

703
24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

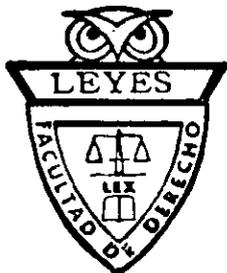
LA ADMINISTRACION DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO EN INSTITUCIONES DE CREDITO Y CASAS DE BOLSA, DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JAIME ROGELIO MARTINEZ



CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F.

1998.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

2645 73



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



FACULTAD DE DERECHO.

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL.

UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ.
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION ESCOLAR
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
P R E S E N T E .

El alumno **JAIME ROGELIO RUIZ MARTINEZ**, realizó bajo la dirección de este Seminario y con la asesoría del LIC. **ERICK CARVALLO YAÑEZ**, el trabajo intitulado **"LA ADMINISTRACION DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO EN INSTITUCIONES DE CREDITO Y CASAS DE BOLSA, DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO"**, que presentará como tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El mencionado asesor nos comunicó que el trabajo realizado por dicho alumno reúne los requisitos reglamentarios aplicables, para los efectos de su aprobación formal.

En vista de lo anterior, comunico a usted que el trabajo de referencia puede ser sometido a la consideración del H. Jurado que habrá de calificarlo.

Por sesión del día 3 de febrero de 1998 del Consejo de Directores de Seminario se acordó incluir en el oficio de aprobación de tesis la siguiente leyenda que se hace del conocimiento del sustentante:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad."

Atentamente,
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Ciudad Universitaria, a 13 de febrero de 1998

DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRERO
DIRECTOR

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

c.c.p. Secretaría General de la Facultad de Derecho.
c.c.p. Dr. Alberto Fabián Mondragón Pedrero.
c.c.p. Lic. Erick Carvalho Yáñez.
c.c.p. Alumno.
c.c.p. Archivo Seminario.

Jaime Rogelio Ruiz Martínez
13 de febrero de 1998

A MI PADRE AL GRAN CREADOR, EN GRATITUD POR ESTA OPORTUNIDAD.

**A MI PAPA ROGELIO RUIZ
MARTÍNEZ (q.e.p.d.) CON
PROFUNDO CARÍÑO Y RESPETO,
A QUIEN GRACIAS AL RECUERDO
DE SUS CONSEJOS, TERNURA Y
APOYO, DÍA CON DÍA SON EL
MOTIVO PARA SEGUIR SU BUEN
EJEMPLO.**

**A MIS ADORADOS PEQUEÑOS
ROGELIO Y ROBERTO ANTONIO,
CON LA ILUSIÓN DE QUE EN EL
FUTURO SIENTAN LA MISMA
ALEGRÍA DE VIVIR ESTOS
MOMENTOS.**

**A CECILIA SÁNCHEZ, TODO MI
ESPECIAL CARÍÑO POR SU
APOYO EN LOS MOMENTOS
DIFÍCILES Y POR SU BRILLANTE
SONRISA EN LOS INSTANTES DE
FELICIDAD.**

A MI MAMÁ ROSA MA. MARTÍNEZ
POR SU EJEMPLAR ESFUERZO,
CARIÑO Y COMPRENSIÓN; POR SU
ESTIMULO CONSTANTE PARA
ALCANZAR MIS IDEALES, PORQUE
ELLA ME INDICÓ EL CAMINO DE LA
HONESTIDAD.

GRACIAS.

A MI HERMANA CLAUDIA MARCELA,
MI AMIGA EN LOS TIEMPOS DE LA
NIÑEZ; POR SU APOYO EN MIS
DECISIONES Y POR ESTAR
CONMIGO.

MI ETERNA GRATITUD Y RESPETO
AL LIC. ERICK CARVALLO YAÑEZ, MI
GRAN AMIGO; A QUIEN COMO SI
FUERA MI HERMANO MAYOR,
GENEROSAMENTE ME HA
PRIVILEGIADO CON SUS CONSEJOS,
YA QUE CON SU GUÍA Y APOYO
ESTA TESIS SE HA CONCRETADO.

A LA EXTRAORDINARIA FAMILIA
FRAGOSO LARA, POR SU
EJEMPLAR FE Y UNIÓN FAMILIAR;
PARTICULARMENTE A JULIA,
DULCE Y GUADALUPE; POR SUS
ACERTADOS CONSEJOS Y EL
HONOR DE CONSIDERARME SU
AMIGO.

A MI ABUELITO MIGUEL ÁNGEL (q.e.p.d.), POR SU EJEMPLO DE LUCHA; A MIS TÍOS SALVADOR, ENRIQUE Y GILBERTO, EN ESPECIAL A MI PRIMO RICARDO Y A RAFAEL, POR SU RESPALDO EN LOS TIEMPOS DIFÍCILES.

CON GRATITUD A LA RESPETABLE UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, POR DARME LA OPORTUNIDAD Y DISTINCIÓN DE SENTIRME UNIVERSITARIO; A LA GLORIOSA FACULTAD DE DERECHO FORMADORA DE BRILLANTES ABOGADOS, Y MUY ESPECIALMENTE A LOS ILUSTRES CATEDRÁTICOS QUE DESINTERESADAMENTE ME ENSEÑARON LAS BASES DEL DERECHO.

ESPECIALMENTE CON GRAN AFECTO,
AL C.P. ALEJANDRO CHEW LEMUS
POR SUS CONSEJOS Y AMISTAD, ASÍ
COMO A VIRGINIA LÓPEZ DE CHEW.

AL C.P. IGNACIO TERRÓN SIERRA,
POR SU ENORME APOYO EN EL
INICIO DE ESTE TRABAJO.

AL C.P. MIGUEL ÁNGEL DÍAZ
CAMACHO Y C.P. MARÍA DEL
CARMEN AGUILERA, POR SU
ASESORÍA Y AMISTAD.

FINALMENTE A LA INSTITUCIÓN DONDE LABORO, MISMA QUE ME HA OTORGADO LA OPORTUNIDAD DE CONOCER LA FIGURA FIDUCIARIA Y EN LA QUE HE ENCONTRADO A MUCHAS PERSONAS DE LAS QUE RECIBO MUESTRAS DE APOYO Y AMISTAD. (en orden alfabético por el primer apellido)

LIC. SALVADOR ABURTO IRIGOYEN
LIC. ALEJANDRO CABALLERO ROSAS
TERESITA DEL N. JESÚS GONZÁLEZ
LIC. ALEJANDRO LÓPEZ ÁNGELES
LIC. MIGUEL ÁNGEL LUCERO MONTAÑO
C.P. RAUL MC NAUGHT GONZALEZ
LIC. ARTURO RESENDIZ VARGAS

LIC. ABELARDO SÁNCHEZ JUÁREZ
LIC. JORGE LUIS SÁNCHEZ VIVEROS
LIC. JESÚS SIERRA FERNÁNDEZ.

ÍNDICE

LA ADMINISTRACIÓN DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO EN INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y CASAS DE BOLSA, DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO.

CAPITULO PRIMERO.- Antecedentes del fideicomiso.

| | |
|---|----|
| a) Antecedentes en Roma..... | 1 |
| b) Antecedentes en Inglaterra..... | 5 |
| c) Antecedentes Estado Unidos de América..... | 7 |
| d) Antecedentes en México..... | 8 |
| e) Casas de Bolsa..... | 17 |

CAPITULO SEGUNDO. Naturaleza Jurídica del Fideicomiso.

| | |
|--|----|
| a) Naturaleza Jurídica..... | 20 |
| b) La afectación del Patrimonio al Contrato | 24 |
| c) La Inembargabilidad de los Bienes fideicomitidos..... | 26 |
| d) Personalidad Jurídica y Delegados Fiduciarios..... | 29 |

CAPITULO TERCERO.- El Contrato de Fideicomiso.

| | |
|---|----|
| a) Elementos de los Contratos en General..... | 33 |
| b) Elementos del Fideicomiso en particular..... | 37 |
| c) Fines del Fideicomiso..... | 51 |
| d) Extinción del Fideicomiso..... | 52 |

CAPITULO CUARTO.- Distintos tipos de los Contratos de Fideicomiso y su Administración

| | |
|---|----|
| a) Definición de el Concepto "Administración"..... | 55 |
| b) Fideicomisos para Planes de Prevención Social..... | 60 |
| c) Fideicomisos Inmobiliario..... | 69 |
| d) Fideicomisos Planeación Patrimonial..... | 72 |
| e) Fideicomisos de Apoyo..... | 73 |
| f) Fideicomisos de Garantía..... | 76 |
| g) Fideicomisos con Actividad Empresarial..... | 82 |

| | |
|-------------------|----|
| CONCLUSIONES..... | 85 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 87 |
| LEGISLACIÓN..... | 90 |

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO

ANTECEDENTES EN ROMA.

Antes de emprender el estudio del Fideicomiso desde el punto de vista jurídico, es importante hacer un paréntesis de los antecedentes del mismo a fin de comprender la figura fiduciaria, para tal efecto en el presente Capítulo se tendrá la oportunidad de presentar su desarrollo en función de su evolución a través del tiempo.

Inicio con ubicar estos antecedentes en el Derecho Romano, en virtud de que es en este derecho donde se utilizó la palabra *Fideicommissum*; como se explicará más adelante se utilizaba fundamentalmente con el fin de permitir que ciertas personas que no tenían capacidad para heredar, pudieran ser favorecidas por la voluntad del dueño de la cosa para disfrutar post mortem de la misma, a esta actividad se le denominó Herencias Fideicomisarias; adicionalmente se estudiará los distintos conceptos utilizados en la época, tales como los Fideyusores, la Coemptio Fiduciae Causa, la Fiducia Cum Creditore Contracta y la Fiducia Cum Amico, sustentando dicho estudio, principalmente en las Instituciones de Justiniano, que contempló estas figuras.

Etimológicamente **FIDEICOMISO** se desprende de las voces latinas **FIDEI** que significa **FE** y **COMMISSUM** que quiere decir **COMISIÓN**, o sea un acto cometido a la Fe; importante aclarar que apesar de tener relación este vocablo, la mayoría de los especialistas coinciden en afirmar que en Roma no se originó el fideicomiso como una derivación del Trust o del Fideicomiso Mexicano, al cual se le denominó así en la Ley de 1926, sin que tuviera el nombre relación con el Fideicommissum Romano.

Ahora bien, de acuerdo con lo que señala el maestro M. Ortalan, la denominación de Instituta formaba un título consagrado a la jurisprudencia romana para indicar los tratados en que se explicaban de un modo fácil y metódico los principios y los elementos del derecho, el emperador Justiniano ordenó que se llevara a cabo un libro elemental para facilitar la enseñanza y estudio del derecho, (30 de diciembre de 533) sus Instituciones como él dice, fueron sacadas de las Instituciones de Gayo compuestas de cuatro libros con la denominación de comentarios¹.

HERENCIAS FIDEICOMISARIAS.

En el Derecho Romano, los fideicommissum se hallaban todos sin fuerza, ya que ninguno era obligado a cumplir aquello que se le había encomendado porque no se apoyaban en ningún motivo de derecho², es decir, no tenía obligatoriedad civil, era cuestión de conciencia y se

¹ Ortalan, M. "Instituciones de Justiniano". Editorial Heliasta, S. de R.L., Primera Edición, 1976, Pág. 20.

² Ortalan, M. Op. Cit. Pág. 178.

sustentaba en la buena fe de la persona encargada de realizarlos. En efecto, si se quería dejar la herencia o algunos legados a personas incapaces de recibirlos o para disponer de bienes de las personas que morían fuera del territorio romano, sin hacer un testamento con las solemnidades debidas, así como para librar la Ley y poder disponer de dichos bienes, se encomendaban a la buena fe de las personas capaces la realización de todo aquello que no podían hacerlo legalmente.

En las Instituciones de Justiniano, continúa mencionando el Lic. M Ortalán, en tiempo de Nerón y en el consulado de Trebelio, Máximo y Anneo Séneca, se expidió un senado-consulta, estableciendo que si la herencia hubiese de ser restituida por fideicomiso, todas las acciones que existiesen según el derecho civil en favor del heredero y contra éste, pasarían al fideicomisario y contra él, después este senado-consulta dio al pretor acciones útiles al fideicomisario y contra él, como las había dado el heredero y contra el heredero.

Bajo el mismo esquema, en las Instituciones de Justiniano en el Título XXIV se mencionaba que se podía dejar por fideicomisum objetos particulares, como un fundo, un esclavo, un vestido, oro, etcétera, también se podía dar la libertad a un esclavo por el mismo medio, rogando al heredero, a un legatario o a un fideicomisario que lo manumitiera, no importando que dicho esclavo fuera del testador, del heredero, del legatario o de otro; si era de otro, se le debía comprar y manumitir. Si el dueño se negaba a venderlo (suponiendo que no hubiera recibido nada en virtud de las últimas disposiciones del difunto), el fideicomisum de la libertad no se hallaba extinguido, sino sólo diferido; porque el tiempo podía suministrar ocasión de compra al esclavo y proceder a lo requerido.

El esclavo manumitido en virtud de un fideicomisum se hacía manumitido, no del testador, sino del que había hecho la manumisión; por el contrario, recibiendo directamente la libertad por testamento, era manumitido del testador y se llamaba Orcinus, aquel que sólo puede ser manumitido directamente por testamento que se hallase bajo la potestad del testador al tiempo de la formación del testamento y de la muerte de aquel³.

En opinión del maestro Sabino Ventura Silva, el fideicomisum era el acto de última voluntad expresado bajo la forma de ruego, mediante el cual una persona (fideicomitente) encargaba a otra (Fiduciario) transmitir toda su herencia, una cuota parte de ella o un bien determinado de la misma, a una tercera persona (fideicomisario).

Menciona este autor que el fideicomisum tuvo gran importancia en el Derecho Romano, cuando el testador quería favorecer con su herencia a una persona que carecía de capacidad para recibir bienes por legado o por institución hereditaria no le quedaba otro recurso que rogar a quien se tenía confianza, que podía ser heredero o cualquier otra persona, que entregase al incapaz de la sucesión, una cuota parte de ella o un objeto determinado⁴, en mi opinión este tipo de fideicomisum no tiene similitudes con el fideicomiso actual, y el desarrollo en nuestro país, salvo en la forma de poder transmitir los bienes al posible beneficiario o fideicomisario, como se analizará más adelante.

El fideicomisum se realizaba en forma verbal, con libertad; la base del mismo era la buena fe del fiduciario, la ausencia del cual no tenía sanciones jurídicas, como ya se expresó anteriormente. La sustitución fiduciaria era cuando el testador podía ordenar un fideicomiso encargando al fiduciario que no restituyera inmediatamente la herencia o parte de ella al fideicomisario, sino que la disfrutara, conservara y sólo hasta que muriera pasara dicha herencia al fideicomisario. Tal determinación era el camino que un bien tomaría en las próximas generaciones, la sustitución fideicomisaria no era posible en materia de herencias o legados, aunque se acercaba a esta

³ Ortalán, M. Op. Cit. Págs. 187-188.

⁴ Ventura Silva, Sabino. "Derecho Romano". Editorial Porrúa, S.A. de C.V., Novena Edición, 1988, Pág. 251.

posibilidad la sustitución pupilar o cuasipupilar en relación con herencias, que permitía al testador designar al heredero de su hijo impúber, demente o imbécil, siempre que éste muriera después que el testador, pero antes de llegar a la pubertad o de que recuperara su sano juicio.

El senado consulto Pegasiano (en tiempos del Vespasiano), extendió el sistema de la Lex Falcidia al fideicommissum; mediante esta Ley, el testador podía disponer de las tres cuartas partes de sus bienes; de igual forma, para transmitir fideicomisariamente una herencia, se recurría a una venta fingida del patrimonio hereditario *mancipatio nummo uno*.

LOS FIDEYUSORES.

Otra figura es la llamada *fianza Romana*, la que surgió de la estipulación y de acuerdo con el verbo usado en la interrogación, en la respuesta daba lugar a una sponsio, una fideipromissio o una fideiussio; la sponsio exigía el empleo del verbo spondere, el cual correspondía a una promesa con matices religiosos, por lo que no podía ser celebrado por extranjeros, reservándose a las personas que participaran en la religión romana; con el tiempo la sponsio cedió el lugar al fideipromissio, con la cual los peregrinos podían participar.

Continuando con el tema, es el libro tercero capítulo XX de las Instituciones de Justiniano en donde se mencionaba que por el promitente se obligaban también las personas llamadas fideyusores, que los acreedores acostumbraban exigir para aumentar su seguridad; derivado de lo anterior los Fideyusores podían acceder a toda obligación que fuera formada por la cosa, por palabras, por escrito o por el consentimiento. Poco importaba que la obligación fuera civil o natural; de tal manera que un fideyusor podía obligarse por un esclavo, ya con un extraño, ya con el mismo señor de aquél, por lo que naturalmente se le debía.

Es de resaltar que el Fideyusor no sólo se obliga a sí mismo, sino que también a sus herederos, la fideyusión podía preceder o seguir a la obligación principal; asimismo si había muchos fideyusores, todos los que concurrían estaban obligados, cada uno por todo; por consiguiente, podía libremente el acreedor proceder contra el que quisiera, por todo si fuera necesario. Pero según un rescripto de Adriano, el acreedor estaba obligado a dividir su acción entre todos aquellos que podían pagar en el tiempo de la litis contestatio; de tal manera que si uno de ellos se hallaba insolvente en este tiempo, gravaba éste a los demás en la parte correspondiente. Pero si el acreedor había obtenido el todo de alguno de los fideyusores, éste, en caso de insolvencia del deudor principal, sufriría sólo el perjuicio y debía imputársele a sí mismo, pues habría podido recurrir al rescripto de Adriano y pedir que la acción sólo se diese contra él por su parte.

Por otro lado, los fideyusores no podían obligarse de manera que debieran más que aquel por quien se obligaban, porque su obligación era accesoria de la acción principal y lo accesorio no puede contener más que lo principal; por el contrario, podían obligarse de modo que debieran menos entre sí; por ejemplo, si el deudor principal había prometido diez sueldos de oro, el fideyusor podía válidamente obligarse por cinco. Del mismo modo si el deudor había prometido pura y simplemente alguna cosa, el fideyusor podía prometer bajo alguna condición.

Por lo demás, si el fideyusor había pagado alguna cosa por el deudor, tenía derecho a recobrarlo, mediante la acción de mandato contra este último. El fideyusor se obligaba en griego, en estos términos: "Ordeno sobre mí", "quiero" o "bien quiero", si dice pretendo, será como si hubiese dicho las palabras antes mencionadas⁵ como se podrá observar esta modalidad del fideicommissum romano no tiene semejanza con el actual fideicomiso.

⁵ Ortalan, M. Op. Cit. Pág. 157.

COEMPTIO FIDUCIAE CAUSA.

Otra modalidad del fideicommissum en el Derecho Romano se derivaba de una facultad de que la mujer podía hacer uso, la Coemptio (venta efectiva al principio, imaginaria después, de la mujer al marido) para establecer sobre ella, bien fuera en beneficio del marido o de un tercero, una manus temporal (posesión de la mujer), destinada a romperla inmediatamente. Aquel bajo cuya autoridad cayese, se comprometía por un pacto fiducia a manumitirla inmediatamente. Así quedaba roto el lazo de agnación (vínculo que une a los parientes por línea masculina, comprendiendo a todas las personas que se encontraban bajo la potestad de un mismo paterfamilias), que la unía a su familia civil. La mujer empleaba estos procedimientos para desembarazarse de la carga del culto doméstico, o bien para evitar la tutela de los agnados y, en fin, para adquirir el derecho de testar, dado que tenía prohibición de hacer testamento, incapacidad que desapareció con Adriano⁶. Por lo anterior entendemos que ningún tipo de fideicomiso actual tiene semejanza con esta modalidad de fideicommissum.

FIDUCIA CUM CREDITORE CONTRACTA.

Se utilizó para garantizar determinadas obligaciones en el Derecho Clásico, la cual consistía en que cuando un deudor quería procurarle una seguridad real a su acreedor, no podía sino transferirle la propiedad de un bien por contrato de fiducia, acreedor que lo recibía con tal fin y, en virtud del cual el acreedor se obligaba por un Pactum Fiduciae, a devolverle el dominio del bien citado, después de ser pagado íntegramente, es decir el deudor en virtud de tal convenio se hallaba asistido por una acción personal denominada Actio Fiduciae.

En opinión del Lic. Sabino Ventura, la operación anterior presentaba inconvenientes, ya que el acreedor podía disponer de la cosa que recibía sólo en garantía del pago de la deuda, pues tenía sobre ella facultades de dominio. El deudor quedaba en situación desventajosa al entregar la cosa al acreedor, pues ya no podía utilizarla para garantizar otras obligaciones⁷.

Fuera de los peligros que podían nacer para terceros de la combinación de la fiducia con el precarium, la fiducia cum creditore ofrecía plena garantía al acreedor, aunque resultaba peligrosa para el deudor, como el primero obtenía la propiedad del bien, podía venderlo de mala fe o por descuido, en cuyo caso el deudor no tenía más que un derecho personal contra el acreedor y no un derecho real sobre el bien en cuestión.

Es importante mencionar que si el deudor no cumplía con su obligación, el acreedor tenía el derecho de retener la cosa para sí o para enajenarla, aún cuando el valor del bien en garantía excediera del importe de la obligación principal, esta modalidad del fideicommissum en Roma, como ya se mencionó ofrecía condiciones ventajosas para el acreedor y no así para el deudor, el cual era privado de la propiedad del bien y, en su caso, de los productos, teniendo únicamente una acción personal para pedir la restitución del bien.

Por las características propias, la Fiducia Cum Creditore perteneció a los tipos de contratos reales que se perfeccionaron con la entrega del bien materia del contrato; atento a lo anterior, se le ha considerado como la forma primitiva de la prenda o del comodato, toda vez que se realizaba para

⁶ Ventura Silva, Sabino. Op. Cit. Pág. 85.

⁷ Ventura Silva, Sabino. Op. Cit. Pág. 199.

garantizar alguna obligación o únicamente para conceder el uso y goce temporal y gratuito de la cosa transmitida, en beneficio de quien la recibía.

De los distintos tipos de fideicommissum que se utilizaron en el Derecho Romano, la Fiducia Cum Creditore Contracta es la única que se le asimila al fideicomiso de garantía actual.

FIDUCIA CUM AMICO

Esta figura fue utilizada por las personas que eran perseguidas por el gobierno romano, ya que al emigrar dejaban sus bienes bajo la responsabilidad de alguna persona de confianza, quien se obligaba a retransmitirle sus bienes en cuanto su situación cambiara; a mayor abundamiento, la persona que recibía los bienes podía usar o disfrutar dichos bienes en forma gratuita y en su beneficio, en el entendido de que una vez concluidos y realizados los fines o al vencer el plazo fijado, como consecuencia del pactum fiduciae, se le retransmitía al tradens.

ANTECEDENTES EN INGLATERRA.

Inglaterra es el país que desarrolló el fideicomiso a través de la denominación del *USE*, mismo que evolucionó por más de siete siglos sobreviviendo al paso del tiempo; ahora bien, existe un antecedente remoto en la Ley germánica conocido con el nombre de treuband o salman, que era una persona a quien se transfería la tierra con el fin de que pudiera a su vez traspassarla, de acuerdo con las instrucciones del transmisor original.

Conforme a lo que establece el Lic. Jorge Piña Medina, los uses y posteriormente el Trust fueron instituciones nacidas del derecho de equidad e íntimamente relacionadas con los tribunales de equidad. En Inglaterra es oscuro el origen primitivo del use, pero se afirma que en cierta forma fue un instrumento ideado por el pueblo para:

- Defenderse de las pesadas e injustas cargas que imponía el sistema feudal y los señores feudales sobre sus vasallos.
- Burlar el régimen imperante en esa época.

A diferencia con el Fideicommissum Romano, el Use fue la respuesta al injusto sistema feudal, pues éste fue una defensa del pueblo contra los señores feudales, y no sólo fue utilizado para asuntos de sucesiones testamentarias, sino como un instrumento muy flexible que servía para muchas otras finalidades; en los siglos XII y XIII se utilizaba para emancipar a esclavos, llegando a existir ventas formales hechas por un Lord a una tercera persona mediante el use o el Trust, para emancipar al siervo o esclavo; también era un instrumento utilizado por un propietario de tierras que transfería parte de ellas a sus sirvientes o vasallos como compensación para el uso de otras; el que recibía la propiedad se llamaba *FEOFFEE TO USES* y al beneficiario se le llamaba *CESTUI QUE USE*.

Los uses, continúa con su ilustración el Lic. Piña Medina, se creaban por convenio verbal; el *feoffee* aceptaba conservar los bienes en custodia y permitía al *cestui que use* tomar las utilidades; se obligaba además a transferir la propiedad o el título de ella tal como se le instruyera; con lo anterior, muchos propietarios lograban eludir las graves cargas que les imponía el régimen feudal, en tener que donar parte de sus tierras al señor feudal o participarle de los frutos de las mismas u

obtener hombres armados para la guerra, ya que los vasallos o siervos no soportaban esas cargas y de esta forma se liberaban de ellas.

Los grupos religiosos fueron los primeros en utilizar el use extensivamente, ya que las organizaciones religiosas no poseían tierras, pues esto estaba prohibido (Estatuto de manos muertas). No obstante, existían personas que deseando donar sus tierras a la Iglesia lo hacían mediante el use, y así a través de éste una orden religiosa podía obtener los beneficios de esas tierras, aunque no la propiedad; también se afirma que en los tiempos de Enrique V (1413-1422), los uses fueron la regla para poseer la tierra en la Gran Bretaña.

La utilización del use trajo como consecuencia el florecimiento del desarrollo de todo un sistema de impartición de justicia inglesa, que es conocido con el nombre de Sistema de Justicia de Equidad; la Cancillería, que como tribunal de equidad tuvo un auge aproximado de seis siglos en Inglaterra, aunque desapareció en 1875. Durante ese periodo la Cancillería actuó como tribunal de consciencia fundamentalmente, inspirado en el anhelo de aplicar la justicia al caso concreto, cuando la rigidez del Common Law no preveía muchas situaciones.

El use y posteriormente el Trust constituyeron la más frecuente razón de que los ciudadanos acudieran a la Cancillería para demandar justicia de equidad, ya que ambas instituciones no estaban definidas por el Common Law y las obligaciones derivadas de las mismas eran las más de las veces morales y verbales. Es así como las dos instituciones se fueron perfilando a través de los siglos y cómo el use y el Trust constituyeron la gran creación jurisprudencia del derecho de equidad.

Como ya se comentó el use era verbal, sin haber estado previsto en el Common Law, en consecuencia, muchos feoffees tomaban la propiedad para sí mismos y deshonestamente no cumplían la finalidad para la cual habían recibido las tierras dejando incumplido el encargo, entonces el cestui que use acudía ante el canciller, demandando justicia de equidad para ejercitar sus derechos y para que se obligara al feoffee deshonesto a cumplir con sus obligaciones; los procedimientos ante los tribunales de la Cancillería no han sido precisados con claridad, la justicia para las peticiones de los beneficiarios de los uses, empezó a ser reconocida por el canciller y hacia el siglo XV, se aceptó la fuerza legal de los uses y de los Trust.

A fines del siglo XIV y principios del XV, numerosas demandas en contra de los feoffees infieles fueron presentadas al canciller o al Consejo del Rey, asimismo, el sistema feudal fue perdiendo de esa manera fuerza en Inglaterra y los tribunales no llegaron a determinar que los uses fueran contra el orden público⁸.

Hacia esa época al utilizarse los uses; se observaba que un hombre de tiempo en tiempo, hacía entrega de su tierra a otro para el uso de un tercero, ya sea, cuando ese hombre se iba a una cruzada y deseaba que su tierra fuera conservada para el uso de sus hijos, esposa, o bien para el uso de congregaciones religiosas; durante algún tiempo el use vivió una precaria existencia, hasta que obtuvo el reconocimiento de la jurisdicción de equidad de los canceleres. El propio Piña Medina explica que a principio del siglo XVI, los uses y el trust trajeron aparejados serios inconvenientes, fraudes, e incluso el disgusto de la corona.

Se presentaron reparos y objeciones contra los uses porque eran medios para defraudar a acreedores, a herederos, a compradores y desde luego a los señores feudales que veían de este modo perder sus derechos, pero especialmente la corona que también perdía derechos en su calidad de Lord; en consecuencia Enrique VIII en el año de 1535, insistió en la necesidad de hacer algo sobre el particular y consiguió que el parlamento promulgara el *Statute of Uses*, en cuyo preámbulo se expresaba una lista de las maldades que existían provocadas por los uses,

⁸ Banco Mexicano Somex. Op. Cit. Págs. 9-17

independientemente de esas maldades, Enrique VIII en su enfrentamiento con la Iglesia procuró destruir el poder de las órdenes religiosas, confiscándoles sus propiedades y el procedimiento que utilizó para ello fue la abolición de los uses al amparo de los cuales las congregaciones religiosas poseían tierras.

La finalidad del Statute fue precisamente abolir los uses y eliminar la existencia de los feoffees of uses, así como dar al cestui que uses la propiedad legal. Incidentalmente el Statute of Uses fue revocado en Inglaterra en el año de 1925.

Tomando como base al Statute of Uses, los jueces del derecho común aplicaron e interpretaron dicho cuerpo legal, de ésta interpretación permitieron la continuación de algunos uses, fue entonces cuando los multicitados uses tomaron el nombre de **TRUST**, por considerar que dicha palabra era más adecuada para designar a la institución transformada. Un siglo después del Statute los uses al ser reconocidos con fuerza legal por la cancillería con el nombre de Trust, se inicia el moderno sistema del Trust en Inglaterra.

Por ejemplo, había ciertos casos en los que el dinero era recibido para el use de otros, es decir, para ser aplicado a algo más que a un depósito o a una deuda; ahora bien, cuando el dinero era recibido por un depositario para el uso de su patrón, aquél se convertía en fiduciario y no en un mero deudor o depositario del dinero, luego entonces, las acciones necesarias para exigir el cumplimiento de lo convenido, emanaban de lo que se comenzó a conocer como Trust; gran parte del derecho de los Trust fue codificado a partir del año de 1850 para converger con las condiciones de la sociedad, de los negocios y de la Ley de propiedad⁹.

En épocas más modernas se generalizó el concepto del Trust sobre bienes muebles y sobre dinero; igualmente comenzó a ser utilizado en lo que se ha convertido en práctica común, que es dar bienes muebles, acciones o valores y dinero en Trust, por lo que en muchos casos la fortuna de algunas personas que no consiste en terrenos o en inmuebles, puede ser dada en Trust para que éste realice inversiones productivas.

ANTECEDENTES EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

La gran contribución hecha por los Estados Unidos de América para la evolución del Fideicomiso o **TRUST**, es la aplicación del **TRUST CORPORATIVO**, asimismo la primera noticia que se tiene sobre una autorización proporcionada a una corporación para actuar como **TRUSTEE**, es la que se otorgó a **THE FARMERS' FIRE INSURANCE & LOAN COMPANY** en la ciudad de Nueva York en el año de 1822, iniciándose la creación de corporaciones con poder para administrar el **TRUST**, haciéndose su utilización más frecuente.

Las Trust Companies y los bancos que tienen facultad para actuar como trustees son profesionales y actúan en los campos de los negocios de administración; menciona el Lic. Carlos Dávalos que es uno de los dos sistemas en los que el fideicomiso tiene una importancia extrema, ya que junto con el Mexicano son los que más experiencia tienen, pero por lo que se refiere al nacimiento del derecho analizado en este apartado, el de Estados Unidos de América proviene a tal grado del de Inglaterra que podría decirse que en la actualidad, son el mismo.

El maestro Carlos Dávalos cita a Halbach, profesor de Berkeley, quien considera que en el derecho estadounidense actual, el trust se clasifica de acuerdo con los siguientes cuatro criterios

⁹ Banco Mexicano Somex. Op. Cit. Págs. 19-21

en que cada uno está sometido a reglas de validez y obligatoriedad distintas para cada parte, a saber:

a) Según las obligaciones impuestas al fiduciario, es decir, en un fideicomiso activo en el que el fiduciario tiene obligaciones "de hacer" concretas; o cuando es pasivo en el que el fiduciario no tiene responsabilidades concretas, sino que se resume a ser receptáculo del título legal.

b) Según sus fines, ya sea un fideicomiso privado o de beneficencia.

c) Según su forma de creación, ya sea fideicomiso expreso que es cuando la Ley presume una intención fiduciaria, y constructivo que es cuando su constitución es ordenada por un juez respecto a un bien que fue adquirido por vías ilícitas.

d) Finalmente según el momento de su creación, ya sea fideicomiso testamentario o inter vivos.

Cabe mencionar que las reglas fiduciarias son muchas y muy variadas, existiendo múltiples leyes, tales como el Uniform Fiduciaries Act, de 1922; Uniform Trust Act, de 1937; Uniform Common Trust Fund Act, de 1938; Uniform Trustees Powers Act, de 1964 y el cap. VII del Uniform Probate Code (del Trust Administration), de 1969¹⁰.

En opinión del Dr. Raúl Cervantes Ahumada, en los Estados Unidos de América, su aplicación se ha incrementado en la práctica bancaria principalmente, ya que el Trust se utiliza para formar fundaciones de caridad, para administrar bienes con una finalidad determinada (las personas que desean retirarse de los negocios ponen sus propiedades en Trust), para evitar juicios sucesorios, para formar patrimonios que sirvan de garantía a la creación de valores mobiliarios, etcétera ¹¹.

EL FIDEICOMISO EN MEXICO.

Como se desarrollará más adelante, el fideicomiso en la actualidad es considerado un instrumento jurídico muy flexible, pues debido a reformas legales practicadas a nuestros ordenamientos jurídicos en la presente década (1993), se utiliza ya no solamente en Instituciones de Crédito, sino en Casas de Bolsa, Instituciones de Seguros y de Fianzas; por ende, su aplicación es en consecuencia inagotable.

Diferentes estudiosos de la "Institución del Fideicomiso" coinciden en manifestar que antes del inicio del presente siglo no hay antecedentes de esta figura en México, asimismo durante todo este período, la figura en estudio ha estado presente de diversas formas, sobre todo en la práctica bancaria.

No hay que soslayar, como lo menciona el Lic. Dávalos Mejía que una figura llamada "TRUST DEED" produjo efectos jurídicos conforme a las Leyes mexicanas y, fue el instrumento con el que se garantizó la emisión de bonos, cuya captación se destinó a financiar la compra de ferrocarriles y la construcción de vías férreas en el año de 1908, en la que participaron el Gobierno Federal, Empresas Ferrocarrileras e Instituciones Fiduciarias Norteamericanas; a mayor abundamiento y conforme lo señala el maestro Batiza, el entonces vigente Código Civil de 1884 y la Ley sobre Ferrocarriles del 29 de abril de 1899, hicieron posible que un TRUST DEED aun cuando fuera

¹⁰ Dávalos Mejía, Carlos. "Títulos y Contratos de Crédito". Ed. Harla, S.A. de C.V., Segunda Edición, 1996. Pág. 839.

¹¹ Cervantes Ahumada, Raúl. "Títulos y Operaciones de Crédito". Ed. Herrero, S.A. de C.V., Décimo Tercera Edición, 1984, Pág. 287.

otorgado en los Estados Unidos de América, pudiera surtir efectos conforme a las Leyes mexicanas, donde se estimó que esa variedad del Trust correspondía a los contratos de préstamo, mandato e hipoteca; en virtud de haber sido un acto aislado no sentó precedente ni tuvo trascendencia jurídica por lo que no lo podemos considerar como antecedente legislativo o doctrinario de la figura que nos ocupa.

PROYECTO LIMANTOUR.

El primer intento realizado para establecer las Instituciones Fiduciarias en México, se atribuye al Proyecto redactado por el Lic. Jorge Vera Estañol, en donde el 21 de Noviembre de 1905 el entonces Secretario de Hacienda José Y. Limantour, envió a la Cámara de Diputados una iniciativa que facultaba al Ejecutivo a expedir una Ley para constituir Fideicomisos, dicho proyecto constaba de ocho artículos, pero debido a la oposición del Lic. Rosendo Pineda y al turbulento periodo de la Revolución que se iniciara pocos años después, se retardaron los esfuerzos para implantar las instituciones fiduciarias¹².

Dicho proyecto considerado como el primer antecedente teórico del fideicomiso en México no fue aprobado por el Congreso de la Unión, es importante destacar, que el término con que se denominó a este tipo de instituciones fue erróneo, al definirlos como fideicomisarias y no como fiduciarias.

PROYECTO CREEL.

Fue hasta el mes de febrero del año de 1924, en la primera Convención Bancaria donde se presenta el Proyecto Creel, cuyo autor fue el Lic. Enrique Creel, quien propuso la reglamentación de cierto tipo de compañías bancarias que tendrían por objeto fungir como fiduciarias, este proyecto corrigió el término de su antecesor al sustituir la expresión institucional fideicomisaria, por la denominación de Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro, dicho proyecto no fue sancionado como Ley, siendo importante mencionar que algunas de sus disposiciones influyeron sobre la legislación.

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

La Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de diciembre de 1924, abrogó la Ley General de Instituciones de Crédito de 1897; la primera de ellas introdujo en su contenido al fideicomiso en nuestro derecho, pero especificó que su funcionamiento se regiría por la Ley especial que habría expedirse posteriormente, lo que sucedió dos años después¹³.

La importancia de este ordenamiento, radica en que introdujo, como lo mencione en el párrafo anterior, por primera vez la figura del fideicomiso en nuestro derecho, éste fue comentado en los artículos 73 y 74, en donde se permitía servir a los intereses del público en varias formas, principalmente administrando los capitales que se les confiaban e interviniendo con la

¹² Batiza, Rodolfo. "Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria". Ed. Porrúa, S.A. de C.V., Segunda Edición, 1985, Pág. 16.

¹³ Dávalos Mejía, Carlos. Op. Cit. Pág. 842.

representación de los suscriptores o tenedores de bienes hipotecarios, como se podrá observar dicha inclusión no llenó los vacíos que se encontraban en la ley, ni tampoco precisa las características del fideicomiso ni reglamentó sus efectos; en marzo de 1926 nuevamente se sometió a la Secretaría de Hacienda el denominado Proyecto Vera Estafiol, inspirado en las instituciones norteamericanas y en el Proyecto Alfaro de Panamá; dicho proyecto estableció en el artículo 132, que la vigilancia de las Instituciones de Crédito y los establecimientos Bancarios correspondía a la Secretaría de Hacienda, la cual ejercería sus atribuciones por medio de inspectores; el artículo 133 disponía a su vez, que a fin de que la inspección fuera real y efectiva se crearía la Comisión Nacional Bancaria, la cual nació mediante decreto del 29 de diciembre de 1929.

LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO.

Con la promulgación de la presente Ley el día 30 de Junio de 1926, por primera vez se da una definición, reglamentación y estructura al Fideicomiso mexicano; articulado de 86 preceptos, se dividía en 5 Capítulos. Este ordenamiento le dio expresamente al fideicomiso la denominación de mandato irrevocable, mostrando con claridad la influencia de Alfaro y Creel.

En la exposición de motivos señalaba que la Institución del fideicomiso era nueva en México, en consecuencia, esa Ley importaba una legalización de una Institución jurídica moderna que en otros países, especialmente en el anglosajón, se practicaba hacía largo tiempo con fecundos resultados; permitía que las operaciones financieras y comerciales se hicieran sin las trabas del derecho tradicional¹⁴.

Igualmente dicha exposición de motivos concluía expresando, que en la nueva Ley se autorizaba a los bancos de fideicomiso para tener departamentos de ahorro; asimismo los preceptos más importantes de la Ley en comento fueron los siguientes:

- El artículo 1o. mencionó que el objeto propio de estas Instituciones, eran las operaciones por cuenta ajena y en favor de un tercero.
- El artículo 2o. determinó que para el establecimiento de dichas Instituciones, se requería el otorgamiento de una concesión a cargo del Gobierno Federal, con la exigencia de ser constituida como Sociedad Anónima.
- Por lo que se refiere a los órganos de administración y vigilancia, así como la forma de estructurarse, se regulaban en el artículo 3o. y 4o.
- El artículo 5o. prohibía a los bancos o compañías establecidos en país extranjero, tener en la República agencias o sucursales cuyo objeto fuera practicar operaciones de fideicomiso.
- De especial importancia el artículo 6o que estableció: "El Fideicomiso propiamente dicho, es un *mandato irrevocable* en virtud del cual se entregan al Banco, con carácter de Fiduciario determinados bienes, para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario"; hay que resaltar que en este precepto se incurre en el error de definir al fideicomiso como un mandato irrevocable.

¹⁴ Banco Mexicano Somex. Op. Cit. Pág. 33.

- Ahora bien, el artículo 14 estipuló: "El Banco Fiduciario podrá ejecutar en cuanto a los bienes fideicomitidos, todas las acciones y derechos inherentes al dominio, aun cuando no se exprese en el acto constitutivo del fideicomiso; pero no podrá enajenar, gravar ni pignorar dichos bienes a menos de tener facultad expresa, o de ser indispensables esos actos para la ejecución del fideicomiso".

- Muy importante resultaba el texto del artículo 18, que mencionaba las causas de extinción del fideicomiso, destacando el cumplimiento del objeto o su imposibilidad de cumplimiento, así como el incumplimiento de la condición suspensiva de que dependiera.

- El artículo 22 establecía las operaciones de que podrían encargarse los bancos de fideicomiso, complementadas con el siguiente artículo para bancos de fideicomiso con operaciones por cuenta ajena.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS.

La Ley de Bancos de Fideicomiso solamente tuvo una vigencia efímera de cuatro meses, debido a que en el mes de agosto del mismo año de 1926, se aprobó la nueva Ley bancaria a la que se le denominó "**Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios**", en la que el legislador incorporó los preceptos de la Ley anterior, contemplados en el Capítulo VI, Título Primero, denominado "De los Fideicomisos", artículos del 97 al 150, en algunos casos casi reproducía los lineamientos establecidos con anterioridad, por ejemplo:

Reiteró la prohibición a las Instituciones de Crédito extranjeras de llevar a cabo operaciones de fideicomiso en México.

Planteó que las instituciones debían contar con una concesión por parte del Ejecutivo de la Unión para su establecimiento.

Las concesiones en ningún caso excederían de 30 años, contados desde el 24 de Diciembre de 1924.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO.

Después de seis años, el 29 de Junio de 1932 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la nueva "**Ley General de Instituciones de Crédito**", de la cual, se transcribe el texto de su Exposición de Motivos por ser de gran valor en lo que respecta al Fideicomiso:

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

Siguiendo con ello el precedente ya establecido en la Ley actual, la nueva Ley sólo autoriza la constitución de fideicomisos, cuando el fiduciario es una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado, y mantiene todas las prohibiciones conducentes a impedir que, contra nuestra tradición jurídica, el fideicomiso dé lugar a sustituciones indebidas o a la constitución de patrimonios alejados del comercio jurídico normal. La nueva Ley conserva, también respecto a las instituciones autorizadas para actuar como fiduciarias, la facultad de aceptar y desempeñar mandatos o comisiones de toda clase, de encargarse de albaceazgos, sindicaturas, tutelas, liquidaciones y, en general, de aceptar la administración de bienes y el ejercicio de derechos por cuenta de terceros. Destruye pues la nueva Ley, toda confusión entre el fideicomiso y los actos de administración o de representación de terceros; pero, por la semejanza de funciones y para asegurar a las instituciones fiduciarias, un campo más amplio de acción, las deja autorizadas, como queda dicho, no sólo para encargarse de la ejecución de fideicomisos, sino para desempeñar todas las demás funciones enumeradas antes en términos generales".

Ahora bien, en opinión del Lic. Carlos Dávalos Mejía de la Ley en comento, se consideró la actuación fiduciaria como una mera posibilidad, y en lo general adoptó las disposiciones ya existentes, detalló exhaustiva y fundamentalmente los fideicomisos de quiebra, el testamento y el de administración. Asimismo, incluyó por primera vez la figura del delegado fiduciario, no precisamente con esta denominación, sino como un funcionario especial que en cualquier tiempo podría ser removido por la Comisión Nacional Bancaria (y de Valores)¹⁵.

De igual forma, esta Ley fijaba las normas a seguir por las instituciones en la ejecución de contratos condicionales; por otro lado, enumeraba las causas para admitir la renuncia de las Instituciones al desempeño de su cargo en un fideicomiso y les imponía responsabilidades civiles y penales en casos de incumplimiento, concediendo el ejercicio de las acciones correspondientes al beneficiario o a sus representantes legales y a falta de éstos, al Ministerio Público, así como al fideicomitente, si se hubiese reservado ese derecho al constituirse el fideicomiso; además establecía que en la contabilidad de las Instituciones, los bienes, valores o derechos dados en fideicomiso, lo mismo que sus productos, se harían constar en una cuenta especial, sin que en ningún caso estuvieran afectos a otras responsabilidades o al ejercicio de otras acciones que las derivadas del fideicomiso mismo, o de las que conforme a la Ley correspondieran a terceros. Consideramos que esta Ley modernizó y complementó al sistema financiero mexicano.

LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO.

Es importante señalar que el propósito del legislador fue que tanto la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como la Ley General de Instituciones de Crédito, las dos decretadas el mismo año, fueran complementarias entre sí; en atención a lo anterior, poco menos de un mes después de que se expidió la Ley General de Instituciones de Crédito, el 27 de agosto de 1932 se publicó la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente al día de hoy, en cuyo Título II, Capítulo V, artículos del 346 al 359 regulan al Fideicomiso como una Institución sustantiva; dicho ordenamiento entró en vigor a partir de septiembre del mismo año. Nuestra legislación actual, nos explica el Lic. Horacio Sánchez, ubica al fideicomiso como una Operación de Crédito, ya que lo regula, como lo mencione anteriormente, dentro del Capítulo V, del Título Segundo, denominado de las Operaciones de Crédito; este autor manifiesta que la exposición de motivos de dicho ordenamiento apunta: "Aun cuando ello ofrece los peligros inherentes a la importación de instituciones jurídicas extrañas, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito reglamenta el fideicomiso, porque ya desde 1926 la Ley General de Instituciones de Crédito lo había aceptado, y porque su implantación sólida en México, en los límites que nuestra estructura jurídica general

¹⁵ Dávalos Mejía, Carlos Op. Cit. Pág. 843.

permite, significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía*.

Corrigiendo los errores o lagunas más evidentes de la Ley de 1926, el nuevo ordenamiento conservó en principio el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, circunscribe a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias y establece las reglas indispensables para evitar los riesgos que, con la prohibición absoluta de instituciones similares al fideicomiso, han tratado de eludir siempre la legislación mexicana. Los fines sociales que el fideicomiso implícito llena en países de organización jurídica diversa de la nuestra, pueden ser cumplidos aquí con notorias ventajas por el juego normal de otras instituciones jurídicas mejor constituidas. En cambio, el fideicomiso expreso puede servir a propósito que no se lograrían sin él, por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación¹⁶.

Respecto a la entrada en vigor de esta Ley, el Lic. Carlos Dávalos nos expone que fue la primera que reguló el fideicomiso en forma integral y sustantiva no sólo en México, sino en todo el mundo, asimismo subraya la probable influencia que tuvo el Código Civil en el legislador de la Ley General de Instituciones de Crédito, la cual entró en vigor el primero de octubre de 1932, concluyendo que tal vez, podría explicar el contenido fuertemente contractual y obligacionista de la Institución, que permanece a la fecha¹⁷

Cabe mencionar que en el artículo 346, el cual se comentara más adelante, nos proporciona una aproximación definitoria del fideicomiso; dicho precepto nos ilustra exponiendo, 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; dicho artículo desechó la concepción de que el fideicomiso es un mandato, no obstante que tanto el mandato como en el fideicomiso alguien acepta comprometerse a algo que otro le encomendó.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, fue el ordenamiento encargado de organizar el funcionamiento de los principales sujetos del fideicomiso, es decir la reglamentación que contenía las operaciones fiduciarias estuvo en vigor por más de 40 años hasta fines de 1984, esta Ley de fecha 3 de mayo de 1941, entró en vigor a partir del mes de junio del mismo año, comprendiendo 117 artículos, más sus correspondientes artículos transitorios.

En la exposición de motivos se indicaba que el Capítulo dedicado a las Instituciones fiduciarias, apenas sufriría modificaciones a ciertas normas nuevas, por las cuales debían regirse las operaciones de inversión que realizara la institución en ejercicio del fideicomiso, mandato o comisión, cuando de la naturaleza de éstos o de las instrucciones recibidas no resultaran indicaciones suficientemente precisas.

Por otro lado el articulado de esta Ley estaba dividido en 5 Títulos, a saber el Título Primero contenía las Disposiciones Preliminares, Segundo-Instituciones de Crédito, Tercero-Organizaciones Auxiliares, Cuarto-Disposiciones Generales y Quinto Inspección y Vigilancia.

¹⁶ Sánchez Sodi, Horacio. "El fideicomiso en México". Editorial Greca, S.A. de C.V., Primera Edición, 1996, Pág. 22.

¹⁷ Dávalos Mejía, Carlos Op. Cit. Pág. 844

Mencionaremos el Título Segundo por ser éste aplicable al presente estudio, dicho título estaba integrado por siete capítulos los cuales se referían a las Instituciones de Crédito que la propia Ley reconocía; Bancos de Depósito, Bancos de Depósito de Ahorro, Sociedades Financieras, Sociedades de Crédito Hipotecarias, Sociedades de Capitalización, Sociedades Fiduciarias y Bancos de Ahorro y Préstamos para la Vivienda Familiar.

Dicha Ley mencionaba que el Sistema Bancario Mexicano estaba integrado por dos diferentes tipos de instituciones de Crédito:

- a) Instituciones de Crédito
- b) Instituciones Auxiliares de Crédito.

LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CRÉDITO.

Manifiesta el Lic. Erick Carvallo Yáñez en la introducción de su libro intitulado "Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano", que al momento de suceder la expropiación a favor de la Nación (1o de septiembre de 1982), de las Instituciones de Crédito privadas a las que se había autorizado para prestar el servicio público de banca y crédito, la actividad bancaria y crediticia siguió regulada bajo las disposiciones de la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares en vigor desde el año de 1941; la cual fue sustituida el 31 de Diciembre de 1982, en que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, misma que habría de ser abrogada por otra del mismo nombre, publicada en el Diario Oficial de la federación el 14 de enero de 1985.

En efecto, la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito vigente desde el mes de enero de 1983, concebida como ordenamiento transitorio para iniciar la adecuación de la Banca a la normatividad que tendría que resultar de su nacionalización, existió con la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares promulgada en el año de 1941, sin embargo en diciembre de 1984 se expidió una nueva Ley Reglamentaria del Servicio Público de la Banca y Crédito, que regulaba en forma integral la actividad bancaria, derogando en consecuencia a la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941 y a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de la Banca y Crédito de diciembre de 1982; la Ley en cuestión constaba de 112 artículos y 11 artículos transitorios.

Es importante resaltar que cuando se expropió la Banca, el Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, previa entrega de acciones y cupones por parte de los socios de las instituciones afectadas, pagaría la indemnización correspondiente en un plazo no mayor de 10 años, asimismo el Ejecutivo Federal garantizaba el pago de todos los créditos a cargo de dichas instituciones; es importante acotar que no eran objeto de expropiación, entre otros, el dinero y valores propiedad de los usuarios de la entonces servicio de banca y crédito o las cajas de seguridad, así como los fondos o fideicomisos administrados por los bancos.

De conformidad con lo que establecía el artículo 30, fracción XV, la nueva Ley sólo reconocía dos tipos de Instituciones de Crédito:

- 1.- Instituciones de Banca Múltiple
- 2.- Instituciones de Banca de Desarrollo

En dicha Ley, se permitía que ambas clases de Instituciones pudieran realizar las operaciones de fideicomiso; tal Ley enumeraba en el mismo artículo, fracciones XVI al XXII, los servicios que tradicionalmente se han llamado fiduciarios.

Se precisaba que era facultad del Consejo Directivo la designación del Delegado Fiduciario (artículo 20, fracción I), así como la facultad de su remoción o suspensión correría a cargo de la entonces Comisión Nacional Bancaria; por otra parte en el artículo 24 último párrafo, indicaba que los Delegados Fiduciarios y Servidores Públicos podían obligar con su firma a la Institución, con excepción del Director General.

El artículo 25 estableció que para acreditar en forma fehaciente la personalidad y facultades de los Servidores Públicos de las entonces Sociedades Nacionales de Crédito, bastaba con exhibir una certificación de su nombramiento, debidamente inscrito en el Registro Público del Comercio, expedido por el Secretario del Consejo Directivo; para acreditar la personalidad de los Delegados Fiduciarios de tales Instituciones bastaba la protocolización del acta en la que constara el nombramiento por parte del ya mencionado Consejo Directivo, o del testimonio que contuviera el poder general otorgado por la Institución, aun cuando en el acta o en el poder no se mencionara especialmente el negocio o asunto en que consistiera la representación.

El artículo 94 definió el Secreto Fiduciario, estableciendo lo siguiente:

"- Con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros (entonces así denominada), la violación del secreto propio de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 30 de esta Ley, incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que no sean aquellos entablados por el fideicomitente, fideicomisario, comitente o mandante contra la Institución o viceversa, constituirá a esta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes."

Finalmente se introdujo como una novedad, que para la ejecución de los fideicomisos de garantía se aplicaría el procedimiento establecido por el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, mismo que se refiere a la venta de los bienes en prenda y para lo cual se debe acudir a un juez para que la autorice.

LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO.

Nuevamente el Lic. Carvallo expone en la primera de sus obras "Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano, que el día 2 de Mayo de 1990, el entonces Presidente de la República Lic. Carlos Salinas de Gortari, remitió al Congreso de la Unión una iniciativa en la que solicitaba se derogara el quinto párrafo del artículo 28 Constitucional, y se reformara y adicionara el inciso a), y el punto 22 del mismo inciso de la fracción XXXI del artículo 123 de la propia carta magna, todo ello para restablecer el régimen mixto de la prestación de los servicios bancarios; los razonamientos del Representante del Poder Ejecutivo fueron: la necesidad del Estado de concentrar sus acciones al cumplimiento de sus objetivos, atender las necesidades sociales y elevar el nivel de vida de la población, ampliar y mejorar la calidad de los servicios bancarios y crediticios, (en beneficio de la colectividad) evitando abusos, privilegios y subsidios.

Estas reformas constitucionales, continúa explicando el Lic. Carvallo, fueron aprobadas por el Congreso de la Unión y publicadas incluyendo el texto de su iniciativa, en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de Junio de 1990, las cuales dieron margen a la aparición de dos Leyes fundamentales para el Sistema Financiero Mexicano: la Ley para Regular a las Agrupaciones

Financieras y la Ley de Instituciones de Crédito, ambas promulgadas por decreto del Congreso el día 18 de Julio de 1990, esta última está integrada por 143 disposiciones y 20 artículos transitorios; salvo algunos cambios en su estructura, la nueva Ley en sus dos terceras partes es una reproducción de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito del año de 1985 que abrogó.

A través de diversos decretos del Ejecutivo Federal se transformaron la mayoría de las entonces Sociedades Nacionales de Crédito en Sociedades Anónimas, subsistiendo como tales únicamente las que forman en la actualidad a la Banca de Desarrollo; paralelamente este ordenamiento estableció los mecanismos jurídicos y económicos para llevar a cabo la reversión de la propiedad estatal de la diversas instituciones a la empresa privada, aunque sin excluir por completo al Gobierno Federal como posible accionista de la nueva Banca privada.

La suscripción de los capitales necesarios para adquirir las acciones de las nuevas Sociedades Anónimas Bancarias, cuya cuantía requería la participación de numerosos inversionistas, se hizo posible mediante contratos de fideicomiso, de inversión y administración en que figuraban además del fideicomitente, también llamado fideicomitente inicial, los fideicomitentes adherentes, lo anterior, es una muestra de la gran flexibilidad y utilidad de la figura del fideicomiso, dicha privatización abarcó los años de 1990 a 1992.

La Ley actual, a diferencia de las legislaciones anteriores, no profundiza en la regulación de las Instituciones Fiduciarias, como lo determinaré más adelante; el articulado de esta Ley esta dividido en 7 Títulos:

Título Primero.- Disposiciones Preliminares

Título Segundo.- Instituciones de Crédito

Título Tercero.- De las Operaciones

Título Cuarto.- Disposiciones Generales y de la Contabilidad

Título Quinto.- Prohibiciones, sanciones administrativas y delitos

Título Sexto.- Protección de los intereses del público

Título Séptimo.- Comisión Nacional Bancaria

Ahora bien, el artículo 2o de la presente Ley menciona que las Instituciones de Banca Múltiple y las instituciones de Banca de Desarrollo serán las encargadas de prestar el servicio de banca y crédito en el Sistema Bancario Mexicano.

Las instituciones fiduciarias son definidas como operaciones bancarias, de conformidad a lo establecido en el artículo 46, que a la letra dice:

"Artículo 46.- Las Instituciones de Crédito sólo podrán realizar las siguientes operaciones:

XV.- Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y comisiones."

Lo anterior, se complementa en los artículos del 79 al 85 del Título Tercero, Capítulo IV de la Ley en vigor, en base a lo siguiente:

El artículo 79 del propio cuerpo legal exige que la contabilidad que se deberá llevar derivada de fideicomisos, mandatos o comisiones; sea especial por cada contrato.

El siguiente precepto especifica, que las instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de delegados fiduciarios.

El Comité Técnico se contempla en el tercer párrafo de mismo precepto; el régimen de los fideicomisos de valores se refleja en el artículo 81; asimismo el artículo 82 expresa lo relativo al personal que se utiliza para la realización del Fideicomiso.

Otro lineamiento más es el artículo 83, donde se contempla a los fideicomisos que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones; la remoción del fiduciario se encuentra en el artículo 84; finalmente el artículo 85 define la duración del fideicomiso Público o de interés público.

Es importante mencionar que en el Diario Oficial de la Federación del 23 de julio de 1993, se publicó una reforma a la Ley de Instituciones de Crédito, según la cual, el artículo 104 reformado establece la facultad de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores para nombrar un inspector y ordenar una inspección sobre empresas, negociaciones o establecimientos que sean propiedad de una persona física o moral que presumiblemente actúa como fiduciaria sin estar autorizada para ello conforme a la Ley; con lo anterior entendemos que se amplía la protección a las instituciones fiduciarias.

Finalmente el Secreto Fiduciario se contempla en el artículo 118 que a la letra dice "Con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria (y de Valores), la violación del secreto propio de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta Ley, incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que no sean entablados por el fideicomitente o fideicomisario, comitente o mandante, contra la institución o viceversa, constituirá a ésta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes".

CASAS DE BOLSA

LEY DEL MERCADO DE VALORES.

Considero pertinente transcribir casi textualmente la explicación que respecto a los antecedentes del Derecho Bursátil expone el maestro Erick Carvallo Yáñez, quien nos ilustra comentando que las Lonjas españolas constituyen el antecedente de las Bolsas de Valores, y a su vez, dichas organizaciones, son el antecedente del Derecho Bursátil; el antecedente de esas Bolsas de Valores españolas se sitúa en el año de 1480 en las Ferias de Amberes.

La primera Bolsa de Valores contemporánea de que se tiene noticia, se ubica en la ciudad de Amberes en el año de 1531, cuya finalidad además de terminar con las Lonjas públicas, era agrupar en un solo lugar tanto a los comerciantes como a las operaciones que con mercancías y valores eran celebradas. La principal aportación de esta Bolsa de Valores es la emisión del primer boletín de cotizaciones en el año de 1562.

Esta Bolsa de Valores propicia el nacimiento de otras no menos importantes como la Inglesa y la Francesa, ambas en el siglo XVI. En nuestro país, el *tianguis de Tlatelolco* era el modo conocido para el intercambio de mercancías y valores, lo cual era realizado en muchas ocasiones en forma especulativa entre los antiguos pobladores de esta metrópoli; esto no quiere decir que en otros

centros prehispánicos no existiesen operaciones de carácter bursátil, sino que el *tianguis de Tlatelolco* es del que se tienen mayores vestigios. Una vez que fueron colonizadas nuestras tierras, y que como es sabido fue instaurado el Consulado de México en el año de 1592, todas las operaciones de carácter mercantil se contemplaron en las ordenanzas de Burgos y Sevilla, e inclusive las ordenanzas de Bilbao, que habrían de pasar casi de forma idéntica a los tres Códigos de Comercio Mexicanos del Siglo XIX, de los años de 1854, 1884 y 1889.

La primera Bolsa de Valores Mexicana puede ubicarse entre la emisión del segundo y tercero de los códigos de Comercio citados, ya que las concesiones otorgadas mediante diversos decretos expedidos por el Gobierno Federal en favor de los señores Aspe, Labadie y Navarro, datan del 19 de Octubre de 1887, sin embargo, tales operaciones se regulaban por Reglamentos de Corredores de la Plaza de México, aun cuando sus definiciones aparecieran en los Códigos de Comercio.

Es hasta el 4 de Enero de 1907, continúa ilustrandonos el maestro Carvallo, en que se constituye la Bolsa Privada de México, Sociedad Cooperativa Limitada, cuyos objetivos fueron los de reglamentar liquidaciones, registrar valores públicos, mineros, bancarios e industriales, siendo sus socios los agentes de valores y los suscriptores de éstos. Para el 21 de Mayo de 1910, se lleva a cabo el cambio de denominación social de la Bolsa Privada de México, SCL, por el de Bolsa de Valores de México, SCL, misma que adoptó como forma de funcionamiento la autorregulación de principios.

El 3 de Julio de 1916, Don Venustiano Carranza autorizó por Decreto la reanudación de operaciones de cambio y la constitución de una Bolsa de Valores, habida cuenta de que ambas habían quedado en suspenso durante la primera etapa de la Revolución Mexicana; tal decreto estableció la exclusividad de esa Bolsa, sujeta a la supervisión del Ministerio de Hacienda, en tanto esta dependencia dictaba las reglas a las que habrían de sujetarse las demás Bolsas de Valores que se fueran constituyendo.

Por otro lado, el Lic. Ramírez-Gámiz Casillas a quien se refiere el Lic. Carvallo Yañez, expresa que la Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926, otorgó valor oficial a las cotizaciones de las Bolsas concesionadas, estableciendo además las bases para su formación así como para la calificación de valores, ya que prohibió que éstos fueran "al azar". Con relación a lo anterior, se creó la Comisión Nacional Bancaria mediante decreto del 12 de Julio de 1928, que entre sus actividades incluyó la de la supervisión de las Bolsas de Valores. Por otra parte, la Ley General de Instituciones de Crédito del 29 de Junio de 1932, introdujo supuestos que en algunos casos aún rigen parte de las actividades bursátiles, tales como:

- a). La constitución de una Bolsa de Valores requería de concesión otorgada por el Gobierno Federal.
- b). La materia de los contratos bursátiles serían valores, títulos de crédito y metales preciosos.
- c). Estableció diversos requisitos para la inscripción de valores.

Por su parte, el primer Reglamento aplicable a las Bolsas de Valores fue expedido el 20 de Febrero de 1933, (mismo que se basó en el capítulo III de la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932); en este documento se determinó que los corredores titulados podrían ser socios de las Bolsas de Valores, disponiendo adicionalmente, que para poder presentar el correspondiente examen de titulación de corredor, se requería ser varón con veintidós años cumplidos, cuya conducta fuera intachable y, que tuviera un domicilio dentro de la República Mexicana.

Para el 1° de Febrero de 1940, se expidió la Ley de Ofrecimiento Público de Acciones, que sentó las bases de oferta pública y comisión; asimismo permitió la expedición del Reglamento de la Ley de Ofrecimiento Público de Acciones, que incluyó condiciones para la venta de acciones de Sociedades Anónimas y disposiciones relativas a documentación de apoyo para la investigación

relacionada con el desempeño de las funciones de oferta y comisión. Nuevamente la presencia legislativa se deja sentir con la emisión de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, publicada el día 31 de Mayo de 1941, la cual consideró que las Bolsas de Valores eran Organizaciones Auxiliares del Crédito.

Pueden también incluirse como antecedentes de las Bolsas de Valores, del propio Derecho Bursátil y consecuentemente de la Ley del Mercado de Valores, el Reglamento del Decreto que crea a la Comisión Nacional de Valores del día 2 de Julio de 1946, el Reglamento Interior de la Comisión Nacional de Valores del 27 de Mayo de 1946, y el Reglamento Especial para el Ofrecimiento al Público de Valores no registrados en Bolsa del día 15 de Enero de 1947.

Es la Ley de la Comisión Nacional de Valores del 30 de Diciembre de 1953, la que establece la facultad de regulación genérica del Mercado de Valores, dotando a tal autoridad de poderes para emitir regulaciones específicas a dicho Mercado, lo que actualmente conocemos bajo el nombre de Circulares.

Como lo explica nuevamente el citado Lic. Erick Carvallo Yáñez, las disposiciones antes enumeradas habrían de ser acogidas por la Ley del Mercado de Valores del 2 de Enero de 1975; la cual, mediante decreto publicado el día 23 de julio de 1993 en el Diario Oficial de la Federación, introduce la figura bursátil fiduciaria, ya que dichas modificaciones legales permiten que las Casas de Bolsa, con sujeción a las disposiciones de carácter general que dicte Banco de México, puedan actuar como fiduciarias en negocios directamente vinculados con las actividades que les sean propias, lo anterior, en términos del artículo 22 fracción IV, inciso d, de la Ley en comento.

Dicha regulación se complementa con el artículo 103, compuesto de diez fracciones similares a las detalladas en la Ley de Instituciones de Crédito, determinando con esto el aspecto operativo de la figura fiduciaria en tales Instituciones de Intermediación financiera, es decir en las Casas de Bolsa, quedando sujetas a lo previsto por el Título Segundo, Capítulo V de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Entendemos que las Casas de Bolsa son instituciones que reúnen capacidad financiera y administrativa suficiente para prestar profesionalmente el servicio fiduciario, estando sujetos a inspección, vigilancia y regulación de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Es importante señalar que pueden existir fideicomisos bursátiles de administración, de inversión, de actividades empresariales, con fines testamentarios, aquellos que se constituyan por virtud del cumplimiento de un testamento y los de garantía, cuando su objeto sea garantizar el cumplimiento de operaciones celebradas con los clientes de la propia Casa de Bolsa, o los celebrados por cuenta de ellos.

CAPÍTULO SEGUNDO

NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO

NATURALEZA JURÍDICA.

Menciona el maestro Dávalos Mejía, que la naturaleza del Fideicomiso se ha asimilado a un mandato, a una subpropiedad, a un negocio fiduciario, a una declaración unilateral de la voluntad y también en un contrato fiduciario. Se origina en un sistema en el cual las clasificaciones y definiciones ocupan un papel secundario y la prioridad corresponde a la práctica diaria del comercio, que es la que dicta las normas a seguir; asimismo se convierte en un puntal del fomento económico comercial tanto público como privado, al paso que es uno de los instrumentos más útiles del Poder Ejecutivo¹⁸.

Continúa su ilustración el citado autor, al definir que el fideicomiso no es de los conceptos que expresan un simple "estado jurídico", no en esencia vinculatorio, sino que es un concepto que manifiestan no sólo las relaciones entre dos personas, sino también las que en ocasiones se suscitan entre cientos de personas, con derechos y obligaciones más o menos equivalentes y todos concertados por una sola idea y no en dos que es precisamente el fideicomiso.

La naturaleza del fideicomiso, no es trasladar la propiedad o el dominio de una cosa o un bien, sino llegar a cierto fin lícito, mediante la asignación de bienes para la creación de otro patrimonio autónomo, que no es la propiedad de una persona específica, sino un cúmulo de bienes sujeto a reglas especiales y de las cuales su dueño decidió someter y su ejecutor consistió en llevar a cabo.

No obstante que el concepto fideicomiso se contempla en diversas regulaciones, circulares y usos bancarios; intentaré definir de una manera precisa este concepto, revisando algunos de los razonamientos expuestos por diversos estudiosos de la Ciencia del Derecho.

LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE LA VOLUNTAD.

Para algunos autores, el acto constitutivo del fideicomiso es una declaración unilateral de la voluntad, justificando esta postura en razón al origen o nacimiento del negocio; por ejemplo, para el Dr. Raúl Cervantes, el acto constitutivo del Fideicomiso es siempre una declaración unilateral de la voluntad ya que puede ser que el fideicomiso se contenga dentro de un contrato; pero no será el acuerdo de voluntades lo que constituya el fideicomiso, sino que éste se constituirá por la voluntad del fideicomitente; por ejemplo en un contrato de préstamo se pacta como garantía, ciertos bienes en un fideicomiso.

¹⁸ Dávalos Mejía, Carlos. Op. Cit. Pág. 848.

El antecedente de la constitución será el pacto entre prestamista y prestatario; pero el Fideicomiso se constituirá por la declaración de voluntad del prestatario¹⁹ definición en la que no estoy de acuerdo por los siguientes razonamientos:

El Fideicomiso se presenta como un acto unilateral, cuando el fideicomitente establece su voluntad en un acto inter vivos, luego entonces su declaración sería obligatoria para él, en virtud de no poder revocarla si no se reservó ese derecho, ni puede modificarla sin consentimiento del fideicomisario. Sin embargo la ejecución del fideicomiso, que implica una serie de actividades a cargo de la fiduciaria, se tiene que establecer como lo hemos mencionado contractualmente, concertado entre el fideicomitente y el fiduciario, y en algunas ocasiones con la intervención del fideicomisario, pero la aceptación de la fiduciaria perfecciona al contrato, toda vez que hace posible su ejecución debido a que el fideicomiso es perfecto desde que reúne sus elementos esenciales. Considero que en la práctica no se impone la designación de una Institución Fiduciaria, toda vez que ésta puede aceptar o no la constitución del mismo, ya que a falta de Institución fiduciaria, obviamente no existiría el fideicomiso.

Por lo anterior, la simple declaración de la voluntad no transmite los bienes o derechos; para que la transmisión se realice, es necesaria la aceptación de quien va a recibir la materia del Fideicomiso; en consecuencia es menester la aceptación en forma expresa del fiduciario.

La razón de que algunos autores comparen al Fideicomiso con la manifestación o declaración unilateral de la voluntad, se deriva del segundo párrafo del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; dicho párrafo menciona que *"En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá 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 conforme a la Ley"*.

La práctica ha demostrado que la Institución fiduciaria no se designa, pues ello derivaría a la aceptación forzosa en la constitución de los fideicomisos por parte de quienes lo van a desempeñar, es decir a nadie se le puede obligar a trabajar en contra de su voluntad; atento a lo anterior, concluyo que los fiduciarios no están obligados a aceptar todos los fideicomisos que se le presentan y, que el Fideicomiso no es una Declaración Unilateral de la Voluntad.

MANDATO.

El maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez menciona que corresponde al Lic. Ricardo Alfaro haber pretendido por primera vez una adaptación del Trust anglosajón a los sistemas jurídicos latinoamericanos de ascendencia romana.

El autor Ricardo Alfaro precisó que el Fideicomiso es un mandato irrevocable, en virtud del cual se transmiten al fiduciario determinados bienes, para que disponga de ellos y de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario, teniendo los elementos que a continuación se mencionan: La esencia del fideicomiso, es la de un mandato irrevocable aunado a una transmisión de bienes considerada por él como necesaria, pues sin ella no habría acto de confianza; por otro lado, el objeto según lo anota este autor, lo es todo bien mueble o inmueble, corpóreo, incorpóreo, presente o futuro y el fin está representado por el contenido de la obligación del fiduciario o sea, destinar los bienes a la finalidad dispuesta por el fideicomitente y nada más.

¹⁹ Cervantes Ahumada, Raúl. Op. Cit. Pág. 289

Por último, el sujeto del fideicomiso es según el citado autor, el fideicomisario, pues en beneficio de éste fue la constitución de aquél y califica al fideicomitente como fuente y al fiduciario como instrumento.

Ante las críticas, realizó un reajuste a su definición, señalando los elementos siguientes en su constitución:

1.- La transmisión del patrimonio.

2.- La destinación que se da al patrimonio.

3.- El encargo que debe ejecutar, las personas que intervienen en el acto constitutivo, el que hace la transmisión del patrimonio, el que recibe el encargo de dar cumplimiento a la destinación y el que va a gozar el beneficio²⁰.

Lo anterior, se basa en el entendido de que el Mandato es un contrato por el cual una persona presta un servicio o realiza algún acto por cuenta o por encargo de otra y si el fideicomiso es la realización de algún acto por encargo del fideicomitente, se podría resumir que el fiduciario es un mandatario y el fideicomitente un mandante.

Al igual que en el apartado anterior, considero que el fideicomiso no es un Mandato, ya que los efectos jurídicos del acto realizado por el mandatario, se producen directamente en el patrimonio del mandante; por otro lado, la actuación del fiduciario nunca es en nombre del fideicomitente, siendo su actuación en nombre propio, sin que los efectos jurídicos del acto realizado por el fiduciario se produzcan en su propio patrimonio, sino sobre los bienes objeto del fideicomiso, en el fideicomiso se debe tener siempre por objeto actos jurídicos relacionados con los bienes fideicomitidos, en el mandato pueden ser materia toda clase de actos jurídicos siempre que sean lícitos.

Por lo anterior, coincido con lo que manifiesta el Lic. Rodolfo Batiza en el sentido de que la doctrina que los interpreta y la jurisprudencia de la Suprema Corte, concuerdan en cuanto al criterio de distinción reside en la transmisión del dominio producida por el fideicomiso, ya que no se da en el Mandato. Además, el Mandato tiene mucha mayor amplitud puesto que abarca todos los actos jurídicos o lícitos que el mandante encargue al mandatario (artículos 2,546, 2,548 del Código Civil) en tanto que el fideicomiso sólo puede referirse a bienes o derechos²¹.

NEGOCIO FIDUCIARIO.

Inicialmente expago la definición de Negocio Jurídico que proporciona el Lic. Rafael de Pina en la que dice:

"Especie de acto jurídico cuyo concepto ha sido elaborado por la doctrina extranjera, especialmente por la alemana siendo definido, en términos generales, como la situación jurídica que el derecho valora como creada y reglamentada por la voluntad declarada de las personas.

El Código Civil para el Distrito Federal desconoce la expresión negocio jurídico²².

²⁰ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. "El Fideicomiso". Editorial Porrúa, S.A. de C.V., Sexta Edición, 1996, Págs. 146 y 147

²¹ Batiza, Rodolfo. Op. Cit. Pág. 105

²² De Pina Vara, Rafael "Diccionario de Derecho". Editorial Porrúa, S.A. de C.V., Vigésimo Tercera Edición, 1996, Pág. 380.

Asimismo, el maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez define que el fideicomiso es un negocio jurídico, que se constituye mediante la manifestación unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud del cual, éste destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de ese fin, debiendo realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello²³.

El Negocio Jurídico es un acto jurídico, en donde se manifiesta la autonomía del sujeto, es decir, el negocio jurídico es un acto de voluntad libre (acto libre) que tiende a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico y que produce, como consecuencia de tal tutela, determinados efectos jurídicos; derivado de este negocio jurídico surgen los negocios fiduciarios, que en un principio se presentan como negocios atípicos e innominados y posteriormente son reglamentados por el legislador, por lo que se define que el Negocio Fiduciario es aquél donde una persona transmite a otra ciertos derechos o bienes; por ende, el Fiduciario se obliga a destinarlos a la realización de una finalidad lícita y determinada y, en consecuencia dicha finalidad, se obliga a retransmitir dichos derechos o bienes a favor de un tercero o a revertirlos al transmitente.

Cita el respetable maestro Carlos Dávalos, la tesis del ilustre maestro Barrera Graf sobre el Negocio Fiduciario y define que el más importante de los jus-mercantilistas mexicanos, sostiene que el Fideicomiso es un Negocio Fiduciario; primero, porque ha sido acogido expresamente, de manera típica, por la legislación y, segundo, porque a través de él se atribuye a alguien un derecho patrimonial en interés de otro, y a nombre propio.

Continúa mencionando el citado autor, que a pesar de ser un negocio en esencia traslativo, tiene correlativamente la obligación para el fiduciario, de resumir la amplitud de sus derechos sólo a los necesarios para cumplir con el fin señalado por el fiduciante²⁴.

Concluyo al definir que el fideicomiso es un Negocio fiduciario porque se constituye mediante la manifestación de la voluntad que difunde y acuerdan el fiduciario y fideicomitente, respecto de la transmisión real en nombre propio, pero destinado y limitado respecto de las facultades del nuevo titular, que se deriva en la definición de un contrato con las siguientes características:

- 1.- Transmisión plena de bienes y derechos.- la transmisión se realiza por la relación real del negocio fiduciario del Fideicomitente al Fiduciario, es una transmisión plena, si se trata de bienes se transmite la propiedad y, si se trata de derechos la plena titularidad.
- 2.- Unidad del Negocio.- El negocio fiduciario es un negocio único, constituido por dos relaciones; real que hace posible la transmisión de un bien del fideicomitente al fiduciario y una relación obligatoria por la que el fiduciario se encuentra obligado frente al fideicomitente a retransmitir ese bien o derecho o a transmitirlo a un tercero, como ya se mencionó anteriormente.
- 3.- Afectación de un bien, donde la relación personal en el negocio fiduciario implica la obligación impuesta al fiduciario de afectar los bienes o derechos recibidos a un determinado fin de carácter lícito.

Cabe mencionar que para el Lic. Oscar Vásquez del Mercado el Fideicomiso, en términos del artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es un contrato de naturaleza mercantil, en virtud del cual una persona llamada fideicomitente destina ciertos bienes para la consecución de un fin lícito determinado y recomienda la realización de los actos para lograr tal

²³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. Cit. Pág. 188.

²⁴ Dávalos Mejía, Carlos. Op. Cit. Pág. 855.

fin, a otra persona llamada fiduciario, el fin puede ser de cualquier índole, en tanto que los actos que por el mismo se ejecutan no sean ilícitos²⁵.

También se define que el fideicomiso es un acto de comercio, figura de tipo práctico para facilitar la comercialización; algunos más dicen que es una Institución Jurídica, regulada por el derecho versátil en su armado y práctico por sus alcances económicos.

Finalmente Rodolfo Batiza anota que de la lectura de la Ley sustantiva se revela claramente que la constitución del fideicomiso resulta en un vínculo, en una relación legal que liga a las partes entre sí y de la cual se derivan deberes y derechos recíprocos; jurídicamente, el fideicomiso es una obligación²⁶.

LA AFECTACIÓN DEL PATRIMONIO AL CONTRATO.

El fideicomitente al constituir el fideicomiso por un acto de voluntad, distingue dos aspectos, el primero la manifestación de la voluntad otorgando el contrato y el segundo, la causa que lo impulsa para constituir el fideicomiso; cuando éste se constituye por causas que se equiparan a un contrato gratuito, el fideicomitente normalmente tiene la facultad o el derecho de revocar o modificar en cualquier tiempo el fideicomiso, salvo pacto en contrario, por lo anterior, la revocabilidad es una consecuencia del acto gratuito y cuando los motivos provienen de causas que asemejen al fideicomiso a un el contrato oneroso o sea cuando el fideicomitente ha recibido o recibirá una contraprestación motivada por esa causa, el fideicomitente no tiene derecho a revocarlo o modificarlo porque lesiona los derechos del fideicomisario, encontrándonos frente a un fideicomiso de afectación irrevocable.

Entiendo que el patrimonio o sea el objeto o materia del fideicomiso lo constituyen los bienes o los derechos, o ambos a la vez, que el fideicomitente separa de su patrimonio para afectarlos en el fideicomiso, y éstos se destinen al fin determinado en el contrato, que pueden ser de cualquier naturaleza siempre y cuando no sean estrictamente personales, pudiendo el propio fideicomitente, expresamente reservarse lo que a su derecho convenga.

La situación en la que quedan los bienes fideicomitados, importa en que el dueño deja de serlo, más el fiduciario no se convierte en dueño de los mismos, y aunque es el titular de los derechos, sólo lo es para cumplir el encargo; el fideicomisario es quien tiene un derecho personal ante el fiduciario y eventualmente, un derecho real cuando los bienes salen del patrimonio del fiduciario. Los bienes no son de libre disposiciones por estar afectos a un fin determinado, el fideicomiso hace desaparecer el derecho de propiedad del fideicomitente, pero no lo transmite, no hay verdadera enajenación; el fiduciario se convierte en titular de los bienes o derechos.

Para el Dr. Raúl Cervantes Ahumada el patrimonio del fideicomiso es autónomo, un patrimonio distinto de otros, y distinto sobre todo, de los patrimonios propios de quienes intervienen en el fideicomiso (Fideicomitente, Fiduciario, Fideicomisario), debe entenderse que se trata de un patrimonio afectado a un fin determinado, que se encuentra, por tanto, fuera de la situación normal en que los patrimonios se encuentran colocados²⁷.

Algunos estudiosos del derecho sustentan que en la propiedad fiduciaria, el fiduciario es el titular de la propiedad "formal", el fideicomisario tiene la propiedad real aunque le falta la titularidad jurídica.

²⁵ Vázquez del Mercado, Oscar. Op. Cit. Pág. 517

²⁶ Batiza, Rodolfo. Op. Cit. Pág. 39.

²⁷ Cervantes Ahumada, Raúl. Op. Cit. Pág. 289

Considero que son objeciones a esta tesis, las siguientes:

1.- Se aleja del concepto de propiedad contenido en el código civil, aceptarla significa que pronto tendríamos la "propiedad del albacea" "propiedad del mandatario", etcétera.

2.- La situación de los bienes depende directamente de los términos en que se constituya el fideicomiso; en los fideicomisos traslativos de dominio desaparece el derecho de propiedad sobre los bienes fideicomitados y su situación jurídica depende de los fines del fideicomiso, el fiduciario no se convierte en propietario de los bienes y como ejecutor queda sujeto a los términos en que se constituyó el fideicomiso; el fideicomisario como beneficiario, tiene un derecho personal frente al fiduciario que no atañe directamente a los bienes.

Los bienes del fideicomiso forman un patrimonio de afectación; así se desprende del segundo párrafo del artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que a la letra dice:

Los bienes dados en fideicomiso se consideran afectos al fin que se destinen, y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto de ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para el deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso por el fideicomisario o por el tercero.

El precepto anterior, claramente indica que los bienes fideicomitados están sujetos a un régimen especial, incompatible con el de propiedad plena, en virtud de que están destinados a un fin específico, excluyente de cualesquier otro.

Como ya se mencionó anteriormente, para constituir un fideicomiso se requiere:

- 1.- Afectación de bienes a un fin lícito;
- 2.- La existencia del bien a afectarse;
- 3.- El cumplimiento de las formalidades exigidas por la Ley;
- 4.- Nombramiento de fiduciario y su aceptación al cargo;
- 5.- La inscripción en el Registro Público o la notificación a los deudores o emisores en caso de que se afecten documentos.

El Fiduciario es el titular de los bienes, no su propietario, entendiéndose por titularidad "la cualidad jurídica que determina la entidad del poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica"; el poder del fiduciario sobre el patrimonio fideicomitado estará determinado por el acto constitutivo del fideicomiso, y si no lo estuviere, por la naturaleza del fin a que los bienes fideicomitados se destinan²⁸.

Define el Diccionario de Derecho que "Titular" es la persona que ejerce un oficio, profesión o cargo cometido especial o propio²⁹.

El patrimonio fideicomitado tiene un destino concreto que determina los derechos y acciones imputados a un titular, donde debe ser la fiduciaria encargada de llevar a cabo la consecución del mismo; esta consecución supone una actividad según su objetivo y la naturaleza de los derechos

²⁸ Cervantes Ahumada, Raúl. Op. Cit. Pág. 290.

²⁹ De Pina Vara, Rafael. Op. Cit. Pág. 290

fideicomitidos, cuya realización requiere, a su vez, la correspondiente autorización normativa, la facultad otorgada por el orden jurídico.

A mayor abundamiento citaré una tesis jurisprudencial, a fin de entender el alcance de la afectación del patrimonio al fideicomiso:

En el fideicomiso, al igual que en la compraventa, *se transmite el dominio*, salvo reserva expresa en contra.

Amparo en revisión 843/1972 B.M. del S., S.A. 10 de noviembre de 1972, unanimidad

TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO (Toluca) ³⁰.

No hay que olvidar lo que establecen los artículos 353 y 354 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que al respecto especifican en la consecuencia de la afectación de bienes, lo siguiente:

"El Fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles deberá inscribirse en la sección de la propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados. El Fideicomiso surtirá efectos contra tercero, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro".

"El Fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles, surtirá efectos contra terceros desde la fecha en que se cumplan los requisitos siguientes:

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

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

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

En los preceptos invocados también se especifican los efectos que tendrá el patrimonio afectado al fideicomiso contra terceros.

La aportación que se realiza de bienes o derechos a un contrato de fideicomiso, se produce mediante la entrega de ellos en propiedad o titularidad fiduciaria, para que el fiduciario, como titular de los mismos, los destine exclusivamente a los fines que le indicó el aportante o fideicomitente³¹.

LA INEMBARGABILIDAD DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS.

La diferencia que existe en trabar embargo en el patrimonio individual de una persona y la imposibilidad de ejecutarlo en un patrimonio entregado en fideicomiso, se ejemplifica en la siguiente tesis:

Existe una gran diferencia entre la propiedad civil y la titularidad fiduciaria, pues en la primera se tiene la facultad de gozar y disponer de un bien, solamente con las modalidades y limitaciones que fijen las

³⁰ Herrera Torres, Gustavo, Op. Cit. 91

³¹ Carvallo Yáñez, Erick. "nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano", Editorial Porrúa, S.A. de C.V., Segunda Edición, 1997, Pág. 122.

leyes; en cambio, en la segunda el titular no tiene el derecho de gozar del bien porque no puede disponer para su provecho la posesión y de los frutos que generen, puesto que normalmente, tales derechos se destinan al fideicomisario, y éste es nulo si se constituye a favor de la institución fiduciaria; por otra parte, la titularidad fiduciaria solamente puede desarrollarse dentro de los límites fijados en el contrato de fideicomiso, más esta circunstancia nos lleva a establecer que mientras que la fiduciaria desarrolle la titularidad que le fue conferida por el fideicomitente sobre el bien afectado en fideicomiso, su actuación no podrá considerarse nula por ser contraria al tenor de leyes prohibitivas o de interés público.

Amparo directo 2158/76. Ma. de los Dolores Teresa Saldivar Porras y Coags. 25 de julio de 1980. 5 votos ponente Raúl Lozano Ramírez, Semanario Judicial, Tercera Sala, Séptima época. vols. 139-144. Cuarta parte, Pág. 53 julio-diciembre de 1980.

De la titularidad civil los bienes fideicomitidos salen del patrimonio autónomo del fideicomitente para formar el patrimonio autónomo del fideicomiso, y lo único que el fideicomitente tendrá en su patrimonio en relación con dichos bienes, serán los derechos que expresamente se haya reservado, y el derecho de reversión al extinguirse el fideicomiso³², entiendo que el patrimonio del fideicomiso tiene un fin y destino concreto, los bienes que se dieron en fideicomiso se consideran afectos al fin que se destinan suponiéndose un patrimonio de afectación, es decir el Fiduciario recibe la titularidad y la ejercita destinando los bienes o derechos relativos a la realización de los fines del fideicomiso, y no en su propio derecho, el patrimonio transmitido al fiduciario, no ingresa a su propio patrimonio, sino que se crea un patrimonio autónomo en cada fideicomiso, con características propias, la traslación de dominio opera por el efecto del contrato siendo éste un efecto de derecho real.

Dicho patrimonio debe ser administrado con reglas propias, en donde cada fondo responderá de sus propias deudas, las cuales permanecen ajenas a la institución fiduciaria, fideicomitente y en su caso el fideicomisario; la constitución de un patrimonio autónomo que la Institución administra, la obliga frente a terceros hasta donde alcance el mismo, por lo que no responderá con su patrimonio propio.

Ahora bien, establezca el Lic. De Pina Vara, que el embargo constituye una limitación del derecho de propiedad (no la privación de ella), que afecta el derecho de disposición y que subsiste mientras no sea levantado por la autoridad judicial competente³³.

Oportuno es mencionar que, en virtud de que pueden ser materia del fideicomiso cualquier clase de bienes que se encuentren dentro del comercio, o cualquier clase de derechos que no sean de ejercicio personalísimo y por lo tanto intransmisibles, será necesario que dichos bienes o derechos no se encuentren afectos a derechos de terceros; los bienes que estén fuera del comercio, por su propia naturaleza o por disposición de Ley, serán evidentemente inalienables.

Por lo antes expuesto coincido en la opinión del maestro Erick Carvallo Yáñez, que señala que por virtud de la afectación y entrega de bienes o derechos en un fideicomiso, éstos no serán ya sujetos de un embargo que pretenda trabarse contra los bienes del fideicomitente, tales bienes ya no están dentro del patrimonio del aportante, lo cual se confirma con la siguiente tesis jurisprudencial:

INSTANCIA: Tribunales Colegiados de Circuito.- Fuente: Semanario Judicial de la Federación.- Época 8a.- Tomo X - julio - Tesis III. 3o. C. 244 C. página: 362. Clave TC033244.

EMBARGO NO RESULTA Oponible A UN DERECHO REAL, COMO ES EL FIDEICOMISO.- Un crédito quirografario (constitutivo del embargo) no puede oponerse a un derecho real como el que

³² Cervantes Ahumada, Raúl. Op. Cit. Pág. 292.

³³ De Pina Vara, Rafael. Op. Cit. Pág. 262

nace a través del fideicomiso, pues el primero constituye un acto procesal en virtud del cual se aseguran ciertos bienes que están a las resultas del juicio, de manera que tales bienes quedan bajo la guarda de un tercero, pero a disposición de un juez que ordenó su procedencia, lo que significa que la cosa embargada no se encuentra en poder del embargante, ni siquiera implica un derecho de persecución característico de los derechos reales, que permite a su titular reclamar de cualquier poseedor, puesto que sólo garantiza el cumplimiento de una obligación de carácter personal, nacida de un crédito quirografario, mientras que el segundo es un negocio jurídico, por medio del cual el fideicomitente destina uno o varios bienes a un fin determinado en beneficio de otra persona, encomendando su realización a una institución bancaria que recibe el dominio de los bienes y ello implica la creación de un patrimonio diverso al que es propio de las partes que intervienen en el contrato, o sea, que la titularidad de los bienes objeto del fideicomiso, pasa de la propiedad del fideicomitente a la de la institución fiduciaria; por lo que cabe concluir que el fideicomiso implica la constitución de un derecho real que no resulta afectado con el acto procesal del embargo, pues no son derechos o créditos de igual naturaleza.

Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Tercer Circuito.

Procedentes: Amparo en revisión 653/91. Cristino Alcalá Barbara. 13 de febrero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Hidalgo Riestra. Secretario: Héctor Hernández Andalón.

Amparo en revisión 619/91. Román García Espinoza. 9 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: María de los Ángeles E. Chavira Martínez. Secretaria: Martha Muro Arellano³⁴.

Para tal efecto, en caso de incumplimiento de alguna obligación del fideicomisario con una tercera persona, pueden ser susceptibles de embargo los derechos que se deriven del fideicomiso, más no así los bienes afectos al contrato; toda vez que estos se encuentran destinados a un fin específico, no hay que soslayar el tercer párrafo del artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, aplicable al fideicomitente, menciona en forma expresa que "El fideicomiso constituido en fraude de terceros podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados", en consecuencia, el fiduciario revertirá los recursos y se extinguirá el fideicomiso.

Debe concluirse que si durante la vigencia de un fideicomiso fuese declarada la quiebra del fideicomitente, los bienes fideicomitados no formarán parte de la masa del quebrado, como lo establece el artículo 159 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, fracción VI inciso a) (bienes que tenga en depósito, administración, arrendamiento, alquiler, usufructo, fideicomiso, etcétera) solamente en el caso de que el fideicomitente tuviera el carácter de fideicomisario podría embargársele sus derechos de fideicomisario, o bien, si al concluir el negocio fiduciario éste hubiera dispuesto la reversión del fondo al propio fideicomitente, se le podrán embargar los bienes que se le reintegraron.

Por otro lado si la Institución fiduciaria quebrara, los bienes que fomen parte de la masa sin haberse transferido su propiedad al quebrado por título legal, definitivo e irrevocable, podrán ser separados de ella por sus legítimos propietarios, ejercitando éstos la acción procedente ante el Juez de la quiebra; respecto al artículo antes mencionado, que son el fideicomitente y el fideicomisario quienes tienen derecho a ejercitar las acciones separatorias correspondientes³⁵.

Importante es precisar cuales son los bienes susceptibles de embargo, de conformidad a lo que señala en el artículo 536 del Código de Procedimientos Civiles:

³⁴ Carvallo Yáñez, Erick. Op. Cit. Pág. 127.

³⁵ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. Cit. Pág. 220.

"El derecho de designar los bienes que han de embargarse corresponde al deudor; y sólo que éste se rehuse a hacerlo o que esté ausente, podrá ejercerlo el actor o su representante pero cualquiera de ellos se sujetará al siguiente orden:

1. Los bienes consignados como garantía de la obligación que se reclama;
2. Dinero;
3. Créditos realizables en el acto;
4. Alhajas;
5. Frutos y rentas de toda especie;
6. Bienes muebles no comprendidos en las fracciones anteriores;
7. Bienes raíces;
8. Sueldos o comisiones;
9. Créditos".

PERSONALIDAD JURÍDICA Y DELEGADOS FIDUCIARIOS.

Respecto a la personalidad jurídica, el Diccionario Jurídico de Derecho decreta.- (del latín persona-litis-atis, conjunto de cualidades que constituyen a la persona) en derecho se utiliza para indicar la cualidad de la persona en virtud de la cual se le considera centro de imputación de normas jurídicas o sujeto de derechos y obligaciones, por otro lado, el vocablo personalidad se utiliza en otro sentido, que en algunos sistemas jurídicos se denomina personería, para indicar el conjunto de elementos que permiten constatar las facultades de alguien para representar a otro, generalmente a una persona moral³⁶, se deduce entonces que el fideicomiso es un contrato mediante el cual no se crea una personalidad distinta a los participantes en el mismo, podemos mencionar que el fideicomiso no es consecuencia de la voluntad de varios individuos para crear una persona jurídica distinta, en ningún ordenamiento jurídico se le atribuye a esta figura personalidad jurídica propia; dicho fideicomiso puede o no tener nombre, este tipo de negocios no tienen domicilio por lo que quien otorga el domicilio es el de la institución fiduciaria más no la del fideicomitente, el contrato tiene por objeto el conjunto de derechos y obligaciones que se prevén en el acto constitutivo, el fideicomiso no tiene órganos propios y exclusivos de representación ya que todos los derechos y obligaciones son ejecutados por la fiduciaria, concluyendo que el fideicomiso no reúne los atributos de la personalidad jurídica colectiva ya que no tiene nacionalidad, domicilio, nombre, etcétera.

En el mismo orden de ideas, los principales derechos y obligaciones del fideicomiso no son ejecutados por el Comité Técnico, fideicomitente o fideicomisarios sino por la Fiduciaria, tales como ejercitar sus facultades que expresamente se le hayan conferido, ejercitar derechos y acciones que requiera para el cumplimiento del negocio, cobrar la remuneración estipulada, comprar y vender valores, etcétera, independientemente de que el fideicomiso como contrato no tenga una personalidad jurídica, es importante se le reconozca como titular de los bienes afectos

³⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas. "Diccionario Jurídico Mexicano". Editorial Porrúa, S.A. de C.V., 1993, Pág 2400.

al mismo, al tener la titularidad del dinero o bienes, aunque no tenga personalidad propia, si está legitimado para celebrar diversos actos, cuyo titular es el fideicomiso, representado por su delegado fiduciario, quien debe ostentar entonces la personalidad jurídica suficiente, toda vez que se destaca la viabilidad jurídica para que el fideicomiso aunque sólo sea un contrato sin dicha personalidad propia, contrate por medio de su delegado fiduciario a trabajadores, realizando todos los actos necesarios para la ejecución o cumplimiento de sus fines, siempre que estos sean lícitos.

Para lo anterior, los delegados fiduciarios generales son los funcionarios que designa la institución para encargarse del desempeño de fideicomisos, comisiones y mandatos en general; dichos funcionarios se dedican al manejo de una o varias operaciones en particular; atento a lo anterior, las instituciones fiduciarias invariablemente son representadas por uno o varios funcionarios de la misma institución que se designan especialmente al efecto y por cuyos actos responde directa e ilimitadamente dicha institución.

La Ley de Instituciones de Crédito señala lo siguiente en el artículo 80 (primer párrafo) y 103 segundo párrafo de la Ley del Mercado de Valores que "En las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta Ley, las instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios".

Por otro lado, el artículo 90 de la Ley de Instituciones de Crédito puntualiza:

"Para acreditar la personalidad y facultad de los funcionarios de las Instituciones de Crédito, incluyendo los Delegados Fiduciarios, bastará exhibir una certificación de su nombramiento expedida por el Secretario del Consejo de Administración del Consejo Directivo.

Los poderes que otorguen las Instituciones de Crédito no requerirán otras inserciones que las relativas al acuerdo del consejo de administración o del consejo directivo, según corresponda, que haya autorizado su otorgamiento, a las facultades que en los estatutos sociales o en sus respectivas leyes orgánicas y Reglamentos orgánicos se concedan al mismo consejo y a la comprobación del nombramiento de los consejeros.

Se entenderá que los poderes conferidos de acuerdo con lo dispuesto en los párrafos primero y segundo del artículo 2,554 del Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal, comprende la facultad de otorgar, suscribir, avalar y endosar títulos de crédito, aun cuando no se mencione expresamente dicha facultad.

Los nombramientos de los funcionarios bancarios deberán inscribirse en el Registro Público de Comercio, previa ratificación de firmas, ante fedatario público, del documento auténtico en que conste el nombramiento respectivo.

Los nombramientos de secretario y prosecretario del consejo de administración o consejo directivo, deberán protocolizarse ante notario público y ser inscritos en el Registro Público de Comercio"

Adicionalmente Las circulares de Banco de México y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, aplicable a Casas de Bolsa, también hacen referencia a los Delegados Fiduciarios los cuales deben cumplir lo que en ello se establece en su regla décima primera que a la letra dice.-

El nombramiento de delegados fiduciarios deberá efectuarse por el Consejo de Administración de la Casa de Bolsa que actúe como fiduciaria en el fideicomiso respectivo. Las Casas de Bolsa deberán informar dichos nombramientos a la Comisión Nacional de Valores, así como su renuncia o remoción, a más tardar el día hábil siguiente a la fecha en que se produzca.

Las Casas de Bolsa deberán informar al público en sus oficinas, los nombres de las personas que hayan sido nombrados delegados fiduciarios."

Por lógica, existen distinciones entre los delegados fiduciarios generales y delegados fiduciarios especiales; en efecto, los primeros son los funcionarios de la institución que se ha reseñado y que realizan las operaciones generales de fideicomiso, mandato y comisión en las Instituciones de Crédito o Casas de Bolsa; los segundos son nombrados generalmente por el gobierno federal en los fideicomisos públicos.

Ambos tipos de delegados obligan a la institución con su firma; su cometido es personalísimo y no pueden delegar sus funciones de mando, de decisión o de las que fueren discrecionales, por lo que esas funciones deberán ser realizadas personalmente por ellos.

Es importante señalar que su designación puede ser vetada por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, autoridad que, en cualquier tiempo puede acordar su remoción.

Con el escrito mediante el cual, las Instituciones de Crédito y las Casas de Bolsa notifiquen a la citada Comisión el nombramiento de sus respectivos delegados, deberán enviar los siguientes datos:

1.- Nacionalidad de cada delegado, con indicación precisa de si es mexicano por nacimiento o por naturalización y, en este último caso, cuanto tiempo lleva de radicar en el país; su edad.

3.- Si goza de prestigio profesional en el sector financiero y tiene la experiencia y aptitud necesarias para la administración de empresas y negocios de cualquier índole, con las explicaciones necesarias sobre los antecedentes del interesado, a fin de fundar esta información, asimismo el monto aproximado de sus ingresos, para con ello comprobar que goza de solvencia económica con la que pueda responder del eficaz cumplimiento de las comisiones que se le confieran.

5.- Todos los demás datos complementarios y referencias que puedan servir para completar la información requerida.

Inicialmente la Comisión Nacional Bancaria y de Valores tuvo exclusivamente facultades para vetar la designación de los delegados fiduciarios que hubiera hecho una institución, así como para acordar que se procediera a la remoción de los mismos; posteriormente se hizo extensiva la facultad de veto de remoción o suspensión no sólo a los delegados fiduciarios sino también a los miembros del consejo de administración, comisarios, directores, gerentes y aquellos que puedan obligar con su firma a la institución.

Dicha remoción o veto procederá cuando las personas que ocupen los puestos enunciados en el párrafo anterior, no tengan la suficiente calidad moral o, en su defecto, cuando no tengan la suficiente calidad técnica para la adecuada administración y vigilancia de las instituciones, asimismo deberá iniciarse el procedimiento notificando a los interesados los motivos que tenga la Comisión Nacional Bancaria y de Valores para vetar u ordenar la remoción de dichos funcionarios otorgando a las instituciones un plazo conveniente al efecto, en función de la garantía de audiencia, para que contesten y, en su caso, ofrezcan las pruebas que a su derecho convenga.

Concluido el plazo respectivo, la Comisión dictará la resolución correspondiente misma que notificará a los interesados; el precepto en comento incluye un recurso de revisión ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público debiendo interponerse dentro de los 15 días siguientes a la notificación.

La facultad de remoción y veto de funcionarios, complementan los instrumentos de inspección y vigilancia de que dispone la Comisión, de acuerdo con la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores del 30 de Abril de 1995.

Por otro lado, no hay que soslayar la importancia y la obligación que se tiene para salvaguardar el secreto fiduciario en la constitución de los fideicomisos, siendo definido éste por el Dr. Miguel Acosta Romero como una subespecie del secreto bancario, que a su vez constituye una especie de secreto profesional, entendiéndose por éste, el silencio y discreción que por razones éticas deben guardar ciertas personas respecto de hechos, circunstancias o documentos que son confiados por su clientela y que ellas se conocen por virtud del ejercicio de sus actividades profesionales.

Al respecto la Ley de Instituciones de Crédito menciona en su artículo 118 lo siguiente:

"Con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la violación del secreto propio de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta Ley, incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que no sean aquellos entablados por el fideicomitente o fideicomisario, comitente o mandante, contra la institución o viceversa, constituirá a ésta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes."

CAPÍTULO TERCERO

EL CONTRATO

ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS EN GENERAL.

En este capítulo se presentará un breve estudio sobre los elementos que conforman al Contrato en general, a fin de entender la estructura del Contrato de Fideicomiso, sus fines y las causas que originan su extinción, para tal efecto, el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México define al contrato como un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias jurídicas (creación o transmisión de obligaciones)³⁷.

Etimológicamente la palabra contrato proviene del latín "*Contractus*", que significa contraer, estrechar, unir, pactar. Un contrato nace de acuerdo con la voluntad de las partes de llevar a cabo un determinado acto jurídico, lo anterior, se encuentra regulado por el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, en el libro Cuarto (de las Obligaciones), Primera Parte, (de las Obligaciones en general), Título Primero (de las Fuentes de Obligaciones), que a la letra dice:

"Artículo 1,792. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 1,793. Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Artículo 1,794. Para la existencia del contrato se requiere:

- I.- Consentimiento.
- II.- Objeto que pueda ser materia del contrato."

Conforme a lo anterior, nuestra legislación considera al contrato como una especie de convenio, los preceptos mencionados señalan los requisitos esenciales para la existencia de un contrato en general; de igual forma, no hay que soslayar que el acto jurídico es un acto de la voluntad del hombre cuyo objeto es producir un efecto de derecho, es decir, crear o modificar el orden jurídico.

Asimismo, el hecho jurídico es definido como un acontecimiento independiente de la voluntad humana susceptible de producir efectos en el campo de derecho ³⁸ y al que la Ley vincula ciertos efectos de derecho como nacimiento, muerte, etcétera.

Para complementar, es conveniente establecer que la definición de persona es todo aquel ser "capaz" (tener cierta aptitud o cualidad jurídica) de tener derechos y obligaciones, un elemento esencial en la concepción de persona, es la aptitud o cualidad normativa de adquirir derechos y

³⁷. Diccionario Jurídico Mexicano. Op. Cit. Pág. 691.

³⁸ De Pina Vara, Rafael. Op. Cit. Pág. 307.

facultades y contraer obligaciones y responsabilidades jurídicas, en este sentido persona (física) es un ente considerado como investido de derechos y facultades (o con la aptitud de adquirirlos).

La persona colectiva o moral es el sujeto (normalmente grupo de individuos) al cual el derecho considera como una sola entidad para que actúe como tal en la vida jurídica.

Ahora bien, de conformidad con lo señalado anteriormente, en todos los contrato deben existir los elementos de validez, que son la capacidad jurídica de los contratantes, ausencia de vicios en el consentimiento (error, dolo, violencia, lesión, etcétera); la forma en los casos exigidos por la Ley y licitud en el objeto, motivo, fin o condición del contrato.

De igual forma, se requiere del consentimiento para formalizar el contrato, siendo ésta la que indica el acuerdo de voluntades respecto a un objeto común, misma que consiste en producir consecuencias jurídicas que son la creación, transmisión, modificación o extinción de las obligaciones; el artículo 1,803 del Código Civil señala que "el consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos; el consentimiento tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por Ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente".

En complemento el artículo 1,796 del Código Civil dicta: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquéllos que deben revestir una forma establecida por la Ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o la Ley", es decir, para que se de el consentimiento debe haber una oferta, idéntica a la aceptación; la falta de consentimiento trae consigo la inexistencia del contrato.

Asimismo se requiere de un objeto que pueda ser materia del mismo, bien puede ser objeto directo, que es el de crear o transferir derechos y obligaciones, bien puede serlo un objeto indirecto, en este caso será una conducta de dar, hacer o de no hacer, así como un objeto material que es la misma cosa que se da; conforme a lo que establece el artículo 1,824 del citado Código Civil:

"Son objeto de los contratos:

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

En el mismo contexto, el artículo 1,825 manifiesta que:

"La cosa objeto del contrato debe:

- 1.- Existir en la naturaleza,
- 2.- Ser determinada o determinable en cuanto a su especie,
- 3.- Estar en el comercio".

Por lo que respecta a la posibilidad física de la cosa, debe estar ésta en la naturaleza, ya que un acto jurídico que tuviera como objeto lo que la naturaleza no tiene, no podría ser cumplido; asimismo, si no se determina el objeto del contrato se correría la misma suerte y, si existen bienes que no se adquirieran por los particulares por tratarse de bienes excluidos del comercio, no pueden ser objeto de un contrato.

Dice el artículo 22 del Código Civil que "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código".

Es pues la capacidad una facultad de la que goza todo individuo, incluso el que no ha nacido; ahora bien los dos siguientes artículos del código civil establecen que la minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la Ley, son restricciones a la personalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes. El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la Ley.

Por lo que respecta a las personas morales para el derecho mexicano, el artículo 25 del mismo ordenamiento especifica que estas serán:

- I.- La Nación, los Estados y Municipios;
- II.- Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la Ley;
- III.- Las sociedades civiles o mercantiles;
- IV.- Los sindicatos, asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI.- del artículo 123 de la constitución política;
- V.- Las sociedades cooperativas y mutualistas;
- VI.- Las asociaciones distintas a las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la Ley;
- VII.- Las personas morales extranjeras de naturaleza privada en los términos del artículo 2,736.

Estas personas obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la Ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos, según lo establece el artículo 27 del citado ordenamiento.

Con lo anterior, se observa claramente la existencia de la capacidad como elemento fundamental para contratar, existiendo dos clases de capacidad:

- 1.- Capacidad de goce, que es la aptitud para ser titular de derechos.
- 2.- Capacidad de ejercicio, que es la aptitud para ejercitar o para hacer valer por sí sus derechos.

Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la Ley (artículo 1,798 del Código Civil), la inobservancia de la capacidad como elemento de validez del contrato origina como lo menciona el artículo 2,228 del propio Código, la nulidad relativa del contrato.

" La falta de forma establecida por la Ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la *incapacidad* de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa."

Si se utiliza la violencia para que exista el consentimiento en un contrato, ésta invalida el acto jurídico y lo afecta de nulidad relativa, conforme se estipula en el precepto anteriormente invocado. Define el Código Civil en su artículo 1,819 que hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, o de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales hasta dentro del segundo grado; por lo anterior, se entiende que es toda acción grave, irresistible e injusta ejercida sobre una persona razonable con el objeto de determinarla contra su voluntad a aceptar una obligación o a cumplir una prestación

dada, ya provenga esta violencia de alguno de los contratantes, ya de un tercero interesado o no en el contrato (artículo 1,818 del Código Civil).

Se vicia la voluntad con las mismas consecuencias que se producen cuando por error se entiende como el concepto falso de la realidad, una creencia no conforme con la verdad.

El mismo destino se observa en caso de que se determine que en la constitución de un contrato existió dolo, entendiéndose por dolo en los contratos, cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a un error o mantener en él a alguno de los contratantes, por mala fe de la disimulación del error de uno de los contratantes.

En la actualidad se exige la forma en los contratos para evitar con esto litigios, así como para dotar de precisión a las obligaciones asumidas y de seguridad a ciertos bienes de importancia, inducir a mayores reflexiones a las partes contratantes, ventajas dotadas que explican la formalidad exigida en la mayor parte de los contratos reglamentados.

Es importante precisar en el acto constitutivo, o sea el contrato, el domicilio de las partes o contratantes, a fin de que las mismas se localicen con facilidad o bien para remitir documentación que se derive del contrato; para la persona física el domicilio es el principal asiento de sus negocios cuando se mantiene esa residencia en algún lugar por más de 183 días, para la persona moral es donde establezca su administración, así como las sucursales donde opere y señale para cumplir con sus obligaciones.

Rodolfo Batiza determina que la falta de alguno de los elementos de fondo o de forma en los contratos, resulta en su inexistencia o en su nulidad, sea ésta absoluta o relativa, por lo que el acto inexistente es el que no reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia. Y es aquel que no ha podido formarse en razón a la falta de un elemento esencial, ese acto carece de existencia a los ojos de la Ley, es una apariencia sin realidad, la nada, la Ley no se ocupa de él. El acto nulo reúne las condiciones esenciales para la existencia de todo acto jurídico, pero está privado de efectos por la Ley³⁹.

De igual forma existen varios tipos de obligaciones: ya sea condicional cuando su existencia o resolución depende de un acontecimiento futuro o incierto, es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación y resolutoria en el momento de que se cumple o se resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían como si esa obligación no hubiera existido.

Bajo el mismo esquema obligación a plazo es aquella que para su cumplimiento se ha señalado un día cierto, que necesariamente ha de llegar; a la incertidumbre consiste en si ha de llegar o no el día, la obligación será condicional.

Por lo que respecta a la transmisión de obligaciones, podemos definir que la cesión de derechos es un acto jurídico, voluntario y libre destinado al traspaso de bienes o derechos de un titular a otro.

Finalmente los contratantes pueden determinar las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza se tendrán por puestas, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la Ley, pudiendo estipular ciertas prestaciones como pena para el caso de que la obligación no se cumpla de la manera convenida, cabe mencionar, que tal estipulación, al hacerse no podrán

³⁹ Batiza, Rodolfo. Op. Cit. Pág. 224.

reclamar, además de daños y perjuicios; la cláusula penal no podrá exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal.

Si la obligación fuere cumplida en parte, la pena se modificará en la misma proporción, en caso de que no se pueda hacer la proporción, el juez reducirá la pena de una manera equitativa, tomando en cuenta la naturaleza y demás circunstancias, ésta, no podrá hacerse efectiva, cuando el obligado a ella no haya podido cumplir el contrato, por hecho del acreedor, caso fortuito o fuerza insuperable.

ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO EN PARTICULAR

Como lo define el maestro Dávalos Mejía, el Fideicomiso es un acuerdo que crea, transfiere, modifica e incluso extingue obligaciones y para su existencia y validez se requiere consentimiento, licitud y formalidad; luego el fideicomiso en derecho toma el nombre de contrato, trátase de un negocio jurídico, uno fiduciario, declaración unilateral de la voluntad, etc⁴⁰.

En la misma tesitura el Lic. Vásquez del Mercado, afirmaba "El fideicomiso es un *contrato* por virtud del cual se confieren facultades a un sujeto para que realice actos respecto a determinados bienes, a efecto de lograr un fin específico, en provecho de quien designa aquél que otorga las facultades⁴¹.

Por lo que se refiere a la legislación vigente, es precisamente el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito el que establece: "El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por *escrito* y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso".

En apego a lo anterior, en la práctica bancaria para la constitución del fideicomiso invariablemente se formaliza por escrito, y se debe ajustar como ya se mencionó a la legislación común, bajo el esquema de un acuerdo de voluntades plasmado en un **CONTRATO DE FIDEICOMISO**.

A mayor abundamiento, el Lic. Erick Carvallo Yáñez manifiesta que: "por virtud del *contrato de fideicomiso* una persona que se denominará fideicomitente, entrega bienes o derechos a otra denominada fiduciaria, para que ésta los administre y realice con ellos el cumplimiento de finalidades lícitas, determinadas y posibles; una vez que éstos sean cumplidos, destine los bienes, derechos y provechos aportados y los que se hayan generado en favor de otra persona que se denomina fideicomisario, que puede ser el propio fideicomitente.

Por lo anterior, es posible constituir un *contrato* de fideicomiso para que a través del mismo se realice cualquier finalidad, la que quiera el titular del *contrato*, siempre que esa finalidad sea lícita y posible⁴².

Entiendo pues, que el fideicomiso en sí mismo no es un acto solemne, por lo que los vicios de forma pueden ser subsanados y, el acto constitutivo del mismo tiene existencia, validez y eficacia desde que se otorga el contrato.

⁴⁰ Dávalos Mejía, Carlos. Op. Cit. Pág. 858.

⁴¹ Vásquez del Mercado, Oscar. "Contratos Mercantiles". Ed. Porrúa, S.A. de C.V., Séptima edición, 1997, Pág. 515

⁴² Carvallo Yáñez, Erick. Op. Cit. Pág. 117.

De las opiniones transcritas en los párrafos anteriores, se sustenta que el Fideicomiso es un contrato, lo anterior también es contemplado de acuerdo con las resoluciones dictadas en forma reiterativa por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; no obstante, en ocasiones dicha autoridad ha utilizado al efecto dos conceptos diferentes, ya sea como acto jurídico o como negocio jurídico, definiciones que más adelante intentaremos desarrollar, pero que en todas el fideicomiso ha sido calificado procesalmente como un contrato.

Como ejemplo se cita la siguiente interpretación jurisprudencial:

ORIGEN DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

El negocio Fiduciario es una forma compleja que resulta de la unión de dos negocios de índole y efectos diferente:

- a) Un contrato real positivo, la transmisión de la propiedad, que se realiza de modo perfecto e irrevocable y
- b) Un contrato obligatorio negativo por el cual el fiduciario se obliga a usar en cierta forma el derecho adquirido

Amparo directo 1627/60.- Hermenegildo Moreno González.- 24 de agosto de 1960⁴³.

La transmisión de valores al portador con fines de garantía o de cualquier otra índole, pueden hacerse constar en contrato privado y otorgarse con la intervención del fiduciario, fideicomitente y fideicomisario, y por supuesto con la entrega material de los valores; de igual forma si se trata de bienes inmuebles, se transmiten al fiduciario para el cumplimiento de los fines del fideicomiso debiendo otorgarse en este caso en una escritura pública para obtener efectos contra terceros, y en consecuencia inscribir el testimonio respectivo en el Registro Público de la Propiedad.

ESTRUCTURA DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO

Para el estudio sobre los elementos del contrato de fideicomiso, hay que identificar plenamente su estructura, como lo se mencionó con anterioridad, dicta el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que todo Fideicomiso invariablemente deberá constar por escrito; atento a lo anterior, se deberá llevar en su texto una secuencia lógica.

Por lo anterior, el Fideicomiso es un contrato en virtud del cual, una persona física o moral denominada fideicomitente afecta o destina ciertos bienes o derechos a una Institución Fiduciaria para un fin lícito y determinado, en beneficio de una persona física o moral denominada fideicomisario, dicho contrato debe contener:

- a). Un objeto.- Es todo bien mueble, inmueble o derechos que el fideicomitente entrega o afecta en fideicomiso sobre los que se tenga facultad de disposición y que no sean de los derechos llamados personalísimos, los cuales serán administrados por una Institución autorizada para tal efecto.

Lo anterior en acatamiento a lo establecido en el artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que a la letra dice:

⁴³ Tellez Ulloa, Marco Antonio. "Jurisprudencia Sobre Títulos y Operaciones de Crédito" Ed. Sufragio, 1993, Pág. 831

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

Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán efectos al fin a que se destinan y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que el mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros.

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

b). Fines.- Deben entenderse como fines las disposiciones establecidas por el fideicomitente a través del clausulado del contrato para que sean analizadas, vigiladas y ejecutadas por el fiduciario en beneficio de los fideicomisarios, es decir, las cláusulas constituidas en tomo a las necesidades del fideicomitente y fideicomisario que enmarcan el campo de acción del fiduciario, siendo la única limitante el que sean lícitos, determinados, física y jurídicamente posibles, es un encargo, encomienda, o misión confiada a una institución para que tome a su cargo y bajo su total responsabilidad, para que aquella vinculación de bienes no quede en un mero propósito, sino que adquiera una realidad posible jurídica y material.

c). Un sujeto denominado fideicomitente, con aptitud jurídica para entregar bienes o derechos de su propiedad. Esta persona destina esos bienes a un fin lícito determinado, quien los sustrae de una utilización general y los enlaza a un propósito fijo, preciso; los bienes por efecto del fideicomiso, quedan vinculados a un fin concreto con exclusión de cualquier otro; reiterando que esta persona identificada como fideicomitente debe tener capacidad jurídica para disponer de esos bienes.

d). Otro sujeto llamado fideicomisario, el cual deberá tener la capacidad jurídica para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

e). En su caso, un Comité Técnico, en el que pueden participar el fideicomitente o fideicomisario, este comité será el apoyo del fiduciario para que esta última pueda ejercer una buena administración en el fideicomiso.

En complemento a lo anterior y conforme lo expone el maestro Erick Carvallo Yáñez, el contrato de fideicomiso deberá contener los siguientes requisitos:

- 1.- Declaraciones que incluyan los motivos por los que se constituye el contrato y acreditamiento de la personalidad de las personas que intervienen, incluyendo los datos de las escrituras notariales en donde consten los poderes que para representar tienen las personas que intervienen en el otorgamiento, inclusive, los del delegado de la Institución que fungirá como fiduciaria.
- 2.- Relación de los bienes que se entregan en fideicomiso que deberá ser exageradamente detallada, incluyendo las escrituras o facturas que amparen la propiedad o los derechos sobre los bienes muebles e inmuebles que se entregan (afectan) en el contrato.
- 3.- Designación de fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.
- 4.- Fines específicos que se persiguen con la constitución del contrato de fideicomiso.
- 5.- En su caso, nombramiento de los miembros del Comité Técnico que girará instrucciones al fiduciario para el cumplimiento del contrato; los miembros del Comité tendrán las funciones y facultades que se hayan pactado en el contrato.

6.- Honorarios que la fiduciaria percibirá por su actuación.

7.- La expresión de si el contrato será revocable por el fideicomitente, etc⁴⁴.

El Fideicomiso está regulado dentro de la materia mercantil, por lo que el Estado permite que como mínimo haya libre contratación de las partes para obligarse y adquirir derechos y obligaciones, en los términos y condiciones que en el acto constitutivo se establezcan⁴⁵.

ELEMENTOS PERSONALES

Concluida la revisión de la estructura del contrato de fideicomiso, a continuación estudiaremos los elementos personales que formarán parte en el mismo:

FIDEICOMITENTE.-

Son tres sujetos los que conforman un contrato de Fideicomiso, inicio con el estudio de la figura del fideicomitente: *"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"*. la anterior manifestación proviene del artículo 349 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; dicho en otra forma, es la persona física o moral que teniendo facultad para contratar mediante la expresa manifestación de su voluntad, por lo que se origina el nacimiento del contrato de fideicomiso, o sea, es quien entrega en propiedad fiduciaria sus bienes o titularidad de sus derechos, es el cliente que acude a la institución de que se trate para confiarle un patrimonio y encomendarle lo que haga con el mismo, teniendo la capacidad necesaria para hacer la afectación de tales bienes, así como teniendo la facultad de disposición con el propósito de lograr un fin lícito y determinado.

Cabe mencionar que a juicio del maestro García Maynez se da el nombre de Persona a todo ente capaz de tener facultades y deberes⁴⁶.

También pueden constituir un fideicomiso las personas morales, tales como la Nación, los Estados y Municipios y demás corporaciones de carácter público reconocidas por la Ley, de acuerdo a sus normas que establezcan⁴⁷.

Importante resaltar el comentario al artículo 349 donde el maestro Batiza menciona que "sin que se pretenda darle el alcance general⁴⁸, las autoridades judiciales o administrativas no pueden tener el carácter de fideicomitente, puesto que podrán serlo respecto a aquellos bienes cuya disposición les corresponda conforme a la Ley".

Ahora bien, continuando con nuestro estudio, la intervención generica del Fideicomitente en el Fideicomiso es la siguiente:

⁴⁴ Carvallo Yáñez, Erick. Op. Cit. Pág. 125.

⁴⁵ Sánchez Sodi, Horacio. "El Fideicomiso en México". Ed. Greca, S.A. de C.V., 1996, Pág. 57.

⁴⁶ García Maynez, Eduardo. "Introducción al Estudio del Derecho", Ed. Porrúa, S.A. de C.V., Trigésimo Novena Edición, 1988, Pág. 271

⁴⁷ Vázquez del Mercado, Oscar. Op. Cit. Pág. 519

⁴⁸ Batiza, Rodolfo. Op. Cit. Pág. 47.

- En la constitución del fideicomiso, la transmisión de bienes y derechos, así como la designación del fiduciario.

- Recibir los remanentes, una vez que se ha realizado el fin para lo que se constituyó el fideicomiso, o bien se haya liquidado por motivos de mandato de Ley, teniendo derechos a que se le reviertan a su favor, si esto se pactó en el contrato correspondiente.

- Los derechos derivados del acto constitutivo.

- Derecho a nombrar al Comité Técnico, que por lo regular está constituido por representantes propietarios y suplentes del fideicomisario y fideicomitente; dentro de los fideicomisos privados la constitución del Comité Técnico es potestativo a diferencia de los fideicomisos públicos en donde su existencia se ha hecho obligatoria.

- Requerir cuentas al fiduciario señalando el mecanismo para ello, sin perjuicio de la petición que legalmente le corresponda al fideicomisario.

- Transmitir sus derechos de fideicomitente, es decir, podrá reservarse el Derecho para que en cualquier tiempo transmita su calidad de fideicomitente a otra persona física o moral, en tanto que no se lesione los derechos del fideicomisario, lo anterior, en base a que la Ley no prohíbe este ejercicio.

- Revocar el fideicomiso, cuando se haya reservado expresamente ese Derecho al constituirse el mismo.

- Designar a los fideicomisarios para recibir simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo lo previsto en la fracción II del artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Por otro lado, algunas de sus obligaciones frente a las otras partes que conforman el fideicomiso son las siguientes:

- Pagar los gastos que origine la constitución y el manejo del fideicomiso. Esta obligación no se encuentra prevista en la Ley, pero en la práctica bancaria, el fideicomitente al otorgar ciertos bienes de su patrimonio para la formación de un fideicomiso, es porque tiene un interés determinado que lo motiva a realizar dicho contrato; en consecuencia acepta el pago de los gastos que se originen para la constitución respectiva.

- Pagar los honorarios fiduciarios, ya que similar a lo anterior, en la práctica los honorarios de la Institución se aplican al fideicomitente, es decir con cargo al patrimonio fideicomitado.

- Saneamiento para el caso de evicción, el fideicomitente tiene la necesidad de garantizar que los bienes que conforman el fondo fideicomitado, estén libres de todo gravamen.

- Colaboración con el fiduciario, habrá colaboración con la institución fiduciaria, para la coordinación en los mecanismos para obtener el cumplimiento de los fines pactados en el acto constitutivo del propio contrato.

Finalmente, al constituirse el fideicomiso, si el fideicomitente no se reservó el Derecho de disposición sobre los bienes, estos se considerarán bajo el siguiente criterio:

FIDEICOMISO, NATURALEZA DEL.

Según puede advertirse de los artículos 346, 351 y 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en nuestra legislación se concibe al fideicomiso como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, afectación por virtud de la cual *el fideicomitente* queda privado de toda acción o Derecho de disposición sobre los bienes fideicomitados, de los que pasa a ser titular la institución fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito encomendado.

Amparo directo 4391/69, Jesús Galindo Galarza, 30 de septiembre de 1968, Banco Hipotecario, Fiduciario y de Ahorro, S.A., 6 de Noviembre de 1970, 3 votos, Poniente, Mariano Azuela.

Semanario Judicial de la Federación, sexta época, vol. CXXXV, cuarta p. 77⁴⁹.

FIDUCIARIO.-

Define el Lic. Carvallo Yáñez, que "el Fiduciario sólo puede ser una Institución de Crédito o una Sociedad Nacional de Crédito, lo cual se fundamenta en el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, así como las Casas de Bolsa, conforme lo apunta el inciso d) de la fracción IV del artículo 22 de la Ley del Mercado de Valores reformado en el año de 1993; sin embargo mientras que las Instituciones de Crédito y las Sociedades Nacionales de Crédito pueden intervenir en cualquier clase de fideicomisos, las Casas de Bolsa sólo pueden fungir como fiduciarias en fideicomisos cuyo objeto sean valores o efectivo para la adquisición de éstos"⁵⁰.

Acíaro que el objeto de esta investigación se limita al análisis jurídico de la administración del contrato de fideicomiso en Instituciones de Banca Múltiple y Casas de Bolsa, dejando al margen a las Sociedades Nacionales de Crédito, así como a las Instituciones de Fianzas y Seguros.

La base jurídica para poder ser fiduciario y sea desempeñada dicha actividad por una Institución de Crédito se encuentra en la Ley de Instituciones de Crédito, que en su artículo 46 fracción XV, donde prevé lo siguiente:

"Las Instituciones de Crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

XV.- Practicar las operaciones de fideicomiso, a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y comisiones".

Por lo que respecta a las Casas de Bolsa, la Ley del Mercado de Valores incluye en el inciso d) de la fracción IV de su artículo 22, lo subsecuente:

"Las Casas de Bolsa, sólo podrán realizar las actividades siguientes:

IV. Con sujeción a las disposiciones de carácter general que dicte el Banco de México, las Casas de Bolsa podrán:

d). Actuar como fiduciarias en negocios directamente vinculados con las actividades que les sean propias, sin que sea aplicable en este caso el primer párrafo del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

A mayor abundamiento, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala en su artículo 346 que:

⁴⁹ Tellez Ulloa, Marco Antonio. Op. Cit. Pág. 828

⁵⁰ Carvallo Yáñez, Erick. Op. Cit. Pág. 118.

"En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado, encomendando la realización de ese fin a una Institución Fiduciaria"; adicionalmente el artículo 350 define "Sólo pueden ser fiduciarias las Instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito (sin embargo y como ya lo hemos comentado, por reformas practicadas a la Ley del Mercado de Valores también las Casas de Bolsa pueden intervenir en el manejo de contratos de fideicomiso).

En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la Institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elijan el fideicomisario o, en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuvieran ubicados los bienes, de entre las Instituciones expresamente autorizadas conforme a la Ley.

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

Por otra parte, el 356 del ordenamiento invocado dispone que *"La Institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto al constituirse el mismo; estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo; no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio y deberá obrar como un buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa".*

En estricto sentido jurídico la fiduciaria no actúa en nombre de otro, sino que ejerce un derecho propio en virtud de que tiene la titularidad fiduciaria sobre los bienes afectados en fideicomiso; para confirmar lo anterior, citamos el siguiente criterio:

FIDEICOMISO, EL FIDUCIARIO ES TITULAR DEL PATRIMONIO DEL.

De conformidad con los artículos 346 y siguientes de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomiso es un acto unilateral de voluntad por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad la transmite al fiduciario para la realización de un fin determinado.

En términos de los preceptos antes invocados, el fiduciario no es solamente un ejecutor del fideicomiso, sino que por el contrario, es el titular del patrimonio fideicomitado en atención a la especial naturaleza de ese acto jurídico y, en condiciones, resulta obvio que al igual que cualquier titular de un determinado bien tiene interés jurídico en protegerlo cuando por actos de terceras personas sufran una alteración en el mismo.

Amparo en Revisión 254/1975 B.I.S.A. 11 de julio de 1975. Unanimidad.
Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil en Primer Circuito
Tribunales Colegiados. Tomo VI. Civil. Pág. 658.⁵¹

De lo anterior, desprendemos que las fiduciarias son las Instituciones autorizadas por las leyes para operar como tales, mismas que reciben del fideicomitente ciertos bienes o derechos para

⁵¹ Herrera Torres, Gustavo. "La Jurisprudencia en Bancos e Instituciones Financieras", PerezNieto Editores, 1994, Pág. 87

destinarlos a los fines que se establezcan el cual será el administrador del patrimonio, que constituye el objeto o materia del fideicomiso, es decir, es el ejecutor del mismo.

Dada su naturaleza de titular de ese patrimonio, el bien es cierto, en forma temporal y tan sólo para realizar con este patrimonio la finalidad o el propósito deseado por el fideicomitente.

Para la constitución de un fideicomiso se requiere no sólo la voluntad del fideicomitente de dar determinados bienes para un fin lícito y determinado, también se requiere de la participación del fiduciario, pues éste no debe faltar en todo fideicomiso, como ya lo mencionamos anteriormente, dicha constitución se formalizará mediante un contrato.

El cargo vacante de fiduciario aparece ya sea por la no aceptación del mismo, por renuncia, por revocación, etcétera.

Las funciones del Fiduciario podrán ser las siguientes:

- 1.- Debe observar los términos del acto constitutivo.
- 2.- Debe sujetar sus actos a las Leyes y demás ordenamientos que le sean aplicable a la propia institución y a los que se contengan en el fideicomiso.
- 3.- No debe olvidar que sólo es un instrumento para cumplir los fines del fideicomiso y que no es propietario del patrimonio fideicomitado.
- 4.- Debe designar delegados fiduciarios y en su caso nombrar apoderados especiales, recordando que los delegados obligan con su firma directa e ilimitadamente a la institución, de igual forma es la persona encargada para la ejecución del fideicomiso.
- 5.- Tendrá la Institución fiduciaria la obligación de defender en todo momento el patrimonio fideicomitado, así como la posesión del mismo; a mayor abundamiento, creo conveniente citar a continuación nuevamente una sentencia a fin de ampliar este criterio:

FIDUCIARIA, A ELLA CORRESPONDE LA DEFENSA DEL BIEN FIDEICOMITIDO. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 355, 356 y 357 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, corresponde a la Institución Fiduciaria llevar a cabo la defensa del patrimonio fideicomitado, por ser quien tiene todos los derechos y acciones que se requieren para el cumplimiento del fideicomiso, y éstos no pueden limitarse a los actos ordinarios tendientes a la consecución de los fines de aquél, sino que también deben comprender los actos cuya finalidad sea la defensa del patrimonio fideicomitado frente al actuar de autoridades que altere, obstaculice o imposibilite el cumplimiento de estos fines, pues ello implica, en un sentido amplio, llevar a cabo el fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que en contrario se establezcan al constituirse el fideicomiso.

Amparo en Revisión 769/84 Unitas, S.A. de C.V. 26 de agosto de 1986, mayoría de 17 votos de los señores Ministros: de Silva Nava, López Contreras, Cuevas Mantecon, Castellanos Tena, Díaz Infante, Fernández Doblado, Pavón Vasconcelos, Adato Green, Rodríguez Roldán, Martínez Delgado, Gutiérrez de Velasco, Villagordoa Lozano, Moreno Flores, Ortiz Santos, Díaz Romero, Olivera Toro y Presidente del Río Rodríguez. En contra del voto de los señores Ministros: Azuela Gutiérrez, González Martínez y Schmill Ordoñez, Ponente.- Felipe López Contreras, Secretario.- Diego Isaac Segovia Arrazola.

Informe 1986, parte I, p 676.

Pleno H. Suprema Corte de Justicia de la Nación .

Tendrá el fiduciario derecho a recibir los honorarios por la administración del fondo, de conformidad a la tarifa o cuota que se haya pactado en el contrato; en consecuencia tendrá la obligación de cumplir con los fines establecidos en el instrumento correspondiente.

No hay que soslayar que las Instituciones fiduciarias pueden tener responsabilidad civil, en función de que por su mala fe, negligencia o exceso en sus funciones, sufran pérdidas el patrimonio fideicomitado, así también en los casos en que provoque daño en el patrimonio, lo anterior, acatando lo que señala el artículo 80 segundo párrafo de la Ley de Instituciones de Crédito y la fracción III del artículo 103 de la Ley del Mercado de Valores.

Asimismo, esta obligado a entregar al fideicomitente o fideicomisario en su caso los remanentes que existieran en los fideicomisos al momento de su terminación o cancelación; y deberá nombrar un Delegado Fiduciario.

Claro resulta para los fines que perseguimos el texto del artículo 79 de la Ley de Instituciones de Crédito, similar a lo establecido en la fracción X del artículo 103 de la Ley del Mercado de Valores que a la letra dice:

"En operaciones de fideicomiso, mandato, comisión, administración o custodia, las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la Institución de Crédito, con los de las contabilidades especiales.

En ningún caso estos bienes estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo, mandato, comisión, custodia, o las que contra ellos corresponda a terceros de acuerdo con la Ley.

Por lo establecido anteriormente, defino que la fiduciaria está obligada para llevar contabilidad especial, lo que le permite al cliente conocer con precisión y oportunidad la situación financiera y presupuestal de su contrato de fideicomiso.

- Adicionalmente no puede garantizar el rendimiento de los bienes que reciba en fideicomiso, para su inversión y administración.
- En los fideicomisos de inversión donde en especial la Institución fiduciaria sea una Casa de Bolsa, ésta deberá sujetarse a las instrucciones del fideicomitente, fideicomisario o Comité Técnico, es decir, quien tenga este derecho conforme al contrato respectivo; cuando tenga facultad discrecional de decidir sobre la compraventa de los instrumentos materia del fideicomiso, deberá hacer dicha inversión necesariamente en los valores inscritos en la sección de valores del Registro Nacional de Valores e Intermediarios.
- Informar de su actuación al fideicomitente, fideicomisario y, en su caso, a los miembros del Comité Técnico, debiendo mantener siempre el secreto fiduciario con terceros ajenos.
- Responder de los daños y perjuicios ocasionados por el mal manejo, siempre administrando el fideicomiso como si fuera un buen padre de familia.
- Cumplir con las normas fiscales aplicables a cada caso concreto.
- Ejecutar todos los actos necesarios para cumplir con el clausulado del contrato de fideicomiso y conseguir los fines establecidos.

- Establecer o proponer reglas de operación a los miembros del Comité Técnico a fin de agilizar y no entorpecer la operación del Fideicomiso.

- El fiduciario no podrá recibir los beneficios del fideicomiso, salvo el cobro de las percepciones debidas por su trabajo, llámese honorarios fiduciarios.

Una vez que el fiduciario acepta el desempeño de su encargo no puede de ninguna manera negarse a cumplirlo; la Ley determina que no podrá excusarse o renunciar a su cargo, sino por causas graves que deberá probar ante un juez de primera instancia del lugar de su domicilio⁵².

Para el Dr. Raúl Cervantes, el fiduciario no es elemento esencial para la constitución del fideicomiso, ya que éste se constituye por la declaración unilateral de la voluntad del fideicomitente, pero si lo es para su ejecución, ya que si no fuere posible designar al fiduciario el fideicomiso termina⁵³, nada está más alejado de la realidad y la práctica bancaria, ya que tal definición es contradictoria, toda vez que si no se puede designar al fiduciario, no podría existir el mismo y el fideicomiso no se terminaría, por que nunca nació.

Adicionalmente, cuando la finalidad no está debidamente expresada, por la cual no se pueda determinar su estricto apego a la Ley, y en tal supuesto no podría existir el fideicomiso.

Nuevamente menciono que la actividad de las Casas de Bolsa en contratos de fideicomisos, se limita cuando el objeto sean valores o efectivo para la adquisición de éstos, cualquier actividad que no sea propia de las Casas de Bolsa no podrá efectuarse a través de un contrato de fideicomiso en el que la fiduciaria sea una de estas intermediarias.

El maestro Carvallo al mencionar que en circulares emitidas por Banco de México y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores se señala que las Casas de Bolsa no podrán participar en fideicomisos cuyo objeto sea el otorgamiento de créditos, lo cual resulta lógico, en virtud de que no es facultad de las Casas de Bolsa otorgar créditos en general, sino únicamente concederlos para la adquisición de valores con garantía de éstos.

Tocante a los fideicomisos administrados por las Casas de Bolsa, éstas podrán ser discrecionales o no, sujetándose en todos los casos a lo siguiente (artículos 91, 93 y 96 de la Ley del Mercado de Valores):

- Si no es discrecional el contrato, las instrucciones que gire el cliente al fiduciario podrán ser de manera escrita, verbal o telefónica, pudiendo convenir adicionalmente el uso de carta, telégrafo, télex o telefax o cualquier otro medio electrónico, debiendo precisar el tipo de operación, género, especie, clase, emisor, etcétera.

- Las instrucciones del cliente deberán ejecutarse para la actividad fiduciaria en Casas de Bolsa con apego al Sistema de Recepción y Asignación de Operaciones con el que cuente dicha Casa de Bolsa.

- El fiduciario deberá elaborar un comprobante de cada operación.

- Si se conviene el uso de medios electrónicos, habrán de precisarse las claves de identificación recíproca y responsabilidades que conlleve su utilización, incluyendo que el uso de tales claves sustituye la firma autógrafa del cliente.

⁵² Vázquez del Mercado, Oscar. Op. Cit. Pág. 521.

⁵³ Cervantes Ahumada, Raúl. "Títulos y Operaciones de Crédito", Ed. Herrero, S.A. de C.V., México, Pág. 293.

- La Casa de Bolsa estará facultada para suscribir por cuenta del cliente, los endosos y cesiones de valores que éste confiera en guarda o administración.

- Dicha institución no estará obligada a ejecutar las instrucciones que le remitan, si el cliente no le entrega los recursos que sean necesarios.

- Tratándose de cuentas discrecionales, no será obligatoria la confirmación del cliente, quien podrá en todo momento limitar la discrecionalidad del fiduciario.

- Para los fideicomisos en las Casas de Bolsa, todos los valores y efectivo propiedad del cliente se entiende especial y preferentemente destinados al pago de las remuneraciones, gastos o cualquier otro adeudo que exista a su favor con motivo de su actuación.

- El fiduciario actuará profesionalmente sin asumir obligaciones de garantizar rendimientos, ni podrá ser responsable de pérdidas o menoscabos del patrimonio fideicomitado que puedan sufrirse como consecuencia de las operaciones concertadas con apego a la Ley y a las instrucciones del cliente.

Muy importante es que las Casas de Bolsa se abstendrán de intervenir en fideicomisos en los que las sociedades fideicomitentes o fideicomisarias adquieran sus propias acciones salvo que las acciones se encuentren inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, que la adquisición se realice con fondos provenientes del capital social o reservas provenientes de las utilidades netas de la empresa y que la Asamblea General Ordinaria de accionistas sea la que señale el monto de la recompra accionaria, y la cantidad de capital o reserva que se utilizarán, siempre que la suma de ambas cantidades no sea igual al total de utilidades de la empresa.

Si dichas Casas de Bolsas actúan en contravención a las reglas que prevé las circulares número 65/94 emitida por el Banco de México y por la circular 10-179 de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, deberán depositar en efectivo y sin derecho a percibir intereses, el cincuenta por ciento de los fondos recibidos en una cuenta especial en el Banco de México.

Finalmente las Instituciones Fiduciarias deberán vigilar lo señalado en el artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que son:

Artículo 359.- Quedan prohibidos:

I. Los fideicomisos secretos;

II. 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

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

FIDEICOMISARIO.-

Es la persona física o moral que resulta favorecida con el provecho que el fideicomiso implica, es decir, quien obtiene los beneficios del contrato; es aquel que tiene derecho a pedir cuentas de la

actuación como fiduciario y exigirle el cumplimiento exacto de sus funciones pudiendo ser el propio fideicomitente.

La base jurídica se sustenta en el artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que decreta lo siguiente:

"Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 359.

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

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

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

Adicionalmente el artículo 355 establece:

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

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

Puntualizo que el artículo 347 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que "el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado"; en mi opinión es importante establecer que posterior a la constitución del contrato en comento se designe al fideicomisario, toda vez que en la práctica no puede existir el fideicomiso si no hay beneficiario plenamente identificado, toda vez que al señalarse en el acto constitutivo el fin determinado y lícito implica que necesariamente exista una persona física o moral con derecho a recibir el provecho emanado del contrato, en consecuencia y de conformidad a lo establecido anteriormente y por ejemplo en dicho fideicomiso, al concluir el mismo, ya sea por cumplimiento de sus fines, por revocación, etcétera, el fideicomisario podrá tener derecho a los remanentes del fondo fideicomitado.

La función del fideicomisario es la de recibir los beneficios, ya que normalmente, no tiene obligaciones, excepto cuando el fideicomiso sea oneroso o esté obligado a cumplir con obligaciones de dar, de hacer o de no hacer; queda liberado de la administración y manejo de los bienes fideicomitados; asimismo, tiene derecho personal frente al fiduciario, pues el fideicomisario

es el acreedor del fiduciario por lo que se refiere al cumplimiento de sus obligaciones que se derivan del acto constitutivo del fideicomiso, y que consiste en el ejercicio obligatorio de los derechos de que es titular, para el cumplimiento de los fines, además tiene el derecho de voto en la toma de decisiones, que bien se pueden ejercer a través del Comité Técnico, es decir siendo miembro de este Órgano Colegiado.

En caso de sustitución de institución fiduciaria, podrá nombrar al nuevo fiduciario, y en su caso reivindicar los bienes que salgan indebidamente del fideicomiso, exigiendo rendición de cuentas en forma detallada y, cuando esté en su derecho atacar la validez de los actos de la fiduciaria; lo anterior lo sustentamos en lo que marca el artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito y su similar, la fracción VII del artículo 103 de la Ley del Mercado de Valores, que a la letra dice:

"Cuando la Institución de Crédito al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de 15 días hábiles, o cuando sea declarada por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabo por negligencia, procederá su remoción como fiduciario.

Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las Instituciones de Crédito y para pedir la remoción, corresponderán al fideicomisario, a sus representantes legales, y a falta de éstos al Ministerio Público, sin perjuicio de perder el fideicomitente o en las modificaciones del mismo, el derecho de ejercitar esta acción.

En caso de renuncia o remoción se estará en lo dispuesto en el párrafo final del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito".

La Ley sustantiva, menciona el Lic. Rodolfo Batiza, no determina que clase de derechos puede tener el fideicomisario y deja la solución al fideicomitente, además precisa, que la propiedad de los bienes en fideicomiso, no puede corresponderle al fideicomisario, puesto que no sería tal, sino dueño; continúa en el sentido de que la legislación omite alguna disposición de la Ley que en forma directa y categórica fije la duración de los derechos que como fideicomisario le corresponda⁵⁴.

Si bien es cierto que el fideicomisario tiene derecho a los bienes materia del fideicomiso, éste debe ser conforme al acto constitutivo, tal como ya lo mencionamos en este mismo apartado; para concatenar lo anteriormente especificado, es conveniente citar nuevamente una opinión jurisprudencial al respecto, a fin de ejemplificar esta facultad:

FIDEICOMISO, CORRESPONDE AL FIDUCIARIO Y NO AL FIDEICOMISARIO LA DEFENSA DE LA PROPIEDAD O POSESIÓN DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS.

El legitimado en la causa para defender la posesión de los bienes fideicomitidos lo es el fiduciario y no el fideicomisario, aun cuando el fiduciario sólo intervenga para otorgar poder a la persona que el fideicomisario le indique, sin responsabilidad alguna de aquél por haberse pactado así al constituirse el fideicomiso, y no puede el fideicomisario, sin poder del fiduciario, llevar la defensa de la posesión de los bienes fideicomitidos, si por haberse pactado expresamente es el fiduciario, a través del apoderado correspondiente, quien debe salir en defensa de tal posesión; por lo que si el propio fideicomisario desea salir en defensa de esa posesión, debe solicitar al fiduciario que le otorgue el poder respectivo para que como apoderado de éste y no por sí, pueda llevar esa defensa.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

⁵⁴ Batiza, Rodolfo. Op. Cit. Págs. 210-212.

Amparo Directo 4408/89. Leonardo de la Fuente Alonso y otra. 8 de febrero de 1990, Ponente: José Rojas Aja. Secretario Enrique Ramírez Gámez. Mayoría de votos, contra el emitido por el magistrado Manuel Ernesto Saloma Vera.

Semanario Judicial de la Federación, octava época, tomo VI, segunda parte - 2, p. 535.

COMITÉ TÉCNICO.-

Tal y como se mencionó en el primer capítulo de esta investigación, la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares del día 31 de Mayo de 1941, es la que incorporó por primera vez el concepto del Comité Técnico en los fideicomisos, redacción que no ha cambiado hasta nuestros días.

En la actualidad la Ley de Instituciones de Crédito y la Ley del Mercado de Valores, en su artículo 80 tercer párrafo y 103 fracción IV respectivamente, prevén la formación de un Cuerpo Colegiado, representativo de los intereses de las partes involucradas, es decir, un auxiliar del fiduciario para la ejecución de los fines del fideicomiso. Dicho órgano recibe el nombre de Comité Técnico el cual habitualmente es considerado en la constitución de los fideicomisos, por lo que las facultades y obligaciones de que se le dote invariablemente deberán quedar claramente precisadas por las partes involucradas.

A diferencia de los demás participantes del contrato de fideicomiso no se ha encontrado antecedentes del Comité Técnico, su existencia se debe a que el legislador se inspiró en la doctrina americana de la Trust Co. que para efectos de responsabilidad utilizan la formación de Comités formados generalmente por personas conocedoras en ciertas áreas los cuales auxilian para tomar las decisiones acerca de las conveniencias de invertir en determinado sector; dichos expertos ayudan a la fiduciaria a tomar prudentemente una decisión.

La formación del Órgano Colegiado analizado en este apartado generalmente es potestativo para el fideicomitente; la Ley es omisa y aún más la jurisprudencia en nuestro país, sólo en algunos casos la Ley obliga a que en la constitución de fideicomisos específicos se forme el mencionado Comité Técnico; al día de hoy no se ha fijado límites que pudieran darse en estas cuestiones, tales como obligaciones y derechos en forma expresa.

Para el prestigiado maestro Oscar Vásquez del Mercado cuando la fiduciaria actúa conforme a lo dispuesto por el Comité Técnico, salva toda su responsabilidad, agregando que el Comité Técnico realiza una función de consejo o asamblea y es quien toma las decisiones que deba ejecutar el fiduciario⁵⁵.

Como se observa, las decisiones del Comité Técnico liberan de responsabilidad al fiduciario, atento a lo anterior, su función debe ser meramente de decisión, sin tener en ningún caso facultades de ejecución; reiteramos que se debe establecer en el acto constitutivo las facultades de dicho comité y si la ejecución del fideicomiso rebasa estas facultades plasmados en el acto constitutivo será responsabilidad del administrador perfeccionar su mejor funcionamiento.

Las facultades que se deberán plasmar en el contrato podrán ser:

- La forma de votación de los miembros participantes y en caso de empate, quien tendrá voto de calidad.

⁵⁵ Vásquez del Mercado, Oscar. Op. Cit. Pág. 521.

- Forma, términos y alcances para girar instrucciones al fiduciario.
- Quienes deben firmar las actas que se levanten en cada reunión, siendo importante definir quien ocupará el cargo de presidente y secretario de dicho comité, así como sus obligaciones y facultades.
- El nombramiento de miembros propietarios y suplentes, duración en su encargo, forma y condiciones para los cambios o las sustituciones de los mismos; la facultad de las entidades que formen parte del fideicomiso que nombrarán a sus representantes, etcétera.

No hay que olvidar que si bien el fideicomitente o fideicomisario tienen la facultad de establecer los alcances de los miembros del Comité Técnico, el consentimiento del fiduciario es primordial, toda vez que será éste quien deberá aceptar las normas reguladoras del propio Comité; todos aquéllos principios que estime pertinentes en función de buscar que su responsabilidad esté resguardada y, no dejar todas las decisiones al órgano colegiado. El fin principal del mismo consiste en distribuir los fondos en apego al clausulado del contrato; hay que resaltar que en la práctica los miembros del Comité en la mayoría de las ocasiones no imponen costos al fondo fideicomitado, ya que su participación es generalmente honoraria.

- Debe ser un órgano discrecional y optativo, participativo y plural.
- Las disposiciones legales no señalan el número de sus integrantes, por lo que se deja a la discrecionalidad del fideicomitente o fideicomisario, en su caso.
- Especificar que no se tiene ninguna jerarquía dentro de la Institución Fiduciaria, ni éste se subordina al Fiduciario.
- Puede negarse el fiduciario a cumplir las decisiones del Comité Técnico, si estas implican excesos o mal uso de las facultades otorgadas.

En mi opinión, la función del Comité debería estar perfectamente legislada o sustentada cuando menos en criterios jurisprudenciales, toda vez de que no existen normas expresas que señalen su responsabilidad, como ya lo he mencionado, principalmente por los acuerdos que llega a tomar o las decisiones que adopta; en consecuencia, por analogía debe establecer un principio de responsabilidad frente al fideicomitente, y en su caso con el fideicomisario.

FINES DEL FIDEICOMISO.

Es común que se confunda el fin de un contrato con el objeto material del mismo, ya que el fin del contrato será el acuerdo de voluntades que engendra vínculos obligatorios y el objeto físico lo es un bien, sea mueble o inmueble.

Nuevamente redacto el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, mismo que establece:

En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado, encomendando la realización de este fin a una institución fiduciaria.

Dicho precepto, al referirse al fin del fideicomiso especifica que deberá ser lícito y determinado, pero si el fideicomiso es constituido en fraude de sus acreedores podrá en todo tiempo se atacado

de nulidad, conforme lo establece el tercer párrafo del artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

La finalidad del fideicomiso es la meta o el objetivo que el fideicomitente desea alcanzar con la intervención del fiduciario; debe establecerse claramente ya que por ejemplo si su fin es el de mantener museos o si es de carácter científico o artístico que no tenga fines de lucro, la duración del mismo puede ser mayor de 30 años, fecha límite para cualquier otro tipo de negocios fiduciarios excepto los inmobiliarios.

Se entenderá por fin del fideicomiso, el objetivo que se busca con la celebración del contrato, pueden ser de interés público o privado, pero siempre que sean determinados y lícitos.

Ahora bien, es importante señalar que el Código Civil del Distrito Federal, de aplicación supletoria a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no ofrece algún concepto de lo que se entenderá por lícitud, puesto que solamente señala lo que es ilícito; en efecto, el artículo 1,830 de dicho ordenamiento menciona que es "ilícito el hecho que es contrario a las Leyes de orden público o de las buenas costumbres", a contrario sensu, se entiende que será lícito todo aquél fin que no sea contrario a las Leyes de orden público o a las buenas costumbres; adicionalmente el artículo 1,831 estipula el fin o motivos determinantes de la voluntad de los que contratan, pero tampoco debe ser contrario a las Leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

Lo que se persigue en la práctica con la integración o constitución de un Fideicomiso, es tener transparencia, flexibilidad, etcétera, en el manejo de los bienes que se le encomiendan a la fiduciaria, ya que los bienes y derechos forman un patrimonio de afectación autónomo, del cual el fiduciario es el titular, mismos que serán destinados al fiel cumplimiento de los fines que le son encomendados; el Fiduciario sólo ejerce la titularidad sobre los bienes o derechos fideicomitados para la realización del fin establecido, siendo muy importante mencionar que la variedad del negocio que se puede realizar a través del fideicomiso, tiene como limite sólo la lícitud de su objeto y la imaginación del fideicomitente, aclaramos que dicha actividad para las Casas de Bolsa esta condicionada a valores bursátiles.

En conclusión, los fines son las actividades jurídicas que realiza el fiduciario por instrucciones del fideicomitente a través del ejercicio obligatorio de los derechos que le transmite como fideicomitente, siendo cualquier fin que sea considerada una actividad lícita, posible y determinada y como en el caso de las Casas de Bolsa, ajustarse a la legislación y limitaciones aplicables.

Es ilícito el fin que sea contrario o las Leyes de orden público o a las buenas costumbres, imposible el fin que no pueda existir por ser incompatible con las Leyes de la naturaleza o con una norma jurídica que deba regir necesariamente constituya un obstáculo inseparable para su realización. No será valido el fideicomiso si no se determina en forma concreta y específica el fin que se persigue a través de su constitución, en consecuencia a lo antes mencionado, se puede derivar inmediatamente la nulidad del contrato, careciendo éste de total validez.

EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO.

El artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito menciona las causas de terminación del contrato de fideicomiso, que son:

- I.- Por la realización del fin para el cual fue constituido;
- II.- Por hacerse éste imposible;

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

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

V.- Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario;

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

VII.- En el caso del párrafo final del artículo 350. (En los casos en que el fiduciario deba sustituirse, bien sea por renuncia o por revocación y no haya otro fiduciario que acepte el fideicomiso).

La Ley sustantiva enumera siete causas de extinción del fideicomiso. Dichas causas no pueden tener carácter limitativo si se considera que omite algunas que, por su propia naturaleza, producen su extinción sea que se consignent o no en la Ley⁵⁶.

Atento a lo anterior, en mi opinión existen otras causas de terminación que provienen de hechos ajenos a la voluntad de las partes, existiendo dos formas distintas para la extinción del fideicomiso, las cuales son:

- a). Causas de Extinción conforme a la Ley, o sea, las que establece la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- b). Causas de Extinción por caso no previsto en la Ley o por causas fortuitas.

Podemos señalar que si renuncia el beneficiario o fideicomisario, es decir, rechaza los beneficios y habiendo fallecido ya quien constituyó el fideicomiso al momento de producirse tal renuncia, estaremos claramente ante una causa de extinción de fideicomiso no prevista por las Leyes.

Otra causa sería la destrucción de la cosa, en virtud de que el objeto o cosa material del fideicomiso es un elemento indispensable para la existencia del contrato; podemos afirmar que si la cosa se destruye, es lógico que se derive en la terminación del fideicomiso adicionalmente si la duración rebasa el límite especificado en el III párrafo del artículo 359 de la citada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Los efectos de la terminación del fideicomiso son:

- 1.- Al concluir la vigencia del contrato, una de sus consecuencias principales consiste en la cancelación de los registros, expedientes y obligaciones fiscales en su caso, salvo disposición expresa en el propio contrato.
- 2.- Al cumplir con el fin establecido en el contrato respectivo, el patrimonio de afectación y, salvo disposición expresa en contrario, los bienes son restituidos al fideicomitente o a sus herederos; la fiduciaria tiene obligación cuando proceda en reintegrar los bienes y en su caso cancelar las inscripciones en el Registro Público de la Propiedad, siempre que parte del fondo fideicomitado esté constituido por bienes inmuebles.
- 3.- El fiduciario tiene obligación de dar un informe detallado de su gestión, teniendo derecho el fideicomitente y el fideicomisario a impugnar el informe y cuentas que le presenten.

⁵⁶ Batiza, Rodolfo. Op. Cit. Pág. 242

Al respecto, interesante resulta la opinión del Lic. Horacio Sánchez Sodi, que expresa: "La Ley señala categóricamente que el fin debe ser determinado, habida cuenta de que la Ley permite la ausencia del fideicomisario; difícil sería que el fin del fideicomiso fuese indeterminado y no se hubiere señalado fiduciario, entonces, el fideicomiso perdería su existencia; el sólo hecho de la no realización o imposibilidad de la realización extingue el fideicomiso, ya que elimina uno de los elementos esenciales constitutivos del fideicomiso, éste pierde su razón de ser".

La obligación depende de un acontecimiento futuro e incierto, bien sea suspendiéndola hasta que ésta exista; dicho de otra forma, la obligación es condicional cuando su existencia o su resolución depende de un acontecimiento futuro e incierto; asimismo la Ley determina el término máximo de 20 años para el cumplimiento de la condición resolutoria; en caso de no verificarse la condición resolutoria, el fideicomiso se extingue⁵⁷.

Finalmente con el objeto de evitar cualquier contingencia a futuro para las partes que integran el fideicomiso, al concluir con el fin establecido, el fiduciario podrá celebrar un convenio de extinción, en donde las partes estipulen los términos en que se extingue el fideicomiso y en donde por supuesto las partes se liberan recíprocamente de responsabilidades.

⁵⁷ Sánchez Sodi, Horacio. Op. Cit. Págs. 88-91.

CAPÍTULO CUARTO

DISTINTOS TIPOS DE CONTRATOS DE FIDEICOMISO Y SU ADMINISTRACIÓN.

Como ya he comentado, el Fideicomiso es una figura tan versátil de impactos económicos y sociales, que se puede aplicar a las más diversas situaciones, obteniendo resultados menos complejos y más expeditos, por lo que sería tema de un trabajo similar el definir y clasificar todos los tipos de Fideicomisos existentes, ya que una de sus limitantes es que su fin sea lícito, es decir, al destinar bienes a un fin lícito determinado, se entiende que el fideicomiso por su naturaleza no tiene un fin preorganizado, ya que por ejemplo en la compraventa el fin es la entrega del bien y el pago del precio; en el préstamo la finalidad es recibir dinero y devolverlo en el tiempo convenido, etcétera.

Finiquito el presente estudio desarrollando en el presente capítulo, algunos contratos de fideicomiso relevantes en la práctica; lo anterior expresado en dos vertientes; la primera, considerándolos en razón de sus fines aplicables a Casas de Bolsa e Institución de Crédito, y en la segunda, considerando aquellos en los que no pueden intervenir las Casas de Bolsa por las limitantes estudiadas en los capítulos anteriores; toda vez que no hay criterio de clasificación, ya que la Ley sólo se concreta a señalar lo que es el fideicomiso, sin que de este concepto se puedan desprender los distintos tipos existentes.

DEFINICIÓN DEL CONCEPTO ADMINISTRACIÓN

A criterio del Lic. Rafael de Pina, la administración es la actividad dedicada al cuidado y conservación de un conjunto de bienes de cualquier naturaleza pública o privada, con objeto de mantenerlos en estado satisfactorio para el cumplimiento de su destino; ahora bien, el mismo autor define al acto de administración como el acto jurídico destinado a la conservación o acrecentamiento de un patrimonio, o a la obtención de los beneficios o utilidades de que es susceptible, realizado por su dueño o por quien sin serlo, obra legalmente autorizado, en cualquier forma de representación o en cumplimiento de las funciones de un cargo que le obligue a ello⁵⁸.

El fideicomiso de administración, dictaba el maestro Vásquez del Mercado, sirve para que el fiduciario realice determinados actos con los bienes que se le transmiten, de manera que tales actos, independientemente de que la conservación de los bienes, produzcan un beneficio para el propio fideicomitente o para el fideicomisario designado; la persona facultada dará instrucciones al fiduciario para que los bienes fideicomitidos, dinero, etcétera, se utilicen en inversiones en valores que produzcan una renta, o bien tratándose de inmuebles se den en arrendamiento para obtener el producto de las rentas, en estos tipos de fideicomiso entra cualquier clase de bienes o derechos, siempre que sean productivos en sí mismos o susceptibles de producir una utilidad⁵⁹.

Continuando con el tema que nos ocupa, en la práctica al tener plenamente identificados los fines, se contemplan los términos de la transmisión de la propiedad a que se deban sujetar tales fines, ya sean:

⁵⁸ De Pina Vara, Rafael, Op. Cit. Pág. 60-61.

⁵⁹ Cervantes Ahumada, Raúl, Op. Cit. Pág. 525.

Fideicomisos convencionales o privados .- Son aquellos constituidos por el acuerdo de voluntades de las personas que intervienen, la institución debe expresar su aceptación para que opere la transmisión a su favor de los bienes o derechos, formando el patrimonio; la aceptación del fideicomisario puede ser expresa o tácita.

Fideicomisos por disposición de Ley.- Los que se constituyen, cuando por este medio se crea un patrimonio que venga a satisfacer las necesidades de un determinado grupo o clase social, estos fideicomisos los constituye generalmente el Estado a través de la S.H.C.P., quien aporta los fondos, determinándose los fideicomisarios y finalmente constituyendo los Comités Técnicos respectivos.

Fideicomisos en Escritura Pública.- Son aquellos constituidos por el acuerdo de voluntades de las personas que intervienen, pero que se realiza mediante Escritura Pública ante Notario, debiendo la institución expresar su aceptación signando dicho Testimonio; lo anterior obedece a que en esta clase de fideicomisos la afectación patrimonial estriba generalmente en un bien inmueble, de ahí la formalidad notarial.

Posteriormente cada institución fiduciaria subdivide al Negocio para un mejor control, administración y desarrollo, en función a los aspectos particulares del mismo, así como el fin específico, por ejemplo:

PLANES DE PREVISIÓN SOCIAL

Plan de Pensiones

Prima de Antigüedad

Fondos de Ahorro;

INMUEBLES

Unifamiliares

Desarrollos Turísticos o Fraccionamientos;

PLANEACIÓN PATRIMONIAL

Testamentarios

Fideicomisos autorizados para recibir donativos;

SERVICIO EMPRESARIAL

Garantía

Actividades Empresariales

Inicio con definir al Fideicomiso Bursátil o de Administración de Valores, el cual es ejecutado generalmente en las Casas de Bolsa, sin que dicha situación impida a que también se desarrolle en las Instituciones de Crédito; para entender mejor la administración de estos negocios fiduciarios, es elemental plasmar los conceptos que cita el Lic. Erick Carvallo Yáñez en la segunda de sus obras, "Tratado de Derecho Bursátil", refiriéndose al Lic. Víctor Manuel Giorgana Frutos que menciona que no sólo el dinero representa riqueza o valor, ya que hay otros instrumentos que lo hacen como las acciones de las Sociedades, los certificados de depósito de mercancías,

etcétera; pero también los hay que representan dinero, como las acciones, las obligaciones y demás documentos que se emitan en serie o en masa, títulos de crédito y otros documentos que otorgan a sus titulares derechos de crédito, de propiedad o de participación en el capital de personas morales, y con los cuales se hagan oferta pública y actividades de intermediación⁶⁰de acuerdo con la Ley del Mercado de Valores.

Es importante mencionar que si una persona pretende adquirir o vender cualquiera de las mercaderías a que se refiere el párrafo anterior, incluyendo otros documentos que otorguen a sus titulares derechos de crédito, de propiedad o de participación en el capital de personas morales emitidos incluso en el extranjero, deberá hacerlo con la intervención principalmente de una Casa de Bolsa, cuya actividad es desarrollada en el denominado Mercado de Valores, que es donde se negocian títulos valores públicos o privados.

Oportuna definición del maestro Carvallo, al comentar que los valores que se cotizan en el Mercado de Valores son aquellas cosas mercantiles que incorporan en sí mismos una magnitud o cantidad variable estimada en dinero, la cual es determinada por la oferta o la demanda que de ellas exista en un momento y lugar determinados, asimismo, existen en materia mercantil dos clases de títulos, los individuales o singulares que son aquellos que se emiten en cada caso, en relación a una cierta operación que tiene lugar frente a una persona concreta o determinada, como la letra de cambio, el cheque, el pagaré, etcétera, y los títulos seriales o en masa, que son aquellos que nacen de una declaración unilateral de la voluntad realizada frente a una pluralidad indeterminada de personas, como las acciones, las obligaciones, etcétera⁶¹.

De igual forma las acciones, en opinión del maestro José Gómez Gordo, son títulos de crédito colectivos que se emiten en serie y son nominativas en los términos del artículo 111 de la Ley de Sociedades Mercantiles, "las acciones en que se divide el capital social de una Sociedad Anónima, estarán representados por títulos nominativos que servirán para acreditar o transmitir la calidad y los derechos de cesión y se regirán por las disposiciones relativas a valores literales en lo que sea compatible con su naturaleza y no sea modificado por la Ley"⁶².

Ahora bien, el artículo 21 de la Ley del Mercado de Valores establece que los intermediarios en el Mercado de Valores tendrán el carácter de Casas de Bolsa o de Especialistas Bursátiles, dichos intermediarios pueden intervenir tanto en la operación como en la intermediación de cualquier clase de valores, salvo que tratándose de Casas de Bolsa, éstas no tienen límite alguno para efectuar tales operaciones, por lo que una vez constituidas y registradas en la sección de intermediarios, nace la posibilidad de que estas instituciones puedan intervenir poniendo en contacto a las emisoras de los valores o documentos antes señalados con el público inversionista, estando autorizadas entre otras actividades a desempeñar el cargo de fiduciaria, como quedó claramente plasmado en la presente investigación, y en la que sólo pueden intervenir en fideicomisos cuyo objeto sean valores o la administración de éstos, es decir, podrán actuar en negocios fiduciarios directamente vinculados con las actividades que les son propias; dichos valores deberán estar inscritos en la Sección de Valores del Registro Nacional de Valores e Intermediarios; sin embargo las Casas de Bolsa a través de sus representantes podrán solicitar autorización de la banca central (Banco de México), a efecto de adquirir valores no inscritos en el Registro anteriormente señalado; estas operaciones y las que de ellas derivan pueden efectuarse siempre que el cliente celebre con la Casa de Bolsa un contrato de intermediación bursátil, mediante el cual, en términos de lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley del Mercado de Valores, se conferirá un mandato general para que dichas Casas de Bolsa por cuenta del cliente celebren las operaciones señaladas.

⁶⁰ Carvallo Yáñez, Erick, "Tratado de Derecho Bursátil". Editorial Porrúa, S.A. de C.V., Primera Edición, 1997, Pág. 37.

⁶¹ Carvallo Yáñez, Erick, Op. Cit. Pág. 39.

⁶² Gómez Gordo, José. "Títulos de Crédito". Editorial Porrúa, S.A. de C.V., Cuarta Edición, 1997, Pág. 267.

Las Casas de Bolsa no podrá celebrar fideicomisos abiertos, pero se les podrá conceder autorización especial al efecto; en el desempeño de su cargo, la fiduciaria actuará conforme a las instrucciones del cliente que reciba el apoderado para celebrar operaciones con el público, si el contrato es discrecional, las instrucciones que gire el cliente al fiduciario podrán ser de manera escrita, verbal o telefónica, pudiendo convenir adicionalmente el uso de carta, telégrafo, télex, telefax o cualquier otro medio electrónico, debiendo precisar el tipo de operación o movimiento, género, especie, clase, emisor, etcétera.

Cabe mencionar que las Casas de Bolsa no podrán participar en fideicomisos cuyo objeto sea el otorgamiento de créditos ya que no es facultad de dichas instituciones otorgar créditos en general, sino únicamente concederlos para la adquisición de valores con garantía de éstos; importante puntualizar que las instituciones en comento, también se abstendrán de intervenir en fideicomisos en los que las sociedades fideicomitentes o fideicomisarias adquieran sus propias acciones.

En general, la administración fiduciaria en una Casa de Bolsa se deberá ajustar además de lo establecido en la legislación aplicable, a lo establecido en las circulares 65/94 y 10-179 emitidas por el Banco de México y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, respectivamente, las que a continuación y debido a su importancia, se transcriben textualmente, haciendo la aclaración de que son idénticas en cuanto a las reglas que contienen:

***PRIMERA-** Las Casas de Bolsa única y exclusivamente podrán actuar como fiduciarias en fideicomisos de inversión, administración y garantía sobre valores, debiendo sujetarse en su desempeño estrictamente a la legislación aplicable, así como a lo previsto en las presentes reglas.

En los fideicomisos en los que las Casas de Bolsa actúen como fiduciarias, únicamente podrán afectarse valores inscritos en la Sección de Valores del Registro Nacional de Valores e Intermediarios que lleva la Comisión Nacional de Valores, o bien, efectivo destinado a la adquisición de tales valores.

Sin perjuicio de lo anterior, en ningún caso las Casas de Bolsa podrán participar en fideicomisos cuyo objeto sea el otorgamiento de créditos.

SEGUNDA- Los recursos que reciban las Casas de Bolsa deberán invertirse en los valores previstos en el contrato de fideicomiso el mismo día de su recepción. Cuando por cualquier circunstancia no pueda realizarse tal inversión, las Casas de Bolsa deberán, a más tardar el día hábil siguiente, depositar dichos fondos en una Institución de Crédito, o bien adquirir con ellos valores gubernamentales o acciones representativas del capital de alguna sociedad de inversión en instrumentos de deuda. De realizarse el depósito en una Institución de Crédito que forme parte del grupo financiero al cual pertenezca la fiduciaria, dicho depósito deberá devengar la tasa más alta que la Institución de Crédito pague por operaciones al mismo plazo y monto similar, en las mismas fechas en que se constituya el depósito.

TERCERA- Las Casas de Bolsa sólo podrán actuar como fiduciarias en fideicomisos que tengan por objeto la inversión de valores, o la administración de éstos, cuando al momento de constituirse el fideicomiso, los fideicomitentes y los fideicomisarios se encuentren plenamente identificados, no permitiéndose, una vez constituidos, la adhesión de terceros.

CUARTA- En los fideicomisos a que se refiere la regla anterior podrá pactarse que la inversión se realice a discreción de la fiduciaria o en los términos que expresamente señale el fideicomitente. Las Casas de Bolsa invariablemente deberán sujetarse, en lo conducente, a lo previsto en los artículos 91, 93 y 96 de la Ley del Mercado de Valores.

Las Casas de Bolsa en el desempeño de fideicomisos en los cuales se encuentre autorizadas a invertir en forma discrecional, no podrán invertir en valores emitidos por:

- a) La Casa de Bolsa fiduciaria;
- b) La sociedad controladora del grupo financiero al que pertenezca la propia fiduciaria;
- c) Por las sociedades que, directa o indirectamente, controle la referida sociedad controladora, o la propia sociedad fiduciaria;

QUINTA.- En los fideicomisos de inversión referidos en la regla tercera, las Casas de Bolsa fiduciarias se abstendrán de :

- a) Obtener diferenciales de rendimiento a su favor;
- b) Realizar actos que no se ajusten a las instrucciones previas recibidas de los fideicomitentes, de conformidad con lo estipulado con el contrato respectivo;
- c) Cargar al patrimonio fideicomitado precios distintos a los pagados por la propia Casa de Bolsa fiduciaria al efectuar la adquisición de los valores respectivos, sin perjuicio de que puedan cobrar las comisiones que libremente convengan por escrito con los fideicomitentes con anterioridad a dicha adquisición;
- d) Garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende, como sería el caso de recibir recursos a tasa determinada o determinable;
- e) Realizar operaciones con valores, con precios o rendimientos distintos a los que estén ofreciéndose en el mercado en general;
- f) Ofrecer por cualquier medio la adhesión a los fideicomisos respectivos, y
- g) Celebrar operaciones de compraventa de valores con ellas mismas, actuando por cuenta propia, cuando se trate de fideicomisos en que las operaciones citadas se efectúen a discreción de la fiduciaria.

SEXTA.- Las Casas de Bolsa se abstendrán de actuar como fiduciarias en fideicomisos que impliquen la realización de operaciones que contravengan normas jurídicas, particularmente en fideicomisos, en virtud de los cuales se adquieran acciones representativas del capital social de sociedades fideicomitentes o fideicomisarias en el propio fideicomiso, cuando el desempeño de tales fideicomisos contravenga lo previsto en el artículo 14 BIS de la Ley del Mercado de Valores.

SÉPTIMA.- Las Casas de Bolsa podrán actuar como fiduciarias en fideicomisos que se constituyan con el objeto de garantizar el cumplimiento de operaciones que celebren las propias Casas de Bolsa con o por cuenta de sus clientes.

En tales fideicomisos las Casas de Bolsa deberán cerciorarse, en todo momento, de la existencia de los valores que integren el patrimonio fideicomitado y de que exista y se conserve la proporción convenida entre el valor de éstos y el saldo insoluto de las obligaciones garantizadas. Asimismo, señalen con todo detalle los términos y condiciones de las correspondientes garantías y las características de los valores que integren el patrimonio del fideicomiso.

Las Casas de Bolsa que actúen como fiduciarias en fideicomisos de garantía cuyo objeto sea garantizar el pago de valores objeto de oferta pública e intermediación en el país o en el extranjero, deberán remitir a la Gerencia de Asuntos Jurídicos Internacionales del Banco de México, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la constitución de este tipo de fideicomisos, una copia simple del contrato respectivo así como del prospecto o aviso de oferta, según sea el caso, mediante el cual se informe a los inversionistas las características de la operación correspondiente.

NOVENA.- Independientemente de las sanciones que sean aplicables a las Casas de Bolsa que actúen como fiduciarias en fideicomisos constituidos en contravención a las presentes reglas, las Casas de Bolsa deberán ajustar dichas operaciones fiduciarias a fin de que se apeguen estrictamente a lo previsto en estas reglas o dar por terminada la encomienda fiduciaria. En tanto dichas Casas de Bolsa no den cumplimiento a lo previsto en la presente regla, deberán depositar en efectivo y sin interés el cincuenta por ciento de los fondos recibidos en dichos fideicomisos, en una cuenta especial que al efecto les lleve el Banco de México. En el supuesto que el patrimonio fideicomitado se encuentre constituido parcial o totalmente por valores, esas Casas de Bolsa deberán liquidar dichos valores y constituir con los recursos producto de la liquidación el depósito a que alude esta regla.

La fecha valor de constitución de dicho depósito, será la fecha o fechas en que se reciban los recursos o los valores respectivos.

DÉCIMA.- Las Casas de Bolsa deberán registrar las operaciones que celebren actuando como fiduciarias de conformidad con las disposiciones de carácter general al efecto expida la Comisión Nacional de Valores.

DÉCIMA PRIMERA.- El nombramiento de delegados fiduciarios deberá efectuarse por el Consejo de administración de la Casa de Bolsa que actúe como fiduciaria en el fideicomiso respectivo. Las Casas de Bolsa deberán informar dichos nombramientos a la Comisión Nacional de Valores, así como su renuncia o remoción, a más tardar el día hábil siguiente a la fecha en que se produzca.

Las Casas de Bolsa deberán informar al público en sus oficinas, los nombres de las personas que hayan sido nombradas delegados fiduciarios.*

Concluyo este apartado, estableciendo los participantes en los fideicomisos en comento, que podrán ser los siguientes:

FIDEICOMITENTE.- Personas físicas o morales que a través del fideicomiso y previo depósito de recursos suficientes, adquieran valores a fin de destinarlos a un fin específico, como conservar dichos valores para fines testamentarios, o para garantizar el cumplimiento de operaciones celebradas con las mismas Casas de Bolsa.

FIDUCIARIO.- Este tipo de fideicomisos son administrados por una Casa de Bolsa, ya que en ese sentido se les otorgó la autorización respectiva, sin olvidar que las Instituciones de Crédito pueden desarrollar fideicomisos con valores.

FIDEICOMISARIO.- Quien sea designado por el fideicomitente persona física o moral, pudiendo ser él propio fideicomitente.

OBJETO.- Única y exclusivamente valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios; no obstante, previa autorización del Banco de México podrán ser objeto del fideicomiso, valores no inscritos en dicho registro.

FIN.- Crear un fondo y garantizar operaciones celebradas con las Casas de Bolsa o bien para compraventa de valores y, en su caso, administrarlos.

FIDEICOMISOS PARA PLANES Y PREVISIÓN SOCIAL PLAN DE PENSIONES.

En la actualidad existe en nuestro país un régimen de seguridad social, en el que además de servicios asistenciales, se otorga a los trabajadores pensiones por invalidez y edad avanzada mediante el Sistema de Ahorro para el Retiro, regulado por la Ley del Seguro Social.

Este tipo de fideicomisos ha resultado un elemento muy importante para complementar los diversos planes de previsión social otorgados por Ley, también denominadas "operaciones previsionales" a cargo de las empresas, para lo anterior los participantes en el Plan de Pensiones son:

FIDEICOMITENTE.- Personas Morales de cualquier tipo, que mediante un cálculo actuarial determinarán el monto inicial del fondo, así como la cuantía de las cantidades que aportarán a dicho fondo, previéndose en este estudio las modificaciones que pudieran presentarse por cambio en el número de trabajadores, salario, rotación de personal, etcétera.

FIDUCIARIO.- El contrato de fideicomiso deberá tener la característica de irrevocable, pudiendo ser administrado tanto por una Institución de Crédito como por una Casa de Bolsa; para el manejo de los fondos que se van a entregar, se encomienda a la institución correspondiente su inversión, administración, vigilancia y distribución generalmente se crea al comité técnico que ya hemos estudiado.

FIDEICOMISARIO.- El trabajador de la Persona Moral.

OBJETO.- Los recursos provenientes del patrón o de la persona moral y que son ingresados en el fideicomiso, así como las posibles aportaciones adicionales de los trabajadores.

FIN.- Que la persona moral establezca una prestación adicional a sus trabajadores, que les brinde seguridad y tranquilidad, ya que al constituir un fondo que se incrementa con aportaciones adicionales de la Sociedad, el trabajador a su servicio tiene la tranquilidad que al retribuir en su oportunidad esas prestaciones complementarias al mismo, éste cuenta con un patrimonio propio al momento de su retiro, asegurando sus percepciones futuras, y garantizando una jubilación acorde al nivel de vida que tenía como trabajador.

Los beneficios que puede tener el patrón son que las aportaciones que realiza al fondo fideicomitado son deducibles del Impuesto Sobre la Renta, además tiene una mejor planeación financiera al programar adecuadamente el uso de sus recursos y el manejo eficiente de los mismos; al estar afectados en fideicomiso, se obtiene transparencia en la administración y un adecuado manejo de los recursos, cabe mencionar que solamente podrá disponer de los bienes del fondo para efectuar los pagos de pensiones, ya que si dispusiere de ellos para otros fines, se aplicaría la tasa del 34% para el pago de impuestos sobre las cantidades utilizadas.

También el trabajador obtiene un beneficio, ya que la pensión que reciba estará exenta del pago de impuestos (hasta los límites establecidos por la Ley del Impuesto sobre la Renta); igualmente los rendimientos del fondo estarán exentos del pago de impuestos y no se considerarán ingresos acumulables. Por otro lado, este fondo debe ser complementario a los pagos que realiza el patrón por disposición oficial como las aportaciones obligatorias a los Sistemas de Ahorro para el Retiro, por lo anterior, se obtiene mayor seguridad y tranquilidad en cuanto a sus percepciones futuras, derivando en un creciente arraigo laboral y una productividad mayor por parte del trabajador para la persona moral.

Cabe mencionar que los planes de pensiones que un patrón pretenda establecer a favor de sus trabajadores, sólo serán aquellos que reúnan los requisitos que establezca la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para tales efectos; ahora bien el artículo 227 de la Ley del Seguro Social, determina cuáles son las finalidades de establecer condiciones superiores a las del régimen obligatorio del Instituto Mexicano del Seguro Social, a saber, son las siguientes:

- 1.- Aumentar las cuantías de las pensiones que otorgará el Instituto señalado;
- 2.- Disminución de la edad mínima para disfrute de pensiones;
- 3.- Modificación del salario promedio base del cálculo, y;
- 4.- Cualquier otro que tenga por objeto coberturas y prestaciones superiores a las legales o mejores condiciones en el disfrute de las mismas.

PRIMAS DE ANTIGÜEDAD

FIDEICOMITENTE.- Personas morales que constituyen una reserva para el pago de primas de antigüedad de su personal.

FIDUCIARIO.- Deberá ser un contrato de fideicomiso irrevocable constituido en una Institución de Crédito o Casa de Bolsa; para el manejo de los fondos que se van a entregar, se encomienda a la institución su inversión, administración, vigilancia y distribución, con la ayuda de un comité técnico

FIDEICOMISARIO.- El trabajador de la persona moral.

OBJETO.- Los recursos provenientes del patrón y que son ingresados en el fideicomiso.

FIN.- Evitar la descapitalización de las reservas de la persona moral, constituyendo un patrimonio autónomo que sirva para garantizar al trabajador que esta obligación está previamente contemplada, y por lo tanto, asegurada.

Este tipo de fideicomisos nacen en virtud de que el 1o. de mayo de 1970, la Ley Federal del Trabajo estableció como un derecho para los trabajadores de planta, el pago de una prima de antigüedad en los casos de terminación de la relación laboral, constituyéndose desde ese momento en una obligación jurídica para los patrones; en consecuencia se origina para las empresas un pasivo contingente que se va incrementando con el solo transcurso del tiempo, toda vez que el beneficio trata de un pago de 12 días de salario mínimo general de la zona geográfica del trabajador de que se trate, por cada año de servicios, o por la parte proporcional que corresponda, pudiéndose ampliar dicha cantidad hasta el doble del monto citado, en aquellos casos en que el trabajador perciba como sueldo más de dos veces el salario mínimo general de la zona.

Para lo anterior, a fines de 1974 se realizaron reformas a la Ley del Impuesto sobre la Renta, que permitieron a las empresas bajo ciertas condiciones, formar reservas en fideicomisos, las cuales serían deducibles del impuesto sobre la renta al igual que sus rendimientos, siempre que tengan por objeto hacer frente al cumplimiento de la obligación del pago de la prima de antigüedad.

La constitución del fideicomiso es menester, al igual que en el fondo de pensiones, un estudio de la empresa por una firma actuarial, que le permita determinar los elementos básicos para el establecimiento del fondo, debiendo precisar el monto inicial de la reserva, tomando en cuenta los índices de rotación de empleados, mortalidad, invalidez, edades promedio de los participantes, así como su antigüedad en la empresa y el posible incremento en los salarios, obteniendo como resultado la aportación inicial de la empresa y aportaciones periódicas que en lo futuro realice.

Los beneficios que obtiene el Patrón y el trabajador son los mismos que los señalados en los fondos de pensiones.

Las características comunes de estos dos fondos, son de que la empresa o fideicomitente dará aviso a la autoridades hacendarias, del establecimiento del fideicomiso en alguna de las instituciones citadas, debiendo formular y conservar en cada ejercicio la información relativa al balance actuarial, el informe del fiduciario, así como el informe de la valuación actuarial para el siguiente ejercicio; también la citada empresa deberá efectuar los pagos conforme a un plan previamente elaborado, la inversión de los fondos de conformidad a lo establecido en el artículo 28 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, deberán concertarse cuando menos un 30%, en valores emitidos por el gobierno federal, tales como los CETES y los Ajustabonos, entre otros, y el 70% restante como máximo, en valores aprobados por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, o bien para la adquisición o construcción de casas de interés social para los trabajadores de la empresa, o en préstamos para los mismos fines.

LEGISLACIÓN APLICABLE A LAS RESERVAS DE PENSIONES, JUBILACIONES Y PRIMAS DE ANTIGÜEDAD

La base principal para la constitución de un fideicomiso de primas de antigüedad, se sustenta en la LEY FEDERAL DEL TRABAJO, ya que su artículo 162 menciona que los trabajadores de planta tienen derecho a una prima de antigüedad, de conformidad con las normas siguientes:

I.- La prima de antigüedad consistirá en el importe de 12 días de salario por cada año de servicios.

II.- Para determinar el monto del salario, se estará a lo dispuesto en los artículos 485 (la cantidad que se tome como base para el pago de las indemnizaciones no podrá ser inferior al salario mínimo) y 486 (para determinar las indemnizaciones, si el salario que percibe el trabajador excede del doble del salario mínimo del área geográfica de aplicación a que corresponda el lugar de prestación de trabajo, se considerará esa cantidad como salario máximo. Si el trabajador presta sus servicios en diferentes áreas geográficas de aplicación, el salario máximo será el doble del promedio de los salarios mínimos respectivos) de esta Ley.

III.- La prima de antigüedad se pagará a los trabajadores que se separen voluntariamente de su empleo, siempre que hayan cumplido 15 años de servicio, por lo menos. Asimismo se pagará a los que se separen por causas justificadas y a los que sean separados de su empleo, independientemente de la justificación o injustificación del despido.

IV.- Para el pago de la prima, en los casos del retiro voluntario de los trabajadores, se observan las normas siguientes:

a) Si el número de los trabajadores que se retire dentro del término de un año, no excede del 10% del total de los trabajadores de la empresa o del establecimiento, o de los de una categoría determinada, el pago se hará en el momento del retiro.

b) Si el número de los trabajadores que se retire excede del 10%, se pagará a los que primeramente se retiren, y podrá diferirse para el año siguiente el pago a los trabajadores que excedan de dicho porcentaje.

c) Si el retiro se efectúa al mismo tiempo por un número de trabajadores mayor del porcentaje mencionado, se cubrirá la prima a los que tengan mayor antigüedad y podrá diferirse para el año siguiente el pago de la que corresponda a los restantes trabajadores.

V.- En caso de muerte del trabajador, cualquiera que sea su antigüedad, la prima que corresponda se pagará a las personas mencionadas en el artículo 501.

VI. La prima de antigüedad a que se refiere este artículo se cubrirá a los trabajadores o a sus beneficiarios, independientemente de cualquier otra prestación que les corresponda.

Por otra parte, el artículo 22 de la Ley del Impuesto sobre la Renta señala que los contribuyentes podrán efectuar las deducciones siguientes: (RESERVA PARA FONDOS).

VIII.- La creación o incremento de reservas para fondos de pensiones o jubilaciones del personal, complementarias a las que establece la Ley del Seguro Social y de primas de antigüedad constituidas en los términos de esta Ley. Los requisitos de las deducciones las encontramos en el artículo 24 que establece que las deducciones autorizadas en este título deberán reunir los siguientes requisitos:

"... XII.- Que cuando se trate de gastos de previsión social, las prestaciones correspondientes se destinen a jubilaciones, fallecimientos, invalidez, servicios médicos hospitalarios, subsidios por incapacidad, becas educacionales para los trabajadores o sus hijos, fondos de ahorro, guarderías infantiles o actividades culturales y deportivas y otras de naturaleza análoga, continúa mencionando que dichas prestaciones deberán otorgarse en forma general en beneficio de todos los trabajadores; culmina el párrafo mencionado condicionando en que en todos los casos deberán establecerse planes conforme a los plazos y requisitos que se fijen en el Reglamento de la Ley del Impuesto sobre la Renta..."

El artículo 28 de esta Ley, especifica que las reservas para fondos de pensiones o jubilaciones de personal, complementarias a las que establece la Ley del Seguro Social y de Primas de Antigüedad, se ajustarán a las siguientes reglas:

I.- Deberán crearse y calcularse en los términos y con los requisitos que fije el Reglamento de esta Ley, y repartirse uniformemente en varios ejercicios.

II.- La reserva deberá invertirse cuando menos en un 30% en valores a cargo del Gobierno Federal, inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios o en acciones de Sociedades de Inversión en Instrumentos de Deuda. La diferencia deberá invertirse en valores aprobados por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, como objeto de inversión de las reservas técnicas de las instituciones de seguros, o bien en la adquisición o construcción de casas para los trabajadores del contribuyente que tengan las características de vivienda de interés social, o en préstamos para los mismos fines, de acuerdo con las disposiciones reglamentarias.

III.- Los bienes que formen el fondo, así como los rendimientos que se obtengan con motivo de la inversión, deberán afectarse en fideicomiso irrevocable en Institución de Crédito autorizada para operar en la República, o ser manejados por instituciones o por sociedades mutualistas de seguros o por Casas de Bolsa con concesión o autorización para operar en el país, de conformidad con las reglas generales que dicte la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; los rendimientos que se obtengan con motivo de la inversión no serán considerados como ingresos acumulables.

IV.- El contribuyente únicamente podrá disponer de los bienes y valores a que se refiere la fracción II de este artículo (28) para pago de pensiones o jubilaciones y de primas de antigüedad al personal; si dispusiere de ellos, o de sus rendimientos para fines diversos, se deberá cubrir sobre la cantidad respectiva el impuesto a la tasa establecida en el artículo 10 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (Las personas morales deberán calcular el impuesto sobre la renta aplicando al resultado fiscal obtenido en el ejercicio, la tasa del 34%).

Por otra parte, el artículo 21 del Reglamento de la Ley del Impuesto sobre la Renta expresa que las pensiones o jubilaciones podrán deducirse en los términos de la fracción XII del artículo 24 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, entendiéndose por pensiones o jubilaciones aquellas que se otorguen en forma de rentas vitalicias adicionales a las del Instituto Mexicano del Seguro Social, pudiéndose pactar rentas garantizadas siempre que no se otorguen anticipos sobre la pensión ni

se entreguen al trabajador las reservas constituidas por la empresa. Sin embargo, cuando los trabajadores manifiesten expresamente su conformidad, la renta vitalicia podrá convertirse en cualquier forma opcional de pago establecido en el plan, siempre que no exceda del valor actuarial de la misma.

Tratándose de empleados de confianza, el monto de la pensión o jubilación se calculará con base en el promedio de las percepciones obtenidas en los últimos 12 meses como mínimo.

Concluye el citado ordenamiento señalando que "cuando se hubiera transferido el valor actuarial correspondiente al fondo de pensiones del trabajador, se computará el tiempo de servicios en otras empresas".

Para determinar las reservas para pensiones y jubilaciones, el artículo 35 del citado Reglamento dispone que las reservas a las que se refiere el artículo 28 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, deberán determinarse conforme a sistemas de cálculo actuarial que sean compatibles con la naturaleza de las prestaciones establecidas.

Cuando se haga el abono respectivo, deberá aportarse al fondo el costo normal de los servicios futuros y el correspondiente a los servicios ya prestados; la aportación será una cantidad que no exceda del 10% anual del valor del pasivo correspondiente a la fecha de establecimiento del plan más los intereses que generaría el saldo no deducido, a la tasa que al efecto se establezca para financiar el plan.

La reserva se incrementará con las aportaciones que efectúen el contribuyente y los participantes en su caso, y con los intereses, dividendos y ganancias de capital que se obtengan con las inversiones del fondo, y se disminuirá por los pagos de beneficios, gastos de administración y pérdidas de capital de las inversiones del fondo.

En caso de utilidad o pérdida de cualquier ejercicio, ésta será distribuida en los ejercicios subsiguientes, de acuerdo al método de financiamiento utilizado.

Los contribuyentes deberán presentar un aviso cuando constituyan el plan para la creación de la reserva, o cuando efectúen cambios a dicho plan.

Ahora bien, para determinar la documentación a formular y conservar en el caso de pensiones o jubilaciones, el artículo 36 señala que los contribuyentes que constituyan las reservas a las que se refiere el artículo 28 de la Ley, a partir de los tres meses siguientes a cada aniversario del plan, deberán formular y conservar a disposición de las autoridades fiscales, la documentación que a continuación se señala:

I.- Balance actuarial del Plan.

II.- Un informe proporcionado por la Institución Fiduciaria, Institución de seguros o sociedad mutualista, especificando los bienes o valores que conforman la reserva y señalando pormenorizadamente la forma como se invirtió ésta, (es de llamar la atención que no se mencionan a las Casas de Bolsa).

III.- Cálculos y resultados de la valuación para el siguiente año, indicando el monto de la aportación que efectuará el contribuyente.

Cuando se constituyan reservas en el mismo fondo para primas de antigüedad y para pensiones o jubilaciones de los trabajadores, la información antes señalada deberá llevarse por separado.

Interesante es la opción para pactar que el trabajador contribuya al financiamiento de la jubilación, según artículo 37 del Reglamento donde puntualiza que para los efectos del artículo 28 de la Ley, podrá pactarse que el trabajador contribuya al financiamiento de la jubilación solamente en un

porcentaje obligatorio igual para cada uno de los participantes, en la inteligencia de que el retiro de sus aportaciones con los rendimientos correspondientes sólo es permisible cuando el trabajador deje la empresa antes de jubilarse.

Continúa el citado artículo que se deberá pactar la posibilidad de transferir a otra empresa a la que el trabajador fuere a prestar sus servicios, el valor actuarial correspondiente a su fondo de pensiones, siempre que la transferencia se efectúe por las instituciones o sociedades autorizadas a que se refiere la fracción III del artículo 28 de la Ley y que el trabajador lo solicite.

Es el artículo 39 el que contempla lo que se deberá realizar con la inversión del 70% del fondo de reserva destinándose en la adquisición de vivienda de interés social, para ello, cuando se decida invertir el porcentaje señalado de la reserva a que se refiere el artículo 28 fracción II de la Ley, en la adquisición o construcción de viviendas de interés social para los trabajadores del contribuyente o en el otorgamiento de préstamos para los mismos fines, se constituirá un comité con igual representación del contribuyente y los trabajadores, que establecerá los requisitos que deberán cumplirse para la inversión del remanente de la reserva.

Dichas casas para los trabajadores, tendrán el carácter de viviendas de interés social cuando reúnan los siguientes requisitos:

I.- Que el precio de adquisición de las mismas no excedan de 10 veces el salario mínimo general del área geográfica de la ubicación del inmueble elevado al año.

II.- Que el plazo de pago del crédito sea de 10 a 20 años, mediante enteros mensuales iguales requiriéndose garantía hipotecaria o fiduciaria sobre los bienes correspondientes, así como seguros de vida que cubra el saldo insoluto y seguro contra incendio.

III.- Que el interés que se aplique a los créditos no exceda de la tasa del rendimiento máximo que se pueda obtener con motivo de la inversión del 30% de la reserva a que se refiere el artículo anterior.

El artículo 40 considera que para los efectos de la fracción IV del artículo 28 de la Ley, no se dispone de los bienes o de los rendimientos de los fondos de pensiones o jubilaciones de personal cuando los bienes, valores o efectivo que constituyen dichos fondos sean transferidos de la Institución de crédito o Casas de Bolsa que esté manejando el fondo, a otra institución sociedad o Casa de Bolsa de las autorizadas y que siempre que se cumplan con los siguientes requisitos:

I.- Que el contribuyente dentro de los 15 días anteriores a la transferencia de dichos fondos y sus rendimientos en los términos de este artículo, presente aviso ante la autoridad administradora que corresponda a su domicilio, informando la Institución, sociedad o Casa de Bolsa que ha venido manejando el fondo y a la que será transferido, debiendo entregar una copia sellada del aviso a la que se venía manejando.

II.- La institución, sociedad o Casa de Bolsa que hubiera venido manejando el fondo, hará entrega de los bienes, valores y efectivo directamente a la nueva institución, sociedad o Casa de Bolsa, acompañando a dicha entrega documento en el que señale expresamente que tales bienes, valores o efectivo constituyen el fondo de pensiones o jubilaciones en los términos del multicitado artículo 28 de la Ley. En el caso de entrega de efectivo, ésta deberá ser mediante cheque no negociable a nombre de la institución, sociedad o Casa de Bolsa que vaya a manejar el fondo.

El procedimiento para calcular el impuesto anual por pago único de jubilación, pensión o haber de retiro, lo encontramos en el artículo 84 del propio Reglamento, ya que cuando el trabajador convenga con el patrón en que el pago de la jubilación, pensión o haber de retiro se cubra mediante el pago único, no se pagará impuesto sobre éste, cuando el monto mensual al que tendría derecho de no haber pago único, no exceda de 9 veces el salario mínimo general del área geográfica del contribuyente elevado al mes; cuando exceda, el impuesto anual se calculará

acumulando a sus demás ingresos del año de calendario de que se trate la parte gravada del monto anual que por jubilación, pensión o haber de retiro hubiera percibido en dicho año calendario, y aplicando la tasa que ha dicho ingresos corresponda al monto gravado que percibiría en los siguientes años de no haber pago único. El cálculo se hará como sigue:

I.- Para determinar cual es la proporción del pago único que no está sujeta al pago del impuesto, se procederá de la siguiente manera; el equivalente a nueve veces el salario mínimo general del área geográfica del contribuyente, se multiplicará por el número de días comprendidos entre la fecha en que se realice el pago y el 31 de diciembre del año en que se trate, el resultado se dividirá entre la cantidad que se hubiera percibido por el período citado, de no haber pago único; el cociente se multiplicará por el pago único y la cantidad que resulte será el ingreso por el que no se pagará impuesto en los términos de la fracción III del artículo 77 de la Ley.

II.- Para calcular el ingreso gravable se restará del pago único la cantidad que haya resultado en los términos de la fracción anterior.

III.- Para la determinación de la parte que se debe acumular a los demás ingresos del año calendario, se restará de la cantidad que se hubiera percibido en el número de días comprendidos entre la fecha en que se realice el pago y el 31 de diciembre del año de que se trate, en el caso de no haber pago único, el equivalente a nueve veces el salario mínimo general del área geográfica del contribuyente multiplicado por el número de días que comprenda el mismo período; el resultado así obtenido será la cantidad que se debe acumular a los demás ingresos percibidos en el año de que se trate, y se calculará el impuesto correspondiente a los ingresos acumulables en los términos del título IV de la Ley.

IV.- Para determinar el impuesto que corresponda a la parte no acumulable, se restará del ingreso gravable calculado conforme a la fracción II de este artículo, la cantidad que del pago único sea acumulable a los demás ingresos del año calendario de que se trate; al resultado se le aplicará la tasa que corresponda al impuesto que señala la fracción III. El impuesto que resulte se sumará al calculado conforme a la citada fracción III.

La tasa a la que se refiere la fracción IV se calculará en la siguiente forma. El impuesto señalado en la fracción III se dividirá entre la cantidad a la cual se le aplicó la tarifa 141 de la Ley, el cociente se multiplicará por 100 y el producto se expresará en por ciento.

A mayor abundamiento el siguiente artículo, refiere que, quienes mediante el pago único cubran jubilaciones, pensiones o haberes de retiro, efectuarán la retención a que se refiere el artículo 80 de la Ley como sigue:

I.- Se aplicará el procedimiento establecido en el artículo 80 de la Ley a la cantidad mensual que se hubiera percibido de no haber pago único, disminuida en nueve veces el salario mínimo general del área geográfica del contribuyente, elevado al mes.

II.- Se dividirá el pago único entre la cantidad mensual que hubiere percibido de no haber dicho pago. El cociente se multiplicará por el impuesto resultante conforme a la fracción anterior, determinándose así la retención que tendrá el carácter de pago provisional a cuenta del impuesto anual.

FONDOS DE AHORRO

FIDEICOMITENTE.- Mediante este contrato, se crea un fondo con aportaciones de la empresa, como fideicomitente, para ofrecer beneficios a su personal respecto a un ingreso adicional a su salario, el cual no se acumulará a los ya existentes, creando en los trabajadores la cultura del ahorro, derivando en una mayor motivación del personal y obteniendo la empresa mayor productividad y rentabilidad, asimismo ésta otorgará préstamos a los participantes del fondo de

ahorro, de conformidad con los lineamientos previamente establecidos en el acto constitutivo del fondo.

FIDUCIARIO.- Deberá ser un contrato de fideicomiso irrevocable constituido en una Institución de Crédito o en una Casa de Bolsa; para el manejo de los fondos que se van a entregar, se encomienda a la institución que corresponda su inversión, administración, vigilancia y distribución, con la ayuda de un comité técnico

FIDEICOMISARIO.- El empleado o funcionario de la empresa que participe en los fondos, el cual podrá solicitar y disponer de préstamos en los términos del plan que al efecto se establezca para el fondo; los rendimientos del fondo no son acumulables, en estos fideicomisos no se tiene la restricción de inversión que se contempla en los fondos de pensiones y primas de antigüedad; por lo anterior, se tiene acceso a diversos instrumentos de inversión que generan rendimientos superiores a favor de los empleados y funcionarios del fideicomitente. Finalmente se fomenta el ahorro interno para que los empleados cuenten con cantidades que complementan su salario.

OBJETO.- Los recursos provenientes del patrón y de su empleado o funcionario, y que son aportados al fideicomiso.

FIN.- Con la constitución de este fideicomiso la empresa se beneficia al obtener ventajas fiscales derivadas de la deducibilidad de las aportaciones; se sustituyen las cajas de ahorro que existen en algunas empresas; al encomendar el manejo del fondo a una Institución fiduciaria.

Para lo anterior se deberá establecer un plan de conformidad con los requisitos que marca la Ley del Impuesto sobre la Renta y su Reglamento, las aportaciones del patrón no podrán exceder del 13% del salario de cada trabajador, el retiro del fondo podrá hacerse una vez al año o al término de la relación laboral, dicho fondo deberá ser de carácter general abarcando cuando menos al 75% del personal, pudiendo establecerse un fondo específico para el personal sindicalizado y otro para el de confianza.

La legislación aplicable al respecto, señala (Artículo 24 de la Ley del Impuesto sobre la Renta):

Las deducciones autorizadas en este título deberán reunir los siguientes requisitos:

XII.- Que cuando se trate de gastos de previsión social, las prestaciones correspondientes se destinen a jubilaciones, fallecimientos, invalidez, servicios médicos y hospitalarios, subsidios por incapacidad, becas educacionales para los trabajadores o sus hijos, *fondos de ahorro*, guarderías infantiles o actividades culturales y deportivas y otras de naturaleza análoga.

Dichas prestaciones deberán otorgarse en forma general en beneficio de todos sus trabajadores. En todos los casos deberán establecerse planes conforme a los plazos y requisitos que se fijen en el Reglamento de esta Ley.

Respecto a los requisitos de los gastos de previsión social, el Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, señala lo siguiente:

Artículo 19.- Los gastos de previsión social a que se refiere la fracción XII del artículo 24 de esta Ley, deberán satisfacer los siguientes requisitos:

I.- Que se otorguen en forma general.

II.- Que se otorguen a todos los trabajadores sobre las mismas bases, a menos que se trate de:

a) Planes de previsión social a favor de empleados de confianza y de los demás trabajadores, los cuales podrán contener beneficios diferentes para unos y otros.

b) Planes para trabajadores de una misma empresa en la que existan varios sindicatos, en cuyo caso los beneficios pactados con cada sindicato podrán no ser equivalentes.

c) Personal sometido a un riesgo sensiblemente mayor al resto de los trabajadores, en cuyo caso la naturaleza del riesgo debe ser concordante con la del beneficio y éste ser independiente de que se trate de empleados de confianza o de los demás trabajadores.

d) Personal que labore en establecimientos ubicados en el extranjero, los cuales podrán tener beneficios diferentes por país.

III.- Que tratándose de planes de seguros de vida, sólo se asegure a los trabajadores.

El artículo 20, fracción IV del Reglamento de la Ley del Impuesto sobre la Renta, puntualiza las reglas para la deducibilidad de la previsión social:

IV.- Los planes de previsión social deberán constar por escrito, indicando fecha a partir de la cual se inicie cada plan y se comunicará al personal dentro del mes siguiente a dicho inicio.

Sobre el particular, resulta muy importante el contenido del artículo 22 del mismo Reglamento, que establece los requisitos para deducir las aportaciones a fondos de ahorro:

Las aportaciones que realicen los contribuyentes a fondos de ahorro, en los términos de la fracción XII del artículo 24 de la Ley, serán deducibles cuando se ajusten a los plazos y requisitos siguientes:

I.- Que el monto de las aportaciones no exceda del 13% de los salarios de cada trabajador incluyendo los empleados de confianza, considerando exclusivamente la parte que no exceda de 10 veces el salario mínimo general del área geográfica en que se encuentre el establecimiento en que el trabajador preste sus servicios. Tratándose de establecimientos ubicados en el extranjero, se considerará el salario mínimo general que rige en el Distrito Federal.

II.- Que el plan establezca que el trabajador pueda retirar las aportaciones de que se trata, únicamente al término de la relación del trabajo o una vez por año.

III.- Que el fondo se destine a otorgar préstamos a los trabajadores participantes y el remanente se invierta en valores a cargo del Gobierno Federal, inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, así como en títulos valor que se coloquen entre el gran público inversionista, o en valores de renta fija que la Secretaría determine.

Finalmente, los gastos que se hacen por concepto de previsión social, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 24 fracción XII de la Ley, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

I.- Que se efectúen en territorio nacional, excepto los relacionados con aquellos trabajadores que presten sus servicios en el extranjero, los cuales deberán estar relacionados con la obtención de los ingresos del contribuyente.

II.- Que se efectúen en relación con trabajadores del contribuyente y, en su caso, con el cónyuge o la persona con quien viva en concubinato, con los ascendientes o descendientes cuando dependan económicamente del trabajador, incluso cuando tengan parentesco civil, así como los menores de edad que satisfaciendo el requisito de dependencia económica, vivan en el mismo domicilio del trabajador. En el caso de prestaciones por fallecimiento no será necesaria la dependencia económica.

FIDEICOMISO INMOBILIARIO.

La propiedad de los bienes y de las aguas comprendidas dentro del territorio nacional, corresponde originalmente a la Nación, quien tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización tiene derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones.

Lo anterior se sustenta en el artículo 27 Fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

"La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se regirá por las siguientes prescripciones:

I.- 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 su gobierno, 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 hubiere adquirido en virtud de los mismos. 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 las tierras y aguas."

Conforme a lo anterior, no se trata de renuncia a la nacionalidad, sino solamente una modalidad en un contrato, en el que las partes se obligan en los términos que pactan, es decir se trata de un convenio no relativo a los derechos personales del extranjero, sino relativo a la cosa que pretende adquirir ese extranjero, si el extranjero la compra, quedará sujeto a la Ley del lugar en donde realiza el acto⁶³.

Jurídicamente, expone el Lic. Jaime Alvarez, los inversionistas extranjeros pueden utilizar y aprovecharse de bienes inmuebles ubicados en "zona prohibida" sin violar la Constitución Mexicana, como si fueran propietarios aunque sin serlo, y, sobre todo, sin llegar a adquirir derechos directos sobre territorio mexicano. Este último resultado es el que ha buscado el Estado Mexicano, porque lo que se pretende es impedir el nacimiento de intereses como consecuencia de la propiedad directa u otros derechos reales sobre territorio mexicano, que pudiera dar lugar a reclamaciones de estados extranjeros sobre dicho territorio⁶⁴.

A mayor abundamiento, el Artículo 2° Fracción Sexta de la Ley de Inversión Extranjera, establece que la zona restringida en México, es la faja de territorio nacional de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y cincuenta a lo largo de las playas, a que hace referencia la fracción I del Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Las Instituciones de Crédito requieren de permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para adquirir como Fiduciarias, derechos sobre bienes inmuebles ubicados dentro de la Zona restringida, cuando el objeto del fideicomiso sea permitir la utilización y el aprovechamiento de tales bienes sin constituir derechos reales, y los fideicomisarios sean Sociedades Mexicanas sin cláusula de exclusión de extranjeros, cuando se trate de inmuebles destinados a fines residenciales; o bien Personas físicas o morales extranjeras.

La duración de estos fideicomisos será por un máximo de 50 años. Cabe mencionar que en estos tipos de fideicomiso no puede intervenir como institución fiduciaria las Casas de Bolsa por las

⁶³ González Rodríguez, Alfonso, "Zonas Prohibidas, Fideicomisos y Condominios". Editorial Jus, S.A. de C.V., Primera Edición, México 1990, Pág. 85.

⁶⁴ Alvarez Soberanis, Jaime. "El Régimen Jurídico y la Política en Materia de Inversiones Extranjeras en México". Editorial Themis, México 1990, Pág. 491

limitantes establecidas en la Ley del Mercado de Valores y en las Circulares de Banco de México y Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Para lo anterior, presento algunos subtipos de fideicomisos inmobiliarios, mismos que son administrados exclusivamente por Instituciones de Crédito:

UNIFAMILIARES

FIDEICOMITENTE.- Los propietarios de terrenos, casas habitación, departamentos en condominio, etcétera, cuando afecta el bien objeto del fideicomiso a cambio del pago de una contraprestación a cargo del extranjero, quién adquiere como fideicomisario los derechos de uso y aprovechamiento del inmueble sin adquirir derechos reales, salvando con esto la prohibición constitucional; asimismo, el extranjero cuenta con el respaldo y seguridad jurídica derivada de la propiedad fiduciaria.

FIDUCIARIO.- El artículo 11 de la Ley de Inversión Extranjera establece que se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para que las Instituciones de Crédito adquieran en su carácter de fiduciarias, derechos sobre bienes inmuebles ubicados dentro de la zona restringida y los fideicomisarios sean:

1.- Sociedades Mexicanas sin cláusulas de exclusión de extranjeros, en el caso previsto en la Fracción II del Artículo 110 de esta Ley.

2.- Las personas físicas o morales extranjeras.

FIDEICOMISARIO.- El extranjero cuando adquiere el lote de terreno, casa habitación o departamento en condominio dentro o fuera de la zona prohibida en la República Mexicana, teniendo la facultad en todo momento de poder transmitir sus derechos de fideicomisario, sin la intervención del fideicomitente.

OBJETO.- Los bienes afectados en fideicomiso son terrenos (comúnmente son lotes), casas habitación, departamentos en condominio, etcétera.

FIN.- Permitir la utilización y aprovechamiento de tales bienes sin constituir, como ya se mencionó, derechos reales sobre ellos.

En este tipo de fideicomisos es usual que se lleve a cabo la cesión de derechos sobre los bienes inmuebles, principalmente en los Contratos de Fideicomiso Unifamiliares, siendo ésta un acto jurídico mediante el cual una persona transmite a otra un derecho del cual es titular, por tal motivo, el fideicomisario cede sus derechos llamándosele cedente a otra persona, que se denominará cesionario, quedando esta última como el actual fideicomisario en el fideicomiso; atento a lo anterior, esta cesión se deberá notificar a la Secretaría de Relaciones Exteriores e inscribirse en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.

DESARROLLOS TURÍSTICOS O FRACCIONAMIENTOS.

FIDEICOMITENTE.- Los propietarios de construcciones, terrenos, derechos derivados de licencias, autorizaciones, concesiones de servicios públicos, créditos, etcétera (generalmente una persona es dueña del terreno, otra de los servicios y otra de las construcciones y así sucesivamente), que convienen en desarrollar un complejo habitacional, hotelero, comercial, para

lo cual lo transfieren a la fiduciaria. También pueden ser el o los propietarios de un complejo turístico ya construido, que igualmente transfieren a la fiduciaria.

FIDUCIARIA.- La que recibe la titularidad de los bienes y derechos aportados, para que sea ella (si no lo hicieron antes los fideicomitentes) la que construya el proyecto, constituya el régimen de propiedad en condominio o de tiempo compartido según el caso y la que también transmitirá individualmente el uso de cada habitación o local a extranjeros, o bien la propiedad a mexicanos. Es obligación de la fiduciaria vigilar que a través de Notario Público se formalice el fideicomiso, debiendo efectuarse el registro correspondiente; igualmente será necesario que el inmueble pertenezca al fideicomitente para los fines de explotación.

FIDEICOMISARIOS.- Las personas extranjeras o mexicanas que podrán adquirir, en el primer caso, el uso de los locales, y en el segundo, la propiedad contra el pago del precio que, en ambos casos, es generalmente el mismo.

OBJETO.- Las construcciones, terrenos, derechos de servicios públicos, licencias y autorizaciones municipales, permisos de autoridades diversas, contratos de mutuo cuyos montos ya estén autorizados y dinero en efectivo que los fideicomitentes aportan al fideicomiso para que construya un complejo turístico de cualquier tipo, destinado a ser enajenado al público. También es frecuente que el bien que se destine al fideicomiso sea el complejo turístico ya terminado, cuando los promotores ya realizaron la construcción a su cuenta y riesgo. En este caso, el objeto no son terrenos, derechos de contratos de mutuo y demás, sino un complejo inmobiliario ya construido.

FIN.- Construir un complejo turístico y, una vez construido, venderlo al público ya sea directamente, o a través de corredores profesionales con los cuales contrata en su carácter de titular, para que su producto sea entregado, de acuerdo con el contrato, a los fideicomitentes. Se pueden otorgar garantías de créditos que obtengan los promotores con cargo al fondo fideicomitido, en consecuencia el fiduciario deberá administrar los recursos del crédito y ministrarlos conforme al avance de obra; por otro lado, se permite la concurrencia de quién aporta el terreno, del constructor y de quién se encargue de su comercialización, previéndose la participación que tendrá cada uno de ellos en las ganancias del proyecto.

Finalmente, cabe mencionar que los extranjeros que adquieran bienes inmuebles en su carácter de fideicomisarios, están obligados como si fueran los propietarios de ellos, al pago de impuestos u otros conceptos que se generen por la tenencia del inmueble, tales como:

- 1.- Impuesto Predial
- 2.- Pago de consumo de agua
- 3.- Pago del consumo de la energía eléctrica, etcétera.

FIDEICOMISOS DE PLANEACIÓN PATRIMONIAL

FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

A través de este fideicomiso, el fideicomitente afecta el total o parte de sus bienes, conservando en vida su libre disposición de los mismos, estableciéndose para el caso de su fallecimiento, el destino que de acuerdo a su voluntad debe dársele el fiduciario, obteniendo la disposición inmediata de los bienes fideicomitados por parte de los beneficiarios, evitándose problemas familiares o de herederos, que generalmente surgen en la adjudicación de bienes; asimismo, se simplifican los trámites al evitarse la proporción de juicios testamentarios, gastos, pago de abogados, etcétera; como persona moral que es el fiduciario, no puede darse el caso de que los albaceas fallezcan

antes de cumplir su encargo, actuando con imparcialidad, pudiéndose designar fideicomisarios sustitutos para el caso de fallecimiento de los titulares, siempre que estén vivos o concebidos al momento de la constitución del contrato, evitándose así problemas sucesorios.

En ocasiones no se constituye de origen el contrato de fideicomiso, sino que se inserta una cláusula en un testamento público, previéndose que al fallecimiento del testador, sus bienes sean entregados por el albacea a la institución fiduciaria previa tramitación de juicio sucesorio, para que ésta los administre y los transmita a los beneficiarios designados, de acuerdo a lo previsto en el clausulado del testamento, sin perjuicio de que su eficacia inicie post mortem del testador; cuando además del testamento el fideicomiso se sujeta a una condición, hasta que se cumpla ésta surtirá sus efectos el contrato.

Puede suceder que se pretenda llevar a cabo un testamento con establecimiento de fideicomiso, se redacta incluyendo la constitución de un fideicomiso que tendrá efectos posteriores a la muerte del testador, teniendo la ventaja de poder instituir albacea (representante de la testamentaria y encargado del juicio sucesorio).

Una vez fallecido el testador, se constituye el contrato con la apertura y tramitación de la sucesión y la administración de los bienes recae en favor la institución, en su carácter de fiduciaria de los herederos y legatarios, posteriormente a la administración y vigilancia, la masa sujeta a la sucesión se entrega de acuerdo con lo indicado por el testador, concluyendo el proceso con la distribución de los fondos y/o bienes entre los herederos - fideicomisarios.

Por lo anterior, las partes en este fideicomiso son:

FIDEICOMITENTE.- La persona física propietaria de los bienes y derechos quien a su muerte desea transmitir a ciertas personas, a través de un fideicomiso.

FIDUCIARIO.- La que, a la muerte del fideicomitente recibirá la administración de los bienes para transmitirlos en su oportunidad a los fideicomisarios, según los deseos que estipuló en las cláusulas del contrato el autor de la sucesión; la afectación de los bienes también se puede hacer antes del fallecimiento del fideicomitente, reservándose todo derecho de disposición respecto a tales bienes mientras viva; obviamente la ejecución del fideicomiso se desarrolla a la muerte de éste. Cabe mencionar que cuando se trate de bienes compuestos por valores bursátiles, efectivo o acciones, el negocio fiduciario lo podrá administrar una Casa de Bolsa.

FIDEICOMISARIO.- La o las personas que el fideicomitente designe en el clausulado del contrato, y que a su muerte recibirán el beneficio respectivo, en su carácter de fideicomisario; o bien las designadas como herederos en el testamento que da lugar al contrato de fideicomiso.

OBJETO.- Los bienes y derechos que a la muerte del fideicomitente serán administrados por la fiduciaria, y que a su vez entregará a los fideicomisarios.

FIN.- Que la fiduciaria, a la muerte del fideicomitente, administre cierto número de los bienes y derechos del de cujus, para que a su vez, los entregue a los fideicomisarios en la forma, términos y condiciones, estipulados en el contrato o testamento correspondiente.

FIDEICOMISO DE APOYO

Mediante este contrato se ofrece un esquema en torno al cual se busca una participación y apoyo más activo de la comunidad en general, con el fin de reunir fondos que permitan apoyar un fin cultural, educativo, social, etcétera.

FIDEICOMITENTE.- Una persona moral que al constituir el fideicomiso con reglas específicas, pretende que se reciban recursos identificados como donativos; los participantes podrán obtener la deducibilidad de sus aportaciones del pago del impuesto sobre la Renta.

FIDUCIARIO.- Por las características del contrato, solamente pueden administrar este tipo de contratos las Instituciones de Crédito, excluyendo a las Casas de Bolsa.

FIDEICOMISARIO.- Es la persona física o moral que conforme al contrato de fideicomiso se le designó como el beneficiario en el fideicomiso y que en base a los fines de dicho contrato, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público otorgó su autorización para recibir donativos.

OBJETO.- Los donativos que ingresen al fondo fideicomitado, para la adquisición de diversos bienes, apoyo para asesorías, apoyo médico, etcétera.

FIN.- Apoyar diversos programas de beneficio social, cultural, artístico, de salud, etcétera, mediante el ingreso de donativos otorgados por la comunidad en general.

En principio, es importante establecer que el fideicomiso debe estar autorizado para recibir donativos deducibles para sus donantes, en virtud de haberse incluido en las listas que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, publica a través del Diario Oficial de la Federación anualmente.

Ahora bien, el artículo 24 fracción I de la Ley del Impuesto sobre la Renta, establece los requisitos que deben reunir las deducciones fiscales; anuncia que las mismas deben ser estrictamente indispensables para los fines de la actividad del contribuyente, salvo que se trate de donativos no onerosos ni remunerativos, que satisfagan los requisitos previstos en la Ley y en las Reglas Generales que para el efecto establezca la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, pero siempre que se otorguen en los siguientes casos:

- a) A la Federación, Entidades Federativas o Municipios
- b) A las Entidades a las que se refiere el artículo 70 A de la Ley del I.S.R.
- c) A las Entidades a que se refieren los artículos 70, fracción XVIII y 70 B de esa Ley.
- d) A las personas morales a las que se refieren las fracciones VI, X, y XI del artículo 70 y que cumpla con los requisitos establecidos en las fracciones II; III; IV; y VI del artículo 70 C de la Ley.
- e) A las Asociaciones y Sociedades Civiles que otorguen becas y cumplan con los requisitos del artículo 70 c de la Ley.
- f) A programas de escuela empresa.

Dicha fracción señala que para poder hacer deducibles los donativos, se deben cumplir dos condiciones:

1.- Que satisfagan los requisitos de la Ley y de las Reglas Generales que para tal efecto, establezca la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

2.- Que se otorguen en los casos siguientes:

- a) A la Federación, entidades federativas o municipios.
- b) A las fundaciones, patronatos y demás entidades que brinden el apoyo a las personas morales autorizadas a recibir donativos.

c) Personas Morales no contribuyentes que se dediquen a:

Asistencia o beneficencia autorizadas por la Ley;

La enseñanza con autorización o reconocimiento de validez oficial;

Fines culturales, investigación científica y tecnológica, así como bibliotecas y museos abiertos al público.

d) A las mismas personas mencionadas en el inciso anterior y que cumplan con los siguientes requisitos:

Que se dediquen exclusivamente al cumplimiento de su objeto social;

Que destinen sus activos exclusivamente a los fines propios de su objeto social, no pudiendo otorgar beneficios sobre el remanente distribuible a persona física alguna o a sus integrantes personas físicas o morales, salvo que se trate de personas morales autorizadas para recibir donativos;

Que al momento de la liquidación y con motivo de la misma, destine la totalidad de su patrimonio a entidades autorizadas para recibir donativos;

Mantener a disposición del público en general, la información relativa a la autorización para recibir donativos, así como el cumplimiento de sus obligaciones fiscales.

e) A las Asociaciones y Sociedades civiles que otorguen becas y cumplan con los requisitos a continuación detallados:

Que se otorguen para estudiar en institutos con autorización de validez oficial o, en el caso de estudios en el extranjero, que éstos se reconozcan por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología;

Que se otorguen mediante concurso abierto al público;

Que cumplan con los requisitos mencionados en el inciso anterior.

f) A programas de escuela empresa autorizados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Como podrá observarse, los requisitos que establecen las autoridades para otorgar su autorización para recibir donativos deducibles del Impuesto Sobre la Renta, están encaminados solamente a entidades específicas, sin mencionar en ningún párrafo que estos donativos deducibles puedan ser recibidos por un fideicomiso.

Por simple deducción, cuando la autoridad hacendaria otorga a un fideicomiso autorización para recibir donativos, debemos entender que las personas autorizadas son aquellas que en el fideicomiso tienen el carácter de personas morales no contribuyentes o el de aquellas autorizadas para recibir tales donativos.

Derivado del planteamiento anterior, dichos fideicomisos deben cumplir con las obligaciones que establece la Ley del Impuesto sobre la Renta; por lo tanto, la fiduciaria no tendrá la obligación a diferencia de los fideicomisos de actividad empresarial, de determinar el resultado fiscal y en consecuencia no presentará por cuenta del fideicomitente pagos provisionales de impuestos.

El tratamiento fiscal de los gastos en general cuando se efectúen con motivo del desarrollo de su actividad, deberán estar soportadas con la documentación que reúna los requisitos que señalan las

disposiciones fiscales en vigor, determinando que las obligaciones del fiduciario para el fideicomiso motivo de este apartado son:

- Llevar sistemas contables de conformidad con el Código Fiscal de la Federación, su Reglamento y el Reglamento de la Ley del Impuesto sobre la Renta;
- Expedir comprobantes que acrediten los servicios que prestan, o el otorgamiento del uso o goce temporal de bienes, conservando una copia de los mismos a disposición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, los que deberán reunir los requisitos fiscales respectivos.
- Presentar en el mes de marzo de cada año, declaración anual en el que se determine el remanente distribuible y proporcionar el concepto al que corresponden, entendiéndose como remanente distribuible, las omisiones de ingresos, las compras no realizadas o indebidamente registradas, las erogaciones que se efectúen y no sean deducibles y los préstamos efectuados a los socios.
- En el mes de febrero de cada año, presentar declaración en la que proporcionen información de las personas a las que les hubieran efectuado retenciones de Impuesto sobre la Renta en el mismo año de calendario.
- Retener y enterar el Impuesto y exigir documentación que reúna requisitos fiscales cuando haya pagos a terceros.
- Expedir constancias, retener y enterar impuestos a cargo de terceros y exigir la documentación que reúna los requisitos fiscales, cuando hagan pagos a terceros y estén obligados a ello.
- Presentar declaración anual en el mes de marzo de cada año, en la que informarán a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de los ingresos obtenidos y de las erogaciones efectuadas.

Entiendo que este tipo de fideicomisos deben ser registrados en el Registro Federal de Contribuyentes, principalmente por el hecho de estar obligados a expedir comprobantes con los requisitos que fijen las disposiciones fiscales respectivas y presentar declaraciones anuales informativas, según se mencionó anteriormente.

Es importante aclarar, que los fideicomisos autorizados para recibir donativos, están obligados a dictaminar los estados financieros anualmente por contador público autorizado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, conforme al artículo 32 A del Código Fiscal de la Federación.

Finalmente, hay que considerar que no se efectuarán retenciones por los intereses que se paguen a las personas morales autorizadas a recibir donativos deducibles, conforme se establece en el artículo 126 de la multicitada Ley del Impuesto sobre la Renta.

FIDEICOMISOS DE SERVICIO EMPRESARIAL

FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

El Fideicomiso de Garantía es aquel en donde el fideicomitente transmite bienes o derechos a una institución fiduciaria, a fin de asegurar el cumplimiento de obligaciones a cargo de el fideicomitente o de un tercero, a favor del acreedor denominado en este caso fideicomisario.

En forma genérica, las partes que forman parte en el fideicomiso son las siguientes:

FIDEICOMITENTE.- Es la persona física o jurídica con capacidad suficiente para transmitir a favor de una institución fiduciaria bienes o derechos para garantizar el pago de una obligación.

FIDUCIARIA.- Es la Institución que recibe en propiedad fiduciaria los bienes o derechos transmitidos por el fideicomitente; para tal efecto, cuando se trate de bienes en general, éstos podrán ser administrados por una Institución de Crédito y cuando se trate de valores bursátiles podrá también intervenir una Casa de Bolsa como fiduciaria.

FIDEICOMISARIO.- En este tipo de fideicomisos, a quien se le denomina fideicomisario es el acreedor del fideicomitente, es decir, la persona a la que se va a garantizar el cumplimiento oportuno de una obligación determinada.

OBJETO.- Puede ser objeto de estos fideicomisos cualquier clase de bienes o derechos, previamente aceptados por el fideicomisario y de conformidad con la legislación aplicable.

FINES.- Proporcionar a las partes seguridad jurídica, principalmente al Acreedor por la recuperación de créditos otorgados, toda vez que los bienes dados en garantía salen del patrimonio del fideicomitente o deudor y quedan en propiedad fiduciaria, convirtiéndose en un patrimonio autónomo, facilitando su ejecución en caso de que incumpla el deudor.

Para tal efecto, recordemos lo señalado en los artículos 346 y 351 segundo párrafo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

"En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una Institución Fiduciaria."

"Los bienes que se den en fideicomiso se consideran afectados al fin a que se destinan y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto a tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros."

La naturaleza de este contrato es accesorio, ya que se siempre se liga a la obligación principal pactada en un contrato de crédito, por lo que este tipo de negocios sigue la suerte del contrato principal, ya que una vez que se cumpla con lo pactado en el contrato de crédito mencionado, el fideicomiso se extingue.

La administración que la Institución Fiduciaria lleva a cabo en estos fideicomisos esta sujeta al tipo de bienes que recibe y a las obligaciones pactadas entre las partes, normalmente se realiza un análisis de las obligaciones debiendo tener especial atención a las que le competen al fiduciario, a fin de vigilar el fiel cumplimiento de los fines del contrato; en la práctica, esa clase de fideicomisos se pueden clasificar en:

Garantía con Bienes Muebles (Prenda Fiduciaria).

El fideicomitente entrega al fiduciario derechos o bienes muebles de su exclusiva propiedad, debiéndose formalizar en contratos privados suscritos por las partes que en ellos intervienen, ratificándose las firmas ante fedatario público ya sea Notario o Corredor, pudiendo inscribirse dicho contrato en el Registro Público de Comercio de la localidad en la que se lleva a cabo el contrato, con la finalidad de que surta efectos contra terceros; los bienes susceptibles que pueden ser afectados en esos tipos de fideicomisos pueden ser desde objetos valiosos, certificados de derechos patrimoniales y dinero en efectivo, hasta maquinaria, aviones, equipo industrial, etcétera, mas debiendo siempre endosarse en propiedad fiduciaria las acciones, cediendo las facturas o derechos que amparan la propiedad de los bienes entregados.

Fideicomiso de Garantía con Acciones.

La materia de este fideicomiso se constituye por acciones representativas del capital social de una sociedad determinada, debiéndose encontrar libres de limitación alguna y que estén debidamente endosadas en propiedad fiduciaria por el fideicomitente o deudor, para que la transmisión de la propiedad surta efectos ante terceros; se requiere adicionalmente que el fiduciario tramite la anotación correspondiente en los registros de accionistas de la sociedad.

Atento a lo anterior, los derechos económicos así como los corporativos que se deriven de las acciones, serán ejercitados de conformidad con lo pactado en el contrato de fideicomiso, ya sea por un apoderado nombrado por el fideicomitente o por el fideicomisario, o bien por el propio fiduciario.

Fideicomiso de Garantía con Inmuebles (Hipoteca Fiduciaria).

En apego a lo que establece nuestra legislación, este tipo de fideicomisos deben formalizarse a través de escritura pública y en consecuencia, inscribirse en el Registro Público de la Propiedad que corresponda al lugar donde se ubique el inmueble; dichos inmuebles se deben encontrar libres de cualquier limitación o gravamen; cabe mencionar que la extinción o modificación al contrato de fideicomiso deberá realizarse igualmente en escritura pública y cumplir con las formalidades antes mencionadas para que surta efectos legales ante terceros.

Fideicomiso de Garantía con Cartera.

La transmisión al fiduciario se perfecciona mediante la cesión en propiedad fiduciaria que acrediten los derechos de cobro proveniente de la actividad propia del fideicomitente, documentados principalmente mediante pagarés, facturas o recibos; en consecuencia esta transmisión no requiere de registro en particular.

Las características principales en la constitución de los negocios fiduciarios antes mencionados, son las de garantizar el cumplimiento oportuno de obligaciones presentes o futuras, en las que participan personas físicas o morales que sean deudores de una obligación de pago, la cual se debe garantizar en favor de un acreedor; en ocasiones el fideicomitente puede ser persona distinta de los deudores, ya que uno aporta la garantía y el otro adquiere la obligación de pago; por otra parte en el clausulado de estos contratos, las partes establecen un procedimiento de ejecución de la garantía la cual se aplicaría en caso de incumplimiento de la obligación pactada; en este supuesto, es obligación del fiduciario promover el juicio respectivo por cuenta del acreedor y para el caso en que se cumpla la obligación garantizada, se debe especificar una cláusula que contemple la reversión de la propiedad de los bienes fideicomitados.

Para el Dr. Raúl Cervantes Ahumada, en estos negocios no hay traslado de dominio, puesto que el bien no entra al patrimonio del fiduciario, si no que se le atribuye a éste el poder jurídico de enajenar el bien en los términos y condiciones que en el acto constitutivo se establezcan; agregando que este tipo de fideicomisos se ha prestado a verdaderos despojos; la facultad que se pretende dar al banco para ejecutar, no se ajusta a nuestro Sistema Constitucional ya que se trata de una atribución jurisdiccional⁶⁵.

En mi opinión, lo que menciona el Dr. Raúl Cervantes Ahumada no es exacto ya que en la práctica el fiduciario lleva a cabo las gestiones necesarias para ejecutar el bien fideicomitado a petición del

⁶⁵ Cervantes Ahumada, Raúl, Op. Cit. Pág. 295.

acreedor, con apego a lo que se especifica en el propio contrato de fideicomiso y que aceptó el deudor (fideicomitente) al signar el contrato respectivo.

Sobre el particular, es aplicable el siguiente criterio jurisprudencial:

"Tratándose de la venta por la institución fiduciaria de los bienes afectados a un fideicomiso, es inexacto que se contravenga lo dispuesto por el Artículo 17 constitucional, ya que la Ley general de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (hoy Ley de Instituciones de Crédito) faculta y obliga, incluso, a las instituciones fiduciarias para llevar a cabo la venta de los bienes que les fueron transmitidos en propiedad fiduciaria sin intervención de la autoridad judicial, en virtud de que no se trata de bienes ajenos, dado que ellas son las titulares y están facultadas para disponer de ello, de acuerdo a las instrucciones que se dieron en el contrato de fideicomiso, y por lo tanto es improcedente que en la venta intervenga la autoridad judicial, cuando no se pacto ese requisito; ni debe estimarse que la fiduciaria ejerce una función judicial, dado que dispone de los bienes del patrimonio del fideicomiso de los cuales es el titular , lo que de ninguna manera implica sustitución de dicha autoridad judicial, sino sólo la realización de un acto emanado de la libre voluntad y determinación del fideicomitente al destinar bienes de su propiedad para la constitución de un fin lícito determinado, y de tal suerte que, siendo ello así, es claro que la fiduciaria no vulnera ninguna norma legal al ejecutar el fideicomiso si obra conforme a los términos estipulados en el mismo.

Amparo directo 3551/79, Juan Calvillo Lozano, 18 de abril de 1980, Unanimidad de 4 votos, Ponente Raúl Lozano Ramírez, Séptima época. Vols. 133-138 Cuarta parte, Pág. 97.
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Compilación precedente de la tercera Sala, 1969-1986. Pág. 628⁶⁶.

Cabe mencionar que cuando los bienes que constituyen el fondo fideicomitado en la modalidad de negocios estudiados en este apartado, se integran por muebles e inmuebles, quién conserva la posesión, uso, goce e incluso el usufructo de los bienes en calidad de depositario es el fideicomitente, debiendo resguardar los bienes que quedan bajo su custodia, respondiendo de los daños y perjuicios que éstos sufran por su malicia, negligencia o mala fe, y teniendo la obligación de recibir la cosa o bien mueble o inmueble, cuidar y conservar los bienes y restituir el bien en el estado que la recibió cuando el fiduciario lo requiera, salvo que la cosa se hubiere deteriorado o perdido en caso fortuito.

No hay que soslayar que en virtud de que los bienes salen del patrimonio del fideicomitente, éstos no podrán ser sujetos de embargo o de nuevos gravámenes, ya que si el fideicomitente se declara en suspensión de pagos, los bienes fideicomitados no entran al juicio mencionado; a saber, el artículo 159 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos menciona en su parte conducente que: "...En consecuencia, podrán separarse de la masa los bienes que se encuentren en las situaciones siguientes o en otras que sean de naturaleza análoga:

VI Los bienes que el quebrado debe restituir por estar en su poder por alguno de los siguientes conceptos.

a) Depósito, administración, arrendamiento, alquiler, usufructo, fideicomiso o recibos en consignación por virtud de un contrato estimatorio, si en este caso la quiebra se declara antes de la manifestación del comprador de hacer suyas las mercancías, o si no ha transcurrido el plazo señalado para hacerlo

En el mismo orden de ideas, la ejecución de la garantía fiduciaria es mas rápida que una posible ejecución de garantía prendaria o hipotecaria, ya que como se mencionó anteriormente, las partes pactan en el contrato respectivo un procedimiento convencional de ejecución, evitándose un procedimiento judicial que en lo general es lento y costoso; el fiduciario dará cumplimiento a las obligaciones del deudor en favor del fideicomisario.

Es importante mencionar que en la transmisión de propiedad en los fideicomisos en comento, conforme a la legislación aplicable, no son considerados como una enajenación de bienes, por lo

⁶⁶ Tellez Ulloa, Marco Antonio. Op. Cit. Pág. 289

que no se causa impuesto por traslado de dominio o Impuesto sobre la Renta, en virtud de que el fideicomitente siempre se reserva el derecho de readquirir la propiedad de los bienes; sólo se causan impuestos cuando el fiduciario transmite la propiedad de los bienes a un tercero como consecuencia de la ejecución de la garantía por incumplimiento.

El artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito señala que : "A falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicará el procedimiento establecido en los dos primeros párrafos del artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a petición del fiduciario.

Si el deudor no se opone a lo previsto en dicho artículo, el juez mandará que se dé cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso o sus modificaciones".

En complemento a lo anterior, el artículo 341 de la citada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone lo siguiente:

"El acreedor podrá pedir al juez que autorice la venta de los bienes o títulos dados en prenda, cuando se venza la obligación garantizada.

De la petición del acreedor se correrá traslado inmediato al deudor, y éste, en el término de tres días, podrá oponerse a la venta exhibiendo el importe del adeudo".

En contrapartida y apegándonos al contrato de fideicomiso, para iniciar el procedimiento de ejecución es necesario que el fideicomisario envíe al fiduciario comunicación por escrito, informando el incumplimiento del deudor y solicitando la venta de los bienes, debiendo anexar los documentos que acrediten las facultades del solicitante, así como una constancia certificada por Contador Público donde certifique el adeudo. Posteriormente el fiduciario deberá notificar al fideicomitente el incumplimiento del deudor, debiendo solicitar el cumplimiento de pago y obligaciones; dicha notificación se realiza conforme a lo previsto en el fideicomiso y, en su caso, atendiendo a lo dispuesto en la legislación aplicable al caso concreto (existiendo notificación por conducto de un apoderado y notificación es por edictos, a través de publicaciones en periódicos de mayor circulación del lugar en donde se encuentre el domicilio del notificado, o bien en el boletín judicial de dicho lugar.

Una vez realizada la notificación y transcurrido el término que se le concede al fideicomitente para que cumpla con la obligación de pago, o bien para acreditar haber cumplido la obligación, el fiduciario procederá a tramitar la elaboración de un avalúo a fin de determinar el precio base de la venta de los bienes.

Estos avalúos son practicados por peritos valuadores que cuentan con registro en la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, con el visto bueno de una Institución de Crédito.

Posterior al haber determinado el precio base a la venta y cuando se haya pactado el procedimiento de ejecución del fideicomiso, el fiduciario celebrará un contrato de comisión mercantil con un Corredor de Bienes Raíces especializado en la materia, para que realice la venta de las garantías fideicomitidas; la duración del contrato mencionado tiene una duración de dos o tres meses.

Vencido el plazo para realizar la venta mediante el corretaje de bienes, si ésta no se realizó, se inician las acciones para la celebración de la subasta pública, misma que se llevará a cabo ante la presencia de una Corredor o Notario Público, para tal efecto se realizarán las convocatorias en los periódicos de mayor circulación de la localidad y en otro de cobertura nacional, debiendo contener la siguiente información:

Descripción y Ubicación de los Muebles.

Características Generales y Específicas de los Bienes.

Lugar y Hora del Remate.

Precio Base de Operación

Monto de Deposito.

En la subasta que se llevará a cabo, se puede conceder al fideicomitente y fideicomisario la opción de participar como postores de la misma, siempre y cuando se ajusten al procedimiento de ejecución.

El día de la subasta y previo al inicio de la misma, el representante del fiduciario o el Notario deberán declarar el derecho del fideicomitente y fideicomisario de participar en la subasta, calificar las posturas, efectuar la devolución de depósitos de posturas no calificadas, realizar el procedimiento de remate y declaración del postor ganador.

Fincado el remate se liquidará por parte del ganador el saldo del precio de los bienes, se continuará con el procedimiento de subasta para el caso de que el postor ganador no liquide el precio y en consecuencia, se aplicará el depósito del postor ganador incumplido a los gastos de ejecución.

Con el producto de la venta de los bienes se pagarán los impuestos y derechos, gastos y honorarios generados por la venta, honorarios del fiduciario, se liquidará al fideicomisario las cantidades que se encuentran garantizadas por el fideicomiso, hasta a donde éste alcance; en caso de existir remanente, éste se entregará al fideicomitente.

Cuando el fiduciario realice la venta del inmueble, ya sea mediante el corretaje o mediante subasta, está obligado a transmitir la propiedad del mismo en favor de la persona que lo haya adquirido, siguiendo las formalidades aplicables al caso concreto, esto es, celebrado escritura pública o mediante cesión en propiedad de los documentos que amparan los derechos de propiedad de bienes.

En el caso de que el fideicomisario ejerciera su derecho de adjudicarse los bienes fideicomitados, el fiduciario estará obligado a transmitir la propiedad de los mismos siguiendo las formalidades que en cada caso se requieran; una vez transmitida la propiedad, el fiduciario procederá a la extinción del fideicomiso.

Estos Fideicomisos no deben considerarse violatorios al artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en su parte conducente establece:

Nadie podrá ser privado de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

La situación que se presenta en estos Negocios, es que el fideicomitente o deudor entrega sus bienes al fiduciario, quien se convierte en el único titular de los mismos para destinarlos a los fines establecidos en el contrato, que son garantizar el cumplimiento de obligaciones; por lo anterior al iniciarse el procedimiento convencional de ejecución, el fiduciario en ningún momento priva al fideicomitente de sus bienes o derechos de propiedad, ya que estos no le pertenecen; es más el fideicomitente no mantiene la posesión de los bienes, únicamente tiene el carácter de depositario que le concede el fiduciario en el acto constitutivo del fideicomiso.

Lo anteriormente expuesto se fundamenta en los siguientes artículos:

Artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito.- A falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicará el procedimiento establecido en los dos primeros

párrafos del artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a petición del fiduciario.

Artículo 1,052 del Código de Comercio.- Los tribunales se sujetarán al procedimiento convencional que las partes hubieren pactado, siempre que el mismo se hubiera formalizado en la Escritura Pública, Póliza ante corredor o ante Juez que conozca de la demanda en cualquier estado del juicio, y se respeten las formalidades esenciales del procedimiento.

A mayor abundamiento, transcribimos una tesis jurisprudencial a fin plasmar con claridad el objeto de los Fideicomisos de Garantía:

Dada la naturaleza legal del fideicomiso, no es exigible establecer, para el caso de su ejecución, la intervención de un órgano jurisdiccional, si, como ya se dejó asentado al analizar la esencia jurídica, se tiene presente que en este negocio jurídico, se da una afectación patrimonial destinada a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de una Institución Fiduciaria, que en nuestra legislación, sólo puede ser una Institución Bancaria expresamente autorizada para ello, afectación que priva al fideicomitente de toda acción y de todo derecho de disposición de los bienes fideicomitados, cuyo único titular es la Fiduciaria para llevar al cabo el fiel cumplimiento del objeto lícito que se le encomendó.

Amparo directo 45/71, Crédito Algodonero de México, S.A.- 16 de marzo de 1977.- 5 votos Ponente Gloria León Orantes.- Srío. Rogelio Camarena Cortés. informe 1977. Sala Auxiliar Pág. 36⁶⁷.

FIDEICOMISO CON ACTIVIDADES EMPRESARIALES

El Registro Federal de Contribuyentes es un medio de identificación y control de los contribuyentes que con motivo de sus actividades, tienen la obligación de presentar declaraciones periódicas relativas a impuestos federales; a través de él pueden conocerse diversos aspectos inherentes al propio contribuyente tales como nombre, denominación social y domicilio, así como las obligaciones derivadas de sus propias actividades de carácter fiscal.

El Código Fiscal de la Federación dispone la obligación de solicitar su inscripción en dicho Registro, a las personas físicas o morales que deban presentar declaraciones por las actividades que realicen; de lo anterior se dispone que las personas físicas o morales son sujetos de inscripción y no así los fideicomisos, puesto que esta figura no crea una entidad diferente a sus integrantes; en este orden de ideas no nace a la vida jurídica una persona moral o una persona distinta a la personalidad propia de los sujetos que componen el fideicomiso, en consecuencia no se dan los supuestos que establece el propio Código para ser sujetos de inscripción.

Para efectos de transparencia y control fiscal, y a pesar de que el fideicomiso carece de personalidad jurídica, las autoridades hacendarias como ya lo mencionamos anteriormente, han aprobado que los fiduciarios inscriban en el Registro Federal de Contribuyentes ciertos tipos de contratos de fideicomiso, debiendo cumplir la fiduciaria por cuenta y orden del fideicomitente-fideicomisario con las obligaciones fiscales respectivas.

Para determinar la naturaleza del fideicomiso es necesario, atender a la actividad que le da origen y no confundirlo en función de quién aporta los bienes y recibe el beneficio, de tal manera que la legislación fiscal establece lo que se entiende por actividad empresarial, destacando y definiendo aquellas que son comerciales, industriales, agrícolas, ganaderas, pesca, silvícolas, etcétera.

El fideicomiso siendo una figura substancialmente diversificada por sus múltiples formas y operaciones que puedan llevarse a cabo, fiscalmente su tratamiento esta regulado de manera genérica por un solo artículo de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

⁶⁷ Tellez Ulloa, Marco Antonio. Op. Cit. Pág. 829.

El artículo 9° de la Ley, establece que cuando a través de un fideicomiso se realicen actividades empresariales, la fiduciaria determinará la utilidad o pérdida fiscal de dichas actividades, y cumplirá por cuenta del conjunto de los fideicomisarios las obligaciones señaladas en la Ley mencionada, incluso la de efectuar pagos provisionales.

Si los fideicomisarios son personas físicas, considerarán las utilidades como ingresos por actividades empresariales; sin embargo, dicta la Ley en comentario que en los casos en que no se hayan designado fideicomisarios, o cuando éstos no puedan individualizarse, se deberá entender que la actividad empresarial la realiza el fideicomitente.

Es importante mencionar que para determinar la participación en la utilidad o pérdida fiscal que corresponda por las actividades desarrolladas a través del fideicomiso, se debe tomar en cuenta que cuando las leyes fiscales establezcan que las contribuciones se calcularán por ejercicios fiscales, estos coincidirán con el año de calendario, es decir, se tomará en cuenta el día en que la persona inicia sus actividades y el ejercicio terminará el 31 de diciembre del año que se trate.

Los fideicomisarios acumularán a sus ingresos en el ejercicio, la parte de la utilidad fiscal que les corresponda en la operación del fideicomiso o, en su caso, deducirán la pérdida fiscal y pagarán individualmente el impuesto del ejercicio y acreditarán proporcionalmente el monto de los pagos provisionales.

No hay que soslayar el último párrafo del mencionado artículo 9° de la Ley del Impuesto sobre la Renta, que menciona que los fideicomisarios o, en su caso, el fideicomitente, responderán por el incumplimiento de las obligaciones que por cuenta de éstos deba cumplir la fiduciaria.

Aclaro, que el Impuesto sobre la Renta que corresponde al fideicomiso, se calcula hasta que se conoce el resultado fiscal y se paga al presentar la declaración anual, lo cual debe hacerse dentro de los 3 meses siguientes al 31 de diciembre del año anterior; el fisco federal requiere durante el curso del año, de una parte proporcional del impuesto que se va a pagar por parte de los contribuyentes, ya que es necesario que disponga de efectivo para satisfacer el gasto público; por esta razón el fideicomiso tiene que efectuar a cuenta del impuesto anual, pagos provisionales durante su ejercicio, a más tardar el día 17 del mes inmediato posterior a aquel al que corresponda el pago.

El fideicomiso en términos generales, es regulado por las leyes fiscales ya sea directamente como causante del Impuesto Sobre la Renta por los ingresos obtenidos derivados de la actividad objeto de su constitución, o indirectamente en materia de retención de impuestos y entero por cuenta de terceros.

Es importante establecer en la constitución del fideicomiso, el marco jurídico tributario así como el régimen fiscal al que deban sujetarse, para el sano desarrollo de los objetivos trazados.

Para determinar si los ingresos que derivan de un fideicomiso están gravados por algún impuesto, habrá necesidad en cada caso, de examinar la causa y naturaleza del ingreso y la personalidad del beneficiario, a fin de definir su situación fiscal particular.

Por lo expuesto, las obligaciones del Fiduciario serán:

- Determinar la pérdida o utilidad fiscal de las actividades empresariales.
- Para determinar la participación de los fideicomisarios o fideicomitentes en la utilidad o pérdida fiscal, deberá atender a la fecha de terminación del ejercicio fiscal.

- Cumplir por cuenta del conjunto de los fideicomisarios o fideicomitentes las obligaciones de Ley, incluso las de efectuar pagos provisionales y su ajuste; lo anterior, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de la materia.

- Llevar contabilidad de acuerdo al Código Fiscal de la Federación y su Reglamento

- Expedir comprobantes por las actividades que realice, conservando una copia de los mismos a disposición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

- La institución fiduciaria se hace responsable solidariamente con los contribuyentes (Fideicomitente-Fideicomisario), en atención a su obligación de retener y, en su caso, recaudar contribuciones a cargo de los contribuyentes, hasta por el monto de dichas contribuciones.

Por otro lado, la Ley del Impuesto al Activo obliga al pago del impuesto a las personas morales residentes en México, por el activo que tengan cualquiera que sea su ubicación, y cuando a través de un fideicomiso se realicen actividades empresariales, el fiduciario efectuará por cuenta del contribuyente los pagos provisionales por el activo correspondiente a las actividades realizadas.

De conformidad con el artículo 1° de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, están obligados al pago de dicho impuesto las personas físicas o morales que en territorio nacional enajenen bienes, presten servicios independientes, otorguen el uso o goce temporal de bienes o importen servicios, así como las que expidan comprobantes de facturas o comprobantes fiscales en general.

Es importante establecer que el fideicomiso de actividades empresariales no es contribuyente del Impuesto al Activo, sino lo son los fideicomitentes o los fideicomisarios, según sea el caso, ya que a través del contrato citado, se realizan actividades empresariales o se otorga el uso o goce temporal de bienes.

Luego entonces, concluyo identificando a los participantes en este fideicomiso:

FIDEICOMITENTE.- Normalmente es una persona moral, que constituye el fideicomiso para que a través de éste, la propia persona realice actividades tales como adquirir y posteriormente vender productos, administrar un negocio, etcétera.

FIDUCIARIO.- Para la administración de estos fideicomisos, sólo lo pueden desarrollar la calidad de fiduciario las Instituciones de Crédito, manteniéndose al margen las Casas de Bolsa.

FIDEICOMISARIO.- Puede ser el propio fideicomitente o éste nombrar a un tercero.

OBJETO.- Los bienes a portados en fideicomiso para su administración.

FIN.- Comprar o vender productos, organizar una exposición, administrar un negocio, etcétera.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El fideicomiso es en un contrato, en virtud del cual, una persona física o moral con capacidad para afectar bienes o derechos de su propiedad, los entrega a una Institución Fiduciaria autorizada por la Ley para ejercer dicha actividad, destinando tales bienes a un fin lícito y determinado, en beneficio de otra persona física o moral denominada fideicomisario.

SEGUNDA.- Reciben la denominación de fideicomisos bursátiles, los negocios fiduciarios integrados por valores que son administrados por una Casa de Bolsa, mismos que se encuentran regulados por la Ley del Mercado de Valores y por las Circulares 65/94 emitida por Banco de México y 10-179 emitida por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

TERCERA.- Es importante no limitar la actividad fiduciaria de las Casas de Bolsa, en virtud de que estas Instituciones al reunir capacidad jurídica, financiera y administrativa para celebrar transacciones con valores, pueden desempeñar con toda eficacia y prontitud las operaciones que impliquen la confianza fiduciaria, sin importar si el patrimonio es o no considerado un valor para la Ley del Mercado de Valores.

CUARTA.- Es necesario revisar y, en su caso, modificar lo establecido en el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito promulgada hace 65 años, en virtud de que aún establece que sólo pueden ser fiduciarias las Instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito, sin embargo la actividad fiduciaria en materia bursátil es desarrollada actualmente tanto por Instituciones de Crédito, como por Casas de Bolsa.

QUINTA.- En el desempeño de fideicomisos, las Instituciones de Crédito podrán ejecutar cualquier modalidad de fideicomisos, siempre que el fin sea lícito, determinado y jurídicamente posible, debiendo estar en todo momento designado y plenamente identificado quien recibirá el beneficio del fideicomiso. Asimismo se requiere de un objeto

que pueda ser materia del mismo, que puede ser un derecho o un bien mueble o inmueble.

SEXTA.- Es menester que los legisladores mantengan un solo criterio jurídico del desempeño de la actividad fiduciaria, toda vez que la duración del fideicomiso es contemplada por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito con un período máximo de duración de 30 años y en la Ley de Inversión Extranjera se autoriza la constitución de los mismos hasta por un período de 50 años.

SÉPTIMA. Los bienes que forman parte del patrimonio fideicomitado, no son de libre disposición por parte de los integrantes del fideicomiso, en virtud de estar afectados a un fin determinado, por lo anterior al formalizarse el contrato hace desaparecer el derecho de propiedad del fideicomitente, pero no lo transmite, no hay verdadera enajenación aunque el fiduciario se convierte en titular de los bienes o derechos.

OCTAVA.- Es importante identificar y regular las facultades, derechos y obligaciones de quienes integran el Comité Técnico del fideicomiso que se desempeña en Instituciones de Crédito y Casas de Bolsa; como parte importante en la administración del contrato de fideicomiso, ya que en la actualidad tales facultades, derechos y obligaciones se dejan al arbitrio del fideicomitente y en su caso del fideicomisario que forman parte del contrato.

NOVENA.- El fideicomiso como contrato no tiene una personalidad jurídica, sin embargo el fiduciario al tener la titularidad de los bienes o derechos, está legitimado para celebrar diversos actos, en nombre del fideicomiso, ejercidos éstos por el delegado de la institución fiduciaria.

DÉCIMA.- En la actualidad no hay criterio para la clasificación de los fideicomisos, ya que la Ley sólo se concreta a señalar lo que debe entenderse por el contrato de fideicomiso y quienes son sus participantes, sin que de estos conceptos se desprenda una jerarquización o catálogo alguno.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) ALVAREZ SOBERANIS JAIME
"EL RÉGIMEN JURÍDICO Y LA POLÍTICA
EN MATERIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS EN MÉXICO"
EDITORIAL THEMIS
PRIMERA EDICIÓN
MÉXICO 1990.
- 2) BATIZA RODOLFO
"PRINCIPIOS BÁSICOS DEL FIDEICOMISO
Y DE LA ADMINISTRACIÓN FIDUCIARIA"
EDITORIAL PORRÚA, S.A. DE C.V.
SEGUNDA EDICIÓN
MÉXICO 1985.
- 3) BANCO MEXICANO SOMEX
"INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y FIDEICOMISOS EN MÉXICO"
PRIMERA EDICIÓN
MÉXICO, 1986.
- 4) CARVALLO YÁÑEZ ERICK
"NUEVO DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL MEXICANO"
EDITORIAL PORRÚA, S.A. DE C.V.
SEGUNDA EDICIÓN
MÉXICO 1997.
- 5) CARVALLO YÁÑEZ ERICK
"TRATADO DE DERECHO BURSÁTIL"
EDITORIAL PORRÚA, S.A. DE C.V.
PRIMERA EDICIÓN
MÉXICO 1997.
- 6) CERVANTES AHUMADA RAÚL
"TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO"
EDITORIAL HERRERO, S.A. DE C.V.
DÉCIMO TERCERA EDICIÓN
MÉXICO 1984.
- 7) DÁVALOS MEJÍA CARLOS FELIPE
"TÍTULOS Y CONTRATOS DE CRÉDITO"
EDITORIAL HARLA, S.A. DE C.V.
SEGUNDA EDICIÓN
MÉXICO 1996.
- 8) DE PINA VARA RAFAEL
"DICCIONARIO DE DERECHO"
EDITORIAL PORRÚA, S.A. DE C.V.
VIGÉSIMO TERCERA EDICIÓN

MÉXICO 1996.

9) DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
EDITORIAL PORRÚA, S.A. DE C.V.
MÉXICO, 1993.

10) DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ JORGE ALFREDO
"EL FIDEICOMISO"
EDITORIAL PORRÚA, S.A. DE C.V.
SEXTA EDICIÓN
MÉXICO 1996.

11) GARCÍA MAYNEZ EDUARDO
"INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO"
EDITORIAL PORRÚA, S.A. DE C.V.
TRIGÉSIMO NOVENA EDICIÓN
MÉXICO, 1988.

12) GÓMEZ GORDOA JOSÉ
"TÍTULOS DE CRÉDITO"
EDITORIAL PORRÚA, S.A. DE C.V.
CUARTA EDICIÓN
MÉXICO, 1997.

13) GONZÁLEZ RODRÍGUEZ ALFONSO
"ZONAS PROHIBIDAS, FIDEICOMISOS Y CONDOMINIOS"
EDITORIAL IUS
PRIMERA EDICIÓN
MÉXICO 1990.

14) HERRERA TORRES GUSTAVO
"LA JURISPRUDENCIA EN BANCOS
E INSTITUCIONES FINANCIERAS"
PEREZNIETO EDITORES
MÉXICO, 1994.

15) M. ORTOLÁN
"INSTITUCIONES DE JUSTINIANO"
EDITORIAL HELIESTA S.R.L.
BUENOS AIRES, ARGENTINA 1976.

16) RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ JOAQUÍN
"CONTRATOS MERCANTILES"
EDITORIAL PORRÚA
VIGÉSIMA SEGUNDA EDICIÓN
MÉXICO, 1996.

17) SÁNCHEZ SODI HORACIO
"EL FIDEICOMISO EN MÉXICO"
GRECA EDITORES, S.A. DE C.V.
PRIMERA EDICIÓN
MÉXICO, 1996.

18) TÉLLEZ ULLOA MARCO ANTONIO

***JURISPRUDENCIA SOBRE TÍTULOS
Y OPERACIONES DE CRÉDITO***
EDITORIAL SUFRAGIO, S.A. DE C.V.
MÉXICO, 1993.

19) VÁSQUEZ DEL MERCADO OSCAR
"CONTRATOS MERCANTILES"
EDITORIAL PORRÚA, S.A. DE C.V.
SEPTIMA EDICIÓN
MÉXICO 1997.

20) VENTURA SILVA SABINO
"DERECHO ROMANO"
EDITORIAL PORRÚA, S.A. DE C.V.
NOVENA EDICIÓN
MÉXICO 1988.

21) VILLAGORDOA LOZANO JOSÉ MANUEL
"DOCTRINA GENERAL DEL FIDEICOMISO"
EDITORIAL PORRÚA, S.A. DE C.V.
SEGUNDA EDICIÓN
MÉXICO 1982.

LEGISLACIÓN

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
- LEY FEDERAL DEL TRABAJO
- LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO
- LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO
- LEY DE INVERSIÓN EXTRANJERA
- LEY DEL MERCADO DE VALORES
- LEY DE QUIEBRAS Y SUSPENSIÓN DE PAGOS
- CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES