



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACION DE
RENDIMIENTOS COMO MEDIO PARA
PROMOVER LOS FIDEICOMISOS
TURISTICOS**

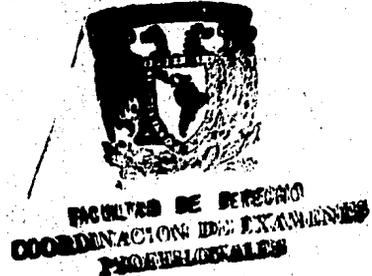
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ABEL LEDESMA MONDRAGON



México, D. F.

1985



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está 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.

I N D I C E

INTRODUCCION.

CAPITULO PRIMERO.- Antecedentes históricos del fideicomiso.

- a).- El fideicomiso en Roma.
- b).- El fideicomiso en Inglaterra y en los Estados Unidos de América.
 - 1.--El use.
 - 2.- El trust.
- c).- El fideicomiso en nuestro país.
 - 1.- El Proyecto Limantour o Vera Estañol.
 - 2.- El Proyecto Alfaro.
 - 3.- El Proyecto Creel.
 - 4.- Pierre Lapaulle. El fideicomiso como patrimonio afectación.

CAPITULO SEGUNDO.- Naturaleza jurídica del fideicomiso. Principales teorías.

- a).- Definición de fideicomiso.
- b).- Elementos personales. Obligaciones y derechos.
- c).- Clases de fideicomisos.

CAPITULO TERCERO.- Los certificados de participación.

- a).- Concepto y naturaleza jurídica.
- b).- Encuadramiento dentro de la clasificación de los títulos de crédito.

c).- Clases de certificados.

d).- Elementos personales.

CAPITULO CUARTO.- El fideicomiso turístico y los -
certificados de participación de
rendimientos.

a).- El turismo y su concepto.

b).- La posible emisión de los certifica-
dos de participación de rendimientos_
como medio de promoción del turismo.

c).- Significado gramatical y anteceden--
tes del certificado de participación

d).- El fideicomiso y la emisión de certi-
ficados de participación.

e).- La emisión de certificados de parti-
cipación como medio de inversión y -
captación de ingresos.

f).- Requisitos.

g).- Su colocación en la bolsa de valo- -
res.

h).- Fundamento jurídico.

i).- Régimen fiscal de los certificados -
de participación de rendimientos.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

I N T R O D U C C I O N

Debido a la importancia que reviste el fenómeno socioeconómico denominado turismo, por sus repercusiones en la vida social, económica y cultural en nuestro país, éste ha sido tomado en consideración por el Gobierno Federal y el sector privado, quienes directa o indirectamente participan de los beneficios producidos por el mismo; por consiguiente estos sectores se han preocupado en fomentarlo y protegerlo a través de diversos medios, con el objeto de que alcance su máximo desarrollo.

En virtud de lo anterior el Gobierno Federal ha unido sus esfuerzos con la iniciativa privada y ha creado instituciones como el Fondo Nacional de Fomento al Turismo que tiene como actividad principal el conceder créditos a las personas que se dedican al turismo a fin de promover en el país las actividades turísticas. Asimismo el Gobierno cuenta con instituciones como la Secretaría de Turismo quien a través de las facultades que le concede la Ley Federal de Turismo se encarga de su protección y fomento.

En ejercicio de sus facultades, el Ejecutivo Federal para lograr sus propósitos en cuanto al desarrollo del turismo, se ha auxiliado de instituciones jurídicas como el fideicomiso. Así ha constituido fideicomisos turísticos en los que partici

pa como fideicomitente y fideicomisario al mismo tiempo, por conducto de sus dependencias competentes. En estos fideicomisos también forma parte el sector privado participando en los beneficios obtenidos por estos medios. Sin embargo para crear los centros turísticos que actualmente funcionan han tenido que erogar fuertes cantidades de dinero; por lo que el propósito de este modesto trabajo es precisamente evitar esto, por lo que se recomienda y ello constituye su parte principal, la constitución de fideicomisos turísticos en los que se faculte a la institución fiduciaria para emitir certificados de participación de rendimientos y colocarlos en bolsa de valores o fuera de ella para su venta a fin de obtener de esta manera, ingresos y emplearlos en el fomento de la actividad turística mediante la creación de centros turísticos como los que actualmente funcionan (Cancún, Quintana Roo, Ixtapa, Guerrero, etc.), manejados a través de fideicomisos.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO

a).- EL FIDEICOMISO EN ROMA.

En Roma el fideicomiso constituía una súplica que hacía un fideicomitente a un fiduciario para que entregase ciertos bienes a un fideicomisario. La forma normal que adoptó en el derecho romano era el del fideicomiso mortis causa, en el cual el fideicomitente era el testador; el fiduciario, el heredero o el legatario y el fideicomisario, un tercero.

De dicha constitución no se generaban obligaciones civiles, sino que atendía a la buena fe del fiduciario heredero ejecutor, o sea que, no existían sanciones jurídicas para el caso de que el heredero no llevase a cabo lo dispuesto por el testador.

El fiduciario muchas veces no cumplía de inmediato con la disposición del testador sino que disfrutaba por un tiempo del bien fideicometido. Esto se regulaba por un término resolutorio o una condición.

El fideicomiso se utilizaba para beneficiar a personas que no tenían derecho a heredar o para no cumplir con la Lex-Falcidia (esta Ley disponía que

el heredero, no podía ser obligado a entregar legados superiores a un setenta por ciento del valor neto de la herencia); ya que mediante el fideicomiso el testador podía obligar al heredero a entregar el total de la herencia a terceros.(1).

Posteriormente la facultad que tenía el testador de favorecer a terceros con su herencia mediante el fideicomiso se limitó, prohibiéndose mediante el senadoconsulto Pegasiano el entregar bienes en fideicomiso a las personas inciertas y a los peregrinos (extranjeros que no tenían derechos políticos pero que podían residir en la Metròpoli). Sin embargo, tal facultad no se suprimió totalmente, ya que durante el Bajo Imperio, se permitía entregar fideicomisos a las personas que no tenían derecho a heredar. Además el fideicomiso ofrecía otra ventaja más en relación con las herencias o legados; permitía la sustitución fideicomisaria -- que consistía en disfrutar de los bienes fideicometidos sucesivamente entre los fideicomisarios designados en el fideicomiso.(2).

El heredero gravado o fiduciario tenía diversas ventajas en el ejercicio del fideicomiso, como

-
- (1) Floris Margadant S., Guillermo. El Derecho Privado Romano.- Editorial Esfinge, S.A. México - 1968.- pp. 479 y 487.
- (2) Floris Margadant S., Guillermo.- Ob. Cit. p. 488.

la disposición temporal de la cosa, es decir que se convertía en propietario (propietario fiduciaria hasta el momento de la restitución al fideicomisario). Además de esta ventaja tenía la de responder únicamente de la culpa in concreto, o sea, aquella que resultaba de comparar la conducta concreta del obligado, con el grado de cuidado que aquél tenía en sus propios asuntos, este tipo de responsabilidad se presentaba en las relaciones jurídicas originadas en la confianza; y retenía la cuarta Trebelliana, es decir, la cuarta parte de la herencia en el momento de la restitución, lo que constituía una ventaja más para el fiduciario. (3).

Según el Maestro Eugéne Petit y otros autores, el fideicomiso en Roma podía ser:

a).- Fideicomiso de herencia, el cual tenía por objeto la totalidad o una cuota-parte de la sucesión.

b).- Fideicomiso particular.- Este fideicomiso sólo tenía por objeto cosas consideradas a título particular, por ejemplo, los legados. Se constituía en la misma forma que los fideicomisos universales. Por medio de este tipo de fideicomiso, el testador entregaba cosas que también podía entregar en donación. Así, no solamente afectaba en fi-

(3) Ibidem. pp. 355, 356 y 489.

deicomiso lo que le pertenecía, sino que también - podía afectar la cosa o cosas del heredero o la - cosa o cosas de otro. En este caso el fiduciario_ adquiría la cosa para devolvérsela al fideicomisa- rio o le pagaba la estimación de la misma.

Ahora bien, podemos concluir, que el hecho - de que se haya estudiado el fideicomiso romano, el cual a semejanza de otras instituciones que estu- diaremos a continuación como el use, el trust en- tre otras, se utilizó para evadir la rigidez del - ordenamiento jurídico; no quiere decir, que lo con sideremos como antecedente directo de nuestro fi- deicomiso.

b).- EL FIDEICOMISO EN INGLATERRA Y EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA.

1.- EL USE

2.- EL TRUST.

1.- EL USE.

El use considerado como antecedente del trust, se practicó en la Inglaterra feudal, para evadir - la ley.

El Parlamento inglés en 1217, aprobó el llama- do Statute of Mortmain, en el que se prohibió a -

las corporaciones religiosas detentar tierras, en virtud de que tenían en propiedad numerosos inmuebles fuera de la circulación económica.

A este respecto el Lic. Emilio Krieger Vázquez comenta que: "El artificio para burlar esta disposición fue ingeniosamente realizado. La corporación transfería sus bienes a un amigo de confianza quien le permitía seguir usando esos bienes". Sin embargo, dichas corporaciones no tenían protección jurídica y la obligación del amigo de confianza o prestanombre (feoffee to uses) era sólo moral y sancionada desde el punto de vista religioso.(5).

El use pues, en Inglaterra, era una traslación de tierras efectuada por testamento o entre vivos a beneficio de un prestanombre, quien las detentaba en provecho del cestui que use (beneficiario). Según Rodolfo Batiza siguiendo a Maitland la palabra use "...es un término curioso que podría decirse ha equivocado su propio origen; podría pensarse que proviene del latín usus, pero en realidad deriva de opus y desde tiempos remotos en los siglos VII y VIII como puede comprobarse en documentos jurídicos lombardos y francos encontramos

(5) Krieger Vázquez, Emilio.- Manual del Fideicomiso Mexicano.- Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A. pp. 15 y 16.

en el latín bárbaro o vulgar ad opus como equivalente a 'en su representación'.(6).

Otros autores indican como antecedente del use el "Salmmann" y el "True-hand", instituciones del derecho primitivo germánico; en ellas también intervenía un sujeto administrando bienes ajenos y para beneficio ajeno.

La utilización de la figura jurídica del use, sirvió para burlar a los acreedores o para legar bienes que las instituciones feudales prohibían, creando así una situación de inseguridad respecto de la propiedad inmobiliaria, por tal motivo, en el año de 1534 se promulgó el Statute of Uses para abolir tal práctica nociva.

El sistema seguido por dicha disposición no fue el de considerar ilegales los usos establecidos, sino hacer que se ejecutaran para transferir la propiedad al cestui que use (beneficiario), suprimiendo de esta manera al intermediario una vez que se ejecutaba el fin querido por quien enajenaba sus bienes.

El use al pasar a los Estados Unidos de América cambió por el término trust, el cual se explica

(6) Maitland.- Aut. cit. por Batiza Rodolfo.- El Fideicomiso, Teoría y Práctica.- Editorial Porrúa, S.A. Tercera Edición.- México 1976.- pp. 33 y 34.

en el siguiente inciso.(7).

2.- EL TRUST.

El eminente jurista Dr. Raúl Cervantes Ahumada, señala que: "...la institución del 'trust'. En su aspecto jurídico ha sido definido como una obligación de equidad por la cual una persona llamada 'trustee' debe usar una propiedad sometida a su control (que es llamada 'trust property'), para el beneficio de personas llamadas 'cestui que trust'..."(8).

Por su parte Batiza señala que el término trust ha sido tergiversado en su connotación jurídica ya que se ha utilizado en un cambio semántico en el campo económico, tal es el caso de agrupaciones como la que constituyó la Compañía Standard Oil y otras empresas adoptando la forma Massachusetts o business trust, la cual según Powell citado por Batiza, es una figura híbrida tanto del trust como de las sociedades colectivas y anónimas. Dicha denominación deriva de su empleo primitivo en ese Estado de la Unión, cuyas leyes prohibían a las sociedades anónimas la propiedad y el comercio

(7) Krieger Vázquez, Emilio.- Ob. Cit. p. 16.

(8) Cervantes Ahumada Raúl.- Títulos y Operaciones de Crédito.- Editorial Herrero, S.A.- México - 1976. p. 287.

de bienes raíces. Este antecedente ha tenido por consecuencia que el término trust se le haya identificado con las agrupaciones omnipotentes cuyas tendencias monopolísticas estaban encaminadas a suprimir la libre competencia.(9); prácticas que en nuestro país se encuentran prohibidas por el artículo 28 constitucional, el cual señala que en los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios de ninguna clase, salvo los relativos a la acuñación de moneda, correos, telégrafos, etc.

El trust (no en su sentido económico), ha sido utilizado en los Estados Unidos para el logro de diversas finalidades, entre otras, podemos mencionar, la garantía de empréstitos; es decir, se pacta un crédito poniéndose a la venta bonos o certificados garantizados por los bienes de la empresa emisora, quien entrega a una compañía fiduciaria para que con su producto se paguen los intereses y se redima poco a poco la emisión.(10).

Finalmente puede considerarse que el trust después de sufrir serios tropiezos ha sido definitivamente admitido en los sistemas jurídicos tanto de Inglaterra como de los Estados Unidos de América; Nación que le ha dado gran promoción incluyéndolo

(9) Batiza Rodolfo.- Ob. Cit. pp. 27 y 28.

(10) Krieger Vázquez, Emilio.- Ob. Cit. p. 18.

en su actividad bancaria, lo cual distingue al - - trust norteamericano del inglés, es decir, que en los Estados Unidos el trustee (fiduciario) recibe una remuneración por sus servicios profesionales, hecho que no se presenta en Inglaterra, caracterizándose por ello esta institución, como actividad de los bancos fiduciarios.(11).

c).- EL FIDEICOMISO EN NUESTRO PAIS.

En México según Rabasa, citado por Villagor--do Lozano señala que la forma económica del fidei--comiso romano (sustitución fideicomisaria), la - - cual producía la vinculación a perpetuidad de la - propiedad de diversos herederos sucesivos, no se - dio jurídicamente ni antes ni después de nuestra - Independencia. Que las Cortes Españolas, mediante - decreto de 27 de septiembre de 1820 suprimieron los mayorazgos y cualquier otro tipo de vinculación de bienes muebles e inmuebles sin vedar su comerciali--zación.

Dicha Ley, aplicable en nuestro país, dado - que se promulgó en la época en la que todavía de--pendía de la Metrópoli abolió desde 1820 al fidei--comiso gradual o familiar; y los códigos civiles - desde el primero de 1870 hasta los actuales, tam--

(11) Cervantes Ahumada, Raúl.- Ob. Cit. p. 288.

bién prohibieron las sustituciones fideicomisarias. (12).

En relación con lo expuesto anteriormente pensamos que la prohibición en cuestión estaba encaminada a evitar el estancamiento comercial de los bienes, es decir, eliminar todo escollo que impidiese su comercialización.

Pasaremos ahora al análisis de los antecedentes legislativos que culminan con la sólida implantación del fideicomiso en la vida jurídica mexicana.

1.- PROYECTO LIMANTOUR.

El 21 de noviembre de 1905, el Secretario de Hacienda de esa época, el Sr. Limantour presentó a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, una iniciativa cuyo autor era el Lic. Jorge Vera Estañol, que facultaba al Ejecutivo para expedir una ley que permitiese constituir en el país instituciones comerciales con funciones de agentes fiduciarios.

En la introducción de esta iniciativa, se expresaba que debido al desarrollo de los negocios

(12) Villagordoa Lozano, José M. - Doctrina General del Fideicomiso. - Editorial Porrúa, S.A. México 1982. p. 37.

comerciales era necesaria la existencia de ciertas organizaciones especiales que en los países anglosajones llevan el nombre de "trust companyes" (sic) o compañías fideicomisarias, cuya función era ejecutar actos en los cuales no tenían un interés directo, es decir, eran simples intermediarios en beneficio de las partes interesadas o de terceros; - por ello se decía que era necesaria una reglamentación especial para garantizar los intereses confiados a dichas instituciones.

Que debido a las relaciones comerciales entre nuestro país y los Estados Unidos, así como por las inversiones de éste en nuestro territorio para desarrollar diversas empresas, se ha hecho necesario que el país incorpore en su legislación las instituciones mencionadas, las cuales operarían bajo una rigurosa inspección estatal, respetándose a su vez los principios fundamentales del fideicomiso en su más amplia acepción, así como los seguidos por México encaminados a impedir el estancamiento de la riqueza.

El proyecto de referencia disponía que el fideicomiso para el cual se autorizarían las instituciones citadas, podría consistir en el encargo hecho al fideicomisario, por virtud del contrato entre dos o más personas, de ejecutar cualquier acto lícito respecto de bienes determinados, para beneficio de alguna o de todas las partes contratantes

o de un tercero o para hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones creadas en el contrato o las derivadas del mismo; en el encargo hecho al fideicomisario, por parte interesada o por mandamiento judicial, de ejecutar cualquier acto lícito respecto de bienes determinados, en beneficio de un tercero que tenga o a quien se confiera derechos a una parte o a la totalidad de los mismos o de sus productos o a cualquier aprovechamiento sobre dichos bienes; que el fideicomiso implicará un derecho real respecto de los bienes fideicometidos; que la naturaleza y requisitos para hacerlo valer los señalará la ley; que una institución fideicomisaria para que pueda considerarse legalmente constituida será necesario que cumpla previamente con requisitos legales (el proyecto que se comenta no señala tales requisitos) y ser autorizada por la Secretaría de Hacienda; que en las concesiones que se otorguen a las instituciones fideicomisarias se autorice a éstas a ejecutar actos u operaciones que no sean legalmente incompatibles con sus funciones fundamentales; que la ley fijará los términos en que las compañías deban garantizar el fiel cumplimiento de sus obligaciones así como los lineamientos conforme a los cuales habrán de ser inspeccionadas por Hacienda a fin de garantizar los intereses del público; que pueden conceder se exenciones y privilegios especiales en materia

de impuestos a tales compañías y a las operaciones que realicen con los requisitos que establezca la ley; finalmente faculta al Ejecutivo para modificar la legislación civil, mercantil y procedimental en donde se requiera para asegurar las funciones de las instituciones mencionadas y la firmeza de los contratos y actos que están autorizadas a celebrar.

El Proyecto Limantour no llegó a discutirse en las Cámaras, es decir, que no llegó a tener el carácter de ley; sin embargo tiene el mérito de ser el primer intento legislativo en el mundo, de adaptar la exótica figura del trust a un sistema de ascendencia romana como el nuestro. (13).

En torno al Proyecto en cuestión podemos hacer los siguientes comentarios:

a).- Para este Proyecto el fideicomiso podía consistir en el encargo hecho al fideicomisario, es decir, a las instituciones fideicomisarias, lo cual en nuestra opinión, constituye un resabio del fideicomiso romano, ya que según Krieger Vázquez "... el autor de la herencia transmitía por testamento una parte o la totalidad de sus bienes a una persona con capacidad para heredar, encargándole que, a su vez, los transmitiese posteriormente a

(13) Batiza Rodolfo.- Ob. Cit. pp. 98, 99, 100 y 101.

otra persona. De ahí deriva el nombre de fideicomiso que etimológicamente significa encargo de confianza..."(14).

b).- El Ordenamiento de referencia, cataloga al fideicomiso como el encargo que se hace al fideicomisario (instituciones fideicomisarias); como puede observarse este Proyecto denomina fideicomisario no al beneficiario del fideicomiso, que hubiera sido lo correcto, sino a quien en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (artículo 346), funge como fiduciario, o sea, la institución bancaria a quien se encomienda la realización del fin del fideicomiso.

c).- Señala también el Proyecto que se viene comentando, que el fideicomiso importará un derecho real respecto de los bienes fideicometidos; postura que consideramos equivocada ya que el fideicomiso no puede consistir en un derecho real de propiedad, pues éste permite a su titular (artículo 830 del Código Civil para el Distrito Federal) gozar y disponer de una cosa con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes, y la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares en sus artículos 45 fracciones VI, XI y 46 fracción I establece, que en toda clase de ope-

(14) Krieger Vázquez, Emilio.- Ob. Cit. p. 13.

raciones que impliquen adquisición o sustitución de bienes o derechos o inversión de dinero o fondos líquidos, la institución fiduciaria deberá ajustarse a las instrucciones del fideicomitente; que la fiduciaria tendrá las facultades que expresamente se le confieran en el acto constitutivo del fideicomiso; que dicha institución no podrá realizar por cuenta propia cualquier clase de operaciones, salvo las que pueda llevar a cabo con su capital; lo cual implica, en otras palabras, que el fiduciario no puede disponer de los bienes fideicometidos de donde resulta que él no es realmente el propietario de esos bienes. O sea, quien verdaderamente es propietario de los bienes es el fideicomitente aunque se limite en el acto constitutivo del fideicomiso, esto es, que no puede disponer libremente de los bienes fideicometidos sino es siguiendo lo establecido en dicho acto; y esto se confirma con el hecho de que al extinguirse el fideicomiso, los bienes vuelven al patrimonio del fideicomitente (artículo 358 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito) y no a otro patrimonio.

Tampoco es válido considerar que el acto constitutivo del fideicomiso transforme en propietario de los bienes fideicometidos al fideicomisario, cuando éste no sea el fideicomitente, dado que, al fideicomisario sólo se le conceden los beneficios

económicos del mismo, pero nunca la propiedad de aquéllos, pues como ha quedado analizado en párrafos anteriores es el fideicomitente como titular de los bienes quien establece los beneficios para el fideicomisario, sin que éste pueda disponer de los bienes fideicometidos. Esto podría ser objeto en el sentido de que si es precisamente al fideicomisario a quien se le faculta (artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito) para reivindicar los bienes que por actos realizados por el fiduciario en exceso de sus facultades hayan salido de la masa de bienes fideicometidos, y esta acción por disposición del artículo 4o. del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal compete a quien no está en posesión de los bienes pero es propietario de los mismos, es de concluirse que al fideicomisario deba considerársele propietario de los bienes fideicometidos. Más ello no es real, ya que la acción del fideicomisario no va dirigida a recuperar los bienes para sí (lo cual sería lo lógico si el fuera el propietario) sino para reincorporarlos al conjunto de bienes del fideicomiso.

d).- En cuanto a considerar que el fideicomiso implicaría un derecho real de usufructo, prenda o hipoteca, estimamos con base en las ideas de Krieger Vázquez, que esto no es exacto, puesto que en el usufructo el propietario que se autolimita -

no confiere encargo o misión alguna a terceras personas (cosa que sí sucede en el fideicomiso), lo que hace es transferir al usufructuario el derecho de usar y disfrutar de un bien o conjunto de bienes cuya propiedad conserva, la llamada nuda propiedad. (15).

Por otra parte, en el usufructo los bienes no se destinan a un fin determinado (como sucede en el fideicomiso), ya que el usufructuario puede utilizar los derechos que se le confieren para los fines que estime pertinentes.

Como en el usufructo los bienes afectos a éste no se destinan a un fin específico ni tampoco hay encargo de confianza puede concluirse que el acto constitutivo del fideicomiso no puede importar un derecho real de usufructo.

Igualmente no es posible equiparar al fideicomiso con los derechos reales de prenda e hipoteca por lo siguiente:

El fideicomiso de garantía se constituye a través de un acto unilateral de voluntad del fideicomitente, aunque se origine en un acuerdo previo del deudor (fideicomitente) y acreedor (fideicomisario). Tal fideicomiso no constituye un derecho real que otorgue facultades al acreedor de perse-

(15) Krieger Vázquez, Emilio.- Ob. Cit. p. 69.

guir la cosa para obtener el cobro de su crédito - en contra de quien la tenga; es más bien un derecho personal contra el fiduciario que recibe la cosa en garantía. Si el fiduciario destina la cosa a un fin distinto el acreedor fiduciario tendrá acción personal contra el fiduciario, pero no tendrá acción real respecto de la cosa. (16). Esto último podría argumentarse que está en contradicción con lo que dispone el artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al concederle éste, al fideicomisario, acción para reivindicar el bien o bienes que salgan del fideicomiso por actos realizados por el fiduciario en exceso de sus facultades; sin embargo, tal acción puede decirse que no deriva de un derecho real sino de las facultades que se le conceden al fideicomisario en el acto constitutivo del fideicomiso.

e).- Por lo que hace a equiparar al fideicomiso con los derechos reales de uso o habitación es a nuestro juicio inexacto, dado que, tanto en el uso como en la habitación no hay un encargo o misión de confianza a terceras personas como sucede en el fideicomiso, además en estos derechos reales, tanto el usuario como el habituario son poseedores de los bienes, cosa que tampoco se presenta en el fideicomiso, pues en éste, el beneficiario del mis

(16) Krieger Vázquez, Emilio.- Ob. Cit. pp. 67-70.

mo, o sea, el fideicomisario, no posee los bienes que se entregan en fideicomiso, quien los posee es precisamente el fiduciario, aunque no a título de dueño, pues éste es el fideicomitente.

Otra razón para no admitir que el fideicomiso importa un derecho real, está en que tanto el derecho del usuario como del habituario, son intransmisibles, hecho que no se da en el fideicomiso; ya que en éste los derechos del fideicomisario se pueden transmitir con apego en el acto constitutivo del fideicomiso, esto es, a las instrucciones del fideicomitente.

f).- Tampoco es posible considerar al fideicomiso como un derecho real de servidumbre, ya que la servidumbre es un derecho real impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño (artículo 1057 del Código Civil para el Distrito Federal). Como puede observarse, para constituir una servidumbre se requiere de dos predios, dos bienes inmuebles, uno denominado predio dominante a cuyo favor se constituye la servidumbre y otro llamado predio sirviente quien la soporta, cosa que no se presenta en el fideicomiso, pues en éste en principio, para constituirse se entregan no solo bienes inmuebles sino también bienes distintos a éstos, como se desprende de lo dispuesto por el artículo 346 de la Ley General de Tí

tulos y Operaciones de Crédito; además de que en el fideicomiso solamente hay un dueño de los bienes y éste es precisamente el fideicomitente, quien si bien es cierto que se autolimita al constituir el fideicomiso, él sin embargo, sigue siendo propietario de los mismos como ha quedado explicado en apartados anteriores.

Ahora bien, es verdad que el fideicomisario puede ceder sus derechos sobre los bienes fideicometidos, por lo que podría pensarse que aquél es dueño de los bienes, sin embargo, tal cesión la hace sujetándose a las instrucciones del fideicomitente contenidas en el documento que dio origen al fideicomiso; por tanto, como no existen propiedades independientes, es decir, con distintos dueños, en el fideicomiso, no es posible pensar que éste revista la categoría de un derecho real de servidumbre.

2.- PROYECTO ALFARO.

Al jurista panameño Ricardo J. Alfaro, corresponde el mérito de haber intentado por primera vez implantar en la legislación de los pueblos latinoamericanos, el trust anglosajón. Propuso que tal inclusión se hiciera a través del fideicomiso al que catalogó como una especie de mandato, es decir, si en resumidas cuentas lo que hace el fidu-

ciario es realizar 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 hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra, es preciso concluir que el fideicomiso es en sustancia un mandato, donde el fiduciario es el mandatario y el fideicomitente, el mandante.(17).

El autor citado, no obstante lo anterior, reconoce que el concepto simple de mandato no es suficiente para aplicárselo al fideicomiso, pues en primer término aquél es revocable y éste lo contrario; además en segundo término, en el fideicomiso se presenta una transmisión de bienes que no se da en el mandato. Así, dicho autor sostiene que el fideicomiso, es un contrato sui géneris cuya esencia es un mandato. Lo define como "un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada Fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite, llamado Fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado Fideicomisario".(18).

(17) Domínguez Martínez, Jorge A.- El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico.- Editorial Porrúa, S. A. México, 1975.- p.146.

(18).Loc. cit.

Asimismo, señala el autor de cita, los elementos de la anterior definición:

1.- La esencia. Insiste en considerar al fideicomiso como un mandato irrevocable, aunado con una transmisión de bienes considerada por él como indispensable, pues sin ella no habría acto de con fianza.

2.- El objeto.- Para el autor que se comenta, lo es, todo bien mueble, inmueble, corpóreo, incorpóreo, presente o futuro.

3.- El fin será el contenido de la obligación del fiduciario, o sea, destinar los bienes a la finalidad indicada por el fideicomitente.

4.- El sujeto para este autor, es el fideicomisario ya que, es a su favor la constitución del fideicomiso. Dice también que el fideicomisario es un elemento indispensable para la existencia del fideicomiso, pues éste no puede concebirse si no es en función de alguien. (19).

En relación con el Proyecto Alfaro se han hecho diversos comentarios, para ello, se han analizado paralelamente el mandato y el fideicomiso.

Que tanto el fideicomiso como el mandato son figuras diferentes, ya que, en el primero se pre-

(19) Domínguez Martínez, Jorge A.-Ob. cit. p. 147.

senta la afectación o transmisión de bienes sin - que esto suceda en el mandato; esto es, en el mandato el mandante es siempre dueño de los bienes - que tiene el mandatario. En este sentido se pronuncia el Dr. Luis Muñoz al señalar que: "... el mandato inclusive irrevocable no es negocio jurídico adecuado para producir el efecto de transmitir la propiedad..."(20).

El Maestro Jorge A. Domínguez Martínez citando al jurista Arrechea Alvarez manifiesta, que el patrimonio fideicometido por estar afectado forma un conjunto de bienes que se encuentra separado del patrimonio del fideicomitente. Los bienes fideicometidos están afectos a un régimen nuevo, el cual es diferente al producido por el mandato. En cambio, en éste, no hay afectación, el mandante es siempre dueño de los bienes que tiene el mandatario.(21).

Por otra parte, y debido a lo anterior, salta otra diferencia entre el fideicomiso y el mandato, pues no obstante que el mandatario acepte el mandato, el mandante puede realizar los actos encargados a éste, situación que no se da en el fideicomiso, dado que, el fideicomitente al constituirlo pierde el derecho a ejecutar los actos para realizar el fin señalado por él en el acto constitutivo

(20) Muñoz Luis.- El Fideicomiso.-Cárdenas Editor y Distribuidor.- México, 1980. p. 6.

(21) Domínguez Martínez, Jorge A.-Ob. Cit. p.149.

del fideicomiso. (22).

Que no obstante las diferencias antes anotadas, debe reconocerse un punto común en ambas instituciones, y éste es, la situación jurídica que en cierto momento pueden encontrarse tanto el mandatario como el fiduciario. Es obvio que éste, obra en nombre propio, más por cuenta ajena, debido a las limitaciones respecto de los bienes fideicometidos, que se estipulan en el acto que origina el fideicomiso; situación semejante a la de aquél, pues en todo caso aún cuando obre en su propio nombre deberá acatar las instrucciones del mandante. (23).

En nuestra opinión, el comentario anterior del teórico Domínguez Martínez, parece contradictorio, ya que no es posible que una persona obre en nombre propio y en nombre de otro al mismo tiempo, o una cosa o la otra. Además, tanto el fiduciario como el mandatario no pueden obrar en nombre propio, de hacerlo, se harían acreedores respectivamente a las responsabilidades previstas en los artículos 45 fracción XII de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares y 2561 del Código Civil para el Distrito Federal; es decir, el fiduciario resultaría responsable de los

(22) Loc. Cit.

(23) Loc. cit.

daños y perjuicios causados por su incumplimiento a las instrucciones del fideicomitente y el mandatario se obligaría con quien contratase como si el asunto fuera suyo, desvirtuándose de esta manera la esencia del contrato de mandato que es precisamente que el mandatario ejecute por cuenta del mandante actos jurídicos que éste le encarga (artículo 2546 del Ordenamiento invocado en segundo término).

Finalmente y para ser congruentes con lo asentado en páginas anteriores, no compartimos las ideas del Maestro Domínguez Martínez, en el sentido de que en el fideicomiso hay una afectación o transmisión de bienes, dado que, al constituirse el fideicomiso no se transmiten los bienes al fiduciario, únicamente se le dan facultades por el fideicomitente sobre los mismos para realizar el fin o fines del fideicomiso, pero nunca se le transmite la propiedad de los bienes, tan es así que no puede obrar por cuenta propia en relación con éstos, de hacerlo incurriría en responsabilidades según lo establece el artículo 45 fracción XII de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, es decir, que no puede disponer libremente de los bienes fideicometidos sino es acatando las instrucciones del fideicomitente, de donde resulta, que no es propietario de los bienes dados en fideicomiso.

3.- PROYECTO CREEL.

El autor de este Proyecto es el Sr. Enrique -
C. Creel.

El Sr. Creel proponía diecisiete bases, las -
cuales servirían al Ejecutivo para expedir la Ley_
general (entendemos de Instituciones de Crédito) -
a saber:

Las compañías bancarias de fideicomiso y aho-
rro contarían con un capital de \$ 500,000 en el -
Distrito Federal y de \$ 250,000 en los Estados y -
Territorios; dichas compañías podrían recibir hipotecas
en garantía de los bonos que emitieran en -
nombre de sociedades corporaciones o particulares;
asimismo podrían encargarse del pago de cupones, -
de la amortización de bonos y de celebrar toda clase
de contratos de fideicomiso; ejecutar las funcion-
es de albacea, administrador, tutor y síndico_
en los concursos; servir como peritos valuadores -
en toda clase de bienes; recibir en guarda los contra-
tos condicionales celebrados por empresas o particu-
lares, para su eventual cumplimiento; pagar -
los impuestos y mesadas de su clientela; llevar -
los libros de registro para la transmisión de accion-
es y bonos nominativos de toda clase de sociedad-
es; expedir certificados sobre la validez de toda
clase de títulos de propiedad; llevar los registro-
s de capitales y notas del curso de los negocios

para dar informes confidenciales a su clientela y al comercio en general; hacer toda clase de operaciones bancarias de depósito y descuentos y establecer cajas de ahorro. Finalmente la última base concedía a dichas compañías franquicias fiscales durante un lapso de veinticinco años.(24).

El jurista Batiza señala, que el Proyecto Creel pecaba de heterogeneidad, en cuanto a las funciones y actividades que encomendaba a las compañías bancarias de fideicomiso y ahorro. Añade, que el mismo, no fue sancionado como ley; sin embargo, es obvio, que constituye un antecedente más del fideicomiso en nuestro país.(25).

4.- PIERRE LEPAULLE. EL FIDEICOMISO COMO PATRIMONIO AFECTACION.

El jurista Pierre Lepaulle sostiene que para que exista un trust, es indispensable la afectación de bienes al mismo. Que el único elemento esencial del trust es el trustee (fiduciario), cuyas obligaciones y derechos varían en atención a las características de la misión que deberá realizar, la que dependerá de la afectación de bienes que haga voluntariamente el settlor (fideicomiten-

(24) Batiza Rodolfo.- Ob. Cit. pp. 102 y 103.

(25) Ibidem. p. 92.

te). Agrega que para que exista el trust es necesario que existan bienes y que se prevenga su afectación, de esta manera existirá jurídicamente el trust. Que el medio práctico de llevar a cabo la afectación es el trustee, único sujeto necesario para el funcionamiento del trust. Para que exista el trust, no es indispensable ni el settlor ni el cestui- que trust (beneficiario), pero si el trustee. La afectación deberá hacerse por medio de un sujeto de derecho. (26).

Finalmente propone una definición de trust considerándolo como "una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derechos que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación." (27).

En nuestro país, Juan Landerreche Obregón estudia la naturaleza jurídica del fideicomiso con base en la teoría del patrimonio afectación.

Dice, que el fideicomiso es un patrimonio que se afecta a un fin determinado, que esto sólo se puede comprender partiendo del concepto de propie-

(26) Villagordoa Lozano, José M.- Ob. Cit. p. 91.

(27) Ibidem. p. 92.

dad como facultad exclusiva de usar y disponer de los bienes. Si la propiedad es el medio para realizar el aprovechamiento de los bienes para ciertos fines humanos, resulta jurídicamente fundado la formación de un patrimonio destinado a un fin lícito, sin que tenga necesariamente un propietario, sino como única condición la existencia de un órgano que lleve a cabo el fin que se persigue. En este caso puede no existir propietario de los bienes afectos al fin perseguido, siendo suficiente que la afectación se realice adecuadamente para poder llevar a cabo los fines que se persiguen. Agrega, que los elementos principales del fideicomiso son, un fin lícito que alcanzar y la afectación de ciertos bienes a su realización, para lo cual se requiere de una persona que maneje el patrimonio así formado y disponga de él para la realización del fin mencionado; persona que en nuestro derecho es una institución fiduciaria.(28).

Por la afectación realizada, el fideicomitente transmite el dominio de los bienes que entrega, transferencia que hace no en favor de persona determinada, sino para la realización del fideicomiso. Esta afectación se efectúa por una especie de desmembramiento de la propiedad; hay una separación del derecho de aprovechamiento que se destina al -

(28) Ibidem. pp. 92 y 93.

fin del fideicomiso, sin que haya un titular de este derecho por una parte; por la otra, la facultad que se concede al fiduciario de ejercitar los derechos y obligaciones derivados de los bienes para realizar el fin del fideicomiso. Por consiguiente se constituye un patrimonio especial o del fideicomiso, es decir, un patrimonio autónomo que no pertenece a ninguna de las personas que intervienen en el fideicomiso. (29).

Para terminar señala que tanto el trustee como el fiduciario reciben encargos de confianza, que deben cumplir atendiendo a la buena fe; que al fiduciario no puede considerársele como propietario de los bienes afectos, ya que no puede disponer de ellos para su provecho, sino que por el contrario sólo puede hacerlo para facilitar la realización del fin que se le encomendó en razón del fideicomiso constituido; además, tampoco puede considerársele como dueño de los bienes del fideicomiso, ya que éste puede nacer y extinguirse sin intervención de aquél, a más de que, su falta no extingue al fideicomiso sino que sólo ocasiona el nombramiento de un nuevo fiduciario, todo lo cual sería legalmente imposible si el fiduciario fuera dueño de los bienes fideicometidos. (30).

(29) Villagordoa Lozano, José M.- Ob. Cit. pp. 93 y 94.

(30) Ibidem. p. 95.

La teoría del patrimonio sin titular o patrimonio afectación expuesta en renglones anteriores, ha sido criticada aduciéndose que no es posible la existencia de derechos sin titular.(31).

El Maestro Eduardo García Máynez coincide en este punto de vista al señalar que: "Todo derecho es a fortiori, la facultad jurídica de alguien, - así como toda obligación necesariamente supone un obligado. Hablar de derechos sin titular es contra decirse. 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".(32)

"Por otra parte, la distinción establecida por Brinz entre patrimonios de personas y patrimonios de afectación, o destinados a un fin, es enteramente artificial, y no constituye una verdadera oposición. En primer lugar, debemos advertir que los - patrimonios personales son también destinados a la consecución de múltiples finalidades, lo mismo que los llamados de 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 encuentren destinados a fines específicos,

(31) Ibidem. p. 96.

(32) Villagordoá Lozano, José M.-Ob. Cit. p. 96.

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 autonomía y forman parte del patrimonio general del sujeto. Son patrimonios afectación y sin embargo no podemos considerarlos como sujetos jurídicos". (33)

Ejemplo de este tipo de patrimonios es el peculio en el derecho romano. Era éste un complejo patrimonial hermético y autónomo, con administración independiente y con la capacidad de adeudarse, destinado al servicio y al goce del hijo o del esclavo y que jurídicamente pertenecía al pater familias. Así, pues, se trata de un patrimonio destinado a un fin especial, cuyo destino es reconocido por el derecho positivo, que goza de autonomía y que también es un patrimonio de persona.

En nuestro derecho tenemos el caso del patrimonio hereditario en manos del heredero beneficiado. Es bien sabido que la aceptación con beneficio de inventario produce el efecto de evitar que se confundan los patrimonios, o sea, que el heredero beneficiado además de ser titular de su patrimonio lo es también del patrimonio de la herencia benefi

(33) Loc. cit.

ciada, patrimonio que forma una masa distinta que se administra separadamente, la cual pasa a su patrimonio en el momento en que se liquiden todas las deudas de la herencia.(34).

Nos adherimos a esta crítica del Maestro García Máynez a la teoría del patrimonio sin titular, y la hacemos nuestra.

En México por primera vez, se reglamentan los bancos de fideicomiso en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 24 de diciembre de 1924. Sin embargo, esta Ley no establece las características del fideicomiso, es decir, no lo reglamenta y sólo se concreta a mencionar las funciones de los bancos de fideicomiso, entre las cuales están entre otras, la de administrar los capitales que se les confían y fungir como representante común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios al ser emitidos éstos durante el tiempo de su tenencia. Situación que volvió a presentarse en la Ley de 1926, sobre la misma materia, es decir, que ésta lo consideró como un mandato irrevocable.(35).

Es hasta 1932, fecha en que se publicó la Ley

(34) García Máynez, Eduardo.- Introducción al Estudio del Derecho.- Editorial Porrúa, S.A. México 1984. pp. 284, 285 y 286.

(35) Krieger Vázquez, Emilio.- Ob. Cit. p. 19.

General de Títulos y Operaciones de Crédito, actualmente en vigor, cuando se reglamenta el fideicomiso. Sin embargo, puede considerarse que únicamente menciona lo que puede realizarse con el fideicomiso sin delimitar su concepto. (36).

(36) Ibidem. p. 20.

CAPITULO II
NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO
PRINCIPALES TEORIAS.

Con el fin de conocer la naturaleza jurídica del fideicomiso los estudiosos del derecho han elaborado diversas teorías entre las cuales están las siguientes.

EL FIDEICOMISO COMO DESDOBLAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

En México esta teoría es sostenida por Manuel Lizardi Albarrán, quien afirma que la constitución del fideicomiso influye en el derecho de propiedad, dividiéndolo en dos derechos; el del fiduciario que se caracteriza por la facultad de disposición, quedando por ello como propietario ante terceros. Que este derecho es temporal, ya que no puede exceder de 30 años; que en segundo lugar existe la función de un fin a realizar y que este derecho no implica riqueza para el fiduciario.(1).

Que el segundo derecho es el del fideicomisario, el cual si tiene un contenido económico, válido ante todos; derecho que está íntimamente ligado al fin del fideicomiso, confundándose con éste, -

(1) Villagordo Lozano, José M.-Doctrina General del Fideicomiso.-Editorial Porrúa, S.A.-México 1982. p. 101.

por su carácter económico. Al igual que el derecho del fiduciario, este derecho también es temporal.- Añade Lizardi Albarrán, que otra característica de este derecho es la de los efectos reales que produce; que generalmente es el fiduciario quien ejerce el dominio directo de los bienes fideicometidos. - Sin embargo, el fideicomisario en los casos que permita la ley puede perseguirlos y reivindicarlos (cuando por actos de mala fe del fiduciario o por actos realizados por éste en exceso de las facultades que le correspondan, según el acto constitutivo del fideicomiso, los bienes salgan del mismo. - (Artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), restituyéndolos al fideicomiso. Es por esto que dicho derecho es un auténtico derecho real, distinto a los demás que regula el Ordenamiento relativo. En conclusión señala este autor, que tanto el derecho del fideicomisario como el del fiduciario, producen efectos reales, pero que el primero tiende a la protección del fideicomisario contra los actos indebidos del fiduciario. (2).

Se dice, criticando esta teoría, que no es posible admitir dos derechos reales de propiedad sobre un bien, en sistemas jurídicos como el nuestro, el cual es único a diferencia del derecho an-

(2) Villagordoa Lozano José M.- Ob. Cit. pp. 101 y 102.

glosajón donde coexisten dos órdenes diferentes, - el Common Law (derecho común) y la Equity, la cual se define como el sistema de jurisprudencia, basado en buena razón e introducida y desarrollada por los cancilleres en Inglaterra, por autoridad del - Rey con el asentimiento del Parlamento, para hacer justicia donde era negada por el Derecho Común, o para hacer una justicia más perfecta que la que podía hacerse a través de este último. Además, tampoco es correcto distinguir la doble titularidad de un derecho por sus aspectos económico y jurídico - ya que el primero es ajeno al aspecto jurídico.(3)

Por su parte el Maestro Domínguez Martínez - coincide con la anterior crítica al señalar que es jurídicamente insostenible la afirmación de que el derecho de propiedad puede desdoblarse, admitir - esto es ir contra la naturaleza del derecho real - al tratarse "de un derecho absoluto que excluye la posibilidad de dos titulares diferentes, entre - - otras razones, porque la existencia de uno necesariamente elimina a cualquier otro".(4).

(3) Loc. cit.

(4) Domínguez Martínez, Jorge A.- El Fideicomiso - ante la Teoría General del Negocio Jurídico.-- Editorial Porrúa, S.A. México, 1975. p. 157.

TEORIA DE JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

Este jurista analiza al fideicomiso desde diversos puntos de vista: como negocio jurídico; como modalidad del derecho de propiedad y como operación bancaria.

En cuanto al primer punto afirma, que debe considerarse al fideicomiso como una variedad de los negocios fiduciarios los cuales se caracterizan por la discrepancia entre el fin que se persigue y el medio para lograrlo. Que en los negocios fiduciarios existe un aspecto real, traslativo de dominio, que opera ante terceros y uno interno obligatorio, que limita los alcances de la transmisión anterior, pero solo con efectos entre las partes. Por consiguiente debe considerarse al fideicomiso como un negocio fiduciario en cuanto negocio jurídico, a través del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación obligatoria de realizar sólo aquellos actos para el cumplimiento del fin al que se destinan. (5).

En relación con este tema, el Maestro Cervantes Ahumada, indica que los estudiosos del derecho

(5) Rodríguez Rodríguez, Joaquín.- Curso de Derecho Mercantil, Tomo II.- Editorial Porrúa, S.A. México 1978.- p. 119.

han confundido al fideicomiso con los negocios fiduciarios, inspirándose en la doctrina anglosajona. Señala que el negocio fiduciario es un negocio complejo atípico, compuesto de dos negocios típicos - cuyos efectos son contradictorios. El primero es exteriorizado por las partes, el segundo, en cambio, es un negocio oculto que destruye los efectos del primero y tiene sólo efectos entre las partes. Añade, que el negocio fiduciario es atípico, por tanto, no se le puede comparar con el fideicomiso que es típico. Que el fideicomiso es un negocio único no compuesto de dos negocios y cuyos efectos provienen de su constitución o de la ley y no de las relaciones entre las partes internas o secretas, relaciones que en el fideicomiso están prohibidas. Concluye que el trust es un negocio fiduciario no así el fideicomiso, el cual es un negocio legal típico unilateral exclusivamente bancario.(6)

Agrega el jurista Rodríguez Rodríguez continuando con su teoría, que el fiduciario tiene un dominio limitado, es decir, es dueño del patrimonio, pero dueño fiduciario, en función del fin que se debe cumplir y es dueño normalmente temporal. El fiduciario es dueño jurídico no económico, o sea, es el sujeto que ejerce las facultades del do

(6) Cervantes Ahumada, Raúl.- Títulos y Operaciones de Crédito.- Editorial Herrero, S.A. México 1976. pp. 290 y 291.

minio sobre los bienes fideicometidos, pero no en su provecho sino en provecho de los beneficiarios consignados en el fideicomiso.

Dice también este autor, que el fideicomiso no solamente es un negocio fiduciario, sino que es también un negocio jurídico indirecto, en cuanto éstos se caracterizan por el empleo de un negocio para la realización de fines obtenidos normalmente por otro. Los fines de un fideicomiso los cuales pueden ser diversos, podrían obtenerse a través de negocios reglamentados por la legislación positiva (compraventa, mandato, comisión, etc., máxime que a todos estos actos pueden dárseles las más variadas estructuras, debido a la libertad de contratación que opera en nuestro sistema jurídico). Por ello podemos concluir que el fideicomiso es un negocio jurídico indirecto, en cuanto que la transmisión de dominio, que es su base, no persigue los resultados propios de la misma sino otros cuya determinación corre a cargo de las partes. Dicha transmisión se quiere realmente pero no por los efectos de ella sino por los que las partes señalen, los que podrían obtenerse mediante el empleo de otros negocios jurídicos. (7).

Añade, Rodríguez Rodríguez, que el fideicomiso es un negocio jurídico unilateral o plurilate-

(7) Rodríguez Rodríguez, Joaquín.- Ob. Cit. p. 120.

ral.

El fideicomiso normalmente se presenta como un acto unilateral, cuando el fideicomitente lo constituye a través de un acto inter vivos o en su testamento. En este supuesto, tal declaración le obliga de inmediato, dado que no puede revocar el fideicomiso, si expresamente no se reservó tal facultad (artículo 357 fracción VI de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), no puede modificarlo, sino es con el consentimiento del fideicomisario (artículo 45 fracción IV párrafo tercero, de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares) y produce efectos frente a terceros por su publicación (artículo 353 y 354 de la L.G.T.O.C.), todo ello independientemente de la aceptación del fiduciario y del fideicomisario de donde se sigue, que aquélla no es esencial para el nacimiento del fideicomiso.(8).

En otras ocasiones, el acto constitutivo del fideicomiso no tiene el carácter de una declaración unilateral de voluntad, sino que en él son partes en el sentido auténtico de la palabra, el fideicomitente y el fiduciario, en cuanto representan intereses contrarios que se coordinan a través de declaraciones contrapuestas de voluntad.

En este caso, hay dos declaraciones de volun-

(8) Loc. cit.

tad, que se refieren a un objeto específico y hay un motivo o fin que mueve a las partes a relacionarse en la forma que la ley señala (artículos 1794 y 1795 del Código Civil para el Distrito Federal).

Agrega el autor citado, que no es obstáculo para considerar al fideicomiso como un contrato, la obligatoriedad de la aceptación por parte del fiduciario, pues ella no es ilimitada y porque la obligatoriedad de la contratación es propia de todas aquellas situaciones en la que uno de los contratantes presta un servicio al público. El aspecto contractual queda subrayado en aquellos casos en los que el fideicomitente se reserva una serie de derechos que lo transforman en titular directo de acciones frente al fiduciario.

Señala también el Maestro Rodríguez Rodríguez que en la constitución del fideicomiso pueden intervenir no dos sino tres partes: el fideicomitente que tiene derechos y obligaciones frente al fiduciario y frente al fideicomisario, el fiduciario que los adquiere frente al fideicomitente y frente al fideicomisario y el fideicomisario que los contrae frente al fideicomitente y frente al fiduciario; por ello concluye que se está en un caso de contrato o negocio plurilateral. (9).

(9) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. - Ob. cit. pp. 120 y 121.

En cuanto a catalogar al fideicomiso como modalidad del derecho de propiedad, indica que el fideicomiso consiste en una transmisión de propiedad en favor del fiduciario, que debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, cuando se trate de bienes inmuebles y que cuando la transmisión sea de bienes muebles deberá hacerse por endoso, - endoso con registro o tradición de los mismos.

Dicha transmisión produce efectos frente a -- terceros lo que significa que el fiduciario aparece como dueño.

Este dominio reviste características especiales, dado que el fiduciario no tiene el libre uso, disfrute y dominio de los bienes, pues estas facultades tienen las siguientes limitaciones:

a).- Todas ellas se ejercen en función del - fin a realizar, no en provecho del fiduciario (artículos 346 y 351, párrafo segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

b).- El beneficio económico es a favor del fideicomisario (artículo 348 párrafo primero de la - L.G.T.O.C.).

c).- El fideicomisario puede impugnar los actos del fiduciario que excedan las facultades que se le concedan en el acto constitutivo del fideicomiso.

d).- Una vez que el fideicomiso se extinga - los bienes deben volver al fideicomitente (artículo 358 de la L.G.T.O.C.), excepto los fideicomisos constituidos en favor de personas de orden público, instituciones de beneficencia o culturales.

De lo anterior puede desprenderse que los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio independiente, un patrimonio afectación (artículos 346, 351 y 355 de la L.G.T.O.C.); o sea, un patrimonio fin o de afectación que no carece de titular

El fideicomiso tiene como titular jurídico al fiduciario y como titulares económicos al fideicomisario y al fideicomitente. Es titular jurídico - el fiduciario porque él, es el dueño aunque su derecho sea temporal y revocable. El fideicomisario y el fideicomitente son titulares económicos, porque ellos disfrutan de los beneficios de la propiedad y la propiedad misma al extinguirse el fideicomiso. (10).

El Maestro Rodríguez Rodríguez al calificar - al fideicomiso como operación bancaria, manifiesta que aquél sólo puede practicarse en nuestro país - por instituciones de crédito expresamente autorizadas para ello, conforme a la Ley General de Insti-

(10) Rodríguez Rodríguez, Joaquín.- Ob. Cit. pp. - 121 y 122.

tuciones de Crédito (artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

El autor antes citado, dice también que el fideicomiso como operación bancaria (artículo 350 de la L.G.T.O.C.), constituye un acto de comercio (artículo 75 fracción XIV del Código de Comercio).

También es acto de comercio en cuanto importa una operación de crédito (artículo 1o. de la L.G.T.O.C.).

En virtud de que la ley califica al fideicomiso de operación de crédito, se presenta la duda de si debe considerarse como operación bancaria pasiva o como un servicio bancario. Que si bien existen razones para inclinarse por una u otra solución piensa este autor (Rodríguez Rodríguez) que el fideicomiso encuadra mejor como servicio bancario.

Finalmente define al fideicomiso como "un negocio jurídico indirecto y fiduciario en virtud del cual la institución fiduciaria adquiere la propiedad de ciertos bienes que le transmite el fideicomitente, con obligación de dedicarlos a un fin convenido". (11).

En relación con las ideas del jurista Rodríguez Rodríguez se han hecho diversos comentarios.

(11) Rodríguez Rodríguez, Joaquín.- Ob. Cit. p.122

El Dr. Luis Muñoz señala, que el hecho de que legislativamente se considere al fideicomiso como una operación bancaria o se le llame servicio bancario, no debe influir en la determinación correcta de la naturaleza jurídica del fideicomiso, pues el vocablo operación es muy genérico y equívoco y el servicio bancario no sería otra cosa que la función que cumple la institución bancaria utilizando el fideicomiso, de tal manera que la prestación del servicio sería un aspecto de la función comercial, es decir, de la causa fin del negocio. (12).

Asimismo este autor manifiesta, que el Maestro Rodríguez Rodríguez, no se expresa correctamente al indicar que el fideicomiso en cuanto negocio jurídico indirecto y fiduciario crea una nueva estructura en el derecho de propiedad, o sea una modalidad, ya que la estructura comprende forma y contenido y la modalidad del derecho de propiedad, no es otra cosa que el reconocimiento por la ley de la propiedad fiduciaria; por ello no se puede considerar al fideicomiso como negocio fiduciario, pero sí como negocio jurídico, bancario, típico, nominado, de fiducia y de naturaleza fiduciaria, de tal manera que no le parece que exista discre-

(12) Muñoz Luis.- El Fideicomiso.- Cárdenas Editor y Distribuidor.- México 1980. p. 14.

pancia en el fin perseguido y el medio elegido.(13)

La ley al reglamentar el fideicomiso, dice - el Dr. Muñoz, le atribuye una función típica, una causa fin que es objetiva, la posibilidad de existencia en el ordenamiento jurídico de la propiedad fiduciaria como modalidad. Y es que se requiere - distinguir entre la causa fin o función negocial - que es objetiva de los móviles de las partes que - intervienen en el fideicomiso que son de naturaleza subjetiva; de tal suerte que aquéllas al elegir al fideicomiso para realizar sus propósitos a través de la propiedad fiduciaria, no discrepan; por el contrario, al utilizar al fideicomiso como instrumento que la ley les proporciona ya no se ven obligadas a emplear negocios indirectos, fiduciaros o atípicos.(14).

Asimismo el autor de cita, señala que el fideicomiso como negocio jurídico atribuye al fiduciario no la titularidad dominical, sino la propiedad fiduciaria y el deber de comportarse congruentemente con la función del negocio, integrada por la causa fin y los móviles deducidos por las partes, pues el ordenamiento jurídico reconoce en - cierta medida la autonomía privada ya que la limita y la sujeta a determinadas cargas. Que se refiere a deber de comportamiento y no a limitación de

(13) Muñoz Luis.- Ob. cit. p. 14.

(14) Ibidem. p. 15.

éste que el fideicomiso normalmente se presenta como un acto unilateral, pues si el fideicomiso fuera un negocio jurídico unilateral no necesitaría - para su función la aceptación inclusive obligada - del fiduciario (deber de negociar). Es claro, que este deber que consagra el legislador derogando de este modo el dogma de la voluntad y la necesidad - del asentimiento del fideicomitente a las condiciones de derecho de los negocios bancarios, no permite admitir que el fideicomiso sea un negocio uni- lateral. La función (causa fin) es elemento consi- tutivo de todo negocio; una función imposible no - es una función negocial, implicaría una mera abs- tracción y sin el fiduciario que es parte negocial no llegaría a cumplir su función. Que el fideicomi- tente no pueda revocar el fideicomiso no significa que éste sea un negocio unilateral, una promesa, - pero una oferta irrevocable de acuerdo con la ley, porque el legislador apartándose del dogma de la - voluntad, sujeta al negocio a condiciones de dere- cho, de aquí que tampoco pueda decirse que el fi- deicomiso sea un contrato en sentido verdadero y - propio en el que se presentaría la autonomía priva da y la libertad de contratar. Pero es que si se - reservó la facultad de revocar su oferta ya la configuración del negocio unilateral resulta más difficil, porque un negocio jurídico perfecto de carác- ter unilateral que se celebre es fuente de obliga-

ciones y las consecuencias jurídicas, serían distintas, a revocación de la oferta negocial, de la declaración unilateral del fideicomitente como fracción de negocio tendría trascendencia prenegocial al obligarse, en tanto que la revocación del negocio unilateral supondría responsabilidad contractual, o sea, la derivada del negocio celebrado, solución que al autor antes mencionado no le parece ni práctica ni científica. Además, cuando el legislador permite la modificación de la oferta negocial y no promesa, con el consentimiento del fideicomisario, la palabra consentimiento nos indica que al menos en este supuesto el legislador admite la existencia de dos partes negociales, y el consentimiento no es propio de los negocios jurídicos unilaterales sino de los bilaterales, ya sean contratos en sentido verdadero o negocios jurídicos bilaterales normativos o sujetos a condiciones de derecho que no son verdaderos contratos. (15).

El Dr. Luis Muños dice que el Maestro Rodríguez Rodríguez considera que las aceptaciones del fiduciario y del fideicomisario son manifestaciones de voluntad no esenciales para la celebración del fideicomiso. Sin embargo, para aquél, son declaraciones de contenido volitivo vinculantes, es decir, obligan a quienes aceptan las cláusulas -

(15) Muños Luis.- Ob. Cit. pp. 16, 17, 18 y 19.

del negocio y las condiciones de derecho. Que - - igualmente procede apreciar el asentimiento al negocio bancario típico y nominado que es el fideicomiso, cuya naturaleza jurídica deriva de la tipicidad legislativa, por lo que es inútil pretender hallarla en el negocio jurídico unilateral. Agrega, que no es correcto considerar que sólo se dan partes negociales en sentido auténtico cuando representan intereses contrarios que se coordinan a través de las declaraciones contrapuestas de voluntad una la del fideicomitente otra la del fiduciario. Las partes pueden tener intereses convergentes y no contrapuestos como sucede en el negocio social. Asimismo, el fideicomiso no puede en ningún caso ser contrato verdadero ya que le falta la autonomía plena de la voluntad a las declaraciones de las partes y el fideicomiso es un negocio que se celebra por asentimiento y no sólo por consentimiento y además está sujeto a condiciones de derecho. (16). Por otra parte, el jurista Muñoz manifiesta que el Maestro Rodríguez Rodríguez admite que en la constitución del fideicomiso pueden concurrir tres partes; el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario, o sea, que estamos frente a un negocio jurídico plurilateral, y por ello, no es un caso de contrato, que siempre es negocio bi-

(16) Muñoz Luis.- Ob. Cit. pp. 19 y 20.

lateral, patrimonial e inter vivos.

Añade, citando a Cervantes Ahumada, que el fideicomiso es siempre una declaración unilateral de voluntad. El artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dice que puede constituirse por acto inter vivos o por testamento con tal de que conste siempre por escrito y se ajuste a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso. Puede suceder que el fideicomiso se contenga dentro de un contrato; mas no será el acuerdo de voluntades lo que constituya al fideicomiso, sino que el mismo se constituirá por la voluntad de quien aporta los bienes, o sea, el fideicomitente.

Se entiende por patrimonio autónomo, un patrimonio distinto de otros, es decir, de los patrimonios propios de quienes intervienen en el fideicomiso (fideicomitente, fiduciario y fideicomisario). A ninguno de estos elementos puede atribuírsele el patrimonio constituido por los bienes fideicometidos, sino que se trata de un patrimonio afecto a un fin específico, que se encuentra, por tanto, fuera de la situación normal en que los patrimonios se encuentran colocados. Es irrelevante el problema de la propiedad ya que el patrimonio fideicometido

puede estar constituido por derechos que no constituyen propiedad en sentido jurídico "pueden ser objetos del fideicomiso toda clase de bienes o derechos", dice el artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y porque en todo caso, si fuesen derechos dominicales, se les separaría del régimen normal de la propiedad para colocarlos bajo la titularidad del fiduciario.

El fiduciario es titular, mas no propietario. El poder del fiduciario sobre los bienes afectos al fideicomiso estará determinado por el acto constitutivo del fideicomiso, de no estarlo, por la naturaleza del fin a que los bienes dados en fideicomiso se destinan. El artículo 356 señala que el fiduciario tendrá todos los derechos y acciones quese requieran para el cumplimiento del fideicomisosalvo las normas y limitaciones que se establezcan en el acto constitutivo del fideicomiso.(17).

Por nuestra parte estimamos al igual que el jurista Luis Muñoz, que el fideicomiso no es un negocio fiduciario, sin embargo, este autor parece que se contradice al señalar que: "He aquí porquétal 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 suertede

(17) Muñoz Luis.- Ob. Cit. pp. 20, 21 y 22.

que no nos parece que haya discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido"; ya que por un lado afirma que el fideicomiso no es un negocio fiduciario y por el otro califica al mismo como un negocio de naturaleza fiduciaria.

Además, pensamos que no es correcto considerar que al crearse un fideicomiso se constituye un derecho real; más para evitar repeticiones inútiles, nos remitimos respecto a este tema a las argumentaciones que hicimos al analizar el Proyecto Limantour.

Finalmente, nos parece equívoco señalar por parte del autor citado en párrafos anteriores que: "... nos encontramos ante un negocio jurídico plurilateral que no es un caso de contrato que siempre es bilateral..."; ya que la presencia de obligaciones y derechos recíprocos es característico de un acto plurilateral.

TEORIA DE JORGE SERRANO TRASVIÑA.

Señala este autor, que en el negocio fiduciario se encuentra el elemento fiducidad, contrario al de tipicidad, el cual es característico en el fideicomiso, en virtud de que se encuentra reglamentado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito lo que hace innecesaria la confianza, ya que establece medios jurídicos para garantí

zar los derechos de los beneficiarios.

Por lo que toca al patrimonio afectación, estima que, la regla contenida en la Ley de la materia, en el sentido de que los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin que se destinan, es aplicable en el fideicomiso, o sea, - que los bienes o derechos fideicometidos sólo podrán emplearse para realizar el fin previsto por el fideicomitente.

Con base en lo anterior, se puede afirmar que el fideicomiso supone un patrimonio afectación con destino determinado, patrimonio que no carece de titular, pues éste es el fiduciario, quien es el encargado de llevar a cabo la realización del negocio, realización que requiere de la autorización de la Ley. Los derechos subjetivos necesarios para el cumplimiento del fideicomiso, los concede al fiduciario el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual señala que el fiduciario tendrá todos los derechos y acciones que se necesitan para la realización del fideicomiso, con la excepción de las limitaciones que se establezcan al constituirse el mismo; en consecuencia, todos los derechos y acciones que se requieran para la realización del fin corresponden al fiduciario (artículo 351 de la Ley antes invocada), como titular de los bienes afectos al fideicomiso.

El autor citado agrega, que puede oponerse a lo antes dicho, la afirmación de que el fiduciario está facultado a vender solamente si fuere necesario a la consecución del fideicomiso. Más, ello, - no niega al fiduciario su carácter de titular de los derechos fideicometidos. Los únicos derechos y acciones que se ejercen sobre los bienes fideicometidos son los tendientes a la realización del fin del fideicomiso; y son estos derechos los que se le conceden al fiduciario; por consiguiente, en los casos en los que no sea necesaria la enajenación del patrimonio y no se autorice al fiduciario la transmisión de la propiedad, no se presenta; - tal transmisión en este caso, se limita al usufructo u a otro derecho real. En ocasiones se presentan casos concretos de transmisión de dominio con prohibición expresa de enajenar, como sucedería con bienes destinados a producir una renta vitalicia a favor de un sujeto específico. Sin embargo, esto no significa que la propiedad no sea del fiduciario, sino que no debe disponer de ella, pues de hacerlo incumpliría con su obligación, frustrando la realización del fideicomiso.

Define este autor al fideicomiso como "negocio jurídico por el cual los derechos destinados a su consecución invierten su modo de ejercicio de potestativo en obligatorio en virtud del deber jurídico impuesto a su titular". O sea, que si bien

es cierto que se le conceden determinados derechos sobre los bienes fideicometidos, también lo es, - que el fiduciario está obligado a realizar el fin_ o fines del fideicomiso.

En relación con la teoría antes expuesta, el jurista Villagordoa Lozano expresa, que efectivamente el negocio fiduciario es un negocio atípico_ por no estar reglamentado por la ley; no así el -- fideicomiso que es un negocio típico reconocido - por la ley, lo que individualiza a éste como una - especie dentro del género negocio fiduciario, ya - que la calificación de típico es accidental y no - esencial en el fideicomiso.

Dice además, que no es correcto comparar los_ conceptos tipicidad y fiducidad por ser conceptos_ diferentes, pues la tipicidad se refiere al hecho_ de que una institución jurídica se encuentre reconocida por la Ley; y la fiducidad se refiere al he_ cho de que se deposite una especial confianza en - una persona para que desempeñe un cargo determina_ do. Por lo que concluye que independientemente de que un negocio sea típico puede ser fiduciario o - afiduciario, pues son características diferentes; - que no excluye la existencia de las primeras el he_ cho de que exista cualquiera de las segundas. El - cargo de fiduciario se caracteriza por ser un car_ go de confianza independientemente de las sancio_ nes que señale la ley, para el caso de fiduciarios

negligentes o abusivos, según se desprende de lo dispuesto por el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual entre otras cosas señala, que el fiduciario deberá obrar como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.

Asimismo dice el autor citado, que es admisible considerar que la titularidad del patrimonio del fideicomiso corresponde únicamente al fiduciario, pero que es conveniente anotar que en muchos casos el fiduciario no detenta el derecho de propiedad, como sería el caso de que se afecte en fideicomiso el derecho de usufructo sobre ciertos bienes, quedando el fideicomitente con la nuda propiedad de los mismos, lo cual es posible dado que la ley antes invocada permite por disposición de su artículo 351 afectar cualquier clase de bien o derecho que no sean estrictamente personales de su titular. (18).

Por nuestra parte, no compartimos las ideas del Maestro Villagordoa Lozano al afirmar que: "... En cambio el fideicomiso es un negocio típico, pues se encuentra expresamente reconocido por la Ley. Esta característica del fideicomiso lo indivi

(18) Villagordoa Lozano, José M.- Ob. Cit. pp. 116 a 119.

dualiza como una especie dentro del género negocio fiduciario, pues la calificación de típico, es puramente accidental y no esencial del fideicomiso..."; dado que, como ya quedó asentado en otra parte del presente trabajo, el negocio fiduciario es un negocio atípico por tanto el fideicomiso no puede ser una especie dentro del género negocio fiduciario, pues es típico, es decir, que se encuentra reglamentado por la ley, por ello no puede decirse que la calificativa de típico sea accidental, todo lo contrario, esta característica es propia del fideicomiso.

Tampoco estamos de acuerdo en considerar que un negocio fiduciario sea típico, debido a que el concepto fiducidad como lo afirma el autor antes citado, se refiere al hecho de depositar una especial confianza en una persona para que desempeñe un cargo determinado; más bien, el concepto fiducidad es un elemento del negocio fiduciario, el cual es atípico e innominado, a diferencia del fideicomiso que es un negocio típico.

a).- DEFINICION DE FIDEICOMISO.

Antes de definir al fideicomiso, es conveniente delimitar el concepto de negocio jurídico, vocablo utilizado por la doctrina alemana. Sin embargo, para ser congruentes con nuestro sistema le-

gal, es preferible utilizar el concepto de acto jurídico, vocablo utilizado por la doctrina francesa, aún cuando la mayoría de los tratadistas sobre fideicomiso utilicen el primero de los conceptos.

Los hechos jurídicos pueden catalogarse como actos libres en los que se manifiesta o no con plenitud el albedrío de los sujetos. El hecho jurídico es cualquier acontecimiento que produce consecuencias sancionadas por el derecho, acontecimiento que puede ser producido por la naturaleza o por el hombre. El hecho está constituido por dos elementos, uno material, que sería el acontecimiento y uno formal, que sería la calificación otorgada por el derecho. Dentro de estos hechos encontramos a los llamados actos jurídicos que son causados por la acción consciente y voluntaria del hombre. Como actos jurídicos tenemos los actos de voluntad que "son aquellos en los que su contenido típico consiste en la determinación volitiva la que se toma en consideración por el derecho, como el antecedente inmediato material con fundamento en el cual, la norma hace producir consecuencias jurídicas del acto". Dentro de los actos de voluntad encontramos los actos libres que son producto del libre albedrío de los sujetos que los realizan; dentro de los últimos tenemos a los llamados negocios jurídicos.

Siguiendo las ideas anteriores podemos defi--

nir al negocio jurídico como un acto voluntario dirigido a la realización de un fin determinado, el cual produce ciertas consecuencias que son sancionadas por el derecho. (19). En apoyo de esta definición de negocio jurídico es conveniente mencionar las definiciones que al respecto dan Conviello y Enneccerus.

Conviello afirma, que negocio jurídico es una "manifestación de voluntad de una o más personas, cuyas consecuencias jurídicas van enderezadas a realizar el fin práctico de aquéllas". (20).

Enneccerus por su parte sostiene, que "el negocio jurídico es un supuesto de hecho que contiene una o varias declaraciones de voluntad y que el ordenamiento jurídico reconoce como base para producir el efecto jurídico calificado de efecto querido". (21).

De las definiciones enunciadas podemos desprender las características principales del negocio jurídico. En primer lugar, se trata de un acto de voluntad, es decir, un acto deseado por los sujetos que en él intervienen. En segundo lugar, se

(19) Villagordo Lozano, José M.- Ob. Cit. pp. 53- y 54.

(20) Conviello N. Doctrina General del Derecho Civil U.T.H.A. México 1949. p. 639.

(21) Enneccerus L.- Derecho Civil.- Bosh, Casa Editorial, Tomo I, Volumen II.- Barcelona, 1950, p. 604.

realiza para obtener un fin determinado, fin que produce ciertas consecuencias jurídicas, las cuales ya se encuentran tipificadas en el ordenamiento jurídico y se producen al encuadrar la conducta de los sujetos participantes con el supuesto consignado en la ley.

Para hacer congruente nuestra primera afirmación acerca de la conveniencia de utilizar un lenguaje jurídico ya aceptado en nuestro Código Civil que como hemos dicho sigue la tradición francesa, a continuación citamos al jurista Bonnecase en lo referente al acto jurídico. Para este autor, el acto jurídico "es una manifiestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo consiste en engendrar, con fundamento en una regla de derecho o en una institución jurídica, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general o, por el contrario, un efecto de derecho limitado, relativo a la formación, modificación o extinción de una relación jurídica".(22).

La mayoría de los autores está de acuerdo en calificar al fideicomiso como un negocio jurídico; así el Maestro Cervantes Ahumada (23), dice que -

(22) García Máynez, Eduardo.- Introducción al Estudio del Derecho.- Editorial Porrúa, S.A. México 1984. p. 184.

(23) Cervantes Ahumada, Raúl.- Ob. Cit. p. 289.

"... el fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual, el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado..."

El jurista Rodríguez Rodríguez, según comenta Rafael de Pina Vara, señala que el fideicomiso "es un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes, con la limitación, de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan (sic)".(24).

De las definiciones dadas podemos ver que - - existe una similitud entre la definición de negocio jurídico y acto jurídico, no viendo el porqué de encuadrar al fideicomiso como especie de negocio jurídico, cuando es preferible definirlo como un acto jurídico para ser congruentes con nuestra legislación civil vigente.

Por lo que se refiere a este tema, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en vigor, en su artículo 346 dispone: "...En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la -

(24) De Pina Vara, Rafael.-Derecho Mercantil Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. México, 1978. p. 308.

realización de ese fin a una institución fiduciaria..." Como se puede observar, esta disposición no define al fideicomiso, sino que únicamente menciona lo que puede realizarse a través de esta institución jurídica.

Con base en las anteriores ideas podemos definir al fideicomiso como un acto jurídico, en virtud del cual una persona denominada fideicomitente (persona física o moral), entrega ciertos bienes o derechos, para que otra llamada fiduciario (la cual es siempre una institución bancaria, facultada para realizar operaciones fiduciarias), lleve a cabo un fin lícito determinado, detentando los bienes pero sin ser propietario de los mismos, en beneficio de un tercero denominado fideicomisario, el cual puede serlo ya una persona física ya una moral.

Del concepto anterior podemos desprender las características del fideicomiso, a saber:

Se trata de un acto de voluntad, es decir, un acto deseado por las partes que en él intervienen; se realiza para lograr un fin lícito determinado, fin que produce ciertas consecuencias jurídicas las cuales ya se encuentran tipificadas en el ordenamiento jurídico y se producen al encuadrar la conducta de los sujetos participantes con el supuesto consignado en la ley.

b).- ELEMENTOS PERSONALES. OBLIGACIONES Y DERECHOS.

En el fideicomiso intervienen en principio tres personas que son el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario. Sin embargo, dentro de estas personas alguna de ellas puede reunir en sí misma dos cualidades a la vez, tal es el caso en que el fideicomitente puede ser a su vez fideicomisario y del caso excepcional en que el fiduciario puede ser a la vez fideicomisario (Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A.), conforme al artículo 20 de su Ley Orgánica, el cual a la letra dice: "En los fideicomisos que se constituyan para garantizar los derechos del Banco, éste podrá actuar en el mismo negocio como fideicomisario y fiduciario.....". Disposición que no contradice a lo señalado por el artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, adicionado por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1933; el cual señala: "... Es nulo el fideicomiso que se constituye a favor del fiduciario..."; dado que dicho numeral fue derogado por disposición del Artículo Primero Transitorio de la Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A.; publicada en Diario Oficial el 31 de diciembre de 1980, el cual dispone: "... Se abrogan la ley de fecha 8 de febrero de 1949, publicada en el diario Oficial de -

la Federación de 4 de marzo del mismo año, que ha regido al Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A. y sus respectivas reformas y adiciones, así como las disposiciones legales que se opondrán a la presente...".

Los elementos mencionados anteriormente se detallan a continuación.

I.- FIDEICOMITENTE.

El fideicomitente según Krieger Vázquez "... es el creador, el autor del fideicomiso. Tal es su función principal. Puede conjugar con ella la de beneficiario...."(25).

Conforme a las ideas de dicho jurista para que alguien pueda ser fideicomitente es necesario que tenga la capacidad jurídica de obrar, de llevar a cabo actos a los que la ley imputa consecuencias de derecho. Es decir, que para ser fideicomitente se requiere ser sujeto de derecho en pleno uso de su capacidad jurídica, ya que es el fideicomitente quien entrega los bienes al fiduciario para que éste lleve a cabo el fin o fines previstos en el acto constitutivo del fideicomiso; por consiguiente, quedan excluidos de la posibilidad de ser

(25) Krieger Vázquez, Emilio.- Manual del Fideicomiso Mexicano.- Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A. p. 36.

fideicomitentes por sí mismos los menores de edad y los incapacitados. (26).

El artículo 349 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dispone: "... Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas (27) que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trata de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen...."

El Lic. Villagordoa Lozano (28) analizando este precepto señala, que pueden ser fideicomitentes las personas físicas o morales; la ley establece como requisito indispensable que tengan "la capacidad necesaria para la afectación de bienes"; con ello se establece la necesidad de que el fideicomitente tenga la capacidad de ejercicio suficiente para celebrar el acto constitutivo del fideicomiso y en caso de que tal capacidad se encuentre limitada que se cumplan los requisitos señalados en el -

(26) Krieger Vázquez Emilio.- Ob. Cit. p. 36.

(27) ¿No sería más conveniente hablar únicamente de personas jurídicas ya que éstas abarcan tanto las físicas como las morales?

(28) Villagordoa Lozano José M.- Ob. Cit. pp. 162 y 163.

derecho común, para poder ejercer dicho derecho. - Asimismo se indica que para ser fideicomitente se requiere de la titularidad de los bienes o de los derechos a fideicomitir. Este requisito es indispensable para poder aportarlos al fiduciario quien será el encargado de realizar el fin o fines del fideicomiso. También las autoridades judiciales o administrativas pueden ser fideicomitentes.

En relación con este tema el jurista Batiza(29) manifiesta que el precepto mencionado, incurre 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. Salvo el caso de la enajenación, todos los demás propósitos como son la guarda, conservación, liquidación y el reparto son jurídicamente insuficientes para constituir un fideicomiso, en vista de que para ello es indispensable por causar el fideicomiso una transmisión de los bienes a favor del fiduciario (en nuestro concepto y para ser congruentes con la postura que hemos asumido en relación con este punto en apartados anteriores, consideramos que al constituirse un fideicomiso, el fideicomitente no transmite la propiedad de los bienes o derechos al fiduciario; lo que hace en realidad es facultarlo para que rea

(29) Batiza Rodolfo.-Ob. Cit. pp. 161 y 162.

lice el fin o fines del fideicomiso), que el fideicomitente pueda disponer libremente de la cosa. - Por nuestra parte agregamos que cuando las dependencias de la Administración Pública Centralizada, pretendan crear fideicomisos, será necesario que - funja como fideicomitente único la Secretaría de - Programación y Presupuesto de acuerdo con el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; siendo indispensable además la - autorización del Presidente de la República por - conducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto (artículo 9o. de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público).

En cuanto a las dependencias que integran la Administración Pública Paraestatal, también pueden ser fideicomitentes siempre y cuando cumplan con los requisitos antes mencionados.

Cabe mencionar en este punto, que se presenta una contradicción entre el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal el cual establece que: "... La Secretaría de Programación y Presupuesto representará como fideicomitente único a la administración pública centralizada, en los fideicomisos que ésta constituya..."; y el artículo 9o. de la Ley del Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público: "... La Secretaría de Hacienda y Crédito Público será la fideicomitente única

del Gobierno Federal..."; contradicción que pensamos sólo puede salvarse a través de una reforma - que unifique el contenido de dichos preceptos.

Siguiendo las ideas de Krieger Vázquez, manifestamos que tratándose de personas morales la capacidad para constituir fideicomisos se encuentra limitada al campo de su objeto social, por consiguiente; al constituir el fideicomiso, cuando se trate de una persona moral privada, debe examinarse si tiene la disposición de los bienes que pretende dar en fideicomiso, si el fin del fideicomiso entra en su objeto social y si el acto ha sido aprobado por los órganos competentes de la persona moral. (30).

Finalmente pueden ser fideicomitentes, los extranjeros, con arreglo a la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera y siempre que el fin del fideicomiso no se refiera a actividades que esta Ley y otras reservan a los ciudadanos mexicanos (radio, televisión, explotación forestal, distribución de gas, etc.)(31).

Ahora bien, el fideicomiso puede también constituirse por uno o varios fideicomitentes, expresando su voluntad de afectación en forma autónoma,

(30) Krieger Vázquez, Emilio.- Ob. Cit. pp. 36 y 37.

(31) Loc. cit.

sin que la invalidez de alguna de las declaraciones de voluntad afecte a las otras o anule el fideicomiso. Constituido en esta forma el fideicomiso, las disposiciones se toman por mayoría de votos en los términos del artículo 348, párrafo tercero de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, aplicado analógicamente. Ejemplos de este caso, se presentan cuando diferentes copropietarios de un bien lo entregan en fideicomiso para su administración en común o cuando varios accionistas constituyen un fideicomiso de voto para crear un bloque mayoritario. (32).

II.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE.

A continuación y siguiendo las ideas del jurista Villagordoza Lozano enunciaremos los derechos y obligaciones que tiene el fideicomitente, los cuales son los siguientes:

1.- Señalar los fines del fideicomiso, fines que deben ser lícitos. Esto lo hace generalmente en favor de un tercero (fideicomisario) y con arreglo a las leyes mexicanas (artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

2.- Designar a los fideicomisarios y a la o -

(32) Krieger Vázquez, Emilio.- Ob. Cit. pp. 38 y 39.

las instituciones que desempeñen el cargo de fiduciario (artículo 348 segundo párrafo de la L.G.T. O.C.).

3.- Reservarse determinados derechos sobre el objeto del fideicomiso (artículo 351 de la L.G.T. O.C.). Como es el caso de un fideicomiso de garantía sobre bienes inmuebles, cuya titularidad queda en favor del fiduciario, más no en calidad de propietario, con el fin de garantizar una obligación principal; el fideicomitente puede reservarse expresamente el uso o goce de dichos bienes o sus productos, según los ocupe directamente o los arriende a terceras personas.

4.- Designar un Comité Técnico o de distribución de fondos, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades (artículo 45 fracción IV párrafo tercero de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares).

5.- Exigir al fiduciario el cumplimiento de la obligación de rendir cuentas de su gestión, cuando se haya reservado expresamente este derecho en el acto constitutivo o en las modificaciones del mismo (artículo 138 segundo párrafo de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares).

6.- Exigir del fideicomisario la contraprestación a que tenga derecho si el fideicomiso es one-

roso (artículo 1837 del Código Civil para el Distrito Federal en relación con el artículo 2o. fracción IV de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

7.- Exigir en caso de incumplimiento de la contraparte el cumplimiento o la rescisión del fideicomiso con los correspondientes daños y perjuicios causados (artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal).

Conviene mencionar siguiendo a Villagordoa Lozano que el derecho contenido en el artículo 358 de la L.G.T.O.C., relativo a la devolución al fideicomitente de los bienes y derechos que existan en poder del fiduciario cuando ocurra la extinción del fideicomiso (derecho que sólo puede ejercer cuando se lo haya reservado en el acto constitutivo del fideicomiso). Dicha facultad no se debe otorgar en forma general al fideicomitente, dado que, hay numerosos casos en los que no procede por tratarse de fideicomisos onerosos, en los cuales el creador del fideicomiso recibe una contraprestación por la constitución del fideicomiso, por lo que en estos casos, no es posible que los citados bienes o derechos reviertan al fideicomitente, pues la transmisión de los mismos debe hacerse al fideicomisario o a quienes éste ceda sus derechos.

1.- Transmitir al fiduciario los bienes y de-

rechos objeto del fideicomiso. Esta obligación se basa en el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

2.- Cumplir las obligaciones recíprocas de los derechos que se reserve. (33).

III. FIDUCIARIO.

A este respecto Villagordoa Lozano, siguiendo el pensamiento de Serrano Trasviña (34), puntualiza que el fiduciario es la persona que tiene la titularidad de los bienes o derechos fideicometidos, mas no como propietario de éstos, sino en función del fin que debe cumplir, y a quien se encomienda por parte del fideicomitente la realización de los fines del fideicomiso, los cuales lleva a cabo a través del ejercicio de las facultades que le confiere el fideicomitente.

De conformidad con el artículo 7o. de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito y 3o. de la misma Ley en relación con los artículos 2o. de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares y 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; pueden operar como fiduciarias las sociedades na--

(33) Villagordoa Lozano, José M.- Ob. Cit. pp. 163 y 164.

(34) Villagordoa Lozano, José M.- Ob. Cit. p. 165.

cionales de crédito. Sin embargo, pensamos que no únicamente pueden fungir aquéllas como fiduciarias sino que también lo pueden ser otras instituciones distintas a las mismas que estén facultadas para realizar operaciones fiduciarias (como el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A.). Se exceptúa de fungir como fiduciarios a los bancos extranjeros (artículo 6o. de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares).

En todos los demás casos de instituciones, habrá que atender a las disposiciones que las regulan para determinar si se encuentran facultadas para operar como fiduciarias y si son posteriores a la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y si alguno de sus artículos transitorios deroga disposiciones contrarias a las mismas, como sería el caso del artículo 350 de la Ley citada, el cual señala: "... Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito..." - Este tratamiento no le es aplicable al Banco de México, ya que éste podrá actuar como fiduciario cuando por ley se le encomiende esta función o en los casos de notorio interés público, previa aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (artículo 24 fracción XXVII de la Ley Orgánica del Banco de México).

El fiduciario puede designarse:

a).- Por el fideicomitente (artículos 346 y 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

1.- En el acto constitutivo.

2.- En un momento posterior si se ha reservado ese derecho.

b).--Por el o los fideicomisarios (artículo 350 de la L.G.T.O.C.).

c).- Por el Juez de primera instancia del lugar donde se encuentran ubicados los bienes (artículo 350 de la L.G.T.O.C.).

El Lic. Krieger Vázquez, en relación con el nombramiento o designación del fiduciario manifiesta que aquél es en todo caso un acto ajeno al conocimiento del fiduciario.

Agrega, que dicho nombramiento origina una obligación sobre cuyo contenido los autores no se han puesto de acuerdo.

Así, para algunos, dice Krieger Vázquez (no menciona a lo largo de su exposición el nombre de ningún autor), la institución designada como fiduciario es libre de aceptar o rechazar el nombramiento y que imponerle como obligatoria la aceptación del cargo sería violar en su perjuicio la garantía individual de libertad de trabajo consagra-

da en el artículo 5o. constitucional el cual reza: "... Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos - personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento....."

De acuerdo con estas ideas, la institución de signada tiene la obligación de admitir o rechazar el cargo; pero ninguna disposición legal le impone como obligatoria la aceptación.

Quienes sostienen esta teoría pretenden fundarla en los artículos 351 y 356 de la L.G.T.O.C. (más bien 350 y 356) que se refieren a la posibilidad de que la institución designada rechace el nombramiento o se excuse de su desempeño.

Para otros, la aceptación del cargo por la institución es libre, pero una vez que el mismo sea aceptado no puede renunciarse sino por causa grave calificada como tal por una autoridad judicial. El autor citado manifiesta, que la última solución resulta incompatible con el texto del artículo 356 de la Ley antes invocada, el cual exige tanto para el caso de no aceptación como para renuncia del fiduciario la existencia de "causas graves a juicio de un Juez de Primera Instancia" del domicilio de la institución fiduciaria. O sea, que a falta de esas causas graves no se puede excusar por parte de la autoridad judicial, a la institu-

ción fiduciaria de aceptar el cargo. (35).

En nuestro concepto, el nombramiento de una institución para fungir como fiduciaria en un fidei comiso, debe ser siempre de su conocimiento, tan es así que el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que tal institución: "...no podrá excusarse.....", de donde se desprende que sí conoce de tal designación o en otras palabras, que el nombramiento se ha puesto en su consideración, pues entonces si hubiera sido de otra manera ¿cómo podría excusarse?.

Por otra parte, estimamos que la institución que haya sido designada fiduciario, estará obligada a aceptar el cargo ya que de acuerdo con los artículos 1o. y 2o. de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito las operaciones realizadas por las sociedades nacionales de crédito constituyen un servicio público y dicho servicio según el artículo 5o. constitucional es obligatorio "en los términos que establezcan las leyes respectivas"; y la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 356 señala que: - - - "... La institución fiduciaria.... no podrá excusarse o renunciar su encargo (sic) sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia -

(35) Krieger Vázquez, Emilio.- Ob. Cit. pp. 44 y 45.

del lugar de su domicilio..."; es decir, que quien presta un servicio público, como es el caso que nos ocupa no puede libremente decidir si lo presta o no, pues para ello deberá intervenir una autoridad judicial quien resolverá si las causas que esgrime la institución son graves o no; por tanto, el artículo 356 de la Ley citada no es violatorio de la libertad de trabajo establecida en el artículo 5o. constitucional, como podría pensarse a primera vista de dicha disposición.

IV.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO.

Los derechos y obligaciones del fiduciario son correlativos.

Las obligaciones son las siguientes:

- a).- De hacer, dentro de estas se encuentra principalmente la referente a la ejecución del fideicomiso.
- b).- De dar, las que consisten en pagar al o a los fideicomisarios los beneficios del fideicomiso.
- c).- De no hacer, consisten en abstenerse de no hacer mal uso de las facultades que se le otorgan en el acto constitutivo del fideicomiso por el fideicomitente. (36).

(36) Villagordoa Lozano, José M.- Ob. Cit. p. 166.

Para complementar estas ideas, es conveniente citar al Maestro Rodríguez Rodríguez, quien al referirse al contenido del artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala:

Que es necesario que el fiduciario obtenga el dominio de los bienes sobre los que se constituye el fideicomiso para que éste pueda disponer de los mismos. Antes de continuar con la presente exposición, cabe hacer el siguiente comentario:

Sería más conveniente que en lugar de hablar de que el fiduciario obtenga el dominio de los bienes fideicometidos; señalar que para que el fiduciario pueda llevar a cabo su encargo se le conceden facultades suficientes por parte del fideicomitente incluso para enajenar los bienes; más no el dominio de los bienes objeto del fideicomiso.

Agrega el autor citado, que el fiduciario tiene una serie de obligaciones cuyo alcance dependerá del tipo de fideicomiso que se constituya. El fiduciario una vez que acepta el cargo estará obligado a desempeñarlo en la forma que quede consignado en el documento constitutivo del fideicomiso. Añade, que el fiduciario para ejercer su función, lo hace a través de uno o más funcionarios denominados delegados fiduciarios designados por aquél y de cuyos actos responde la institución designada sin perjuicio de las responsabilidades personales

en que incurran dichos funcionarios (artículo 45 - fracción IV de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares). Estos mismos funcionarios podrán nombrar apoderados particulares y generales en el límite de sus propios poderes. También podrán hacerse substituir si estuvieren autorizados para ello. Tal substitución deberá comunicarse a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros a efecto del ejercicio de su derecho de veto a que se refiere el artículo 45 fracción IV de la Ley antes invocada. Además, sostiene que los bienes y derechos que se entregan en fideicomiso al fiduciario, debe conservarlos en su integridad material y jurídica.(37).

Añade al respecto Villagordoa Lozano (38), que los derechos y obligaciones del fiduciario se pueden fijar en cada caso concreto, tomando en consideración por un lado, la naturaleza jurídica de los bienes que constituyan el objeto del fideicomiso y por el otro, los fines que se persiguen con el mismo. Es decir, que el fiduciario no adquiere las mismas facultades y obligaciones, cuando la materia del fideicomiso la forman bienes inmuebles que cuando la constituyen derechos personales del fideicomitente. El fiduciario no tiene las mismas

(37) Rodríguez Rodríguez, Joaquín.-Ob. Cit. p. 126

(38) Villagordoa Lozano, José M.- Ob. Cit. pp. 167 y 168.

obligaciones en un fideicomiso de garantía que en uno que tenga como fin liquidar el pasivo de una persona determinada. Es decir, que no se puede formular un catálogo tipo de obligaciones y derechos del fiduciario, aplicable a todo tipo de fideicomiso que se constituya.

Asimismo manifiesta el autor citado, que en el supuesto de que los fines del fideicomiso sean complejos, se requerirá que el fideicomitente constituya un comité técnico. Antes de seguir adelante procede comentar lo siguiente:

No siempre sucede lo anterior, ya que según lo dispuesto por el artículo 45 fracción IV de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares "... En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas que requerirán el consentimiento del fideicomisario, si lo hubiere, podrán los fideicomitentes prever la formación de un comité técnico o de distribución de fondos...". O sea, que es potestativo para el fideicomitente prever la constitución de dicho comité; es decir, que pueda constituirlo o no. Sin embargo consideramos que si el fideicomitente carece de los conocimientos técnicos relacionados con el fideicomiso que constituye, es recomendable que nombre al citado comité, para el mejor funcionamiento del fideicomiso.

Ahora bien, el comité mencionado se encargará de tomar las decisiones sobre la administración e inversión de los bienes fideicometidos y sus facultades se establecerán ya en el acto constitutivo del fideicomiso ya en sus reformas, en este último caso como ya se dijo, con el consentimiento del fideicomisario. O sea, que el comité técnico será el responsable de que los fines del fideicomiso se lleven a cabo adecuadamente y el fiduciario no será responsable en ningún caso siempre y cuando se ajuste a los dictámenes y acuerdos del comité técnico.

V.- FIDEICOMISARIO.

El fideicomisario es la persona que recibe los beneficios del fideicomiso.

El artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad suficiente de acuerdo a las leyes vigentes para recibir el beneficio del fideicomiso. Como puede observarse esta disposición asimila al concepto de persona jurídica a la persona moral, siendo que precisamente el concepto persona jurídica es el género y la especie la constituyen tanto la persona física como la moral. Es decir, que emplea una terminología equivocada, - -

pues únicamente debió referirse a personas jurídicas o a personas físicas o morales.

Del texto del artículo 348 antes enunciado, se puede desprender que pueden ser fideicomisarios las personas jurídicas que tengan capacidad de goce o de ejercicio.

La capacidad es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para ejercitarlos.

Existen dos clases de capacidad: la de goce, que consiste en la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones y la de ejercicio que consiste en la aptitud para ejercitar o hacer valer personalmente los derechos. (39).

En relación con la capacidad para ser fideicomisario existen diversas excepciones:

El Lic. Villagordoa Lozano (40), indica que: "... no pueden designarse fideicomisario a un extranjero cuando el fin del fideicomiso consista en transmitirle la propiedad de un inmueble ubicado en la zona prohibida (41) (artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y artículo 1o. de su Ley Reglamentaria)..."

(39) Bejarano Sánchez, Manuel.- Obligaciones Civiles. Harper & Row Latinoamericana.- México - 1981. p. 125.

(40) Villagordoa Lozano, José M.- Ob. Cit. pp. 169 y 170.

(41) Faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas.

Igualmente Krieger Vázquez (42), indica otros casos de excepción a la capacidad de ser fideicomisario al señalar que el artículo 1327 del Código Civil para el Distrito Federal es una disposición muy clara, al establecer la capacidad de los extranjeros y de las personas morales para adquirir por herencia. Dicha disposición señala:

"Los extranjeros y las personas morales son capaces de adquirir por testamento o por intestado; pero su capacidad tiene las limitaciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en las respectivas leyes reglamentarias de los artículos constitucionales".

La norma transcrita se aplica por analogía, al caso de los fideicomisos. Además, el artículo 1328 del Ordenamiento Civil establece incapacidad de los extranjeros para adquirir por herencia por falta de reciprocidad internacional, cuando, conforme a las leyes de su país, no puede testar o dejar por intestado sus bienes a favor de mexicanos. Sería también el caso de aplicación analógica de ese precepto a la capacidad de adquirir mediante constitución de fideicomiso.

Igualmente serán de aplicación analógica a la constitución del fideicomiso testamentario los ar-

(42) Krieger Vázquez, Emilio.- Ob. Cit. p. 48.

tículos 1316, 1331, 1322, 1323, 1324 y 1325, que establecen incapacidad para heredar en los siguientes casos y en consecuencia no podrá ser fideicomisario:

El que haya sido condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte al fideicomitente, a sus padres, descendientes, cónyuge o hermanos del mismo; al que haya acusado al creador del fideicomiso, sus ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge por delito sancionado con pena capital o de prisión, aun cuando sea fundada, si fuera su descendiente, su ascendiente, su cónyuge o su hermano, a no ser que tal acusación se precisase para que el acusador salvase su vida, su honra o la de sus ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge; el cónyuge que haya sido declarado adúltero en juicio; el coautor del cónyuge adúltero, en un fideicomiso constituido por cualquiera de los cónyuges en favor de dicho coautor; el condenado por delito que merezca pena de prisión, contra el fideicomitente, de sus hijos, de su cónyuge, de sus ascendientes o de sus hermanos; los padres del hijo expósito o los que abandonen a sus hijos, prostituyeren a sus hijas o atentaren a su pudor; los demás parientes del fideicomitente que estando obligados a alimentarle, no lo hicieron; los parientes del autor del fideicomiso que no lo auxiliaren, estando imposibilitado para trabajar o sin

recursos; el que usare de violencia, dolo o fraude con el fideicomitente para que constituya en su favor o modifique un fideicomiso, igualmente en provecho propio; el que conforme al Código Penal, fuere culpable de supresión, substitución o exposición de infante siempre que se trate de fideicomiso constituido a favor de éste o de las personas a quienes se haya perjudicado o intentado perjudicar con tales actos; el acusador calumnioso en contra del fideicomitente; el tutor y el curador del menor fideicomitente; el médico que haya asistido al creador del fideicomiso durante su última enfermedad, en cuyo transcurso constituyó el fideicomiso, así como el cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos de aquél; el notario ante quien se constituye el fideicomiso; los ministros de un culto religioso respecto de fideicomisos constituidos por ministros del mismo culto o de un particular con quien no tengan parentesco dentro del cuarto grado. Igualmente son incapaces los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos de los ministros que hayan auxiliado al fideicomitente durante su enfermedad en cuyo período se constituyó el fideicomiso. (43).

Para ser fideicomisario se requiere:

1.- La designación del fideicomitente hecha a fa-

(43) Krieger Vázquez, Emilio.- Ob. Cit. p. 49.

vor de persona viva o ya concebida al constituirse el fideicomiso.

2.- Capacidad del fideicomisario para ser titular de los derechos que le concede la ley y los que se le otorguen en el acto constitutivo.

Los fideicomisarios pueden ser múltiples, ya sean simultáneos o sucesivos (artículos 348 y 359 fracción II de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Cuando se trate de fideicomisarios múltiples y deba consultarse su voluntad, sobre alguna situación que no se encuentre prevista en el documento constitutivo, las decisiones se tomarán por mayoría de votos en razón del valor de las aportaciones y no por personas, o sea, que operan como órgano colegiado en virtud de la importancia que revisiten aquéllas para el manejo del fideicomiso. (44).

Conviene mencionar que el fideicomisario no es un elemento esencial del fideicomiso, ya que pueden darse fideicomisos en los que no exista fideicomisario, en estos casos los derechos de aquéllos ejercerá el Ministerio Público (artículo 355 de la Ley de la Materia).

Sobre el concepto de este elemento el notable jurista Cervantes Ahumada nos dice que: "Es fidei-

(44) Ibidem. p. 50.

comisario la persona que tiene derecho a recibir - los beneficios del fideicomiso. Puede serlo el mismo fideicomitente; pero ya indicamos que no puede serlo el fiduciario". (45). Esta es la regla general; sin embargo tenemos el caso de excepción que ya mencionamos en páginas anteriores, del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A. el cual puede ser fideicomisario conforme a su Ley Orgánica.

VI.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO.

Los derechos del fideicomisario podemos resumirlos de la siguiente manera:

1.- Los que se deriven del acto constitutivo del fideicomiso.

2.- Los de exigir al fiduciario el cumplimiento de los fines del fideicomiso, como son el pedir información sobre las operaciones de inversión, adquisición y sustitución de los bienes fideicometidos; la percepción de rentas, frutos o productos de liquidación y los pagos que se hagan con cargo a los bienes del fideicomiso.

Dentro de este último derecho encontramos - - otras facultades a favor del fideicomisario:

a).- Exigir al fiduciario aviso dentro de las

(45) Cervantes Ahumada, Raúl.-Ob. cit. p. 294.

cuarenta y ocho horas sobre:

1o.- Las operaciones de inversión, adquisición y sustitución de los bienes fideicometidos.

2o.- La percepción de rentas, frutos o productos de liquidación; y

3o.- Los pagos que se hagan con cargo a los bienes del fideicomiso.

Salvo disposición expresa del fideicomitente o que no proceda por otra causa.

b).- Exigir la responsabilidad civil al fiduciario, causada por la revelación del secreto propio del fideicomiso, salvo que tal revelación se haga a la autoridad en juicio en que sean partes el fideicomitente o el fideicomisario.

c).- Exigir cuentas al fiduciario.

d).- Exigir la responsabilidad en general al fiduciario.

e).- Pedir la remoción de la institución fiduciaria.

3.- Atacar la validez de los actos del fiduciario cometidos en perjuicio del propio fideicomisario, de mala fe.

4.- Atacar la validez de los actos que aquella institución cometa en su perjuicio en exceso de las facultades que la ley le concede o de las

concedidas en el acto constitutivo del fideicomiso.

5.- Reivindicar, cuando proceda, los bienes que salgan del fideicomiso por actos de mala fe o excesivos del fiduciario.

6.- Elegir fiduciario:

a).- Cuando éste renunciare o fuere removido del cargo.

b).- Si no es nombrado en el acto constitutivo del fideicomiso.

7.- Dar su consentimiento para reformar el acto constitutivo, cuando se trate de formar un comité técnico o de distribución de fondos. (46).

Rodríguez Rodríguez al respecto nos dice que: "En resumen, puede decirse que el fideicomisario tiene todos los derechos que se establezcan en el propio acto o contrato de fideicomiso según la naturaleza de éste y además, legalmente queda legitimado para exigir a la institución el estricto cumplimiento de lo convenido..." (47).

Antes de continuar con el tema que nos ocupa, se precisan unas palabras en relación con el derecho que tiene el fideicomisario de reivindicar los

(46) Villagordeal Lozano, José M. - Ob. Cit. pp. 170 y 171.

(47) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. - Ob. cit. p. 128.

bienes que salgan del fideicomiso por actos excesivos o de mala fe de la institución fiduciaria:

El artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dispone: "... El fideicomisario tendrá además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria; el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le corresponda, y cuando ello sea procedente el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso..."

La acción que se le concede al fideicomisario de reivindicar los bienes que salgan del fideicomiso por actos de mala fe o que rebasen las facultades del fiduciario, no puede calificársele de acción reivindicatoria, toda vez, que esta acción corresponde a quien careciendo de la posesión del bien o bienes que pretende reivindicar es propietario de los mismos y el fideicomisario, si bien es cierto que no tiene la posesión de los bienes, también lo es, como ya quedó aclarado en páginas anteriores, que no es propietario de los bienes fideicometidos, ya que el fideicomitente al constituir el fideicomiso o en un momento ulterior si se ha

reservado el derecho de hacerlo, no le transmite - la propiedad del aquéllos, sino únicamente le concede determinados beneficios más no, repito, el dominio de dichos bienes.

La anterior aseveración se confirme con la definición de acción reivindicatoria. Rafael de Pina (48) nos dice que: "... Es la que compete a - - quien no está en posesión de la cosa, de la cual - tiene la propiedad, para que se declare que el demandante tiene el dominio sobre ella y el demandado se la entregue con sus frutos y accesiones en - los términos prescritos por el Código Civil (art. - 4 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal)..."

Tampoco puede considerársele a la acción en - cuestión, como acción pauliana ya que ésta "...tiene por objeto nulificar los actos y contratos celebrados por el deudor en fraude de sus acredo - - res..."(49); y el artículo 2163 del Código Civil - para el Distrito Federal establece: "... Los actos celebrados por un deudor en perjuicio de su acreedor pueden anularse, a petición de éste, si de esos actos resulta la insolvencia del deudor, y el cré-

(48) De Pina Rafael.- Diccionario de Derecho.-Editorial Porrúa, S.A.-México, 1977. p. 31.

(49) Pallares Eduardo.- Diccionario de Derecho Procesal Civil.- Editorial Porrúa, S.A. México - 1975. p. 48.

dito en virtud del cual se intenta la acción es anterior a ellos..."; y según el artículo 2166 del mismo Ordenamiento: "Hay insolvencia cuando la suma de los bienes y créditos del deudor, estimados en su justo precio no iguala al importe de sus deudas. La mala fe en este caso consiste en el conocimiento de ese déficit..."; y para Rojina Villegas el deudor ejecuta un acto en fraude de acreedores cuando lleva a cabo una enajenación o renuncia de derechos, que provoca o aumenta su insolvencia y que por consiguiente perjudica al acreedor. (50). O sea, que para ejercitar la acción pauliana, es necesario entre otras cosas que los actos que lleve a cabo el deudor provoquen su insolvencia, es decir, que sus deudas sean mayores a sus bienes; y esto no puede presentarse en relación con el fiduciario, toda vez, que él no es propietario de los bienes que se entregan en fideicomiso, por lo que es de concluirse que no se trata de la acción pauliana sino de una acción sui generis.

Por lo que se refiere a las obligaciones del fideicomisario, el Lic. Villagordoa Lozano dice que para delimitarlas es menester hacer ciertas distinciones en cuanto al tipo de fideicomiso; así cuando se trata de fideicomisos cuya constitución

(50) Rojina Villegas, Rafael.- Compendio de Derecho Civil, Tomo III.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1967. pp. 414 y 415.

se establece unilateralmente por el fideicomitente con el propósito de hacer una liberalidad al fideicomisario, éste únicamente tiene el derecho de recibir los beneficios del fideicomiso y ocasionalmente el soportar determinadas cargas que le impone el propio fideicomitente.

En los fideicomisos que se constituyen por acuerdo expreso del fideicomitente y fideicomisario, este último estará obligado a realizar la contraprestación a favor del fideicomitente por la enajenación de bienes que el fideicomitente hace a través del fiduciario en beneficio del fideicomisario. (51).

En relación con este tema, Batiza señala que conforme al artículo 137 inciso b) de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, la obligación que se impone al fideicomisario subsidiariamente pues ésta corresponde en primer término al fideicomitente o a sus causahabientes, consiste en pagar a la institución fiduciaria las compensaciones estipuladas a su favor.

También subsidiariamente está obligado el fideicomisario a reembolsar al fiduciario los gastos que éste hubiere erogado en la administración de

(51) Villagordoa Lozano, José M.- Ob. Cit. pp. 174 y 175.

los bienes fideicometidos. (52)

c).- CLASES DE FIDEICOMISOS.

Los autores han clasificado al fideicomiso - atendiendo a diversos criterios. Sin embargo, la - mayoría de ellos, coinciden en clasificarlo en fideicomiso de inversión, administración y garantía.

El Maestro Cervantes Ahumada (53) indica que el llamado fideicomiso en garantía se ha utilizado como sustitutivo de la hipoteca. Mediante este fideicomiso se garantiza la devolución de un préstamo mediante la entrega de un bien, en fideicomiso, evitando de esta manera el juicio hipotecario relativo. Añade el distinguido jurista, que la facultad que se atribuye al fiduciario para vender el bien, para el caso de que el deudor no cumpla, no está de acuerdo con nuestro régimen constitucional, ya que se trata de una verdadera facultad jurisdiccional (decisión del conflicto unilateralmente). - Batiza no está de acuerdo con esta posición sosteniendo que: "...Tal parecer es, en principio, inexacto, si se considera que el fiduciario no resuelve controversia alguna, limitándose a comprobar una simple situación de hecho: la falta de pago por -

(52) Batiza Rodolfo.- El Fideicomiso, Teoría y - - Práctica. Editorial Porrúa, S.A.- Tercera Edición.- México 1976. p. 321.

(53) Cervantes Ahumada, Raúl.- Ob. Cit. p. 295.

parte del deudor, supuesto previamente convenido - por las partes para la ejecución del fideicomiso, - es decir, para proceder a la venta y con su producto hacer pago al acreedor fideicomisario y caso de quedar un sobrante entregárselo al deudor fideicomitente..."(54).

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con las ideas del jurista Batiza, toda vez, que el fiduciario al vender el bien entregado en fideicomiso de garantía, para cubrir el pago del crédito al fideicomisario acreedor, para el caso de que el fideicomitente deudor no pague, está obrando de acuerdo - con el contenido del acto constitutivo y no contraviene por ello a ninguna disposición constitucional.

En los fideicomisos de administración nos dice Villagordoa Lozano (55), el fideicomitente entrega al fiduciario determinados bienes o derechos, para que proceda a efectuar las operaciones de - guarda, conservación o cobro de los productos de - los bienes fideicometidos que le indique el fideicomitente, entregando los beneficios al fideicomisario.

Se entiende por fideicomiso de inversión aquel que consiste en el encargo que hace el fideicomitente

(54) Batiza Rodolfo.- Ob. cit. pp. 145 y 146.

(55) Villagordoa Lozano, José M.- Ob. cit. p. 194.

tente al fiduciario de conceder préstamos con un fondo constituido al efecto. (56).

Independientemente de la anterior clasificación que es la fundamental, existen otras. Krieger Vázquez (57), hace las siguientes:

I.- FIDEICOMISOS PUBLICOS, DE INTERES PUBLICO Y FIDEICOMISOS PRIVADOS.

Sostiene este autor, que no es posible constituir fideicomisos traslativos de dominio sobre bienes del dominio público, por ser éstos inalienables, ya que se extinguiría el derecho de propiedad que el Estado tiene sobre estos bienes. Sin embargo añade, que es posible constituir fideicomisos sobre este tipo de bienes siempre y cuando se conserve el dominio del Estado sobre los mismos y se destinen los bienes a un fin de interés o de servicio público.

En cuanto a los bienes privados de la Federación, señala que cabe la posibilidad que sobre ellos se constituyan fideicomisos siempre y cuando se cumpla con las reglas sobre aprovechamiento y enajenación de bienes del dominio privado de la Federación y las normas relativas al empleo de los

(56) Batiza Rodolfo.- Ob. Cit. p. 144.

(57) Krieger Vázquez, Emilio.- Ob. Cit. pp. 81 y 82.

fondos incluidos en el presupuesto de egresos.

Son fideicomisos de interés público aquellos que constituye el Gobierno Federal en instituciones nacionales de crédito o que el Estado declara de interés público a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Estos fideicomisos al igual que los fideicomisos públicos gozan de una duración indefinida, es decir, que no les es aplicable la fracción III del artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que a la letra dice:

"... Aquellos cuya duración sea mayor de 30 años (quedan prohibidos), cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de 30 años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro..."

2.- FIDEICOMISOS TRASLATIVOS Y FIDEICOMISOS NO TRASLATIVOS DE DOMINIO.

En los fideicomisos traslativos de dominio, por la complejidad de los fines de aquéllos, se conceden al fiduciario amplias facultades para disponer de los bienes, sin que se le considere como verdadero propietario de los mismos. Ahora bien,

cuando el fin o los fines no son muy importantes - no es necesario concederle al fiduciario tales facultades, constituyéndose de esta manera los llamados fideicomisos no traslativos de dominio.

En cuanto al problema de que el fiduciario en ejercicio de su cargo enajene los bienes fideicometidos; se dice, que sólo puede disponer de los bienes mencionados si tiene facultad de dominio sobre ellos (58). Sin embargo, se piensa por otro lado, - que no se requiere necesariamente ser dueño de un bien para poderlo enajenar, como es el caso del albacea, del mandatario, etc., que enajenan bienes - que no son de su propiedad. Nosotros agregamos que en todos estos casos, debe mediar autorización del dueño de los bienes para que se puedan enajenar; o sea, que todos deben estar facultados para ello y evitar de este modo, responsabilidades.

(58) Consideramos que no es exacto hablar de que al fiduciario se le conceden facultades de dominio sobre los bienes fideicometidos; más bien procede decir que al fiduciario se le autoriza por el fideicomitente para enajenar dichos bienes, ya que el tener el dominio de una cosa, implica la propiedad de la misma, y al fiduciario en ningún momento puede considerársele propietario de dichos bienes.

3.- FIDEICOMISOS REVOCABLES Y FIDEICOMISOS IRREVOCABLES.

Entre las facultades que se puede reservar el fideicomitente en el momento de crear el fideicomiso, está la de revocar el fideicomiso en cualquier etapa del mismo, mientras no se haya extinguido. - El artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala como una de las causas de extinción del feideicomiso la revocación hecha por el fideicomitente, cuando se haya reservado este derecho en el acto constitutivo del fideicomiso. Por tanto, un fideicomiso será irrevocable - - cuando no se reserve este derecho el fideicomitente. Sin embargo, opina Krieger Vázquez, que esto - no es absoluto, sino que habrá casos en que al fideicomitente no se le permita ejercitar tal facultad, en razón del cumplimiento de una obligación - a través del fideicomiso o que se garantice por este conducto el pago de una deuda o la pensión alimenticia en caso de divorcio. (59). O sea, que el fideicomitente carece de libertad para reservarse este derecho de revocación, en atención a las características de los fines del fideicomiso.

De conformidad con el artículo 358 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, para

(59) Krieger Vázquez, Emilio.- Ob. cit. p. 86.

que surta efectos la revocación y consecuentemente la extinción del fideicomiso y con ello la devolución al fideicomitente o a sus herederos de los bienes fideicometidos, bastará que el fiduciario así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso y que tal declaración se inscriba en el Registro Público de la Propiedad en que aquél hubiese sido inscrito.

4.- FIDEICOMISOS GRATUITOS Y FIDEICOMISOS ONEROSOS.

Siguiendo las ideas de Fernando Ojesto Martínez Porcayo (60), en relación con esta clasificación podemos indicar que el calificativo de gratuito en un fideicomiso va en razón de la remuneración de la institución fiduciaria, es decir, que en la práctica no pueden darse estos fideicomisos dada la naturaleza mercantil de las instituciones fiduciarias.

Ahora bien, un fideicomiso será oneroso en virtud de que al fiduciario deberá pagársele por el fideicomitente, su causahabiente o el fideicomisario una remuneración derivada del desempeño de su encargo.

(60). Ojesto Martínez Porcayo, Fernando.- Tesis.- La Nulidad en el Fideicomiso.- México, 1980. U.N.A.M. pp. 117 y 118.

5.- FIDEICOMISOS CON FIDEICOMISARIO DETERMINADO Y SIN FIDEICOMISARIO.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 347, permite la constitución de fideicomisos sin que aparezca fideicomisario, bastando para que surja el fideicomiso con el señalamiento del fin o fines lícitos del mismo.

Cuando falte fideicomisario determinado, corresponde por disposición del artículo 355 de la Ley invocada el ejercicio de los derechos derivados del fideicomiso al Ministerio Público; tal es el caso de los fideicomisos con fines benéficos o asistenciales o con fines culturales.

CAPITULO III

LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACION.

a).- CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA.

Pensamos que antes de iniciar el análisis de la naturaleza jurídica de los certificados de participación y plasmar como consecuencia de ello, su concepto, atendiendo a su género y diferencia específica; es conveniente elaborar una breve reseña de los distintos significados de la palabra título, para lo cual seguiremos las ideas del connotado jurista Roberto A. Esteva Ruiz(1), quien nos dice que es indudable que a partir de la denominación de "títulos de crédito" se presentan las dificultades, no solamente porque en derecho comparado hay tecnicismos discrepantes inclusive en su significación conceptual, tales como papel valor, valor literal, giro a la vista, giro comercial a término o letra, sino también en razón de que falta una configuración constante en cuanto a lo que debe entenderse por "título"; en general en el lenguaje bancario o en los ordenamientos del tradicional derecho privado.

(1) Esteva Ruiz Roberto A.- El Certificado de Participación Inmobiliaria como Título de Inversión Productiva.- Banco Nacional Hipotecario Urbano y de Obras Públicas, S.A., México, 1960. pp. 18 y 19.

Añade el autor citado, que etimológicamente - dicho vocablo proviene del latín "titulus" (ins-cripción), la que al evolucionar se incorporó a la noción de "escritura" y a la de "garantías o seguridades" en las que hay una idea de honor y valimiento. Dice también que en nuestro Código Civil, la palabra "título" asume dos significados; o es el negocio jurídico o es su prueba; ello con múltiples matices, variables según la figura jurídica, porque en ocasiones la palabra "título" tiene valor de causa jurídica generadora de una situación legal. El artículo 806 del Código Civil para el Distrito Federal señala: "Entiéndase por título la causa generadora de la posesión, o bien es la causa constitutiva de un derecho; la fracción III del artículo 1038 del Ordenamiento invocado, dispone que el usufructo se extingue al cumplirse la condición impuesta en el título constitutivo de ese derecho; también es "título" el acto jurídico del que resulta una calidad determinada o es la calidad misma; conforme al artículo 791 del Ordenamiento invocado, es poseedor derivado quien obtiene del propietario de una cosa" en virtud de un acto jurídico" la entrega de ella en calidad de usufructuario, arrendatario, depositario "u otro título análogo", mientras que es poseedor originario el que la posee "a título de propietario". Asimismo se entiende por "título" cualquier hecho o acto -

que la ley estime como "origen" o como "fundamento" de una situación jurídica de capacidad, especialmente para el goce de una cosa o de un derecho; según el artículo 1138 del Código Civil para el Distrito Federal, pueden adquirir por prescripción "todos los capaces de adquirir por cualquier otro título". Existe como se puede observar en las ideas anteriores, la tendencia a identificar "título" y "documento escrito". Esta unificación, en la actualidad se presenta en el artículo 2033 del citado Código, el cual establece: "cuando la ley exija que el título de crédito cedido conste en escritura pública, la cesión debe hacerse en esta clase de documentos" (2), por lo que en muchas ocasiones se confunden el "título" con el documento escrito, en virtud de que aquél se materializa en el documento. Así el artículo 2036 del multicitado Código, exige para la eficacia de una cesión de crédito que se notifique al deudor teniendo sólo este derecho (artículo 2037) el acreedor que presente el título comprobatorio del crédito o de la cesión cuando el primero no sea necesario; y es evidente que esta norma no puede referirse al título en otro concepto que el de documento escrito. (3).

Existe otra dificultad para distinguir el "tí

(2) Esteva Ruiz Roberto A.- Ob. cit. p. 21.

(3) Ibidem. pp. 24 y 25.

tulo" (en cualquier sentido de los antes mencionados) y el "modo" o "manera", es decir, el proceso técnico indispensable para que un hecho o un acto produzcan consecuencias jurídicas.

En la compraventa civil (artículo 2249 del Ordenamiento mencionado) se considera al adquirente propietario de la cosa desde el momento en que hay acuerdo de voluntades entre el vendedor y el comprador en cuanto a la cosa y su precio, aunque la primera no haya sido entregada ni cubierto el segundo; pero en cambio en la compraventa mercantil, se adiciona a la existencia del "título" (acuerdo de voluntades, una técnica derivada del derecho romano en cuanto al modo. Así el artículo 377 del Código de Comercio, además del "título" (en el sentido de causa generadora del derecho del comprador) exige que se haga la entrega de la cosa, para que su propiedad pase al comprador; pues el precepto declara que una vez perfeccionado el contrato (título) las pérdidas, daños o menoscabos que sobrevinieren a las mercancías vendidas serán por cuenta del comprador, si ya se le hubieren entregado (modo), real, jurídica o virtualmente, consecuencias que se explican porque en razón del "modo", el comprador tiene ya el dominio de la cosa, pero agrega que, "si no le hubieren sido entregadas de ninguna de estas maneras, serán por cuenta del vendedor". Aquí se pone de manifiesto la necesidad -

del proceso técnico, modo o manera, como algo diverso del "título", aunque en realidad, como causa final generadora de la transferencia del dominio y de sus consecuencias, puede decirse que el modo es también "título", aunque en otro sentido, o sea, como complemento de la causa original generadora del derecho.(4).

La necesidad de que un derecho exista en un documento se remonta a la Atenas del S. IV, en las formas del "syngrafo" y del "quirografo". El primero era un acto celebrado ante testigos, redactado en tercera persona, que indicaba que una persona determinada debía cierta suma de dinero a otra y era sellado por su redactor y por los testigos conjuntamente; en cambio el segundo, era un acto redactado en primera persona, suscrito por el deudor, en que éste reconocía deber cierta suma a su acreedor. Sin embargo, entre las disposiciones antiguas se cita una ley de Pitacus de Mytilene que declara que un contrato no obliga si no se celebra ante magistrados y testigos.(5).

En Roma, al estudiar Gayo las diversas formas de contrato señala en sus Instituciones que una obligación nace por el solo hecho de que el deudor suscriba el quirografo, o sea, que la fuerza obligatoria se ligaba al escrito mismo, sin que se ne-

(4) Esteva Ruiz Roberto A.-Ob. Cit. p. 22.

(5) Ibidem. p. 23.

cesitase investigar si existía con anterioridad - una deuda.

El documento escrito reproduce siempre una de claración ya de su autor ya de persona extraña a - éste, pero en ocasiones es constitutivo de esa de claración y en otras se contiene en su redacción - la garantía de autenticidad de la existencia de la de claración respectiva. El escrito en el testamen- to ológrafo (artículo 1550 y 1551 del Código Civil para el Distrito Federal), es constitutivo de una de claración propia, porque debe estar escrito de - puño y letra del testador quien debe ser mayor de de edad, sin cuyos requisitos no habría de claración - de voluntad jurídica de disposición de los bienes de del autor para después de su muerte (artículos - - 1281 a 1283 del citado Código); al mismo tiempo - que la constancia que, en el sobre cerrado que con tenga el original debe insertar el testador dicien- do: "Dentro de este sobre se contiene mi testamen- to" y que firmará conjuntamente con el encargado - de la oficina del Registro Público; así como la - constancia del recibo del registrador, en el sobre que contenga el duplicado y su de claración de - - quien le entrega el sobre "afirma que contiene ori ginal su testamento ológrafo" (sic), son meras ga- rantías de autenticidad de lo que se le comunica -

al encargado de tal oficina. (6)

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 5o., tomando en consideración el significado de título como documento constitutivo de una declaración propia define a los títulos de crédito como "los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna". Esta definición al igual que otras definiciones que se han formulado (7) no hacen sino enunciar las características de estos títulos. Atienden a que en estos títulos hay una conexión tan íntima entre el documento y el derecho que no es posible su ejercicio sin que se tenga el documento. Igualmente atienden al texto del documento para determinar el contenido y las modalidades del título (literalidad). También mencionan la autonomía, o sea, la presunción de estimar "original" y no "derivada" la adquisición del documento por los tenedores sucesivos, lo cual significa que, frente a terceros, la posición jurídica de cada adquirente carece de nexo con la de los adquirentes anteriores.

(6) Esteva Ruz Roberto A.- Ob. cit. p. 26.

(7) Vivante señala: "El título de crédito es un documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo expresado en el mismo".- Cervantes Ahumada, Raúl.- Títulos y Operaciones de Crédito.- Editorial Herrero, S. A.- México- 1969.- p. 9.

Asimismo se habla de la abstracción del título, en cuanto a que no valen en contra del actual tenedor las excepciones fundadas en la causa de que hayan derivado el título mismo o la adquisición del tenedor.(8).

Por nuestra parte agregamos otra característica más de los títulos de crédito, la legitimación, que consiste en la facultad que tiene el tenedor del documento para exigir del obligado el pago de la prestación consignada en el título. Asimismo el obligado se legitima al pagar a quien aparezca como titular del documento.(9).

La mayoría de los autores coinciden en calificar a los certificados de participación como títulos de crédito. Así el Maestro Rodríguez Rodríguez (10) dice que en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, anterior a la reforma de 1946, publicada en Diario Oficial de 31 de diciembre, no se reglamentaba este tipo de títulos. Que es a partir de la reforma expresada, cuando se adiciona el Capítulo V bis, en el Título segundo y se reglamentan los certificados de participación fiduciarios, emitidos con base en la constitución de

(8) Esteva Ruiz Roberto A. - Ob. Cit. p. 28.

(9) Cervantes Ahumada, Raúl.- Ob. cit. p. 10.

(10) Rodríguez Rodríguez, Joaquín.- Curso de Derecho Mercantil, Tomo II.- Editorial Porrúa, S. A. México 1978.- pp. 134 y 137.

un fideicomiso. El mismo jurista nos dice, que los certificados fiduciarios son títulos valores porque así lo establece la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y por reunir las características de los títulos de crédito (incorporación, legitimación, literalidad y autonomía). En nuestra opinión y con el fin de ampliar estas ideas pensamos que es conveniente agregar que los certificados de participación son documentos *solemnitatem causa* y constitutivos dispositivos, es decir, que son documentos que no pueden ser substituidos por otros y que a la vez constituyen un derecho y es necesario poseerlos para ejercitarlo, y además son documentos destinados a la circulación.

Dice también que la Ley invocada no califica a los certificados de copropiedad como títulos de crédito, lo que considera arbitrario e ilegal, en virtud de que no existen razones técnicas para negarles tal calificativo. Además la propia Ley, sólo excluye de este concepto a los documentos que sirven de identificación pero que no circulan y les otorga el carácter de títulos de crédito a todos aquellos documentos que reúnan las características contenidas en su artículo 5o. Añade el autor citado, que los certificados de copropiedad si reúnen las características de los títulos de crédito y que están destinados a circular, ya que su emisión tiene por finalidad fraccionar la propiedad e

incorporarla en títulos que pueden transmitirse, - es decir, que pueden circular.

Por nuestra parte creemos que la contradic- ción que existe en el artículo 228 b de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al seña- lar inicialmente, que los certificados serán bie- nes muebles aún cuando los bienes entregados en - fideicomiso sean inmuebles; y que los certificados que las sociedades fiduciarias expidan, haciendo - constar la participación de los distintos copropie- tarios en bienes, títulos o valores que se encuen- tren en su poder, no producirán efectos como títu- los de crédito y serán considerados solamente como documentos probatorios; únicamente se puede salvar reformando este artículo en el sentido de conside- rar a los certificados de copropiedad como títulos de crédito.

El Maestro Cervantes Ahumada, en relación con este apartado expresa: "... con la ingente necesi- dad que se siente en México de habitaciones popula- res, se pensó en que un título como el certificado de participación, aplicado al campo inmobiliario, - podría facilitar la construcción de viviendas popu- lares. El Banco Nacional Hipotecario Urbano y de - Obras Públicas, S.A. (hoy Banco Nacional de Obras - Y Servicios Públicos, S.A.), fue encargado por el - Gobierno Federal para atender el problema, y se -

promovió y obtuvo una adición a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (Capítulo V bis - del título I, arts. 228a a 228v, Decreto de 30 de diciembre de 1946) que trata 'de los certificados de participación'..."(11).

En nuestro concepto podemos agregar, fortaleciendo los argumentos ya indicados, que los certificados de participación son títulos de crédito, - en atención a que conforme a la Ley de la Materia los títulos de crédito (artículo 1o.) son cosas - mercantiles y de acuerdo con el artículo 228 b de la reforma invocada, los certificados son bienes - muebles sin importar que se hayan emitido por la - entrega en fideicomiso de bienes inmuebles. La Ley señalada, en su artículo 21 dispone que: "...Los - títulos de crédito podrán ser según la forma de su circulación, nominativos o al portador..."; y la - misma Ley en su Capítulo V BIS artículo 228 1 dispone que los certificados pueden ser nominativos o al portador, situación que nos lleva a concluir - que los certificados de participación son verdaderos títulos de crédito.

Finalmente podemos definir a los certificados de participación siguiendo los lineamientos de la Ley mencionada, como aquellos títulos de crédito - que son emitidos por una sociedad nacional de cré-

(11) Cervantes Ahumada, Raúl.- Ob. cit. p. 164.

dito creada por decreto del Ejecutivo Federal para realizar operaciones fiduciarias, 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 fin la sociedad emisora; o a una parte alícuota del derecho de propiedad o de la titularidad de esos bienes, derechos o valores; o a una parte alícuota del producto neto que se obtenga de la venta de los bienes, derechos y valores mencionados.

b).- ENCUADRAMIENTO DENTRO DE LA CLASIFICACION DE LOS TITULOS DE CREDITO.

Con base en las ideas del Maestro Cervantes Ahumada (12) podemos clasificar a los certificados de participación de la siguiente manera:

a).- Los certificados de participación por estar reglamentados expresamente en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y en la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, son títulos nominados o típicos.

b).- Por el derecho que incorporan los certificados son títulos obligacionales, en virtud de que con dichos documentos al poseerlos el titular

(12) Ibidem. pp. 16, 17, 18, 19, 28, 30 y 31.

puede exigir el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el suscriptor del mismo.

c).- Por la forma de circulación, son nominativos o al portador o nominativos con cupones (artículo 228 1 de la L.G.T.O.C.). Son nominativos porque designan a una persona determinada como titular, por tanto, sólo pueden transmitirse con el endoso de su titular. Son al portador, porque se pueden transmitir por la simple tradición del documento, o sea, por el solo hecho de su entrega.

d).- Conforme al artículo 228 1 de la L.G.T.O.C., los certificados son títulos que pueden emitirse en serie, es decir, que caen dentro de los títulos seriales o de masa, porque en cada acto se crean varios a la vez, de manera sucesiva.

e).- De eficacia procesal plena o completos, en atención a que no necesitan hacer referencia a otro documento o acto externo para tener plena eficacia procesal.

f).- Por los efectos de la causa que originó el título sobre la vida del mismo, el certificado de participación es un título causal, en tanto que permanece vinculado a la causa que lo originó.

g).- Por último, los certificados de participación son títulos de inversión, porque existe la seguridad de que el adquirente de los mismos, ob--

tendrá determinados beneficios.

c).- CLASES DE CERTIFICADOS.

Siguiendo al mismo Maestro Cervantes Ahumada (13) y las ideas contenidas en el concepto ya enunciado de los certificados de participación, podemos señalar sus clases, las cuales son:

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 tenga en fideicomiso irrevocable para ese propósito la sociedad fiduciaria que los emita". A este tipo de certificados se le denomina de productos y confiere a sus titulares el derecho 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". A estos certificados se les conoce como certificados de copropiedad, dentro de los cuales se encuentra el certificado de participación inmobiliaria. En estos títulos se incorpora el derecho de propiedad sobre una porción de un bien.

c).- Los que incorporan "el derecho a una par

(13) Cervantes Ahumada, Raúl.- Ob. cit. pp. 164 y 165.

te alícuota del producto que resulte de la venta - de dichos bienes, derechos o valores". Se les llama a estos certificados de liquidación; y se pensó que podrían usarse en caso de sucesiones o liquidaciones de sociedades.

El jurista Rodríguez Rodríguez, clasifica a los certificados de la siguiente manera:

1.- Certificados de participación de copropiedad.- Son aquellos que incorporan derechos reales sobre muebles e inmuebles que se encuentran en poder de la institución fiduciaria emisora de los mismos. Los tenedores de estos certificados tienen los derechos de un copropietario.

2.- Los certificados de participación de acreedores son aquellos que acreditan el derecho a una cuota en el producto de la liquidación de una sociedad en la que el banco emisor es el liquidador, o bien en una quiebra en la que el emisor es el síndico.

3.- Certificados fiduciarios, éstos atribuyen 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 emisora; el derecho a una parte alícuota del derecho de propiedad o de la titularidad de esos bienes derechos o valores; o bien el derecho a una parte alícuota -

del producto neto que resulte de la venta de dichos bienes, derechos o valores.

El primero de los derechos que atribuyen a sus titulares este tipo de certificados, es el de concederles la posición de un fideicomisario, con los derechos de un acreedor.

El derecho indicado en segundo término añade a la posición de fideicomisario, la de destinatario de una parte de los bienes fideicometidos, al extinguirse el fideicomiso. Este derecho no es real, es un derecho de exigir cosa cierta, sujeto a plazo o a condición.

Por lo que hace al tercer derecho que atribuyen esta clase de certificados a sus tenedores, es evidente que sólo podrán participar en los rendimientos, por la enajenación de bienes que no eran de su propiedad.

De lo anterior, concluye Rodríguez Rodríguez, que los certificados fiduciarios jamás atribuyen un derecho real sobre los bienes y rendimientos del fideicomiso, sino un derecho de crédito para exigir una cuota de condominio, o su valor (certificados no amortizables), o su valor nominal (certificados amortizables).

En el caso de los certificados de participación de copropiedad, sobre bienes muebles o inmue-

bles no se presenta la situación antes mencionada, ya que los derechos de los tenedores de esta clase de certificados son los de un copropietario.

Los certificados de participación de acreedores, en cambio acreditan el derecho a una cuota en el producto de la liquidación de una sociedad de la que el banco emisor es el liquidador o bien en una quiebra de la que dicho banco es síndico, o sea que incorporan únicamente derechos de crédito.

En los certificados de copropiedad, la relación con la cosa es directa, el sujeto jurídico pasivo es indeterminado, en los certificados de acreedores y fiduciarios la relación con la cosa es indirecta, pues como dueño aparece el titular de la liquidación, el comerciante quebrado; el sujeto pasivo está definido y la prestación que de él se exige es activa, es decir, la entrega de la cosa convenida o del equivalente económico. (14).

d).- ELEMENTOS PERSONALES.

1.- EMISOR.

Quien emite los certificados de participación es una institución bancaria facultada para realizar operaciones fiduciarias.

(14) Rodríguez Rodríguez, Joaquín.- Ob. cit. pp. 134 y 135.

La sociedad emisora tiene una serie de derechos y obligaciones determinados por la relación subyacente que dio origen a la emisión de los títulos, variando según el tipo de certificado, así si se trata de certificados de copropiedad, la emisora tendrá la posición jurídica de un depositario regular simple o en administración; en consecuencia, los derechos y obligaciones derivarán de la ley o del contrato de depósito (artículos 44 inciso i) y 45 fracción V de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares y 21 de la Ley Orgánica de la Nacional Financiera, S. A.). (15).

Si se trata de certificados de acreedores, la sociedad fiduciaria tendrá los derechos y obligaciones de un síndico o liquidador, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley de Quiebras y la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por último en cuanto a los certificados fiduciarios el banco emisor, tendrá la posición jurídica del fiduciario, es decir, los derechos y las obligaciones que para este elemento personal del fideicomiso establecen la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares y la

(15) El artículo aplicable, es más bien, el 60. fracción II de la Ley Orgánica de la Nacional Financiera, S.A.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.(16)

2.- TENEDOR O BENEFICIARIO.

Los tenedores son las personas físicas o morales, que adquieren los certificados mediante el pago de una cantidad determinada de dinero que entregan a la sociedad emisora de los mismos.

Tratándose de los certificados de copropiedad, éstos conceden a sus titulares el derecho a participar en los frutos o rendimientos del fondo común, en proporción a sus coparticipaciones, en el caso de bienes productivos o títulos valores. También pueden coparticipar respecto de bienes no productivos (utilización de un inmueble en común), en esta situación los certificados establecerán la forma en que los tenedores deban hacerlo.

Los certificados de acreedores conceden el derecho a intereses, siempre y cuando así se convenga por la masa de la quiebra o de la liquidación. Conceden por otro lado, a sus tenedores una parte de los bienes dados en liquidación.(17).

Por su parte los certificados fiduciarios, dan derecho a una parte alícuota de los frutos o rendimientos de los bienes fideicometidos. Con el

(16) Rodríguez Rodríguez, Joaquín.- Ob. cit. p. 146

(17) Ibidem. pp. 142 y 143.

objeto de combatir el riesgo que trae consigo toda inversión, es posible que en esta clase de títulos pactar la garantía de una renta fija mínima con una financiera sea de la misma emisora o con una independiente; de esta manera, si los certificados por sí mismos producen ese mínimo o más, no hay ninguna dificultad; pero si no lo alcanzasen, la financiera, no la fiduciaria, aportará las cantidades necesarias para completar el mínimo prometido. Los certificados fiduciarios no amortizables conceden el derecho a una cuota de propiedad o del producto de la venta de los bienes al terminarse el fideicomiso, base de la emisión. Este derecho se ejerce conforme a los acuerdos que tome la mayoría de los tenedores de los certificados. Los certificados amortizables otorgan el derecho a obtener el valor nominal de los mismos de acuerdo a los sorteos, sorteos que son similares a los de las obligaciones amortizables (artículo 228p de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito). (18).

Los tenedores de certificados tienen asimismo los siguientes derechos:

Los derechos de vigilancia de los tenedores tienen diferentes modalidades en cada una de las categorías de aquéllos.

(18) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. - Ob. cit. pp. 142 y 143.

Con referencia a los certificados de copropiedad no hay disposiciones expresas en la ley; pero si encontramos antecedentes en los certificados de la Nacional Financiera que en sus primeras emisiones tenían el carácter de certificados de copropiedad. En estos casos se nombraban diversos bancos, los que fungiendo como representantes de los copropietarios vigilaba la buena marcha de las actividades relacionadas con el fondo común. En el caso de la quiebra la actuación de los acreedores se regula a través de la junta general, de las actividades de la intervención y de los órganos representativos que se designen para la vigilancia en los casos de convenio concursal o preventivo. En el caso de la liquidación de una sociedad, los acreedores acordarán la forma en que se lleve a cabo la vigilancia de las condiciones en que se pactó la emisión de los certificados.(19).

En los certificados fiduciarios, los tenedores ejercen de manera colectiva este derecho de vigilancia, acatando o rigiéndose por lo que al respecto se ha establecido en la Ley para las obligaciones. Es decir, que se designará un representante común de los tenedores, el cual podrá no ser tenedor de certificados. Es un cargo personal y podrá ser desempeñado por el individuo que sea designado

(19) Ibidem. p. 144.

al efecto, o por los representantes de la institución de crédito o de la sociedad financiera o fiduciaria que hayan sido nombrados para tal objeto. - El representante común de los tenedores fungirá como mandatario de los mismos. Son aplicables a dicho representante lo dispuesto por los artículos 216 y 226 de la L.G.T.O.C. Tales artículos se refieren a las causas de renuncia y sustitución del representante común y a la retribución del mismo.

Las facultades del representante común las señala la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (artículo 228r, reproduciendo las disposiciones del artículo 217 de la misma Ley en materia de obligaciones). (20).

El ejercicio de derechos por parte de los tenedores desde el punto de vista individual se regirá por las declaraciones que se hagan en el acta de emisión. Así, los tenedores tendrán derecho a exigir la nulidad de la emisión, el pago de cupones y del principal (este derecho atiende al tipo de certificado), la realización de actos conservatorios y la responsabilidad del representante común (artículos 223, 224 y 228u de la L.G.T.O.C.). La acción colectiva para ejercitar estos derechos tiene preferencia sobre la individual que en un mo

(20) Rodríguez Rodríguez, Joaquín.- Ob. cit. p. 144.

mento dado se pretenda ejercer.

Los certificados de copropiedad se extinguirán cada vez que legalmente se extinga la situación de condominio o el depósito base de la emisión; los de acreedores, al concluir la liquidación o la quiebra; los fiduciarios se cancelarán con motivo de la extinción del fideicomiso conforme a la Ley o con lo acordado en el acta de emisión. Sólo parte de los certificados se extinguen cuando se trata de certificados amortizables. Sin embargo, el fideicomiso no podrá extinguirse cuando existan saldos insolutos por concepto de créditos a cargo de los bienes fideicometidos, de certificados o de participación en los frutos o rendimientos (artículo 228t de la Ley antes invocada).(21).

(21) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. - Ob. cit. pp. 145, 146 y 147.

CAPITULO IV

EL FIDEICOMISO TURISTICO Y LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACION DE RENDIMIENTOS.

a).- EL TURISMO Y SU CONCEPTO.

El turismo como fenómeno socioeconómico y cultural tiene gran importancia para nuestro país, ya que permite el mejoramiento de su economía y por ende la creación de fuentes de trabajo para ciertos sectores de nuestra población, a través de inversiones que permiten una infraestructura suficiente para estos propósitos.

El éxito que tiene nuestro país, pensamos, como anfitrión, se debe principalmente al carácter cordial de su pueblo y a que cuenta con innumerables recursos turísticos que por su variedad y belleza satisfacen a los gustos más exigentes.

Más, no sólo por esto el turismo es importante, sino que también lo es, en virtud de que facilita un intercambio de ideas que acrecientan la cultura tanto de los visitantes como del país que les brinda su hospitalidad. De igual manera, este fenómeno social influye en las relaciones entre los diversos países del orbe, en tanto que por esta actividad el país visitado es conocido en el extranjero y de este modo nacen las relaciones y el interés de invertir en él, como el caso nuestro,

en que al contar el país con numerosos recursos turísticos y las seguridades que ofrece su legislación en general, nace dicho interés de inversión.

Por ser el turismo una actividad compuesta de diversas especialidades, es difícil delimitar su concepto, sin embargo, intentaremos definirlo lo más exacto que se pueda; para ello seguiremos las ideas de Oscar de la Torre Padilla(1).

Debido a las repercusiones que en la vida social y económica de los pueblos ha provocado en los últimos tiempos el turismo, los gobiernos y la iniciativa privada lo han tomado en consideración, dedicándole sus mayores esfuerzos, mediante inversiones y la publicación de ordenamientos jurídicos encaminados a su protección y fomento, tal es el caso de la Ley Federal de Turismo.

Para quienes el turismo es sólo una manera de obtener beneficios económicos, esta actividad consiste en una serie de transacciones comerciales y económicas. Para otros el turismo es referirse a una industria, basándose en que existe un producto sujeto a una oferta y a una demanda dentro del mercado turístico.

(1) De la Torre Padilla, Oscar.- El Turismo Fenómeno Socioeconómico y Cultural.- Textos Universitarios, S.A.- México, 1976.- p. 5.

Antes de continuar con el desarrollo de este tema procede hacer el siguiente comentario:

En nuestra opinión no es exacto considerar al turismo como una industria ya que ésta es el "Conjunto de operaciones materiales ejecutadas para la obtención, transformación o transporte de uno o varios productos".(2), lo cual no se presenta en el turismo, es decir, que el turismo como ya se dijo antes, es un fenómeno socioeconómico y cultural, más no puede catalogársele como una industria.

El autor citado siguiendo con su exposición señala que para fines meramente estadísticos, se le considera al turismo como una manifestación del movimiento migratorio. Dice además, que antes de concretizar el concepto de turismo con todos sus elementos es conveniente hacer una sinópsis histórica de su desarrollo.

Un antecedente de este fenómeno social son los viajes que realizaban piadosos peregrinos por sentimientos religiosos o personas con el afán de aventura, quienes se enfrentaban a grandes peligros y fatigas a lo largo de sus rutas. Como se puede observar, estos primeros viajes no tenían como propósito fundamental la recreación y el consecuente descanso, como son los propósitos que en

(2) Vox Diccionario General Ilustrado de la Lengua Española.-Bibliograf, S.A.- Barcelona, 1971.

la actualidad tienen los visitantes, además de - - otros como veremos más adelante. En principio es - lógico que no sucediese de este modo, ya que, es- - tos propósitos no se podían lograr pues en aque- - llas épocas no se contaba con vías rápidas de comu- - nicación ni centros de hospedaje adecuados. O sea, que antes de representar un placer, el viajar sig- - nificaba un sacrificio, por no contarse con los - elementos necesarios para hacer de estos viajes - más gratos en todos los sentidos.

Igualmente, ejemplo digno de mención son los_ desplazamientos que hacían en el S. VIII a. de J.C. los griegos para presenciar o participar en las - competiciones deportivas que se celebraban cada - cuatro años en la ciudad de Olimpia.(3).

Es caso seguro que Heródoto (484-425 a. de - J.C.) haya realizado sus célebres viajes con el - objeto de conocer las costumbres y la organización política de otros pueblos.

Los romanos también emprendieron grandes via- - jes a lugares con manantiales medicinales para ali- - viar sus enfermedades.

Posteriormente a la caída del Imperio Romano_

(3) En la actualidad todavía existe esta tradición de celebrar competiciones (Olimpiada), con las que se pretende unir fraternalmente a todos los pueblos de la tierra.

se organizaron importantes viajes con propósitos comerciales, por mercaderes pertenecientes a la Liga Hanseática (Confederación de ciudades alemanas formada a finales del siglo XII o a mediados del XIII); los árabes y algunos otros procedentes de ciudades latinas, quienes recorrían grandes distancias visitando lugares remotos como la China Meridional. (4).

En la Edad Media destaca por sus viajes a la China el veneciano Marco Polo (1254-1323 d.J.C.) - quien se convirtió por ello en un personaje legendario.

Otros hacían sus viajes para visitar lugares considerados por ellos como sagrados, tal es el caso de peregrinos musulmanes, budistas, cristianos y de otras creencias, quienes plasmaron sus experiencias formando valiosos documentos informativos de esos viajes.

El lujo de las cortes y los atractivos que ofrecían las ciudades fueron otros de los motivos que ocasionaron que dichos lugares fueran visitados. Pero fue hasta el siglo XVII cuando empezó a incrementarse el número de visitantes que acudían a los centros culturales de Europa. En Francia fueron tantos los visitantes que el señor De Saint Mo

(4) De la Torre Padilla, Oscar.- Ob. cit. pp. 9, - 10 y 11.

rice publicó en el año de 1672 la "guía de los extranjeros en viaje por Francia", en la cual se dieron a conocer caminos y lugares de interés así como modismos del lenguaje. (5).

En el siglo XVIII en Inglaterra a las personas que realizaban largos viajes por diferentes países del Continente Europeo para complementar su educación y por razones culturales, se les empezó a denominar "turistas", palabra que posteriormente fue utilizada por Francia para designar a toda persona que viajaba por placer, curiosidad o para ampliar su cultura.

Fue adoptado finalmente en las distintas lenguas el término "turismo" para designar los viajes hechos sin fines lucrativos, para distraerse, descansar, cuidar la salud o simplemente para satisfacer la curiosidad cultural y el deseo de conocer las costumbres de otros pueblos.

Estos viajes, a diferencia de los actuales, se caracterizaban por ser siempre largos, incómodos, peligrosos en algunas ocasiones y en la mayoría de los casos por ser muy costosos.

Lo anterior, se modificó al aparecer en el siglo XIX el ferrocarril, lo cual provocó un aumento

(5) De la Torre Padilla, Oscar.- Ob. cit. p. 11.

importante en el número de viajeros. A mediados de ese siglo, la realización del primer viaje colectivo organizado por el inglés Thomas Cook, con motivo del Congreso Antialcohólico de Leicester, utilizando el ferrocarril (movilizó 570 personas, en viaje redondo), marcó una época de transición ya que de esta manera surgen los primeros viajes de grupo organizados con fines de lucro. (6).

Tales viajes a fines del siglo XIX, empezaron a tener mayor relevancia, realizándose primero dentro de los límites de un país para luego aventurarse fuera de él, con importantes consecuencias económicas, sociales y culturales de los pueblos llegando a constituir lo que hoy se conoce, respectivamente, como "turismo nacional" y "turismo internacional". (7).

En la segunda mitad del siglo XX el turismo creció gracias a los siguientes factores:

- 1.- El adelanto industrial de ciertos países y consecuentemente el mejoramiento económico de considerables sectores populares;
- 2.- La promulgación de leyes que permitieron a los trabajadores disfrutar de vacaciones durante los períodos señalados en las mismas;

(6) Ibidem. p. 12.

(7) De la Torre Padilla, Oscar.- Ob. cit. p. 12.

- 3.- El incremento del nivel educativo de la población, lo cual provocó el interés por conocer otros lugares y sus manifestaciones culturales;
- 4.- La modernización de los transportes, lo que permitió recorrer cómodamente, en poco tiempo, grandes distancias;
- 5.- El aumento y diversificación de los servicios turísticos, lo cual facilitó la práctica de los viajes, y
- 6.- La democratización del crédito, misma que facilitó a sectores sociales más amplias las posibilidades de viajar.

Etimológicamente el vocablo turismo proviene de las raíces latinas tour y turn ya sea del sustantivo tornus (torno) o del verbo tornare (girar) como sinónimo de viaje circular. (8).

Arthur Haulot señala que el vocablo tour tiene posiblemente un origen hebreo, ya que en la Biblia aparece la referencia de que Moisés envió a Canaán a un grupo de representantes para "visitarlo" y así obtener información sobre esta población. Antiguamente la palabra tour se utilizó como sinónimo de "viaje de vanguardia" "reconocimiento" o "exploración". En el hebreo moderno ya no se uti

(8) Ibidem. p. 13.

liza esta palabra.

Cualquiera que haya sido el origen de las palabras turismo y turista, el hecho es que finalmente se tomaron del francés tour para utilizarse en otros idiomas.

Es en el siglo XVIII cuando aparece en el idioma inglés como galicismo, la palabra tour, para denominar los viajes que se realizaban por diversos motivos y que tenían como destino final el mismo lugar de partida.

En The Shorter Oxford English Dictionary se mencionan con fechas de 1800 y 1811, respectivamente, los términos tourist y tourism, a los cuales se les daban las siguientes acepciones:

Turista: persona que hace una o más excursiones por recreación, placer o por motivos culturales.

Turismo: teoría y práctica de viajar.

Glücksman, en 1929 define al turismo como: "El vencimiento del espacio por otras personas que afluyen a un sitio donde no poseen lugar fijo de residencia". Hay otras definiciones similares como la que proporciona Morgenroth, quien dice al respecto: "Tráfico de personas que se alejan temporalmente de su lugar fijo de residencia para detenerse en otro sitio con objeto de satisfacer sus nece

sidades vitales y de cultura o para llevar a cabo deseos de diversa índole, únicamente como consumidores de bienes económicos y culturales".

Los profesores suizos Hunziker y Krapf en 1942, lo definen de la siguiente manera: "turismo es el conjunto de las relaciones y fenómenos producidos por el desplazamiento y permanencia de personas fuera de su lugar de domicilio, en tanto que dichos desplazamientos y permanencia no estén motivados por una actividad lucrativa".

En el mismo año de 1942, Troisi define al turismo como un "conjunto de traslados temporales de personas, originados por necesidades de reposo, de cura, espirituales o intelectuales".

En 1955, Arrillaga lo define en los siguientes términos: turismo es todo desplazamiento temporal determinado por causas ajenas al lucro, el conjunto de bienes, servicios y organización, que en cada nación determinan y hacen posible esos desplazamientos y las relaciones y hechos que entre éstos y los viajeros tienen lugar".

Expertos austriacos, en la Conferencia Internacional sobre Turismo, celebrada en Roma, definieron al turista como: "... el visitante temporal proveniente de un país extranjero que permanece en el país más de 24 horas y menos de 3 meses por - -

cualquier razón, excepto la del empleo...".(9). Como puede observarse, este concepto no abarca al de turista nacional, el cual en nuestra opinión, es - aquella persona que sale de su lugar de origen para vacacionar en lugares pertenecientes a su propio país; concepto que si se encuentra contenido - en el artículo 3o. de la Ley Federal de Turismo, - ya que este precepto considera como turista a la - persona que viaja, trasladándose temporalmente fuera de su residencia habitual o que utiliza alguno - de los servicios turísticos a que se refiere el - artículo 4o. de dicha Ley (hoteles, moteles, albergues, agencias, subagencias de viaje, etc.). Es decir, que para esta Ley es turista tanto el extranjero que visita México como los propios nacionales que viajan por su territorio.

Con apoyo en las ideas antes expresadas, podemos definir al turismo como el fenómeno socioeconómico que consiste en un desplazamiento temporal - del lugar de origen a otro u otros, por voluntad - propia del viajero o viajeros, para satisfacer necesidades espirituales, culturales o para descansar del diario ajetreo de la vida, ocasionándose - con ello una multitud de relaciones entre el visitante y los habitantes del país anfitrión que se -

(9) De la Torre Padilla, Oscar,- Ob. cit. pp. 14, - 15, 16 y 17.

traducen en una mejoría económica y cultural para los mismos.

b).- LA POSIBLE EMISION DE LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACION DE RENDIMIENTOS COMO MEDIO DE PROMOCION DEL TURISMO.

En virtud de la importancia que representa el turismo para nuestro país, por los beneficios económicos y culturales que le proporciona, el Gobierno Federal ha creado diversas instituciones encaminadas a su protección y fomento; así en 1947 se creó un organismo especial denominado Comisión Nacional de Turismo, la cual controlaba diversas actividades relacionadas con el turismo.(10). Posteriormente al desaparecer este organismo, dos Secretarías de Estado se encargaron de esta materia; la Secretaría de Relaciones Exteriores y la de Gobernación.

En 1960 se crea el Departamento de Turismo, como institución dependiente del Ejecutivo Federal. Este Departamento redactó el proyecto de la Ley Federal de Turismo, la cual fue promulgada en enero de 1961; Ley que considera a esta Dependencia como la autoridad máxima para conocer de esta activi-

(10) Ortuño Martínez, Manuel.- Introducción al Estudio del Turismo.- Textos Universitarios, S. A.- México 1976.- p. 201.

dad, junto con las Delegaciones y Oficinas establecidas por ésta en los Estados.

A este Departamento se le otorgaron las siguientes atribuciones:

Fomentar el turismo mediante programas federales; supervisar a los prestadores de servicios turísticos; establecer oficinas de turismo en el país y en el extranjero; controlar y supervisar los servicios de información y auxilio a los turistas; autorizar el funcionamiento de las agencias de viajes y el servicio de los guías y choferes de turistas; crear o autorizar escuelas y centros de capacitación turística; promover y dirigir las campañas publicitarias oficiales en el extranjero y aprobar la publicidad privada; aprobar las tarifas de los servidores turísticos que controle el Departamento; controlar la aplicación de los precios y tarifas que rijan legalmente para los servicios turísticos; llevar y publicar el registro de los prestadores de servicios turísticos, etc.(11).

Más tarde la organización oficial encaminada a la promoción del turismo, se vio enriquecida con la creación del Consejo Nacional de Turismo, mediante decreto de 8 de diciembre de 1961. Era éste

(11) Ortuño Martínez, Manuel.- Ob. cit. pp. 201 y 202.

un órgano de consulta y asesoramiento para el estudio y promoción del turismo, que mantenía estrechas relaciones con las instituciones que manejaban el turismo y con organismos privados dirigidos a dicha promoción. Este Consejo estaba integrado por un Presidente, un Secretario y tres Vocales; uno de los cuales representaba a la iniciativa privada. Contaba también con diversas comisiones como la Jurídica, la Económica, de Promoción y Convenciones, de Relaciones Públicas y Publicidad, de Asuntos Educativos, Culturales y Artísticos, de Estudios sobre Legislación, etc.(12).

El Consejo Nacional de Turismo fue suprimido mediante Decreto del Ejecutivo Federal publicado en Diario Oficial de 23 de mayo de 1984, pasando sus funciones a la Secretaría de Turismo.

Debido a lo anterior y al aumento del turismo, el Ejecutivo Federal elevó al Departamento de Turismo al rango de Secretaría de Estado, mediante la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la cual fue publicada en Diario Oficial de 29 de diciembre de 1976. Esta Ley, en su artículo 42 faculta a la Secretaría de Turismo para formular y conducir la política de desarrollo de la actividad turística nacional; promover en coordinación

(12) *Ibidem.* p. 203.

con los Estados las zonas de desarrollo turístico nacional y formular conjuntamente con la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología la declaratoria respectiva; participar con voz y voto en las comisiones Consultiva de Tarifas y la Técnica Consultiva de Vías Generales de Comunicación; registrar a los prestadores de servicios turísticos en los términos señalados por las leyes; promover y opinar sobre el otorgamiento de facilidades y franquicias a los prestadores de servicios turísticos y participar con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en la determinación de criterios generales para el establecimiento de estímulos fiscales a la actividad turística, administrar su aplicación, así como vigilar y evaluar sus resultados; autorizar los precios y tarifas de los servicios turísticos registrados, en los términos que establezcan las leyes y reglamentos; y participar con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el establecimiento de los precios y tarifas de los bienes y servicios a cargo de la administración pública federal; vigilar con el apoyo de las autoridades estatales y municipales la correcta aplicación de los precios y tarifas autorizados o registrados y la prestación de los servicios turísticos, conforme a las disposiciones legales aplicables, en los términos autorizados o en la forma que se hayan contratado; estimular la formación de asocia-

ciones, comités y patronatos de carácter público, privado o mixto en materia turística; emitir opinión ante la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial en los casos en que la inversión extranjera concurre en proyectos turísticos o en el establecimiento de servicios turísticos; regular, orientar y estimular las medidas de protección al turismo y vigilar su cumplimiento en coordinación con las dependencias y entidades de la administración pública federal y con las autoridades estatales y municipales; promover y facilitar el intercambio y desarrollo turístico en el exterior, en coordinación con la Secretaría de Relaciones Exteriores; promover y en su caso, organizar en coordinación con la Secretaría de Educación Pública, la capacitación, investigación y el desarrollo tecnológico en materia turística; formular y difundir la información oficial en materia de turismo, coordinar la publicidad turística que efectúen las entidades del gobierno federal, las autoridades estatales y municipales y promover la que realicen los sectores social y privado; promover, coordinar y en su caso, organizar los espectáculos, congresos, excursiones, audiciones, representaciones y otros eventos tradicionales y folklóricos de carácter oficial para atracción turística; fijar y en su caso modificar los criterios de los prestadores de servicios turísticos por ramas; autorizar los re-

glamentos interiores de los establecimientos de servicios al turismo; llevar la estadística en materia de turismo, de acuerdo con las disposiciones que establezca la Secretaría de Programación y Presupuesto; promover y apoyar la coordinación de los prestadores de servicios turísticos; proyectar, promover y apoyar el desarrollo de la infraestructura turística y estimular la participación de los sectores social y privado; fijar e imponer, de acuerdo a las leyes y reglamentos, el tipo y monto de las sanciones por el incumplimiento y violación de las disposiciones en materia turística; y demás asuntos que le fijen expresamente las leyes y reglamentos.

Más, la actividad del Estado en materia turística no se ha reducido a lo anteriormente expresado, sino que por su amplia capacidad económica, ha llevado a cabo en los últimos tiempos ambiciosos planes de fomento turístico; así ha creado la infraestructura necesaria para sustentar y facilitar la creación de grandes centros turísticos, valiéndose para ello de instituciones jurídicas como el fideicomiso, siendo el Estado a través de sus dependencias competentes fideicomitente y fideicomisario a su vez, a fin de participar en los beneficios obtenidos con la creación de empresas y centros de carácter turístico. Entre estas instituciones es digna de mencionarse el Fondo Nacional de

Fomento al Turismo, cuya creación se encuentra prevista en la Ley Federal de Turismo, la cual rige en la actualidad. Este fideicomiso cuya fiduciaria es la Nacional Financiera, S.A., tiene por finalidades, entre otras, de acuerdo con el artículo 52 de la Ley mencionada, elaborar estudios y proyectos, ejecutar obras de infraestructura y urbanización y realizar edificaciones e instalaciones que incrementen la oferta turística nacional; dotar, fomentar y promover el equipamiento urbano para las zonas, centros y desarrollos turísticos; adquirir, fraccionar, vender, arrendar, administrar y, en general realizar cualquier tipo de enajenación de bienes muebles e inmuebles que contribuya al fomento del turismo; operar, administrar y mantener, por sí o a través de terceros todo tipo de bienes relacionados con la actividad turística; participar con los sectores público, social y privado, en la constitución, fomento, desarrollo y operación de empresas, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, dedicadas a la actividad turística; participar con carácter temporal, como socio o accionista en sociedades que desarrollen objetivos turísticos; adquirir valores emitidos para el fomento al turismo por instituciones de crédito o empresas dedicadas a la actividad turística; gestionar y obtener todo tipo de financiamiento que requiera para lograr su objeto, otorgando las garantías necesa-

rias; otorgar todo tipo de créditos que contribuyan al fomento de la actividad turística; descontar a las instituciones de crédito títulos provenientes de créditos otorgados para actividades relacionadas con el turismo; garantizar a las instituciones de crédito las obligaciones derivadas de los préstamos que otorguen para la inversión en actividades turísticas; garantizar la amortización de capital y el pago de intereses de obligaciones o valores que se emitan con intervención de instituciones de crédito, con el propósito de destinar al fomento del turismo los recursos que de ellos se obtengan; etc.

Los centros turísticos creados por el Fondo Nacional de Fomento al Turismo, cuentan con todos los servicios indispensables para atender el aumento de visitantes a nuestro país, servicios que están a la altura de los gustos del visitante más exigente, tal es el caso entre otros de los desarrollos turísticos de Cancún Quintana Roo e Ixtapuzihuatanejo en el Estado de Guerrero; pero para ello el Estado junto con la iniciativa privada han tenido que emplear fuertes cantidades a través de instituciones como la mencionada.

En nuestra opinión, estimamos que el Estado también puede cumplir con su cometido en cuanto a la promoción y desarrollo del turismo, mediante el

empleo de medios que aún no han sido utilizados; - por tanto, nos permitimos sugerir su posible aplicación a través del presente trabajo. Estos medios son precisamente la creación de fideicomisos cuya finalidad sea el fomento del turismo; para ello - proponemos que dichos fideicomisos al ser constituidos se faculte a la institución fiduciaria para emitir con base en los bienes fideicometidos certificados de participación de rendimientos.

c).- SIGNIFICADO GRAMATICAL Y ANTECEDENTES DEL CERTIFICADO DE PARTICIPACION.

De acuerdo con el Diccionario de Legislación y Jurisprudencia de Escriche, citado por el teórico Gustavo Galindo (13), bajo la denominación de "certificatoria" (único vocablo que maneja este Diccionario), se entiende "lo mismo que certificación o instrumento en que se asegura alguna cosa"; en cuanto al vocablo participación no lo contiene dicho Diccionario; sin embargo, habla de "participación" en el sentido de "derecho de condueños o comuneros para demandar la participación, la cual debe efectuarse efectivamente, dando a cada uno la parte que le corresponda".

(13) Galindo Guarneros Gustavo.- Certificados de Participación Expectativas y Frustraciones.-- U.N.A.M.- México, 1972.- pp. 11 y 12.

Como puede observarse, el Diccionario mencionado no contiene los vocablos "certificado" y "participación".

Siguiendo un diccionario americano de términos legales del año de 1923, encontramos que por certificate entendido en el sentido de "certificación" debe tomarse como una declaración firmada por un funcionario que le da autoridad a los hechos en ella consignados. Por lo que hace a la palabra participación, no aparece en este diccionario.

En el Diccionario de Negocios y Finanzas editado en 1957, por primera vez, puede leerse que certificate of participation ya significa (certificados), que en 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 los valores, propiedad de la compañía. O sea, que dentro del lenguaje de los negocios, un certificado de participación, es un documento autenticado por alguien, que tiene autoridad para hacer constar un derecho sobre una parte de una cosa en común.

Como antecedente de los certificados de participación encontramos los "Trust certificates", que surgen en el derecho anglosajón de los "Investi-

ment Trusts" (14), cuyo primer antecedente fue una sociedad belga fundada en el año de 1822 con la de nominación de "Societé Generale de Belgique"; y es unos cuantos años más tarde cuando aparecen en Inglaterra donde son desarrollados más técnicamente.

Es el escocés Robert Flemming quien funda en 1860 el primer "Investment Trust"; pero no es sino hasta 1880 cuando se desarrollan este tipo de sociedades.

Siguiendo a Batiza se pueden sintetizar las características principales de estas sociedades al igual que su funcionamiento de la manera siguiente:

"A).- Constituye la combinación de aportaciones en efectivo procedentes de numerosos inversionistas.

B).- Destina los fondos a la adquisición de valores bursátiles con fines exclusivos de inversión rehuendo la responsabilidad en la dirección o el control de las empresas cuyas acciones adquiere.

(14) Diego Mario Bauché García, autor citado por Fernando Orvañanos, indica: "Los llamados certificados de participación se inspiraron en los 'Trust certificates' o 'Participating certificates' emitidos por los 'Trust de inversión' surgidos en Inglaterra a mediados del siglo pasado y, que después pasaron a los Estados Unidos".- Orvañanos Lascurain, Fernan-

C).- Mantiene en cartera una variedad considerable de valores, a efecto de que la diversificación en las inversiones, por medio de la ley de los promedios, sirva de protección tanto al capital como a sus rendimientos.

D).- En la mayoría de los casos se recurre a una administración especializada que vigila continuamente la cartera, buscando un promedio de rendimiento satisfactorio y de manera incidental, la obtención de utilidades a través de inversiones y reinversiones oportunas, realizadas con habilidad según las fluctuaciones del mercado.

E).- El 'Trust' de inversión representa una forma de substitución de valores, mediante la venta de sus acciones a los inversionistas, mismas que reemplaza por las que adquiere de diferentes entidades".

El trust de inversión, es en esencia un organismo que con fondos aportados por múltiples inversionistas, adquiere valores bursátiles diversificados a fin de reducir los riesgos de la inversión.- Los certificados que se emiten representan el derecho de propiedad de los tenedores a una parte alícuota de los valores en cartera y de sus rendimien

tos, mismos que decretados en forma de dividendos, como en el caso de una sociedad, tienen el carácter de variable y aleatorio de esta clase de ingresos. (15).

Las leyes que en nuestro país regulan el certificado de participación son las siguientes:

a).- El primer antecedente de los certificados de participación se encuentra en el Decreto de 30 de agosto de 1933, que añadió la fracción IX al artículo 90 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 28 de junio de 1932.

Dicho artículo señala:

"ART. 90.- Las Sociedades y Departamentos autorizados al efecto, conforme al art. 3o. (sic) para actuar como fiduciarios podrán igualmente:

IX.- Emitir certificados nominativos que podrán ser negociables, haciendo constar la participación de los distintos copropietarios en bienes, títulos y 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.

(15) Orvañanos Lascurain, Fernando.- Tesis cit. pp. 4 y 5.

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 de la venta o liquidación, la institución fiduciaria sólo será responsable de la existencia de los bienes o de la legitimidad del crédito". (16).

Como puede observarse en la anterior transcripción, los títulos de crédito, en estudio, no solamente permiten una participación en los rendimientos derivados de valores sino también sobre bienes; lo cual constituye un avance de nuestra legislación en comparación con la anglosajona, antecedente de la nuestra en materia de certificados de participación.

b).- Ley Orgánica de la Nacional Financiera, S.A. Esta Ley sigue los lineamientos de la legislación anglosajona al señalar en el artículo 60. - fracción II que dicha institución estará facultada para:

(16) Orvañanos Lascurain Fernando.- Tesis cit. pp. 7 y 8.

"... Emitir certificados de participación, nominativos o al portador, en los que se haga constar la que tienen distintos copropietarios en títulos o valores, o en grupos de ellos, que se encuentran en poder de la institución o vayan a ser adquiridos para ese objeto"; o sea que los certificados emitidos por la Nacional Financiera son muy parecidos a los trust certificates emitidos por un trust de inversión, regulado por el derecho anglosajón.

c).- Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares. La reglamentación que hace esta Ley de los certificados de participación (artículos 44 fracción I y 45 fracción V), es similar a la que hace el Decreto de 30 de agosto de 1933.

Para esta Ley, los certificados de participación pueden ser nominativos o al portador ya que no hace ninguna aclaración en este aspecto.

d).- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. A esta Ley, publicada en Diario Oficial de 27 de agosto de 1932, se le adicionó por Decreto de 31 de diciembre de 1946, el Capítulo V BIS denominado "De los certificados de participación", Título Primero. Antes de esta adición la Ley citada no contenía ninguna mención relativa a los certificados de participación. Actualmente existe una

serie de artículos que van del 228 a al 228 v y - que regulan dichos títulos de crédito.

Es la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito la que establece el régimen general y las principales características de los certificados de participación, en tanto que la Ley Orgánica de la Nacional Financiera, S.A. sólo hace referencia a los certificados ordinarios. (17).

d).- EL FIDEICOMISO Y LA EMISION DE CERTIFICADOS - DE PARTICIPACION.

El teórico Gustavo Galindo señala que los certificados conforme a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se emiten con base en bienes y derechos que han sido transferidos al fiduciario a través de un fideicomiso; es decir, que en el acto constitutivo del mismo se establece como uno de sus fines, la emisión de certificados de participación; estableciéndose asimismo las características de la operación en relación con los bienes (naturaleza, manejo, valor, etc.) y con los tenedores de los certificados (su circulación, redención, etc.). Este fin impone responsabilidades bien precisas tanto al fiduciario como al representante común de los tenedores y a la Comisión Nacional -

(17) Orvañanos Lascurain, Fernando.- Tesis, cit. - pp. 8, 10 y 11.

Bancaria y a las instituciones valuadoras de los bienes base de la emisión.

Los bienes y derechos objeto de la emisión, en poder de la institución fiduciaria, deben estar destinados a los fines inherentes de los certificados, sin limitación alguna, por ello, es indispensable que los mismos sean entregados en propiedad a través del fideicomitente al fiduciario. O sea, que el fiduciario en cuanto a la emisión debe cuidar que la transferencia de los bienes opere sin lugar a dudas, en forma tal que la existencia de los certificados no quede expuesta a discusiones que motiven la intervención de las autoridades judiciales.

En opinión del autor citado, es preferible que se hable de transferencia de propiedad de los bienes y derechos al fiduciario aún cuando se sabe que éste no puede disponer de los bienes fideicometidos en calidad de propietario sino para realizar el fin o fines del fideicomiso; esto es, que se debe ser claro a efecto de distinguir con precisión que derechos transfiere el fideicomitente y cuales adquiere el fiduciario.

Agrega el autor de referencia, que la transferencia de propiedad resulta necesaria para que el fiduciario pueda controlar eficientemente los bienes fideicometidos; control que permite la aplica-

ción de los bienes a los fines del fideicomiso, como sería la emisión de los certificados de participación. (18).

No compartimos la opinión del autor mencionado, en el sentido de dar preferencia al hecho de señalar que a través del fideicomiso, se transfiere la propiedad de los bienes y derechos por el fideicomitente; ya que al constituirse un fideicomiso, lo que hace el fideicomitente no es transmitir la propiedad de los bienes y derechos a la institución fiduciaria sino facultarla para que los destine a la realización del fin o fines del fideicomiso; establecer lo contrario sería interpretar y consecuentemente aplicar en forma equívoca los artículos 45 fracciones VI, XI y 46 fracción I de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

e).- LA EMISION DE CERTIFICADOS DE PARTICIPACION -
COMO MEDIO DE INVERSION Y CAPTACION DE INGRESOS.

Los certificados de participación representan un valor económico, valor que debe ser protegido por la emisora de aquéllos, es decir, la institución fiduciaria y analizado por quien pretenda ne-

(18) Galindo Guarneros, Gustavo.- Ob. cit. pp. 39, 40 y 41.

gociar con él.

La función principal de un certificado de participación es la de operar como instrumento de inversión.

Para que el certificado de participación constituyera un instrumento de inversión, el legislador tuvo que acudir al fiduciario y al fideicomiso e implantar un sistema de supervisión de la emisión a cargo de instituciones como la Comisión Nacional Bancaria así como establecer el requisito de valuación previa de los bienes, base de la emisión, por instituciones como la Nacional Financiera, S.A. y el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A.

Es pues que a través de estos mecanismos se puede lograr que los certificados de participación funcionen como títulos de inversión. El hacer esta consideración, es admitir que tales títulos sean un instrumento de acopio de capitales. Es decir, que a través de los certificados un empresario (nada impide que lo sea el Estado), puede allegarse fondos vendiendo las participaciones en los bienes que aquéllos representan, convirtiendo de esta manera a los bienes y derechos en fuente de ingresos adicionales, necesarios para el país.

Con este mecanismo se puede lograr un considerable movimiento de fondos financieros, cuando la

emisión de certificados sea práctica normal de las instituciones fiduciarias, al contar éstas con la confianza de los presuntos tenedores, precisamente por ser las emisoras de los mismos y estar su actividad debidamente regulada por las leyes correspondientes y vigilada por instituciones responsables como la Comisión Nacional Bancaria.

Así, mediante el certificado de participación, la desconfianza que pudiera existir en inversionistas mexicanos o extranjeros, puede desaparecer precisamente por las razones antes apuntadas; ocasionándose de este modo, una mayor inversión, beneficiosa para el país (19) y nosotros agregaríamos: y necesaria para incrementar el turismo.

f).- REQUISITOS.

Como es sabido un fideicomiso se constituye al aportar una persona ya física ya moral, bienes o derechos a una institución bancaria que realice operaciones fiduciarias, a efecto de que los destine a la realización de un fin lícito determinado.- Con base en un fideicomiso irrevocable, la institución fiduciaria emite los llamados certificados de participación fiduciarios.

(19) Galindo Guarneros, Gustavo.- Ob. cit. pp. 32, 33 y 34.

Estos certificados son emitidos a través de una declaración unilateral de voluntad de la institución fiduciaria. Los bienes antes de darse en fideicomiso deben evaluarse. Tal evaluación la lleva a cabo la Nacional Financiera, S.A., cuando se trata de valores o bienes muebles y el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A., en el caso de bienes inmuebles. Esta valoración se hará considerando el valor comercial de los bienes, valor que constituirá el monto total nominal de la emisión; en el caso de certificados amortizables se estimará sobre el valor comercial un margen razonable de seguridad para la inversión de los tenedores correspondientes (artículo 228 h de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito). Esta declaración se hará constar en escritura pública en la que se indicará: la denominación, el objeto y el domicilio de la sociedad emisora; las características del fideicomiso que dio origen a la emisión; la descripción de los bienes o derechos materia de la emisión; el dictamen pericial sobre su valor; el importe de la emisión, número y valor de los certificados y de las series o subseries si las hubiere, su especificación; la naturaleza de los derechos que confieren; la denominación de los títulos; el mínimo de rendimiento que se acordare; el plazo para el pago de rendimientos o productos; si los certificados fuesen amortizables, los pla-

zos, condiciones de la amortización; los datos de registro procedentes y la designación de representante común de los tenedores, su aceptación y declaración sobre la correcta constitución del fideicomiso y valor y existencia de los bienes fideicometidos (artículo 228 m de la Ley de la Materia). (20).

La emisión de los certificados deberá ser aprobada por la Comisión Nacional Bancaria, a semejanza de las obligaciones bancarias, así como los textos de las actas de emisión y de los certificados y cualquier modificación de ellos (artículo 228 o de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Los requisitos que deben contener esta categoría de títulos están reglamentados por el artículo 228 n de la L.G.T.O.C. que a la letra dice:

"El certificado de participación deberá contener:

I.- Nombre, nacionalidad y domicilio del titular del certificado;

II.- La mención de ser 'certificado de participación' y la expresión de si es ordinario o inmobiliario;

(20) Rodríguez Rodríguez, Joaquín.- Curso de Derecho Mercantil, Tomo II.- Editorial Porrúa, S. A.- México 1978.- pp. 140 y 141.

III.- La designación de la sociedad emisora y la firma autógrafa del funcionario de la misma, - autorizado para suscribir la emisión correspondiente;

IV.- La fecha de expedición del título.

V.- El importe de la emisión, con especificación del número y del valor nominal de los certificados que se emitan;

VI.- En su caso, el mínimo de rendimiento garantizado;

VII.- 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;

VIII.- El lugar y modo de pago;

IX.- 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;

X.- 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;

XI.- La firma autógrafa del representante común de los tenedores de certificados".

La emisión puede garantizarse a fin de asegu-

rarse un mínimo de rendimientos, garantía que puede convenirse con una financiera de la emisora o con cualquier otra. Estos títulos conceden un rendimiento sobre los bienes materia del fideicomiso, el cual sólo podrá extinguirse cuando no existan saldos que cubrir por concepto de créditos a cargo de los bienes fideicometidos (21). Es decir, que esto constituye una seguridad para los tenedores de esta clase de títulos de crédito.

Además de la anterior, los certificados mencionados ofrecen a sus titulares otras ventajas, entre las cuales se pueden enunciar las siguientes:

a).- Conceden seguridad en la inversión a sus tenedores toda vez, que la emisión puede garantizarse a través de una institución cuya existencia está avalada por el Estado y su actuación por la vigilancia constante por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

b).- Al extinguirse el fideicomiso, los tenedores pueden obtener una parte de los bienes del fideicomiso extinguido, salvo que se trate de extranjeros, los cuales no pueden adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de

(21) Rodríguez Rodríguez, Joaquín.- Ob. cit. pp. 141 y 142.

cincuenta en las playas (artículo 27 fracción I - Constitucional) ni tienen derecho a ninguna parte_ alícuota en los derechos de propiedad sobre los - bienes fideicometidos por disposición del artículo 21 inciso a) de la Ley para Promover la Inversión_ Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.

c).- De no cumplir la sociedad emisora con lo convenido en el acta de emisión, estos documentos_ permiten a sus tenedores por tener el carácter de_ títulos de crédito, el ejercicio de los derechos - en ellos incorporados, lo cual constituye otra seguridad más para aquéllos.

g).- SU COLOCACION EN LA BOLSA DE VALORES.

Las bolsas de valores conforme a los artícu- los 30 y 31 de la Ley del Mercado de Valores, son_ sociedades anónimas de capital variable, concesio- nadas para operar como tales por el Gobierno Fede- ral, concesión otorgada discrecionalmente por la - Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo - al Banco de México, S.A. y a la Comisión Nacional_ de Valores, y cuya finalidad consiste en crear los medios necesarios para la celebración de contratos sobre títulosvalores, es decir, su objeto consiste en facilitar las transacciones sobre títulosvalo- res.

Para el establecimiento de una bolsa de valores, como antes se expresó, se requiere la concesión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para lo cual escucharán previamente al Banco de México, S.A. y a la Comisión Nacional de Valores. Sólo podrá funcionar una bolsa de valores en cada plaza (artículo 30 de la Ley del Mercado de Valores); para ello, la Secretaría de Hacienda atenderá al mejor desarrollo y posibilidades del mercado.

Las bolsas de valores deben ser sociedades anónimas de capital variable, con capital social sin derecho a retiro, íntegramente pagado. Este capital no debe ser inferior al que figure en la concesión (artículo 31 fracción II de la L.M.V.); el capital autorizado no podrá ser mayor del doble del capital social pagado (artículo 31 fracción III de la L.M.V.); las acciones sólo podrán ser suscritas por agentes de valores, una acción por cada uno de ellos (artículo 31 fracciones IV y V de la L.M.V.); la bolsa no podrá tener menos de veinte socios (artículo 31 fracción VI de la L.M.V.); la Comisión Nacional de Valores podrá ordenar los aumentos de capital que sean necesarios para admitir nuevos socios, cuando sea conveniente para propiciar el desarrollo del mercado de valores y una sana competencia (artículo 31 fracción II de la L.M.V.); las bolsas de valores pueden constituirse por

tiempo indefinido (artículo 31 fracción I de la L. M.V.); sólo podrán operar en la bolsa sus propios accionistas (artículo 31 fracción VIII incisos a), b) y e) de la L.M.V.).

El artículo 29 de la L.M.V., establece las finalidades de las bolsas de valores, las cuales son las siguientes:

Las bolsas de valores tienen por objeto, como ya se dijo, facilitar las transacciones con valores y procurar el desarrollo de su mercado; para ello, están facultadas para establecer locales e instalaciones y mecanismos que faciliten las operaciones sobre valores; proporcionar y mantener a disposición del público, información sobre los valores en ellas inscritos, sus emisiones y las operaciones que se realicen; hacer publicaciones sobre la materia del inciso anterior; vigilar que las actividades de sus socios se ajusten a las disposiciones que les sean aplicables; certificar las cotizaciones en bolsa y realizar otras actividades relacionadas con las anteriores que autorice la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo a la Comisión Nacional de Valores. (22).

La intervención en las operaciones en bolsa está limitada a sus accionistas; para ser accionis

(22) Rodríguez Rodríguez, Joaquín.- Ob. cit. pp. 23, 24 y 25.

ta de la bolsa se requiere ser agente de valores. Sólo pueden ser accionistas de la bolsa los agentes de valores que cumplan con los requisitos que establezca el Reglamento Interior de la misma. Los agentes de valores pueden ser personas físicas o morales que hayan sido autorizadas por la Comisión Nacional de Valores e inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios. Estos agentes actúan como intermediarios en las operaciones con valores; también pueden recibir fondos por concepto de las operaciones que les encomienden y asesorar en materia de valores; las personas morales, además de las actividades precedentes, pueden con sujeción a las disposiciones de carácter general que dicte el Banco de México, S.A., recibir préstamos de instituciones de crédito o de organismos oficiales para el desarrollo del mercado de valores, con garantía de éstos; realizar de conformidad con las disposiciones generales de la Comisión Nacional de Valores, operaciones por cuenta propia que faciliten la colocación de los valores o que coadyuven a dar mayor estabilidad a los precios de éstos y a reducir los márgenes entre cotizaciones de compra y venta de los propios títulos y proporcionar servicio de guarda y administración de valores depositando los títulos en otras instituciones (artículos 22 y 23 de la Ley del Mercado de Valores).

A los agentes de valores, personas físicas, - que formen parte de la bolsa de valores, se les denomina agentes de bolsa, en el caso de personas morales, se habla de casas de bolsa. Estas expresiones están reservadas a los socios de las bolsas de valores. Sus derechos y obligaciones, son personales, o sea, intransferibles. Unicamente, los socios (personas morales), están facultados para realizar operaciones de bolsa por medio de apoderados, quienes deben cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento interior de la Bolsa; - ser de nacionalidad mexicana o ser inmigrado y tener la solvencia moral y económica así como la capacidad técnica y administrativa que exige la Leydel Mercado de Valores para los agentes de valores, personas físicas, en sus artículos 17 fracciones I y II y 31 fracción VIII incisos a) y d).(23)

h).- FUNDAMENTO JURIDICO.

Los certificados de participación al tener la calidad de títulos de crédito por disposición del artículo 228 a de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y al emitirse en serie tienen el carácter de valores atento a lo dispuesto por el artículo 3o. de la Ley del Mercado de Valores, -

(23) Rodríguez Rodríguez, Joaquín.- Ob., cit. pp. -
25 y 26.

el cual señala que son valores las acciones, obligaciones y demás títulos de crédito que se emiten en serie o en masa; por consiguiente, son susceptibles de ser colocados en bolsa de valores; siendo indispensable para ello, inscribirlos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios (artículo 11 de la L.M.V.), inscripción que corresponde al emisor (artículo 14 de la L.M.V.), en este caso la institución fiduciaria del fideicomiso base de la emisión. Además, deben cumplir con los requisitos que establezca el Reglamento Interior de la Bolsa respectiva (artículo 33 de la L.M.V.); de este modo se estará en la posibilidad de realizar operaciones de bolsa con estos títulos de crédito.

i).- REGIMEN FISCAL DE LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACION DE RENDIMIENTOS.

A continuación analizaremos la situación fiscal de los certificados de participación de rendimientos, atendiendo al elemento personal del fideicomiso (fideicomitente) como a los tenedores de dichos títulos.

La Ley del Impuesto sobre la Renta vigente, en su artículo 1o. señala;

"... Las personas físicas y las morales están obligadas al pago del impuesto sobre la renta en -

los siguientes casos:

I.- Las residentes en México, respecto de todos sus ingresos cualquiera que sea la ubicación de la fuente de riqueza de donde procedan.

II.- Las residentes en el extranjero que tengan un establecimiento permanente en el país, respecto de los ingresos atribuibles a dicho establecimiento.

III.- Las residentes en el extranjero, respecto de los ingresos procedentes de fuentes de riqueza situadas en territorio nacional, cuando no tengan un establecimiento permanente en el país o - - cuando teniéndolo, estos ingresos no sean atribuibles a dicho establecimiento...."

El artículo 2o. de la Ley invocada dispone:

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

El artículo 125 fracción I de la Ley de la Materia señala:

"... Se consideran ingresos por intereses para los efectos de este Capítulo, los obtenidos de personas residentes en el país, por los conceptos siguientes:

I.- Los provenientes de.... certificados de participación inmobiliarios (sic) amortizables y certificados de participación ordinarios, salvo lo dispuesto en el último párrafo de este artículo, siempre que sean de los que se coloquen entre el gran público inversionista, conforme a las reglas generales que al efecto expida la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.....

Quando los ingresos provenientes de certificados de participación ordinarios, no sean intereses, se estará a lo dispuesto en los demás capítulos de este Título..."; y la Resolución que establece reglas generales y otras disposiciones de carácter fiscal para el año de 1984, en su punto 18 dispone:

"... Las acciones, obligaciones y otros valores mobiliarios que se relacionan en el anexo 4 de la presente Resolución, se considera que reúnen los requisitos y condiciones a que se refieren los artículos 18 primer párrafo; 51 último párrafo de la fracción III; 57-A, primer párrafo; 57-B fracción I; 57-L, último párrafo; 77 fracción XVI;.... de la Ley del Impuesto Sobre la Renta....";

y el anexo 4 señala:

"..... Valores Mobiliarios, que se considera se colocan entre el gran público inversionista.

IV.- Certificados de Participación Ordinarios, Amortizables Denominados Petrobonos..."

De las anteriores transcripciones se desprende lo siguiente:

Que los ingresos (intereses), que obtengan el fideicomitente o fideicomitentes residentes en el país derivados de la tenencia de certificados de participación, no están gravados con el impuesto sobre la renta, ya que en las reglas generales expedidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público no se encuentran relacionados los certificados de participación inmobiliaria, condición sine qua non para que los ingresos derivados de los mismos queden gravados con el impuesto sobre la renta.

Tampoco están gravados por las mismas razones, los ingresos provenientes de la tenencia de certificados de participación inmobiliaria no amortizables ni los derivados de certificados ordinarios no amortizables.

En el caso de la enajenación por parte del fideicomitente o fideicomitentes, residentes en el país, de certificados de participación (excepto la de certificados de participación ordinarios amorti

zables), la misma se encuentra gravada con el impuesto sobre la renta, dado que, estos títulos no son de los que se colocan entre el gran público inversionista, según se desprende de lo dispuesto por el anexo 4 de la Resolución antes invocada; dicha consideración se puede corroborar con la siguiente cita:

"ARTICULO 77.- No se pagará el impuesto sobre la renta por la obtención de los siguientes ingresos:

XVI.- Los obtenidos con motivo de la enajenación de títulos valor, cuando la operación se realice en el país a través de bolsa de valores autorizada y siempre que dichos valores sean de los que se coloquen entre el gran público inversionista, conforme a las reglas generales que al efecto expida la Secretaría de Hacienda y Crédito Público...."

Por lo que hace a la ganancia que se obtenga en la enajenación de certificados de participación, cuyo plazo de vencimiento no sea superior a seis meses, la misma no causa el impuesto sobre la renta, por las razones antes apuntadas. Esto no es aplicable a los certificados de participación ordinarios, amortizables.

La aseveración anterior la apoyamos en lo dis

puesto por el artículo 125 fracción III de la Ley del Impuesto sobre la Renta que a la letra dice:

"..... Se consideran ingresos por intereses - para los efectos de este Capítulo, los obtenidos - de personas residentes en el país, por los conceptos siguientes:

III.- Los obtenidos por la ganancia en la enajenación, así como los premios y primas, con motivo de bonos, valores y otros títulos de crédito, - siempre que sean de los que se coloquen entre el - gran público inversionista, conforme a las reglas generales que al efecto expida la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. No se considerarán como ingresos por intereses la ganancia que derive de - la enajenación de títulos de crédito cuyo plazo de vencimiento sea superior a seis meses..."

Por lo que toca a los tenedores de certificados de participación, residentes en el país, distintos al fideicomitente o fideicomitentes del fideicomiso base de la emisión, en cuanto a la percepción de rendimientos y la enajenación de estos títulos de crédito, les son aplicables las consideraciones antes mencionadas.

En cuanto a la enajenación de certificados de participación inmobiliaria no amortizables, celebrada por un fideicomitente o fideicomitentes residentes en el extranjero, la misma se encuentra gra

vada con el impuesto sobre la renta en términos del artículo 150 párrafo tercero de la Ley de la Materia, el cual dispone:

".... En los ingresos por enajenación de bienes inmuebles, se considerará que la fuente de riqueza se ubica en territorio nacional cuando en el país se encuentren dichos bienes.

El impuesto será el 20% sobre el total del ingreso obtenido sin deducción alguna.....

Los contribuyentes que tengan representantes en el país que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 160 de esta Ley, y siempre que la enajenación se consigne en escritura pública o se trate de certificados de participación inmobiliaria no amortizables, podrán optar por aplicar la tasa del 30% a la ganancia obtenida que se determinará en los términos del Capítulo IV del Título IV de esta Ley, sin deducir las pérdidas a que se refiere el último párrafo del artículo 97 de la misma....."

"Artículo 160.- El representante a que se refiere este Título, deberá ser residente en el país o residente en el extranjero con establecimiento permanente en México y conservar a disposición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la documentación comprobatoria relacionada con el pago del impuesto por cuenta del contribuyente, durante

cinco años contados a partir del día siguiente a aquél en que se hubiere presentado la declaración....."

Ahora bien, del texto del artículo 150 antes citado, podemos deducir que la enajenación de certificados de participación inmobiliaria amortizables así como la de certificados de participación ordinarios no los grava el impuesto sobre la renta, ya que la disposición mencionada sólo hace referencia a los certificados de participación inmobiliaria no amortizables.

En cuanto a la enajenación de certificados de participación cuyo plazo de vigencia sea mayor de seis meses, si la grava el impuesto sobre la renta (excepto la de certificados de participación ordinarios, amortizables), dado que este tipo de títulos no son de los que se colocan entre el gran público inversionista. Esta afirmación la apoyamos en la siguiente transcripción y en las consideraciones anteriores:

"Artículo 151.- Tratándose de enajenación de acciones así como de los documentos señalados en la fracción III del artículo 125 de esta Ley, cuando en este último caso su plazo de vigencia sea mayor de 6 meses; se considerará que la fuente de riqueza está ubicada en territorio nacional cuando la persona que los emita sea mexicana.

El impuesto será el 20% del monto total de la operación sin deducción alguna, debiendo efectuar la retención el adquirente si éste es residente en el país o residente en el extranjero con establecimiento permanente en México; de lo contrario, el contribuyente enterará el impuesto correspondiente mediante declaración que presentará ante las oficinas autorizadas dentro de los quince días siguientes a la obtención del ingreso.

Los contribuyentes que tengan representante en el país que reúna los requisitos establecidos en el artículo 160 de esta Ley podrán optar por aplicar la tasa del 30% sobre la ganancia obtenida que se determinará conforme a lo señalado en el Capítulo IV del Título IV de esta Ley, sin deducir las pérdidas a que se refiere el último párrafo del artículo 97 de la misma. En este caso el representante calculará el impuesto que resulte y lo enterará mediante declaración en la oficina autorizada que corresponda a su domicilio dentro de los quince días siguientes a la obtención del ingreso.

Se exceptúa del pago de dicho impuesto los ingresos a que se refiere este artículo, cuando la operación se realice a través de bolsa de valores autorizada en el país y siempre que dichos valores sean de los que se coloquen entre el gran público inversionista, conforme a las reglas gene-

rales que al efecto expida la Secretaría de Hacienda y Crédito Público...."

El artículo 154 de la Ley del Impuesto sobre la Renta dispone:

"...Tratándose de ingresos por intereses, se considera que la fuente de riqueza se encuentra en territorio nacional cuando en el país se coloque o invierta el capital. Salvo prueba en contrario, se presume que el capital se coloca en el país cuando quien pague los intereses sea residente en el país o residente en el extranjero con establecimiento permanente en el país.

Para los efectos de este artículo se considerarán intereses, los rendimientos de créditos de cualquier clase, con o sin garantía hipotecaria y con derecho o no a participar de los beneficios... así como la ganancia que derive de la enajenación de los documentos señalados en la fracción III del artículo 125 de esta Ley, cuyo plazo de vencimiento sea hasta de seis meses.

El impuesto se calculará aplicando a los intereses, que obtenga el contribuyente, sin deducción alguna, la tasa que en cada caso se menciona:

II.- 21%, a los intereses de los siguientes casos:

b).- Los pagados a residentes en el extranjero

ro provenientes de los títulos de crédito que reúnan los requisitos a que se refiere el artículo 125 de esta Ley, a excepción de los señalados en el artículo 154-A (entre otros, los intereses que deriven de créditos concedidos al Gobierno Federal, etc.), de la misma..."

Las personas que deban hacer pagos por los conceptos indicados en este artículo están obligadas a efectuar la retención que corresponda..."

De la transcripción precedente se colige lo siguiente:

Que la ganancia que derive de la enajenación de certificados de participación cuyo plazo de vencimiento sea hasta de seis meses y los intereses derivados de los títulos de crédito que reúnan los requisitos a que se refiere el artículo 125 de la Ley de la Materia, a excepción de los certificados de participación ordinarios, amortizables, no se encuentran gravados con el impuesto sobre la renta, ya que son de los títulos de crédito que no se colocan entre el gran público inversionista, como se puede constatar con la simple lectura del anexo 4 de la resolución que establece reglas generales y otras disposiciones de carácter fiscal para el año de 1984.

Finalmente, conviene aclarar, que en el caso de que las operaciones antes descritas se lleven a

cabo a través del fideicomiso base de la emisión y éste realice actividades empresariales el fideicomitente o fideicomitentes o tenedores de certificados de participación cubrirán el impuesto sobre la renta en los términos del artículo 9o. de la Ley - de la Materia, esto es, considerarán los ingresos obtenidos como derivados de actividades empresariales.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- El fideicomiso romano y el use tienen como característica en común que nacen con el objeto de evadir el excesivo formalismo de determinadas leyes. Es decir, que a través de estas instituciones se podían evadir ciertas disposiciones jurídicas. En Roma por medio del fideicomiso se podía heredar a personas que no tenían este derecho; cosa muy parecida sucedió en Inglaterra donde el use se utilizó para burlar ordenamientos como la Ley de Manos Muertas.

SEGUNDA.- Con base en el análisis del desarrollo histórico del fideicomiso, consideramos que nuestro fideicomiso supera al romano ya que en la legislación vigente no se permite la substitución fideicomisaria, la cual se admitió en la legislación romana en materia de fideicomiso. Prohibición que a nuestro juicio se debe a la necesidad de evitar que se propicien los conflictos que implica una relación de esta naturaleza. Es decir, entre los fideicomisarios designados para disfrutar del bien o bienes sucesivamente, así como evitar el estancamiento comercial de los bienes. Asimismo consideramos que el fideicomiso mexicano supera al romano y al trust, en tanto que sólo se admite como fiduciario a una institución bancaria facultada

para llevar a cabo operaciones fiduciarias; o sea, una institución especializada; en cambio, en las figuras mencionadas podía fungir como tal cualquier persona jurídicamente capaz. Es decir, que en esas instituciones no se requería de la especialización del fiduciario, la cual en nuestra opinión sí es necesaria por la importancia que revisten las funciones de la institución fiduciaria.

TERCERA.- La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no define al fideicomiso, no determina por tanto, su naturaleza jurídica, por lo que se sugiere una reglamentación más precisa en este aspecto.

CUARTA.- El fideicomiso es un acto jurídico a través del cual el fideicomitente que puede ser una persona física o moral entrega determinados bienes o derechos para que otra (fiduciario) que siempre es una institución bancaria facultada para llevar a cabo actividades fiduciarias, los destine a la realización de un fin o fines lícitos determinados, detentando los bienes no como propietario de éstos sino en calidad de propietario fiduciario cuyas características ya describimos en la parte conducente y que difiere del propietario tradicional, en beneficio de una tercera persona (física o moral) denominada fideicomisario.

QUINTA.- Al fiduciario no puede considerarse-

le como propietario de los bienes fideicometidos, ya que el fideicomitente no le transmite la propiedad de los mismos en el acto constitutivo del fideicomiso, lo que hace es facultarlo para que lleve a cabo el fin o fines del fideicomiso.

SEXTA.- La facultad que le concede el artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito al fideicomisario, para reivindicar los bienes que salgan del fideicomiso por actos de mala fe o en exceso de las facultades que se le concedan al fiduciario en el acto constitutivo del mismo, no puede considerársele como acción reivindicatoria ni como acción pauliana, sino que se trata a nuestro juicio de una acción sui géneris como quedó comprobado en el Capítulo Segundo del presente trabajo.

SEPTIMA.- Los certificados de participación de rendimientos son verdaderos títulos de crédito, los cuales son emitidos por un banco facultado para llevar a cabo actividades fiduciarias con base en la constitución de un fideicomiso irrevocable; títulos que permiten a sus tenedores disfrutar de diversas ventajas tanto económicas como jurídicas.

OCTAVA.- Al turismo no se le puede considerar como una industria, es más bien, un fenómeno socioeconómico y cultural que consiste en un desplazamiento temporal del lugar de origen del viajero o

viajeros a otro u otros, por su propia voluntad - con el propósito de satisfacer necesidades espirituales o culturales o para descansar del diario - ajetreo de la vida, motivándose con ello una multitud de relaciones entre el visitante y los habitantes del país visitado, las cuales se traducen en - una mejoría económica y cultural para todos ellos.

NOVENA.- Los certificados de participación - constituyen un instrumento de inversión segura gracias a que su emisión tiene como base un fideicomiso manejado por una institución fiduciaria cuya - actividad es supervisada por organismos responsables como lo es la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros y que previamente se practica la valuación de los bienes aportados al fideicomiso por instituciones como la Nacional Financiera, S.A. y el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A., - todo lo cual permite a los presuntos tenedores de - estos títulos una mayor seguridad lo que se traduce en confianza para invertir en este tipo de títulos de crédito; inversión que podría resultar beneficiosa para el país, incluso para la promoción - del turismo.

DECIMA.- Un medio recomendable para promover - la actividad turística en el país, lo constituye - la creación de fideicomisos en los que se autorice a la institución fiduciaria para emitir certifica-

dos de participación de rendimientos; títulos que al ser vendidos o negociados en bolsa de valores o fuera de ella, se evitarían en mucho las cuantiosas erogaciones que hasta la fecha realizan el Gobierno Federal y la iniciativa privada; distrayendo fondos que se podrían emplear en otros fines; al obtener ingresos a través de dichos títulos de crédito. Es decir, que hasta se podrían crear centros turísticos como los que actualmente funcionan mediante la aplicación de este mecanismo.

DECIMA PRIMERA.- En virtud de que algunas operaciones con certificados de participación inmobiliaria y con certificados de participación ordinarios, se encuentran gravadas y otras no con el impuesto sobre la renta, es recomendable que la Secretaría de Turismo a través de las facultades que le concede el artículo 42 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, promueva en colaboración con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que a todas las operaciones con estos títulos se les exima del impuesto sobre la renta a fin de fomentar la inversión en el país y consecuentemente lograr la captación de ingresos por parte del Gobierno Federal y así promover el turismo mediante estos títulos de crédito.

B I B L I O G R A F I A.

BATIZA, RODOLFO.- El Fideicomiso.- Teoría y Práctica.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1976.

BEJARANO SANCHEZ, MANUEL.- Obligaciones Civiles.- Harper & Row Latinoamericana.- México, 1981.

CERVANTES AHUMADA, RAUL.- Títulos y Operaciones de Crédito.- Editorial Herrero, S.A.- México, 1976.

COVIELLO N.- Doctrina General del Derecho Civil.-- U.T.H.A.- México 1949.

DOMINGUEZ MARTINEZ, JORGE A.- El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1975.

DE PINA VARA, RAFAEL.- Derecho Mercantil Mexicano. Editorial Porrúa, S.A.- México, 1978.

DE LA TORRE PADILLA, OSCAR.- El Turismo, Fenómeno - Socioeconómico y Cultural.- Textos Universitarios, S.A.- México, 1976.

DE PINA, RAFAEL.- Diccionario de Derecho.- Editorial Porrúa, S.A. México, 1977.

EUGENE, PETIT.- Tratado Elemental de Derecho Romano.- Editora Nacional, S.R.L.- México, 1966.

ESTEVA RUIZ, ROBERTO A.- El Certificado de Participación Inmobiliaria como Título de Inversión Productiva.- Banco Nacional Hipotecario y de Obras - Públicas, S.A. México, 1960.

- ENNECCERUS, L.- Derecho Civil.- Bosch, Casa Editorial.- Tomo I, Volumen II.- Barcelona 1950.
- FLORIS MARGADANT S, GUILLERMO.- El Derecho Privado Romano.- Editorial Esfinge, S.A.- México, 1968.
- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO.- Introducción al Estudio del Derecho.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1984.
- GALINDO GUARNEROS, GUSTAVO.- Certificados de Participación, Expectativas y Frustraciones.- U.N.A.M.- México, 1972.
- KRIEGER VAZQUEZ, EMILIO.- Manual del Fideicomiso Mexicano.- Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A.- México, 1976.
- MUNOZ, LUIS.- El Fideicomiso.- Cárdenas Editor y Distribuidor.- México, 1980.
- ORTUÑO MARTINEZ, MANUEL.- Introducción al Estudio del Turismo.- Textos Universitarios, S.A. México, 1976.
- ORVAÑANOS LASCURAIN, FERNANDO.- Tesis.- El Certificado de Participación Inmobiliaria.- México, 1969. Escuela Libre de Derecho.
- OJESTO MARTINEZ PORCAYO, FERNANDO.- Tesis.- La Nulidad en el fideicomiso.- México, 1980.- U.N.A.M.
- PALLARES EDUARDO.- Diccionario de Derecho Procesal Civil.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1975.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.- Curso de Derecho -
Mercantil, Tomo II. Editorial Porrúa, S.A., Méxi-
co, 1978.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.- Compendio de Derecho Ci-
vil, Tomo III.- Editorial Porrúa, S.A.- México, -
1967.

VILLAGORDOA LOZANO, JOSE M.- Doctrina General del_
Fideicomiso.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1982.

VOX DICCIONARIO GENERAL ILUSTRADO DE LA LENGUA ES-
PAÑOLA.- Bibliograf S.A.- Barcelona, 1971.

LEGISLACION CONSULTADA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexica_
nos.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito_
Federal.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ley General de Instituciones de Crédito y Organiza_
ciones Auxiliares.

Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servi-
cios Públicos, S.A.

Ley de Contabilidad y Gasto Público.

Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y
Crédito.

Ley del Impuesto sobre la Renta.