



UNIVERSIDAD LA SALLE

FACULTAD DE DERECHO
INCORPORADA A LA U.N.A.M

**“EL FIDEICOMISO EN MÉXICO Y SU
APLICACIÓN EN LA ZONA RESTRINGIDA”.**

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA
BENJAMÍN ROMERO CASTILLO

ASESOR DE TESIS
LIC. SALVADOR RANGEL SOLÓRZANO

MÉXICO, D.F.

2007



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.



AUTORIZACIÓN DE IMPRESIÓN DE TESIS

**C. DIRECTOR GENERAL DE INCORPORACIÓN Y REVALIDACIÓN DE ESTUDIOS
U N A M
PRESENTE**

Me permito informar a usted que la tesis titulada: "EL FIDEICOMISO EN MEXICO Y SU APLICACION EN LA ZONA RESTRINGIDA".

Elaborada por:

<u>ROMERO</u>	<u>CASTILLO</u>	<u>BENJAMIN</u>
Apellido Paterno	Apellido Materno	Nombre (s)

Alumno(a) de la carrera de LICENCIADO EN DERECHO No. de Cta. 80715676-2

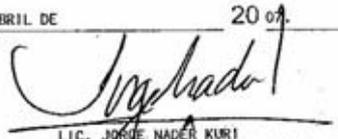
reúne los requisitos académicos para su impresión.

19 de ABRIL DE 2007


 LIC. SALVADOR RANGEL SOLÓRZANO
 Nombre y firma del Asesor de Tesis



19 de ABRIL DE 2007


 LIC. JORGE NADER KURI
 Nombre y firma del Director de la Escuela ó Facultad

EN RECUERDO
DE MIS PADRES

† CECILIA CASTILLO "MOMY"
† GABRIEL ROMERO "PEIPY"

CON PROFUNDO AGRADECIMIENTO
A MI ESPOSA LUPITA "BIURY"

A MIS HIJOS
BENJAMÍN
DIEGO
GABRIEL

Y A MIS HERMANAS
CECILIA
GABRIELA
MATILDE
SUSANA

ÍNDICE

	Pág.
JUSTIFICACIÓN	VIII
OBJETIVOS	X
CAPÍTULO 1:	
ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO	1
1.1 EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO ROMANO	7
1.2 EL FIDEICOMISO EN LA EDAD MEDIA	9
1.3 EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO SUIZO	11
1.4 EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO DE ESTADOS UNIDOS	14
1.5 EL FIDEICOMISO EN MÉXICO	16
CAPÍTULO 2:	
EL FIDEICOMISO Y SUS ASPECTOS JURÍDICOS	23
2.1 CONCEPTOS DE FIDEICOMISO	25
2.2 ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL FIDEICOMISO	28
2.3 SUJETOS Y FUNCIONAMIENTO DEL FIDEICOMISO	35
2.4 ELEMENTOS DE VALIDEZ PARA EL FIDEICOMISO	39
2.5 CAUSAS POR LAS QUE SE PUEDE EXTINGUIR EL FIDEICOMISO	48

CAPÍTULO 3:

EL FIDEICOMISO EN ZONAS RESTRINGIDAS	49
3.1 ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN ZONAS RESTRINGIDAS	53
3.2 ZONAS RESTRINGIDAS: FRONTERAS Y COSTAS	60
3.3 LA LEY DE INVERSIÓN EXTRANJERA Y SUS ORÍGENES	63
3.3.1 CERTIFICADOS DE PARTICIPACIÓN	68
3.4 LEY DE INVERSIÓN EXTRANJERA ACTUAL	71
3.5 EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LOS BIENES FIDEICOMITIDOS	72
3.6 DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO	76
3.7 FIDEICOMISOS PROHIBIDOS	77

CAPÍTULO 4:

ASPECTOS JURÍDICOS DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS	79
4.1 PRINCIPIOS DEL PATRIMONIO Y LA PERSONALIDAD	80
4.2 PATRIMONIO-AFECTACIÓN	81
4.3 DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS	83
4.4 EL FIDEICOMISO COMO HERRAMIENTA PARA LA INVERSIÓN EXTRANJERA	84
4.5 DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO EN EL	

FIDEICOMISO EN ZONAS RESTRINGIDAS	87
4.5.1 DERECHOS	87
4.5.2 OBLIGACIONES	87
4.6 RELACIÓN DEL FIDEICOMISO CON EL ASPECTO FISCAL	89
CONCLUSIONES	95
BIBLIOGRAFÍA	

JUSTIFICACIÓN

La palabra fideicomiso se deriva de dos voces latinas: fides, que significa confianza o fe, y commisum, que significa encargo o mandato. Los antecedentes del fideicomiso se remontan al llamado "Pacto de fiducia" del Derecho Romano, cuya figura jurídico-comercial evolucionó durante los primeros siglos de la Era Cristiana. Más tarde, en la Edad Media, aparecieron otras modalidades de fideicomiso, como el mayorazgo de la nobleza española y el trust de origen inglés. En realidad, la esencia del fideicomiso ha sido la misma a través del tiempo, pero su forma y finalidades se han ido adaptando a las circunstancias históricas del sistema económico imperante. Hoy en día, la figura fiduciaria tiene una gran importancia en el comercio y la industria. En el caso de nuestro país, el crecimiento económico experimentado a partir de los años setenta hizo surgir la necesidad de contar con este instrumento que regulara la propiedad en zonas restringidas como lo son las fronteras y costas, para que no pudieran ser propiedad de extranjeros pero a su vez permitieran la entrada de recursos y capitales extranjeros que los manejaran.

Pueden ser objetos de fideicomiso toda clase de bienes, muebles e inmuebles, que existan en el comercio y la naturaleza y que estén a disposición del constituyente del fideicomiso (titular) conforme a Derecho. Esto incluye una serie de derechos, y como tal da origen a una figura jurídica. De acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, la propiedad fiduciaria -y por ende, la disposición de los bienes administrados- está limitada por el contrato del fideicomiso. Éste, sin ser persona, es el verdadero propietario durante el período de administración del patrimonio. Al finalizar ese período, sea por cumplimiento de los fines o por resolución anticipada, el fiduciario debe entregar los bienes administrados a la persona, o personas, indicadas en el contrato. Si el contrato no lo indica literalmente los bienes se entregan al fideicomitente.

Los fundamentos jurídicos que regulan al fideicomiso en zonas restringidas es un tema que se desarrolla para mostrar cómo puede manejarse este tipo de fideicomiso y a qué están sujetas las personas jurídicas que quieran llevarlo a cabo.

OBJETIVOS

GENERAL

Presentar los fundamentos jurídicos que regulan al fideicomiso y su aplicación en zonas restringidas.

ESPECÍFICOS

Mostrar los antecedentes del fideicomiso y cómo fue surgiendo esta figura jurídica en diversos lugares del mundo.

Conocer lo que es el fideicomiso, su concepto, los elementos que lo integran, cómo funciona y las causas por las que se puede extinguir.

Saber el manejo del fideicomiso como figura jurídica en zonas restringidas, que leyes lo regulan, en qué consisten los certificados de participación y qué derechos tiene el fideicomisario sobre los bienes fideicomitados.

Presentar los principales aspectos jurídicos que regulan a los bienes fideicomitidos, los derechos y obligaciones del fideicomisario y la relación del fideicomiso con el aspecto fiscal.

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO

En su origen fue utilizada esta estructura jurídica con el objeto de soslayar trabas legales que impedían darle a determinados bienes cierto destino. La base sobre la que se fundamentó desde el origen fue la confianza que el transmitente de un bien depositaba en el adquirente. La transferencia se realizaba en propiedad teniendo el adquirente las facultades derivadas de su condición de dueño de la cosa, de acuerdo con las instrucciones del transmitente. Frente al amplio poder jurídico que el transmitente daba al adquirente, éste se comprometía a usar ese poder en lo preciso dentro de los límites impuestos por el fin restringido acordado, al cual se apuntaba, respetando la voluntad de aquél.

Con el correr del tiempo y en atención a los abusos en que incurría el adquirente al no respetar los encargos fiduciarios, se fue limitando su potestad sobre los bienes transmitidos, manteniendo su condición de titular jurídico pero con poderes recortados por la normativa jurídica y por la intervención de la justicia, que

priorizaron la voluntad del constituyente y los derechos de los beneficiarios por sobre el derecho de propiedad que aquél ostentaba.

El fideicomiso es una figura compleja que combina un negocio real de transmisión de una cosa o bien, con un negocio obligacional cuyo fundamento es la atenuación de los efectos de aquella transmisión. Cada uno de estos diferentes negocios produce sus propios efectos. Nos hallamos pues, frente a un negocio complejo que resulta de la unión de otros dos negocios distintos que se vinculan entre sí antagónicamente, por un lado un contrato real (transmisión de la propiedad o del crédito de modo fiduciario) y por el otro un contrato obligatorio negativo o *pactum fiduciae* (obligación del fiduciario de hacer sólo un uso limitado del bien adquirido, para restituirlo luego al transmitente o a un tercero por aquél indicado).

Se advierte, al cabo de la evolución de esta figura, la manera en que se va perfilando una condición que le es característica y que consiste en reconocer en ella la coexistencia de dos caras perfectamente identificables: la primera, relacionada con las formas jurídicas que la visten y la segunda, con la realidad económica que la motiva. Nótese, además, que la apariencia externa de esta figura revela la adquisición de un derecho de propiedad fiduciaria sobre un bien por parte del fiduciario, mientras que, en su lado interno, existe una relación obligacional entre el fiduciante y el fiduciario en virtud de la cual este último ve limitada las facultades emergentes de tal derecho, por causa del pacto de fiducia que ha celebrado en forma simultánea.

En esta figura compleja no existe correlación o concordancia entre el fin perseguido por las partes al celebrar el contrato y el medio jurídico empleado. Esto nos introduce en el campo de los denominados "negocios indirectos", es decir, aquellos que, para obtener un determinado efecto jurídico, emplean una vía transversal u oblicua. Son, pues, aquellos negocios en los cuales las partes se valen de figuras típicas del derecho pero las utilizan para alcanzar un fin distinto al que previó el legislador al diseñar el tipo.

La doctrina se encuentra dividida en punto a considerar al fideicomiso como negocio indirecto. Dejando de lado el análisis doctrinario a que da lugar esta interesante controversia, nos interesa destacar que, sin perjuicio de alguna semejanza con los negocios simulados, sus diferencias son notorias. En primer lugar, mientras en el negocio fiduciario no es de su esencia que el fuero interno subyacente sea secreto, aunque esto es lo que normalmente ocurre, en el negocio simulado, en cambio, su cara interna nunca se exhibe porque es de su esencia que algo oculto debe tener.

Siendo el fideicomiso un contrato normalmente regulado y, por ello, tipificado en el derecho sustantivo, otorga a las partes contratantes la garantía de su leal ejecución a través de normas concretas positivas que prevén los efectos jurídicos para las partes, quedando amparado, inclusive, por el principio de la autonomía privada emergente del artículo 1197 del Código Civil, limitada sólo por los

principios generales en cuanto a que los fines del negocio no sean contrarios a la ley, al orden público, a la moral y a las buenas costumbres.

La constatación de la legitimidad de las formas empleadas para alcanzar los fines previstos, en especial frente al empleo de figuras jurídicas complejas como el fideicomiso, tiene relevancia, obviamente, en relación con las partes y ante terceros, por las implicancias que de ello puede derivarse en caso de calificarse al vínculo aparente como un negocio en fraude de la ley, es decir, tendiente a lograr, mediante la combinación de diferentes figuras, un resultado prohibido por aquella. Cabe aquí distinguir, para que no haya lugar a dudas, el fideicomiso, por un lado, de los negocios fraudulentos, por el otro, a pesar de que en ambos supuestos exista un punto de coincidencia, es decir, que mediante un procedimiento indirecto se procura conseguir fines que no pueden alcanzarse por la vía directa. En el fideicomiso hay un fin lícito que consiste en obtener un resultado permitido, amparado por una regulación positiva que regula los efectos entre las partes y ante terceros. En el negocio fraudulento, en cambio, se está frente a un fin ilícito de resultado prohibido.

En el fideicomiso no se da la circunstancia de que las partes le confieran a las formas jurídicas una apariencia diferente al fin que se proponen alcanzar. En todo caso, del mismo modo que frente a cualquier otra figura jurídica, el análisis ponderado del caso concreto permitirá averiguar la verdadera intención que se tuvo al celebrarlo, con el objeto de establecer si se ha pretendido obtener resultados prohibidos que derivasen en la anulación del contrato por objeto ilícito.

En tanto las partes del fideicomiso respeten los elementos claves de la figura tal y como ésta ha sido regulada por el derecho sustantivo y le den al negocio la configuración jurídica prevista por el legislador al calificarlo atendiendo a su especial naturaleza, sin introducirle contradicciones extrañas a las permitidas por la propia configuración legal, no existe el empleo de un "medio jurídico excesivo" que vaya más allá de los fines perseguidos, ya que las partes quieren el medio típico (fideicomiso) con todas las consecuencias derivadas de su naturaleza. Estamos, pues, frente a un negocio típico que de ningún modo presupone un abuso de las formas empleadas, ni su asimilación al negocio simulado.

El fideicomiso es un contrato que puede emplearse para la realización de ilimitados fines, en tanto y en cuanto sean lícitos.

De un origen restringido al ámbito familiar pasó a insertarse activamente en el ámbito de los negocios por su adaptabilidad a las cambiantes condiciones económicas y a la fértil imaginación de los que se dedican a la ingeniería de nuevos productos.

Las posibles aplicaciones del fideicomiso, especialmente para los bancos y demás entidades financieras, son innumerables, dada su naturaleza, con una proyección excepcional que les abre perspectivas insospechadas, pudiendo preverse, sin pecar en optimismos excesivos, que en pocos años más la incidencia del fideicomiso en los resultados financieros de aquéllas llegará a un nivel de real

importancia, como ha ocurrido en otros países de América (México, Colombia, Venezuela, Costa Rica, Panamá, entre varios más).

Para llegar a esa conclusión debe considerarse que el fideicomiso no tiene trascendencia autónoma como tal. Es un verdadero instrumento que sirve para la realización de otros negocios que le son "subyacentes" y que pueden ser de la más variada naturaleza dentro del campo de lo lícito. De ahí su versatilidad y flexibilidad y la enorme gama de su utilización tanto en el sector empresario cuanto en el de la vida individual y familiar de las personas. En menor medida ello ocurre, también, con otras instituciones del derecho positivo. Citemos como ejemplo el contrato de cesión de créditos (o derechos); no basta para su validez y eficacia la sola cesión, sino que debe determinarse su causa jurídica. Así, no puede decirse "cedo tal crédito o derecho" sino que hay que precisar su causa, y de tal modo: si hay precio o dación en pago, se tratará de una cesión-venta; si no hay contraprestación, de una cesión-donación, y si existe trueque con otro derecho o crédito que se recibe del cesionario, habrá cesión-permuta. Lo mismo ocurre con otra figura legal: la tradición, sin poder decirse simplemente que se la hace, para configurarla, con validez y eficacia, debiendo precisarse su carácter y causa. Así tendrá el efecto traslativo del dominio si opera como modo constitutivo en la compraventa de una cosa; o puede practicarse para hacer adquirir sólo la posesión, o aun únicamente la tenencia, como en el caso de la locación.

Pero el fideicomiso asume una posible operatividad mucho más extensa ya que el negocio subyacente tiene variedad prácticamente innumerable dentro del ámbito

de lo lícito. Por ello, el ingenio de un autor extranjero ha podido decir con elocuencia que la elasticidad del instituto es tal que su proyección efectiva será tan extensa como lo quieran la imaginación y la iniciativa de los empresarios y abogados competentes.

Pero analicemos por partes los orígenes del fideicomiso y remontémonos a ellos.

1.1 EI FIDEICOMISO EN EL DERECHO ROMANO

Roma catalogado como el país que vio nacer y florecer la ciencia del derecho y que fue cuna de la mayoría de las instituciones jurídicas, tenía una organización social muy especial ya que la familia constituía el núcleo fundamental de la sociedad romana, ésta era un grupo de personas unidas entre sí pura y simplemente por la autoridad que en ellas ejercía el pater familias, para todos los fines que trascienden del orden doméstico. Descansaba no sólo en la unión del hombre y la mujer, sino en la potestad del jefe, sobre todas aquellas personas que componían la familia.

Los romanos se hallaban agrupados en gentes que eran el grupo de personas que descendían de un autor común y los miembros de las mismas se llamaban gentiles, sin embargo esta institución desapareció en épocas muy tempranas, por tal razón no hay datos precisos y se han elaborado una serie de teorías a veces contradictorias sobre su naturaleza y su origen.

La más alta clase de la estratificación social romana la formaban los patricios, que era la nobleza.

Dentro de cada familia patricia estaban los denominados clientes, que tenían la protección del patrón y entre ambos se daba una relación que creaba derechos y obligaciones para ambos. El patrón estaba obligado a darles asistencia y socorro a los clientes y éstos a su vez le debían abnegación y respeto al patrón.

Los plebeyos ocupaban el rango inferior en el estrato social, no tenían ninguna unión con los patricios, no gozaban de participación en el gobierno, ni tenían acceso a las funciones públicas.

De esta organización social y debido a que determinadas personas eran incapaces para adquirir derechos, nace la FIDUCIA (palabra que proviene de la palabra latina FIDES que significa fe.)

1.2 EL FIDEICOMISO EN LA EDAD MEDIA

La edad media es la época histórica que ocupa el lugar intermedio entre la antigüedad y los tiempos modernos y se extiende desde la caída del imperio romano de occidente hasta la toma de Constantinopla por los turcos.

Tres son los grandes rasgos que caracterizan a la edad media: La desintegración de la unidad política del imperio Romano, por la invasión de los bárbaros; La

importancia que adquiere la iglesia católica y el feudalismo o sistema político social que confunde la soberanía con la propiedad.

Dentro de esta época se tiene poca aportación para la cultura humana Yo considero a esta época, como un paso de la civilización clásica a la renacentista, en la que hay un exagerado sentimentalismo a todo lo que les rodeaba, por lo que tuvo poca aportación para la cultura humana, sin embargo se daban ciertas figuras que son importantes de mencionar.

EL MAYORAZGO

Era la institución jurídica en virtud de la cual el hijo mayor (major nata) tenía derecho en suceder en los bienes del progenitor, con la condición de heredar bajo la misma condición a su primogénito.

Lo más típico del feudalismo es que los más débiles, fueron a la vez vasallos de otros más poderosos, éstos a su vez de otros y así sucesivamente hasta llegar a los vasallos inmediatos de los reyes. El sistema feudal imperó durante toda la Edad Media, en la que se dieron por primera vez la sustitución fideicomisaria y el mayorazgo.

Dentro de la organización social del feudalismo existía una estratificación social muy especial: Los vasallos que era toda persona que se consideraba como cliente de otra, la cual era libre y más poderoso que él, y cuya principal obligación la tenía con su señor, y era la fidelidad, así el vasallo poco a poco se fue convirtiendo en caballero que constituía otra clase integrante de la organización social del feudalismo y poco a poco tenían mayores prerrogativas que el vasallo.

Como la clase social más elevada en el feudalismo estaba la nobleza, que era la clase social que tenía mayores prerrogativas y derechos sobre cualquiera de las otras clases y por encima de ellos solamente se encontraba el rey y el emperador. Y por último, la clase social más baja de esta organización estaba integrada por los siervos que carecían de derechos, ya que eran personas descendientes de los esclavos romanos.

En la edad media, la figura del fideicomiso fue degenerando poco a poco en el régimen de las instituciones fiduciarias.

En la Edad Media el poder es relativo porque el señor feudal tenía que dar al monarca hombres y armas, y para perpetuar su poder necesitaba dar sus propiedades a su descendencia, por lo que para mantener intactos sus bienes, se ideó el mayorazgo, en cuya virtud el señor feudal heredaba sólo a su hijo primogénito y le imponía la obligación de hacer lo mismo a su descendencia.

La propiedad de los bienes transmitidos en el mayorazgo es también relativa y limitada, porque el primogénito la recibe con la obligación de conservarla y destinarla a un fin; es decir transmitírselos a su vez a su primogénito; es lo que sucede actualmente en el fideicomiso, es decir la fiduciaria recibe la propiedad para destinarla a un fin determinado; esto es en lo único en que se podría considerar como una figura afín al tema que se está tratando.

1.3 EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO SUIZO

Reconocido desde 1905 por una sentencia de la Corte Suprema, recogido indubitablemente desde entonces por los tribunales suizos, y utilizado en los medios y sectores más diversos, el fideicomiso juega en el derecho suizo un papel de la mayor importancia; a diferencia del francés o el alemán, su denominación no es fideicomiso sino acto fiduciario. Sin duda alguna, el derecho suizo junto con el

estadounidense y el mexicano, es el que mayor experiencia comercial, judicial y legal tiene sobre el fideicomiso.

En opinión de los profesores de la universidad de Ginebra, Claude Reymond y Jacques Revaclier (cuya consistencia teórica y doctrinal nos parece claramente concordante con la del profesor mexicano Domínguez Martínez, a pesar de que difieren en su conclusión) el fideicomiso (acto fiduciario según el derecho suizo) se compone de dos elementos: (1) un acto traslativo de derechos por el cual el fideicomitente transfiere la titularidad de un derecho al fiduciario; y (2) un acto convencional (contrato), por el cual el fiduciario se obliga a ejercitar los derechos que le fueron transferidos; ambos, constitutivos a su vez de un solo acto que el derecho suizo denomina, *acto fiduciario*. Por haberlo sentenciado la Corte Suiza en esta forma, no es permisible la consideración de uno solo de esos dos actos de manera aislada.

En efecto, en una sentencia de 1960 (Fritschi vs Foheler et Studer, AFT, 86 - 1&60— t II, pág 221), aquella Corte sostuvo que a pesar de que el Código de las Obligaciones reconoce, separadamente, el acto traslativo de derechos y el contrato y, por tanto, en el caso del fideicomiso, el primero de los actos (el traslativo) resulta ser un acto sin causa, eso no impide que el acto fiduciario (el convencional) sea la causa perfecta y suficiente del acto traslativo y que entonces los dos formen la misma operación individual. Por otra parte, al igual que el alemán el derecho suizo reconoce que el régimen supletorio del acto fiduciario, en cualquiera de sus dos momentos principales, son los Arts. 394 y ss del Código de

las Obligaciones, que versa sobre el contrato de mandato (Feras Anstalt vsVallugano, AFT 99 —1973— t1, pág. 588). En el entendido de que el término: *mandato* tiene en el derecho suizo una connotación mucho más general que en el mexicano en el cual, por ejemplo, el mandato implica en todo caso una representación.

Sin embargo, al igual que el derecho alemán el suizo no dispone de una codificación sistemática sobre fideicomiso, y su organización descansa en distintos ordenamientos dispersos en todo el complejo legal en los cuales se cita el término de manera específica para determinados casos, circunstancias o negocios; si bien, los autores citados señalan que es fundamentalmente en las reglas generales del mandato en las cuales se debe fundar y organizar toda convención fiduciaria. No obstante, cabe señalar que la frecuencia del fideicomiso en el medio bancario motivó que la Asociación Suiza de Banqueros emitiera, el 23 de agosto de 1979, la circular número 439-D, en la cual estableció ciertas recomendaciones (no reglas) que los bancos deben vigilar en su participación como fiduciarios. Algunas de ellas versan sobre la colocación bursátil, los préstamos y créditos y la participación societaria en el mercado internacional de títulos de ese tipo.

1.4 EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO DE ESTADOS UNIDOS

Sin duda alguna, este derecho es indudablemente, junto con el mexicano, el que más experiencia tiene en materia fiduciaria, y por lo mismo, es uno de los dos sistemas en los que el fideicomiso tiene una importancia extrema.

El “trust” angloamericano es la concepción jurídica modernizada y perfeccionada del use.

“El trust es el título fiduciario en virtud del cual, quien lo crea transmite su propiedad a otra persona, quien contrae la obligación de manejarla equitativamente en beneficio del creador del vínculo o de quién éste designe”.¹

La figura del trust puede describirse en cuatro periodos más o menos definidos de la siguiente manera:

1.- La aparición de los usos hasta principios del siglo XV.- Consistían en obligaciones de carácter moral cuyo cumplimiento quedaba a la buena fe del prestanombre o feoffee. El beneficiario o cestui que use carecía de derechos protegidos por el orden jurídico, a cambio de lo cual estaban libres de tributos y cargas que pesaban sobre la propiedad, y los tribunales guardaban una actitud neutral, sin intervenir, pero tampoco sin oponerse.

2.- De principios del siglo XV a la promulgación de la Ley de Usos.- Llegaban a la cancillería y al consejo del rey numerosas quejas contra los feoffees, por lo que intervenían éstos para obligar a los feoffees a la observancia de obligaciones morales.

¹ HERNÁNDEZ A., Octavio. Derecho Bancario Mexicano. P.238

3.- Desde 1535 a fines del siglo XVII .- En esta época los uses no fueron prohibidos, sino que quedaban tan sólo ejecutados, es decir hacía al cestui que use dueño legal que dejaba de tener un derecho de equidad, convirtiéndose de esa forma, en único dueño en tanto que el feoffee to use venia a ser por completo eliminado.

4.- De fines del siglo XVII a la época contemporánea.- Esta etapa tiene como función la de resolver el problema creado por la diversidad de situaciones complejas, que había dado lugar al desdoblamiento entre los derechos derivados del common law y de la equidad.

Las reglas fiduciarias del derecho de Estados Unidos de América son muchas y muy variadas, y su estudio rebasa nuestro interés por compararlo. Baste sólo con mencionar, con el mismo interés, que además de las miles de sentencias (*cases*) que en conjunto gobiernan diferentes perfiles de esta figura existen múltiples leyes.

Indudablemente el derecho de Estados Unidos de América es el más extenso en materia de fideicomiso, pero carece de experiencia en los fideicomisos conocidos como públicos en nuestro país. Es importante subrayar que las fechas de publicación de estas y otras leyes concuerdan con la época en que México desarrolló sus primeros esbozos de legislación fiduciaria y, en efecto, observamos una clara proximidad en algunas reglas de nuestro fideicomiso respecto de algunas de aquel país. Asimismo, el primer fideicomiso del que tiene noticia la

academia mexicana, que tuvo efectos en nuestro país, se celebró en Estados Unidos de América aunque surgió en México, y obedeció a una forma de fideicomiso que permanece todavía en aquel país y se denomina *trust deed*.

1.5 EL FIDEICOMISO EN MÉXICO

En nuestro derecho mexicano la adecuación del trust inglés ha sido de mucha utilidad para la vida cotidiana de las personas, aunque la interposición de un modelo extranjero, sobre un sistema nacional es poco recomendable, en el caso del fideicomiso, se puede decir que funcionó, de los primeros datos que se tienen referentes al fideicomiso en nuestro país son los siguientes:

El 21 de noviembre de 1905 el entonces secretario de Hacienda José Yves Limantour envió a la cámara de Diputados del Congreso de la Unión, una iniciativa de ley que facultaba al ejecutivo para que expidiera la ley, por cuya virtud podían constituirse en la República Mexicana instituciones comerciales, encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios, de la cual era autor Jorge Vera Estañol. El proyecto de ley estaba precedido de una exposición de motivos que establecía que realmente en nuestro país, hacían falta ciertas organizaciones especiales que en los países anglosajones se denominaban trust companies o compañías fiduciarias, cuya función fundamental consistía en ejecutar actos y operaciones, en las cuales no tenían interés directo, sino que actuaban como simples intermediarios, ejecutando parcial y fielmente actos y operaciones en beneficio de las partes interesadas o de terceras personas. Su función era

interponer su mediación para asegurar el cumplimiento futuro, de buena fe, en condiciones eficaces y términos convenientes.

Se agregaba además que las relaciones cada vez más estrechas entre nuestra vida comercial y la de los Estados Unidos de América, la afluencia de capitales de Estados Unidos a México para el desarrollo de toda clase de empresas así como el adelanto y perfeccionamiento del sistema de transacciones, harían sentir la necesidad de incorporar en nuestra legislación las instituciones de fideicomiso que como se había probado, tenían favorables resultados en Estados Unidos de América y en otros países, por lo que esta iniciativa, por acuerdo del presidente de la República se sometía a consideración de la Cámara. Esto permitiría al gobierno expedir un decreto, autorizando la creación de compañías fiduciarias que con una rigurosa inspección, podrían dar importantes servicios al público.

Este proyecto de ley constaba de ocho artículos los cuales no tuvieron la precisión que se hubiera deseado para entender los lineamientos o el fondo del fideicomiso, este proyecto disponía que el fideicomiso para el cual se autorizaba la creación de las instituciones fiduciarias consistiría en el encargo hecho al fiduciario, por virtud del contrato entre dos o más personas de ejecutar cualquier acto u operación, respecto de bienes determinados, para el beneficio de alguna de las partes de ese contrato, o de un tercero, para hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones creadas expresamente en el contrato.

El fideicomiso era un derecho real respecto de los bienes sobre los que se constituía y para que pudiera considerarse legalmente constituida a una institución

fideicomisaria, debería llenar los requisitos legales y ser autorizada por la Secretaría de Hacienda.

Se les autorizaba a estas instituciones a realizar actos u operaciones que no fueren legalmente incompatibles con sus funciones fundamentales. La ley fijaría los términos en que las instituciones debían garantizar el fiel cumplimiento de sus obligaciones, así como las formas en que debían ser inspeccionadas por la Secretaría de Hacienda, para asegurar los intereses del público.

Se permitía conceder exenciones y privilegios especiales en materia de impuestos a estas instituciones y se facultaba al ejecutivo a modificar la legislación, en los puntos en que fuera estrictamente necesario, para asegurar la función de las instituciones fiduciarias.

A pesar de que se tomó en cuenta el proyecto en la cámara de Diputados, nunca llegó a discutirse, y aunque nunca tuvo la categoría de ley, fue el primer intento legislativo de adaptar el trust a un sistema romanista como el nuestro.

Bajo la presidencia del General Calles y siendo Secretario de Hacienda y crédito Público el Ing. Alberto Pañi se abrogó el ordenamiento de 1897, que desde entonces había regido la materia, y se inició la revisión de las leyes referentes a los bancos y al crédito mediante la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, en la que aparece el fideicomiso por primera vez en nuestro derecho.

Esta ley del 24 de diciembre de 1924, publicada en el Diario Oficial el 16 de enero de 1925, fue la primera que dio al fideicomiso una aceptación o significado semejante al trust inglés.

Esta ley disponía que las instituciones fiduciarias tenían en común la función de facilitar el uso del crédito distinguiéndose entre sí por la naturaleza de los títulos o por la naturaleza de los servicios que prestaban al público.

Entre estas instituciones fiduciarias quedaban comprendidos los bancos de fideicomiso, los que se sometían a un régimen de concesión estatal.

Las funciones de los bancos de fideicomiso consistían en administrar los capitales que se les confiaban, intervenían con la representación de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos durante el tiempo de su vigencia. Señalaba que los bancos de fideicomiso se regirían por una ley especial que debía expedirse por lo que no define al fideicomiso, sino que dejó el problema a este ordenamiento especial.

Esta ley no abordaba el problema de la naturaleza jurídica del fideicomiso, ni precisaba sus características, no reglamentaba sus efectos y simplemente como punto importante señalaba que los bancos de fideicomiso, servirían al público en varias tomas y principalmente administrando los capitales que se les confían e

interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos.

En 1932 se publicó un artículo en el que se establecía lo siguiente: “El desarrollo de la República Mexicana ha exigido la inversión de capitales que casi, en su totalidad, han sido traídos del extranjero especialmente de Estados Unidos y de Inglaterra”.² La mayoría de esas inversiones tomaban la forma de bonos hipotecarios y a través de un contrato complejo que comparándolo con la ley de nuestro país, se tenía un préstamo, un mandato y una hipoteca, dando como resultado un fideicomiso.

Así pues, esto da pauta para que el 28 de junio de 1932 se promulgue una nueva Ley General de Instituciones de Crédito publicada al día siguiente.

En la exposición de motivos de la nueva Ley decía: La ley de 1926 se introdujo en México, rompiendo la tradición de la institución jurídica del fideicomiso. Evidentemente esta institución puede ser de mucha utilidad para la actividad económica del país y desarrollo del mismo; pero desgraciadamente la ley de 1926 no precisó el carácter sustantivo de la institución y dejó muchas lagunas.

Establecía que para que la institución pudiera prosperar en el derecho mexicano, se requería definirla en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y que

² LAPAULLE, Pierre. Tratado Teórico y Práctico de los Trusts. P. 9

las instituciones que actuaran como fideicomisarias tuvieran una reglamentación especial.

El fideicomiso quedaba concebido como "una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confiaba a las gestiones de un fiduciario, precisándose así la naturaleza y los efectos de ese instituto que la ley actualmente en vigor concibe como un mandato irrevocable". Es por lo que 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 el fideicomiso de lugar a sustituciones indebidas.

Estas instituciones están autorizadas para aceptar y desempeñar mandatos y comisiones de toda clase de administración de bienes y el ejercicio de derechos a cuenta de terceros.

Así pues, las disposiciones que reglamentan el fideicomiso en nuestro derecho son las siguientes:

- ◆ Por lo que se refiere a la sustantividad del contrato de fideicomiso, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- ◆ Por lo que se refiere a la organización de los sujetos activos del fideicomiso (fiduciarias), la Ley de Instituciones de Crédito.

CAPÍTULO 2

EL FIDEICOMISO Y SUS ASPECTOS JURÍDICOS

La autonomía de la voluntad privada, se pone de manifiesto en un campo tan amplio como lo es el fideicomiso, más aún, no hay otra figura jurídica en toda la legislación perteneciente al derecho privado mexicano que cuente con la versatilidad de ésta.

Lo anterior se corrobora con las posibilidades siguientes: el fin al que se destinan los bienes fideicomitidos *puede ser* cualquiera, siempre y cuando sea lícito (art. 381 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito); el fideicomisario puede designarse en cualquier tiempo y no sólo ello sino además es *factible* la designación de dos o más, en cuyo caso, *nada impide* que haya beneficiarios simultánea o sucesivamente (arts. 382 y 383). Podrá intervenir en el fideicomiso una o más fiduciarias para el desempeño del cargo todas a la vez o en forma

sucesiva (art. 385). El objeto del fideicomiso, por su parte, *podrá estar* representado por cualesquier bienes o derechos hecha salvedad de los personalísimos (art. 386).

Pues bien, la reglamentación tan liberal como la del fideicomiso en los términos que lo realiza la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, debido a la pluralidad de posibilidades por ella permitidas, ha abierto una puerta a una serie innumerable de operaciones de tal naturaleza, comunes y simples algunas, y extraordinarias y complejas otras. Lo mismo se fideicomite un inmueble que títulos de crédito, derechos de crédito, e inclusive hasta los mismos derechos de fideicomisario.

Además, los fines que se proponen mediante la celebración de un fideicomiso, van desde una transmisión de propiedad, pasando por la garantía de una prestación y la administración de un capital, hasta la liquidación de una universalidad para después de la muerte de su titular.

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

Para entender mejor esta figura jurídica es necesario definirla y analizarla detalladamente.

2.1 CONCEPTO DE FIDEICOMISO

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito lo define como “En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.”¹

Este concepto admite un análisis más profundo de lo siguiente: en primer lugar, el precepto transcrito es el dispositivo que ofrece el concepto legal del fideicomiso. Menciona a dos de los sujetos participantes en su dinámica; el fideicomitente y la institución fiduciaria, los que en unión del fideicomisario, de alusión posterior, (Arts. 382, 383 y otros), integran la tríada personal indispensable para la funcionalidad y actividad de la figura, independientemente de la participación del comité técnico, cuando por disposición del fideicomitente en términos generales o por así ordenarlo la ley de la materia en los fideicomisos públicos (Ley Federal de las Entidades Paraestatales), debe sumarse a los sujetos señalados.

A reserva de una interiorización en los pormenores procedentes para dejar situada adecuadamente la posición que fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, e inclusive comité técnico, observan en el desenvolvimiento del fideicomiso, todo lo cual forma parte de la glosa que se haga respecto de preceptos subsecuentes, cabe por ahora mencionar que como el artículo

¹ Artículo 381 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

comentado lo señala, el fideicomitente es quien destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado, lo que hace tener por supuesto que está en la posibilidad legal de asignar ese destino; además, es el fideicomitente quien encarga a la fiduciaria la realización de los actos por los cuales se alcance el fin dispuesto por aquél para los bienes que fideicomite.

La fiduciaria, por su parte, también mencionada en el concepto citado, es la destinataria de la encomienda del fideicomitente y queda obligada contractualmente a ejecutar los actos para alcanzar el destino dispuesto por el primer interviniente mencionado.

El fideicomisario, por último, es el sujeto a considerársele, por ahora, simplemente, como el beneficiario de toda orquestación fiduciaria.

En cuanto al objeto del fideicomiso se refiere, está genéricamente enunciado como "ciertos bienes". Su regulación en detalle aparece en disposiciones posteriores.

Los efectos jurídicos generados por el fideicomiso, consisten en principio en el destino que el fideicomitente asigna a los bienes que fideicomite. Y ello, en realidad, sólo pone de manifiesto una cualidad jurídica de privilegio, pues destinar lo nuestro a lo que creemos conveniente, es una prerrogativa conferida

por el derecho de propiedad, sin más límite que la agresión a derechos de tercero por el destino dado.

De esa manera, ante el requerimiento judicial de pago con el apercibimiento de embargo de no hacerse aquél, el requerido no podrá oponer destino alguno voluntariamente asignado para tal o cual bien, por razonable y apegado a la ley que dicho destino fuere, y así evitar el impacto del embargo y sus consecuencias. En cambio, si el destino dado a ciertos bienes fue instrumentado por un fideicomiso, ese destino, además de ser permitido, es un destino protegido por la ley.

Para otros autores el fideicomiso se define de la siguiente manera:

“Es un acto jurídico que debe constar por escrito, y por el cual una persona denominada fideicomitente destina uno o varios bienes a un fin lícito determinado, en beneficio de otra persona llamada fideicomisario, encomendando su realización a una institución bancaria llamada fiduciaria.”²

“El negocio fiduciario indirecto, a través del cual la institución fiduciaria autorizada, adquiere del fideicomitente del dominio de determinados bienes, obligándose a destinarlos a un fin previamente pactado.”³

² DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe. Derecho Bancario y Contratos de Crédito. P.402

³ MUÑOZ R., Luís. Derecho Mercantil. P.126

2.2 ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL FIDEICOMISO

Los negocios jurídicos requieren de ciertos elementos para su completa estructuración y el conjunto de éstos integran a aquéllos. En efecto, con sólo observar los conceptos emitidos en relación con tales figuras, encontramos en ellos la manifestación de una o varias voluntades, las cuales traen aparejado un objeto determinado. Además, existen algunos negocios jurídicos, en los que, al celebrarse, es requisito indispensable para su configuración, la observancia de ciertas formalidades específicas, las cuales, debido a su importancia, admiten la denominación de *solemnidades*.

Estos elementos concurrentes en la formación de un negocio jurídico, deben reunir, a su vez, determinados requisitos.

Ciertamente, toda manifestación de voluntad ha de provenir de un sujeto al que el ordenamiento legal le reconozca capacidad para celebrar esa clase de operaciones, y no sólo eso sino además, dicha manifestación habrá de realizarse libre, conscientemente y en acatamiento a la forma establecida en la ley para el negocio respectivo. Por lo que al objeto se refiere, dada por supuesto su posibilidad, tanto física como jurídica, no deberá contrariar las prescripciones impuestas por las leyes de orden público y las buenas costumbres. En esas condiciones, a reserva de analizar su contenido, cabe considerar con el carácter de elementos esenciales del negocio jurídico a los siguientes: manifestación de voluntad, objeto y solemnidad, los dos primeros

comunes a todos los negocios, y la última deberá ser presente en aquellos para cuya celebración el ordenamiento legal la impone. Son elementos de validez, o de requisitos de los esenciales: la licitud en el objeto, en el motivo o fin en la condición del negocio, es decir que aquéllos sean lícitos; la capacidad para celebrar negocios jurídicos reconocida por la ley para su autor o partes, esto es, que la manifestación de voluntad, sea una o varias, provenga o provengan, en su caso, de una persona o personas capaces; la forma, o lo que es lo mismo, que las manifestaciones de voluntad tengan lugar en observancia a las formalidades previstas por la ley para tal efecto, y en último término, la ausencia de vicios en la voluntad, lo que quiere decir, contemplar una manifestación libre y consciente, también se les conoce como "elementos de existencia";⁴ hay autores que los denominan elementos "constitutivos" o "fundamentales", sin ser ésta una enunciación restrictiva.

Independientemente de cuál sea la correcta caracterización para estos requisitos del negocio jurídico, lo cierto es que la manifestación de voluntad y el objeto son elementos esenciales materiales o de fondo, mientras que la solemnidad es elemento esencial formal o de forma; cabe considerar a la manifestación de voluntad como elemento psicológico del negocio, en oposición a los elementos materiales del mismo, que son el objeto y la solemnidad cuando esta última es requerida legalmente.

⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. P. 137

Una vez analizado lo anterior daré seguimiento a los elementos fundamentales del fideicomiso.

1) Consentimiento.-

Para que tenga lugar una plena manifestación de voluntad, el proceso volitivo habido en el fuero interno del sujeto debe preceder a una declaración externa coincidente con aquél. Así, una voluntad sin exteriorizarse, es decir, el fenómeno psicológico configurado por la concepción, deliberación, e inclusive la decisión, es insuficiente para representar al elemento esencial del negocio jurídico que fuere; por su parte, la declaración externa aisladamente considerada, esto es, con independencia de su fuente volitiva, tampoco configura en su totalidad el elemento que se comenta. La manifestación de voluntad como elemento esencial de un negocio jurídico, es un complejo integrado por una declaración concordante con la voluntad interna que la originó, una vez que se ha formado, debe manifestarse al exterior; así tenemos una voluntad y una manifestación o declaración de voluntad, un momento interior al que debe seguir una exteriorización. Este momento exterior es el sello objetivo por el que la voluntad puede ser tomada en consideración por el ordenamiento jurídico, el momento interior se considera como base y apoyo del externo.

En esas condiciones, una voluntad que se mantiene en el fuero interno del sujeto, carece de relevancia jurídica, es decir, *voluntas in mente retenta*

voluntas non est, en tanto que una declaración desvinculada o, cuando menos, incongruente con el querer psicológico, significa una manifestación de voluntad imperfecta, o, inclusive, la negación misma de la manifestación de voluntad.

La manifestación de voluntad puede tener lugar tanto expresa como tácitamente. Es expresa, cuando su realización es mediante cualquiera de los medios por los que el ser humano se comunica con sus semejantes, ya sea, la voz, la escritura, e inclusive, gestos y ademanes mímicos. En tal supuesto, manifiesta expresamente su voluntad. La voluntad será tácita, en su caso, cuando "aunque no se manifieste por una declaración formal (voluntad expresa), resultare, sin embargo de los hechos",⁵ los cuales, ". . .de manera necesaria e indubitable revelan un determinado propósito..."⁶ Por otra parte, se advierte que la manifestación tácita de voluntad tiene lugar no únicamente por medio de una actividad, esto es, mediante hechos positivos, sino también puede hacersele derivar de abstenciones.

La manifestación de voluntad individualmente apreciada, es insuficiente para la integración del primer elemento esencial requerido en aquellas negocios jurídicos que son plurilaterales, precisamente porque el número de voluntades que necesitan para su realización, deben ser más de una.

⁵ RIPERT Y BOULANGER. Tratado de Derecho Civil. P.417

⁶ IDEM

En el caso del fideicomiso, quienes lo celebran son denominados partes y el acuerdo de voluntades mencionado se traduce en consentimiento, y tratándose de un negocio jurídico en el que intervienen dos partes, sea caracterizado específicamente como bilateral, que de acuerdo a Zamora Valencia para no confundirlos sería mejor llamarlos unisubjetivos y plurisubjetivos.

Fue pretensión de las reformas de 2003 actualizar el fideicomiso con franca contractualidad, es decir, si bien no hay un precepto en la modificación de los artículos del 381 al 394 a que el fideicomiso es un contrato, varias de las disposiciones aplicables fueron modificadas para hacer prevalecer una naturaleza contractual de la figura. Se puede mencionar por ejemplo que ahora el fideicomitente ya no destina sino que transmite a la fiduciaria; además, desapareció la posibilidad en el sentido de que el fideicomiso llegare a constituirse sin designar nominalmente institución fiduciaria y por el contrario ahora dispone que para la validez del fideicomiso se requiere "la aceptación del encargo por parte del fiduciario"⁷ Igualmente quedó suprimida la mención de que el fideicomiso puede constituirse por testamento, como expresamente lo preveía el art. 387.

⁷ Art. 385 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. 3er. Párrafo.

2) Objeto.-

Es el nacimiento de efectos jurídicos que consisten en la creación, transmisión, modificación o extinción de relaciones y estados jurídicos.

El objeto puede ser directo e indirecto; el directo deberá ser jurídicamente posible y el indirecto además deberá ser físicamente posible.

La posibilidad jurídica del objeto directo implica que los efectos nacidos a consecuencia de una o varias declaraciones de voluntad, sean reconocidos por el derecho, al no existir una norma jurídica que sea un obstáculo insalvable, la cosa en su carácter de objeto indirecto, será físicamente posible si existe en la naturaleza, y su posibilidad jurídica está condicionada a que sea determinada o determinable en cuanto a su especie o a que se encuentre en el comercio.

Como las reformas de 2003 suprimieron la posibilidad de que al constituirse el fideicomiso no se designe la institución fiduciaria con la desaparición del segundo párrafo del art. 385 y el señalamiento expreso de que la validez del fideicomiso depende de que conste la aceptación de aquélla (art. 382), debe entenderse que todas las consecuencias jurídicas que son el objeto directo del fideicomiso nacen a partir de dicha aceptación.

Los efectos jurídicos producidos por el fideicomiso con un enfoque hacia los bienes fideicomitidos así como en relación con cada uno de los sujetos que intervienen en la dinámica de la figura jurídica y analicemos lo siguiente:

En primer lugar, el artículo 381 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, señaló desde 1931 hasta 2003, que en virtud del fideicomiso el fideicomitente destinaba; ahora indica que transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos para ser destinados a fines lícitos y determinados. Como se puede observar, esos efectos son reales y no obligacionales, es decir, recaen directamente sobre la cosa o el derecho, en su caso, no obligan a una conducta a cargo del fideicomitente, pero además, sus efectos son traslativas de propiedad, porque así lo señala expresamente el precepto, con la única salvedad de que no se trata claramente de una transmisión plena porque el propio fideicomitente es quien señala el destino para los bienes, es el que encomienda a la fiduciaria los actos para alcanzar ese destino y la institución, para esa encomienda, obra por cuenta del fideicomitente, aparte de que los bienes, quedan afectos al fin a que se destinan, por lo que sólo podrían llevarse a cabo respecto de ellos, los actos jurídicos tendientes al logro de tales fines.

Los derechos y obligaciones que integran el objeto directo del fideicomiso, se encuentran distribuidos entre los tres status que corresponden a los diversos sujetos que participan en la dinámica de la figura jurídica del fideicomiso.

El hecho de que la fiduciaria haya aceptado ya el desempeño del fideicomiso, no obsta para que el fideicomitente ejercite su derecho a revocarlo, siempre y cuando lo haya reservado expresamente para sí.

La fiduciaria, por su parte, tendrá derecho a las compensaciones que en su favor se hubieren pactado, a renunciar para el caso de que no le sea cubierta esa remuneración, además de que como lo indica el art. 391 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso.

2.3 SUJETOS Y FUNCIONAMIENTO DEL FIDEICOMISO

La mecánica de su funcionamiento puede detallarse así:

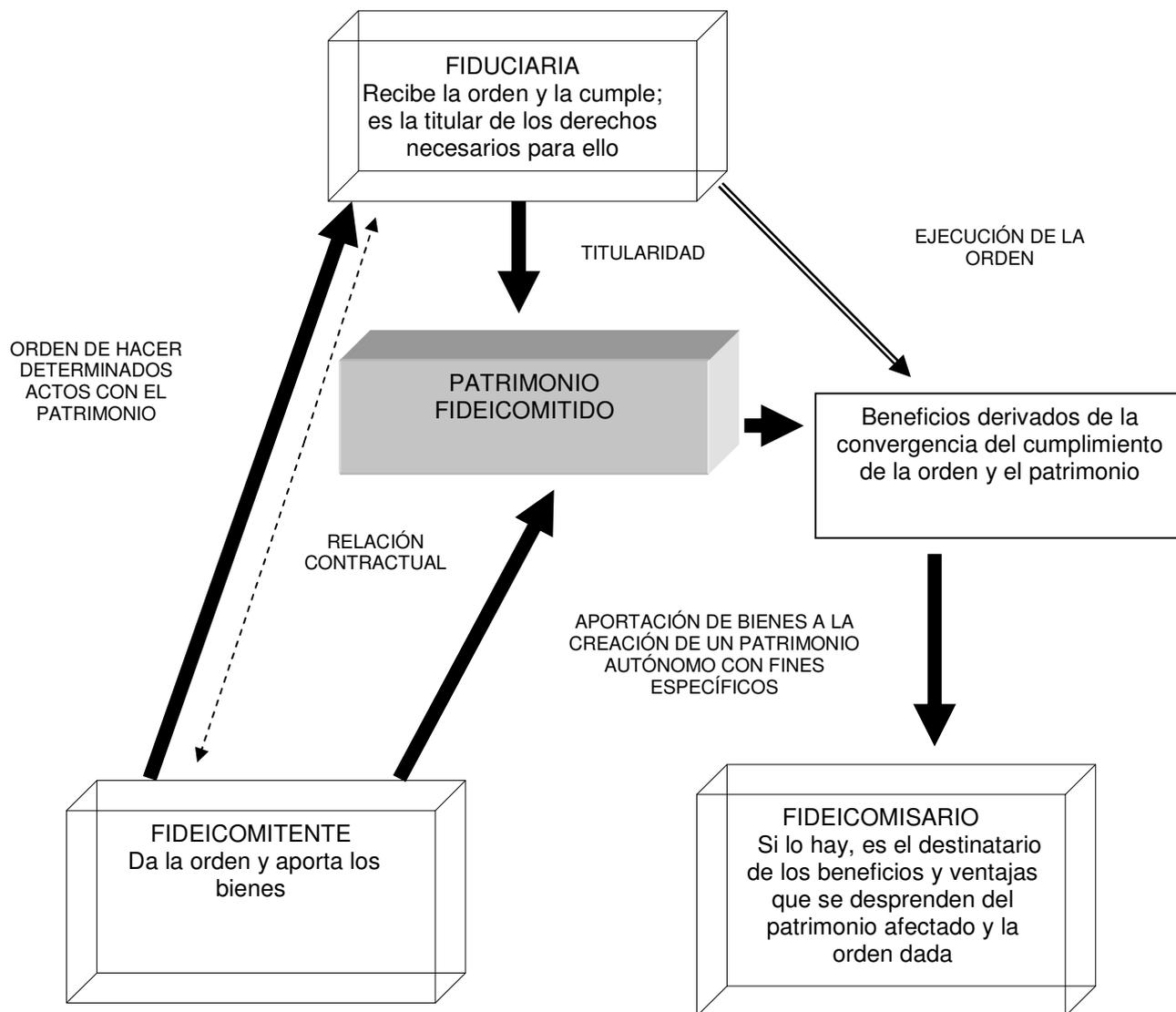
1. Una persona llamada **fideicomitente** decide unilateralmente desprenderse de parte o la totalidad de los bienes que forman su patrimonio, para que con ellos se llegue a un objetivo concreto que también será el que señale su voluntad.
2. El objetivo al que el fideicomitente quiere que se llegue con esos bienes sólo puede ser el de constituir un **fiduciario**, quien para ello es necesario que se convierta, no en su propietario en términos del abuso absoluto de la propiedad civil, porque "no adquirió" esos bienes, sino en el titular, tanto del patrimonio afectado como de las obligaciones y derechos activos necesarios para la realización del fin; esto en la medida en que

"alguien" debe agotar el fin fiduciario y el comitente no puede serlo por haberse desprendido de los bienes y porque "no es un fiduciario".

3. Los bienes de los cuales se desprende el comitente formarán, a su vez otro patrimonio más (¿autónomo tal vez?), pues ya no forma parte del patrimonio ni del fideicomitente ni formará parte de aquel del fiduciario, sino que queda sometido a la simple titularidad de éste, porque la persona especializada en la labor de llevar a cumplimiento en todos los casos los fines de cualquier fideicomiso es un fiduciario.
4. Constituido el fideicomiso, el fideicomitente suspende su dominio real sobre los bienes afectados —a no ser que se designe **fideicomisario** o que se pacten derechos de esta índole a su favor— y el fiduciario se erige en el nuevo titular y se avoca él, y solo él, a la ejecución y consecución del fin. Pareciera que de manera voluntaria, se creó un patrimonio autónomo, pues por tal se entiende el que no tiene propietario sino solo titular, con facultades tan amplias como sean necesarias para ejecutar el fin fiduciario, exclusivamente.
5. Por lo general, del cumplimiento del fideicomiso se desprenden beneficios que, como tales, deben tener un destinatario; es decir, por lo común, del cumplimiento de los fines fiduciaros se beneficia un tercero (fideicomisario) quien también puede ser el fideicomitente, pero no en tanto que tal, sino que fideicomisario, ya que, en efecto, puede ser ambas cosas, lo que no impide que en ese caso deba ser, necesariamente, primero una cosa y luego la otra. En su carácter de

beneficiario, en determinados casos el fideicomisario puede exigir al fiduciario el cumplimiento de los fines del fideicomiso, pero no el fideicomitente, por no ser el beneficiario.

6. Cumplido el fin del fideicomiso (si éste no era el de transmitir al fideicomisario, por el motivo que sea, la propiedad del patrimonio) las cosas vuelven a su estado original tal cual se encontraban antes de constituirse. La mecánica del fideicomiso se ilustra en la figura siguiente:



2.4 ELEMENTOS DE VALIDEZ PARA EL FIDEICOMISO

Los elementos de validez de los negocios jurídicos básicamente son: la licitud en el objeto, fin, motivo o condición del negocio; la capacidad de ejercicio; la forma y la ausencia de vicios en la voluntad; el fideicomiso al ser una figura jurídica se adapta a dichos elementos que se analizarán con más detalle a continuación:

1) Licitud en el objeto, en el fin o motivo o en la condición del fideicomiso.-

En términos generales, la licitud del objeto, del fin o motivo o de la condición de todo negocio Jurídico, consisten en que éstos vayan en concordancia a las leyes de orden público y a las buenas costumbres. Ello según el art. 1830 del C. Civil Federal.

No obstante la mención que hacen los Arts. 381 y 382 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en el sentido de que el fin del fideicomiso debe ser lícito, ello o su ilicitud, así como las del objeto, la del motivo o las de la condición, habrán de ser calificadas específicamente en cada ocasión en particular; por ende, cierta es la afirmación según la cual será "la autoridad judicial, como intérprete de las concepciones de orden público y de las buenas costumbres prevalecientes en la colectividad, la que resuelva en cada caso si el

fin de un fideicomiso está o no en pugna con tales concepciones",⁸ comentario éste que debe ser aplicado también al objeto, al fin y a la condición, en su caso.

2) Capacidad de ejercicio.-

La capacidad en general podemos dividirla en dos, por un extremo surge la capacidad jurídica o de goce, y la capacidad de ejercicio o de obrar por el otro.

Capacidad de goce es la aptitud del sujeto de ser titular de obligaciones y derechos. Si bien dicha capacidad es atribuida por los imperativos legales, no es menos cierto que en la actualidad, por la evolución del género humano, difícilmente existirá lugar en el globo terráqueo en el que a un individuo le sea desconocido, inclusive, un grado mínimo de capacidad jurídica.

Es decir, no obstante que el Estado se encuentra en una situación superior a la de los particulares, éstos lo crearon para que por él les sean reconocidos sus derechos inherentes; el Estado es creación del hombre, más su finalidad, al crearlo, fue ponerlo al servicio de sus propios creadores, para propiciarse ellos mismos un desenvolvimiento controlado por un orden jurídico.

En esas condiciones, habiendo quedado atrás, fuera del alcance de nuestros ojos, instituciones como la esclavitud, la muerte civil y la *capitis diminutio*, la capacidad jurídica acompaña a cuanto ser humano existe no sólo desde su

⁸ BATIZA, Rodolfo. El Fideicomiso. P.232

nacimiento sino inclusive desde su concepción, hasta su muerte. Por consiguiente todo individuo tiene capacidad jurídica.

La capacidad de obrar “es la aptitud reconocida al sujeto para ejercitar válidamente manifestaciones de voluntad dirigidas a modificar la propia situación Jurídica”⁹ Dicho reconocimiento puede restringirse o inclusive ser suprimido, prevaleciendo la existencia y perdurabilidad de la capacidad de goce. Así por ejemplo, un bien puede pertenecer a un menor de edad (capacidad jurídica) y precisamente por esa minoría, no puede disponer libremente de él (incapacidad de obrar).

De la aseveración que afirma que la capacidad de ejercicio “supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales”,¹⁰ se desprenden las dos especies de esta capacidad a saber: capacidad de obrar sustancial y capacidad de obrar procesal o formal; conceptos distintos, pues la primera se refiere a la aptitud para obligarse, para celebrar negocios y actos jurídicos, para cumplir personalmente sus obligaciones, para administrar y disponer libremente de los bienes, etc., y la segunda, a la posibilidad de comparecer en juicio sin necesidad de hacerlo mediante representantes legales.

⁹ TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. P. 85

¹⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. P.164

De conformidad con los diversos artículos del Código Civil que regulan lo concerniente a la capacidad de ejercicio, los mayores de edad cuentan con un status jurídico que les permite disponer libremente de sus bienes, mediante la celebración de negocios jurídicos.

En efecto, según lo prevé el art. 24 de dicho ordenamiento "el mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley",¹¹ precepto éste idéntico en sustancia al art. 647 del mismo código.

El propio Código Civil declara que son incapaces tanto natural como legalmente los menores de edad y los mayores que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que las supla (art. 450). Más bien, se trata de incapacidades legales.

De lo anterior se desprende que podrá ser fideicomitente, por encontrarse en aptitud legal para transmitir sus bienes, todo mayor de edad que no esté incapacitado por alguna de las causas señaladas en el art. 450, ya referido.

¹¹ Art. 24 Código Civil.

Asimismo, para que sea válido un fideicomiso que tuviere como objeto ciertos bienes o derechos propiedad de un incapacitado, deberá llevarse a cabo por medio de su o sus representantes, quienes a su vez, habrán de solicitar la autorización judicial a que se refieren los Arts. 436, 561 y relativos del Código Civil. Ahora bien, la incapacidad de ejercicio que impedía otorgar negocios jurídicos a un menor de edad o a un enajenado mental, aún en los momentos lúcidos de estos últimos, tenía como excepción lo establecido en la frac. I del Art. 1306 interpretado a *contrario sensu* y en el 1307, ambos del Código Civil, respectivamente, hasta antes de las reformas del 2003.

Así es en efecto, si de conformidad con el primer precepto señalado, el menor que no ha cumplido 16 años, trátase de hombre o mujer está incapacitado para testar, debe entenderse, obviamente, que podrá hacerlo en caso de contar con más edad que la mínima establecida. Además, el Art. 1307 declara válido el testamento otorgado por un enajenado mental en determinado momento de lucidez, claro está, con los requisitos que señalan los artículos siguientes. Consecuentemente nada impedía entonces que estos sujetos constituyeran fideicomisos para surtir efecto después de su muerte. Dichas reformas suprimieron el fideicomiso por testamento.

3) Forma

Uno de los requisitos que debe reunir la manifestación de voluntad, o consentimiento en su caso, es expresarse en observancia a la forma que la ley

establece para tal declaración, la cual, bien puede no exigirse, pudiendo la voluntad, en este supuesto, ser manifestada inclusive tácitamente, o bien, por el contrario, ser por escrito; ya sea privado o mediante escritura pública.

En efecto, "los actos jurídicos pueden clasificarse, atendiendo a la forma que debe revestir, en consensuales, formales y solemnes.

Son actos consensuales aquellos para cuya validez no se requiere ninguna formalidad; por lo tanto toda manifestación de voluntad será válida, ya que se haga verbalmente, por escrito o por señas, o se desprenda de actos que hagan presumir la voluntad... La segunda categoría de actos se denominan formales. En éstos es necesario que la voluntad se exprese por escrito para que tenga validez; por lo tanto, sólo se acepta el consentimiento expreso y por escrito... Dentro de la expresión escrita caben dos formas: el documento público y el privado... Por último, los actos pueden ser solemnes y serán aquellos actos en los que debe observarse una formalidad especial y por escrito, otorgándose ante funcionario determinado, bajo la sanción de inexistencia si no se cumple".¹²

Así pues, si se toma en cuenta el contenido de los preceptos relativos, podemos afirmar que para el otorgamiento del fideicomiso siempre se ha debido tener y se siguen debiendo tener en cuenta las siguientes reglas:

¹² ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. P.138

- a) En primer lugar, es un negocio formal, en oposición tanto a consensual como a solemne, porque tanto en su texto anterior como en su texto actual, el Art. 387 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito ha establecido que el fideicomiso debe constar por escrito, pero además, como la forma se rige por la ley del lugar donde se realiza el acto, lo exprese o no la ley, por tratarse de un aspecto sustancialmente civil, es a la ley local a la que corresponde regularlo, tal como en su texto original lo señalaba dicho precepto.
- b) De conformidad con el Art. 2317 del Código Civil, en concordancia con el mencionado 387 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, si lo fideicomitado es inmueble, “deberá inscribirse en la sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra terceros, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro”.¹³

4) Ausencia de vicios en la voluntad

Las reflexiones que se hagan respecto a una voluntad viciada, deben tener precisamente a ésta como punto de partida, pues de ninguna manera puede afirmarse que la voluntad cuyo titular ejerce dolo, o bien obra de mala fe, sea víctima de un vicio; más bien mediante el dolo se vicia una voluntad ajena la que incurre o permanece en error, y por medio de la mala fe se disimula un

¹³ Art. 388 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

error preexistente. “En esas condiciones, de *error, dolo y mala fe*, sólo el primero es vicio de la voluntad y los segundos lo propician”.¹⁴

a) EL ERROR

Previamente a la realización de un negocio jurídico, la voluntad de las partes en su caso, conciben y deliberan en su fuero interno en relación con una serie de factores que influyen en esa celebración. Es decir, toman en cuenta y valoran, entre otras cosas, las razones que les induce a crear determinadas consecuencias de derecho, las características de la o las personas copartícipes en el negocio, la prestación o prestaciones objeto de las obligaciones creadas, la identidad de la persona beneficiaría de las consecuencias, el contenido y cualidades de la cosa que es materia del negocio, y así, de valorar todos esos factores, se forma una concepción de lo que suponen la situación objetiva prevaleciente.

Cuando esa noción, concebida y meditada por el sujeto, coincide con la realidad, el negocio de que se trata se realizará de manera satisfactoria si es que no adolece de otro defecto; por el contrario, si se tiene una noción inexacta de aquélla, la voluntad titular será víctima de error y éste, muy probablemente, provoque la nulidad de la figura negocial en cuestión.

¹⁴ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. El error, Vicio de la Voluntad, Motivo de Invalidez de los Actos Jurídicos. Tesis

Lo anterior permite definir al error como "la falsa representación de la realidad que concurre a determinar la voluntad del sujeto."¹⁵ Esta definición comprende los dos elementos del error en los negocios jurídicos, a saber: a) La concepción psicológica que de la realidad se forma un sujeto, autor o parte de un negocio Jurídico, bien sobre la identidad de la persona con quien contrata, la naturaleza del negocio al estar celebrándolo, las cualidades de la cosa objeto del mismo, y b) Discordancia entre la realidad y la concepción de ella tenida por quien celebra el acto, por ejemplo: no lo realiza con quien lo suponía, piensa en la creación de ciertas consecuencias más le son inherentes otras al acto realizado.

b) DOLO Y MALA FE

"Se entiende por dolo en los contratos, cualquier sugestión o artificio que se emplea para inducir a error, o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido."¹⁶ (art. 1815 del Código Civil Federal).

En efecto, con observar el fondo de la definición legal correspondiente al dolo y la mala fe, confirmamos lo anterior.

Cabe agregar que si en un momento dado el dolo y la mala fe no logran su objetivo, es decir, que ven frustrada su intención de provocar, o disimular el

¹⁵ TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. P.167

¹⁶ Art. 1815 Código Civil

error de su caso, hace que se esté frente a un negocio jurídico liberado de toda nulidad por esas causas. En ese mismo orden de ideas, la voluntad que ejerce violencia no es una voluntad viciada; en realidad, la violencia es el miedo para viciar una voluntad ajena, infundiéndole miedo.

2.5 CAUSAS POR LAS QUE SE PUEDE EXTINGUIR EL FIDEICOMISO

“El fideicomiso puede darse por terminado en los siguientes supuestos:

- ◆ Por la realización del fin para el cual fue constituido
- ◆ Por hacerse éste imposible
- ◆ 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
- ◆ Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto
- ◆ Por convenio escrito entre fideicomitente, fiduciario y fideicomisario; (DOF 13/06/03)
- ◆ Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso.”¹⁷

¹⁷ Artículo 392. Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. P.78

CAPÍTULO 3

EL FIDEICOMISO EN ZONAS RESTRINGIDAS

El tratamiento fiscal que se le dio al fideicomiso a fines de 1974, provocó una utilización mucho menor de la figura jurídica, pues la hizo caer en un semidesuso lastimoso. Como se recordará, un fideicomiso, en especial cuando lo fideicomitado era un bien inmueble y sus fines eran traslativos de propiedad, resultaba victimado por una imposición más agresiva a la cualquiera de los contratos tradicionales cuyos efectos traen consigo la transmisión de propiedad. No es sino a últimas fechas que ello parece haberse superado aún cuando sea parcialmente. Curiosa e irónicamente en la época del golpe fiscal, el sector público recurrió con más frecuencia a esta figura jurídica, para que ésta se sumara a las actividades gubernamentales y con su coadyuvancia se satisficieran gradualmente mejor las cargas impuestas por la función pública. Así, a partir de eso, se notó una recurrencia constante en la instrumentación del

fideicomiso por el gobierno en las manifestaciones más disímboles de la actividad oficial, los hubo y en aún los hay, tanto para liquidar instituciones bancarias, para el desarrollo de conjuntos habitacionales, para mantener museos, producir alimentos, regularización de tierras y muchos casos más.

La adopción del fideicomiso por el sector oficial dio lugar a que la operación fuera incluida, como lo está en la actualidad, en la lista de las entidades de la administración pública paraestatal, compuesta como lo señala el Art. 3o. de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, por los organismos descentralizados, por las empresas de participación estatal, instituciones nacionales de crédito, organizaciones auxiliares mercantiles de crédito e instituciones nacionales de seguros y de fianzas, así como por fideicomisos públicos.

El Art. 47 de la misma ley señala, por su parte, cuáles son los fideicomisos a los que en un principio se refiere: los califica como "fideicomisos públicos"; señala también qué finalidad oficial genérica tienen y cuál de las dependencias figurará en ellos en todo caso, como fideicomitente por el Gobierno Federal.

El texto íntegro es como sigue: "Art. 47. Los fideicomisos públicos a que se refiere el Artículo y fracción III de esta Ley, son aquellos que el gobierno federal o alguna de las demás entidades paraestatales constituyen, con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para

impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, que cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades y que tengan comités técnicos. En los fideicomisos constituidos por el gobierno federal, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público fungirá como fideicomitente único de la Administración Pública Centralizada".

El dispositivo transcrito ofrece tres o cuatro lineamientos orientadores de los llamados fideicomisos públicos. En primer lugar, precisamente así, como fideicomisos públicos, es que los considera y denomina; en segundo término, les reconoce su origen constitutivo como acto del propio Gobierno Federal o bien del sector paraestatal. Además, en tercera, les señala su función auxiliadora del Ejecutivo Federal en el impulso de las áreas prioritarias de desarrollo; y en cuarto lugar, les impone una estructura orgánica parecida a las de las demás entidades paraestatales. Exige la participación en cada uno de estos fideicomisos de un comité técnico y asigna a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público el carácter de único El fideicomitente tanto en la constitución como en el funcionamiento de tales fideicomisos.

La Ley Federal de Entidades Paraestatales por su parte, publicada en el Diario Oficial del 14 de mayo de 1986, con vigencia a partir del día siguiente, en cuyo art. 1º señala tener por objeto regular la organización, funcionamiento y control de las entidades paraestatales correspondientes a la administración pública federal y apuntada la salvedad de su art. 4º, conforme a la cual, de haber ley

especial de por medio, será ésta la aplicable, destina uno de sus capítulos, el IV, que a su vez se integra por seis artículos, del 40 al 45 inclusive, a regular la mecánica de los fideicomisos públicos, con el señalamiento de una serie de disposiciones para el control de dichas entidades en su adaptación en el sector oficial.

De ello destaca la sujeción a la ley, no sólo de los fideicomisos en sí, como entidades paraestatales, sino también de los comités técnicos y directores fiduciarios en cuanto a su integración, fines y funcionamiento (art. 40); la obligación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y como fideicomitente por el Gobierno Federal en estos fideicomisos, de fijar en todo caso la delimitación de retribuciones del comité técnico y del fiduciario (art. 41); el sometimiento a la dependencia oficial correspondiente, de los proyectos de estructura administrativa y de las modificaciones requeridas que el delegado fiduciario del fideicomiso del caso deberá hacer (Art. 42); las instrucciones que la fiduciaria puede recibir cuando ésta requiere informes y controles especiales (Art. 43) y la precisión de las facultades especiales del comité técnico y de la fiduciaria, así como la delimitación de éstas y las consecuencias de sus excesos (Art. 44); asimismo, en todo caso, el Gobierno Federal conserva la facultad expresa de revocar cuanto fideicomiso público constituya (Art. 45).

Por otra parte, cabe apuntar que desde la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (Art. 45, fr. XVI) pasando por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1984 (Art. 66) y con previsión actual

en la Ley de Instituciones de Crédito (Art. 85), la duración de los fideicomisos públicos podía ser mayor de los 30 años que fijaba la fracción III del artículo 394 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito para los fideicomisos a los que esta última les impone esa limitante temporal, al respecto el texto íntegro es el siguiente: “Aquellos cuya duración sea mayor de cincuenta años, cuando se designe como beneficiario a una persona moral que no sea del derecho público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de cincuenta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museo de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.”¹

3.1 ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN ZONAS RESTRINGIDAS

Las tribus nómadas de nuestros antiguos mexicanos no tuvieron arraigo sobre la tierra y por tanto no desarrollaron concepto alguno de propiedad.

Después, el rey tenía autoridad absoluta sobre sus súbditos y disponía de sus vidas y sus herencias.

A la gente del pueblo, no le era permitido adquirir propiedad territorial. Sólo el rey otorgaba esta capacidad a los nobles, a los sacerdotes y a los guerreros, quienes sólo podían transmitir sus tierras entre ellos mismos.

¹ Artículo 394. Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. Fracción III.

Este era a grandes rasgos, el sistema de propiedad existente en los muchos reinos que integraban el México prehispánico. México como hoy lo conocemos nace y se unifica a raíz de la conquista y de la caída de la Gran Tenochtitlán.

Una vez hecha la conquista, se otorgó a los reyes de Castilla y de León y a sus herederos y sucesores, un derecho absoluto de propiedad sobre las islas y tierras firmes descubiertas y que sus vasallos descubrieren en el futuro hacia el occidente, a condición de llevar la fe cristiana a sus moradores. Esto es lo que hace que se constituya el título primero de propiedad y dominio sobre la Nueva España.

Una vez lograda la conquista, el sistema de propiedad no cambió, simplemente la propiedad de los territorios conquistados pasó de las manos de los reyes indios a las manos de los soberanos españoles.

Como consecuencia, toda propiedad territorial otorgada a particulares debía derivarse de la Corona Española.

A las tierras así otorgadas a conquistadores, a soldados y a otros pobladores de las Indias, se les llamó mercedes reales, es decir mercedes dadas por el rey.

Pretendían buscar mayores y nuevos descubrimientos, poblar los que descubrieren, y es así como se estableció que a todos los que fueran a poblar

tierras nuevas, y a los que habiendo hecho en ellas su morada y lugar de trabajo, siempre y cuando hubieren vivido en aquellos pueblos durante cuatro años, se les concedía facultad para vender y hacer de esas tierras lo que quisieran, como cosa propia.

Se prohibió encargar descubrimientos a extranjeros, y a los descubridores, que los llevaran con ellos en sus descubrimientos.

Las leyes eran muy estrictas con los extranjeros, existen numerosas leyes recopiladas que de una u otra manera limitaban o prohibían a los extranjeros su entrada a las Indias y comerciar en ellas.

La primera ley que se ha podido encontrar en que restringe residencia de extranjeros en zonas marítimas, y por lo tanto se le puede considerar el primer antecedente de las zonas prohibidas, fue del 12 de diciembre de 1619.

Aunque eran pocos los extranjeros que en estas épocas vivían en la Nueva España, pronto los descubrimientos mineros y las historias de grandes yacimientos de metales preciosos, atrajeron la atención y la codicia de aventureros de otros países, especialmente de Inglaterra.

Esto en cierto modo, forzó a los españoles a promulgar leyes ya que querían conservar para sí, las riquezas de las tierras conquistadas.

Las diferentes leyes mexicanas vigentes, basadas en estos principios, recogidos en la doctrina Calvo, exigen hoy a los extranjeros que adquieran inmuebles, o celebren contratos con autoridades gubernamentales, u obtengan permisos o concesiones de ellas, que renuncien a solicitar la protección de sus gobiernos y acepten las leyes mexicanas, bajo la pena, en caso de no hacerlo, de perder los bienes de que se trate en beneficio de la Nación Mexicana.

Poco a poco, fue naciendo el movimiento independiente. En un principio no se señaló prohibición alguna a extranjeros para adquirir propiedad territorial. A todos los individuos de la sociedad se les reconoció el derecho de adquirir propiedades y disponer de ellas a su arbitrio, con tal de que no contraviniera la ley. Al consumarse la independencia, en los primeros años de México, ya como país libre, no había extranjeros en número suficiente, que hiciera indispensable legislar sobre extranjería.

Después se ofreció en nombre de la nación mexicana, a los extranjeros que vinieran a establecerse en su territorio, seguridad en sus personas y en sus propiedades, con tal de que se sujetaran a las leyes del país. Por lo anterior se permitió adquirir terrenos, para la formación de colonias, a extranjeros que se establecieran en territorios nacionales con las siguientes prohibiciones: de que no podían establecerse colonias en los terrenos comprendidos entre las veinte

leguas limítrofes con cualquier nación extranjera, ni entre las diez leguas de litoral marítimo, sin la previa aprobación del poder ejecutivo general.

Es sin duda, el antecedente más valioso del actual artículo 27 constitucional, por lo menos en cuanto a prohibición a extranjeros de adquirir inmuebles. Por otro lado prohíbe por primera vez, la adquisición por extranjeros de terrenos comprendidos en las fajas de nuestras costas y fronteras. Tiene una excepción, la autorización expresa del poder ejecutivo. Si esa excepción hubiera perdurado en nuestra legislación, no habría habido la necesidad de crear los fideicomisos, hoy llamados de zonas prohibidas.

Después, se establece que los extranjeros introducidos legalmente en la república, gozan de todos los derechos naturales, y están obligados a respetar la religión y sujetarse a las leyes del país en los casos que pueda corresponderles.

Este precepto de igualdad fue reconocido y aceptado con rango Constitucional Federal de los Estados Unidos Mexicanos.

Como consecuencia de lo anterior la inversión extranjera fue otra puerta que se abrió para la utilización del fideicomiso, a pesar de la época adversa vivida entonces, motivada por esa fiscalización poco atinada; dicha apertura libró en alguna medida a la figura, de caer en un franco desuso.

La regulación al efecto, se dio primero por el acuerdo presidencial de 29 de abril de 1971, publicado en el Diario Oficial del día siguiente y con vigencia a partir de entonces; en segundo lugar, por la Ley Abrogada para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera de 1973, en cuyo texto el acuerdo mencionado fue sustancialmente incorporado; la publicación de esta última fue en el mismo periódico oficial, sólo que del 9 de marzo de 1973; su fuerza obligatoria partió de los 60 días de entonces. Como su denominación lo indica y así lo confirmó en su art. 1, tuvo por objeto promover la inversión mexicana y regular la extranjera y así, con ello, estimular un desarrollo justo y equilibrado y consolidar la independencia económica del país.

Como se desprende de la denominación y del precepto señalados, no fue un ordenamiento abierto a la inversión extranjera, sino al contrario, delimitó agresiva y hasta hostilmente los alcances de ésta.

Después de casi 20 años, la ley fue reglamentada integralmente por el reglamento de dicha ley, ordenamiento éste con disposiciones por demás interesantes, las que ponen de manifiesto una apertura gubernamental mayor hacia el mundo exterior, con una actitud tendiente a buscar acomodo y participación en la comunidad internacional y superar permanecer encerrados.

Lo previsto por el acuerdo señalado y por la ley del 73 del fideicomiso para el uso y aprovechamiento de bienes inmuebles, tanto para fines turísticos como industriales, en zonas en que la adquisición en propiedad de dichos inmuebles está prohibida para extranjeros, así como la inversión extranjera en el capital de empresas mexicanas, lo cual fue regulado ampliamente por el reglamento del 73, están incorporados en la Ley de Inversión Extranjera de 1993 con una visión más amplia hacia el fomento de la captación de inversión del exterior.

La primera manifestación de esa apertura buscada afanosamente por el régimen presidencial 88-94, se observa en las modificaciones sufridas por el Código Civil Federal en cuanto a disposiciones de Derecho Internacional Privado se refiere, en sus artículos del 12 al 15, cuyo texto original lo habían hecho adoptar una posición cerradamente territorial, fueron modificados desde sus cimientos para colocarnos en una posición partícipe de la modernidad jurídica observada en los sistemas locales de regímenes jurídicos modernos.

La disminución padecida en el uso del fideicomiso de bienes de fines de 1974 a últimas fechas, sólo relativamente detenida por el fideicomiso público y por el fideicomiso de inversión extranjera, los cuales, por cierto, han sido concebidos y regulados más con ingredientes de política administrativa, que estrictamente jurídicos, ha provocado una distorsión y deformación de la figura, por haber sido ésta objeto de un tratamiento tanto legislativo y reglamentario especialmente en materia fiscal; impregnado de improvisación y superficialidad forzadas por las

necesidades administrativas que requieren soluciones efectivas aún cuando la técnica en ellos brille por su ausencia, así sean con positividad legal pero sin la sustancia jurídica adecuada.

3.2 ZONAS RESTRINGIDAS: FRONTERAS Y COSTAS

El artículo 27 Constitucional en su fracción primera señala "... 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..." permite analizar este párrafo de la siguiente manera: La situación jurídica del extranjero frente al dispositivo indicado y la proyección que esa situación tiene en la estructura del negocio jurídico, y por otra parte tiene que tenerse en cuenta el sentido y los alcances de la disposición, con lo que de acuerdo con ella está prohibido en cuanto a la adquisición por extranjeros.

En relación con esto, recordemos la capacidad de goce como la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones y como atributo de su personalidad jurídica, conceptos estos, personalidad jurídica y capacidad de goce, por ello dos y distintos; dicha capacidad admite grados y alcances diversos de un sujeto a otro, lo que precisamente no se observa en la personalidad jurídica pues ésta es única y absoluta; o se tiene personalidad y por ello se es persona desde el punto de vista jurídico o no se tiene dicha personalidad y no se es persona; no se puede ser persona a medias, es decir, no se puede ser media persona al no poderse tener personalidad jurídica a

medias; por el contrario, sí se puede ser más o menos capaz de goce, pues puede tenerse capacidad de goce respecto de alguna situación jurídica y carecer de ella respecto de otra u otras. Así, no obstante ser sujeto de derecho, puede no tenerse capacidad de goce, pero lo especialmente interesante, puede no tenerse capacidad para ser titular del derecho de propiedad, como sucede con el extranjero respecto del dominio directo de tierras y aguas en la citada zona prohibida.

Si bien la capacidad de goce no es elemento estructural del negocio jurídico. Su presencia en la disección de éste aparece claramente relacionada con su objeto directo, éste sí como elemento estructural de aquél, pues precisamente la falta de dicha capacidad se traduce en la imposibilidad jurídica del objeto directo indicado. Así, el extranjero en el caso concreto comentado, no puede adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas en la zona prohibida, pues no tiene la aptitud de ser titular de ese dominio respecto de un inmueble en la franja periférica aludida. Por ello, el negocio cuyo objeto hubiere sido la transmisión del enajenante y por ende la adquisición del extranjero del derecho de propiedad sobre un inmueble allí ubicado, será jurídicamente imposible, al estar de por medio una norma jurídica considerada como un obstáculo insalvable para darse los efectos que son su objeto. Los derechos y obligaciones a que la capacidad de goce se refiere, son los mismos derechos y obligaciones a cuya transmisión y adquisición, en su caso, se contrae el objeto directo del negocio.

Otro aspecto mencionado en relación con la mexicanidad exclusiva en zona prohibida, es el correspondiente a determinar qué significado tiene en el derecho patrimonial el término "dominio directo", ya que ello es precisamente el aspecto medular en torno al cual gira cualquier decisión a tomarse en relación con este punto.

Por dominio directo "sólo puede entender o significar el constituyente el derecho de disposición de las cosas susceptibles de propiedad"², lo que el Código Civil desde 1884 ha llamado la "nuda propiedad" en oposición a "dominio útil" o usufructo".

Hay quien por su parte considera que mediante la fórmula indicada el legislador se refiere simplemente a propiedad. Después de atribuirle sentido a todos aquellos casos en los que el precepto constitucional en cuestión usa la fórmula indicada, se llega a la conclusión de que lo que en su concepto se quiso prohibir a los extranjeros con dicho precepto, no es otra cosa que la adquisición de propiedad en fronteras y costas, en toda la extensión del concepto.

En estas circunstancias sea que dominio directo consista en nuda propiedad sobre el bien inmueble correspondiente o sea, por el contrario, que mediante la fórmula se aluda a la propiedad plena respecto de dicho inmueble, ello no puede proyectarse sólo al mero usar y disfrutar dado en el usufructo de un

² MOLINA PASQUEL, Roberto. El fideicomiso de Inmuebles. P. 53

inmueble por directo que sea. En otros términos, el sólo usufructo no equivale al dominio directo, por más que el ejercicio de ese derecho sea de manera directa.

Por otra parte, la Ley Orgánica en su fracción I del art. 27 constitucional abrogada en el art. 2o. transitorio de la Ley de Inversión Extranjera de 1993, extendió la prohibición a la participación extranjera en sociedades mexicanas que adquirieran la propiedad sobre bienes en la zona prohibida; según este ordenamiento, nada del capital social de la sociedad que pretendía ser propietaria de algún inmueble en dicha zona, debía ser propiedad de socios o accionistas extranjeros.

3.3 LA LEY DE INVERSIÓN EXTRANJERA Y SUS ORÍGENES

En el Diario Oficial del 30 de abril de 1971, fue publicado el acuerdo del Ejecutivo Federal, fechado el día inmediato anterior; puede considerársele como el documento en el que se contiene una primera postura oficial definida a propósito de las cuestiones relacionadas con el fideicomiso y su dinámica aplicada al caso concreto de la inversión extranjera en el renglón inmobiliario en zonas prohibidas; ofrece un reconocimiento pleno y clara admisibilidad al respecto; además, es el antecedente y fuente directos de la Ley de Inversión Extranjera de 1973.

Cabe anotar como comentario inicial, que con independencia al detalle de su contenido, tal como se señala en su texto, el acuerdo indicado permitió la

constitución de fideicomisos cuyo objeto fueron bienes inmuebles ubicados en el área geográfica correspondiente a 100 kilómetros a partir de las fronteras y los 50 kilómetros a partir de las costas, en todo lo largo de la periferia del territorio nacional y cuyos fines fueran de carácter industrial o turístico. Además, podemos observar que la Ley de 1973 incorporó en su texto todas las disposiciones del acuerdo en cuestión. Ello fue expresamente reconocido por esta última, pues en términos de su iniciativa, se consideró conveniente incorporar —a dicho ordenamiento— las disposiciones del acuerdo que autoriza a la Secretaría de Relaciones Exteriores para conceder a las Instituciones de Crédito, los permisos para adquirir como fiduciarias, el dominio de bienes inmuebles destinados a la realización de actividades industriales o turísticas, en fronteras y costas.

Ante la carencia de motivos directos de la Ley de 1973, así como ante la plena adaptación de las consideraciones del acuerdo de 71 se señala textualmente, fragmentos de los considerandos que preceden a la parte dispositiva del acuerdo.

CONSIDERANDO: “Que el Congreso Constituyente de 1917, celoso defensor de la soberanía sobre el territorio nacional, plasmó en la Ley Suprema la prohibición absoluta a los extranjeros para adquirir el dominio directo de las tierras y de las aguas que se encuentran en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas. Que es deber ineludible del

Gobierno Federal vigilar y mantener la integridad del territorio de la Nación, así como guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las Leyes que de ésta emanen. Que es imperativo sostener y acelerar el desarrollo industrial y turístico de las zonas fronterizas y litorales de nuestro país y que este desarrollo planificado debe realizarse con estricto apego a los principios de la Constitución y las leyes aplicables, sin que en ningún caso extranjeros adquieran el dominio directo sobre la tierra ni derecho real alguno.

Que por otra parte es conveniente eliminar los diversos subterfugios que se han venido utilizando para tratar de transgredir la prohibición constitucional de que los extranjeros adquieran el dominio directo de tierras y aguas en las zonas prohibidas y, especialmente, la intervención de mexicanos presta-nombres, o la simulación de diversos contratos y actos jurídicos.

Que la operación del fideicomiso como está regulada en nuestro sistema jurídico, en tanto permite que la institución fiduciaria, conservando el dominio directo de los bienes fideicomitidos, pueda permitir a los fideicomisarios, en forma temporal, la utilización y el aprovechamiento de dichos bienes, constituye el medio adecuado para lograr los fines promocionales industriales y turísticos antes mencionados, con estricto apego a las disposiciones constitucionales.

Que a partir del acuerdo del C. Presidente de la República General de División Lázaro Cárdenas, de 22 de noviembre de 1937 y del Acuerdo del C. Presidente

de la República General de División Manuel Ávila Camacho, de 6 de agosto de 1941, se había venido utilizando el fideicomiso con distintas modalidades para permitir a los extranjeros la utilización y el aprovechamiento de bienes inmuebles en las zonas fronterizas y costeras, sin que hasta el presente se hubiera integrado una política definida para establecer los límites y las condiciones de su autorización. Que por otra parte, las instituciones de crédito autorizadas para actuar como fiduciarias, pueden captar recursos importantes mediante la emisión de certificados de participación inmobiliarios que representen para los beneficios exclusivamente el derecho a la utilización y el aprovechamiento de los inmuebles objeto del fideicomiso, sin transmitirles en ningún caso su propiedad, ni crear a su favor derechos reales.

Que es propósito del Ejecutivo a mi cargo, dentro de las normas establecidas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que la Secretaría de Relaciones Exteriores pueda autorizar la constitución de este tipo de fideicomisos, previa opinión que emita una Comisión Consultiva Intersecretarial que estudie la conveniencia económica y social que tenga para la Nación la realización de estas operaciones por conducto de instituciones de crédito nacionales o privadas, que en todo caso conserven la propiedad de los inmuebles; he tenido a bien expedir el siguiente ACUERDO..."

Como puede observarse, consecuencia de las consideraciones anteriores fue que el acuerdo en cuestión autorizó a la Secretaría de Relaciones Exteriores

para otorgar los permisos correspondientes a las entonces instituciones nacionales de crédito, las que conforme al art. 1º de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares , (ordenamiento bancario vigente entonces) eran las constituidas con participación del Gobierno Federal o en las que éste tenía reservado el derecho de nombrar la mayoría del consejo de administración o de aprobar o vetar los acuerdos de la asamblea o en su caso del consejo correspondiente, y excepcionalmente a instituciones privadas de crédito, para constituir tales fideicomisos, con la conservación, por las fiduciarias según su texto, del dominio directo de los bienes fideicomitados, para permitir el uso y aprovechamiento de los mismos a los fideicomisarios, sin constituir para ellos derechos reales y con la posibilidad de emitir, a fin de instrumentar los derechos de los fideicomisarios, certificados de participación inmobiliarios (dispositivos primero y segundo del acuerdo comentado).

Se señaló que la fiduciaria conservaría en todo caso la propiedad de los bienes fideicomitados, para arrendarlos por no más de diez años y los transmitiría a personas facultadas para adquirirlos (dispositivo cuarto). Los certificados de participación sólo serían los previstos por los incisos a) y c) del art. 228a así como por el art. 228e de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, con exclusión de los llamados certificados "de propiedad".

3.3.1 CERTIFICADOS DE PARTICIPACIÓN

Los certificados de participación son aplicables para identificar dos títulos de naturaleza diversa, pues además de que son objeto de regulación separada e independiente, confieren a sus respectivos tenedores derechos distintos; sin embargo, tienen como común denominador el ser emitidos por una institución de crédito y representan una participación; además, ambas han sido etiquetadas con una sola denominación, es decir, certificados de participación.

Lo anterior, especialmente la unicidad en la fórmula identificatoria, ha hecho que se les haya confundido y se les considere inclusive como de naturaleza única.

Por una parte, los certificados previstos por la Ley Orgánica de la Nacional Financiera, Sociedad Anónima de 1940 en la cual, la fracción II de su artículo 21 establecía que la institución podía emitir certificados de participación nominativos o al portador en los que se hiciera constar la participación que en su caso tendrían los diversos copropietarios en títulos o en valores en poder de la institución. La Ley de 1975 insiste en lo anterior (fracción II de su artículo 6o.) y aún la de vigencia a partir del 27 de diciembre de 1986, en la fracción IX de su artículo 6º, señala que dicha sociedad podrá emitir certificados en los términos que constan en ese precepto y que transcribo a continuación:

Art. 6o. Para el cumplimiento del objeto y la realización de los objetivos a que se refieren los artículos 2o. y 5o. anteriores, la sociedad podrá:

"IX. Emitir certificados de participación nominativos, en los que se haga constar la participación que tienen sus tenedores en títulos o valores, o en grupos de ellos, que se encuentren en poder de la institución o vayan a ser adquiridos para ese objeto, como excepción a lo que establece el artículo 228a de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. La sociedad conservará los valores de los coparticipantes, en simple custodia o en administración y en ese caso podrá celebrar, sobre los mismos títulos, las operaciones que estime pertinentes y sólo será responsable del debido desempeño de su cargo.

Cuando los certificados de participación hagan constar el derecho del copropietario sobre valores individualmente determinados, se entenderá que la sociedad garantiza a los tenedores la entrega de esos títulos. Cuando los certificados hagan constar solamente la participación del copropietario en una parte alícuota de un conjunto de valores y de sus productos, o del valor que resulte de su venta, la sociedad sólo será responsable de la existencia de los valores y de la entrega de sus productos o de su precio, en su caso. La emisión de dichos certificados se hará por declaración unilateral de la voluntad de la sociedad emisora, expresada en acta notarial, en la que se fijarán la naturaleza, condiciones, plazos de retiro y las utilidades, intereses o dividendos que Nacional Financiera garantice a los tenedores de los certificados".³

³ Artículo 6º. Ley Orgánica de Nacional Financiera. Fracción IX. P.208

Este tipo de certificados, los que Nacional Financiera, Sociedad Nacional de Crédito, puede emitir, son de aquéllos previstos por el inciso i) del art. 44 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organismos Auxiliares, según el cual, las instituciones de crédito con concesión para llevar a cabo operaciones fiduciarias, estaban autorizadas para emitir certificados haciendo constar la participación de los distintos copropietarios en bienes, títulos o valores que se encontraren en poder de la institución.

Desde la concentración que por primera vez se hizo en un solo precepto de las operaciones bancarias por la banca múltiple en la segunda mitad de los años setentas, se omitió mención expresa respecto de la posibilidad de las instituciones de crédito para emitir tales certificados. Así está dispuesto en la actual Ley Instituciones de Crédito.

En esas condiciones, sí bien ya no hay mención expresa a que las instituciones de crédito emitan tales certificados, la posibilidad de su emisión está presente, pues su regulación por la Ley Orgánica de Nacional Financiera tiene una clara coincidencia con lo señalado al efecto por el inciso i) del artículo 44 mencionado.

Las características fundamentales de los certificados de participación hasta ahora comentados, son que en primer lugar representan la participación de sus tenedores, como copropietarios de los títulos o valores correspondientes y en

segundo término, que no son títulos de crédito, por así indicarlo el artículo 228b de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

3.4 LEY DE INVERSIÓN EXTRANJERA ACTUAL

A fines de 1993, concretamente el 27 de diciembre, la Ley de Inversión Extranjera fue publicada en el Diario Oficial, con vigencia a partir del día siguiente, por así haberlo dispuesto su artículo primero transitorio.

En términos generales, cabe señalar que los principios y lineamientos en los que este cuerpo legal funda su contenido, son una reacción contra la actitud cerrada y hostil de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera de 1973. Una muestra clara de ello son los títulos respectivos de cada uno de los ordenamientos en cuestión. Otra manifestación en el mismo sentido, lo es el señalamiento del objeto pretendido por una y otra de tales leyes y que se señala en su correspondiente primer precepto. Según el art. 1 de la Ley de Inversión Extranjera de 1973 su objeto fue "promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera para estimular el desarrollo justo y equilibrado y consolidar la independencia del país", en cambio, conforme al art. 1º de la Ley de Inversión Extranjera de 1993, su objeto es "la determinación de reglas para canalizar la inversión extranjera hacia el país y propiciar que ésta contribuya al desarrollo nacional".

La Ley de Inversión Extranjera de 1993 está compuesta de los 8 títulos siguientes:

PRIMERO: Disposiciones Generales.

SEGUNDO: De la adquisición de bienes inmuebles, la explotación de minas y aguas y de los fideicomisos.

TERCERO: De las sociedades. De la constitución y modificación de sociedades.

CUARTO: De la inversión de personas morales extranjeras.

QUINTO: De la inversión neutra.

SEXTO: De la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.

SÉPTIMO: Del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.

OCTAVO: De las sanciones.

3.5 EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LOS BIENES FIDEICOMITIDOS

En la presentación original del fideicomiso, el fideicomitente en todo caso conservaba la propiedad de los bienes fideicomitidos, los cuales eran sujetos a una destinación reconocida y protegida por la ley, que el fideicomitente seguía siendo propietario de dichos bienes, era totalmente independiente de los fines señalados en el fideicomiso correspondiente, es decir, así fuera éste traslativo de propiedad, de garantía, de administración, de inversión, etc. Dicha conservación del derecho de propiedad se daba, además, sin tener que ver con que el fideicomitente se reservare de manera expresa o por el contrario,

también expresamente no se hubiera reservado derecho alguno y así conservare también por reserva expresa o hubiera perdido el derecho de revocar el fideicomiso, pues la conservación de la propiedad no dependía de la voluntad sino de la ley. Más aún, aplicable en todo caso, con inclusión y sin excepción, a los llamados fideicomisos "irrevocables traslativos de dominio", pues estos calificativos, como los demás que se suelen asignar a los diversos tipos de fideicomisos, no son en función de las consecuencias producidas en el derecho de propiedad por el fideicomiso; con exclusión de lo anterior, lo que así los etiqueta, como traslativos de dominio, de garantía, etc., son los fines dispuestos por el fideicomitente para sus bienes, es decir, en un fideicomiso de los traslativos de propiedad señalados, el fin principal, en última instancia, será que la fiduciaria trasmita la propiedad del bien fideicomitado.

La fiduciaria para transmitir la propiedad requerirá tenerla ya que el mandatario ejecuta actos cuyos efectos recaen sobre bienes propiedad del mandante. Pero no obstante ello, el fideicomiso no es un mandato.

La aseveración en el sentido de que el fideicomitente conservaba la propiedad de lo fideicomitado se fundó en lo siguiente:

A) En la regulación contenida en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito respecto del fideicomiso no aparecía precepto alusivo a transmisión alguna de propiedad del fideicomitente al fiduciario, ni menos al fideicomisario; ni siquiera

de la que ello pudiera inferirse. Tampoco se desprendía de alguno de los dispositivos mencionados cualquier idea que autorizara a suponer, por mera interpretación, que el fideicomiso fuera un patrimonio autónomo; ello también es totalmente inaceptable por la audacia que trae en sí mismo, al pretender un objeto de derecho sin sujeto titular y la ausencia de ello en lo previsto por la ley, pues en última instancia sólo a ésta corresponde así ordenarlo.

Conforme al art. 387 original de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, "...la constitución del fideicomiso deberá constar siempre por escrito".

Además, en segundo lugar, donde siempre el fideicomiso es un acto de dominio, y por ello se exigían en la ley los presupuestos para el otorgamiento de uno de estos actos. Lo mismo sucede con la hipoteca, cuya constitución, según el art. 2917 del C. Civ., debe otorgarse en observancia de las formalidades señaladas por el propio ordenamiento para la compraventa de inmuebles y conforme a su art. 2906 rector de la hipoteca "sólo puede hipotecar el que puede enajenar y solamente pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados". La hipoteca no es un acto traslativo de propiedad, independientemente de las formalidades y de los presupuestos requeridos para su constitución y que son las de un contrato traslativo de dominio. Igualmente el fideicomiso no traía consigo la transmisión de propiedad por el hecho de que desde un punto de vista formal debió observar disposiciones aplicables en la

dinámica de los actos traslativos de dominio y el que les sea aplicable el régimen de los actos traslativos de dominio no les daba ese carácter.

B) Además de la falta de mención expresa e inclusive a falta de siquiera inferencia de efectos traslativos de propiedad entre el fideicomitente y otra persona, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, por el contrario, sí contenía disposiciones de las que se desprendió la conservación por parte del fideicomite de su derecho de propiedad, aparte de que la fiduciaria no la adquiría. Tal es el caso de sus arts. 392 fr. V y 393, cuyo respectivo texto es el siguiente:

"Art. 392. El fideicomiso se extingue: Por convenio expreso entre fideicomitente, fiduciario y fideicomisario".⁴

"Art. 393. Extinguido el fideicomiso, si no se pactó lo contrario, los bienes y derechos en poder de la institución fiduciaria serán transmitidos al fideicomitente o al fideicomisario, según corresponda. En caso de duda u oposición respecto de dicha transmisión, el juez de primera instancia competente en el lugar del domicilio de la institución fiduciaria, oyendo a las partes, resolverá lo conducente."⁵ El fideicomitente participa en unión del fideicomisario en el supuesto del precepto comentado.

⁴ Reforma Artículo 392 13/06/03

⁵ Reforma Artículo 393 13/06/03

3.6 DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO

La conservación por el fideicomite del derecho de propiedad sobre los bienes que fideicomite, que se dio en su origen y el remedo de transmisión de propiedad actual, excluye razonablemente cualquier posibilidad de adquisición de ese derecho por el fideicomisario, sean cuales fueren los fines del fideicomiso correspondiente.

Además, la constitución del fideicomiso y sus consecuencias, son en función del provecho de recibir por el fideicomisario en consideración a la dinámica de la figura. Por otra parte el fideicomisario, según lo dispone el Art. 383 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, podrá serlo aquella persona con la capacidad para recibir el provecho que el fideicomiso genere. A propósito de ello, es conducente determinar la naturaleza, real o de crédito, de los derechos generados por el fideicomiso para el fideicomisario.

Una vez celebrado el fideicomiso, y éste aceptado por la fiduciaria, el fideicomisario tiene por reconocimiento expreso del artículo 390 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, los siguientes derechos:

1. El de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria;
2. 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,

3. 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.

3.7 FIDEICOMISOS PROHIBIDOS

De acuerdo a la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, quedan prohibidos los fideicomisos siguientes:

- ◆ “Los fideicomisos secretos
- ◆ Aquéllos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la substitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente.
- ◆ Aquellos cuya duración sea mayor de cincuenta años, cuando se designe como beneficiario a una persona moral que no sea de derecho público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de cincuenta años cuando el fin del fideicomiso sea el

mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro”.⁶

⁶ Artículo 394 Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. P. 79

CAPÍTULO 4

ASPECTOS JURÍDICOS DE LOS BIENES

FIDEICOMITIDOS

Lo correspondiente al aspecto jurídico de los bienes fideicomitidos, consiste en determinar si éstos llegan a formar un patrimonio distinto de los patrimonios personales correspondientes a cada uno de los sujetos del fideicomiso, y en su caso, cuál o cuáles de ellos es o son sus titulares, o si, por el contrario, se trata simplemente de una masa de bienes afectos a un fin, supuesto en el cual, cabe también realizar algunas consideraciones para procurar determinar si el fideicomitente conserva en mayor o menor medida la propiedad sobre ellos o bien, los transmite en realidad a la fiduciaria sin reserva ni limitación alguna.

La diferencia básica entre el negocio fiduciario y el fideicomiso consiste en que en éste no hay una plena transmisión del derecho de propiedad. Es oportuno insistir en esto, para comprender mejor lo que a continuación presentaré.

4.1 PRINCIPIOS DEL PATRIMONIO Y LA PERSONALIDAD

Se define al patrimonio “como un conjunto de derechos y obligaciones apreciables en dinero que pertenecen a una persona y que forman una unidad”.¹

Derivan de esto puntos importantes de analizar: primeramente se trata de un conjunto de derechos y obligaciones, es decir, forman parte del patrimonio tanto el activo como el pasivo de la economía del sujeto; por otra parte los derechos y obligaciones que integran el patrimonio tienen como centro de atención a una sola persona; en tercera posición existe una interdependencia y acoplamiento tales entre los derechos y obligaciones que integran el patrimonio, que la suma de todos se traducen en una sola unidad, que es el patrimonio mismo, y la salida de un derecho o de una obligación de la unidad de que forma parte, no le afecta a este último. Como se requiere que los referidos derechos sean apreciables en dinero, se excluyen del patrimonio una serie de derechos y obligaciones no valorizables, como son una buena parte de los derechos de familia y los derechos de la personalidad.

¹ PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. P. 13

Con base en esto se expone la teoría tradicional o teoría del patrimonio-personalidad que consta de los siguientes puntos:

1. Sólo las personas pueden tener un patrimonio
2. Toda persona tiene necesariamente un patrimonio
3. Cada persona no tiene más que un patrimonio
4. El patrimonio es inseparable de la persona

“Los bienes y las obligaciones contenidas en el patrimonio forman lo que se llama una universalidad de derecho.”²

4.2 PATRIMONIO-AFECTACIÓN

El patrimonio actualmente se ha definido tomando en cuenta el destino que en un momento dado tengan determinados bienes, derechos y obligaciones, con relación a un fin jurídico, gracias al cual se organizan legalmente en una forma autónoma. Siempre encontraremos “un conjunto de bienes, derechos y obligaciones destinados a la realización de un fin determinado, sea de naturaleza jurídica o económica estaremos en presencia de un patrimonio por cuanto que se constituye una masa autónoma organizada jurídicamente en forma especial, tal como sucede con el patrimonio de familia.”³

² DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. El Fideicomiso. P.196

³ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. P. 15

De una situación así se desprende que una persona puede tener tantos patrimonios como grupos de bienes que destine a la consecución de otros tantos fines, siendo titular de todos y cada uno de ellos.

Será suficiente con detenernos en la redacción de algunos artículos del fideicomiso en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, para ver que todas las ideas vertidas en torno al *patrimonio-afectación*, le son aplicables a la masa fideicomitida.

Ciertamente, que mediante la figura se destinaban uno o varios bienes al logro de una finalidad, o señalaba el artículo 381 de la ley anunciada, según el cual, repetimos, "en virtud del fideicomiso el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin determinado..." Son asimismo contundentes los artículos 384 y 386 del ordenamiento señalado, pues el primero hacía mención expresa a que el fideicomiso implicaba una *afectación de bienes* y el segundo se refiere a que dichos bienes se entienden afectos a los bienes de aquél. Más aún, el artículo 390 de la misma ley hace referencia al patrimonio objeto del fideicomiso y en el artículo 79 de la Ley Instituciones de Crédito se establece que por cada fideicomiso las instituciones fiduciarias deberán abrir una contabilidad especial en la que se incluirán todos los bienes particularmente a él afectos, los cuales, en ningún caso podrán destinarse a otras responsabilidades que las derivadas precisamente de ese fideicomiso. Igualmente, leyes anteriores aludían a patrimonio dado en fideicomiso. Consecuentemente los puntos que

fundamentan la teoría del *patrimonio-afectación* por un lado y los dispositivos rectores del fideicomiso por el otro, dan como conclusión primera que la masa de bienes fideicomitados integra un patrimonio.

Se puede concluir en este punto, que los bienes fideicomitados no integran un patrimonio que afecte, sino más bien, se trata de una masa de bienes cuyo conjunto forma una universalidad jurídica, que es a su vez, una fracción del patrimonio de una persona.

4.3 DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS

Tenemos que determinar cuál es el destino del derecho de propiedad que sobre los bienes fideicomitados tiene el fideicomitente. Es decir, en qué grado lo transmite a la fiduciaria o bien, si lo adquiere el fideicomisario, o, inclusive, llega ese derecho de propiedad a desaparecer.

Debemos descartar que el fideicomisario adquiera la propiedad sobre los bienes fideicomitados, pues los beneficios que el fideicomiso representa para él están amparados por una serie de derechos de crédito contra la institución fiduciaria. El principal de esos derechos envuelve la posibilidad legal de exigir el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

Existe la opinión generalizada de considerar que la institución fiduciaria es la titular de los bienes fideicomitidos.

La fiduciaria es, en efecto, la titular de los bienes fideicomitidos, es decir, a ella corresponde el carácter de sujeto activo de todos los derechos y acciones relacionados con tales bienes; pero en primer término y en sus orígenes el fideicomitente transmitía a la fiduciaria, a consecuencia del fideicomiso, el derecho de disposición que formaba parte de su propiedad sobre los bienes fideicomitidos, pero limitado ese derecho a ser ejercitado únicamente en la medida que lo señalaran los fines dispuestos por el propio fideicomitente. En la actualidad valdría la mención siguiente: "el fideicomiso ha producido, más aún, presupone un desmembramiento del derecho de propiedad, un nuevo derecho real, con caracteres distintivos propios, lo que podría denominarse propiedad fiduciaria, cuya reglamentación rebasa el marco de las leyes mercantiles y que corresponde estrictamente al Código Civil."⁴

4.4 EL FIDEICOMISO COMO HERRAMIENTA PARA LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Debido al auge económico de la postguerra, nuestro país, principalmente las costas mexicanas por su belleza natural y su maravilloso clima, aparte de muchas otras razones, fueron blanco de los deseos de muchos extranjeros que pretendían establecer en ellas, sus casas de descanso unos, y negocios de

⁴ BATIZA, Rodolfo. El Fideicomiso. P. 192

hotelería y turismo otros, encontrándose con la inflexible prohibición constitucional que no les permitía adquirir inmuebles en estas zonas.

Esto propició a que algunos abogados mexicanos implementaran varios procedimientos ingeniosos, que sin violar de frente la norma constitucional, permitían a sus clientes extranjeros satisfacer sus pretensiones; todas estas fórmulas fueron conocidas por las autoridades gubernamentales y su actitud hacia ellas, siempre fue de absoluta indiferencia o tolerancia. Estos medios utilizados, se consideraron violatorios a la norma constitucional, pero no se persiguió a nadie. Tampoco se sancionó un procedimiento con la aprobación gubernamental. Siempre se dejó hacer, porque se consideró necesario, el desarrollo que esos procedimientos brindaron a la economía nacional, aunque fuera en forma incipiente, porque ayudaron a la captación de divisas.

El fideicomiso ha sido el procedimiento más utilizado desde los años de 1950 aproximadamente, fueron los abogados, los que recurrieron al fideicomiso como el camino más viable para que los extranjeros usaran y disfrutaran de inmuebles en zonas prohibidas, aprovechando los tecnicismos y aplicaciones que brindaron los acuerdos presidenciales ya mencionados con anterioridad.

En esta clase de contratos intervienen: El fideicomitente, quien es la persona que crea el fideicomiso, mediante la entrega a la fiduciaria de bienes o derechos para ser destinados a un fin lícito (propietario del inmueble en zona prohibida).

La capacidad para ser fideicomitente de un fideicomiso en zona prohibida, es factible para personas con capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso, según sea el caso, así como las autoridades judiciales y administrativas competentes para ello, según lo estipula el artículo 385 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. La fiduciaria que es siempre una institución de crédito autorizada para realizar negocios fiduciarios, es la que recibe los bienes o derechos del fideicomitente y se encarga de la realización del fin lícito encomendado por éste.

La Ley de Inversiones Extranjeras faculta a las instituciones de crédito para fungir como fiduciarias de fideicomisos en zonas prohibidas. Se faculta a la Secretaría de Relaciones Exteriores para que autorice en cada caso la conveniencia de conceder a las instituciones de crédito, permisos para adquirir como fiduciarias el dominio de bienes inmuebles destinados a la realización de actividades industriales y turísticas en la faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras o en la zona de cincuenta Kilómetros a lo largo de las playas del país.

Al igual que en todo fideicomiso, el constituido en zona prohibida funciona a través de delegados. La institución fiduciaria responde civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso.

4.5 DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO EN EL FIDEICOMISO EN ZONAS RESTRINGIDAS

La complejidad jurídica del fideicomiso en zona prohibida, induce a confusión en la determinación de los derechos y obligaciones del fideicomisario. La legislación sustantiva y la bancaria proponen conjuntamente, normas generales de regulación referentes a este problema.

4.5.1 DERECHOS

Los derechos del fideicomisario, en un fideicomiso en zona prohibida, son en general el uso y aprovechamiento de inmuebles para actividades turísticas e industriales. Los principales derechos son: Los concedidos en el acto constitutivo, la facultad de exigir a la institución fiduciaria el cumplimiento del fideicomiso, la reivindicación de bienes salidos de la masa fideicomitada, la remoción por sentencia ejecutoria del fiduciario, cuando sea declarado culpable por pérdidas o menoscabos de los bienes materia del fideicomiso; y a la extinción del fideicomiso tiene derecho a que los bienes que queden en poder de la fiduciaria se le devuelvan a quien el fideicomitente haya designado en el acta constitutiva.

4.5.2 OBLIGACIONES

La única obligación a cargo del fideicomisario impuesta subsidiariamente al no cumplir el fideicomitente, es la erogación de compensaciones a favor de la institución fiduciaria.

El fideicomiso de zona prohibida se puede considerar en especie, como un negocio indirecto; es llevado a cabo por las partes, no para alcanzar los fines típicamente previstos por el ordenamiento jurídico como consecuencia normal inherente a la realización de tal negocio, sino con el objeto de que le sirva como medio para lograr otros fines.

La anterior consideración es inherente al fideicomiso en zona prohibida, y no hay que olvidar que en su constitución, interviene una zona geográfica bien definida, prohibida en su adquisición por otra, a no nacionales, los que a la vez se encuentran adscritos a un régimen civil especial.

Así, por el fideicomiso en zona prohibida y para conseguir un determinado efecto jurídico, se escoge una vía transversal (inversión extranjera indirecta) en lugar de la que sería natural (inversión extranjera directa), y se produce una disonancia entre el medio empleado, que es un negocio típico (fideicomiso) y el fin práctico seguido (prohibición constitucional)

El fideicomiso en zona prohibida, como medio de inversión extranjera indirecta, es una operación totalmente lícita, aunque no se niega por la naturaleza del mismo negocio, por la voluntad de los contratantes y por las situaciones circunstanciales que pueda defraudarse el espíritu del derecho vigente.

Por todo esto creo que la institución fiduciaria es simplemente una intermediaria necesaria para la realización de la operación; la institución que está obligada a respetar y seguir las órdenes que reciba del fideicomisario respecto del inmueble fideicomitado, todo esto, está sujeto a los términos del contrato y a las condiciones generales que impone la Secretaría de Relaciones Exteriores en los permisos que expide, para que las instituciones adquieran inmuebles en fideicomiso. El fiduciario no es más que un ejecutor de órdenes del fideicomitente, y si éste se abstiene de hacerlo (instruir al fiduciario de la disposición del inmueble), el fiduciario no podrá de mutuo propio disponer del bien; es decir, el que efectivamente puede disponer de ese bien es el fideicomisario, pero necesitará en todo caso hacerlo por conducto del fiduciario.

Por lo tanto, puedo decir que la supuesta división de los elementos clásicos de la propiedad en el fideicomiso, no es un argumento sólido para concluir, que el fideicomiso en zonas prohibidas es también violatorio de la prohibición constitucional absoluta, por lo que, queda como otro procedimiento adicional a los ya existentes, pero con una enorme diferencia: **goza de la aceptación gubernamental.**

4.6 RELACIÓN DEL FIDEICOMISO CON EL ASPECTO FISCAL

Al advertir el estado que los particulares, en vez de comprar bienes inmuebles, preferían ser designados fideicomisarios en fideicomisos "traslativos de dominio", por la considerable diferencia en las erogaciones que debían hacerse

por impuestos a consecuencia de una y otra operación, y consecuentemente, por el enorme número de fideicomisos que se otorgaban en esas condiciones; al percatarse también de la elusión de impuestos habida cuando un fideicomisario en esa clase de fideicomisos, cedía sus derechos, con lo que si bien no transmitía ni transmite al cesionario la propiedad del inmueble, por no tenerla, sí, cuando menos, su aprovechamiento y en última instancia el derecho a que le sea transmitido por la fiduciaria; y al observar asimismo que el negocio facilitaba operaciones a gran escala con inmuebles, como fraccionamientos, sin que éstas estuvieran gravadas para quien las emprendía, creyó procedente gravar el fideicomiso, tanto con el Impuesto Federal, como con el Impuesto sobre Traslación de Dominio de Bienes Inmuebles.

Desde 1973, se incluyó la cesión de derechos de fideicomisario derivados de fideicomisos cuyos bienes afectos fueran inmuebles, para imponerle una cuota idéntica a la de la compraventa también de inmuebles. Es en el año siguiente cuando la constitución del fideicomiso quedó por primera vez gravada con el Impuesto del Timbre.

En efecto, en el Diario Oficial del 19 de noviembre de 1974, se publicó una ley con vigencia a partir de esa misma fecha, que reformó diversos ordenamientos fiscales. En esas reformas se incluyeron, entre otras, modificaciones al texto de los artículos 2° y 4° fracción VII de la Ley del Timbre de 1953, para quedar redactados como sigue:

Artículo 2º Causan también el Impuesto del Timbre aún cuando las partes o una de ellas sean comerciantes:

II. El acto constitutivo de fideicomiso cuando se afecte un bien inmueble y la cesión de derechos de fideicomitente o de fideicomisario derivados de este tipo de fideicomiso.

Artículo 4º Los objetos y cuotas de los impuestos y derechos serán los que establece la siguiente tarifa:

VII. Compraventa.

Para los efectos de esta ley, la adjudicación de bienes en pago o la que se haga en remate a postor, la cesión onerosa de derechos reales o personales y la dación en pago, se equiparan a la compraventa. También se equiparan a la compraventa el acto constitutivo de fideicomiso cuando se afecta un bien inmueble y la cesión de derechos de fideicomitente o de fideicomisario derivados de este tipo de fideicomiso. La transmisión de dominio de un inmueble en ejecución de un fideicomiso, causará el impuesto conforme a este inciso, salvo cuando ésta se haga en favor del o de los fideicomisarios designados en el acto constitutivo del fideicomiso o de los adquirentes de los derechos de fideicomisario por cualquier título, siempre que en la constitución o adquisición se haya cubierto el impuesto correspondiente.

Y de esta manera quedaba gravado con impuesto el fideicomiso, pero dejaba aún aspectos sin cubrir como fue el caso de bienes de enajenación de derechos hereditarios sobre bienes inmuebles; por mencionar alguno.

La solución ofrecida por el Sistema Legislativo Federal Mexicano respecto de los casos en los que fiscalmente hay enajenación a consecuencia del fideicomiso mediante la enumeración por el Código Fiscal, como ordenamiento general, de cuáles son esos supuestos, previsto por primera vez por el art. 68 bis de la abrogada Ley del Impuesto Sobre la Renta, seguido por el art. 15 del Código Fiscal anterior y combinado ello con el respeto que los demás ordenamientos fiscales federales profesan a lo dispuesto por su ley común indicada, mediante la remisión expresa a lo previsto por ésta en la materia que nos ocupa, es una práctica bien definida y arraigada.

En efecto, según las fracciones V y VI del artículo 14 del Código Fiscal

Se entiende por enajenación de bienes: La que se realiza a través del fideicomiso, en los siguientes casos:

- ◆ En el acto en el que el fideicomitente designa o se obliga a designar fideicomisario diverso de él y siempre que no tenga derecho a readquirir del fiduciario los bienes.
- ◆ En el acto en el que el fideicomitente pierda el derecho a readquirir los bienes del fiduciario, si se hubiera reservado tal derecho:

La cesión de los derechos que se tengan sobre los bienes afectados al fideicomiso, en cualquiera de los siguientes momentos:

- ◆ En el acto en el que el fideicomisario designado ceda sus derechos o dé instrucciones al fiduciario para que transmita la propiedad de los bienes a un tercero. En estos casos se considerará que el fideicomisario adquiere los bienes en el acto de su designación y que los enajena en el momento de ceder sus derechos o de dar dichas instrucciones.
- ◆ En el acto en el que el fideicomitente ceda sus derechos si entre éstos se incluye el de que los bienes se transmitan a su favor.

Por su parte, conforme lo dispuesto por el artículo 95 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta vigente a partir del 1o. de enero de 1981 se consideran ingresos por enajenación de bienes, además de los que derivan de los casos previstos en el Código Fiscal de la Federación, por los que la propia ley señala, o sea, tomó como tales los ya indicados relacionados con el fideicomiso aludidos en el Código Fiscal.

Según el artículo 8º de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, para efectos de ese ordenamiento se entiende que hay enajenación en el fideicomiso cuando así lo considere el Código Fiscal.

Por último, la Ley de Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles establece en su artículo 3o, que debe tenerse por adquisición, entre otras, la que derive de

enajenación a través del fideicomiso en los términos del Código Fiscal. La aplicación de esta ley está suspendida por coordinación de las entidades federativas, según lo indica el artículo 9º del ordenamiento federal.

Es de tenerse en cuenta además, que de los términos en que las fracciones citadas del artículo 14 del Código Fiscal están redactadas, se desprende la actitud respetuosa del legislador en cuanto que no impone si hay o no enajenación en el fideicomiso, sino por el contrario, se limita a indicar simplemente que así se entiende con independencia a que la hubiere o no en el fondo.

Así pues, las leyes fiscales especiales, aprovechando sus constantes revisiones en unos casos y su creación en otros, han alcanzado uniformidad de criterios para tratar la materia que nos ocupa, al remitirse a lo previsto por su ley común.

CONCLUSIONES

Las bondades del fideicomiso como una operación versátil, eficaz, ágil, segura y como consecuencia muy útil, han resultado evidentes. Siempre ha sido una figura que permite enfrentar y resolver cuestiones con considerable facilidad más que otras operaciones cuya utilización acercaría también a las mismas consecuencias jurídicas.

Diversas son las modalidades que ofrece la figura del fideicomiso, y en todas ellas lleva de forma intrínseca fines que “garantizan” determinados objetivos.

En todas esas modalidades, como en cualquier otra situación de los bienes fideicomitados fue y sigue siendo exactamente la misma en términos de ley, o sea, dichos bienes se consideran afectos al fin que se destinan y sólo podrán ejercitarse respecto de los mismos los derechos y acciones que en el mencionado fin se refieran, lo que traducido a actuación jurídica quiere decir que sólo podrán otorgarse en relación con ellos los actos tendientes a alcanzar los fines dispuestos, es decir, se garantiza algo.

En esas condiciones, el fideicomiso siempre ofrece bondades innegables. Fideicomiso, etimológicamente significa comisión de confianza y existen un sinnúmero de definiciones que tienen ciertos puntos en común, como pudimos observarlo en el desarrollo de este trabajo; así como los tres elementos fideicomitente, fideicomisario y fiduciario, que lo configuran; observamos que es un acto translativo de la propiedad y que pueden ser objeto del mismo, cualquier tipo de bienes muebles o inmuebles o derechos susceptibles de adquisición por las personas y que se constituye para la realización de un fin lícito y determinado.

Los fundamentos jurídicos que rigen al fideicomiso son claros y precisos, quizá lo más complicado sería en sí la operación que lo origina, pues lo mismo se fideicomite un inmueble, que títulos de crédito o derechos de crédito, pero sólo en los derechos jurídicos se encuentra la voluntad deliberada de crear consecuencias jurídicas que obligan a sus autores, ya que éstos nacen de la intención libre y consciente del hombre y como tal producen consecuencias jurídicas que de llevarlas a cabo correctamente generarán muchos y varias beneficios.

La parte medular de este trabajo merece la reflexión siguiente, los fideicomisos hoy llamados en “zonas restringidas” son los que permiten a extranjeros usar y disfrutar de inmuebles localizados en costas y fronteras y que nacieron como consecuencia y para atenuar una prohibición constitucional; esto generó que se

desarrollaran diversos procedimientos por demás ingeniosos que permitían a los extranjeros adquirir terrenos en zona prohibida o restringida y que como consecuencia fueron violatorios de la norma constitucional pero no por ello se dejaron de aplicar ya que era necesario para el desarrollo de la economía nacional.

Mientras que el extranjero no adquiriera la propiedad de dichos inmuebles, ni derechos reales sobre ellos, es lícita cualquier forma jurídica que se adopte, aunque ello permita el uso y disfrute de dichos inmuebles, siempre y cuando se apegue a las normas de derecho que sean aplicables en nuestro país y en el caso en concreto que se trate.

Por otra parte, los ingresos federales generados por la expedición de permisos para la adquisición de bienes inmuebles a favor de extranjeros a través de fideicomisos, representa para la Secretaría de Relaciones Exteriores un muy importante flujo de recursos, así como los derechos federales que se pagan al concluir el trámite en el Registro Nacional de Inversión Extranjera, dependiente de la Secretaría de Economía.

Así mismo, las Instituciones Fiduciarias que aceptan y promueven la formalización de los fideicomisos de extranjeros en zonas restringidas, tienen importantes ganancias por comisiones cobradas por este rubro, ya que han encontrado en este nicho de mercado una importante fuente de ingresos que a

su vez no implica mayores riesgos y se puede considerar que en volumen es una importante renta constante que se genera por comisiones fiduciarias.

BIBLIOGRAFÍA

BATIZA, Rodolfo. El Fideicomiso. Ed. JUS., México, D.F. 1991

BEJARANO Sánchez, Manuel. El Error, Vicios de la Voluntad, Motivo de Invalidez de los Actos Jurídicos. Tesis, México, 1953

DÁVALOS, Mejía, Carlos Felipe. Derechos Bancarios y Contratos de Créditos. Ed. HARLA, 2ª edición. México, D.F., 1984

DOMÍNGUEZ Martínez, Jorge Alfredo. El Fideicomiso. Ed. Porrúa. México, D.F. 2006

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Ed. Porrúa. México, D.F. 1990

HERNÁNDEZ, Octavio A. Derecho Bancario Mexicano. Editores de la Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas. México, D.F. 1996

LEPAULLE, Pierre. Tratado Teórico y Práctico de los Trusts. México, D.F., 1932

LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO. Ediciones Fiscales ISEF, S.A., Décima octava edición. Octubre 2005. México, D.F.

LEGISLACIÓN BANCARIA. Leyes y Códigos de México, Editorial Porrúa. México, D.F. 2005

LEY ORGÁNICA DE NACIONAL FINANCIERA. Ed. Porrúa. Reimpresa en 2005

MOLINA Pasquel, Roberto. El Fideicomiso de Inmuebles. Conferencia. México, D.F. 1992

MUÑOZ R., Luís. Derecho Mercantil. Ed. Porrúa. México, D.F. 1992

PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Ed. José M. Cajica. Puebla. 1992

RIPERT Y BOULANGER. Tratado de Derecho Civil. Ed, La Ley., Buenos Aires, 1986

ROJINA Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Ed. Porrúa. México, D.F., 1991

TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. 15ª edición. Ed. Revista de Derecho Notarial. México, 1975