



Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO

**EL FIDEICOMISO COMO
INSTRUMENTO DE
INVERSION EXTRANJERA**

**Tesis para obtener el grado de
Licenciado en Derecho**

EDUARDO GARCIA VARAS



**FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES**

México, D. F. - 1986



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.

El fideicomiso como instrumento de inversión extranjera

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

El presente trabajo de tesis tiene como objetivo principal demostrar que la figura jurídica del fideicomiso constituye el medio más idóneo para canalizar la inversión extranjera directa hacia actividades industriales y turísticas en zonas prohibidas por la Ley fundamental, manteniendo incólume la soberanía nacional.

En efecto, la Constitución Política de 1917 en vigor establece, expresamente, que por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas, en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas.

Tal prohibición tiene su antecedente original en la Ley General de Colonización de 1824, que permitía a los extranjeros establecerse en México y formar colonias con la prohibición de que no se podían establecer en los terrenos que distaban menos de veinte leguas de la línea divisoria con cualquier nación extranjera o menos de diez leguas del litoral marítimo, y con la prohibición de conservar las tierras adquiridas por residir permanentemente en un país extranjero.

Ahora bien, la necesidad de mayores recursos financieros y tecnológicos para acelerar el desarrollo industrial y turístico

del país, trajo consigo la adopción del procedimiento legal idóneo para que, sin violar la prohibición constitucional y sin lesionar la soberanía de la nación, el inversionista extranjero estuviera en condiciones de adquirir derechos personales de uso y aprovechamiento de inmuebles en la zona prohibida por la Ley fundamental.

De entre todas las posibilidades, se escogió el fideicomiso privado, plasmado en el Acuerdo Presidencial de 1971 y luego en la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera (LIE), como el medio más idóneo para que los extranjeros aporten capital y tecnología y coadyuven así al desarrollo del país.

El presente trabajo de tesis consta de cuatro capítulos y un resumen de conclusiones.

En el capítulo I se estudia el fideicomiso como una adaptación del trust anglosajón a nuestro régimen jurídico hasta llegar a su actual reglamentación, integrada a las Leyes Generales de Títulos y Operaciones de Crédito y Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

En el capítulo II se analiza la inversión extranjera tanto teórica como prácticamente dentro del contexto de la LIE. Y se estudia tanto la Comisión Nacional como el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras. La Comisión que, a través de la Resolución Nº 6, amplía el contenido de la LIE y señala la obligación de los fideicomisos en los que participen extranjeros y cuyo objeto sea regulado por la Ley, de inscribirse en el Registro.

También se hace una exposición de la política del Gobierno mexicano en materia de inversión extranjera. Así, se considera

que si bien la inversión extranjera es necesaria para el desarrollo del país, dicha inversión sólo debe ser complementaria de la inversión nacional para lograr con ella la independencia económica de la nación.

En el capítulo III se estudia el régimen de propiedad del extranjero en México, haciendo especial referencia a la prohibición consagrada en el artículo 27 Constitucional, denominada "zona prohibida".

En el capítulo IV se contiene el análisis de la legislación sobre la inversión extranjera directa encauzada a través del fideicomiso, así como las disposiciones sobre la materia, como es el Reglamento del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras y la Resolución General N° 6 de la Comisión.

Finalmente, en el capítulo V se presenta un resumen de conclusiones.

En la elaboración del presente trabajo de tesis conté en todo momento con la asesoría y el decidido apoyo del señor licenciado Víctor Carlos García Moreno, a quien expreso mi gratitud por su generosidad sin límite.

Asimismo, expreso mi sincero reconocimiento a todos mis maestros de la Facultad de Derecho, a quienes debo mi formación profesional. Y estoy en deuda con otras personas, amigos y compañeros, a quienes no menciono individualmente para no cometer una omisión.

C O N T E N I D O

INTRODUCCION

7

Capítulo I

EL FIDEICOMISO

	12
1. Antecedentes legislativos	12
a) Proyecto Limantour	12
b) Proyecto Creel	16
c) Ley general de instituciones de crédito y establecimientos bancarios de 1924	18
d) Proyecto Vera Estañol	20
e) Ley de bancos de fideicomiso de 1926	21
f) Ley general de instituciones de crédito de 1932	24
2. Concepto del fideicomiso dentro de la instrumentación jurídica actual	27
a) Concepto	27
b) Elementos personales	30
i) El fideicomitente	30
ii) El fiduciario	36
iii) El fideicomisario	45
c) Naturaleza jurídica del fideicomiso	49
i) El fideicomiso como negocio fiduciario	49
ii) Naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano	51

Capítulo II

LA INVERSION EXTRANJERA

	53
1. Concepto	53
2. Clasificación	59
a) Inversión extranjera directa	60
b) Inversión extranjera indirecta	61
3. La Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras	62
a) Constitucionalidad de la Comisión	64

	11
4. El Registro Nacional de Inversiones Extranjeras	65
5. La política en materia de inversión extranjera directa	68
a) Objetivos	68
b) Acciones y resultados en 1983-1985	71
<u>Capítulo III</u>	
REGIMEN DE PROPIEDAD DEL EXTRANJERO EN MEXICO	74
1. El marco constitucional	74
2. Antecedentes históricos de la prohibición constitucional del artículo 27	77
3. Antecedentes legislativos de la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera con respecto al fideicomiso en zonas prohibidas	79
<u>Capítulo IV</u>	
LA INVERSION EXTRANJERA ENCAUZADA POR MEDIO DEL FIDEICOMISO	88
1. Constitucionalidad de la Ley	88
2. Regulación del fideicomiso en la LIE	91
3. Tipos de fideicomiso que contempla la Resolución General N° 6 de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras	99
a) Fideicomiso sobre acciones o partes sociales de empresas mexicanas	99
b) Fideicomiso sobre activos fijos	102
c) Fideicomiso sobre activos esenciales para la explotación de la empresa	102
CONCLUSIONES	104
BIBLIOGRAFIA	106

Capítulo I

E L F I D E I C O M I S O

I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

a) Proyecto Limitour

Fue hasta principios del presente siglo cuando se introdujo por primera vez en México el trust, estableciéndose dentro de las instituciones jurídicas como un instrumento de garantía en la emisión de bonos para financiar la construcción de ferrocarriles en nuestro país.

De reconocida importancia dentro del desarrollo económico de los Estados Unidos de Norteamérica, se consideró que esta variedad del trust, descompuesta en sus varios elementos, correspondía a los contratos de mandato, préstamo e hipoteca. Este trust surtió efectos jurídicos al amparo del Código Civil de 1884 entonces vigente y la Ley de Ferrocarriles del 29 de abril de 1899, cuyas disposiciones no afectaron a este instrumento al surtir efectos en nuestra legislación.

El 21 de noviembre de 1905, el Secretario de Hacienda, José Ives Limantour, envió al Congreso de la Unión la iniciativa que facultaba al Ejecutivo Federal para expedir la Ley por cuya virtud podían constituirse en la República mexicana instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios.

A este proyecto se le denominó "Limantour", en atención al apellido del Secretario de Hacienda que suscribió la iniciativa. El licenciado Jorge Vera Estañol fue el autor de la iniciativa, conocida también como "primer intento legislativo mundial de adaptación del trust a los sistemas romanistas", quien así lo manifestó aunado a las hipótesis del licenciado Gustavo R. Velasco, quien encontró la identidad de los artículos 2º del proyecto de 1905 y 10º del que se sometió a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en 1926; y la del licenciado Alberto Vázquez del Mercado, al estimar que el segundo proyecto no venía a ser sino la Ley Reglamentaria del de 1905.

Una vez que se envió el Proyecto Limantour al Congreso, se explicaba, a quienes tenían interés en el sector comercial de nuestro país, la existencia de compañías fiduciarias o trust companies, cuya función consistía en ejecutar actos y operaciones en los cuales no tenían interés directo, sino que actuaban como simples intermediarios, ejecutando exactamente actos y operaciones en beneficio de las partes interesadas, o de terceras personas.

La función de estas instituciones era asegurar el cumplimiento futuro, de buena fe, en condiciones eficaces y términos convenientes, de las obligaciones que surgieran al amparo de un contrato o de un acto, actividad ejecutada por un particular. Sin embargo, era menester desarrollar una reglamentación especial cuyo propó

sito sería el de garantizar y proteger los intereses que fueran confiados a esas instituciones.

En la aplicación de este proyecto se hacían consideraciones sobre la conveniencia de incorporar esta figura jurídica, de gran relevancia en los Estados Unidos de Norteamérica para la resolución jurídica de muchos de los negocios en ese país, a nuestro acontecer histórico en el que prevalecía la importancia de capitales norteamericanos que desarrollaran nuestra economía.

El Proyecto de Ley formado por ocho artículos establecía que el Fideicomiso para el cual se autorizaría la creación de estas compañías podría consistir:

I. En el encargo hecho al Fideicomisario por virtud de un contrato entre dos o más personas de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados, para beneficio de alguna o de todas las partes en ese contrato o de un tercero o para hacer efectivos los derechos o de cumplir las obligaciones creadas expresamente en el contrato o que sean consecuencia legal del mismo.

II. En el encargo hecho al Fideicomisario por parte interesada o mandamiento judicial, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados, en beneficio de un tercero que tenga o a quien se confiara derecho a una parte o a la totalidad de dichos bienes o de sus productos, o a cualquier ventaja o aprovechamiento sobre los mismos. (Art. 2°).

III. En que el Fideicomiso importará un derecho real respecto de los bienes sobre los que se constituya. La Ley definirá

la naturaleza y efectos de ese derecho y los requisitos para hacerlo valer. (Art. 3º).

IV. En que se considerará legalmente constituida una institución Fideicomisaria, previos requisitos legales y ser autorizada por la Secretaría de Hacienda. (Art. 4º).

V. En que se dará autorización a las Instituciones Fideicomisarias para que realicen actos u operaciones que no sean legalmente incompatibles con sus funciones fundamentales. (Art. 5º). La Ley fijará los términos en que las Compañías Fiduciarias deban garantizar el fiel cumplimiento de sus obligaciones, así como los términos en que la Secretaría de Hacienda llevará a cabo las inspecciones de las compañías, para asegurar los intereses del público. (Art. 6º).

VI. En que esta Ley concedía, en materia de impuestos, exenciones y privilegios a dichas compañías o instituciones, así como a las operaciones que se ejecuten, de acuerdo con los requisitos que la Ley establezca.

VII. En que se dan facultades al Ejecutivo, con el propósito de modificación a la legislación civil, mercantil y de procedimiento en los puntos en que fuere necesario para asegurar la función de las instituciones fideicomisarias y la firmeza de los contratos y actos que estén autorizados a ejecutar. (Art. 8º).

Dentro del contenido de este proyecto se denomina a estas instituciones como "fideicomisarias" y no "fiduciarias" como es lo correcto.

El proyecto nunca fue discutido, no obstante que fue vis

to el mismo día que se envió a la Cámara de Diputados y que se turnó a las Comisiones Unidas, primera de Justicia y segunda de Hacienda. Por lo tanto, el Proyecto Limantour no adquirió la categoría de Ley; sin embargo, constituye el primer intento legislativo en el mundo para adaptar el trust a un sistema de tradición romanista.

b) Proyecto Creel

En el año de 1924, cuando el país iniciaba su reconstrucción después de la etapa violenta de la Revolución, se revive el movimiento que iniciara el Proyecto Limantour.

En la Convención Bancaria celebrada ese año, el señor Enrique Creel de la Barra presentó un proyecto para la creación de las "compañías bancarias de fideicomiso y ahorros".

Durante su permanencia de nueve años en los Estados Unidos de Norteamérica, el señor Creel estudió el funcionamiento de los "Trust and Saving Banks", en especial el procedimiento realizado en la práctica.

El señor Creel indicaba que entre las principales operaciones que realizaban dichas instituciones, destacaba la de aceptar hipotecas, y más que éstas, de contratos de fideicomiso de toda clase de propiedad, bonos de compañías, ferrocarriles, etc., así como recibir en fideicomiso los bienes de viudas, de huérfanos y niños, y era así como los bienes muebles e inmuebles quedaban asegurados y administrados por una institución de crédito, que por su naturaleza y función garantizaba los intereses del público.

En el Proyecto Creel se propusieron diecisiete bases, las cuales se resumen a continuación:

El capital de las compañías bancarias de fideicomiso y ahorro era de \$ 500 000.00 (quinientos mil pesos 00/100) en el Distrito Federal y de \$ 250 000.00 (doscientos cincuenta mil pesos 00/100) en los Estados. Estas compañías podían recibir hipotecas en garantía de los bonos que emitieran en nombre de sociedades, corporaciones o particulares; encargarse del pago de cupones, de la amortización de bonos y celebrar toda clase de contratos de fideicomiso.

Bases III y IV. Ejecutar las funciones de albacea, administrador, tutor y síndico en los concursos.

Base V. Servir como peritos valuadores de toda clase de bienes.

Base VI. Conservar en depósito y administración los bienes de incapacitados.

Base VII. Recibir en guarda los contratos condicionales celebrados por empresas o particulares para su eventual cumplimiento.

Base VIII. Pagar los impuestos y medidas de gastos de su clientela.

Base IX. Llevar libros de registro para la transmisión de acciones y bonos nominativos de toda clase de sociedades.

Base X. Expedir certificados sobre la validez de toda clase de títulos de propiedad.

Base XI. Llevar registros de capitales y notas del curso

de los negocios para dar informes confidenciales a su clientela y al comercio en general.

Bases XII y XIII. Hacer toda clase de operaciones bancarias de depósito y descuento y establecer cajas de ahorros.

Además, durante un lapso de veinticinco años se concedían franquicias fiscales, señaladas en la Ley de Instituciones de Crédito de 1897. (Base XVII).

El señor Creel admitió que se llevaría varios años generalizar las operaciones de fideicomiso en México. Asimismo, habría que retomar la legislación vigente. En el proyecto se corregía la terminología del anterior, al sustituir la expresión "instituciones fideicomisarias" por la de "Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro".

A pesar de ser considerado como heterogéneo por las funciones que encomendaba a las compañías bancarias de fideicomiso y ahorro y de que nunca alcanzó la calidad de Ley, el esfuerzo realizado por el señor Creel fue de gran trascendencia porque sentó un firme precedente que fue aprovechado adecuadamente en la legislación bancaria posterior.

c) Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924

Esta Ley fue expedida el 24 de diciembre de 1924 y publicada en el Diario Oficial de la Federación del 16 de enero de 1925. De acuerdo con el informe de la Secretaría de Hacienda presentado al Congreso de la Unión, se indicaba que en el nuevo ordenamiento legal se seguían los lineamientos generales de la Ley General de

Instituciones de Crédito de 1897, aunque se llenaban algunas lagunas.

La nueva Ley comprendió todos los negocios bancarios que afectaran al interés público. Además, introdujo en su contenido a los Bancos de Fideicomiso, los "que sirven los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confían e interviniendo, con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos éstos o durante el tiempo de su vigencia." ^{1/}

Disponía que su objeto era reglamentar a las instituciones cuya función común fuera facilitar el uso del crédito, diferenciándose por la naturaleza de los títulos especiales que pusieran en circulación o por la naturaleza de los servicios que prestaran al público. (Art. 5°).

Los Bancos de Fideicomiso eran sometidos a un régimen de concesión especial que otorgaba el Ejecutivo de la Unión por un período máximo de treinta años, de acuerdo con el artículo séptimo. Además, se disponía que el capital mínimo sería de \$ 1 000 000.00 (un millón de pesos 00/100) en el Distrito Federal y de \$ 500 000.00 (quinientos mil pesos 00/100) en los Estados y Territorios.

Era función de los Bancos servir a los intereses del público en formas diferentes, principalmente mediante la administración de los capitales que les confiaban y de la intervención en representación de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios,

^{1/} Legislación bancaria. Secretaría de Hacienda y Crédito Público. México, 1957, Tomo II, pp. 26-31.

al ser emitidos éstos o durante su vigencia. Se anunciaba, por último que los Bancos de Fideicomiso se regirían por la Ley especial que había de expedirse.

Esta Ley se basó en proyectos anteriores, siendo sus innovaciones la de introducir el concepto de Fideicomiso por primera vez en nuestro medio; la necesidad de concesión especial; la reglamentación a los Bancos de Fideicomiso, dentro del contexto de la Ley de Instituciones de Crédito en sus bases generales, así como la Ley especial que reglamentaría en forma concisa y eficaz a estas instituciones.

d) Proyecto Vera Estañol

El licenciado Jorge Vera Estañol, que había intervenido en el Proyecto Limantour como primer intento legislativo de adaptar el trust a un sistema de tradición romanista, presentó en 1926, a la consideración de la Secretaría de Hacienda, el "Proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro".

En el Capítulo II del Proyecto de Ley se hacía referencia a las "operaciones fideicomisarias" que consistían en "el encargo que por virtud de un contrato hicieran dos o más personas a la compañía de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto a bienes determinados en beneficio de alguno o de todos los contratantes, o en el de hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones estipuladas en dicho contrato o que sean su consecuencia legal." Asimismo, las encuadraba en el encargo que por parte interesada o por mandamiento judicial, se hiciera a la compañía de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados en beneficio de un tercero con derecho a una parte o a la totalidad de dichos bienes o de sus

productos o a cualquier otra ventaja o aprovechamiento sobre los mismos.

Al igual que su antecedente de 1905, se incurría en una terminología por demás errónea, ya que el término "fideicomisaria" se refiere al beneficiario del fideicomiso y no a la institución o compañía, como se la denominó entonces y que mejor conocemos como "fiduciaria".

e) Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926

Esta Ley se promulgó el 30 de junio de 1926 y fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del 17 de julio del mismo año. Fue dividida en los siguientes capítulos: I.- Del objeto y constitución de los bancos de fideicomiso; II.- De las operaciones de fideicomiso; III.- De los departamentos de ahorros; IV.- De las operaciones bancarias de depósito y descuento, y V.- Disposiciones Generales, y compuesta de 86 artículos.

En la exposición de motivos de la Ley, se advierte una influencia notable de las ideas de Alfaro y Arce, señalándose que la institución del fideicomiso era nueva en México y, en consecuencia, la ley relativa importaba una creación, o mejor dicho, la legalización de una institución jurídica moderna que se practicaba hacía largo tiempo, especialmente en los países anglosajones, con felices resultados. Permitía, así, que las operaciones financieras y comerciales se llevaran a cabo sin las trabas del derecho tradicional. Además, se estimaba que el nuevo fideicomiso era en realidad una institución distinta de todas las anteriores y muy en particular del fideicomiso del derecho romano.

Se concluía en la exposición de motivos de la ley, que:

"Es indudable que la ley expedida constituye solamente un ensayo para aclimatar entre nosotros una nueva institución y que, por lo tanto, habrá de transcurrir algún tiempo antes de que produzca sus plenos resultados, siendo de preverse, además, que haya necesidad de introducir en ella las reformas que la práctica vaya aconsejando. De todas maneras es indudable que constituye un progreso importante y que es complemento indispensable para la perfección del sistema bancario aceptado por la ley de 1924."

No existe duda en cuanto a reconocer que esta consideración estuvo bien cimentada, ya que se reconoció que constituía un ensayo, no por ello sin estudio ni profundidad, puesto que al adoptar una figura extraña en nuestro derecho positivo, se ampliaba el criterio de perfeccionamiento ante la ley.

Dentro del contexto de esta Ley, los lineamientos más importantes eran los siguientes:

El objeto principal y propio de los Bancos de Fideicomiso eran las operaciones por cuenta ajena y en favor de terceros autorizadas por la ley, y cuya ejecución se confiaba a su honradez y buena fe. (Art. 1º). Para su establecimiento en la República se requería concesión especial y estar constituidos como sociedad anónima. (Art. 2º).

Los órganos de administración y vigilancia, así como la forma en que se debían estructurar se regulaban en los artículos 3º y 4º. Los bancos o compañías establecidos en país extranjero tenían prohibido establecer agencias o sucursales en la República cuyo objeto fuera practicar operaciones de fideicomiso. (Art. 5º).

La Ley definía el Fideicomiso propiamente dicho como "un

mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco, con carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario." (Art. 6º).

Este precepto definía, de manera errónea, el fideicomiso como un mandato irrevocable, ideas emanadas del doctor Alfaro.

El Banco fiduciario podía ejercitar en cuanto a los bienes fideicometidos, todas las acciones y derechos inherentes al dominio, aun cuando no se expresaran en el título constitutivo del fideicomiso; pero no podía enajenar, gravar ni pignorar dichos bienes, a menos de tener facultad expresa o de ser indispensables esos actos para la ejecución del fideicomiso. (Art. 14).

La Ley establecía que el fideicomiso se extinguiría: por el cumplimiento del objeto para el cual fue constituido; por hacerse imposible su cumplimiento; por no haberse cumplido dentro de los veinte años siguientes a su constitución, la condición, suspensiva de que dependía; por haberse cumplido la condición resolutoria, en su caso; y por convenio expreso del fideicomitente y del fideicomisario.

En el artículo 22 se establecían las operaciones que, como fiduciarias, podían encargarse los Bancos de Fideicomiso, destacando las siguientes: intervenir en la ejecución de contratos a plazo o condicionales, para su eventual cumplimiento, a efecto de recibir o entregar los valores convenidos o ejecutar cualesquier otros actos también convenidos, al cumplirse las condiciones establecidas; encargarse de llevar la representación de las respectivas personas o sociedades; ejercer el patronato de fundaciones de benefi-

cencia, de investigación científica o de difusión de cultura; la ejecución de cualquier otro acto u operación, siempre que se reunieran los requisitos de legalidad para la existencia del fideicomiso.

Además de las operaciones mencionadas, los Bancos de Fideicomiso podían encargarse de todas las operaciones que se encomendaran a su honradez y buena fe, en virtud de los contratos de mandato, comisión, depósito u otro cualquiera.

En los siguientes preceptos de la Ley se precisaba la organización y el funcionamiento de este tipo de Bancos así como las demás operaciones que se les autorizaba realizar.

Esta Ley fue abrogada por la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, que se limitó a incorporar dentro de su contenido el articulado íntegro de aquella.

f) Ley General de Instituciones de Crédito de 1932

Esta Ley fue promulgada el 28 de junio de 1932 y publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 29 del mismo mes y año.

En la exposición de motivos, se señalaba: "La Ley de 1926, introdujo en México, rompiendo la tradición, la institución jurídica del fideicomiso. Evidentemente esta institución puede ser de muy grande utilidad para la actividad económica del país y está destinada probablemente a un grande desarrollo; pero desgraciadamente la Ley de 1926 no precisó el carácter sustantivo de la institución y dejó, por tanto, gran vaguedad de conceptos en torno de ella."

Así, al no precisarse el carácter sustantivo de la institución, muchos de los conceptos en torno de ella no eran del todo claros. Se añadía que era necesaria una definición clara de su contenido y de sus efectos, siendo esta definición materia de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, así como una reglamentación adecuada de las instituciones fiduciarias. Se señalaba que el fideicomiso quedaría concebido como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confiaría a un fiduciario. Según la Ley, eran instituciones de crédito las sociedades mexicanas que tenían por objeto exclusivo la práctica de operaciones activas de crédito y la celebración de varias clases de operaciones, entre las que destacaba la de actuar como fiduciarios. Suponía la necesidad indispensable de una concesión del Gobierno Federal y de un capital mínimo.

Dentro del contexto de esta Ley, las instituciones fiduciarias tenían la facultad de aceptar y desempeñar mandatos y comisiones de toda clase, encargarse de albaceazgos, sindicaturas, tutelas, liquidaciones y, en general, aceptar la administración de bienes y el ejercicio de derechos por cuenta de terceros.

Esta Ley destruye toda confusión entre el fideicomiso y los actos de administración o de representación de terceros; sin embargo, por la similitud de funciones y como una forma de asegurar a las instituciones fiduciarias un campo de acción más amplio, las autoriza no sólo para encargarse de la ejecución de fideicomisos, sino para desempeñar todas las demás funciones ya mencionadas.

Poco después de haberse promulgado esta Ley, se publicó en el Diario Oficial de la Federación del 27 de agosto de 1932, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente en la actualidad.

Se considera oportuno afirmar y corroborar las ideas del licenciado Roberto Almazán Alaniz, en el sentido de que "el propósito del legislador fue que tanto la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, como la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares del mismo año, suplida después por la Ley de 1941, fueran complementarias la una a la otra; la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito teniendo como campo propio la estructuración del fideicomiso, y la de Instituciones de Crédito teniendo como campo la regulación de las fiduciarias que habrían de desempeñar." ^{2/}

La Ley Bancaria de 1932 fue abrogada por la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, expedida el 3 de mayo de 1941 y publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 31 del propio mes y año. El 14 de enero de 1985 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, que deroga la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, así como la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982.

Después de haber hecho una descripción sucinta de los antecedentes legislativos del fideicomiso en México, y estudiado sus características y evolución a través de la legislación y proyectos de ésta, mismos que han conformado nuestro sistema de derecho positivo actual, podemos adentrarnos con mejor base en el estudio del fideicomiso en el derecho mexicano.

^{2/} Almazán Alaniz, Pablo Roberto. Antecedentes históricos del fideicomiso en México. Publicado en: Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México. Banco Mexicano Somex, S. A., México, 1982, pp. 37-38.

2. CONCEPTO DEL FIDEICOMISO DENTRO DE LA INSTRUMENTACION JURIDICA ACTUAL

a) Concepto

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en vigor dispone, en su artículo 346, que: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria."

De acuerdo con Rodolfo Batiza, el concepto anterior, al igual que el enunciado en la exposición de motivos de la Ley Bancaria, "es un reflejo alterado de la interpretación que acerca del trust elaboró (Pierre) Depaulle." ^{3/} Dicho concepto es ampliado en el párrafo segundo del artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como sigue: "Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan, y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse, respecto a ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, ..."

Aunque la idea de afectación incorporada en los artículos mencionados proviene de Lepaulle, no se reconoce en ellos lo que el autor sostenía, que el sujeto de derecho encargado de realizar la "afectación" es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir con su obligación.

Siguiendo a Lepaulle, al describir el funcionamiento del trust indicaba que el propietario o settlor transmite determinados

^{3/} Batiza, Rodolfo. El fideicomiso; teoría y práctica. 2a. ed. Asociación de Banqueros de México, México, 1973, p. 103.

bienes, total o parcialmente, a un tercero denominado trustee, única parte designada como "propietario" de los bienes y a quien se inscribía como tal para efectos de registro y validez ante terceros.

En función de lo expuesto anteriormente, la deficiencia técnica fundamental en el concepto de fideicomiso dentro de la Ley, de acuerdo con Batiza, "es resultado de la mutilación que se hizo del mecanismo esencial a la institución, al privársele de su efecto translativo de dominio." 4/

Debido a la inexactitud del concepto legal de fideicomiso, se ha desconcertado tanto a la doctrina como a la Jurisprudencia de los Tribunales. Ante una posición inicial contraria en el sentido de que los bienes no pasan de la propiedad del fideicomitente a la del fiduciario, fue la Suprema Corte de Justicia de la Nación la que reconoció, tras una serie de ejecutorias que ya constituyen jurisprudencia, el efecto translativo de dominio del fideicomiso, restituyendo de esta manera el concepto legal del elemento esencial del cual había sido privado.

Es importante hacer notar que si bien el fideicomiso produce un efecto translativo de dominio, tal transmisión se hace con el solo propósito de que el fiduciario pueda llevar a cabo el bien que le fue encomendado; y no tratar de asimilarlo a la transmisión normal del derecho de propiedad que se realiza a través de figuras jurídicas tales como la compraventa o la donación.

De acuerdo con Villagordoa Lozano, la transmisión hecha

4/ Batiza, Rodolfo. Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria. Porrúa, México, 1977, p. 31.

al fiduciario no es absoluta, ya que dicho fiduciario no puede disponer de los derechos transmitidos en su propio provecho. Se impone una limitación que consiste en la obligación de destinarlos al cumplimiento de la finalidad del negocio. El citado jurista define el concepto de titularidad "como la cualidad jurídica que determina la cantidad de poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica." ^{5/} Asimismo, afirma que el fideicomiso puede transmitir la propiedad de un bien inmueble o sólo el usufructo de dicho bien, reservándose la propiedad. No sólo se transmiten derechos reales o bienes inmuebles sino cualquier especie de derechos personales o de crédito, mismos que al transmitirse al fiduciario no ingresarán a su propio patrimonio autónomo en cada fideicomiso.

Corroborando y sosteniendo las ideas del citado autor, el patrimonio del fideicomiso no es un patrimonio sin titular, sino que esa titularidad corresponde al fiduciario en los términos y condiciones que se establezcan en el acto constitutivo del fideicomiso.

Pierre Lepaulle afirmaba, igualmente, que el trustee es un singular propietario, ya que no puede obtener ninguna ventaja personal de los bienes que se le han transmitido, debiendo cumplir con ellos una misión. La situación fue correctamente visualizada por la Suprema Corte de Justicia, y es por ello que ésta habla de "propiedad fiduciaria", de "dominio restringido", y de "dueño fiduciario". Es decir, que el fiduciario será dueño del patrimonio en función del fin que debe cumplir, siendo dueño o propietario normalmente "temporal".

^{5/} Villagordoa Lozano, José Manuel. Doctrina general del fideicomiso. Porrúa, México, 1976, p. 119.

El fideicomiso, como institución fiduciaria, está regulado por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito. En ella se declara al fideicomiso como una institución netamente bancaria. Su función es, asimismo, la de interponer su mediación para asegurar el cumplimiento futuro, de buena fe, con eficiencia y eficacia, de las obligaciones creadas al amparo de un acto o de un contrato. Corresponde únicamente a las instituciones de crédito el poder ser fiduciarias.

Estas son sólo algunas de las características que reglamenta la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito. Las demás características y disposiciones que establece nuestra legislación respecto del fideicomiso serán objeto de estudio en los siguientes incisos del presente capítulo.

b) Elementos personales

i) El fideicomitente

De acuerdo con Villagordoa Lozano, el fideicomitente "es la persona que constituye el fideicomiso y destina los bienes o derechos necesarios para el cumplimiento de sus fines, transmitiendo su titularidad al fiduciario." ^{6/}

Según Batiza, el fideicomitente "es, pues, la persona que constituye un fideicomiso por una manifestación expresa de voluntad." ^{7/}

Acosta Romero afirma que "el fideicomitente, es la perso-

6/ Idem

7/ Batiza, op. cit., p. 44

na titular de los bienes o derechos, que transmite a la fiduciaria, para el cumplimiento de una finalidad lícita, y desde luego, debe tener la capacidad jurídica para obligarse y para disponer de los bienes." 8/

En función de lo expuesto anteriormente, el fideicomitente es aquella persona física o moral que a través de una manifestación expresa de su voluntad, y teniendo capacidad legal para ello, afecta la propiedad o titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario con el propósito de constituir el fideicomiso y realizar con ellos los fines para los que éste fue constituido.

Expuestos los conceptos anteriores, es necesario examinar lo que al respecto del fideicomiso dispone la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC), en su artículo 349, que reza como sigue: "Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen."

De una manera general, se analizará lo señalado en este artículo.

En primer lugar, dice: "Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas..."

8/ Acosta Romero, Miguel. Derecho bancario. 2a. ed. Porrúa, México, 1978, p. 337.

En forma general, y de acuerdo con Eduardo García Maynez: "Se da el nombre de sujeto, o persona, a todo ente capaz de tener facultades y derechos." 9/

Es decir, persona física es el hombre considerado individualmente.

Nuestro sistema jurídico determina, en el artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal, que son personas morales o jurídicas: la Nación, los Estados y los Municipios; las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley; las sociedades civiles o mercantiles; los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a las que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución federal; las sociedades cooperativas y mutualistas, y las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidos por la Ley.

Acorde con el concepto de Ferrara "son asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin y reconocidas por la ordenación jurídica como sujetos de derecho." 10/

De lo anterior, se considera que para que exista una persona moral es necesario que su origen sea distinto e independiente de los individuos que la formen, y que el Estado le reconozca al mismo la facultad de ejercer derechos y obligaciones distintos a

9/ García Maynez, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. Porrúa, México, 1977, p. 271.

10/ Peniche Bolio, Francisco. Introducción al estudio del derecho. Porrúa, México, 1980, p. 111.

los que tenga cada uno de los elementos que la integren.

En segundo lugar, el artículo 349 de la LGTOC agrega: "Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica..."

En relación con la capacidad, García Maynez dice: "La capacidad suele ser definida como la aptitud que una persona tiene 'de ejercitar los derechos cuyo disfrute le corresponde'." 11/

De este concepto, distinguimos entre capacidad de goce o de disfrute y capacidad de ejercicio de los derechos: la primera consiste en la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones, y la segunda consiste en la facultad de ejercitar, por sí mismo, los derechos y obligaciones de los que se es titular.

En tercer lugar, se analizará la parte final del artículo 349 de la LGTOC, que señala: "... 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."

Se entiende por autoridad: "La potestad legalmente contenida y recibida para ejercer una función pública, para dictar al efecto resoluciones cuya obediencia es indeclinable bajo la amenaza de una sanción y la posibilidad legal de su ejecución forzosa en caso necesario, denominándose también autoridad a la persona u or-

11/ García Maynez, op. cit., p. 412.

ganismo que ejerce dicha potestad." 12/

En esta parte del artículo 349, según Batiza, se incurre "en un error técnico al enunciar los propósitos para los cuales dichas autoridades pueden poseer bienes que, como fideicomitentes, están autorizados para afectar en fideicomiso. Con la única posible salvedad del caso de la enajenación, todos los demás propósitos, o sea la guarda, conservación, administración, liquidación y reparto, son jurídicamente insuficientes para permitir la constitución de un fideicomiso, teniendo en cuenta que para ello es condición indispensable (por producir el fideicomiso una transmisión de bienes a favor del fiduciario) que el fideicomiso goce de la facultad de disposición sobre la cosa. Es indudable que en las hipótesis anteriores, con la excepción apuntada, no puede existir dicha facultad." 13/

Ahora haremos un breve análisis de los derechos del fideicomitente:

El fideicomitente puede reservarse diversos derechos, de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 351 de la LGTOC. De tales derechos se distingue entre los que el fideicomitente puede reservarse y los que derivan del fideicomiso a favor del fideicomitente.

Según el artículo 347 de la LGTOC: "El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado." Se da al fideicomitente la facul

12/ De Pina, Rafael. Diccionario de derecho. 5a. ed. Porrúa, México, 1976, p. 220.

13/ Batiza, op. cit., p. 162.

tad de constituir un fideicomiso sin obligación de señalar al beneficiario del mismo.

El párrafo segundo del artículo 348 de la LGTOC señala que: "El fideicomitente puede designar varios fiduciarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 359.

La fracción citada se refiere a la prohibición de fideicomisos en los cuales el beneficio se otorga a distintas personas sucesivamente, las cuales deban constituirse por muerte de la anterior, salvo el caso que la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya a la muerte del fideicomitente.

De conformidad con el artículo 350 de la LGTOC: "El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de constituirse"...

Aun cuando la Ley no limita el número de fiduciarios que pueda designar el fideicomitente, es a través de la práctica como se determina el mismo.

El fideicomitente puede ejercitar la supervisión del fideicomiso, derecho que se puede reservar al constituir el fideicomiso, pudiendo ejercitar aunque no haga mención en el acto constitutivo. Es por medio de esta supervisión como podrá observarse la marcha adecuada del fideicomiso.

El fideicomitente tendrá, además, la facultad de requerimiento o rendición de cuentas conforme con el artículo 65 de la Legislación Bancaria, que establece que las acciones para pedir cuen-

tas podrá reservársela el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo.

Los derechos que se hayan reservado, el fideicomitente puede transmitirlos, con fundamento en el artículo 2030 del Código Civil para el Distrito Federal que establece: "El acreedor puede ceder su derecho a un tercero sin el consentimiento del deudor, a menos que la cesión esté prohibida por la Ley, se haya convenido en no hacerla o no la permita la naturaleza del derecho."

En tratándose de herencia, se podrán transmitir a los herederos aquellos derechos y obligaciones que no se extingan por la muerte de acuerdo con el artículo 1281 del Código Civil para el Distrito Federal (CCDF).

Otro derecho del fideicomitente es el establecido en el artículo 61 de la Legislación Bancaria, que reza: "En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad."

ii) El fiduciario

Según De Pina, el fiduciario "es la persona encargada por el fideicomitente de realizar el fin del fideicomiso." 14/

Para Cervantes Ahumada, el fiduciario "es la persona a quien se encomienda la realización del fin establecido en el acto

14/ De Pina, op. cit., p. 220.

constitutivo del fideicomiso y se atribuye la titularidad de los bienes fideicomitidos." 15/

En consecuencia, para ser fiduciario se requiere estar organizado de acuerdo con la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito que, en su artículo 2º, dispone: "El servicio público de banca y crédito será prestado exclusivamente por instituciones de crédito constituidas con el carácter de sociedad nacional de crédito, en los términos de la presente ley." Y de conformidad con el artículo 30, fracción XV, las instituciones de crédito sólo podrán "practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y comisiones."

En el momento de constitución del fideicomiso, es el fideicomitente quien designa al fiduciario, tal como lo establece el artículo 350 de la LGTOC: "En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tedrá por designada la que elija el fideicomisario o, en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas con forme a la ley."

Ahora bien, según el artículo 356, "la institución fiduciaria...; no podrá excusarse o renunciar su cargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio..."

En función de lo anterior, el fiduciario está obligado

15/ Cervantes Ahumada, Raúl. Títulos y operaciones de crédito. Herrero, México, 1979, p. 292.

a aceptar, sin su consentimiento previo, tal designación, por lo que se considera que el aceptar el fideicomiso no es una obligación, sino una potestad del fiduciario, pues con base en nuestro régimen jurídico, no se puede obligar a ningún fiduciario a que acepte un fideicomiso determinado.

El antes mencionado artículo 350 de la LGTOC en su parte final señala: "El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse."

Acosta Romero indica que "en la práctica o uso bancario puede afirmarse que en los fideicomisos no se designan varias instituciones fiduciarias que conjuntamente las desempeñen, pues esto acarrearía muchos problemas prácticos de ejecución... la experiencia ha demostrado que solamente se sustituyen cuando por alguna causa el fiduciario no pueda cumplir el fideicomiso, o bien, por acuerdo entre las partes fideicomitente y fideicomisario." ^{16/}

Derechos.- Aun cuando la LGTOC no señala específicamente los actos que pueda celebrar o ejercer el fiduciario, éste debe llevar a cabo las instrucciones del fideicomitente o del fiduciario, mediante compraventa, permuta, etc., o cualquier acto en el que se lleve a cabo translación de dominio.

En relación con la facultad de gravar, el fiduciario tendrá dicha facultad sobre los bienes que forman el patrimonio del fideicomiso si al momento de la constitución se le dieron tales facultades. Al respecto, Batiza indica que la legislación especial

^{16/} Acosta Romero, op. cit., p. 146.

carece de normas, por lo que el artículo 575 del CCDF podría llenar el vacío, con su texto: "Sin autorización judicial no puede el tutor recibir dinero prestado en nombre del incapacitado, ya sea que se constituya o no hipoteca en el contrato." 17/

Es necesario que para el cumplimiento del fideicomiso, el fiduciario cuente con facultades de transigir, comprometer en arbitrios y desistirse.

En cuanto a actos de administración de bienes del fiduciario se analizarán brevemente algunas de sus facultades:

Nuestro derecho es omiso, dice Batiza, con respecto a la facultad de arrendar, aplicando al efecto el texto del artículo 573 del CCDF que prescribe: "El tutor no puede dar en arrendamiento los bienes del incapacitado, por más de cinco años, sino en caso de necesidad y utilidad, previos al consentimiento del curador y la autorización judicial, observándose, en su caso, lo dispuesto en el artículo 564."

Asimismo, de acuerdo con el artículo 63 de la Legislación Bancaria: "El personal que las instituciones de crédito utilicen directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos, no formará parte del personal de la institución, sino que, según los casos, se consideraría al servicio del patrimonio dado en fideicomiso." Y en cuanto a los gastos realizados en la administración del fideicomiso, Batiza señala que la legislación especial carece de reglas relativas a dichos gastos, "pero es incuestionable que el fiduciario tiene la facultad implícita de efectuarlos y el derecho a ser reembolsado."

17/ Batiza, op. cit., p. 159.

Con respecto a lo anterior, Batiza continúa señalando que, por analogía, serían aplicables las siguientes disposiciones:

-- "El comitente está obligado a satisfacer al contado al comisionista, mediante cuenta justificada, el importe de todos sus gastos y desembolsos, con el interés comercial desde el día en que los hubiese hecho." (Art. 305 del Código de Comercio).

-- "El mandante debe anticipar al mandatario si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato. Si el mandatario las hubiese anticipado, debe reembolsarlas el mandante, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario. El reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, a contar desde el día en que se hizo el anticipo." (Art. 2577 del Código Civil).

-- "Los gastos hechos por el albacea en el cumplimiento de su cargo, incluso los honorarios de abogado y procurador que haya ocupado, se pagarán de la masa de la herencia." (Art. 1736 del Código Civil). 18/

Por lo que se refiere a pleitos y cobranzas, aunque las leyes especiales no prevén dicha facultad al fiduciario, éste tiene la facultad de deducir todas las acciones que se deriven del desempeño de su cargo relacionadas con el patrimonio fideicometido, ya que de otra forma, al no defender dicho patrimonio, en caso de conflicto se faltaría al desempeño de su obligación como padre de familia.

Obligaciones.- En primer lugar, según el artículo 356 de la LGTOC, el fiduciario está obligado a aceptar el fideicomiso y no puede excusarse o renunciar a su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia. Reafirmando nuestra

posición al respecto y de acuerdo con Cervantes Ahumada, "la aceptación es voluntaria y (que) ningún banco puede ser obligado a aceptar un fideicomiso contra su voluntad." 19/

Es obligación primordial del fiduciario dar cumplimiento al fideicomiso conforme al acto de constitución del mismo, según lo establece el artículo 356 de la LGTOC.

Son dos los casos en que el fiduciario puede no ajustarse a las instrucciones del fideicomitente:

-- Cuando siendo lícito el fin, los mecanismos de ejecución sean contrarios a derecho, ya porque violen, desde un principio, normas jurídicas existentes o porque se conviertan en ilegales por variación posterior de las normas jurídicas aplicables.

-- Cuando las instrucciones del fideicomitente respecto a las normas de cumplimiento sean o se vuelvan manifiestamente inadecuadas o aun opuestas al cumplimiento del fin del fideicomiso.

Comité técnico.- La Legislación Bancaria prevé, en el tercer párrafo del artículo 61, la formación de un comité técnico. El fiduciario está obligado a cumplir con las instrucciones que emanan de dicho comité, en la medida de las facultades que el mismo posea.

En cuanto a la conservación del patrimonio, la institución fiduciaria será responsable de las pérdidas o menguados que los bienes sufran por su culpa. (Art. 356 de la LGTOC). Por consiguiente, es obligación del fiduciario vigilar que los bienes fidei-

19/ Cervantes Ahumada, op. cit., p. 293.

cometidos no sufran dano o menoscabo. El fiduciario sólo será responsable, en los casos anteriores, cuando haya existido negligencia por parte de la institución de crédito en el desempeño de su obligación.

Delegados fiduciarios.- De acuerdo con el artículo 346 de la LGTOC, es necesario que existan delegados fiduciarios, funcionarios por medio de los cuales las instituciones de crédito desempeñan las funciones que como fiduciarios tienen. Su existencia está prevista en el artículo 61 de la Legislación Bancaria, que dice: "En las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 30 de esta ley, las instituciones (fiduciarias) desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios."

Por su parte, los delegados fiduciarios pueden emplear personas que auxilien en el desempeño de las funciones secundarias, de conformidad con la circular 546 de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros del 16 de noviembre de 1966.

Inspección y vigilancia.- Se confía la inspección y vigilancia de las instituciones de crédito en la prestación del servicio público de banca y crédito y el cumplimiento de las disposiciones de la Ley a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, con base en el artículo 97 de la Legislación Bancaria. Y son facultades y deberes de la Comisión el actuar como órgano de consulta de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en los términos que la Ley determine, de conformidad con la fracción II del artículo 99.

La máxima autoridad administrativa de la Comisión es el Presidente y ejercerá sus funciones directamente o por medio de vicepresidentes, directores generales, delegados y demás servidores

públicos de la propia Comisión.

Son facultades y obligaciones del Presidente de la Comisión, entre otras, la siguientes:

-- Inspeccionar y vigilar las instituciones de crédito proveyendo en los términos de la ley y demás relativos, el eficaz cumplimiento de sus preceptos, así como realizar la inspección que para fines fiscales u otros procedentes conforme a las leyes especiales, corresponda al Ejecutivo Federal.

-- Intervenir en los arqueos de caja, cortes de caja y demás comprobaciones o verificaciones de contabilidad de las instituciones sometidas a su inspección y estimar los valores de su activo.

-- Ordenar visitas o inspecciones distintas a las señaladas en el artículo 108, el cual dispone que: la inspección se efectuará a través de visitas que tendrán por objeto revisar, verificar, comprobar y evaluar los recursos, obligaciones y patrimonio, así como las operaciones, y en general, todo lo que pudiendo afectar la posición financiera y legal, conste o deba constar en los registros, a fin de que se ajusten al cumplimiento de las disposiciones que las rigen y a las sanas prácticas de la materia.

Las visitas serán ordinarias cuando se realicen conforme al programa anual que apruebe el Presidente de la Comisión. Las visitas especiales se harán siempre que sea necesario a juicio del Presidente para examinar, y en su caso, corregir situaciones especiales operativas, y las visitas de investigación que tendrán por objeto aclarar una situación específica.

Las instituciones sujetas a inspección y vigilancia de la Comisión, estarán obligadas a prestar a los inspectores todo el apoyo que se les requiera, debiendo proporcionar los datos, informes, registros, libros de actas, auxiliares, documentos, correspon-

dencia y, en general, toda la documentación necesaria para el cumplimiento de su cometido, pudiendo tener acceso a sus oficinas, locales y demás instalaciones.

Prohibiciones.- Está prohibido a las instituciones o departamentos fiduciarios, lo que señala la Legislación Bancaria en el inciso b) de la fracción XVIII del artículo 84:

-- "Responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes, del incumplimiento de los deudores, por los créditos que otorguen, o de los emisores, por los valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.

-- "Si al término del fideicomiso, mandato o comisión constituidos para el otorgamiento de créditos, éstos no hubieren sido liquidados por los deudores, la institución deberá transferirlos al fideicomitente o fideicomisario, según el caso, o al mandante o comitente, absteniéndose de cubrir su importe.

-- "Cualquier pacto contrario a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, no producirá efecto legal alguno.

-- "En los contratos de fideicomiso, mandato o comisión, se insertará en forma notoria este inciso y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido bienes para su inversión."

Y en el inciso a) de la misma fracción y artículo, se prohíbe a las instituciones fiduciarias:

-- "Celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, mandatos o comisiones. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá autorizar, mediante

acuerdos de carácter general, la realización de determinadas operaciones cuando no impliquen un conflicto de intereses."

iii) El fideicomisario

De acuerdo con Acosta Romero, el "fideicomisario es la persona que recibe el beneficio (no siempre existe) del fideicomiso o la que recibe los remanentes una vez cumplida la finalidad." 20/

Conforme a nuestra legislación vigente, en el artículo 348 de la LGTOC, se señala que: "Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica."

En los incisos anteriores se ha hecho ya mención de la capacidad de goce y de ejercicio, aunque se deben hacer las siguientes observaciones en relación con los beneficios que el fideicomiso, por naturaleza, establece a favor del fideicomisario.

Son varios los beneficios, tal como la transmisión de bienes muebles e inmuebles a favor del fideicomisario, por lo que la persona que los va a adquirir ha de tener capacidad necesaria. Es decir, se debe tener capacidad de goce (aptitud para ser titular de derechos y obligaciones). Además, se debe contar con capacidad de ejercicio, requisito que no es indispensable, ya que quien sea el adquirente puede adquirir a través de un representante legal.

En relación con lo anterior, en el segundo párrafo del artículo 355 de la LGTOC, se establece que: "Cuando no exista fideicomisario determinado o cuando éste sea incapaz, los derechos a que

20/ Acosta Romero, op. cit., p. 337.

se refiere el párrafo anterior corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público, según el caso."

Con respecto al artículo 348 de la LGTOC, podemos decir, con Batiza, que al elegir capacidad a los fideicomisarios, debe interpretarse en el sentido, no de aludir a la capacidad activa para ser fideicomitente, sino más bien a la ausencia de alguna incapacidad especial derivada de la Ley, puesto que el fideicomiso puede constituirse a favor de incapacitados y aun de no nacidos.

Casos como el anterior, con fundamento en la fracción II del artículo 359 de la LGTOC, está el que señala que los fideicomisos "(aquellos) en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente."

Y en el tercer párrafo del artículo 348 de la misma Ley se establece que: "Cuando sean dos o más los fideicomisarios y deba consultarse su voluntad, en cuanto no esté previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se tomarán a mayoría de votos computados por representaciones y no por personas. En caso de empate, decidirá el juez de primera instancia del lugar del domicilio del fiduciario."

Derechos.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 355 de la LGTOC, el fideicomisario además de tener los derechos que le sean concedidos por virtud del acto de su constitución, tendrá el derecho de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria.

Para que la institución de crédito dé cumplimiento al fi-

deicomiso de manera eficiente y eficaz, es necesario que se atenga a las instrucciones recibidas, así como a todos los actos que hagan posible la consecución de los fines para los que fue creado el fideicomiso.

El derecho de protección de los bienes, aun cuando la legislación omite conceder este derecho al fideicomisario, "su ejercicio le corresponde como un aspecto del derecho más general de exigir el cumplimiento del fideicomiso." 21/

Conforme con el artículo 355 de la LGTOC, el fideicomisario tendrá el derecho de atacar la validez de los actos que la institución fiduciaria cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le corresponda. Ello significa que el fideicomisario podrá atacar los actos que el fiduciario haya realizado sin apearse a las instrucciones que tanto el fideicomisario, como el fideicomitente o el comité técnico le hubieren dado.

El fideicomisario tendrá el derecho de reivindicar los bienes que, a consecuencia de los actos que de mala fe o en exceso de facultades cometa la institución fiduciaria, hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso, según lo establece el propio artículo 355 de la LGTOC.

La acción reivindicatoria por parte del fideicomisario será que la cosa vuelva al patrimonio fideicometido, aun cuando el legítimo propietario sea el fiduciario; se concede esta acción al fideicomisario por considerarse que tiene el mayor interés en que se lleve a cabo la reivindicación. Esto está de acuerdo con el ar-

21/ Batiza, op. cit., p. 194.

título 4º del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que reza: "La reivindicación compete a quien no está en posesión de la cosa, de la cual tiene la propiedad, y su efecto será declarar que el actor tiene el dominio sobre ella y se la entregue al demandado con sus frutos y accesiones en los términos prescritos por el Código Civil."

El fideicomisario tendrá derecho a modificar el fideicomiso siempre y cuando las modificaciones a realizar no atenten contra los fines que se hubieren estipulado en el acto constitutivo del fideicomiso, salvo la excepción de los fideicomisos en que se hubiere estipulado prohibición en tal sentido.

En relación con la transmisión de derechos y no existiendo disposición expresa al respecto, se considera que dicha transmisión es válida, salvo que exista prohibición expresa sobre el particular o que la misma esté prohibida por la ley.

Para el caso de transmisión hereditaria, se considerará válida cuando se trate de derechos que no se extingan por la muerte del titular. "Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte." (Art. 1281 del CCDF).

Conforme al artículo 63 de la Legislación Bancaria, las instituciones de crédito, al ser requeridas para rendir cuentas de su gestión, deberán hacerlo dentro de un plazo de 15 días.

En cuanto a la terminación anticipada del fideicomiso, el fideicomisario podrá dar por terminado anticipadamente el fideicomiso, si así se pactó en el acto de constitución del mismo, o en los casos en que al no mediar pacto expreso no se afecten intereses

de terceros ni se imposibilite la obtención del fin para el cual el fideicomiso fue creado. 22/

Obligaciones.— La única obligación impuesta al fideicomisario, de manera subsidiaria, consiste en pagar a la institución fiduciaria, honorarios así como los gastos que la misma hubiere erogado y todos los impuestos y derechos que se generen por la ejecución del fideicomiso.

c) Naturaleza jurídica del fideicomiso

i) El fideicomiso como negocio fiduciario

El negocio fiduciario es aquel acto celebrado por particulares no previsto expresamente por la Ley --con la intención aparente de celebrar un acto diferente de la finalidad ejercida por las partes--, que consiste en que una de ellas entrega bienes a otra para que esta última cumpla con ellos una finalidad, y que ésta sólo será efectiva si aquel que recibe los bienes, obra de estricta buena fe y cumple moral y jurídicamente su obligación. 23/

De acuerdo con Barrera Graf, negocio fiduciario "es aquel en virtud del cual una persona transmite a otra ciertos bienes o derechos, obligándose ésta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita determinada, y, como consecuencia de dicha finalidad, a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero

22/ Minquini Castañeda, Jorge. Las partes del fideicomiso. Publicado en: Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México. Banco Mexicano Somex, S. A., México, 1982, p. 242.

23/ Acosta Romero, Miguel. Naturaleza jurídica del fideicomiso. Publicado en: Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México. Banco Mexicano Somex, S. A., México, 1982, p. 138.

o revertirlos a favor del transmitente." 24/

Para Octavio Hernández, "negocio fiduciario es negocio indirecto, integrado por un negocio jurídico manifiesto válido ante terceros, y otro negocio jurídico oculto, que responde a la verdadera finalidad perseguida por las partes, válido sólo entre ellas, negocios jurídicos cuyos efectos no coinciden." Y concluye que "es secreto", que persigue un fin lícito y oculto que no se halla reglamentado por el derecho y que en el mismo puede participar cualquier persona que es indirecta y atípica. 25/

Villagorhoa Lozano adopta una postura similar a la anterior, en cuanto a que el fideicomiso es una especie de negocio fiduciario integrado por dos relaciones que integran este negocio. Así mismo, habla sobre las figuras atípicas e innominadas.

En general, el concepto de negocio fiduciario es definido por diversos autores en términos similares a los expuestos anteriormente. Por lo tanto, de acuerdo con Acosta Romero, la doctrina del negocio fiduciario como un acto lícito atípico y simulado, según los ha determinado la Suprema Corte de Justicia, no tiene relación con el fideicomiso, pues a través de éste, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria, con los efectos, modalidades, límites y consecuencias que establece nuestro régimen jurídico. Asimismo, concluye que "si por típico se entiende un acto jurídico definido por las leyes, precisado por las mismas y con las modalidades, requisitos y circunstancias que el propio régimen

24/ Barrera Graf, Jorge. Estudios de derecho bancario. Porrúa, México, 1958.

25/ Hernández, Octavio. Derecho bancario mexicano e instituciones de crédito. Porrúa, México, 1956, Tomo II, pp. 245-249.

jurídico va determinando, el contrato de fideicomiso en México es típico porque está delineado y determinado por el orden jurídico."

26/

ii) Naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano

De acuerdo con su regulación en el derecho positivo y con forme con las prácticas bancarias, el fideicomiso es un contrato, toda vez que existe una relación jurídica entre dos o más personas, ya que debe existir un fideicomitente y una institución fiduciaria; de esta relación se establecen derechos y obligaciones entre las partes, que hacen imposible considerarlo como una manifestación unilaterial de voluntad.

Desde el punto de vista jurídico, dice Batiza, el fideicomiso es una obligación, ya que la constitución del fideicomiso resulta de un vínculo, en una relación legal que liga a las partes entre sí y de la cual deriven deberes y derechos recíprocos. 27/

El fideicomiso, al implicar una relación jurídica entre dos o más personas, crea, establece, transmite y declara derechos y obligaciones entre las partes, cumple con características que nuestro Código Civil atribuye a los contratos de conformidad con el artículo 1792 y los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Dentro del contenido de la exposición de motivos de la LGTOC de 1932 en vigor, al hacer referencia a las operaciones de crédito, el legislador reconoce, indirectamente, el carácter de con

26/ Acosta Romero, op. cit., p. 140.

27/ Batiza, op. cit., p. 135.

trato de fideicomiso.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce, en diversas ejecutorias, la naturaleza contractual del fideicomiso, y la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros le reconoce, en diversas circulares, el mismo carácter.

Por todo lo expuesto, en nuestro país se considera que el fideicomiso es un contrato.

Capítulo II

LA INVERSIÓN EXTRANJERA

1. CONCEPTO

El término inversión se define como "los activos hechos por el hombre, que se emplean en la producción de bienes de consumo o de nuevos bienes de inversión... La inversión es el uso de facto res de producción para producir bienes de capital que satisfagan las necesidades del consumidor 'de una forma indirecta' pero más plena en el futuro." 1/

Para Paolo Sylos Labini "es inversión el empleo productivo de los bienes económicos, es decir, la actividad que da como resultado una magnitud de bienes económicos mayor que la empleada. Estos bienes económicos pueden consistir en riquezas o medios monetarios. El sujeto privado lleva a cabo sus inversiones con medios monetarios; desde su punto de vista la inversión consiste en el empleo de una suma de dinero que, tras un período más o menos largo, da como resultado una suma mayor. Para la persona privada es inver

1/ Seldon, Arthur y F. G. Pennance. Recopiladores. Diccionario de Economía. Orbis, Barcelona, 1983, p. 311.

sión la compra de bienes duraderos (tierras, edificios), que producen una renta monetaria, la adquisición de títulos, el depósito de dinero en un banco. Para el empresario privado es inversión todo gasto que efectúa para mantener en funcionamiento y ampliar su empresa, a condición de que mediante su actividad obtenga un excedente; una renta neta igual, por lo menos, al tipo de interés corriente en el mercado... Para la sociedad es inversión el acto que da como resultado una cantidad de riqueza mayor que la inicialmente empleada." ^{2/}

Gómez Palacio dice que "cuando una persona destina bienes, propiedades o derechos a la realización de un fin y con el propósito de obtener un beneficio, ingreso o utilidad, está invirtiendo. El inversionista busca en su actuación un beneficio. En ocasiones este beneficio puede ser tan inmaterial, intangible o invisible como lo es el propio bien, propiedad o derecho que coloca en determinado lugar y bajo ciertas condiciones, pero no por ello deja rá de estar efectuando una colocación con la intención de obtener un beneficio." ^{3/}

Ahora determinaremos el concepto de extranjero:

En un sentido vulgar, extranjero "es todo sujeto que no es nacional."

Según Niboyet "los individuos se dividen en dos catego-

^{2/} Napoleoni, Claudio. Recopilador. Diccionario de economía política. Castilla, Madrid, 1962, p. 1001.

^{3/} Gómez Palacio y Gutiérrez Zamora, Ignacio. Análisis de la Ley de inversión extranjera en México. México, 1974, p. 20.

rias: los nacionales y los no nacionales o extranjeros." 4/ Por tanto, es objeto de la nacionalidad el indicar esta separación.

Para Arellano García "tiene el carácter de extranjero la persona física o moral que no reúne los requisitos establecidos por el sistema jurídico de un Estado determinado para ser considerada como nacional." 5/

Ahora bien, es necesario contemplar la condición jurídica de los extranjeros, esto es, "los diversos derechos y obligaciones imputables en un Estado a las personas físicas o morales que no tienen el carácter de nacionales." 6/

La condición jurídica de los extranjeros se refiere a la esfera jurídica de las personas físicas o morales nacionales en un Estado determinado, mismo que estará constituido para aquellos derechos y obligaciones que deriven de normas jurídicas internas o internacionales.

Conforme al artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, "son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30." Es decir, son extranjeros quienes no reúnan los requisitos establecidos por el artículo 30 Constitucional a fin de que se los considere como mexicanos por nacimiento, o bien como mexicanos por naturalización.

En virtud de lo anterior, el concepto que da la Ley res-

4/ Niboyet, Jean Paulin. Principios de derecho internacional privado. Editora Nacional, México, 1951, p. 2.

5/ Arellano García, Carlos. Derecho internacional privado. 7ª Ed. Porrúa, México, 1984, p. 292.

6/ Arellano García, op. cit., p. 293.

pecto del término extranjero se obtiene por exclusión, es decir, son extranjeros los que no tienen la calidad de mexicanos.

Por otra parte, y reafirmando lo anterior, la Ley de Nacionalidad y Naturalización, establece que "son extranjeros los que no sean mexicanos conforme a las disposiciones de esta ley." Así, de acuerdo con nuestra legislación, todo aquel que no es mexicano es extranjero.

A continuación analizaremos el concepto de inversión extranjera:

En la exposición de motivos de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, se define la inversión extranjera como "aquella que realicen directamente las personas físicas o morales extranjeras y la que se efectúe a través de sociedades mexicanas con mayoría de capital extranjero o controladas por extranjeros."

Según Barrera Graf: "Inversión extranjera, en nuestro derecho, es la que realizan en el país los sujetos que indica el artículo 2º de la LIE, a través de ciertos actos y negocios que permitan su intervención en el patrimonio, en el capital o en la administración de empresas mexicanas (en el sentido más lato de esta expresión)." ^{7/}

Un concepto de inversión extranjera acorde con la propia Ley, con sus objetivos y positilidades futuras, según Sergio Ibargüen Ahrens y Antonio Azuela de la Cueva, quedaría enunciado en los

^{7/} Barrera Graf, Jorge. La regulación jurídica de las inversiones extranjeras en México. UNAM, 1981, p. 45.

siguientes términos:

"Se considerará inversión extranjera, y por ende, quedará sujeta a las disposiciones de esta ley, la actividad económica mediante la cual los sujetos jurídicos enumerados en este artículo destinen bienes, propiedades o derechos a la realización de un fin y, con propósito de lucro. Se entenderá también como inversión extranjera cualquier situación que permita a dichos sujetos jurídicos determinar por cualquier título el manejo de una persona moral mexicana, titular de una empresa o ejercer el control sobre una empresa o sobre cualquier tipo de unidad económica." 8/

Cabe señalar que la amplitud del concepto anterior significaría un avance conceptual de gran importancia, ya que la LIE no contiene precepto alguno que defina con claridad el concepto de inversión extranjera.

Para Arellano García: es "inversión extranjera la acción y efecto de colocar capital representado en diversas formas, en un país diferente al que pertenecen y residen las personas físicas o morales beneficiarias de la aplicación de recursos", y el propio autor considera que el concepto anterior no tiene validez absoluta "en virtud de que puede haber extranjeros inversionistas que residan en el país donde se efectúa la inversión y no ser considerada la inversión como nacional por las ligas del extranjero con intereses exteriores." Por tanto, el autor precisa más el concepto "la inversión extranjera es la acción y efecto de colocar capital, representado en diversas formas en país diferente de aquel en donde

8/ Ibargüen Ahrens, Sergio y Azuela de la Cueva, Antonio. Breve análisis sistemático de la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera y algunas consideraciones respecto del concepto de empresa. En: Jurídica, N° 8, México, julio de 1976, p. 272.

se obtienen los beneficios de la aplicación de recursos." 9/

Gómez Palacio considera que "el concepto económico de inversión es demasiado amplio, por lo que se refiere a la LIE, ya que ésta considera inversión únicamente a las actividades en ella reguladas, razón por la cual el término es más restringido (y únicamente dirigido a la que se realice por inversionistas extranjeros)." 10/

Nuestra Ley no define la inversión extranjera, pero lo hace a través de los sujetos activos que la realizan. Esto es, conforme al artículo 2º de la LIE que considera como inversión extranjera la que se realiza por:

- I. Personas físicas extranjeras;
- II. Personas morales extranjeras;
- III. Unidades económicas sin personalidad jurídica, y
- IV. Empresas en las que participe mayoritariamente capital extranjero o en las que los extranjeros tengan por cualquier título la facultad de determinar el manejo de la empresa.

En el último párrafo del mismo artículo se señala que "se sujeta a las disposiciones de esta ley, la inversión extranjera que se realice en el capital de las empresas, en la adquisición de los bienes y en las operaciones a que la propia ley se refiere." Se indica, asimismo, el ámbito de aplicación de la LIE. Para Gómez Palacio, "en concreto el ámbito de aplicación de la LIE, es el que se refiere a la inversión extranjera que se realice en:

9/ Arellano García, Idem, p. 475.

10/ Gómez Palacio y Gutiérrez Zamora, Ignacio. Inversión extranjera directa. Porrúa, México, 1985, p. 14.

- a) El capital de las empresas mexicanas en el acto de su constitución (Art. 5);
- b) La adquisición del capital de una empresa (Art. 8);
- c) La adquisición de los activos fijos de una empresa (Art. 8);
- d) El arrendamiento de una empresa (Art. 8);
- e) La adquisición de los activos esenciales para la explotación de una empresa (Art. 8);
- f) La adquisición de la administración de una empresa (Art. 8);
- g) La adquisición de la facultad de determinar el manejo de una empresa (Art. 8);
- h) La instalación de un nuevo establecimiento (Art. 12-III);
- i) Nuevos campos de actividad económica (Art. 12-IV);
- j) Nuevas líneas de productos (Art. 12-IV);
- k) Adquisición de bienes inmuebles por extranjeros fuera de la zona prohibida (Art. 17);
- l) Constitución y modificación de sociedades (Art. 17), y
- m) Fideicomisos respecto a bienes inmuebles en la zona prohibida (Art. 18)."

De lo expuesto anteriormente, es preciso constatar, en primer lugar, la procedencia del sujeto o los sujetos que realizarán la inversión y si caben dentro de cualquiera de las facultades enumeradas por el artículo 2º de la LIE; en segundo lugar, el ámbito de aplicación señalado en el último párrafo del artículo de referencia que tan atinadamente nos señala Gómez Palacio.

2. CLASIFICACION

La inversión extranjera se clasifica, tradicionalmente, en directa e indirecta.

a) Inversión extranjera directa

La inversión directa "es aquella efectuada por particulares para el establecimiento, mantenimiento o desarrollo de toda clase de negocios, también particulares en un país extranjero. Se puede efectuar a través del otorgamiento de toda clase de créditos a personas físicas o morales del país receptor, cuya única finalidad y atractivo consiste en la obtención del interés pactado. Se puede efectuar a través del establecimiento de un negocio propio encaminado a producir utilidades o bien, mediante la compra de un negocio ya establecido. En estos casos la inversión extranjera puede ser única o mixta." 11/

La inversión directa "es aquella actividad económica por virtud de la cual los extranjeros destinan bienes, propiedades o derechos, a la realización de un fin y con propósito de lucro, a través de la constitución de personas morales, titulares o propietarios de empresas industriales o comerciales por medio de la constitución de empresas, o a través de la adquisición de capital o patrimonio de personas morales ya existentes o de la adquisición de los activos fijos de una empresa ya constituida." 12/

La inversión directa, según Méndez Silva, "son las inversiones de origen particular, desplazamiento de capital por personas privadas a fin de emprender negocios en el exterior. Se pueden dirigir a industrias o actividades extractivas y cuya finalidad fundamental es realizar exportaciones a países industrializados. Su objetivo es acaparar fuentes de producción y materias primas en bene-

11/ Ramos Garza, Oscar. México ante la inversión extranjera. 3a. ed. Edit. Docal, México, 1974, p. 3.

12/ Ibargüen Ahrens y Azuela de la Cueva, Idem.

ficio del crecimiento industrial de los países proveedores de capital." 13/

De acuerdo con Arellano García "la inversión directa se caracteriza por la manera en que se colocan los caudales. El inversionista establece, adquiere o participa en los rendimientos de una empresa con actividades en el país huésped." 14/

Con base en los conceptos anteriores, podemos concluir que la inversión directa es aquella por medio de la cual el inversionista se convierte en dueño o socio de una empresa, ya sea constituyendo un negocio, o bien participando como socio o copropietario.

b) La inversión extranjera indirecta

La inversión indirecta "es aquella efectuada generalmente a través de préstamos entre gobiernos o de organismos internacionales a gobierno o a empresas públicas a través de la colocación de valores bursátiles oficiales del país receptor del crédito en las bolsas de valores del país que otorga el crédito." 15/

La inversión indirecta "es la actividad económica por virtud de la cual los extranjeros destinan bienes, propiedades o derechos a la realización de un fin y con propósito de lucro por medio de la adquisición de valores de renta fija." 16/

13/ Méndez Silva, Ricardo. Régimen jurídico de las inversiones extranjeras en México. UNAM, México, 1969, p. 13.

14/ Arellano García, op. cit., p. 464.

15/ Ramos Garza, Idem, p. 3.

16/ Ibargüen Ahrens y Azuela de la Cueva, Idem.

La inversión indirecta, según Méndez Silva, es "la que se celebra fundamentalmente a través de préstamos entre organismos públicos o entre gobiernos," a las cuales agrega "las emisiones de títulos y su colocación en el mercado de valores de otro Estado que es el que realiza la inversión al adquirirlos." 17/

"En la inversión indirecta el tenedor de capital no interviene en los negocios del exterior; se concreta a colocar su capital mediante la celebración de empréstitos o a través de la adquisición de títulos financieros;" y añade "la erogación del capital la realiza el Estado huésped por medio de gasto público o por medio de financiamiento a empresarios locales." 18/

Gómez Palacio señala atinadamente que la diferencia entre inversión directa e indirecta "radica fundamentalmente en el grado de control del inversionista extranjero;" y que "en tanto la inversión indirecta o de portafolio (cartera) se dirige al otorgamiento de préstamos y adquisición de valores mobiliarios, la inversión directa implica el control de empresas o negociaciones en las que participa el inversionista extranjero." 19/

3. LA COMISTON NACIONAL DE INVERSIONES EXTRANJERAS

Con fundamento en el artículo 11 de la LIE, se crea la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (CNIE).

La CNIE está integrada por los titulares de las Secreta-

17/ Méndez Silva, op. cit.

18/ Arellano García, op. cit., p. 464.

19/ Gómez Palacio y Gutiérrez Zamora, Ignacio. Inversión extranjera directa. Porrúa, México, 1965, p. 4.

rías de Gobernación, de Relaciones Exteriores, de Hacienda y Crédito Público, de Energía, Minas e Industria Paraestatal, de Comercio y Fomento Industrial, del Trabajo y Previsión Social y actuando como suplentes los Subsecretarios respectivos que al efecto se designen. La Comisión será auxiliada por un Secretario Ejecutivo cuyas funciones primordiales son las de auxiliar y de representarla.

Lo anterior en los términos de los artículos 11 y 14, fracción I, de la LIE.

En el caso de las Secretarías de Energía, Minas e Industria Paraestatal, de Comercio y Fomento Industrial y de Programación y Presupuesto, el artículo 11 de la LIE determina, bajo su denominación anterior a la expedición de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (publicada en el Diario Oficial de la Federación del 29 de diciembre de 1976), como Secretarías de Patrimonio Nacional, de Industria y Comercio y de la Presidencia, respectivamente.

La CNIE es una Comisión de índole administrativa en la que participan diversas dependencias del Poder Ejecutivo, esto es, una Comisión Intersecretarial.

Señala Barrera Graf que: "Como órgano auxiliar y colegiado de la administración pública, corresponde a la Comisión una competencia muy amplia que establece la LIE (artículos 12 y 13, principalmente), y sus integrantes deben actuar de acuerdo con el principio de la mayoría de votos, es decir, el voto de cuatro de sus miembros cuando menos, configura acuerdos válidos y vinculatorios para todos ellos, e implica la voluntad de la Comisión misma." ^{20/}

^{20/} Barrera Graf, op. cit., p. 156.

Las sesiones serán presididas rotativamente conforme al orden que se señala en el párrafo primero del artículo 11 por el titular de la Secretaría que se encuentre presente y que la Comisión sesionará por lo menos una vez al mes.

Son características de la Comisión:

1. Que los Secretarios de Estado como miembros de la Comisión los nombra el Presidente de la República y tiene, además, facultad amplia y discrecional para removerlos.

2. Que los Secretarios duran en su cargo como máximo un término igual al del Presidente de la República, que los nombra.

3. Que el Secretario Ejecutivo será nombrado o removido por el Presidente de la República.

a) Constitucionalidad de la Comisión

El Congreso de la Unión sí estaba facultado para crear la Comisión, ya que el artículo 73, fracción XVI, otorga al Congreso la facultad para legislar sobre nacionalidad y condición jurídica de los extranjeros así como la facultad, fracción X, para dictar leyes sobre comercio. Ambas facultades permitieron expedir la LIE.

Ahora bien, el Presidente de la República, entre otras facultades, tiene la atribución de controlar la inversión extranjera por medio de los instrumentos legales que la ley le otorga.

Con relación a lo anterior, Barrera Graf indica que: "La creación de órganos administrativos como las comisiones intersecretariales e inclusive de otros de mayor jerarquía..., no constituye

una facultad que se otorgue en forma exclusiva al Ejecutivo, sino que este poder lo comparte con el Legislativo, uno y otro pueden crearlos y constituirlos." 21/

Las facultades de la Comisión se enumeran en el artículo 12, y en el artículo 13 se establecen los criterios que debe tomar en cuenta para determinar la conveniencia de autorizar la inversión extranjera y fijar los porcentajes y condiciones conforme a los cuales se registrará.

En el artículo 16 de la LIE se autoriza a la Comisión para dictar recomendaciones generales y en su artículo 12, fracción II, para dictar resoluciones especiales.

Así es, dice García Moreno, "que la aplicación de la LIE y el diseño de la política sobre inversiones extranjeras estará a cargo de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras." 22/

4. EL REGISTRO NACIONAL DE INVERSIONES EXTRANJERAS

Se crea el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras (RNIE) que establece las personas, negocios, documentos y actos que deben registrarse, con fundamento en el artículo 23 de la LIE. Es a través de la inscripción en el RNIE como se lleva a cabo el control de la inversión extranjera.

El Reglamento del RNIE regula la organización así como

21/ Barrera Graf, op. cit., p. 156.

22/ García Moreno, Víctor Carlos. El impacto de las empresas transnacionales en el México contemporáneo y la frontera norte. En: Revista de la Facultad de Derecho de México, UNAM, Tomo XXXII, Núms. 121, 122, 123, México, ene-jun. 1982, p. 242

la forma y los términos en que deberá proporcionarse la información.

El RNIE depende de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, dirección a cargo del Secretario Ejecutivo de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, y quien además funge como Subsecretario de Inversiones Extranjeras de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

Se deberán inscribir:

1. Las personas físicas o morales extranjeras que realicen inversiones reguladas por la ley.
2. Las sociedades mexicanas en cuyo capital participen personas físicas o morales de nacionalidad extranjera.
3. Los fideicomisos en que participen extranjeros y cuyo objeto sea regulado por la ley.
4. Los títulos representativos del capital social que sean propiedad de extranjeros o estén dados en garantía a favor de éstos y sus transmisiones.

Con respecto a las sanciones que prevé la LIE, en el caso en que no proceda la inscripción que corresponda, se señalan las siguientes:

Las sociedades que estando obligadas a inscribirse en el RNIE no se inscriban no podrán pagar dividendos, de acuerdo con el artículo 27 de la LIE. Asimismo, no se pagarán dividendos a aquellas acciones en que debiendo inscribirse en el Registro no hayan

sido inscritas.

Todos los actos hechos en contravención a las disposiciones de la LIE y los que debiendo inscribirse en el Registro no se inscriban, serán nulos, y por consiguiente, no podrán hacerse valer ante ninguna autoridad. Al respecto señala Barrera Graf "se priva al inversionista extranjero del derecho de acción (judicial o administrativa) para demandar de terceros con quienes hubiera contratado el cumplimiento o la ejecución de los actos no inscritos." 23/

Además, se impondrán al infractor multas hasta por el importe de la operación o de \$ 100 000.00 (cien mil pesos 00/100) cuando ésta no sea cuantificable. También se impondrán multas a los administradores, directores y gerentes generales, comisarios y miembros de órganos de vigilancia cuando se falte a lo dispuesto por la ley. La multa será hasta por un importe de \$ 100 000.00 (cien mil pesos 00/100).

Los notarios y corredores públicos deberán insertar en los documentos en que intervengan las autorizaciones que deban expresarse en los términos de la LIE. En el caso en que autoricen documentos sin la autorización correspondiente, perderán la patente respectiva y los encargados de los registros públicos no inscribirán los documentos mencionados cuando en ellos no conste la autorización correspondiente. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a la pérdida del cargo.

Se establecen penas corporales, tales como prisión hasta de nueve años y multa hasta de \$ 50 000.00 (cincuenta mil pesos 00/100), a quien simule cualquier acto que permita el goce o la dis

23/ Barrera Graf, op. cit., p. 44.

posición por parte de los extranjeros o cuando la adquisición de las acciones que esté sujeta a requisitos o autorizaciones, no se hubieren cumplido u obtenido, en su caso.

5. LA POLITICA EN MATERIA DE INVERSION EXTRANJERA DIRECTA

a) Objetivos

En virtud de la necesidad de México de contar con una moderna planta productiva nacional que tuviera competitividad a niveles de comercio internacional, trajo como consecuencia que la actual administración estableciera un conjunto de lineamientos a efecto de elevar la aportación de los recursos tecnológicos, administrativos y financieros del exterior que se requieren en el proceso de desarrollo del país.

Dentro del P L A N Nacional de Desarrollo se estableció abiertamente el papel de la inversión extranjera directa en la estrategia de desarrollo del país. Al respecto se propusieron los siguientes criterios:

Se considerará a la inversión extranjera como complementaria de la nacional, manteniendo el actual marco legal de operación inalterable. La política dejará de ser meramente defensiva y se volverá activa y sistemática, buscando la sustitución eficiente de importaciones en ramas seleccionadas, la generación de un presupuesto equilibrado o superavitario de divisas, la producción de bienes y servicios a escalas internacionalmente competitivas y la cabal transmisión de tecnologías modernas y habilidades administrativas. Además, se promoverá una definición bilateral de alternativas de coinversión; se propiciará un tratamiento más flexible a empresas medianas y pequeñas extranjeras; se mantendrá la política de no au-

torizar inversiones extranjeras en empresas mexicanas ya establecidas, salvo cuando contribuyan significativamente a los objetivos del desarrollo del país; y, por último, se agilizarán los trámites y se simplificarán los procedimientos administrativos relacionados con la inversión extranjera.

Los objetivos en cuanto se refiere a inversiones extranjeras, establecidos en el Plan Nacional de Desarrollo, se consideran en los programas sectoriales. Estos se realizan por diversas autoridades responsables de establecer las reglas a seguir por nuestra economía, tales como el Programa Nacional de Fomento Industrial y Comercio Exterior y el Programa Nacional de Financiamiento del Desarrollo para 1984-1988.

La planeación sobre inversiones extranjeras parte de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, en la cual se define la función, las actividades y las limitaciones de la inversión extranjera.

En el contexto de la Ley se mencionan las actividades reservadas de manera exclusiva al Estado, tales como las relacionadas con el petróleo y los demás hidrocarburos, petroquímica básica, explotación de minerales radioactivos y generación de energía nuclear y electricidad, telecomunicaciones telegráficas y radiotelegráficas, así como la operación de los ferrocarriles.

Se estipula, además, que las empresas que operan en telecomunicaciones, transportes, explotación forestal o distribución de gas, no pueden tener participación extranjera.

La Ley señala los sectores específicos en los que la inversión extranjera no podrá exceder los niveles establecidos. Se

estipula el 34% para actividades mineras, el 40% para petroquímica secundaria y autopartes y para las demás actividades económicas, la Ley determina un máximo del 49% de inversión extranjera.

Cabe señalar que en aquellos casos específicos en los que la inversión extranjera requiera de una participación mayoritaria de capital y la empresa no opere en los sectores señalados como estratégicos, la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, puede aprobar una participación mayoritaria.

Aun cuando la LIE cubre adecuadamente el campo de su regulación, otorga a la vez flexibilidad a las autoridades administrativas encargadas de su aplicación, esto es, la Comisión tiene facultades para establecer los criterios y requisitos a efecto de aplicar las disposiciones legales y reglamentarias sobre las inversiones extranjeras, lo cual permite adecuar la función de la inversión extranjera a las necesidades del desarrollo económico.

Por otra parte, a efecto de precisar una orientación más efectiva a la política de promoción de la inversión extranjera, el 17 de febrero de 1984 se expidieron los "Lineamientos sobre Inversiones Extranjeras y Propósitos de su Promoción." En estos lineamientos se establece que la promoción se concentrará en aquellas áreas en las que el factor tecnológico sea decisivo para lograr niveles de competitividad internacional; de promoción a las exportaciones en las que los canales de comercialización lo hagan conveniente, y en actividades que requieran montos elevados de inversión y la sustitución de importaciones en la integración de cadenas productivas prioritarias. Se aplicarán con especial cuidado como factores positivos, los criterios de generación de empleos y descentralización territorial del crecimiento económico. Asimismo, se anexa una lista indicativa de actividades prioritarias susceptibles de

recibir inversión 100% extranjera.

b) Acciones y resultados en el periodo 1983-1985

Ante una situación económico-financiera crítica, un número importante de empresas afrontó la necesidad de nuevos recursos de capital. Esto motivó la presentación de un buen número de propuestas de aumento de la participación extranjera en su capital social, mediante la capitalización de pasivos y venta de acciones, o renuncia de los accionistas mexicanos al derecho del tanto.

Lo anterior respondió a la preocupación de las empresas por sanear sus estructuras financieras y mantener su potencial de crecimiento. Cuando los socios mexicanos no contaban con recursos para aportaciones adicionales de capital se buscó promover la participación de otros inversionistas nacionales o bien, a través de financiamiento o aportación temporal de capital de riesgo del sistema bancario nacional, los fondos bilaterales de coinversión o de organismos financieros.

Al no ser soluciones viables a los problemas financieros de las empresas, se permitió el aumento de la participación extranjera en el capital, previo análisis a fin de determinar si el aumento era indispensable para la sobrevivencia de la empresa. En tales casos, se establecieron compromisos que aportaron beneficios adicionales a la economía nacional.

Lo anterior trajo como consecuencia que se procediera a agilizar los trámites y simplificar procedimientos para que la inversión extranjera directa se pudiera expandir.

Respecto a la política de promoción se propuso la instru-

mentación de un programa que facilitara el establecimiento de empresas extranjeras, que estaría a cargo de los bancos de fomento industrial, de las sociedades nacionales de crédito, del Instituto Mexicano de Comercio Exterior (cuyas funciones fueron absorbidas por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial y el Banco Nacional de Comercio Exterior, S.N.C., al desaparecer el Instituto) y de organismos empresariales. Además, se procedió a la elaboración del proyecto estratégico de promoción selectiva que define los productos susceptibles de ser promovidos a través de la inversión extranjera.

El conjunto de acciones en el periodo 1983-1985 se concretaron en lo siguiente:

- Actualmente se ha autorizado nueva inversión extranjera directa por 3 997 millones de dólares.
- El 67% de la nueva inversión extranjera directa proviene de los Estados Unidos de Norteamérica.
- De la inversión autorizada, el sector industrial ha captado el 73%.
- De las empresas con participación de capital extranjero establecidas en el país, en 58.4% no se rebasa el 49% del capital y 41.6% tiene mayoría de capital extranjero.

En 1985 el nivel autorizado de inversión extranjera ascendió a 1 871.8 millones de dólares, que se compara favorablemente con el flujo de 1984 que fue de 144.2 millones de dólares.

Aun cuando exista una actitud receptiva por parte del Gobierno mexicano hacia la inversión extranjera, la aportación de és-

ta no ha alcanzado los niveles deseados, debido a que la misma no ha cumplido satisfactoriamente con los compromisos que adquiere.

Es de vital importancia para nuestro país, dada la actual situación de crisis, que se busquen nuevas soluciones que deriven en acciones, a efecto de aumentar la eficiencia en la ejecución de la política en materia de inversión extranjera directa, por lo que se proponen las siguientes acciones:

1. Llevar a cabo una campaña permanente de difusión a nivel nacional y a nivel internacional de las acciones en materia de inversiones extranjeras. A nivel nacional, para enterar a quienes consideran que la actual política es una apertura indiscriminada; y a nivel internacional, para orientar al inversionista extranjero y con ello evitar que los medios de comunicación desvirtúen la apertura de nuestro país en materia de inversión extranjera directa.

2. Realizar una revisión y simplificación de trámites y procedimientos administrativos y legales en relación con la inversión extranjera.

3. Analizar los campos restringidos a la inversión extranjera directa en nuestra legislación, a fin de evaluar la conveniencia de modificar total o parcialmente las actuales restricciones.

Capítulo III

REGIMEN DE PROPIEDAD DEL EXTRANJERO EN MEXICO

1. EL MARCO CONSTITUCIONAL

El artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la fracción I, consagra que:

"Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que se hubieren adquirido en virtud del mismo.

"En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas."

Al Estado Mexicano corresponde enajenar el dominio de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional a los particulares y entre éstos, a nacionales y a extranjeros.

En relación con los primeros seis párrafos del artículo de referencia, Arellano García establece las siguientes máximas:

- A) El Estado tiene la propiedad originaria y puede constituir la propiedad privada.
- B) La propiedad privada está sujeta a las modalidades que imponga la nación por razones de interés público.
- C) Los bienes del dominio directo no pueden ser enajenados a particulares, pero pueden concesionarse en lo que hace a su aprovechamiento, uso y explotación a particulares y a sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas.
- D) No habrá concesiones tratándose de petróleo, de carburos de hidrógeno ni concesiones para generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica. 1/

Es importante señalar que en la fracción I del artículo 27 Constitucional se consigna la "Cláusula Calvo", medida de protección de los intereses mexicanos contra la interposición diplomática. En cuanto a esta cláusula, Arellano García señala que:

"Si en derecho internacional público fuese un requisito de procedibilidad para que el Estado ejerza el derecho de proteger a sus nacionales, contar con la voluntad de sus nacionales presenta

1/ Arellano García, op. cit., p. 448.

mente afectados, sería indiscutible la eficacia de la Cláusula Calvo pero, como el derecho de protección se puede ejercer sin necesitarse la voluntad del afectado, desde un punto de vista rigurosamente lógico, la Cláusula Calvo puede dar lugar a discusiones... Nuestro deseo íntimo sería en el sentido de que la Cláusula Calvo subsistiera en los términos actuales y que su eficacia fuera indiscutible. No lo estimamos así lamentablemente, la Cláusula Calvo es discutible, por lo que los países que la consignan en su sistema interno deben perfeccionarla." Y concluye: "Ha habido un receso en la interposición diplomática a la manera tradicional cuando se hacía valer la Cláusula Calvo pero este receso no necesariamente debe interpretarse como un triunfo de la Cláusula Calvo porque, como apunta el maestro César Sepúlveda, la experiencia internacional en la época moderna permite a los Estados poderosos el uso de fórmulas de presión más eficaces, como son las medidas económicas." 2/

Otro aspecto de suma importancia para el presente trabajo de tesis es el relativo a la prohibición de que, en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas. Esta faja es mejor conocida como "zona prohibida".

El hecho de que se prohíba a los extranjeros adquirir el dominio sobre los bienes inmuebles a que se refiere el artículo mencionado, significa que se les niega la posibilidad de adquirir esos bienes inmuebles en propiedad privada. Es decir, que al ser propietarios se confiere el derecho de uso, goce y disposición sobre las cosas objeto de la propiedad siempre atendiendo a lo que fije la ley.

2/ Arellano García, op. cit., p. 451.

2. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PROHIBICION CONSTITUCIONAL DEL ARTICULO 27

El primer intento legislativo y antecedente de las zonas prohibidas lo podemos encontrar, dice Ezio Cusi,^{3/} en la Ley de Colonización promulgada el 18 de agosto de 1824 que, en el artículo 4º, señalaba: "No podrán colonizarse los territorios comprendidos entre veinte leguas limítrofes con cualquier nación extranjera, y diez leguas sin previa aprobación del Supremo Poder Ejecutivo General."

El Decreto del 20 de marzo de 1829 establecía, en el artículo 19, que "los españoles que hayan de permanecer en la República, no podrán fijar en lo sucesivo su residencia en las costas y los que actualmente residan en ellas podrá el Gobierno obligarlos a que se internen, en caso de que tema una invasión próxima de tropas extranjeras."

La Constitución de 1836, en la fracción IV del artículo 21, señalaba que "los extranjeros introducidos legalmente en la República gozarán de la libertad para adquirir en la República propiedades raíces con tal de que primero se naturalicen en ella, se casen con mexicano, y se arreglen a lo demás que prescriba la ley relativa a estas adquisiciones."

El Presidente Santa Ana promulgó, el 11 de marzo de 1842, una ley en la que se prohibía la adquisición de aquellas tierras que estuvieran dentro de las cinco leguas de la costa, prohibición

^{3/} Cusi, Ezio. Algunos comentarios sobre las zonas prohibidas. En: *El Foro*, Cuarta época, N° 51, México, octubre-diciembre de 1965, p. 31.

que fue recogida por la Ley del 1º de febrero de 1856, y por la del 28 de marzo de 1886, promulgadas respectivamente por el Presidente Comonfort y por el Congreso de la Unión, a iniciativa del Presidente Porfirio Díaz.

Las leyes citadas son antecedentes de la prohibición enmarcada en el artículo 27 de la Constitución de 1917. Esta prohibición "tuvo su origen en un sentimiento de necesidad por resguardar, vigilar y mantener la integridad del territorio y de la Nación,..."^{4/} Al respecto, consideramos que se tomaron en cuenta motivos prácticos y estratégicos, que se pensó sería peligroso el establecimiento permanente de extranjeros en esta zona.

Landerreche Obregón indica que "... consideramos que esta prohibición se inspira fundamentalmente en consideraciones de seguridad militar."^{5/}

Ramos Garza afirma que "actualmente y desde hace algún tiempo, la razón de ser de la zona prohibida es sólo histórica y consecuentemente la prohibición que afecta a estas zonas ha dejado de tener valor y contenido práctico,..." "... dicha prohibición seguirá plasmada en nuestra Constitución en virtud de que su expresión sería vista por gente impreparada como una campaña de venta de nuestro territorio a países extranjeros."^{6/}

^{4/} Piña Medina, Jorge Armando. Fideicomisos y certificados de participación inmobiliaria en zona prohibida. Revista de la Facultad de Derecho, UNAM, Tomo XXXII, Núms. 121, 122 y 123, México, 1982, p. 108.

^{5/} Landerreche Obregón, Juan. Fideicomisos en favor de extranjeros, de inmuebles ubicados dentro de las zonas prohibidas.

^{6/} Ramos Garza, op. cit.

Para Piña Medina "... la razón del establecimiento de las zonas prohibidas descansa en lo que podríamos calificar hoy en día como una falsa seguridad militar." ^{7/}

3. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA LEY PARA PROMOVER LA INVERSION MEXICANA Y REGULAR LA INVERSION EXTRANJERA CON RESPECTO AL FIDEICOMISO EN ZONAS PROHIBIDAS

Existen diversos ordenamientos que se analizarán a continuación, que fundamentan la actual legislación en materia de inversión extranjera en México.

En 1926 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Orgánica del Artículo 27 Constitucional que, en el artículo 1º, establece la prohibición a los extranjeros para adquirir el dominio directo de tierras y aguas en las zonas prohibidas o de ser socios de sociedades mexicanas que adquieran tal dominio en la zona prohibida. Asimismo, se condiciona el derecho de los extranjeros de formar parte de sociedades mexicanas que tengan o adquieran el dominio de tierras, aguas o sus acciones, o concesiones de explotación de minas, aguas o combustibles minerales en el territorio de la República, a que convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en los términos de la Cláusula Calvo.

En esta ley se señala que los socios extranjeros en sociedades con fines agrícolas deben tener una participación menor al 50%. Se indica, también, que cuando un extranjero tuviera que adquirir por herencia derechos cuya adquisición estuviera prohibida a extranjeros por la ley, la Secretaría de Relaciones Exteriores dará el permiso que corresponda. Además, en el caso de que un ex-

^{7/} Piña Medina, op. cit.

tranjero tenga que adjudicarse en virtud de derecho preexistente adquirido de buena fe y siendo prohibido por la ley para los extranjeros.

En los dos casos mencionados, el permiso se otorgará con la condición de transmitir los derechos de que se trate a persona capacitada conforme a la ley, dentro de un plazo de cinco años a partir de la muerte del autor de la herencia, en el primer caso, o de la adquisición en el segundo.

En el mismo año que se publicó la Ley Orgánica del Artículo 27 Constitucional se expidió el Reglamento de dicha Ley.

En el artículo 1º se señalan las sanciones para funcionarios que intervienen en la escrituración para la transmisión a personas físicas o sociedades extranjeras de tierras, aguas y sus concesiones dentro de la zona prohibida, consistentes en la pérdida de su empleo. Se indica, además, la obligación de los notarios, cónsules mexicanos en el extranjero y demás funcionarios que participan en la escrituración de sociedades civiles y mercantiles que deseen estar en posibilidad de admitir socios extranjeros y de adquirir en cualquier forma el dominio directo sobre tierras, aguas y sus accesiones fuera de la zona prohibida, o bien concesiones para la explotación de minas, aguas y combustibles minerales en la República Mexicana a efecto de que consignen expresamente la Cláusula Calvo. Se ha de solicitar, con anticipación, tanto para la constitución como en cada caso de adquisición de los bienes de referencia, el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, que exige la fracción I del artículo 27 Constitucional, en un término de 90 días hábiles. En el caso de que los encargados de los registros públicos en la República no cumplan con la presente disposición perderán el empleo. Asimismo, se obliga a la inscripción de la Cláu-

sula Calvo en los títulos o certificados de acciones en las sociedades por acciones.

Con posterioridad, se expide el Decreto del 29 de junio de 1944. Su objeto fue el acaparamiento de determinados inmuebles y empresas, mientras México se encontrara en estado de guerra. Se tomarían algunas medidas de emergencia de carácter general a ser aplicadas por órganos gubernamentales, en particular, mediante la sujeción de una serie de actividades cuando fueren realizadas por extranjeros o por sociedades mexicanas que tuvieran o pudieren llegar a tener socios extranjeros, a la obtención de un permiso previo de la Secretaría de Relaciones Exteriores, a quien otorgó facultades discrecionales para conceder, negar o condicionar estos permisos.

Los casos eran innumerables, tales como la adquisición de negociaciones o empresas o el control sobre ellas, de las ya existentes en el país dedicadas a actividades industriales, agrícolas, ganaderas, forestales o inmobiliarias en general, así como la adquisición de prácticamente toda clase de inmuebles, sin importar su destino.

Equiparaba el derecho de referencia a las adquisiciones antes mencionadas, los arrendamientos por más de 10 años, y los contratos de fideicomiso cuando los fideicomisarios fueren personas o sociedades de nacionalidad extranjera o sociedades mexicanas que tuvieran o pudieren tener socios extranjeros.

Se exigía un permiso previo de la Secretaría de Relaciones Exteriores para celebrar los contratos de fideicomiso por medio de los cuales extranjeros y sociedades mexicanas con extranjeros adquirían derechos fideicomisarios sobre decisiones de empresas me-

xicanas ya establecidas, dedicadas prácticamente a cualquier actividad, o bien, cuando estas personas adquirían derechos fideicomisarios sobre cualquier clase de inmuebles.

El permiso que otorgaba la Secretaría de Relaciones Exteriores consistía en que al solicitarlo el extranjero en casos de adquisición de inmuebles o para participar en la constitución de sociedades, renunciara expresamente a la protección de su gobierno respecto de los bienes que adquiriera directamente, o a través de sociedades en que participara, de acuerdo con la doctrina Calvo adoptada en la Constitución por el artículo 27 y leyes reglamentarias.

Para Ramos Garza "cuando se trata de fideicomisos no son los extranjeros quienes solicitan los permisos para adquirir los bienes fideicometidos sino las instituciones bancarias." 8/

Cabe señalar que el Decreto de 1944 fue resultado del Decreto del 1º de junio de 1942, que aprobó la suspensión de las garantías individuales constitucionales durante el tiempo en que México estuvo en guerra contra Alemania, Italia y Japón. Su objeto fue autorizar al Ejecutivo de la Unión para legislar en los distintos ramos de la administración pública, por tiempo limitado, para que en los términos constitucionales, el Presidente de la República previos los acuerdos y aprobaciones pertinentes pudiese hacer frente, rápida y fácilmente, a la situación de guerra entonces existente.

El Presidente Avila Camacho, con base en el Decreto del 1º de junio de 1942, expidió el Decreto del 29 de junio de 1944, en el que señaló, en el artículo 1º, sobre su vigencia temporal

8/ Ramos Garza, op.cit.

constreñida únicamente al tiempo en que estuviere en vigor la suspensión de garantías decretada el 1º de junio de 1942.

El 28 de septiembre de 1945, otro Decreto establecía que a partir del 1º de octubre de ese año se levantaba la suspensión de garantías del 1º de junio de 1942, y se restablecía, por tanto, el orden constitucional, quedando sin efecto las disposiciones expedidas por el Ejecutivo Federal, basadas en el Decreto del 1º de junio de 1942. Sin embargo, el Decreto de 1945 ratificó y declaró vigentes las disposiciones dictadas por el Ejecutivo Federal que legislaban en los ramos de la administración pública, salvo las expedidas con vigencia limitada a la emergencia, y ratificó con carácter de leyes las disposiciones emanadas del Ejecutivo Federal durante la emergencia y relacionadas con la intervención del Estado en la vida económica.

En relación con lo expuesto, surgieron interrelaciones conflictivas, ya que había quienes afirmaban que el Decreto de 1945 derogó el de 1944. Otros, como la Secretaría de Relaciones Exteriores, afirmaban lo contrario, pues esta dependencia del Ejecutivo lo ratificó con carácter de Ley por referirse a una intervención del Estado en la vida económica.

La controversia no fue resuelta completamente por la Suprema Corte de Justicia, aun cuando en dos ocasiones juzgó que el Decreto de 1944 fue meramente transitorio y constreñido al tiempo en que permaneció en vigor la suspensión de garantías del 1º de junio de 1942.

Al entrar en vigor en 1973 la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera quedaron derogadas, conforme con el artículo 5º transitorio, todas las disposiciones

legales o reglamentarias que se opusieran a ella.

Con el objeto de precisar sobre la vigencia del Decreto de 1944, Ramos Garza presentó consulta oficial al Secretario Ejecutivo de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, quienes concluyeron que dicho Decreto quedó abolido a partir del 8 de mayo de 1973 en todas las disposiciones que fueron sustituidas por las de dicha ley, por lo que a efecto de estar en posibilidad de determinar si tal Decreto está derogado, es necesario examinar cada caso concreto de aplicación de la norma jurídica correspondiente.

Para Ramos Garza, aun cuando no esté de acuerdo con la interpretación de la CNIE, "en materia de fideicomisos, los permisos que exigía obtener el Decreto de 1944, todavía se requieren, porque la LIE no menciona disposiciones sustitutas o alternas..., y, en consecuencia, las disposiciones del Decreto, relacionadas con fideicomisos, se encuentran en vigor." ^{9/}

El 30 de abril de 1971 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Acuerdo Presidencial del 29 del mismo mes y año, por medio del cual se autoriza a la Secretaría de Relaciones Exteriores, a conceder a instituciones de crédito, permisos para adquirir en fideicomiso inmuebles con fines industriales o turísticos en fronteras y costas, y permitir a extranjeros su uso y aprovechamiento durante un plazo máximo de treinta años.

En el artículo 1º se facultaba a la Secretaría de Relaciones Exteriores a otorgar en forma discrecional y casuística a instituciones nacionales de crédito, permisos para adquirir como fiducia

9/ Ramos Garza, Oscar. El fideicomiso y la Ley de Inversiones Extranjeras. En: El Foro, Sexta época, Núm. 7, México, octubre-diciembre de 1976, p. 47.

rias, bienes inmuebles destinados a la realización de actividades industriales o turísticas ubicados en zonas fronterizas, en el entendido de que los fideicomisarios sólo utilicen y aprovechen dichos bienes inmuebles y, por ende, no tengan derechos reales sobre ellos.

En el artículo 2º se señalaba que a juicio de la Secretaría de Relaciones Exteriores el tipo de operaciones a que se hace mención en el artículo 1º se efectuara por medio de instituciones de crédito privadas.

Por medio del artículo 3º se creó la Comisión Consultiva Intersecretarial cuya función consiste en emitir opinión sobre las solicitudes que se le turnen a la Secretaría de Relaciones Exteriores para la constitución de fideicomisos en zonas prohibidas. La Comisión está integrada por representantes de cada una de las Secretarías de Relaciones Exteriores, de Gobernación, de Hacienda y Crédito Público, de Industria y Comercio (ahora de Comercio y Fomento Industrial) y del Departamento de Turismo (ahora Secretaría), así como los directores generales de asuntos jurídicos de cada una de las Secretarías mencionadas.

El objeto de la Comisión era determinar sobre la conveniencia de aprobar o negar las solicitudes que presentaran las instituciones fiduciarias para adquirir en fideicomiso inmuebles en zonas prohibidas, y cuya resolución final estaría a cargo de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

El artículo 4º disponía sobre las condiciones generales a que están sujetos los permisos para fideicomisos que expida la Secretaría de Relaciones Exteriores con base en el Acuerdo:

La institución fiduciaria conserva la propiedad de los inmuebles durante la vigencia del fideicomiso, que no excederá de treinta años; podrá, asimismo, dar en arrendamiento los inmuebles por plazos no superiores a diez años a la persona que le indique la fideicomisaria; y, a la extinción del fideicomiso, transmitirá la propiedad de los inmuebles a personas capacitadas legalmente para adquirirlos.

Por último, el Gobierno Federal se reserva la facultad de verificar el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

En el artículo 5º se establecen los derechos que representarán los certificados de participación inmobiliarios que se emitan en los fideicomisos de este tipo, consistentes en:

- 1) El derecho a una parte alícuota de los frutos o rendimientos de los bienes dados en fideicomiso.
- 2) El derecho a una parte alícuota del producto neto resultado de la venta de dichos bienes.
- 3) El derecho de aprovechamiento directo de los inmuebles fideicometidos.

Se hace el señalamiento que estos certificados no dan derechos de propiedad sobre los inmuebles fideicometidos.

El artículo 6º señala que no se requiere permiso de la Secretaría de Gobernación para que los extranjeros adquieran derechos derivados del fideicomiso, por no constituir derechos reales.

Mediante el Acuerdo Presidencial del 29 de abril de 1971, se calificó al fideicomiso como único procedimiento lícito, por me-

dio del cual se permite a los extranjeros durante un plazo de treinta años gozar del uso y arrendamiento de inmuebles ubicados en la faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta a lo largo de las costas. Por consiguiente, menciona como ilícitos los demás medios que hasta entonces se habían utilizado para la adquisición de bienes inmuebles en la zona prohibida.

Capítulo IV

LA INVERSION EXTRANJERA ENCAUZADA POR POR MEDIO DEL FIDEICOMISO

1. CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

Con el propósito de lograr un desarrollo económico más equilibrado para el país, el Estado mexicano contempla, entre otros medios, el empleo de la inversión extranjera. Fue hasta 1973 cuando se emitió la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.

Las bases del régimen económico del Estado mexicano están contenidas en el artículo 25 Constitucional. Así, en su primer párrafo se establece: "Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución."

En esta forma, quedan precisados los fines de la acción rectora del Estado, que son: garantizar que el desarrollo sea integral; fortalecer la soberanía de la nación; conseguir el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de individuos, grupos y clases sociales.

Y para lograr el desarrollo, las diversas actividades que el Estado debe realizar, consisten, entre otras, en:

- Planear, conducir, coordinar y orientar la actividad económica nacional.
- Concurrir al desarrollo nacional, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo.
- Tener a su cargo el sector público, de manera exclusiva las áreas estratégicas señaladas en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución.
- Participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo.
- Apoyar e impulsar, bajo criterios de equidad social y productividad, a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.
- Alentar y proteger la actividad económica que realicen los particulares y promover las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece la Constitución.

De acuerdo con el artículo 73 Constitucional, fracción XXIX-F, se faculta al Congreso de la Unión para expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana y la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional.

La LIE tiene su fundamento constitucional en la fracción XVI del citado artículo 73, dado que el Congreso de la Unión está facultado para dictar leyes sobre nacionalidad y condición jurídica de los extranjeros. Asimismo, la fracción X del mismo artículo también constituye fundamento de la LIE, ya que el Congreso federal está capacitado para legislar sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio... y para expedir leyes del trabajo reglamentario del artículo 123.

Así fue como la LIE se promulgó con fundamento en las fracciones XVI y X del artículo 73 Constitucional, en las que se regula la condición jurídica de los extranjeros en las actividades comerciales que realicen dentro del país.

Aun cuando queda clara la constitucionalidad de la LIE con fundamento en las fracciones antes citadas del artículo 73 Constitucional, en 1983 se adicionó a este artículo la fracción XXIX-F, en la que se señalan las facultades del Congreso de la Unión para expedir leyes tendientes a promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera y la transferencia de tecnología.

Cabe señalar que el artículo 25 Constitucional fue modificado mediante Decreto del 3 de febrero de 1984, por virtud del cual se otorga al Estado la rectoría del desarrollo nacional, incluyen-

dose en ella la promoción de la inversión mexicana y la regulación de la inversión extranjera.

2. REGULACION DEL FIDEICOMISO EN LA LIE

La LIE está compuesta por treinta y un artículos contenidos dentro de seis capítulos:

- I. Del objeto (Arts. 1 al 7).
- II. De la adquisición de empresas establecidas y del control sobre ellas (Arts. 8 al 10).
- III. De la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (Arts. 11 al 17).
- IV. Del fideicomiso en fronteras y litorales (Arts. 18 al 22).
- V. Del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras (Arts. 23 y 24).
- VI. Disposiciones generales (Arts. 25 al 31).

De acuerdo con la exposición de motivos, con la LIE se pretende lograr, para beneficio de nuestra economía, el sostenimiento y la aceleración del desarrollo industrial y turístico de las zonas fronterizas y litorales del país, utilizando para ello el fideicomiso, que se califica de medio adecuado para satisfacer los fines buscados, bajo la dirección de una política definida para establecer los límites y condiciones de su autorización con la posibilidad de que con posterioridad a la constitución de fideicomisos, pueda realizarse la emisión de certificados de participación inmobiliarios.

Asimismo, con la LIE se pretende eliminar subterfugios

para transgredir la prohibición constitucional.

En la parte final del artículo 2º de la Ley, se dispone que constituye la materia y objeto de la LIE, "la inversión extranjera que se realice en el capital de las empresas, en la adquisición de los bienes y en las operaciones a que la propia ley se refiere." Esta inversión extranjera se puede hacer por medio del fideicomiso, negocio jurídico que está comprendido en el capítulo IV de la LIE, y que constituye una de estas operaciones.

El fideicomiso está reglamentado en los artículos 18 al 22 relativos a inmuebles y derechos reales sobre éstos, que se encuentren en las zonas prohibidas; en el artículo 23, fracción III, se señala la inscripción de todos los fideicomisos en que participen extranjeros, y cuyo objeto sea la realización de actos regulados por la LIE, así como los artículos 22 al 24 del Reglamento del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras que señalan la inscripción de los fideicomisos.

Los criterios de interpretación de las disposiciones legales sobre la constitución de fideicomisos celebrados por extranjeros, se establecen en la Resolución General Nº 6 de la CNIE.

Conforme a la reglamentación anterior, el fideicomiso es sujeto de la inversión extranjera. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 2º de la LIE, esta figura no está comprendida en el mismo, en razón de que la fiduciaria es una persona moral mexicana.

Según Barrera Graf "el fideicomiso, aun cuando dé lugar a la formación de un patrimonio separado autónomo y de afectación, carece de personalidad," y agrega que "no es el sujeto de la inversión extranjera sino su titular, es decir, la institución fiducia-

ria,... tampoco se trata de una de las unidades económicas a que se refiere la fracción III del artículo 2º, porque ellas deben ser extranjeras." Y continúa, "... tampoco daría lugar a la modalidad de inversión extranjera consistente en obtener el manejo de una empresa mexicana, porque ni el fideicomiso ni el patrimonio fideicomitido constituyen una negociación o empresa." 1/

El propio autor concluye que "los fideicomisos en que la inversión extranjera participa como fideicomitente, como fiduciario, o a través del control directo o indirecto del patrimonio, son normalmente operaciones de las comprendidas en la ley, y, que las instituciones fiduciarias, o sea, los bancos autorizados al efecto constituyen uno más de los sujetos de la LIE en aquellos negocios en que participe uno de ellos." 2/

Ahora analizaremos la reglamentación del fideicomiso en la LIE:

En el artículo 18 se faculta a la Secretaría de Relaciones Exteriores en términos de la fracción I del artículo 27 Constitucional a efecto de que autorice en cada caso, la conveniencia de conceder a las instituciones de crédito, permisos para adquirir como fiduciarias el dominio de los bienes inmuebles que se destinen a la realización de actividades industriales y turísticas en la zona prohibida.

Con respecto al "dominio directo", nuestra legislación no lo define. Sin embargo, la doctrina indica que "dominio directo" es el derecho del propietario íntegro en tanto que "dominio

1/ Barrera Graf, op. cit., p. 84.

2/ Barrera Graf, op. cit., p. 85.

útil" se refiere al uso y frutos de la cosa.

En virtud de lo anterior, se considera que el fideicomisario extranjero tiene el dominio útil, ya que la institución fiduciaria detenta el dominio directo sobre los bienes inmuebles dados en fideicomiso.

Con relación a la adquisición por extranjeros del dominio sobre inmuebles en la zona prohibida, Arellano García señala que "se debe eliminar no solamente la posibilidad de adquisición del dominio o propiedad sino la posibilidad de adquisición de cualquier derecho que implique un poder jurídico del extranjero sobre tierras y aguas ubicadas en las zonas fronterizas y costeras prohibidas." ^{3/}

En el artículo 19 se establece que la Secretaría de Relaciones Exteriores resolverá sobre la constitución de los fideicomisos a que se refiere el artículo 18, tomando en consideración los aspectos económicos y sociales que implique la realización de estas operaciones; y señala que la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras fijará los criterios y procedimientos conforme a los cuales se resolverán estas solicitudes.

La duración de los fideicomisos a que se refiere el capítulo IV en ningún caso excederá de treinta años, de acuerdo con el artículo 20. Así, la fracción III del artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que quedan prohibidos los fideicomisos "(aquellos) cuya duración sea mayor de 30 años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia." Según

^{3/} Arellano García, op. cit., p. 364.

el artículo 20 de la LIE, "la institución fiduciaria conservará siempre la propiedad de los inmuebles;..."

En relación con la cita anterior del artículo 359 de la LGTOC, se considera que es innecesaria, ya que aun sin afirmarlo, la fiduciaria no podría dejar de tener la titularidad de los bienes fideicometidos y a que además de ser naturaleza propia de este tipo de negocios, mientras dure el fideicomiso, que es irrevocable, la misma está obligada a conservarlos.

En el artículo 20 de la LIE se señala que la fiduciaria tendrá la facultad de arrendar los inmuebles fideicometidos por plazos no superiores a 10 años. Se inspira en la Ley de Nacionalidad y Naturalización, en el artículo 49, que establece que se considera como enajenación todo arrendamiento de inmuebles siempre que el término del contrato no exceda de 10 años.

El último párrafo del artículo 20 mencionado, establece que: "El Gobierno Federal se reserva la facultad de verificar en cualquier tiempo el cumplimiento de los fines del fideicomiso."

La Comisión Nacional Bancaria y de Seguros es el organismo encargado de realizar la inspección y vigilancia de las instituciones de crédito con base en el artículo 97 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

En el artículo 21 de la LIE se hace referencia a los certificados de participación inmobiliarios que se emiten con base en el fideicomiso, así como a sus características. Los certificados representarán para el beneficiario: "a) 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; b) el derecho a una parte alícuota del derecho de propiedad o de la titularidad de esos bienes, derechos o valores; y c) o bien el derecho a una parte alícuota del producto neto que resulte de la venta de dichos bienes, derechos o valores." 4/ Deberán ser nominativos y no amortizables, y constituirán el derecho de aprovechamiento del inmueble fideicometido y a los productos líquidos que de dicho inmueble obtenga el fiduciario, en los términos del acto de emisión, así como el derecho al producto neto que resulte de la venta que haga la institución fiduciaria a la persona legalmente capacitada para adquirir el inmueble fideicometido.

En la fracción III del artículo 23 de la LIE se dispone que se deberán inscribir en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras: "Los fideicomisos en que participen extranjeros y cuyo objeto sea la realización de actos regulados por esta ley." Aquí se plantea el hecho de que exista la participación de extranjeros y que el objeto o fin del fideicomiso sea la realización de operaciones que regula la LIE.

En el primer supuesto es necesario precisar respecto de la nacionalidad de quien intervenga en el fideicomiso. Si son personas físicas, resulta extranjero todo aquel que no es mexicano. De acuerdo con el artículo 33 Constitucional, se dispone que: "Son extranjeros los que no poseen las calidades determinadas en el artículo 30." Y la Ley de Nacionalidad y Naturalización, establece en el artículo 6º, que "son extranjeros los que no sean mexicanos conforme a las disposiciones de esta ley."

4/ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, artículo 228-a, inciso b.

En tratándose de personas morales, la propia Ley de Nacionalidad y Naturalización señala, en el artículo 5o., que "son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes de la República y tengan en ella su domicilio legal."

En cuanto al segundo supuesto, que se refiere a que su objeto sea la realización de actos regulados por la LIE, a fin de precisarlo se toma como base el artículo 2º, en su parte final, en el que se hace referencia "a la inversión extranjera que se realice en el capital de las empresas en la adquisición de los bienes y en las operaciones a que la propia ley se refiere."

En virtud de lo anterior, el caso de los fideicomisos en fronteras y litorales, esta sujeto a inscripción, ya que existe participación de extranjeros y su objeto es la realización de actos regulados por la LIE.

Barrera Graf considera, acertadamente, que "es criticable desde el punto de vista técnico que la regulación de una materia tan importante como es el fideicomiso, se base en una norma registral", y que es "la única a la que puede aludirse en la ley, para comprender a una institución jurídica a la que con frecuencia se acude en la práctica diaria de los negocios, la cual se usaría como puerta de escape de la aplicación de la ley, burlando sus propósitos si no se acudiera al artículo 23, fracción III." ^{5/}

Los artículos 22 al 24 del Reglamento del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, regulan la fracción III del artículo 23 de la LIE, señalando la obligación de inscripción a cargo de

^{5/} Barrera Graf, op. cit., p. 101.

las instituciones fiduciarias.

El artículo 22 del RRNIE establece la obligación de inscribir "los fideicomisos en los que participen o de los que deriven derechos para extranjeros y cuyo objeto sea la realización de actos regulados por la ley."

El artículo 24 del RRNIE señala sobre el deber de información por parte del fiduciario, respecto de "cualquier modificación, rescisión, revocación o extinción del fideicomiso" y sobre "la transmisión a extranjeros de los certificados de participación o de los derechos para utilizar o aprovechar los bienes fideicometidos."

Para Gómez Palacio y Gutiérrez Zamora "la inscripción de fideicomisos es administrativa no sujeta a la decisión potestativa de la autoridad," y "la autoridad está obligada a inscribir el fideicomiso cuya inscripción se solicita, siempre y cuando se cumpla con los requisitos de término e información a que obliga el Reglamento del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras." ^{6/}

Conviene hacer la observación en el caso de los fideicomisos en fronteras y litorales, que previo a la inscripción a que hemos hecho referencia, conforme al artículo 18 de la LIE, se requiere obtener la autorización de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

^{6/} Gómez Palacio y Gutiérrez Zamora, op. cit., p. 269.

3. TIPOS DE FIDEICOMISO QUE CONTEMPLA LA RESOLUCION GENERAL.
Nº 6 DE LA COMISION NACIONAL DE INVERSIONES EXTRANJERAS

La Resolución Nº 6 se refiere a la autorización y a la inscripción en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, de todos los fideicomisos que indica la Ley. En la Resolución se contemplan los diversos tipos de fideicomiso que no están previstos en el capítulo IV de la LIE.

Los considerandos de la Resolución hacen referencia a la regularización de los fideicomisos que han sido motivo de dudas en relación con aquellos que deben inscribirse y los que están sujetos a resolución de la Comisión.

En el preámbulo de la Resolución se establece la obligación de inscripción en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, de fideicomisos en fronteras y litorales previstos en la LIE, en el capítulo IV, el cual se analizó ya en el presente trabajo.

La Resolución contempla los siguientes tipos de fideicomiso:

- a) Fideicomiso sobre acciones o partes sociales de empresas mexicanas

De acuerdo con el punto 1 de la Resolución, las instituciones fiduciarias deben solicitar la inscripción en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras (RNIE) de los fideicomisos a través de los cuales los inversionistas extranjeros: "tengan o adquieran los derechos corporativos o pecuniarios derivados de acciones o partes sociales de sociedades mexicanas, o bien la facultad de instruir a la fiduciaria sobre el ejercicio de tales derechos

(fracción I); y se constituyan garantías a favor de las personas, unidades o empresas a que se refiere el artículo 2º de la Ley, sobre acciones o partes sociales de sociedades mexicanas (fracción III, último párrafo)".

En el primer tipo de fideicomiso se hace la distinción entre derechos corporativos y derechos pecuniarios:

Los derechos corporativos son aquellos que tiene el socio a intervenir directa o indirectamente en la resolución de las actividades administrativas, así como el derecho a informarse y denunciar las actividades de la sociedad, tales como derecho al nombramiento de órganos de vigilancia, derecho a la denuncia, a la aprobación del balance, etc.

Los derechos pecuniarios son considerados, por la doctrina, como derechos patrimoniales, y entendemos que son los de contenido económico en interés y exclusivo del socio, que se ejercen frente a la sociedad. Por medio de estos derechos, el socio tiene facultades para exigir una prestación que se sumará a su patrimonio, tales como el derecho a la participación de beneficios, a la cuota de liquidación; derecho a participación en asambleas, al nombramiento de administradores y representantes.

En conclusión, cualquier derecho que tuviere un inversionista extranjero derivado de acciones o partes sociales de sociedades mexicanas, cabe por lo dispuesto en la fracción I del punto 1.

La inscripción en el RNIE de los fideicomisos de garantía, sobre acciones o partes sociales de empresas mexicanas, se fundamenta en la fracción IV del artículo 23 de la LIE y conforme al artículo 34 del RNIE.

En el punto 2 de la Resolución se señala la obligación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, previa resolución de la Comisión, a autorizar respecto de fideicomisos en que los inversionistas extranjeros "adquieran directamente o a través de la institución fiduciaria:

"I. Derechos de voto o pecuniarios sobre una o más acciones al portador;

"II. Derechos de voto o pecuniarios sobre acciones nominativas o partes sociales que representa más del 25% del capital de sociedades mexicanas ya establecidas, o más del 49% del capital de sociedades mexicanas en el momento de su constitución, con las salvedades que se establecen en el último párrafo del artículo 5º de la LIE."

La fracción I se refiere a derechos patrimoniales y a derechos corporativos en el caso del voto, y hace referencia únicamente a acciones al portador en este caso, con motivo de las reformas al artículo 111 de la Ley de Sociedades Mercantiles, que obliga a que sólo existan acciones nominativas exclusivamente, deja de tener utilidad práctica la disposición citada que tenía como fundamento el segundo párrafo del artículo 25 de la LIE.

La fracción II hace referencia a las autorizaciones para adquirir más del 25% del capital social de una empresa mexicana ya establecida (artículo 8º de la LIE), o más del 49% del capital social de una empresa mexicana en el momento de constituirse, y señalando como salvedad al último párrafo del artículo 5º de la LIE, referente a la excepción de leyes o disposiciones reglamentarias específicas por rama de actividad, en las que la inversión extranjera se deberá ajustar a los porcentajes y condiciones señalados por

dichas leyes o disposiciones.

b) Fideicomiso sobre activos fijos

En los puntos 1, fracción II, y 2, fracción III, de la Resolución, se regulan los fideicomisos a través de los cuales los inversionistas extranjeros "pueden disponer o decidir sobre la disposición de más del 49% de los activos fijos de una empresa."

En el primer caso se dispone la obligación de inscripción en el RNIE, y en el segundo se sujeta a la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, previa resolución de la Comisión.

c) Fideicomiso sobre activos esenciales para la explotación de una empresa

De acuerdo con los puntos 1, fracción III, y 2, fracción IV, de la Resolución, se obliga al fiduciario a inscribir en el RNIE y a obtener autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, previa resolución de la Comisión, respecto de fideicomisos en los que el inversionista extranjero "tenga o adquiera el derecho de explotar, directamente o por conducto de la fiduciaria, una empresa o sus activos esenciales."

Esta regulación se basa en la última parte del artículo 8º de la LIE, por medio de la cual se obliga a los inversionistas extranjeros a solicitar la autorización y resolución en el precepto referido, en los casos de arrendamiento de empresas o de activos esenciales para la explotación de la misma.

La Resolución N° 6 contempla, además, los siguientes as-

pectos:

El punto 3 de la Resolución dispone que: "Gozarán de un plazo de 90 días hábiles a partir de la fecha de publicación de esta Resolución, para regularizar los fideicomisos a que se refiere la misma, celebrados con anterioridad a su publicación." En cuanto a los fideicomisos celebrados con posterioridad a la publicación, el artículo 22 del RRNIE dispone: "Dentro del mes siguiente a la fecha de constitución del fideicomiso o de la realización de los actos que deriven derechos para extranjeros."

En el punto 4 de la Resolución se obliga a las instituciones fiduciarias a que: "Los contratos de fideicomiso de la naturaleza a que se refiere la presente Resolución, y que celebren en el futuro las instituciones fiduciarias, deberán contener una cláusula en la cual se señale la obligación de proceder a su inscripción en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras."

El punto 5, y último de la Resolución, prevé: "Todas las investigaciones que sea necesario realizar en relación con las disposiciones contenidas en la presente Resolución, se llevarán a cabo por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, de acuerdo con las facultades que le confiere la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (ahora Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito)."

La Legislación Bancaria en vigor dispone en su artículo 99, que la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros deberá: "... regular la inspección y vigilancia conforme a ésta y otras leyes que le competen."

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

1. El fideicomiso es, indudablemente, una adaptación del trust anglosajón a nuestro derecho positivo que, en su evolución a través de la actividad legislativa, ha quedado conformado e integrado dentro del cuerpo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.
2. El negocio fiduciario consiste, esencialmente, en un acto celebrado por particulares, no previsto por la Ley, integrado por las relaciones que se establecen entre el fideicomitente y la institución fiduciaria; por tanto, es un acto lícito, atípico y simulado; y así resulta que el negocio fiduciario no tiene relación con el fideicomiso.
3. El fideicomiso es un acto jurídico definido por las leyes, es decir, es un acto jurídico típico, porque está delineado y determinado por el orden jurídico.
4. El fideicomiso es un contrato, porque, de acuerdo con su regulación en el derecho positivo y conforme con las prácticas bancarias, existe una relación jurídica entre dos o más personas, debiendo existir un fideicomitente y una institución fiduciaria. De esta relación, se establecen derechos y obligaciones entre las par-

tes, por lo que resulta imposible considerarlo como una manifestación unilateral de voluntad.

5. La inversión extranjera directa es aceptable para México, siempre que cumpla y se ajuste a las normas establecidas por el Gobierno Federal; que se oriente y destine a las actividades que se le fijan; que sea complementaria de la inversión nacional, y que no desplace a ésta.

6. Por medio del fideicomiso se permite al inversionista extranjero la utilización y el aprovechamiento de bienes inmuebles, sin constituir derechos reales sobre ellos, que se encuentren ubicados en la zona prohibida.

7. El propietario, es decir, quien tiene el dominio directo sobre los bienes que el fideicomitente afecta al destino del fideicomiso, es la institución de crédito (la fiduciaria) que los recibe.

8. Es por ello que el fideicomiso es el instrumento legal más conveniente para que los extranjeros puedan utilizar los bienes inmuebles en la zona prohibida, estableciendo un derecho personal frente a la fiduciaria, la cual será la única propietaria y de esta forma no se viola el artículo 27 Constitucional, ya que aun cuando se prohíbe que los extranjeros adquieran el dominio directo, no prohíbe que puedan utilizar y aprovechar los bienes a través del fideicomiso.

9. Es por medio del fideicomiso como los extranjeros pueden participar con sus capitales y tecnología en el acrecentamiento del desarrollo industrial y turístico de México.

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

1. Acosta Romero, Miguel. Derecho bancario. 2º ed. Porrúa, México, 1978.
----- Naturaleza jurídica del fideicomiso. Publicado en: Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México. Banco Mexicano Somex, S. A., México, 1982.
2. Almazán Alaniz, Pablo Roberto. Antecedentes históricos del fideicomiso en México. Publicado en: Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México. Banco Mexicano Somex, S. A., México, 1982.
3. Arellano García, Carlos. Derecho internacional privado. 7º ed. Porrúa, México, 1984.
4. Barrera Graf, Jorge. Estudios de derecho bancario. Porrúa, México, 1958.
----- Inversión extranjera; régimen jurídico, Porrúa, México, 1975.
----- La regulación jurídica de las inversiones extranjeras en México. UNAM, México, 1981.
5. Batiza, Rodolfo. El fideicomiso; teoría y práctica. 2º ed. Asociación de Banqueros de México, México, 1973.
----- Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria. Porrúa, México, 1977.
----- Tres estudios sobre el fideicomiso. Imprenta Universitaria, México, 1954.
6. Cruz González, José. Inversión extranjera directa. En: Jurídica, Tomo I, N° 10, México, julio de 1978.

7. Cusi, Ezio. Algunos comentarios sobre las zonas prohibidas. En: El Foro, Cuarta época, N° 51, México, octubre - diciembre de 1965.
8. Cervantes Ahumada, Raúl. Títulos y operaciones de crédito. 11ª ed. Herrero, México, 1979.
9. De Pina, Rafael. Diccionario de derecho. Porrúa, México, 1976.
10. Napoleoni, Claudio. Recopilador. Diccionario de economía política. Castilla, Madrid. 1962.
11. Seldon, Arthur y F. G. Pennance. Diccionario de economía. Orbis, Barcelona, 1983.
12. Flores Cantú, Everardo. Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera. En: Derecho y ciencias sociales, Vol. I, N° 1, Monterrey, N. L., México, junio - septiembre de 1973.
13. García Moreno, Víctor Carlos. El impacto de las empresas transnacionales en el México contemporáneo y la frontera norte. En: Revista de la Facultad de Derecho de México, UNAM, Tomo XXXII, Núms. 121, 122 y 123, México, enero - junio de 1982.
14. García Maynez, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. 26ª ed. Porrúa, México, 1977.
15. Gómez Palacio y Gutiérrez Zamora, Ignacio. Análisis de la Ley de inversión extranjera en México. México, 1974.
----- Inversión extranjera directa. Porrúa, México, 1985.
16. Hernández, Octavio. Derecho bancario mexicano e instituciones de crédito. Porrúa, Tomo II, México, 1956.
17. Ibargüen Ahrens, Sergio y Azuela de la Cueva, Antonio. Breve análisis sistemático de la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera y algunas consideraciones respecto del concepto de empresa. En: Jurídica, N° 8, México, julio de 1976.
18. Krieger Vázquez, Emilio. Manual del fideicomiso. Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S. A., México, 1976.
19. Landerreche Castañeda, Jorge. Fideicomisos en favor de extranjeros, de inmuebles ubicados dentro de las zonas prohibidas.

20. Méndez Silva, Ricardo. El régimen jurídico de las inversiones extranjeras en México. UNAM, México, 1969.
21. Minquini Castañeda, Jorge. Las partes en el fideicomiso público. Publicado en: Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México. Banco Mexicano Somex, S. A., México, 1982.
22. Niboyet, Jean Paulin. Principios de derecho internacional privado. Editora Nacional, México, 1951.
23. Peniche Bolio, Francisco. Introducción al estudio del derecho. Porrúa, México, 1980.
24. Pérez Nieto Castro, Leonel. Comentarios a la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera. En: El Foro, Quinta época, N° 30, México, abril - junio de 1973.
25. Piña Medina, Jorge Armando. Fideicomisos y certificados de participación inmobiliaria en zona prohibida. En: Revista de la Facultad de Derecho de México, UNAM, Tomo XXXII, Núms. 121, 122 y 123, México.
26. Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras. Lineamientos sobre inversiones extranjeras y propósitos de su promoción. Ed. por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial y la Subsecretaría de Regulación de Inversiones Extranjeras y Transferencia de Tecnología, México, 1984.
27. Ramos Garza, Oscar. México ante la inversión extranjera. 3ª ed. Editorial Docal, México, 1974.
- Algunos comentarios sobre la Ley que regula las inversiones extranjeras y los fideicomisos de zona prohibida. En: Revista de Derecho Notarial, Año XIX, N° 60, México, septiembre de 1975.
- El fideicomiso y la Ley de inversiones extranjeras. En: El Foro, Sexta época, N° 7, México, octubre - diciembre de 1976.
- Las zonas prohibidas y el acuerdo presidencial de 1971. En: Revista de Derecho Notarial, Año XVI, N° 47, México, junio de 1972.
28. Villagordoza Lozano, José Manuel. Doctrina general del fideicomiso. Porrúa, México, 1976.