraciones". Ob. cit. pp. 12 a 18.

los que Octavio A. Hernández más castizamente denomina "inamortizables" o "irreembolsables", no obligan a la fiduciaria a hacer el pago del valor nominal de ellos a sus tenedores, en ningún tiempo.

Al terminar el fideicomiso base de la emisión de los certificados, y de acuerdo con las resoluciones de la asamblea general de tenedores de ellos, la sociedad emisora procederá a hacer la adjudicación y venta de los bienes fideicomitidos y la distribución del producto neto de la misma. (Artículos 228k y 228a, de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

Tanto unos como otros están reglamentados en la citada ley, por lo cual pueden ser emitidos por cualquier institución de crédito con departamento fiduciario, pero si los bienes fideicomitidos son muebles, el monto total de la emisión será fijado mediante dictamen que formule, previo peritaje que practique, la Nacional Financiera, S.A. Si los bienes fideicomitidos son inmuebles, el dictamen lo formulará el Banco Nacional Hipotecario y de Obras Públicas, S.A.

Por decreto publicado en el Diario Oficial del 30 de diciembre de 1953, se reformó la Ley Orgánica del citado Banco Nacional Hipotecario - Urbano y de Obras Públicas, y en su capítulo VII se reglamenta la emisión de "certificados de participación inmobiliaria". Las principales modalidades son que los certificados inamortizables que emita recaerán generalmente sobre inmuebles destinados a habitaciones populares y sólo podrán ser suscritos por los ocupantes de dichos inmuebles.

Para financiar la construcción de un edificio destinado a habitaciones populares, puede el citado banco emitir certificados reembolsables y

del producto de su venta hacer el financiamiento de la edificación. En tal caso, emite igualmente certificados irrembolsables de los que serán titulares los ocupantes del edificio y el producto de esa emisión se destinará a amortizar la -- emisión de los certificados reembolsables.

Mediante este procedimiento se logra que el banco lleve a cabo el financiamiento de construcciones que contribuyan a resolver el problema de la habitación familiar. De igual manera, que -- quien invierte en certificados no reembolsables consiga habitar una vivienda que al vencimiento de los títulos será de su propiedad, sin que lógicamente tenga derecho a que le sea reembolsado el importe de ellos. Por último, quien invierta en certificados amortizables, asegura la obtención de rendimientos debidamente garantizados.

Los certificados irrembolsables que emite el Banco Nacional Hipotecario Urbano y de Obras Públicas, S.A., son de "circulación restringida", en contra de la regla general de circulación de los títulos de crédito. En efecto, deberán ser siempre nominativos, es decir, a favor de personas determinadas; no podrán ser objeto de embargo u operación alguna que los afecte en beneficio de terceros, salvo algunas excepciones; sólo podrán ser enajenados o endosados, previo consentimiento escrito del banco y siempre que los nuevos beneficiarios ocupen realmente la habitación o vivienda amparada por el certificado. 129/

El fideicomiso, como otras instituciones -- que han surgido en la historia de las relaciones humanas, cumple con una función social; ya que -

mediante el mismo se procura la solución de necesidades de grandes masas de población, buscando eficacia, rapidez y profesionalismo, al mismo -- tiempo que se trata de bajar los costos de operación en múltiples actividades; es así como el fideicomiso ha servido para trazar y ejecutar grandes unidades habitacionales que benefician a personas de bajos ingresos; por lo que se han emitido los certificados de vivienda, que bajan el -- costo de la transmisión de la propiedad, y que -- inexplicablemente se han dejado de emitir, razón por la cual en la presente tesis, da lugar para hacer algunas reflexiones al respecto. 130/

Se tiene conocimiento de que las instituciones que han utilizado los certificados de la vivienda para la realización de programas habitacionales han sido únicamente la Asociación Hipotecaria Mexicana, S.A. y Sociedad Mexicana de -- Crédito Industrial, S.A., quienes intervinieron como fiduciarias del Gobierno Federal en fideicomisos para la construcción de viviendas de interés social.

Estos programas habitacionales se realizaron en los años de 1964 a 1975 y el número de viviendas construidas con ese sistema ascendió a -- 40,000 aproximadamente, en el área metropolitana, cuyo costo se cubrió con financiamiento del propio Gobierno Federal.

Se dice que el carácter transitorio que tienen los certificados de vivienda, son de poco -- uso práctico, ya que sus tenedores, al terminar de pagarlos, tienen que recurrir a la escritura

130/ Banco Mexicano SOMEX. Instituciones Fiduciarias y Fideicomiso en México. 1982. México, D.F. pp. 63 y 64.

pública para que se les titulen sus viviendas.

Además de que los gastos de la escritura de emisión y su registro deben absorberlos los propios tenedores, los cuales sumados al costo de las escrituras de propiedad de las viviendas, hacen onerosas las operaciones con este sistema y si se trata de viviendas de interés social, cuyos adquirentes son jefes de familia de escasos o medianos recursos y que evidentemente por ello no resulta muy recomendable el uso de estos certificados.

En los certificados de vivienda, desde su emisión y desde la fecha en que se establece el compromiso de suscribir dichos títulos, se está en posibilidad de determinar si las viviendas amparadas por esta clase de títulos quedan sujetas al régimen de propiedad en condominio o tendrán el carácter de propiedades individuales, en tanto que las viviendas o departamentos relacionados con los certificados de participación inmobiliaria no amortizable, hasta que se salda el importe de la totalidad de los certificados o de la mayoría de éstos, la asamblea de tenedores resuelve el régimen de propiedad que debe adoptarse, o bien, si se enajenan esos inmuebles o se constituye un nuevo fideicomiso.

Con el sistema de certificados de vivienda, la institución emisora recupera en un plazo mayor la inversión realizada en la construcción de viviendas (cuotas periódicas), en tanto que con la emisión de certificados de participación inmobiliaria, la emisora está en posibilidad de recuperar en un plazo corto la inversión, colocando los certificados de participación amortizables - que se emiten simultáneamente con los no amortizables. 131/

Los "certificados de vivienda" fueron creados mediante una adición a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, agregándole el artículo "228 a bis", que entró en vigor desde su publicación en el Diario Oficial del 30 de diciembre de 1963, en que se publicó el decreto -- que crea este certificado de vivienda, no existe ninguna exposición de motivos por la cual nos podamos dar cuenta de cuál ha sido el motivo del Poder Ejecutivo para promover su creación. Más aún, fue aprobado este decreto junto con otros veintisiete decretos en una sola sesión del Congreso, con dispensa de trámites, por lo que también se ignoran las causas por las cuales los -- aprobó el Poder Legislativo.

Se debe tomar en cuenta que los certificados "inmobiliarios" son los que más relación tienen con los de vivienda, de tal manera que se entiende que mediante los "inamortizables" o no -- "reembolsables" se consigue que quien envierte -- en ellos, pueda habitar una vivienda que al vencimiento del título será de su propiedad.

Por lo tanto, existiendo los "certificados de participación inmobiliarios no amortizables" que dan derecho que al vencimiento del título se transmite la propiedad de una vivienda, gozándose entretanto del aprovechamiento directo del inmueble, cabe preguntar qué objeto tiene la creación de los de la "vivienda" en el nuevo precepto.

Los certificados de la vivienda rompen la -- regla general de los de participación; puesto -- que en el Art. "228 a" establece que los certificados de participación "representan el derecho a una parte alícuota del derecho de propiedad o de la titularidad de bienes de cualquier clase que tenga en fideicomiso irrevocable para ese propó-

sito la sociedad fiduciaria que los emita.

Explicado ya con anterioridad que el dar de recho a una "parte alícuota" quiere decir que dan derecho a una mitad, a un tercio, a un cuarto, a un décimo, etc., del derecho de propiedad. Es una consecuencia de la copropiedad en la que un terreno, una casa o un edificio pertenece a varios propietarios pro indiviso. Es decir, --- cuando la parte de cada uno no es una parte material, como un piso, un cuarto, etc., sino que tódo el edificio es de todos.

Por su parte, el Art. "228 E" indica que -- "tratándose de certificados de participación inmobiliarios, la sociedad emisora podrá estable---cer en beneficio de los tenedores, derechos de -aprovechamiento directo del inmueble fideicomitido, cuya extensión, alcance y modalidades se determinarán en el acta de emisión correspondien---te".

Es decir, la sociedad emisora podrá establacer que el tenedor del título "A" tenga el aprovechamiento directo del departamento "A"; que es el tenedor del título "B" tenga igualmente el --aprovechamiento del departamento "B", etc.

Sin embargo, aun cuando el tenedor del título tuviere el aprovechamiento del departamento -"A", o del departamento "B", al vencimiento del título no pasaría a ser de su propiedad ese departamento, sino que sería copropietario de todo el edificio y su "parte alícuota" sería, por ---ejemplo, una décima parte del edificio.

El legislador al crear los "certificados de la vivienda" quiso que al vencimiento del título se le escriture al tenedor el departamento que -venía aprovechando, de manera específica y no --

una décima parte del inmueble. 132/

b) NATURALEZA JURIDICA DE LOS CERTIFICADOS DE VIVIENDA

Con relación a este aspecto nos señala Bauche Garcíadiego, la definición que nos da el artículo 228 a bis, que los creó es la siguiente: Los "certificados de vivienda" son títulos que representan el derecho, mediante el pago de la totalidad de las cuotas estipuladas, a que se transmita la propiedad de una vivienda, gozándose entretanto del aprovechamiento directo del inmueble, y en caso de incumplimiento o abandono, a recuperar una parte de dichas cuotas de acuerdo con los valores de rescate que se fijen".

Por lo tanto, no son certificados de productos; ni son certificados de liquidación, de quiebras o de acreedores; tampoco son de garantía, ni son títulos fiduciarias, ni en fin, certificados amortizables.

Sigue diciendo Bauche Garcíadiego los "certificados de vivienda" son certificados de propiedad en cuanto que dan derecho a UNA PARTE DETERMINADA, como lo es UNA VIVIENDA, ya sea un apartamento o un cuarto. Son certificados de aprovechamiento en cuanto que dan derecho al goce o disfrute de esa vivienda.

Son certificados de copropiedad respecto de la indivisión de las partes relativas a los servicios comunes, como los vestíbulos, escaleras, corredores, azoteas, etc. Por último, son certificados inamortizables o no reembolsables, ya

que el tenedor no tiene derecho a recuperar la totalidad de las cuotas, sino que por imperativo de la Ley, sólo tiene derecho a recuperar una parte de dichas cuotas, en caso de incumplimiento o abandono.

Desde el punto de vista de la naturaleza de los bienes fideicomitidos, necesariamente deben ser certificados inmobiliarios, ya que recaen sobre un fondo común de emisión constituido por bienes inmuebles.

Además, como fueron incluidos en el Capítulo relativo a los "certificados de participación", deberán regirse por las notas comunes a ellos y las específicas que les son propias a los de la "vivienda", como sigue:

a) Son bienes muebles, como todos los títulos de crédito.

b) Deben ser nominativos. Para llegar a esta conclusión se ha tenido en cuenta lo siguiente: El artículo 228 "L" de la Ley de Títulos establece para los "certificados de participación" la libertad de que pueden ser NOMINATIVOS o AL PORTADOR; en tratándose de los certificados de participación inmobiliaria "no amortizables" que está facultado a emitir el Banco Nacional Hipotecario, el legislador impuso la obligación en el artículo 34 de la Ley Orgánica del citado banco, de que serán siempre nominativos.

Aun cuando no cabría explicar por analogía este precepto legal, porque se trata de una ley especial y los certificados de "vivienda" están regidos por una ley general, como lo es la de Títulos de Crédito, que fundamenta las disposiciones al respecto.

Es curioso que el Reglamento de Certificados de vivienda, es por completo omiso a que estos certificados deben ser nominativos, ya que en el artículo 4o. no se menciona que deben llevar el nombre del tomador, pero sin embargo contiene disposiciones que implican su naturaleza de nominativos al establecer la fracción II del artículo 6o., la obligación del tenedor de ENDOSAR el título cuando exista convenio entre el tomador y la fiduciaria, y por causas de incumplimiento que produzca la pérdida de los derechos del tenedor, en favor de la persona que apruebe la institución fiduciaria, debiendo endosarse en forma previa a la recepción de los valores de rescate.

Por lo tanto, aunque el reglamento no lo expresa en forma categórica, al establecer que su transmisión deba ser por endoso, tiene que concluirse lógicamente que deben ser nominativos, puesto que es ésta la forma de transmisión de tales títulos, a diferencia de los títulos al portador, que se transmiten por simple entrega material sin necesidad de endoso alguno.

c) No deberán llevar cupones, ya que por su propia naturaleza no dan derecho al pago de productos o rendimientos, ni mucho menos a un mínimo de rendimiento garantizado. Solamente dan derecho a que se transmita la propiedad de una vivienda, gozándose entretanto del aprovechamiento directo del inmueble. La Ley de Títulos en el artículo citado establece para los de "participación" que pueden ser nominativos con cupones al portador, porque ellos sí dan derecho a frutos o rendimientos.

d) Sólo podrán ser emitidos por una institución fiduciaria.

e) Suponen necesariamente la constitución previa de un fideicomiso irrevocable a favor de la institución que los emite.

f) Son de una sola clase.

g) Deben ser siempre emitidos en serie.

h) Nunca pueden ser documentos singulares y aislados como las letras de cambio, los cheques y los pagarés. Desde este punto de vista son análogos a las obligaciones, billetes de banco, etc.

i) Son títulos de crédito causales, porque los derechos que representan están vinculados a la operación o acto jurídico que les dio nacimiento, y además, en los mismos certificados debe mencionarse dicho acto.

j) Están regidos por el principio de igualdad o sea, que confieren a sus poseedores legítimos iguales acciones y derechos.

k) La ley exige que su valor nominal sea de cien pesos o múltiplos de cien pesos.

l) Sólo pueden representar y otorgar derechos y obligaciones de carácter patrimonial, es decir, estimables en dinero y que afecten los bienes dados en fideicomiso irrevocable a la institución fiduciaria que emitió los certificados.

m) Los certificados de vivienda no son títulos de emisión libre porque únicamente pueden ser emitidos por una institución fiduciaria autorizada al efecto por la Secretaría de Hacienda y no como letras de cambio, los pagarés y los cheques que pueden otorgarse por cualquier particular; y, porque su valor se fija en relación con

los bienes dados en fideicomiso, mediante dictamen que se formule, previo peritaje, por el Banco Nacional Hipotecario.

En resumen, los "certificados de vivienda" son: Certificados inmobiliarios nominativos de participación, de propiedad y copropiedad, de aprovechamiento e inamortizables. 133/

c) MARCO LEGAL DE LOS CERTIFICADOS DE LA VI-
VIENDA

Los certificados de vivienda son introducidos en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito con la adición del artículo 228 a bis, mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de diciembre de 1963, disposición que entró en vigor el mismo día de su publicación, quedando redactado el precepto en los términos siguientes:

Art. 228 a bis.- Los "certificados de vivienda" son títulos que representan el derecho, mediante el pago de la totalidad de las cuotas estipuladas, a que se transmita la propiedad de una vivienda, gozándose entretanto del aprovechamiento directo del inmueble, y en caso de incumplimiento o abandono, recuperar una parte de dichas cuotas de acuerdo con los valores de rescate que se fijen". 134/

También en forma simultánea fue adicionada la Ley Bancaria con el inciso i) bis, al artícu-

133/ Bauche Garcíaadiego Mario. Ob. cit. pp. 243 a 245.

134/ Código de Comercio y Leyes Complementarias. Editorial Porrúa, S.A. Trigésimonovena Edición 1981. México, D.F.

lo 44, para prever la emisión de estos certificados por parte de las instituciones fiduciarias, de acuerdo al siguiente texto:

i) bis.- También estarán autorizadas para emitir los certificados de la vivienda a que se refiere el artículo 228 a bis, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sobre bienes inmuebles afectos en fideicomiso.

Dichos títulos serán nominativos, pagaderos mediante una cuota inicial convencional y el resto a través de cuotas periódicas, transmisibles por herencia o por las demás causas que señale el acta de emisión, conferirán derecho al uso de una vivienda durante todo el tiempo en que se esté cumpliendo con las obligaciones que imponga el certificado y, al liquidarse todas las prestaciones previstas, a que se transmita la propiedad del inmueble, con todos sus derechos accesorios.

En caso de incumplimiento o abandono del plan, los suscriptores perderán el derecho al uso del inmueble, debiendo proceder a su desocupación y tendrán derecho a recuperar parte de los fondos entregados, de acuerdo con los valores de rescate que se fijan, de los cuales deberán, en su caso, ser deducido el monto de las obligaciones pecuniarias que el título imponga al suscriptor y éste no haya cumplido.

En el acta de emisión deberá hacerse constar: las condiciones de transmisibilidad de los títulos; la forma y términos en que los suscriptores cumplirán con el compromiso de desocupar los inmuebles en los casos previstos en el párrafo precedente, de acuerdo con los procedimientos convencionales que se establezcan; todas las facultades que correspondan a la institución fidu-

ciaria como administradora de los bienes; la designación del representante común de los tenedores y sus facultades; la forma en que deberán -- contribuir los usuarios de los inmuebles a los gastos regulares de conservación y mantenimiento, tanto de sus viviendas como de los servicios generales; los términos del fideicomiso cuando incluya la autorización para la fiduciaria de obtener créditos hipotecarios en favor del patrimonio fideicomitado, con la garantía de éste; así como las características de los títulos, particularmente; las relativas a la mención de ser certificados de vivienda; valor nominal; condiciones y forma de pago; la tabla de valores de rescate; los requisitos de cuyo cumplimiento depende que se conceda el uso de la vivienda, así como el derecho de rehabilitación que se otorgue a los tenedores y las condiciones de su ejercicio.

A los certificados de vivienda y a las operaciones relacionadas con los mismos les serán aplicables, en lo conducente, las disposiciones contenidas en el capítulo V bis de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito; excepción hecha en los artículos 228 f, 228 i; 228 l; 228 q, exclusivamente en lo que hace a la fracción IV y al párrafo final del artículo 223.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público fijará los valores y mecanismos de rescate, así como las condiciones relativas a la rehabilitación de los títulos y dictará las demás disposiciones que se requieran para resolver otras cuestiones de carácter general". 135/

135/ Leyes y Códigos de México. "Legislación Bancaria". Editorial Porrúa, S.A. Vigésimosexta Edición 1981. México, D.F.

En el discurso pronunciado por el señor licenciado Antonio Ortíz Mena, Secretario de Hacienda y Crédito Público en la Trigésima Convención Nacional Bancaria, celebrada en Torreón, Coah. el día 12 de marzo de 1964, reconoció que con estos certificados se buscaba complementar los mecanismos que faciliten el desarrollo del programa de vivienda, permitiendo a las instituciones fiduciarias la emisión de un nuevo título que facilite a los posibles beneficiarios, mediante la práctica de un ahorro sistemático, el disfrute inmediato de una vivienda y posteriormente la transmisión de dominio a su favor.

En la Convención Bancaria citada, el Secretario de Hacienda señaló que:

"Este título hará posible que personas de bajo ingreso lo adquieran a plazos que se adecúen a su capacidad y evitándose desde el momento de su suscripción el pago de rentas adicionales, comprometiéndose sólo al pago de la cuota correspondiente". 136/

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público elaboró el reglamento sobre Certificados de Vivienda, que la Comisión Nacional Bancaria dio a conocer a las instituciones de crédito por medio de su circular 520 del 19 de noviembre de 1964, (mismo que a continuación se transcribe).

136/ Secretaría de Hacienda y Crédito Público. "Las Convenciones Bancarias", Discurso del Lic. Antonio Ortíz Mena en Torreón, Coah. el día 12 de marzo de 1964. México, D.F. 1981. p. 382.

A LAS INSTITUCIONES O DEPARTAMENTOS
FIDUCIARIOS:

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en oficio número 305-38276 del 27 de octubre último, se ha dirigido a esta Comisión dándole a conocer el Reglamento sobre Certificados de Vivienda que tuvo a bien elaborar con fundamento en lo que dispone la fracción i) bis del artículo 44 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

Por indicación de la propia Secretaría, y para que se sirvan ustedes darle la debida observancia, a continuación se transcriben las disposiciones de dicho Reglamento.

CERTIFICADOS DE VIVIENDA

En uso de las facultades que concede a esta Secretaría el párrafo final del artículo 44 i) bis de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, se ha tenido a bien expedir las siguientes disposiciones que deberán observarse en toda emisión de "certificados de vivienda".

Artículo 1o.- En toda emisión de certificados de vivienda, los inmuebles a que se refiere deberán reunir las características que el Banco de México, S.A., señale para la vivienda de interés social y estar debidamente asegurados contra incendio, terremoto y explosión.

Artículo 2o.- El acta de emisión deberá contener, además de las menciones que establece la Ley, las siguientes:

I.- El derecho que se hubiere reservado el

fideicomitente o en su caso el que haya conferido a la fiduciaria para señalar a los tomadores de los títulos;

II.- La circunstancia de que los certificados de vivienda sólo podrán ser tomados por aquellas personas que llenen los siguientes requisitos:

a) Tener la capacidad económica para cubrir las cuotas que se fijen;

b) Contratar un seguro de vida e invalidez y mantenerlo en vigor, hasta el pago total del título, para que el importe de aquél sea aplicado a cubrir el adeudo que exista al tiempo de ocurrir el siniestro.

III.- La especificación de los derechos, obligaciones y facultades que correspondan a la emisora y los tomadores;

IV.- Las causas que determinen la pérdida o en su caso la recuperación de los derechos del tenedor sobre el título;

V.- La forma y los términos convenidos por la emisora y los tenedores para desocupación del inmueble en los casos en que deba procederse a ésta;

VI.- En la hipótesis del artículo 10 fracción I, las bases para el señalamiento y recaudación de las cuotas relativas a servicios generales y de administración;

VII.- La designación de una institución de crédito, como representante común de los tenedores;

VIII.- Las bases para el funcionamiento de la asamblea de tenedores de certificados de vivienda.

Artículo 3o.- Las instituciones que funjan como fiduciarias en la emisión de los certificados de vivienda tendrán, además de los que señala la ley y los que se les confieran en el acta constitutiva del fideicomiso, los siguientes derechos y obligaciones:

I.- Recaudar las cuotas periódicas establecidas;

II.- Entregar cuando proceda, los valores de rescate que correspondan;

III.- Administrar los inmuebles. En ejercicio de estas funciones deberá:

a) Entregar las viviendas a los tomadores de los títulos recabando de éstos, en ese momento, una declaración del estado en que se encuentra la vivienda y sus instalaciones;

b) Cuidar que la vivienda no sufra perjuicios o deterioros.

Podrán prorrogarse las facultades de administración de la emisora en el supuesto previsto en la fracción II del artículo 9o.;

IV.- Otorgar a las personas que hayan satisfecho todos los requisitos que imponga el certificado, la escritura de propiedad de la vivienda a que se refiera el título.

Artículo 4o.- Los certificados de vivienda deberán contener, además de las menciones que se ñale la ley, las siguientes:

I.- Que se trata de certificados de vivienda con expresión de la fecha en que se expiden, de su valor nominal y de la vivienda a que se refieren;

II.- El monto de las cuotas periódicas que en concepto de capital e intereses han de cubrirse por los títulos, con indicación del lugar y fecha en que deben liquidarse tales exhibiciones; así como la posibilidad de cubrir total o parcialmente en forma anticipada el precio de estos valores;

III.- Los derechos y obligaciones que otorgan;

IV.- Las condiciones en que pueden producirse la pérdida o recuperación de los derechos que al mismo tenedor confiere el título;

V.- La formalización del convenio a que se refiere la fracción V del artículo 2o.;

VI.- Las facultades que a la fiduciaria confiere el artículo 3o., y

VII.- La declaración del tomador que conoce y acepta el reglamento de los usuarios.

Artículo 5o.- Los certificados de vivienda conferirán a sus tenedores los siguientes derechos:

I.- A habitar la vivienda a que se refiere el título, desde la adquisición de éste;

II.- A que se le otorguen las escrituras correspondientes a la vivienda de que se trate, una vez satisfechos los requisitos que señale el certificado;

III.- En su caso, a percibir los valores de rescate, menos las deducciones que procedan;

IV.- El de pagarlo anticipadamente total o parcialmente.

Artículo 6o.- El tenedor de un certificado de vivienda asumirá las siguientes obligaciones:

I.- Efectuar el pago oportuno de las cuotas correspondientes;

II.- Endosar el título a la persona que apruebe la fiduciaria en los casos previstos por el artículo 16, fracciones II y III;

III.- Ocupar la vivienda exclusivamente para habitación de su familia o personas que dependan económicamente de él, cuidando que aquélla no sufra más deterioro que el derivado de su uso normal;

IV.- Pagar el impuesto predial que cause la vivienda que ocupe y cubrir con la oportunidad debida tanto dicho impuesto como los derechos -- por consumo de agua y cualesquiera otras prestaciones fiscales que se impusieran a la misma;

V.- Pagar las primas de los seguros contra incendio, terremoto y explosión que amparen la vivienda;

VI.- Desocupar la vivienda y entregarla en buen estado de conservación en los casos previstos por las fracciones II y III del artículo 16.

Artículo 7o.- Los pagos de las cuotas periódicas a que se refiere la fracción I del artículo 6o., deberán hacerse en las oficinas de la fiduciaria o en el lugar que ella indique para tal

efecto, dentro de la misma ciudad.

Artículo 8o.- Una vez que el tenedor de un certificado de vivienda haya satisfecho todas -- las obligaciones en él consignadas, tendrá derecho a que dentro de un plazo de treinta días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud escrita, se le otorguen a su costa y ante notario que señale, las escrituras de propiedad de la vivienda a que se refiere el certificado.

Si el tenedor no ejercitare este derecho en el plazo de un año, contado a partir del momento en que haya cubierto la última prestación pecuniaria a su cargo, la emisora podrá en los términos de ley, promover lo necesario para la escrituración de la propiedad.

Artículo 9o.- Cuando los certificados de vivienda se refieran a inmuebles para los cuales - se haya previsto el régimen de condominio se observarán, además, las siguientes disposiciones:

I.- La fiduciaria ejercerá sus facultades de administración, en los términos del reglamento de usuarios correspondiente, que sólo podrá - ser expedido y modificado con aprobación de la - Comisión Nacional Bancaria;

II.- Se formalizará un convenio en virtud -- del cual, el tenedor que se haya convertido en - condueño, manifieste su conformidad en que la fiduciaria continúe ejercitando sus facultades de administración sobre los conjuntos hasta que el número de dichos condueños alcance un determinado porcentaje de la totalidad, en la inteligencia de que el que se señale no podrá ser inferior a un 75%;

III.- El tenedor del título asumirá la obliga

ción de pagar las cuotas por gastos que deriven de los servicios generales, los de administración y de mantenimiento del inmueble, que deberán cubrirse en el lugar que señala el artículo 7o., y en cuanto a las obligaciones consignadas en el 6o., fracciones IV y V, comprenderán además, la de cubrir la parte alícuota que a la vivienda corresponda tanto en las prestaciones fiscales que llegaren a imponerse sobre los bienes comunes, como la prima del seguro que ampara las partes comunes citadas;

IV.- El derecho a usar el inmueble a que se refiere el título, comprende también la utilización de los servicios generales;

V.- El tenedor y quienes vivan con él deberán usar adecuadamente las partes comunes del conjunto y los servicios generales, y observar una conducta compatible con los intereses de los demás usuarios, en los términos del reglamento correspondiente.

Artículo 10.- En el mismo caso a que se refiere el artículo anterior, la fiduciaria tendrá también las siguientes facultades:

I.- Fijar las cuotas relativas a servicios generales y de administración, conforme a las bases que señale el reglamento de administración respectivo y proceder a su recaudación;

II.- Fijar y recaudar las cuotas correspondientes a la parte alícuota de los gravámenes fiscales que se mencionan en la parte final del primer párrafo de la fracción III del artículo 9o., siempre que las autoridades correspondientes no individualicen tales créditos;

III.- Atender los servicios generales propios

del condominio y designar y remover libremente - al personal que se encargará de prestarlos;

IV.- Cuidar el mantenimiento del orden.

Artículo 11.- La fiduciaria podrá demandar la pérdida de los derechos que se consignan en - el título a favor del tomador en los casos si--- guientes:

I.- Falta de pago en las cuotas periódicas señaladas en el título;

II.- Falta de pago de las cuotas consignadas en los artículos 6o. fracciones IV y V, y 9o. -- fracción III;

III.- Dar a la vivienda un uso inadecuado o un destino distinto al señalado en la fracción III del artículo 6o.;

IV.- Los demás casos que señala el reglamen- to de usuarios.

Tratándose de la falta de pago de las presta- ciones que deben cubrirse a la fiduciaria, só- lo podrá demandarse la pérdida de los derechos - que consigna el título, cuando la mora sea de -- dos meses y haya transcurrido además un plazo de gracia de 30 días naturales, contados a partir - de la fecha en que por escrito se requiere de pa- go al tenedor.

La administradora tendrá en todo tiempo el derecho de exigir que se le compruebe estar al - corriente en el pago de cualquiera de las presta- ciones fiscales o por concepto del seguro que -- previenen las fracciones IV y V del artículo 6o., debiendo otorgar a los tenedores un plazo de gra- cia de treinta días hábiles para la presentación

de los comprobantes respectivos, transcurrido el cual, la citada administradora podrá hacer los pagos insolutos y demandar la pérdida de los derechos del tomador, así como repetir por el importe de estos pagos sobre las cantidades que pudieran pertenecer a éste por concepto de valores de rescate.

El plazo de gracia a que se alude en los dos párrafos anteriores, no podrá ser disfrutado por el tenedor del certificado más de una vez por año.

Artículo 12.- Aun cuando haya sido declarada la pérdida de los derechos consignados en el título, cada tenedor de él podrá por una sola vez recuperarlos en forma automática, siempre que se haya tratado de incumplimiento de obligaciones pecuniarias, y el tenedor compruebe a la fiduciaria haber hecho los pagos pendientes o restituya, hasta antes de que se ejecute la sentencia, las sumas que se hubieren pagado por su cuenta y cubra en su totalidad los gastos y costas del juicio.

Artículo 13.- Cualquiera que sea la causa por la que se termine la relación jurídica derivada de la suscripción del certificado de vivienda, su tenedor podrá recuperar, de acuerdo con lo que se consigna en el siguiente artículo, el valor de rescate que corresponda.

Los valores de rescate, o en su caso, el saldo respectivo, solamente podrán entregarse hasta que se haya desocupado la localidad y hecho el endoso del certificado.

Artículo 14.- En concepto de valor de rescate de los certificados de vivienda, se devolverá a los tenedores una cantidad igual a la que hu--

bieran entregado a cuenta de capital del valor del certificado. Este rescate deberá ser pagado en un plazo no superior a 30 días contados a partir de la fecha en que se cumplan los requisitos del segundo párrafo del artículo 13 del presente.

Artículo 15.- De las sumas que correspondan a los tenedores de certificados de vivienda por concepto de valores de rescate, deberán deducirse:

I.- La cantidad que se adeude por concepto de pago de intereses del certificado hasta el momento de la desocupación, más el importe de una mensualidad de intereses, cuando de mutuo acuerdo se den por terminadas las relaciones derivadas del título, o en caso contrario, hasta el momento en que se presente la demanda relativa a la pérdida de los derechos del tenedor;

II.- Todas las sumas que hubiere pagado la emisora por cuenta del tenedor, ya sea por concepto de seguros, prestaciones fiscales o gastos a que se refiere la fracción III del artículo 9o. que sean a cargo de la vivienda o de las partes comunes hasta el mismo momento a que se refiere la fracción I de este artículo;

III.- Las cantidades mensuales que como pena convencional el tenedor debe cubrir desde la presentación de la demanda en su caso hasta que desocupe y entregue la vivienda;

IV.- En su caso también, los gastos y costas del juicio;

V.- Las sumas que importen las reparaciones que deban hacerse en la vivienda.

Artículo 16.- Los certificados de vivienda

podrán transmitirse:

I.- Al beneficiario designado en el título en caso de fallecimiento del tenedor;

II.- Por convenio entre el tenedor y la fiduciaria;

III.- Por incumplimiento que produzca la pérdida de los derechos del tenedor.

En los supuestos de las fracciones II y III, el tenedor del certificado deberá, en forma previa a la recepción de los valores de rescate, en dosarlo en favor de la persona que apruebe la -- institución fiduciaria. 137/

Bauche Garcíadiego, comenta que los certificados de la vivienda rompen la regla general de los certificados de participación.

El legislador al crear los "certificados de la vivienda", quiso que al vencimiento del título se le escriture al tenedor el departamento -- que venía aprovechando, de manera específica y -- no una décima parte del inmueble.

En efecto, la fracción IV del artículo 3o. del reglamento de la emisión de "certificados de vivienda", contenido en la circular 520 de la Comisión Nacional Bancaria, del 19 de noviembre de 1964, impone la obligación a las instituciones -- que funjan como fiduciarias, de: "Otorgar a las personas que hayan satisfecho los requisitos que imponga el certificado, la escritura de propie--

137/ Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Comisión Nacional Bancaria. "Circular No. 520 Reglamento de Certificados de Vivienda". México, D.F. 1964.

dad de la VIVIENDA a que se refiere el título". El artículo 8o. consagra el derecho del tenedor del certificado a exigir la escrituración.

Cervantes Ahumada, dice que el "certificado de participación" en el proyecto para el Nuevo - Código de Comercio, pretende estructurarlo de -- una manera más lógica y más congruente con el negocio jurídico que es su antecedente necesario, o sea, con el fideicomiso. La innovación con el nombre: se le llama con propiedad "certificado - fiduciario"; y requiere que el acto o negocio antecedente deberá ser siempre un FIDEICOMISO.

Agrega, que se establecen tres clases: I.- Los que atribuyen un derecho a una parte alícuota del producto de los bienes fideicomitidos --- (certificados de productos); II.- Los que atribuyen un derecho a una parte alícuota de la propiedad de dichos bienes (certificados de copropiedad); y III.- Los que atribuyen en derecho de propiedad a una parte determinada de un inmueble fideicomitado (certificado de PROPIEDAD).

Explica que con este último, el "certificado de propiedad" los titulares del certificado no serían copropietarios del inmueble constituido del fondo fiduciario común, sino propietarios de una parte determinada de dicho inmueble. El copropietario tiene derechos, idealmente, sobre TODO EL EDIFICIO, desde los cimientos hasta el - último ladrillo de la azotea; y el titular del - "certificado de propiedad" tendría derecho a una porción determinada (un piso, un despacho, un departamento). La situación del inmueble, colocado en fideicomiso bajo la titularidad del fiduciario, facilitaría la solución de los problemas originados por los servicios comunes. Cita como antecedente la llamada "propiedad horizontal" en Francia, conocida y reglamentada en México como el "condominio".

Nuestro legislador, apartándose del proyecto para el Nuevo Código de Comercio, no recobió la naturaleza de que los nuevos certificados de vivienda atribuyan un derecho de propiedad sobre UNA PARTE DETERMINADA del inmueble, sino que establece que se transmita la propiedad de una "vivienda", restringiéndola en estricto derecho a adquirir una morada.

En efecto, según el diccionario "morada" -- significa, "habitación", del latín vivienda que es femenino de "vivendus", del verbo "vivere" -- (vivir).

Bauche Garcíadiego, considera poco afortunada o infeliz como dice él, la inclusión de los nuevos "certificados de vivienda" entre los "certificados de participación" que representan derechos a "partes alícuotas", cuando los nuevos de "vivienda" atribuyen a sus tenedores derechos sobre PARTES DETERMINADAS.

Al definir el artículo "228" a).- que los certificados de participación en sus incisos a), b) y c) dan derecho a "partes alícuotas", establece la regla general, por lo cual estos certificados no pueden dar derecho a "partes determinadas" como serían las viviendas. En todo caso, debería haberse adicionado este artículo en otro inciso el "d)", que dijese, o bien, los que atribuyen un derecho de propiedad sobre una parte determinada de un inmueble fideicomitado", tal como lo provee el Proyecto para el Nuevo Código de Comercio.

En esta forma, se habría establecido claramente que los certificados de participación dan derecho tanto a "partes alícuotas" como a "partes determinadas", y no se habría venido a rom--

per la regla general existente ahora, ya que se habría establecido en todo caso otra regla general.

Además, al circunscribir el nuevo precepto la transmisión de una "vivienda", en estricto de recho deja fuera la transmisión de "oficinas" o de "despachos", ya que conforme a la aceptación del diccionario, no se "vive" o "habita" en las oficinas o los despachos, sino que solamente se pasan determinadas horas del día en ellos. El propio reglamento en la fracción III del artículo 60., viene a confirmarlo al establecer que la "vivienda" será ocupada exclusivamente para HABITACION de la familia o persona que dependan económicamente del tenedor del "certificado" de vivienda. 138/

Por otra parte, dentro del marco legal es conveniente que al citar las diferencias entre los certificados de vivienda y los certificados de participación inmobiliaria no amortizables, que ya hemos mencionado, tomemos en cuenta que por definición, el certificado de participación otorga el derecho a su tenedor a una parte alícuota del inmueble materia de la emisión o de sus frutos o rendimientos y el certificado de vivienda, en cambio, representa el derecho a que se les transmita a su titular la propiedad de la vivienda una vez pagada la totalidad de las cuotas (artículos 228 A y 228 A bis, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito). 139/

138/ Bauche Garcíaadiego Mario. Ob. cit. pp. 229 y 230.

139/ Banco Mexicano SOMEX. Ob. cit. p. 592.

d) REQUISITOS PARA LA EMISION DE CERTIFICADOS DE VIVIENDA

La Comisión Nacional Bancaria expidió la -- circular Núm. 520 de 19 de noviembre de 1964, en que hacía del conocimiento de las instituciones y departamentos fiduciarios, el oficio de la Secretaría de Hacienda núm. 305-38276 de 27 de octubre anterior, que contenía el Reglamento sobre Certificados de Vivienda elaborado con fundamento en la fracción i) bis del Art. 44 de la Ley - General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

El Reglamento contiene diez y seis artículos que regulan en detalle la emisión de esta -- clase de certificados. Por circular núm. 522 de 28 de enero de 1965, la Comisión Nacional Bancaria comunicó a las instituciones y departamentos fiduciarios el oficio núm. 305-3626 de 19 del -- mismo mes, en que la Secretaría de Hacienda modificaba el Art. 16 de dicho Reglamento en lo relativo a la transmisión de Certificados de Vivienda. La Comisión Nacional Bancaria giró la circular núm. 610 de 29 de abril de 1972, en que notificó a las instituciones y departamentos fiduciarios el oficio núm. 305-I-C-86 35 de 24 de febrero anterior, referente a la reforma del Art. 10. del reglamento sobre el seguro que debe tomarse contra incendio, terremoto y explosión.

Anteriormente, la Comisión Nacional Bancaria tenía esa sola denominación, pero por el señalamiento que se establece en el artículo tercero transitorio del decreto de 23 de diciembre de 1970 (D.O. del 29), cuyo texto es el siguiente: "En virtud de las nuevas funciones de inspección y vigilancia de las instituciones de seguros contenidas en el presente decreto, en el futuro, la denominación de la Comisión Nacional Bancaria -

será Comisión Nacional Bancaria y de Seguros". -
140/

Los inmuebles que se refieran a toda emisión de certificados de vivienda, deben reunir las características que el Banco de México, S.A. señale para la VIVIENDA DE INTERES SOCIAL y estar debidamente asegurados contra incendio, terremoto y explosión (artículo 1o. del Reglamento).

El acta de emisión deberá contener las menciones que establece la ley para las actas de constitución de fideicomisos y además, el derecho que se hubiera reservado el fideicomitente, o el derecho que hubiere conferido a la fiduciaria, para señalar a los TOMADORES de los títulos y la circunstancia de que los certificados de vivienda sólo podrán ser tomados por las personas que llenen determinados requisitos (artículo 2o. fracciones II y III del Reglamento).

Estos requisitos son que dichas personas tengan la capacidad económica para cubrir las cuotas que se fijan; y, contratar un seguro de vida e invalidez y mantenerlo en vigor, hasta el pago total del título, para que el importe del seguro sea aplicado a cubrir el adeudo que exista al tiempo de ocurrir el deceso o la invalidez del tomador. Aunque el reglamento no lo indique, es lógico que otro de los requisitos es que tales personas tengan la CAPACIDAD JURIDICA para contratar y obligarse. (Incisos a) y b) de la fracción II del artículo 2o. del Reglamento).

140/ Batiza Rodolfo. "Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria". Ob. cit. pp. - 179 y 180.

El acta de emisión también deberá contener la especificación de los derechos, obligaciones y facultades que correspondan tanto a la institución emisora como a los tomadores de los títulos; las causas que determinen la pérdida o en su caso, la recuperación de los derechos del tenedor sobre el título; la forma y los términos convenidos por la emisora y los tenedores para la desocupación del inmueble en los casos en que debe procederse a ella; cuando se trate de edificios en "condominio" se deberán incluir las bases para el señalamiento y recaudación de las cuotas relativas a servicios generales y de administración del inmueble; la designación de una institución de crédito, como representante común de los tenedores; y, por último, las bases para el funcionamiento de la asamblea de tenedores de certificados de vivienda (fracciones III, IV, V, VI, VII y VIII del artículo 2o. del Reglamento).

Las instituciones que funjan como fiduciarias en la emisión de certificados tendrán, además de los derechos y obligaciones que señale la ley y los establecidos en el acta constitutiva del fideicomiso, el DERECHO de recaudar las cuotas periódicas establecidas, y la OBLIGACION de entregar, cuando proceda, los VALORES DE RESCATE que correspondan a los tenedores, así como la de otorgar a las personas que hayan satisfecho todos los requisitos que imponga el certificado, la ESCRITURA DE PROPIEDAD DE LA VIVIENDA a que se refiera el título (fracciones I, II y IV del artículo 3o. del Reglamento).

Los certificados de vivienda conferirán a sus tenedores los siguientes DERECHOS (Artículo 5o. del Reglamento):

I.- A habitar la vivienda a que se refiere el título desde la adquisición de éste;

II.- A que dentro de un plazo de 30 días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud escrita, se les otorguen a su costa y ante el notario que señalan las escrituras de propiedad de la vivienda a que se refiere el certificado (fracción II del artículo 5o. y artículo 8o. del Reglamento), una vez satisfechos todos los requisitos que se consignan en dicho certificado. Si no ejercitan este derecho en el plazo de un año, contado a partir del momento en que se haya cubierto la última prestación pecuniaria a su cargo, la emisora podrá, en los términos de ley, promover lo necesario para la escrituración de la propiedad.

III.- En su caso a percibir los valores de rescate, mediante las deducciones que procedan; y

IV.- El de pagarlo anticipadamente total o parcialmente.

El tenedor tendrá las obligaciones siguientes (artículo 6o. del Reglamento):

a) Efectuar el pago oportuno de las cuotas correspondientes en las oficinas de la fiduciaria o en el lugar que ella indique, dentro de la misma ciudad (fracción I del artículo 6o. y el artículo 7o. del Reglamento);

b) ENDOSAR el título a la persona que apruebe la fiduciaria por convenio entre el tenedor y la fiduciaria, o por cualquier incumplimiento que produzca la pérdida de los derechos del tenedor;

c) Ocupar la vivienda exclusivamente para HABITACION de su familia o personas que dependan económicamente de él, cuidando que la vivienda -

no sufra más deterioro que el derivado de su uso normal;

d) Pagar puntualmente el impuesto predial y prestaciones fiscales que cause la vivienda y los derechos por consumo de agua;

e) Pagar las primas de los seguros contra incendio, terremoto y explosión que amparen la vivienda; y

f) Desocuparla y entregarla en buen estado de conservación cuando exista el respectivo convenio entre el tenedor y la fiduciaria, o por cualquier incumplimiento que produzca la pérdida de los derechos del tenedor. 141/

Cuando se quiera que haya una destinación de bienes a ser objeto de emisión de certificados, debe estipularse todo lo indispensable para lograr que correspondan a sus expectativas; por consiguiente, se debe considerar y estipular todo lo relativo a su posesión, conservación y mantenimiento, así como lo relativo a los recursos necesarios y a los sujetos encargados de los actos relativos, que pueden ser las propias instituciones fiduciarias o en determinados casos, otro tipo de entidades o personas confiables para las instituciones fiduciarias.

A este respecto, mantenemos el criterio de que las instituciones fiduciarias emitentes tienen la responsabilidad primordial de todo lo anterior.

Asimismo, debe concebirse que la institución emitente debe estar consciente de que está obligada a desempeñar un control activo en los -

bienes y derechos aportados en fideicomiso y no debe reducir su papel al de mero titular del poder jurídico de disponer de dichos bienes. En este aspecto, es indicado aclarar hasta qué grado puede el fideicomitente exonerar al fiduciario de responsabilidad en cuanto a la preservación del valor de los bienes y derechos objeto de una emisión, máxime que existe la tendencia de que las instituciones fiduciarias hagan insertar cláusulas en los actos o contratos de fideicomiso de "no responsabilidad" del fiduciario.

Debemos entender que, no será lícito que un fiduciario se exima de responsabilidades o las transfiera en forma tal, que destinar los bienes al fin sea cuestión de un tercero y no del fiduciario.

Consecuentemente, una institución fiduciaria sólo debe tomar la responsabilidad de una emisión si cuenta con los elementos humanos y materiales que le permitan superar todas las desvalorizaciones a que pueden estar expuestos los bienes y derechos base de la emisión, en orden a no frustrar su valor, tal y como se exhibe a los tenedores en los certificados mismos.

Cuando una institución fiduciaria carezca de los recursos humanos y materiales; cuando no esté dispuesta a tomar una conducta activa en la preservación del valor de los bienes y derechos de referencia, o bien, cuando no esté dispuesta a exigir y obtener que dentro del fideicomiso se le asegure contar con los recursos, elementos e instrumentos necesarios para la preservación del valor aludido, la institución fiduciaria debe abstenerse de tomar emisiones de certificados de participación.

Por otra parte, si por su falta de previ---

sión, por sobreestimar sus posibilidades, por -- confiarse en contar con recursos que resultan a la postre insuficientes, por la deficiencia o im-preparación del personal a su servicio la insti-tución fiduciaria llega a fallar en esta activi-dad primordial de preservación del valor de los bienes y derechos fideicomitidos, consideramos - que se le pueden fincar las responsabilidades es- trictamente correlativas.

Ahora bien, como es indicado y prudente que se vigile la actitud de las instituciones fidu- ciarias en los aspectos anteriores, en salvaguar- dia del interés general, consideramos que es co- rrecto que en México se reserve a la Comisión Na- cional Bancaria la aprobación de la emisión de - los certificados, dentro del universo de bienes y derechos que pueden ser objeto de emisión no - es difícil concebir que se encuentren negocios - en marcha o que implican una administración y di- rección comercial por parte del fiduciario, con todas las complicaciones inherentes al manejo de negocios, entre los que tienen particular impor- tancia los faltantes financieros de operación. - No obstante lo anterior, suena absurdo propiciar la idea de que se afecten negociaciones en fidei- comiso, como base de la emisión de certificados, para que sean manejados por el fiduciario, como suena absurdo postular que el manejo de empresas industriales y comerciales pueda quedar mejor a cargo de funcionarios bancarios que de empresa- rios natos; sin embargo de lo antes dicho, nunca hay que desdeñar el efecto coyuntural que puede significar el fideicomiso y el manejo fiduciario de negocios, como en el caso del Banco Interna- cional Inmobiliario, S.A., cuyo éxito en el mane- jo de negocios de fraccionamientos de terrenos - puede sintetizarse en la siguiente forma: Conci- lia y disciplina los intereses inicialmente dis- crepantes de los inversionistas y los propieta--

rios de los terrenos, preservando su lugar a cada uno de éstos, y haciendo para los mismos un negocio provechoso, mediante personal experimentado que el propio banco cuida conservar a su disposición, en la inteligencia de que en todo momento el antes dicho funcionario mantiene el control integral de todos los medios productivos, lo que viabiliza el fin empresarial del fideicomiso y lo hace inmune a interferencias negativas.
142/

Según la legislación de nuestro país, la propiedad de inmuebles puede ser individual o sujeta al régimen de propiedad en condominio.

Si se trata de certificados de vivienda y de certificados de participación inmobiliaria no amortizable, las viviendas a que se refieren dichos títulos generalmente están sujetos al régimen de propiedad en condominio; pero existe la posibilidad de que los mencionados certificados puedan referirse a viviendas individuales.

Como en estricto derecho la materia que se regula corresponde a la rama del derecho privado, el Departamento del Distrito Federal y las entidades federativas del país han legislado sobre el régimen de propiedad en condominio, en sus respectivas jurisdicciones.

Ahora bien, la tramitación de licencias y aprobación de la documentación necesaria para la constitución del régimen de propiedad en condominio, corresponde a los promotores de viviendas y en aquellos casos en que las unidades habitacionales son construidas mediante fideicomisos, dichos trámites y gestiones deberá realizarlos la

institución fiduciaria.

Los costos de las licencias y de la documentación técnica son incorporados previamente al presupuesto de las obras y consecuentemente, incide en el precio de las viviendas.

La titulación de viviendas constituye la etapa final de la operación relativa a la emisión de certificados de vivienda y de los certificados de participación inmobiliaria no amortizable.

Ahora bien, cuando la operación se ha instrumentado con certificados de vivienda, a medida que el tenedor del certificado cubre el saldo del precio pactado y demás obligaciones inherentes, la institución fiduciaria está en posibilidad legal de escriturar en propiedad al adquirente la vivienda respectiva, siempre y cuando las licencias de construcción, régimen de condominio y demás trámites relativos estén cubiertos.

Los costos de las escrituras, que comprenden impuestos, derechos y honorarios notariales, correrán a cargo de los tenedores de certificados de vivienda. En el caso de los certificados de participación inmobiliaria no amortizables, la titulación de las viviendas se lleva a cabo hasta que los tenedores han amortizado el importe de sus títulos y reunidos en Asamblea General de Tenedores, acuerdan el régimen de propiedad en condominio o de copropiedad y por lo mismo, la titulación correspondiente.

También en este caso, los gastos de escritura deberán correr a cargo de los titulares de los certificados. 143/

C O N C L U S I O N E S

- 1.- El Fideicomiso es una figura jurídica que se ha instrumentado en la solución de múltiples problemas, por lo que se debe reconocer que al encuadrarlo para afrontar el problema de la vivienda, ha sido de gran utilidad.
- 2.- Históricamente debe entenderse que ni el "Use", ni el "Trust", antecedentes del Fideicomiso, pudieron haber sido influidos por la fiducia cum amico, cuyo conocimiento fue muy posterior al descubrimiento de Niebuhr del Palimsesto de Verona en 1816, que contenía las instituciones de Gayo.
- 3.- En la opinión autorizada de Guillermo Florris Margadant dice "lo que actualmente se llama Fideicomiso en México, no es una institución derivada directamente del derecho romano, sino más bien una transformación del Trust anglosajón, introducido a México a través de Panamá en 1924".
- 4.- En 1932, el Fideicomiso se estructuró de nuevo en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, bajo la influencia de Pierre Lepaulle y se considera actualmente como "la disposición de ciertos bienes a un fin lícito y determinado, cuya realización se encomienda a una institución fiduciaria expresamente autorizada para figurar como tal" (Art. 346 de la LTOC).
- 5.- Según la opinión de Scott, el origen del Fideicomiso (use) (trust), está en la institución germánica del Salman o Treuhand, más que en el fideicommissum romano.

- 6.- El primer Fideicomiso de que se tiene conocimiento, se estableció algo después del -- año 1066 después de la conquista de Inglaterra por Guillermo de Normandía, más tarde -- llamado "El Conquistador". Este tipo de Fi deicomiso, no era sino un convenio entre ca balleros. Si a una persona se le dejaba -- una propiedad para que la administrase en - beneficio de una tercera y aquélla no consi deraba conveniente llevar a cabo las ins--- trucciones, no había forma de obligarlos a cumplir.
- 7.- En 1535 una tercera parte de los bienes raí ces en la Gran Bretaña estaba comprometida en fideicomisos, no llamados así; sino ---- "uses", fue por esto que el Parlamento apro bó durante ese año de 1535, a reiteradas -- instancias de Enrique VIII, la "ley de Sta tute of Uses" que estuvo vigente hasta 1925, dicha ley procuraría impedir que los "Uses" (fideicomisos) se utilizaran en perjuicio - de cualquier persona, hasta que fue deroga da por la "Law of Property", que dispuso - que todas las personas en cuyo beneficio -- existieran tierras u otros inmuebles como - consecuencia de un "use", deberán conside-- rarse como propietarios y poseedores lega les de ellos.
- 8.- El "Trust" fue adoptado en los Estados Uni dos de Norteamérica desde principios del si glo pasado (se dice Trust Angloamericano), que es una concepción jurídica modernizada y perfeccionada del ("Use Inglés") y en opi nión del Lic. Raúl Cervantes Ahumada en su obra denominada Títulos y Operaciones de -- Crédito, dice "esta institución ha recibido un gran impulso en este país en el último - siglo, al extenderse su aplicación a la ac-

tividad bancaria".

- 9.- El Fideicomiso nace a la vida jurídica de México a principios de 1925, al promulgarse la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, que reflejan una influencia derivada de las labores de la Convención Bancaria que había tenido lugar un año antes.
- 10.- El primer intento realizado en México, para la creación del Fideicomiso, lo tenemos en el Proyecto Limantour en 1905, se hizo para establecer las instituciones fiduciarias -- (Trust Companies) y sus servicios especializados más que el trust, propiamente dicho. La oposición que suscitó ese proyecto y el turbulento período de la revolución que se iniciara pocos años después, retardaron los esfuerzos para implantar esas instituciones entre nosotros.
- 11.- La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, vigente en la actualidad - cuyo Título Segundo, Capítulo V (Arts. 346 a 359) regula al Fideicomiso como una institución sustantiva.
- 12.- Los motivos de esta ley, hacían la advertencia de que aún cuando ello ofrece los peligros inherentes a la implantación de instituciones jurídicas extrañas, reglamenta al Fideicomiso que ya desde 1926, la Ley General de Instituciones de Crédito, lo había aceptado y porque su implantación sólida en México, lo ubica dentro de los límites que nuestra estructura jurídica general permite.
- 13.- En relación a la naturaleza jurídica del Fideicomiso, el Lic. Vázquez Arminio dice "el

primero y más brillante de la Teoría del Fideicomiso como mandato, es sin duda el Dr. Ricardo J. Alfaro, que antes que nadie, así miló el trust anglosajón a los sistemas jurídicos latinoamericanos de ascendencia romana como el nuestro".

- 14.- Joaquín Rodríguez y Rodríguez, opina acerca de la naturaleza jurídica del Fideicomiso, considerándola desde un triple punto de vista que se refiere a su configuración como negocio jurídico el que atañe a su estructura, como modalidad del derecho de propiedad y el que concierne a su calificación como operación bancaria.
- 15.- El Fideicomiso es un negocio jurídico, porque es una situación jurídica creada y reglamentada por la voluntad unilateral o plural lateral de las personas. La ley habla de un acto constitutivo (Arts. 350, 355 y 356); pero ello no significa la solución al problema para no prejuzgar ninguna construcción de la doctrina. Excepcionalmente se habla de contrato de Fideicomiso (Art. 45 - fracción VII de la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares).
- 16.- El efecto traslativo de dominio que produce el fideicomiso, no puede asimilarse a la transmisión tradicional que produce el derecho de propiedad, como la que se produce por ejemplo mediante figuras jurídicas como la compraventa, la permuta o la donación, - en el fideicomiso por principio, la transmisión de propiedad opera para el solo efecto de que el fiduciario pueda realizar el fin que se encomienda.

- 17.- La corriente más difundida en la doctrina mexicana, según la cual se explica la naturaleza jurídica del fideicomiso afirmando que es una especie de negocio fiduciario; pero claro está, sin dejar de reconocer que dicha corriente cuenta también con opositores.
- 18.- Bauche Garcíadiego, manifiesta que si bien el fideicomiso es muy similar al negocio fiduciario, existen notables diferencias que lo distinguen del fideicomiso, y señala las siguientes:
- El negocio fiduciario es secreto e ilícito, carece de reglamentación legal, cualquier persona puede ser parte y tratándose del fideicomiso sólo una institución de crédito puede ser fiduciaria.
- 19.- El fideicomiso es un negocio jurídico que se constituye mediante una declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente por virtud del cual, éste destina ciertos bienes a un fin lícito 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 para ello.
- 20.- Aún cuando la regulación legislativa del negocio jurídico, sólo ha sido aceptada por escasos países entre ellos el Código Civil Brasileño en sus artículos 81 y 158; así como el 127 y 239 del Código Civil Griego, varios autores mexicanos con una persistencia notable y coincidente, afirman que el fideicomiso es un negocio jurídico, tales autores son: Octavio Hernández, Mario Bauche -- Garcíadiego, Cervantes Ahumada, Jorge Alfre

do Domínguez Martínez, Jorge Serrano Trasvi
ña y José Manuel Villagordoa.

- 21.- La ley establece que el fideicomiso cuyo objeto recaiga sobre bienes inmuebles, deberá inscribirse en la Sección de la propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados y que el fideicomiso surtirá sus efectos desde la fecha de la -- inscripción (Art. 353 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).
- 22.- El derecho de propiedad en la actualidad -- tiene su antecedente doctrinal en las ideas de Duguit, y su expresión legislativa en el artículo 127 Constitucional y 830, 831 y -- 886 de nuestro Código Civil.
- 23.- Las formas más primitivas de adquirir la -- propiedad se presenta en la ocupación que -- constituye históricamente el medio princi-- pal de adquirirla y en la accesión en algu-- na de sus formas, la ocupación supone que -- el adquirente entra en posesión de bienes -- que no tienen dueño y que ejercita esa pose-- sión con el ánimo de adquirir el dominio -- por el cual no hay transmisión de un patri-- monio.
- 24.- En cambio, en el caso de las formas deriva-- das de transmisión de un patrimonio a otro, la cosa ha tenido dueño y ha estado en el -- patrimonio de otra persona que la transmite a otra por la cual se llama adquisición de-- rivada.
- 25.- Independientemente de estas formas de trans-- misión del dominio, conviene hacer una dis-- tinción de formas especiales que encajan en alguna clasificación, éstas son el contrato

que es el medio fundamental y de mayor importancia en el derecho para transmitir el dominio; la herencia, la ley, la ocupación, la prescripción, la accesión y la adjudicación.

- 26.- En el fideicomiso también se da una transmisión derivada de la propiedad; pero no de la misma forma; sino para fines determinados y de una manera temporal, así al encuadrar el fideicomiso al problema de la vivienda, se propone un tipo de fideicomiso en el cual se procure la dotación de viviendas de interés social para la clase trabajadora de escasos o medianos ingresos económicos, instrumentando dicho fideicomiso mediante los certificados de vivienda.
- 27.- Una de las formas más funcionales para afrontar y resolver el problema de la vivienda, ha sido el régimen de propiedad en condominio, que tiene su antecedente más inmediato en el artículo 938 del Código Civil que dice: "Hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenece pro indiviso a varias personas".
- 28.- El problema habitacional se genera desde la colonia, acorde con los asentamientos humanos indígenas porque sus procedimientos productivos, eran intensivos en mano de obra.
- 29.- Con el movimiento armado de 1910 a 1920 y la política agraria, desatan el nudo de la servidumbre que significaba el encasillamiento de los peones a los latifundios. La infraestructura que exigía una actividad productiva urbana, subsidiada por los recursos fiscales por ser la política económica del Estado, que si bien, generó la apertura

de fuentes de empleo; no la hizo acompañar de una oferta de demanda de vivienda suficiente para ser ocupada por los trabajadores reclutados.

- 30.- La política social del Estado amplió los -- servicios educativos y de salud, sin destinar más recursos a la generación de habitaciones, el resultado no se hizo esperar, -- los servicios de salud impulsaron el crecimiento demográfico (alentado como se ha dicho por la migración campo-ciudad).
- 31.- Los servicios educativos acompañados de la expansión de los medios de comunicación masiva que difundieron nuevos valores "valores modernos", entre los cuales destacaba la vivienda. Ser propietario de una vivienda cómoda o por lo menos arrendarla era un objetivo y las viviendas no existían en el mercado en cantidad, calidad y precios adecuados.
- 32.- La estrategia emprendida para la programación de la vivienda se apoya en el más alto concepto de la solidaridad social, mediante el esfuerzo de los trabajadores, la participación activa del sector empresarial y la contribución decidida del Gobierno Federal.
- 33.- Se debe considerar como una estrategia los alcances óptimos a que se aspira para afrontar el problema de la vivienda, señalados por el Lic. Miguel de la Madrid, en su artículo sobre programación de la vivienda en el que hace mención de cinco cuestiones que son las siguientes:
 - a) Viabilidad Financiera, b) Viabilidad Física, c) Instrumentación Normativa, d) Administración y Mantenimiento de Unidades

Habitacionales, y e) Consecuencias Económico-Sociales para el país.

- 34.- El derecho de los trabajadores de una vivienda digna no se llevó a la práctica, --- pues hubo un acuerdo mudo para dejarlo en letra muerta; las condiciones del país no permitían que la fracción XII del artículo 123 Constitucional se aplicara de manera inmediata y en general, sólo era posible que por la vía contractual se atendieran las necesidades habitacionales de los obreros.
- 35.- Los trabajadores que prestan sus servicios a los Poderes de la Unión. Tuvieron el 8 de noviembre de 1972, el Decreto que se publicó en el Diario Oficial el 10 de noviembre del mismo mes y que entraría en vigor al día siguiente de su publicación, la reforma se establecía en el inciso f) de la fracción XI del Apartado "B" y la adición de con un segundo párrafo a la fracción XIII del mismo Apartado "B", y que establece --- prestaciones en materia habitacional.
- 36.- Por considerarse de utilidad social la expedición de una ley para la creación de un organismo integrado por representantes del Gobierno Federal, de los trabajadores y de los patrones, el 24 de abril de 1972, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores. El nuevo organismo quedó instalado el 1o. de mayo de 1972.
- 37.- El sistema de este organismo consiste en -- una fórmula de ahorro y préstamo para la vivienda en el que el patrón aporta un 5% sobre los salarios ordinarios que devengan y

esas sumas integran depósitos individuales que forman el Fondo Nacional de la Vivienda.

- 38.- El titular de un depósito o sus beneficiarios (mecanismo de ahorro) los recuperará a los diez años, al jubilarse, incapacitarse o morir o al año de haber sido dado de baja en el sistema.
- 39.- Es conveniente mencionar que existen otros organismos que tienen atribuciones para contribuir y mejorar la vivienda rural como el INDECO, la Comisión Constructora de la Secretaría de Salubridad y Asistencia, las Comisiones Hidrológicas de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos y el Banco Nacional de Crédito Rural, S.A.
- 40.- En el fideicomiso público, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, siempre será titular de uno de los elementos personales de esta figura, el fideicomitente, situación que no podrá variar cuando sea el Gobierno Federal quien constituya el fideicomiso.
- 41.- La Secretaría de Programación y Presupuesto sin ser elemento constitutivo del fideicomiso, interviene, tanto en su constitución e incremento como en la modificación y disolución, en las dos primeras acciones siendo el conductor de la autorización del Presidente de la República y en los últimos haciendo la proposición respectiva ante el Ejecutivo Federal.
- 42.- En los fideicomisos de la Administración Pública Federal no sólo se les aplicarán la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley Bancaria y otros ordenamientos civiles y mercantiles; sino que deberán conjugarse

con leyes del orden público.

- 43.- Se puede entender que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en su carácter de fideicomitente del Gobierno Federal, no limita a ninguna otra Secretaría para la constitución de fideicomisos.
- 44.- El fideicomiso para la vivienda al que hemos hecho referencia es propiamente de inversión y administración que se utiliza para la realización de planes de construcción de conjuntos habitacionales, para atender las necesidades de vivienda de los grupos de población de medianos y bajos ingresos y para ello han contribuido instituciones como: FOVI, FOGA, INDECO, INFONAVIT y FOVISSTE.
- 45.- Los fideicomisos normales tienen una duración de treinta años; sin embargo la ley hace la salvedad, de que cuando sean instituciones de beneficencia o de orden público, su duración puede ser indefinida, situación que también ha sido prevista por la reforma y adición a la fracción XVI del artículo 45 de la Ley Bancaria.
- 46.- En el Programa Financiero de Vivienda, podemos apreciar la importancia de la institución del Fondo de Operación y Descuento Bancario a la Vivienda (FOVI) que desde el año de 1963, principió la actividad del programa financiero que representa uno de los esfuerzos iniciales más importantes en materia de habitación; ya que permite utilizar recursos de la banca de depósito y de la hipotecaria para que complementados con otros gubernamentales, se fomente la construcción de viviendas de interés social, en toda la

República.

- 47.- Durante el año de 1981, los recursos para - la vivienda de interés social canalizados - por conducto de las instituciones bancarias, provenientes de sus propios recursos y de - los apoyos financieros del FOVI continuaron esa tendencia ascendente, representando un monto de 14,045 millones de pesos (82.3% -- más que el año anterior). La inversión realizada permitió que se otorgaran créditos/ vivienda y créditos puente que representan un total, en conjunto, de 35,961 viviendas para beneficiar aproximadamente a 197,800 - habitantes.
- 48.- Esta inversión generó un alto volumen de em- pleados, estimulando la actividad de la in- dustria de la construcción, permitiendo la ocupación de personal de escasa o mediana - calificación en 165,731 nuevos empleos, de los cuales 112,360 fueron directos y 53,371 indirectos. Conforme a estimaciones de la SAHOP en 1978, por cada millón de pesos invertidos en vi- viendas se generan 8 empleos directos y 3.8 empleos indirectos.
- 49.- Octavio A. Hernández, dice que las causas - de la aparición de los Certificados de Par- ticipación en México fueron: la necesidad - de crear un mercado de valores que hiciera posible la colocación de los emitidos por - la Federación, Estados y los Ayuntamientos que no gozaban del favor del público, la ne- cesidad de colocar de manera creciente, los valores industriales privados en círculos - financieros más amplios, la necesidad de mo- vilizar la riqueza estancada en las liquida- ciones y quiebras y la necesidad de facili-

tar, mediante sistemas de crédito específico, la construcción, la venta y el arrendamiento de la habitación familiar tipo medio.

- 50.- Los ordenamientos legales que reglamentan - en nuestro país los certificados de Participación son fundamentalmente, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, la Ley Orgánica de - Nacional Financiera, S.A., así como una bre - ve referencia en la Ley del Banco de México, S.A.
- 51.- La institución de crédito que a la fecha ha emitido certificados de participación inmobiliaria amortizable y no amortizable para resolver el problema habitacional, es el -- Banco de Obras y Servicios Públicos, S.A. - La citada institución ha emitido dichos títulos, de acuerdo con las facultades que le confiere su ley orgánica y en su carácter - de fiduciario del Fideicomiso denominado -- "Fondo de Habitaciones Populares", conse--- cuentemente la referida emisión de certifi- cados tiene como instrumento básico un fi-- deicomiso y los recursos que obtiene al co- locar esos títulos que son destinados a la recuperación del costo de las viviendas a - que se refiere dicho fideicomiso.
- 52.- El fideicomiso "Fondo de Habitaciones Popu- lares", que se constituyó legalmente por -- Acuerdo Presidencial el 2 de abril de 1981, tiene como objetivos fundamentales: Finan-- ciar la construcción de habitaciones para - ser otorgadas en arrendamiento. Su función primordial es atender las necesidades que - presentan sobre la materia las clases popu- lares principalmente no asalariadas, con un

rango de ingresos no mayor 2.5 veces al salario mínimo.

- 53.- Los Certificados de Vivienda fueron creados por Decreto Publicado en el Diario Oficial el 30 de diciembre de 1963, mediante una -- adición a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, agregándoles el artículo 228 a "bis", que a su vez está incluido en el capítulo V bis de la ley indicada, que se refiere a los certificados de participación.
- 54.- El legislador al crear los "certificados de vivienda", quiso que al vencimiento del título se le escriture al tenedor el departamento que venía aprovechando de manera específica, el artículo 8o. de la circular 520 de la Comisión Nacional Bancaria consagra ese derecho; sin embargo, estos certificados se han dejado de emitir, razón por la cual, se deben hacer algunas reflexiones al respecto.
- 55.- Se dice que los "certificados de vivienda" son de poco uso práctico, ya que sus tenedores al terminar de pagarlos tienen que recurrir a la escritura pública para que se titulen sus viviendas. Teniendo en consideración que los gastos de escritura de emisión y su registro deben absorber los propios tenedores, los cuales sumados al costo de las escrituras de propiedad de las viviendas hacen onerosas las operaciones en este sistema y se trata de viviendas de interés social, cuyos adquirentes son jefes de familia de escasos o medianos recursos y que evidentemente por ello, no resulte muy recomendable el uso de estos certificados.

- 56.- Aunque esto pudiera ser un argumento valedero, la verdadera razón es que con los certificados de vivienda, la institución emisora recupera en un plazo mayor la inversión realizada en la construcción de viviendas (cuotas periódicas) en tanto que con la emisión de certificados de participación inmobiliaria, la emisora está en posibilidad de recuperar en un plazo corto la inversión, colocando los certificados de participación --- amortizable que se emiten simultáneamente - con los no amortizables.
- 57.- Los "certificados de vivienda" son jurídicamente títulos de crédito que se encuentran legislados y su vigencia debe seguirse instrumentando puesto que no han sido derogados, aun cuando se ha argumentado que son de poco uso práctico, se debe procurar un estudio más a fondo para actualizar este tipo de títulos de crédito que ofrecen una perspectiva en la solución del problema de la vivienda.
- 58.- Antonio Ortíz Mena, ex-Secretario de Hacienda y Crédito Público, en la Trigésima Convención Nacional Bancaria celebrada en Torreón, Coah. el día 12 de marzo de 1964, reconoció que con los "certificados de vivienda" se buscaba implementar los mecanismos que faciliten el desarrollo del programa de vivienda, permitiendo a las instituciones fiduciarias la emisión de un nuevo título que facilite a los posibles beneficiarios, mediante la práctica de un ahorro sistemático, el disfrute inmediato de una vivienda y posteriormente el dominio a su favor.
- 59.- La práctica del fideicomiso en el problema

de la vivienda ha sido definitivamente una de las formas más acertadas para la afrontación del problema de la vivienda, instru-
men- tando acciones y recursos jurídicos que hacen posible que el fideicomiso sea funcional y de gran proyección para los fines que se ha propuesto el Gobierno Federal en el Programa de Tipo Habitacional.

B I B L I O G R A F Í A

- Acosta Romero Miguel. "Teoría General del Derecho Administrativo". Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición 1981. México, D.F.
- Asociación de Banqueros de México. "Primer Cónclave de Fideicomiso". 1943. México, - D.F.
- Banco de México. "Informe y Programa 1981-1982". Fondo de Operación y Descuento Bancario a la Vivienda. Fondo de Garantía y - Apoyo a los Créditos a la Vivienda. México, D.F.
- Bauche Garcíadiago Mario. "Operaciones Ban-
carias". Editorial Porrúa, S.A. Cuarta --
Edición 1981. México, D.F.
- Batiza Rodolfo. "El Fideicomiso". Edito--
rial Porrúa, S.A. Cuarta Edición 1980. Mé-
xico, D.F.
- Batiza Rodolfo. "Principios Básicos del Fi-
deicomiso y de la Administración Fiducia--
ria". Editorial Porrúa, S.A. Primera Edi-
ción 1977. México, D.F.
- Batiza Rodolfo. "Tres Estudios sobre Fidei-
comiso". Editorial UNAM. 1954. México, -
D.F.
- Banco Mexicano SOMEX. "Instituciones Fidu-
ciarias y Fideicomiso en México". 1982. -
México, D.F.

- Cervantes Ahumada Raúl. "Títulos y Operaciones de Crédito". Editorial Herrero, S.A. Octava Edición 1973. México, D.F.
- Código de Comercio y Leyes Complementarias. Trigésimovena Edición. Editorial Porrúa, S.A. 1981. México, D.F.
- De Ibarrola Antonio. "Cosas y Sucesiones". Editorial Porrúa, S.A. Tercera Edición -- 1972. México, D.F.
- Domínguez Martínez Jorge Alfredo. "El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico". Editorial Porrúa, S.A. Tercera Edición 1982. México, D.F.
- Engels Federico. "La Cuestión de la Vivienda". Fondo de Cultura Popular, A.C. Tercera Edición 1887. Londres, Inglaterra. (Traducción del Dr. Alejandro Dagoberto Marroquín Zabaleta).
- Floris Margadant Guillermo. "Derecho Romano". Editorial Esfinge, S.A. Quinta Edición 1971. México, D.F.
- Galindo Guarneros Gustavo. "Certificados de Participación. Expectativas y Frustraciones". Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México 1972. México, D.F.
- Legislación Bancaria. Editorial Porrúa, S.A. Vigésimosexta Edición 1981. México, D.F.
- Legislación Federal del Trabajo Burocrático. Editorial Porrúa, S.A. Onceava Edición -- 1978. México, D.F.

- Lepaulle Pierre. "Tratado Teórico y Práctico de los Trusts". Traducción y Estudio por el Lic. Pablo Macedo. Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición 1975. México, D.F.
- Leyes y Códigos de México. "Derecho Civil para el Distrito Federal". Editorial Porrúa, S.A. Quincuagésima Edición 1982. México, D.F.
- Muñoz Luis. "El Fideicomiso". Editorial Cárdenas. Editor y Distribuidor. Segunda Edición 1980. México, D.F.
- Petit Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano". Editora Nacional, S.A. (Traducción de la Novena Edición Francesa) 1971. México, D.F.
- Rodríguez y Rodríguez Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil II Tomo". Editorial Porrúa, S.A. Octava Edición 1969. México, D.F.
- Rodríguez Ruíz Raúl. "El Fideicomiso y la Organización Contable Fiduciaria". Ediciones Contables y Administrativas, S.A. Quinta Edición 1972. México, D.F.
- Rojina Villegas Rafael. "Compendio de Derecho Civil" (Bienes, Derechos Reales y Sucesiones). Editorial Porrúa, S.A. Décimotercera Edición 1981. México, D.F.
- Ruíz Massieu José Francisco. "La Seguridad Social y la Vivienda". Anuario Jurídico VII. 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, D.F.

- Secretaría de Hacienda y Crédito Público. - Coordinación General de Estudios Administrativos de la Presidencia de la República. - "El Fideicomiso Público en México". México, D.F.
- Secretaría de Hacienda y Crédito Público. - "Las Convenciones Bancarias". Discurso del Lic. Antonio Ortíz Mena pronunciado en Torreón, Coah. el día 12 de marzo de 1964. México, D.F.
- Secretaría de Hacienda y Crédito Público. - Comisión Nacional Bancaria Circular No. 520. "Reglamento de Certificados de Vivienda". - 1964. México, D.F.
- Serrato Tejeda Luis. "La Administración -- Privada en el Régimen de Propiedad en Condominio". UNAM. 1981. México, D.F.
- Silva Herzog Flores J., González Avelar Miguel, Cortiñas Peláez León. "Asentamientos Humanos, Urbanismo y Vivienda". Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición 1977. México, D.F.
- Vázquez Arminio Rodrigo. "Naturaleza Jurídica de Nuestro Fideicomiso y sus Principales Aplicaciones Prácticas". Editorial Porrúa, S.A. 1964. México, D.F.

Í N D I C E'

Pág.

PRÓLOGO

I.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO

- a) Origen del Fideicomiso en Roma ... 9
- b) Interpretación del Fideicomiso según el Derecho Inglés y el Derecho Norteamericano ... 16
- c) El Fideicomiso en el Derecho Mexicano ... 41

II.- ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO

- a) Naturaleza Jurídica ... 51
- b) Elementos Personales ... 96
- c) Prohibición del Fideicomiso ... 104
- d) El Fideicomiso y el Registro Público de la Propiedad ... 112

III.- FORMAS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD Y EL PROBLEMA DE LA VIVIENDA

- a) Generalidades del Modo de Adquirir la Propiedad ... 117

b)	El Régimen de Propiedad en <u>Con</u> dominio	... 125
c)	El Problema de la Vivienda	... 141
d)	El Desarrollo del Derecho Obre <u>re</u> ro a la Vivienda	... 148

IV.- EL FIDEICOMISO Y LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACION

a)	El Gobierno Federal en la cons <u>tr</u> titución de los Fideicomisos	... 162
b)	Programa Financiero de la Vi-- vienda	... 187
c)	Realizaciones del Programa Fi- nanciero de Vivienda	... 193
d)	El Fideicomiso y los Certifica <u>do</u> dos de Participación	... 206

V.- EL FIDEICOMISO Y LOS CERTIFICADOS DE LA VIVIENDA

a)	Generalidades	... 232
b)	Naturaleza Jurídica de los Cer <u>ti</u> ficados de la Vivienda	... 245
c)	Marco Legal de los Certifica-- dos de la Vivienda	... 249

	Pág.
d) Requisitos de Emisión de los Certificados de Vivienda	... 267
CONCLUSIONES	... 276
BIBLIOGRAFIA	... 292