

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO



"LAS IMPLICACIONES FISCALES DEL FIDEICOMISO
CON ACTIVIDAD EMPRESARIAL EN LA LEY DEL
IMPUESTO SOBRE LA RENTA."

T E S I S

PARA OBTENER EL GRADO DE
Maestría en Derecho Fiscal

POR:

LIC. EDUARDO ROCHA NUÑEZ

CD. UNIVERSITARIA

NOVIEMBRE DE 1999

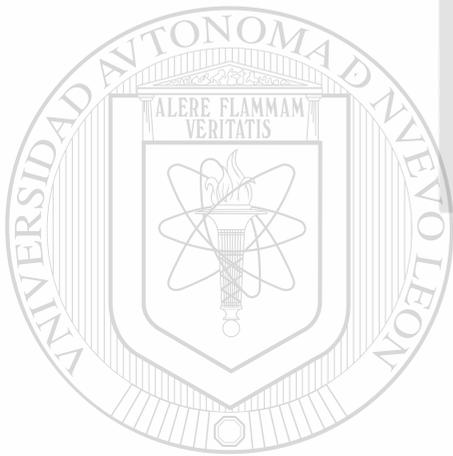
TM

K1

FDYCS

1999

R62



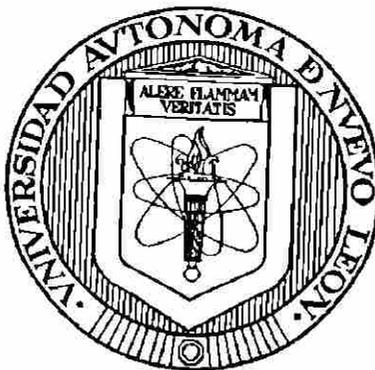
UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN.
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO



**“LAS IMPLICACIONES FISCALES DEL FIDEICOMISO CON ACTIVIDAD
EMPRESARIAL EN LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA.”**

UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Tesis que para obtener el Grado de Maestría en Derecho Fiscal presenta:

Lic. Eduardo Rocha Núñez.

Monterrey, N.L. Noviembre de 1999.

A mi esposa y a mis hijos.

Por su apoyo, amor y comprensión que hicieron posible la culminación de ésta etapa de mi vida académica.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

TM
KL
FOYCS
1999
R62

0134-03560



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

®

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



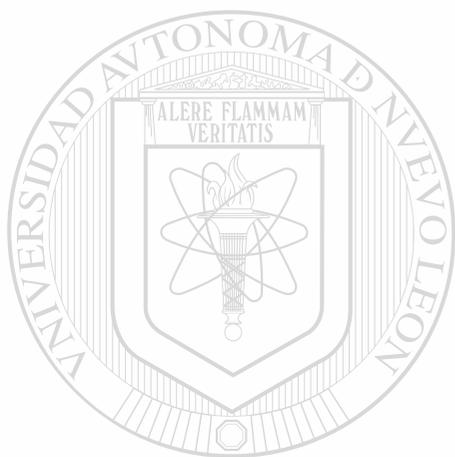
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



**FONDO
TESIS**

Como un reconocimiento por sus valiosos comentarios y recomendaciones al presente trabajo a los Señores:

Lic. Alfredo Hernández Luna
Lic. Jesús Flores Treviño
Lic. Ismael Rodríguez Campos
C.P. Germán García Fabregat
Lic. Myrna E. García Barrera.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



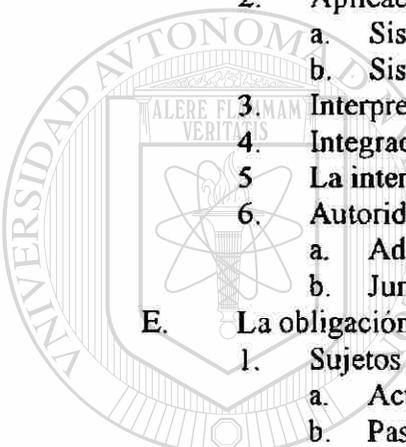
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ÍNDICE

	Pág.
I. Introducción.	1
II. Concepto del fideicomiso.	4
III. Antecedentes.	7
A. Evolución histórica.	7
1. Derecho Romano.	7
2. El Use Inglés.	9
3. El Trust Angloamericano.	11
B. Antecedentes históricos en México y su evolución.	14
1. Proyecto Limantour	14
2. Proyecto Creel	15
3. Proyecto Vera Estañol	15
4. Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924	16
5. Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926.	16
6. Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926.	19
7. Ley General de Instituciones de Crédito de 1932.	19
8. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 ..	20
9. Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941.	22
10. Decreto del 1º de Septiembre de 1982.	22
11. Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982.	23
12. Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1984.	24
13. Decreto del 2 de Mayo de 1990.	26
14. Ley de Instituciones de Crédito de 1990.	26
IV. La naturaleza Jurídica.	28
A. Teorías del negocio jurídico y del acto jurídico	28
B. Teoría del negocio fiduciario.	31
C. El fideicomiso como declaración unilateral de voluntad.	33
D. El fideicomiso como acuerdo de voluntades.	43

V.	Elementos del fideicomiso.	50
A.	Las partes	50
1.	Fideicomitente	50
2.	Fideicomisario	51
3.	Fiduciario	54
B.	La materia	55
1.	Los bienes del fideicomiso	55
2.	El patrimonio fideicomitido	56
a.	Teoría clásica del patrimonio personalidad	57
b.	Teoría del patrimonio afectación	58
c.	El patrimonio afectación en el fideicomiso	60
3.	La propiedad fiduciaria	61
C.	Los fines	70
D.	La forma	73
VI.	Clasificación de los fideicomisos.	76
A.	Públicos y privados	76
B.	Revocables e irrevocables	77
C.	De inversión, administración, garantía y traslativos de dominio	79
D.	Onerosos y gratuitos	83
E.	Con fideicomisario determinado y sin él	84
VII.	Consecuencias jurídicas para las partes.	86
A.	Para el fideicomitente	86
1.	Facultades	86
2.	Obligaciones	89
B.	Para el fideicomisario	90
1.	Facultades	90
2.	Obligaciones	91
C.	Para el fiduciario	92
1.	Derechos	92
2.	Obligaciones	94
3.	Prohibiciones	97
4.	Los funcionarios ejecutores	99
D.	Para los terceros	100
VIII	La personalidad jurídica y el fideicomiso.	101
IX.	Extinción de los fideicomisos.	105
A.	Causas	105
B.	Efectos	108

X.	Aspectos generales de las contribuciones.	110
A.	La actividad financiera del Estado.	110
B.	Principios que rigen la relación tributaria	112
1.	Legalidad tributaria.	113
2.	Constitucionalidad	113
3.	Generalidad.	115
4.	Obligatoriedad	115
5.	De Vinculación al Gasto Público.	116
6.	Proporcionalidad	116
7.	Equidad.	117
C.	Actividad legislativa del Estado en Materia Fiscal.	118
D.	Características de la Ley Fiscal.	120
1.	Aplicación espacial.	120
2.	Aplicación temporal.	121
a.	Sistema sucesivo.	121
b.	Sistema sincrónico.	121
3.	Interpretación	124
4.	Integración.	125
5.	La interpretación en nuestra legislación.	126
6.	Autoridades con facultades de interpretación.	128
a.	Administrativas.	128
b.	Jurisdiccionales.	128
E.	La obligación fiscal.	129
1.	Sujetos	130
a.	Activo.	130
b.	Pasivo.	130
2.	Objeto.	134
3.	Causa.	134
4.	Relación jurídica.	135
XI.	Ubicación del fideicomiso en el régimen tributario.	136
A.	Antecedentes.	136
B.	Los sujetos pasivos en el fideicomiso.	138
1.	Impuesto Sobre la Renta.	138
2.	Impuesto al Valor Agregado.	139
3.	Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios.	141
4.	Derechos	142
5.	Código Fiscal de la Federación.	143
6.	Contribuciones estatales.	147
C.	Responsabilidad fiscal del fiduciario.	155

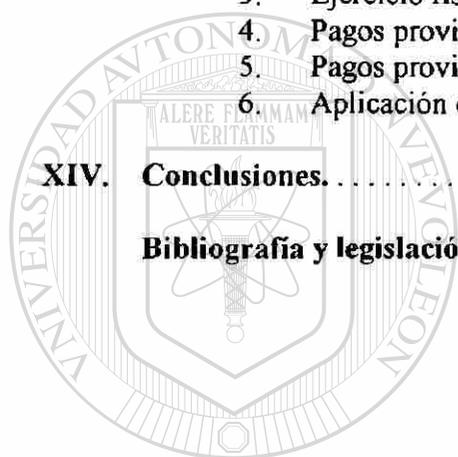


UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



XII. La actividad empresarial.	160
A. Concepto.	160
B. Tipos.	160
XIII. El fideicomiso con actividad empresarial.	169
A. Ubicación del término.	169
B. Inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes.	171
C. Su tratamiento en la Ley del Impuesto Sobre la Renta.	174
1. Determinación de la Utilidad o pérdida fiscal.	174
2. Cumplimiento de obligaciones.	176
3. Ejercicio fiscal.	176
4. Pagos provisionales.	176
5. Pagos provisionales en el primer ejercicio de operaciones. . .	177
6. Aplicación del resultado fiscal.	179
XIV. Conclusiones.	181
Bibliografía y legislación.	184



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



I. INTRODUCCIÓN.

El fideicomiso es una institución jurídica relativamente nueva en nuestro sistema legal. En poco más de setenta años de vida ha tenido un gran auge debido a la diversidad y versatilidad de sus fines, sustentando una de las actividades bancarias que más ha propiciado el desarrollo económico y financiero de nuestro país. Sin embargo, el hecho de tener su antecedente inmediato en una institución extraña a nuestro régimen legal ha provocado un sinnúmero de discusiones doctrinales, principalmente para determinar su naturaleza jurídica, sin que hasta la fecha se hayan concluido satisfactoriamente, no obstante que la figura ha venido siendo estudiada y desentrañada por los tribunales y por la doctrina.

El fideicomiso tiene como única limitante la licitud y la determinación de sus fines, lo que ha dado como resultado un instrumento útil y versátil, aplicable a las más diversas finalidades y con ventajas muy significativas sobre otras figuras jurídicas, de ahí la importancia social y económica que ha alcanzado en años recientes. En el sector privado, que es en donde centraremos nuestro estudio, se le ha utilizado para los más variados fines, como los encaminados a la administración y disposición de los bienes de una persona para después de su fallecimiento; al manejo de fondos destinados al otorgamiento de becas; a la administración de fondos de previsión social para los trabajadores de las empresas; a la realización de complejos turísticos, industriales, habitacionales o comerciales mediante la administración de los recursos financieros e inmobiliarios; para garantizar diversas obligaciones contractuales entre particulares, incluyendo las que se desarrollan en el mercado bursátil a través de la emisión de títulos de crédito, etc. Por supuesto no podemos dejar de señalar el importante papel que ha desempeñado en el apoyo al desarrollo de determinados sectores económicos de nuestro país, a través de los fideicomisos públicos, tales como el FONATUR, el FIRA, el FOVI, el FOGAIN, etc.

Sin embargo, esa casi ilimitada posibilidad de uso y variantes del fideicomiso trae aparejado el problema de su regulación fiscal, ya que ha resultado difícil para el legislador contemplar las múltiples variables que pueden darse respecto de sus finalidades; también resulta complicado para la autoridad hacendaria aplicar la ley a la situación jurídica concreta y no se diga al contribuyente para cumplir adecuadamente con sus obligaciones fiscales, ya que el no hacerlo le implica la posibilidad de ser sujeto a sanciones importantes de tipo pecuniario e incluso de tipo corporal. Por ello consideramos que en la actualidad resulta deficiente la regulación que sobre la figura en cuestión hace la legislación fiscal, principalmente la Ley del Impuesto Sobre la Renta y sobre todo tratándose de los llamados fideicomisos con actividad empresarial.

En efecto, la Ley del Impuesto Sobre la Renta señala el mecanismo aplicable para la determinación de dicho impuesto en el caso de fideicomisos con actividad empresarial, disponiendo su manejo en los términos del título segundo de la ley, es decir como si fuera una sociedad mercantil.

La ley señala que cuando a través de fideicomiso se lleven a cabo actividades empresariales, será obligación del fiduciario cumplir con todas las obligaciones establecidas en la ley por cuenta del conjunto de fideicomisarios, con lo que se reconoce a este tipo de fideicomisos como un simple instrumento de operación para llevar a cabo dichas actividades; aparentemente con ello es suficiente para regular fiscalmente la figura.

Sin embargo, el primer problema lo encontramos en la deficiente redacción del artículo 9º de la mencionada Ley, precepto en el que se determina a los sujetos pasivos del impuesto y por tanto al ser de aplicación estricta, no debería dejar lugar a dudas sobre su significado, ya que al sólo mencionar “cuando a través de...” dificulta la adecuación de las actividades respectivas al concepto de actividad empresarial, por las razones que enseguida se mencionan.

La dificultad principal se da al momento de determinar los casos en que un fideicomiso se considera con actividad empresarial, porque la ley no distingue las posibilidades de quién de las partes que intervienen en el fideicomiso realice dicha actividad empresarial, ya que no necesariamente tiene que ser el fiduciario quién lo haga sino que puede darse el caso de que sea él o los fideicomitentes o fideicomisarios en cumplimiento de su objeto social o actividad preponderante, según sea persona física o moral, quienes la realicen sin intervención ni responsabilidad del fiduciario, caso en el cual éste no tiene participación alguna en las operaciones propias del fideicomitente o fideicomisario de que se trate y mucho menos en su contabilidad.

La situación se agrava por el también deficiente concepto de la “actividad empresarial”, que nos ofrece el Código de Fiscal de la Federación, que únicamente señala que se consideran como tales las actividades comerciales, industriales, agrícolas, ganaderas o de pesca. En el caso de las actividades comerciales nos remite a la legislación mercantil, es decir al Código de Comercio y en éste son tan amplias esas actividades como actos de comercio existen, lo que dificulta su adecuación al concepto que nos ocupa y se podría llegar al absurdo de considerar como actividad empresarial la realización de cualquier acto de comercio a través de fideicomiso, aun y cuando no se conjuguen el trabajo y el capital con el ánimo de la especulación comercial, como sería el caso de fideicomisos donde únicamente existe el factor capital para su inversión.

Por otra parte, como ya se comentó, el fiduciario está obligado a cumplir en cada fideicomiso en que intervenga, con todas las obligaciones que le señala la ley a las sociedades mercantiles, situación que nos enfrenta al problema de la personalidad jurídica, ya que al tener el tratamiento de sociedad, se le ha llegado a inscribir como contribuyente en el Registro Federal de Contribuyentes, sin tener personalidad jurídica propia.

Otro de los problemas que se derivan del artículo 9 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, lo encontramos en la obligación de efectuar pagos provisionales, ya que tanto a las personas físicas como a las morales que se dediquen a actividades empresariales, se les exime de realizar dichos pagos en el primer ejercicio de operaciones, pero cuando dichas actividades se realicen mediante un contrato de fideicomiso, entonces de deberán cubrir esos pagos, lo que en determinado momento puede traer como consecuencia que estando

dos contribuyentes en la misma hipótesis de causación, se les dé un tratamiento fiscal diferente, con la consiguiente violación al Principio de Equidad contenido en la fracción IV. del artículo 31 Constitucional.

En lo tocante a la aplicación del resultado fiscal por las actividades del fideicomiso, el propio artículo 9 de la ley en comento, establece que el fiduciario informará al fideicomisario sobre la utilidad obtenida o la pérdida sufrida en el ejercicio, a efecto de que dicho contribuyente esté en condiciones de acumularlo o deducirlo de sus demás ingresos, sin embargo, las pérdidas únicamente podrán deducirse exclusivamente de otros ingresos que obtenga por actividades empresariales, por lo que en el caso de contribuyentes que obtengan ingresos por conceptos distintos a esas actividades, como pudiera ser arrendamiento, honorarios, etc., tendrán que cubrir el impuesto que les resulte por éstas últimas, no obstante que tengan pérdidas en la actividad empresarial, es decir, que no importa haber tenido pérdidas en dicho ejercicio, el contribuyente tendrá otro impacto negativo en su patrimonio, al tener que cubrir el impuesto a su cargo por la otra actividad efectuada; en esas condiciones, al no tomarse en cuenta la capacidad contributiva del particular, puede llegar a vulnerarse el Principio de Proporcionalidad que se contiene en el precepto constitucional citado en el párrafo anterior.

Además de la deficiente regulación de la figura en la legislación fiscal, la casi nula interpretación jurisprudencial y la falta de un análisis doctrinal profundo de su tratamiento fiscal, complican aún más la problemática planteada, pues los principales autores sobre la materia, se limitan únicamente a reproducir lo que señalan las diversas leyes tributarias, por lo que no se ha logrado un estudio adecuado de su tratamiento fiscal.

El fideicomiso es un instrumento que impulsa el desarrollo económico y social del sector privado. Por ello debemos buscar soluciones teóricas y prácticas que, en un marco fiscal sano, permitan su sana utilización.

Para la solución del problema consideramos que se debe regular específicamente su concepto y aplicación fiscal, determinando como característica de la actividad empresarial, el desarrollo de actos de comercio como actividad preponderante del fideicomiso con la finalidad de especulación comercial y que dichas actividades sean realizadas directamente por el fiduciario mediante la coordinación de los factores de la producción.

Asimismo, en virtud de que la propia ley da el mismo tratamiento fiscal a las personas físicas y a las morales que realizan actividades empresariales, consideramos adecuado que dicho tratamiento se aplique también al fideicomiso, pero sin considerarlo como persona moral, por tanto no deberán inscribirse como tales en el Registro Federal de Contribuyentes, ni deberán tener un tratamiento diferente a los restantes contribuyentes, sólo por realizar las actividades mediante el fideicomiso, siendo necesaria la adecuación del precepto en estudio a los principios establecidos por nuestra Carta Magna.

II. CONCEPTO DEL FIDEICOMISO.

Para iniciar el estudio de la figura del fideicomiso consideramos adecuado obtener su concepto y para ello habremos de aplicar la máxima de Aristóteles de encontrar el género próximo y la diferencia específica.

En primer lugar el vocablo fideicomiso deviene de las raíces *fides* que significa fidelidad, fe, lealtad y *commissum*, que significa a su vez comisión o encargo y unidas forman la palabra *fideicommissum* que viene a significar encargo o encomienda de confianza.

El concepto que nos dio el legislador mexicano al redactar el artículo 346 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito es el siguiente:

“Artículo 346. En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.”

Del concepto legal se desprenden tres elementos primordiales, a saber: el elemento personal, el elemento objetivo y un elemento de vinculación.

El elemento personal está integrado en primer lugar por el fideicomitente que corresponde a la persona con aptitud jurídica para destinar ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado, es decir que debe tener la libre disposición de sus bienes y la capacidad legal para realizar la afectación; por otra parte encontramos al fiduciario, que por así expresarlo la ley sólo pueden tener ese carácter las instituciones bancarias, las Casas de Bolsa e Instituciones de Seguros y de Fianzas y que será la encargada de recibir los bienes o derechos para ejecutar los actos necesarios encaminados al cumplimiento de los fines.

El segundo elemento es el objetivo, que se refiere al patrimonio del fideicomiso, es decir los bienes o derechos que se transmiten al fiduciario para que éste pueda cumplir con la encomienda conferida por el fideicomitente. Respecto de los bienes, éstos pueden ser de cualquier tipo, ya sean bienes muebles o inmuebles y respecto de los derechos, pueden ser todos aquellos que son susceptibles de valoración pecuniaria y que no sean estrictamente personales de su titular, como los derechos políticos o los familiares; debemos señalar además que es necesario cumplir con las formalidades que señale la legislación común para la transmisión que el fideicomiso implica.

Finalmente encontramos un elemento de vinculación de los bienes a un fin determinado, que se traduce en una encomienda que hace el fideicomitente al fiduciario y que normalmente será en beneficio de una tercera persona que se le denomina fideicomisario.

Por otro lado para que podamos llegar más fácilmente al concepto del fideicomiso, es necesario distinguirlo de otras figuras jurídicas con las cuales se ha pretendido asimilar por algunos rasgos comunes que los identifican, pero que al mencionar sus rasgos distintivos más importantes, nos ayudarán a obtener la diferencia específica que ubique a la figura en su género próximo y a su vez lo separe de las demás figuras.

En primer lugar encontramos al mandato, que al tener similitud respecto de la encomienda que una persona hace a otra, se le ha llegado a dar ese carácter al fideicomiso; incluso el legislador de 1926 conceptuó al fideicomiso como un mandato irrevocable, sin embargo consideramos que su principal diferencia estriba en la transmisión de propiedad que se produce en el fideicomiso, ya que éste no puede existir sin materia a diferencia del mandato, que puede tener como objeto la celebración de un simple acto jurídico que no importe la entrega de bienes, amén de que el fideicomiso no se extingue con la muerte de quien realiza la encomienda como sucede con el mandato, sino que de hecho produce sus efectos más allá de ese acontecimiento. Por otro lado encontramos que para ser mandatario basta ser jurídicamente capaz, en tanto que en el fideicomiso sólo puede realizar el encargo una institución de crédito, con las excepciones que en su oportunidad habremos de mencionar al realizar el estudio de los elementos personales que intervienen en el fideicomiso. Finalmente consideramos que en el mandato se actúa a nombre y por cuenta de otro, mientras que en el fideicomiso, frente a los terceros y para el cumplimiento de sus fines, el fiduciario actúa en nombre y por cuenta propia, es decir como propietario de los bienes, aunque sea en beneficio de un tercero.

Respecto del depósito, tenemos que es una figura mediante la cual una persona llamada depositante entrega a otra llamada depositario, ciertos bienes para su guarda, conservación y custodia y obviamente que tiene como rasgo común con el fideicomiso la entrega de bienes para cumplir con una finalidad lícita que se traduce en la custodia y posterior devolución; sin embargo podemos hacer las mismas diferencias que con el mandato, en el sentido que en el depósito no salen los bienes de la propiedad del depositante (salvo en el depósito bancario de dinero que no sea hecho en caja, sobre o saco cerrado) y también se extingue con la muerte del depositante, además de que la encomienda del depósito únicamente puede versar sobre la guarda y conservación de los bienes.

Por otro lado encontramos la estipulación en favor de tercero que regula el artículo 1868 del Código Civil Federal y su correlativo del Estado de Nuevo León, mediante el cual se establece el derecho de un tercero para exigir a la persona que hubiere realizado la estipulación en su favor, el cumplimiento de la prestación respectiva y obviamente se le compara con el fideicomiso, en virtud de que en éste último se pueden conferir derechos en favor de un tercero denominado fideicomisario y que puede no intervenir en la constitución de la obligación original. Como primera diferencia encontramos al igual que en las dos figuras antes analizadas, que en la estipulación en favor de tercero, no hay necesariamente una afectación de bienes, sino que la obligación se refiere a un derecho personal, que bien puede referirse a la entrega de un bien, pero este será un bien concreto; por otro lado encontramos que la revocación por parte del fideicomitente de ninguna manera esta condicionada a la aceptación del beneficiario, como lo señala por el artículo 1871 del ordenamiento citado para el caso de la estipulación en favor de tercero y finalmente la estipulación presume la existencia del estipulante, mientras que en el fideicomiso puede establecerse el beneficio para una persona que aun no haya nacido o incluso no personalizarlo en un sujeto específico.

Existe otra figura a la que se le ha comparado con el fideicomiso y es la fundación, en donde también encontramos la creación de un patrimonio para cumplir con un fin lícito y determinado, sin embargo encontramos diferencias muy marcadas, tales como la personalidad jurídica; el hecho de que las fundaciones sólo se constituyen con fines humanitarios, mientras que el fideicomiso puede crearse para fines lucrativos; los beneficiarios en las fundaciones son de carácter general y en el fideicomiso pueden ser personas determinadas. Las fundaciones son administradas por un patronato de acuerdo a las reglas establecidas por su fundador y por la ley que las regula, mientras que el fideicomiso forzosamente habrá de ser administrado por una institución fiduciaria; por último y de acuerdo a la ley de la materia, la fundación no puede ser revocada por el fundador y en el fideicomiso esa circunstancia depende de los derechos que se haya reservado el fideicomitente a la constitución del mismo.

Finalmente podemos hacer la comparación del fideicomiso con la prenda y la hipoteca, ya que tienen rasgos comunes como la afectación a un fin específico de garantía; la constitución de esa garantía mediante la entrega del bien al acreedor a un tercero o conservándolo el deudor a disposición del acreedor, la imposibilidad jurídica del propietario de disponer del bien afectado en garantía hasta en tanto no se cumpla con las obligaciones respectivas, etc.; sin embargo, también tienen diferencias de fondo, siendo la más importante el hecho de que la prenda y la hipoteca sean gravámenes reales derivados de un contrato en el cual el acreedor acepta conceder un plazo para el pago del adeudo, normalmente mediante el pago de un interés, recibiendo esa garantía real para asegurar el cumplimiento de la operación; mientras que en el fideicomiso el acreedor no tendrá un derecho real sobre la cosa, sino un derecho personal contra la institución fiduciaria para que cumpla con los fines del fideicomiso, que en este tipo de negocios será la recepción, conservación, custodia y en su caso enajenación de la cosa dada en garantía para cubrir el adeudo, teniendo la propia fiduciaria la propiedad de la cosa para estar en condiciones de proceder a su venta de acuerdo a lo descrito.

Una vez que hemos desglosado el concepto legal del fideicomiso y comparado con algunas de las figuras jurídicas con las cuales tiene semejanza, podemos concluir, sin pretender dar una definición, sino únicamente un concepto que nos permita delimitar el campo del presente estudio, que el fideicomiso *es una encomienda de confianza mediante la cual una persona física o moral transfiere la propiedad de una parte de sus bienes a una institución fiduciaria, para que con ellos se realice el fin lícito que dicha persona señala en el propio acto constitutivo.*

III. ANTECEDENTES.

El *trust* del derecho Angloamericano es el antecedente directo del fideicomiso mexicano, según se desprende de las manifestaciones que el propio legislador vertió en la exposición de motivos de la ley cambiaria de 1932 que en su oportunidad analizaremos; sin embargo, es importante remontarse a épocas antiguas del derecho romano para tratar de ubicar sus orígenes, primero porque nuestro derecho es de corte romanista y segundo porque es en ese sistema jurídico donde se utilizó por primera vez el vocablo *fideicomisum*. Por esa razón iniciaremos el estudio de los antecedentes del fideicomiso analizando las figuras que surgieron en el derecho romano, para luego hacer un somero análisis de la evolución que tuvo en el derecho anglosajón, hasta llegar al nacimiento y desarrollo en nuestro sistema legal.

A. Evolución histórica.

1. Derecho Romano.

En Roma existieron dos instituciones que son antecedentes del fideicomiso actual. Estas instituciones son: la *fiducia* y los fideicomisos testamentarios.¹

Como primer antecedente del fideicomiso, tenemos la llamada *fiducia* que era aquella *mancipatio* o forma solemne de transmitir la propiedad, hecha con la obligación del *accipiens* quien recibía con la obligación de remancipar.² O sea era una transmisión de propiedad solemne llamada *mancipatio* acompañada de un *pactum fiduciae*, mediante el cual el *accipiens* recibía la propiedad del bien transmitido y se obligaba a su vez frente al *tradens* a transmitirlo, después de que se realizaran determinados fines, al propio *tradens* o a una tercera persona.

En un principio carecía de sanción coactiva que protegiese el derecho del que había enajenado; posteriormente la autoridad pretoriana comenzó a aplicar principios basados en la equidad, que se convirtieron en una acción de derecho, la *actio fiducia* e incluso le concedió al adquirente una acción para resarcirse de los daños o gastos que le hubiese ocasionado la tenencia de la cosa.

Existieron dos formas de *fiducia*, la llamada *fiducia cum creditore* que era una forma de garantizar obligaciones, por la cual el deudor entregaba al acreedor una cosa de su propiedad y se pactaba que el acreedor bajo palabra, devolvería la cosa cuando se liquidara la deuda contraída; en caso contrario el deudor tenía el derecho de reclamar su restitución a través de la *actio fiducia*.

Se consideraba que el bien entregado en garantía pasaba a formar parte del patrimonio del acreedor en forma transitoria, sin embargo, cuando el deudor no cumplía con el pago, el acreedor podía conservar la cosa para darse por pagado o podía vender la cosa y cobrarse con el importe de la venta, entregando al deudor la parte restante después de haber satisfecho su crédito.

¹ Villagordoa Lozano José Manuel, *Doctrina general del fideicomiso*, Ed. Porrúa, Mexico, 1982, p. 1

² Idem.

La otra forma de fiducia es la llamada *fiducia cum amico*, que consistía en transmitir la propiedad de un bien para librar a su propietario de las obligaciones y responsabilidades anexas al derecho de propiedad o bien permitir a un amigo el uso de la propiedad, mediante la transmisión de ésta.³

Sin embargo, la forma más precisa en que se ubica la figura en estudio dentro del derecho romano se refiere a las disposiciones patrimoniales *mortis causa* y se le definía como “Un encargo de confianza que hacia el *de cuius* al heredero o a otra persona para beneficiar con la totalidad o una parte de la sucesión a un tercero”⁴ y tenía como único fin el eludir las numerosas incapacidades que existían para tener derecho a ser designado heredero, es decir que se constituía para favorecer a personas que no tuvieran capacidad para heredar llamada *testamenti factio passiva*, como pudieran ser los libertos, esclavos, peregrinos, etc., por lo que también se le conocía como “una súplica, dirigida por un fideicomitente a un fiduciario, para que entregara determinados bienes a un fideicomisario.”⁵ Este encargo o súplica se confiaba a la buena fe (*bona fides*) de la persona en quien recaía, de esta manera, el fideicomitente era el autor de la herencia, el fiduciario la persona designada para cumplir el encargo y el fideicomisario, el beneficiario.

La persona quien lo llevaba a cabo, podía ser el propio heredero o cualquier otra persona que tuviera o no vínculos con el difunto: el encargo no se ajustaba a ninguna formalidad como la que debían hacerse para el testamento, pudiendo efectuarse oralmente y hasta por medio de gestos o señales que indicaran la intención de constituirlo, de igual manera se procedía para su revocación.

Los fideicomisos podían ser universales, si se referían a parte o la totalidad de la herencia, en este caso el testador encarga al fiduciario ponerla a disposición del fideicomisario tan pronto como haga adición de la herencia; el fiduciario le hace entrega mediante una venta ficticia y el fideicomisario exigía la entrega de las cosas corporales. También podían ser a título particular cuando únicamente se constituían para objetos determinados, llevándose a asimilar con el legado en la época de Justiniano.⁶

En virtud de que muchos fiduciarios deshonestos no cumplían con lo encomendado y que se consideró al fideicomiso como susceptible de producir consecuencias obligatorias, en tiempos de Augusto se autorizó a los magistrados para que aseguraran la ejecución de los mismos y demandar su cumplimiento ante los cónsules, gobernadores de provincias o ante los pretores fideicomisarios, creados exclusivamente para este efecto. Posteriormente fue elevado a institución jurídica, siendo regulado dentro de la legislación romana, con las mismas normas que el legado.

³ Krieguer Vázquez Emilio, *Manual del Fideicomiso Mexicano*, Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S A., México, 1976, p. 14

⁴ Peña Guzmán Luis Alberto, *Derecho Romano*, 2a. edición, Editorial Tipografía de Argentina, Buenos Aires. 1966, p 669

⁵ Floris Margadant, Guillermo, *El Derecho Privado Romano*, 13a. edición, editorial Esfinge, México, 1985, p. 501

⁶ Bravo González Agustín y Beatriz Bravo Valdés, *Segundo Curso de Derecho Romano*, Editorial Pax-México, México, 1975. p 242.

Un rasgo importante del fideicomiso romano, que motivó su evolución y transformación en las llamadas vinculaciones, fue el que podía ser hecho sujeto a término o bajo condición. Una de las aplicaciones más importantes del fideicomiso condicional es aquella donde, tratándose de fideicomiso universal, se fija el tiempo de su ejecución a la muerte del fiduciario, es decir que el testador podía designar herederos sucesivos, integrando una cadena sin fin de propietarios sujetos al régimen de substitutiones, con el rasgo común de la obligación para el adquirente de transmitir los bienes heredados a una persona determinada, lo que producía el efecto jurídico de una propiedad vinculada y el económico de impedir la libre circulación de esos bienes.

Desde el siglo II se usó la substitución fideicomisaria para transmitir el patrimonio hereditario a una persona por mediación de otra, para vincular el patrimonio o al menos una parte de él dentro de una familia a través de varias generaciones. La forma adecuada para ese fin era esta substitución que obligaba al instituido a dejar el patrimonio recibido después de su muerte a una determinada persona, repitiendo esta disposición a favor de una serie de individuos de la misma familia, se obtenía un fideicomiso familiar y que como señala Agustín Bravo González⁷ se permitió hasta por una generación en la época clásica, para cuatro generaciones bajo Justiniano e indefinidamente en la edad media, dando como consecuencia una figura típica de esa época: el mayorazgo, que evitaba la circulación de los bienes fuera de una determinada familia al establecer que únicamente podía ser titular de dichos bienes el primogénito, sin poder disponer de ellos y con la obligación de conservarlos íntegros y dejarlos a su primogénito y así sucesivamente, para preservarlos perpetuamente a favor de la familia, con la prohibición de enajenarlos; cabe señalar que esta figura actualmente se encuentra prohibido en nuestro sistema jurídico.

2. El Use Ingles.

A diferencia del derecho Romano, el trust y su antecesor el "use", fueron practicados en la vieja Inglaterra con el propósito de evadir la ley. La palabra "use" no deriva del latín *usus*, sino de *opus* y ya se utilizaba desde los siglos VII y VIII en el latín vulgar el vocablo "*ad opus*" para significar: "en su representación".

En el año de 1217, el Parlamento Británico aprobó el *Statute of Mortmain* por el cual se prohibió a las corporaciones religiosas poseer tierras en consideración a que eran numerosas las de su propiedad que quedaban fuera de la circulación económica. El artificio para burlar esa disposición fue ingeniosamente realizado, la corporación transfería sus bienes a un amigo de confianza quien le permitía seguir usando esos bienes. Como es natural, las corporaciones no encontraron ninguna protección legal para su situación derivada de un acto simulado y la obligación del prestanombres llamado "feoffee to uses", era de carácter simplemente moral, reforzada con sanciones religiosas.⁸

La utilización de dicha práctica se generalizó y así el caballero que salía a la guerra, temiendo perder sus bienes a manos de sus enemigos políticos, así como aquellos que deseaban evadir el pago de impuestos feudales, transferían a un amigo o grupo de amigos sus bienes para el uso de su propia familia. Servían además como un medio de defraudar a los acreedores o de legar bienes que las instituciones feudales impedían legar

⁷ Bravo González Agustín, op cit., p. 245

⁸ Kricguer Vázquez Emilio, op. cit. P. 15 y ss.

y en general determinaban una situación de inseguridad en lo relativo a la propiedad inmobiliaria, fundamento del sistema político feudal.

Los usos se constituían verbalmente: quien recibía el beneficio o utilidades era el llamado “cestui que use”; el que transmitía o enajenaba los bienes, “settlor”; y “feoffee to use”, también llamado prestanombres, la persona que se obligaba a la custodia de los bienes y a su transferencia conforme lo instruyeran.⁹

Como en el fideicomiso romano, las obligaciones en los usos quedaban a la buena fe del prestanombres y el beneficiario no estaba protegido jurídicamente, las autoridades simplemente se desentendían; el parlamento, por el contrario, en 1376 prohíbe las transmisiones en fraude de acreedores y promulga una ley que nulifica los actos de transmisión de tierra a aristócratas o personas desconocidas para su uso y que hacían imposible la restitución al verdadero dueño.

El empleo del “uso” contribuyó al auge del sistema de justicia de equidad, entendiéndose a la equidad como el espíritu de justicia y rectitud que debe prevalecer en la sociedad. Este sistema difiere totalmente de la Ley Común (*Common Law*). El tribunal de este sistema era una cancellería que se regía por normas morales y verbales y era considerado un tribunal de conciencia que aplicaba la justicia al caso concreto, sin embargo, en la práctica los cancilleres clasificaban a los usos como derechos reales de equidad y les aplicaban por analogía algunas de las normas de la Ley Común, especialmente las relacionadas con la propiedad y en particular a la transmisión de los derechos por muerte del beneficiario, asimismo, determinaron que los usos podían cederse.

Debido a las numerosas quejas en contra de los prestanombres, la cancellería interviene para obligarlos a cumplir con su deber.

En 1535, se promulga el *Statute of Uses* (Ley de Usos) a insistencia del rey Enrique VIII, que de esta manera buscó aminorar el poder de la iglesia quitándole a las comunidades religiosas las propiedades que a través de los usos habían adquirido.¹⁰

En el prólogo de esta ley, se hace mención del empleo que se hizo de este instrumento, tal como el fraude a acreedores, privación de derechos y despojo a los legítimos dueños, usurpación de tierras por extranjeros, etc. y para evitar todo esto se expidió la ley, la cual otorgaba al “cestui que use” el título legal de los bienes.

Al pasar el tiempo, se observó que la ley no contemplaba muchas de las diferentes situaciones que abarcaban los usos y por tanto éstos no se consideraban ejecutados, es decir, no había adquirido el título legal el dueño en equidad.

También se presentaba la problemática de cuando se constituía un uso sobre otro, entonces la propiedad legal la adquiría el beneficiario del primer uso y el otro carecía totalmente de derecho, ya que los jueces de equidad sostenían que si el beneficiario por el primer uso era el propietario legal, el beneficiario por el segundo seguía siendo, como antes, el propietario en equidad. Y así, para no confundir el primer uso con el

⁹ Idem.

¹⁰ Idem.

segundo se dio a este último el nombre de “*trust*”. “*El feoffee to use*” fue conocido como “*trustee*”. El “*cestui que use*” fue el “*cestui que trust*”, quien constituía el use, fue llamado “*settlor*”.

3. El Trust Angloamericano.

El jurista inglés Underhill, citado por Raúl Rodríguez Ruiz¹¹ define al trust como “una obligación de equidad que impone a una persona el deber de disponer de los bienes sobre los que tiene el control (*trust property*) en beneficio de otras personas llamadas beneficiarios (“*cestuis que trust*”) entre las cuales puede encontrarse ella misma, pudiendo cualquiera de ellas exigir el cumplimiento de la obligación”

Por su parte, los juristas norteamericanos Scott y Keeton nos dicen del *trust*: “.....es una relación fiduciaria con respecto a bienes, que impone a la persona titular del derecho de propiedad, obligaciones en equidad de disponer de la propiedad, para beneficio de otra persona, relación que surge como resultado de la manifestación de la intención de crearla.”¹²

Por tanto, el *trust* es la entrega que hace una persona, a otra persona para la administración de los mismos, u otros individuos, los cuales pueden hacer exigible el cumplimiento de la obligación. Siguiendo a Jorge Serrano Trasviña,¹³ a continuación señalaremos las principales características de esta figura:

Los sujetos que intervienen en este instrumento son:

Settlor, también llamado *trustor*, que es el creador del *trust*.

Trustee es el encargado de ejecutar el *trust*.

Cestui que trust es el fideicomisario o beneficiario.

Cuando se constituye el *trust*, el “*settlor*” tiene la facultad de marcar los lineamientos a seguir por el “*trustee*”, así como los derechos de los beneficiarios, siempre y cuando éstos sean lícitos. Una vez constituido el *trust*, desaparece el “*settlor*”, a no ser que se reserve el derecho de revocar el *trust*, alterarlo o enmendarlo, contando o no con el derecho de revocación. Puede reservarse el de dirigir al *trustee* en materia de inversiones y el de vigilar los actos que, a su juicio, lo precisen.

Puede tener el carácter de *settlor* cualquier persona que tenga la capacidad de hacer testamento, de contratar, de gozar y ejercitar sus derechos patrimoniales; que pueda disponerlos a su arbitrio y en fin que sea *sui iuris*.

En virtud del *trust*, el *trustee* se convierte en el titular legal del bien o derecho que se le entrega. Para ser *trustee* no sólo se requiere tener la capacidad de gozar de los bienes y derechos que constituyen su materia, sino se necesita tener la capacidad de

¹¹ Raúl Rodríguez Ruiz, *El Fideicomiso y la Organización Contable Fiduciaria*, sexta edición, Ediciones Contables y Administrativas, S.A., México, 1985, p. 46

¹² Idem.

¹³ Serrano Trasviña Jorge, *Aportación al Fideicomiso*, México, 1950, p.88 y 89, citado por Villagordoa Lozano José Manuel, op., cit. P18 y ss.

ejercitar tales derechos, pues de lo contrario un tribunal de equidad podría proceder a la remoción del *trustee* designado que carezca de la capacidad de ejercicio, para evitar de esta manera los perjuicios que se puedan ocasionar a los beneficiarios del *trust*.

Pueden coincidir los caracteres de *settlor* y *trustee* cuando dicho *settlor* se nombra a sí mismo *trustee*, siempre que se tenga la capacidad suficiente de transmitir los bienes o derechos materia del *trust*, a un tercero. En este caso no existe transmisión de bienes o derechos sino únicamente la separación de los mismos dentro del patrimonio personal del *settlor trustee*, al crearse el patrimonio propio del *trust*.

En cambio no pueden coincidir las cualidades de *trustee* y beneficiario dentro del mismo *trust*.

En caso de que el *settlor* no designe *trustee* en el momento de la celebración del *trust*, no implica esta omisión la invalidez del *trust*, pues la equidad siempre suplirá esta deficiencia, ya que la designación de *trustee* la hará el tribunal competente de acuerdo con el principio que dice “ la equidad no permitirá que un *trust* se frustre por falta de *trustee*”.¹⁴ Igual principio se aplica para el caso de que el *trustee* designado no acepte cumplir con el cargo por falta de capacidad o simplemente por carecer de voluntad para su desempeño.

En cuanto a las facultades del *trustee*, éste está obligado a desarrollar múltiples actividades ya que el fin del *trust* tiene como límite la licitud y la voluntad del *settlor*; estas mismas actividades suponen un mínimo igual de facultades que permitan al *trustee* ejercitar la propia conducta para la realización del negocio.

Respecto de las obligaciones del *trustee*, las principales son las siguientes:

Debe proteger el negocio y defenderlo contra toda clase de ataques provenientes de tercero, del beneficiario y aun del *settlor*.

Para habilitarlo a cumplir con sus deberes en la consecución del *trust* y alcanzar su objetivo, se impone al *trustee* el deber de tomar posesión inmediata, de los bienes, salvo disposición contraria en el acto constitutivo.

Como regla general, el *trustee* debe proceder al registro de los bienes desde la toma de posesión del cargo, haciendo constar la existencia del *trust* y el carácter que se le otorga.

El *trustee* esta obligado a cuidar de la seguridad de los bienes, dentro de esta obligación se involucran el pago de impuestos, derechos o intereses de cualquier clase que graven el patrimonio; deberá además asegurar los bienes inmuebles. En caso de que falte dinero para cubrir los gastos de mantenimiento, el *trustee* puede recurrir a la venta de algunos bienes y aun solicitar créditos ofreciendo aquellos como garantía, todo ello previa notificación que se haga a los beneficiarios, quienes se pueden oponer aportando por sí

¹⁴ Op. Cit. P.23

mismos la cantidad requerida al efecto. En ningún caso esta permitida la fusión del patrimonio del *trust* y el del *trustee*.

En los casos de inversión, el *trustee* puede recurrir a un consejo técnico, pero ello no lo libera de la necesidad de obrar prudentemente, en cuyo defecto no se exime de responsabilidad.

Respecto del *cestui que trust*, puede serlo cualquier persona que sea capaz de tener propiedad para sí, o sea que la capacidad se finca en que a su vez tengan la capacidad necesaria para adquirir bienes o derechos iguales a los que se entregan en el *trust* para su beneficio.

Existen dos clases de *trust*, el *express trust* y el *implied trust*; el primero se constituye por la voluntad expresa del *settlor*; Es condición *sine qua non* que el *trust* se declare categóricamente formalizado y se define con toda claridad la disposición de los bienes o derechos que se destinan al negocio.¹⁵

A su vez los *express trust* pueden ser *executed trust* y *executory trust*, el primero es aquel que después de haber sido declarado en el acto constitutivo, no exige para producir sus efectos ningún acto posterior, el segundo se da cuando hay instrucciones dadas para producir la transmisión de la propiedad del bien y en el acto constitutivo no obra por sí misma la transmisión que ordena.

Desde otro punto de vista el *express trust* puede ser instrumental, en el cual el *trustee* debe seguir rigurosamente las instrucciones dadas y puede ser *discretionary*, en el que el *trustee* tiene un poder de apreciación para actuar discrecionalmente.

Por último el *express trust* puede dividirse en de interés privado, *privaty* y de interés público, *public* o *charitable*; en los primeros el patrimonio está afecto a un interés meramente privado y en los otros a un interés general; como interés general se entiende un fin considerado por la opinión pública media directamente útil a la sociedad.

Los *implied trust* deben su existencia a los tribunales de equidad y son de dos clases: *Resulting trust* y *constructive trust*, es decir presuntivos y formales.

Los *resulting trust* los crea el tribunal de equidad cuando encuentra motivos para presumir que una persona, a juzgar por ciertos actos de la misma, pretendió crear un *trust* expreso, que debido a circunstancias invencibles no llegó a formalizarse. La presunción del tribunal da origen a que también se llamen *trusts* presuntivos.

Los *constructive trust* los constituye el propio tribunal sin que medie, ni presuntivamente, la voluntad de persona alguna y tiene por objeto evitar que un individuo se allegue injustamente riquezas ilegítimas en perjuicio de un tercero.

¹⁵ Villagordoa Lozano José Manuel, op. cit P. 28.

B. Antecedentes históricos en México.

La razón por lo que se implementó la figura del *trust* en nuestro país, según se expresa el Dr. Raúl Cervantes Ahumada,¹⁶ se debe a “Los grandes éxitos de los bancos fiduciarios norteamericanos, y la inversión de capital norteamericano en México, que proyectaron sobre nuestro país la institución del *trust*.”, añadiendo que el legislador mexicano se basó en el *trust* norteamericano pero adaptándolo a las necesidades de nuestro país, por lo que tomó sus características propias.

El primer antecedente del fideicomiso en nuestro país se encuentra en el llamado “*trust deed*” otorgado a principios de siglo en Estados Unidos para garantizar una emisión de bonos que permitiría financiar la construcción de ferrocarriles y que surtió efectos jurídicos en México al amparo del Código Civil de 1884 y de la Ley de Ferrocarriles del 29 de abril de 1899. Algunos autores señalan a éste como el primero que existió en el país, pero hay otros que lo consideraron simplemente como un contrato de mandato, préstamo e hipoteca.¹⁷

Los proyectos y leyes más importantes que se dieron en nuestro país y que lo colocan como el impulsor del movimiento de expansión internacional del *trust*, son los siguientes:

1. **Proyecto Limantour.** En noviembre de 1905, el señor José Y. Limantour, entonces Secretario de Hacienda en el gobierno de Porfirio Díaz, envió a la Cámara de Diputados un proyecto que contenía una iniciativa para facultar al Ejecutivo a expedir una ley en virtud de la cual se crearían en el país instituciones que fungieran como agentes fideicomisarios.

El proyecto constaba de ocho artículos y establecía que el encargo al fideicomisario, realizado por virtud de un contrato, podía consistir en cualesquier actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados en beneficio de alguna o de todas las partes del mismo contrato o de un tercero; o bien para hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones creadas expresamente en el contrato o que fuesen consecuencia del mismo. También señalaba que podía consistir en el encargo hecho al fideicomisario, por parte interesada o mandamiento judicial de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados, en beneficio de un tercero que tenga o a quien se confiera derecho a una parte o la totalidad de dichos bienes o de sus productos o cualquier ventaja o aprovechamiento sobre los mismos¹⁸

En su artículo tercero establecía un derecho real respecto de los bienes sobre los que se constituyera, señalando que las leyes definirían la naturaleza y efectos de ese derecho y los requisitos para hacerlo valer.

¹⁶ Cervantes Ahumada Miguel, *Títulos y Operaciones de Crédito*, 10ª edición, editorial Herrero, México, 1978, p. 288.

¹⁷ Batiza Rodolfo, *El fideicomiso, teoría y práctica*, 6ª edición, editorial Jus, México, 1991, p. 84

¹⁸ Idem. P. 104.

El proyecto condicionaba la creación de las “instituciones comerciales” a la autorización y supervisión de la Secretaría de Hacienda, además de dar la posibilidad de establecer exenciones y privilegios especiales en materia de impuestos en favor de las mismas.

Finalmente cabe señalar que dicho proyecto erróneamente se le denominó a las instituciones encargadas de ejecutar los fideicomisos como “fideicomisarias” y no fiduciarias como debería de haber sido lo correcto.

2. Proyecto Creel. En 1924, una vez concluida la etapa revolucionaria y al amparo de la Constitución de 1917, se celebró la primera Convención Bancaria, en la cual se presentó un proyecto de dos artículos para la creación de Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro por el señor Enrique C. Creel que proponía se facultara al Ejecutivo para la expedición de una ley que sentara las bases del funcionamiento de las compañías antes citadas.

En el proyecto se modificó la terminología del proyecto Limantour, para denominar a las instituciones de crédito como Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorros (*Trust and Savings Banks*)¹⁹ señalando que podrían recibir hipotecas en garantía de bonos que emitan en nombre de sociedades, corporaciones o particulares; encargarse del pago de cupones y amortización de bonos; y celebrar toda clase de contratos de fideicomiso. También indicaba que dichas compañías bancarias podrían ejercitar las funciones de albaceas, administradores, tutores y curadores; desempeñar el cargo de síndicos, servir como peritos valuadores de toda clase de bienes; conservar en depósito y administrar los bienes de incapacitados que se les confiaren; recibir la guarda de contratos condicionales que celebren las empresas o particulares para su eventual cumplimiento; pagar los impuestos y mesadas de gastos de su clientela, según arreglos especiales; llevar libros de registro para la transmisión de acciones y bonos nominativos, de toda clase de sociedades, etc. Finalmente establece que dichas sociedades gozarían por 25 años de la franquicia e impuestos que señalaban los artículos 121 a 127 de la Ley de Instituciones de Crédito de 1897.²⁰

Este proyecto tampoco fructificó, por lo que únicamente quedó como un antecedente histórico de la figura en estudio.

3. Proyecto Vera Estañol. Como último antecedente doctrinario encontramos el proyecto del licenciado Jorge Vera Estañol, que en el mes de marzo de 1926 presentó a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público con el nombre de “Proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro”.

Este proyecto expone básicamente los mismos puntos que el proyecto Limantour de 1905, cuyo autor fue el propio licenciado Vera Estañol.

¹⁹ Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Bancos, Seguros y Valores, *Legislación Bancaria*, T-I, 1830-1932, México, 1980, p. 261

²⁰ El capital de las instituciones de crédito, las acciones que lo representen, los dividendos y los títulos de crédito que emitan, estaban exentos de toda clase de impuestos federales estatales y municipales, salvo el impuesto predial; tampoco causaban el impuesto del timbre por documentos internos, contratos celebrados con los tres niveles de gobierno y otras actividades que desarrollaran. *Idem.* p. 104.

4. Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924.

Esta ley fechada el 24 de diciembre y publicada en el Diario Oficial del 16 de enero de 1925, es la que introduce por primera vez la figura del fideicomiso en la vida jurídica de nuestro país, no obstante que por ser una ley adjetiva, no se encargó de regularla, sino que introdujo a los bancos de fideicomiso, conjuntamente con los bancos agrícolas, industriales y de descuento como instituciones de crédito y los sometió al régimen de concesión especial del Ejecutivo por un periodo máximo de treinta años. El capítulo VI denominado “De los Bancos de Fideicomiso” consta únicamente de dos artículos que señalan:

“Artículo 73. - Los Bancos de Fideicomiso sirven a los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que les confían e interviniendo, con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitido éstos, o durante el tiempo de su vigencia.

Artículo 74. - Los Bancos de Fideicomiso se registrarán por la ley especial que habrá de expedirse.”²¹

5. Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926. Publicada el 17 de julio en el Diario Oficial, esta ley fue promulgada en cumplimiento de lo establecido en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924. Consta de 86 artículos, distribuidos en cinco capítulos.

En la Exposición de Motivos, se precisa que el fideicomiso que regula es una institución jurídica distinta y sobre todo diferente de la del derecho romano, en efecto, textualmente se señala lo siguiente:

“La institución del fideicomiso es nueva en México y, en consecuencia, la ley relativa importa una creación o, mejor dicho, la legalización de una institución jurídica moderna que en otros países, especialmente en los anglosajones, se practica hace largo tiempo y que ha producido fecundos resultados, permitiendo que las operaciones financieras y comerciales se hagan sin las trabas del derecho tradicional.

El nombre fideicomiso, aceptado por la nueva ley como el que tradicionalmente se ha dado en nuestra lengua a la institución anglosajona, no significa en manera alguna lo que por él se ha entendido en el derecho antiguo, pues el nuevo fideicomiso es en realidad una institución distinta de todas las anteriores y muy particularmente del fideicomiso del derecho romano. La reglamentación sancionada en la Ley constituye, en el fondo, una adaptación de las prácticas anglosajonas, pero con las modificaciones adecuadas para su adaptación a las demás disposiciones de nuestro derecho y muy particularmente de la legislación bancaria, a fin de que haya unidad en el sistema y se eviten discordancias y conflictos entre unas y otras instituciones jurídicas...”²²

Desde el punto de vista doctrinal, esta ley tuvo gran influencia de las ideas de Enrique C. Creel y Ricardo J. Alfaro, jurista panameño, como se observa principalmente en su artículo 6º, al establecer que “El fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario”.

²¹ Idem, p. 293.

²² Idem, p. 344.

Este precepto sigue los lineamientos del concepto elaborado por Alfaro, con la única diferencia, que en ésta ley dice que los bienes se entregan y en cambio el jurista panameño nos dicen que se transmiten.”²³

Al igual que la regulación de nuestra legislación actual, El artículo 7 de esta ley, prescribe que “El fideicomiso sólo puede constituirse con un fin lícito, esto es, que no sea contrario a la ley ni a las buenas costumbres.”

En lo tocante a la transmisión o entrega de bienes o derechos, se reafirma la cuestión de considerar al fideicomiso como un mandato especial, ya que su artículo 12 establece que “los bienes entregados para la ejecución del fideicomiso, se consideran salidos del patrimonio del fideicomitente, en cuanto sea necesario para dicha ejecución o por lo menos gravados a favor del fideicomisario. En consecuencia, no serán embargables ni se podrá ejercitar sobre ellos acción alguna en cuanto perjudique al fideicomiso. Lo dispuesto es este artículo no impedirá que se demande la nulidad del fideicomiso cuando éste se haya constituido en fraude de acreedores, o sea ilegal por los otros motivos.”

En forma similar a la ley actual, se señala que pueden ser objeto del fideicomiso cualquier bien mueble o inmueble, con la única limitación que se refiere a los derechos cuyo ejercicio sea de carácter personalísimo e intrasmisible por su naturaleza o por disposición expresa de la ley. El artículo 13 agrega en su parte final que “el fideicomiso constituido sobre bienes inmuebles deberá ser inscrito en la sección de propiedad, si hubiere traslación de dominio, o en el de hipoteca, en caso contrario, del respectivo Registro Público, y sólo producirá sus efectos contra tercero desde la fecha de su inscripción, la cual contendrá las instrucciones dadas por el fideicomitente al banco para la ejecución del fideicomiso, así como las facultades que le haya concedido. Para la inscripción en el registro, se debe presentar también el documento en que conste la aceptación del banco”.

Molina Pasquel,²⁴ comparando éstas disposiciones con la Ley de Panamá encuentra una diferencia de que “la ley panameña no hace diferencia de grado en la propiedad del fideicomitente. En tanto que la mexicana (1926) declara que si hubiere translación de dominio, se inscribirá el fideicomiso en la sección de hipotecas (arts. 13 y 109 respectivamente); la panameña ordena la inscripción siempre en la de propiedad, y a cargo de esa propiedad que aparece a nombre del fiduciario, se anotan, como si se tratara de gravámenes, las disposiciones del acto constitutivo que limiten la facultad del fiduciario para enajenarla o gravarla.

Una interpretación consecuente con la intención del legislador, para conciliar lo que parece significar grado mayor o menor en la salida de los bienes del patrimonio del fideicomitente, y en los derechos que sobre ellos adquiere el banco fiduciario, sería en el sentido de que el gravamen ‘a favor’ del fideicomisario que ‘por lo menos’ se crea sobre los bienes entregados para la ejecución del fideicomiso, debe entenderse como un gravamen ‘para beneficio’ del fideicomisario; que ese derecho real que es el gravamen

²³ Villagordoa Lozano. op. cit. p. 40.

²⁴ Molina Pasquel Roberto, Los derechos del fideicomisario, citado por ídem, p.41

radica en el fiduciario, en interés de los fines del fideicomiso, es decir, para beneficio del fideicomisario”.

El fiduciario gozará en cuanto a los bienes fideicomitados, de todas las acciones y derechos inherentes al dominio de los mismos, aun cuando no se hayan expresado en el título constitutivo del fideicomiso, señalado como únicas limitaciones el que se puedan enajenar, gravar o pignorar dichos bienes en beneficio propio del fiduciario, pues únicamente se pueden realizar dichos actos de disposición cuando se hayan otorgado expresamente tales facultades, o cuando sean indispensables en provecho del fideicomiso. En todo caso, se realizarán tales actos en provecho del fideicomisario. Lo anterior de acuerdo a lo expresado por el artículo 14 de la ley en comento.

Respecto de la actuación del fiduciario, el artículo 16 señala los casos que motivan la separación del cargo de fiduciario, que se dan cuando el fiduciario tenga intereses propios opuestos a la ejecución del fideicomiso y en caso de malversación o administrare dolosa o por culpa grave, respecto de los bienes fideicomitados por parte del propio fiduciario.

Se complementa lo anterior indicando que en cualquier caso el fideicomitente, el fideicomisario o el Ministerio Público cuando se trate de menores, incapaces o desvalidos, pueden pedir a un juez la remoción del fiduciario, tramitándose su demanda como incidente y con sujeción al Código de Comercio. El mismo procedimiento se establece en el artículo 17 para promover las providencias necesarias, cuando los bienes fideicomitados estuvieren en peligro de pérdida o menoscabo en poder del banco fiduciario.

Respecto de los casos de extinción del fideicomiso, el artículo 18 de la ley que estudiamos señala los siguientes: I.- Por cumplimiento del objeto para el cual fue constituido. II.- Por hacerse imposible su cumplimiento. III.- Por no haberse cumplido dentro de los veinte años siguientes a su constitución la condición suspensiva de que dependa. IV. Por haberse cumplido la condición resolutoria, en su caso, y V. Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario.

El destino de los bienes y valores materia del fideicomiso a la extinción del mismo, será su aplicación según lo que se haya previsto expresamente en el título constitutivo y en caso de que falte disposición a ese respecto, se devolverán al fideicomitente o a quienes sus derechos representen.

Para el caso de existir varios fideicomisarios, su voluntad será expresada en la forma y términos que se haya establecido en el título constitutivo, y si no se hubiere dispuesto sobre el particular, las decisiones se tomarán por mayoría de votos, computados por representaciones y no por personas; las decisiones se tomarán en junta que presidirá el banco fiduciario, previa convocatoria que efectúe el propio banco, la comisión Nacional Bancaria o en su defecto la Secretaría de Hacienda, levantándose acta en los términos establecidos por el Código de Comercio para las sociedades anónimas.

Finalmente, el artículo 21 señala que las cuestiones que se suscitaren entre fideicomitente, banco fiduciario y fideicomisario, serían ventiladas en juicio mercantil, salvo aquellas que tuvieren señalado procedimiento especial en la ley. Con éste artículo

se concluía la regulación de la figura del fideicomiso y posteriormente se regulaba lo relativo a los bancos de fideicomiso.

6. Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926, publicada en el Diario Oficial el 29 de noviembre, incluyó dentro de su texto como institución de crédito a los bancos de fideicomiso, por lo que prácticamente reprodujo la Ley de Bancos de Fideicomiso del mismo año, a la cual abrogó a escasos cuatro meses de vigencia.

Al amparo de esta ley se constituyeron en nuestro país los primeros fideicomisos de garantía, según consta en el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal²⁵.

7. Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, publicada en el Diario Oficial del 29 de junio. En su Exposición de Motivos²⁶ hace referencia a la de Bancos de Fideicomiso de 1926, diciendo que si bien esta ley había introducido al fideicomiso como institución jurídica, no precisó su aspecto sustantivo, quedando por tanto muchas dudas y que la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito era la indicada para precisar su definición, efectos y contenido. Además, aclara que el fideicomiso no es un mandato irrevocable, sino una afectación de patrimonio encaminada a un fin, que se confiaría a un fiduciario y que este fiduciario debe estar bajo la vigilancia del Estado; asimismo mantiene vigentes las prohibiciones tendientes a evitar los fideicomisos ilícitos y, adicionalmente a las facultades de actuar como fiduciario, conserva las facultades para desempeñar cargos tales como albacea, síndico, administrador de bienes y todas las que la ley anterior le otorgó en este sentido, con lo que se eliminó la confusión entre fideicomisos y los actos de administración o de representación de terceros.

Acorde a lo señalado en el artículo 1º fracción II, inciso e) de la ley, se considera a las fiduciarias como instituciones de crédito. Dicho precepto establece que son instituciones de crédito, entre otras, aquellas sociedades mexicanas que tengan por objeto exclusivo el actuar como fiduciarias. Para la celebración de las operaciones propias de la actividad el artículo 3º sujeta a las instituciones a obtener concesión especial del Gobierno Federal; cabe hacer la observación de que las concesiones para ejercer como fiduciarias únicamente las podían obtener instituciones mexicanas, ya que el artículo 5º prohibía expresamente la actuación como tales a las instituciones extranjeras.

La Sección Sexta denominada “De las Instituciones Fiduciarias”, integrada por los artículos 90 a 96 establece en el primero de ellos, que además de actuar como fiduciarias, las instituciones podrían llevar a cabo los diversos actos de administración o de representación de terceros, tales como la actuación como representantes comunes de los tenedores de títulos de crédito; desempeñar el cargo de comisarios de sociedades; sindicaturas, albaceas, ejecutor especial, interventor, depositario judicial, representante de ausentes e ignorados, tutor o curador; depositario en administración o en garantía por cuenta de terceros de toda clase de bienes, títulos o valores; ser mandatario o comisionista, así como de encargarse de hacer avalúos, los que tendrán la misma fuerza probatoria que los hechos por corredores titulados o peritos.

²⁵ Batiza Rodolfo, op. cit. p. 116.

²⁶ Secretaría de Hacienda y Crédito Público, op. cit. p. 542.

Asimismo, mediante su artículo 92 se comenzó a regular que el desempeño del cargo y ejercicio de facultades, se realizara por medio de uno o más funcionarios designados especialmente para ello, que posteriormente tomarían el nombre de delegados fiduciarios.

Mención especial merece el Título V llamado “De las Relaciones Fiscales de los Procedimientos y de las Sanciones”, que en su artículo 227 señala que las instituciones de crédito nacionales únicamente pagarían impuesto predial, derechos de carácter municipal que causen los inmuebles por pavimentos, atarjeas y limpia, así como sobre las utilidades líquidas anuales que acusen los balances aprobados por la Comisión Nacional Bancaria.

Por su parte el artículo 228 se encargaba de exentar, hasta por 30 años, del Impuesto del Timbre a las fiduciarias por lo que respecta al acto de la constitución del fideicomiso o el documento en el que constase la comisión o el mandato, no así a los actos o documentos que se llevasen a cabo en cumplimiento del encargo, ya que éstos se considerarían como si hubiesen sido ejecutados u otorgados por el fideicomitente, mandante o comitente, situación que tiene gran importancia para entender la regulación fiscal en la actualidad, como en su oportunidad lo veremos. El artículo 230 prohibía que alguno de los tres órdenes de gobierno pudiese gravar con otros impuestos adicionales a los anteriormente señalados

8. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.

Esta ley se publicó en el Diario Oficial del 27 de agosto de ese año, y entró en vigor a partir del 15 de septiembre de 1932. El legislador en su exposición de motivos, indica que dicha ley conserva en principio, el fideicomiso expreso a que alude la ley de instituciones de 1926, procurando corregir “los errores o lagunas más evidentes”. La implantación de esa institución jurídica en nuestro sistema legal, agrega el legislador, “significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía”. Únicamente se importa el fideicomiso expreso porque “los fines sociales que el fideicomiso implícito llena en países de organización jurídica diversa de la nuestra, pueden ser cumplidos aquí, con notorias ventajas, por el juego normal de otras instituciones jurídicas mejor constituidas. En cambio, el fideicomiso expreso puede servir a propósitos que no se lograrían sin él, por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación.” Este es el preámbulo de la ley vigente.²⁷

Esta ley regula sustantivamente a la figura del fideicomiso en la actualidad y es paralela a Ley Bancaria de 1932, situación que fue pretendida por el legislador para que ambas leyes se complementaran, la primera estructurando la figura y la segunda regulando a las instituciones que habrían de desempeñar el cargo de fiduciarias. Aun y cuando su contenido actual será materia de análisis conforme vayamos avanzando en los diversos puntos del presente trabajo, a continuación señalaremos brevemente el contenido de las disposiciones más relevantes.

²⁷ Villagordoa Lozano. op cit p 44

El artículo 346 nos dice “ En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.”. El art. 347 agrega que “el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado”.

Complementando los preceptos comentados, podemos señalar que el fideicomiso se hace posible únicamente destinando ciertos bienes o derechos a la realización de un fin que se encarga a una institución fiduciaria y respecto de esos bienes o derechos, el artículo 356 nos indica que dicha institución tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al constituirse el mismo, lo que significa que la titularidad de los mismos necesariamente se tienen que transmitirse al fiduciario, quien a su vez está obligado a “cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo” y evidentemente que esta obligación no la podría cumplir el fiduciario si no fuera titular de los bienes o derechos que forman la materia del fideicomiso.

El artículo 357 establece las causas de extinción del fideicomiso: I. Por la realización del fin para el cual fue constituido; II. Por hacerse éste imposible; III. Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso, en su defecto, dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución; IV. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto; V. Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario; VI.- Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso y VII. En el caso del párrafo final del art. 350, que dice: “El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta y sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra parte para que lo sustituya. Si no fuere posible esta sustitución, cesará el fideicomiso.”

Respecto del destino de los bienes fideicomitados al ocurrir la extinción del fideicomiso, el artículo 358 nos indica que aquellos bienes que obren en poder de la institución fiduciaria, al llegar ese evento, serán devueltos al fideicomitente o a sus herederos. Tratándose de la transmisión de bienes inmuebles o de derechos reales impuestos sobre los mismos, que realice el fiduciario al extinguirse el fideicomiso, deberá anotarla en el documento constitutivo de la operación, para que surta efecto contra terceros, inscribiéndose posteriormente dicha declaración en el Registro Público de la Propiedad del lugar en que hubiere sido inscrito

El artículo 359 señala los fideicomisos prohibidos: I Los fideicomisos secretos II. Aquellos en los cuales el beneficio se concede a diversas persona sucesivamente que deban sustituirse por la muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente. III Aquéllos cuya duración sea mayor de 30 años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo,

pueden constituirse con duración mayor de treinta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.

La fracción II se refiere las sustituciones fideicomisarias que se encuentran prohibidas en nuestro sistema legal desde la época colonial, para evitar la vinculación al patrimonio de determinadas personas de ciertos bienes que se retiran de la circulación económica.²⁸

9. Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941.

Esta ley se publicó en el Diario Oficial del 31 de mayo y entra en vigor a partir del 2 de junio de ese mismo año. Su exposición de motivos nos señala que “El capítulo dedicado a las instituciones fiduciarias, apenas si sufre modificaciones, como no sea añadir a la enumeración de sus cometidos, algunos que puedan resultar propios de estas instituciones, y ciertas normas nuevas por las cuales deben regirse las operaciones de inversión que realice la institución en ejercicio del fideicomiso, mandato o comisión, cuando de la naturaleza de éstos o de las instrucciones recibidas no resulten indicaciones suficientemente precisas.”²⁹

Las operaciones fiduciarias se reglamentan en los artículos 44 a 46, donde se señalan las operaciones fiduciarias que pueden desempeñar las instituciones que gocen de la concesión respectiva, las reglas de funcionamiento de las instituciones y la prohibición de realizar por cuenta propia ninguna clase de operaciones, salvo para la administración de su capital y reservas. Los artículos 126, 127 y 135 a 138 relativos a su intervención en la emisión de acciones u obligaciones a cargo de sociedades, en cuya emisión intervengan prestando o no su garantía y como representantes comunes en la ejecución de contratos condicionales.

Resulta relevante mencionar que el artículo 45 al tratar de las reglas a que se someterá la actividad de las instituciones fiduciarias e indicar en la fracción II la proporción de las responsabilidades de dichas instituciones con relación a su capital, sostiene que el fiduciario es el titular de los derechos fideicomitidos, pues señala específicamente en el inciso c) que “cuando se trata de operaciones de fideicomiso por las que la institución ejercite como titular derechos que le han sido transmitidos con encargo de realizar determinado fin...”. En este precepto legal el legislador señala que por esta operación hay transmisión de derechos al fiduciario para la realización del fin determinado, situación que no encontramos expresamente en la ley sustantiva.

10. Decreto de 1o. de septiembre de 1982.

En el Diario Oficial de esa fecha, se publicó el decreto por el cual se expropiaron a favor de la Nación, por causas de utilidad pública, las instalaciones edificios, mobiliario, equipo, activos, cajas, bóvedas, sucursales, agencias, oficinas, inversiones, acciones o participaciones en otras empresas, valores de su propiedad, derechos y todo los demás muebles e inmuebles en cuando fueran necesarios a juicio de la Secretana de Hacienda,

²⁸ Ver infra capítulo III punto A.

²⁹ Secretaría de Hacienda y Crédito Público, op cit . T-II, 1932-1980, México, 1980. p 216

propiedad de las instituciones de crédito privadas a las que se había otorgado concesión para prestar el servicio público de banca y crédito.

Como principales consideraciones para proceder a la expropiación, el decreto que nos ocupa menciona que el servicio público de banca y crédito se había venido prestando por personas morales constituidas como sociedades anónimas, con el objeto de colaborar en la atención del servicio que el Gobierno no podía proporcionar integralmente y que por su propia naturaleza, la concesión otorgada para ello era temporal pues sólo podía subsistir mientras el Estado, por razones económicas, administrativas o sociales, no se pudiera hacer cargo en forma directa de la prestación del servicio público. Asimismo menciona que los empresarios privados a quienes se había concesionado el servicio de banca y crédito habían obtenido con creces ganancias de la explotación del servicio, creando además, de acuerdo con sus intereses, fenómenos monopólicos con dinero aportado por el público, lo que debía evitarse, para manejar los recursos captados con criterio de interés general y de diversificación social del crédito que llegara a la mayor parte de la población productiva y no siguiera concentrándose en las capas más favorecidas de la sociedad.

Respecto de la figura que nos ocupa, el decreto expresaba que no era objeto de expropiación el dinero y valores propiedad de usuarios del servicio público de banca y crédito o cajas de seguridad, ni los fondos o fideicomisos administrados por los bancos, ni en general bienes muebles o inmuebles que no estuvieran bajo la propiedad o dominio de las instituciones afectadas; tampoco eran objeto de expropiación las instituciones nacionales de crédito, ni las organizaciones auxiliares, ni la banca mixta, el Banco Obrero, el Citibank, ni tampoco las oficinas de representación de entidades financieras del exterior o las sucursales de bancos extranjeros de primer orden. Como se desprende de lo anterior, la privatización de la banca no afectó los bienes entregados en fideicomiso, sino que únicamente provocó el cambio de titular de las instituciones prestadoras del servicio, sin que se vieran afectados los fideicomitentes o fideicomisarios por dicho cambio.

11. Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982.

Como consecuencia de la privatización de la banca mexicana, se hizo necesario la expedición de esta ley, cuyas bases se sentaron mediante el decreto publicado en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 1982, por el cual se modificó el art. 73, fraccs X y XVIII, y adicionó los arts 28 y 123, apartado B, de la Constitución. La ley reglamentaria fue publicada el 31 de diciembre de ese año y entro en vigor a partir del 1° de enero de 1983, contenía 43 artículos distribuidos en tres capítulos denominados Disposiciones Generales, De las Sociedades Nacionales de Crédito, y De la Protección de los Intereses del Público

El artículo 1° de la ley declaraba ser de orden público y tener por objeto reglamentar el servicio público de banca y crédito que, en los términos del art. 28 Constitucional debía prestar el Estado, así como las características de las instituciones a través de las cuales debía hacerlo, su funcionamiento en apoyo de las políticas de desarrollo nacional y las garantías protectoras de los intereses del público. De conformidad con el artículo 2°, el servicio indicado, donde se incluye desde luego el servicio fiduciario, se prestaría por instituciones de crédito constituidas por el Estado como sociedades nacionales de crédito

Este tipo de sociedades exclusivas en México para prestar el servicio de banca y crédito, fueron señaladas en esta ley como un nuevo tipo de organización, indicando que la Secretaría de Hacienda, el Banco de México y la Comisión Nacional Bancaria, en la esfera de su respectiva competencia, dictarían las medidas necesarias para que la prestación del servicio público y la operación y funcionamiento de las instituciones se realizaran dentro de los lineamientos de los programas de financiamiento formulados en el contexto integral de los planes nacionales de desarrollo, cuidando que las instituciones orientaran sus actividades para fomentar el ahorro nacional; facilitar al público el acceso a sus servicios; canalizar eficientemente los recursos financieros hacia actividades necesarias o prioritarias y a la satisfacción de las necesidades financieras de los sectores productivos del país y del público en general.

El art. 7º de la ley definía a las sociedades nacionales de crédito como instituciones de derecho público creadas por decreto del Ejecutivo Federal conforme a las bases de la misma ley, que tendrían personalidad jurídica y patrimonio propios, una duración indefinida y su domicilio en territorio nacional.

Contarían con un capital representado por títulos de crédito regulados por la ley de la materia en lo que fuera compatible con su naturaleza; dichos títulos se denominarían certificados de aportación patrimonial y deberían ser nominativos. Los certificados de aportación patrimonial se dividirán en dos series: la serie "A", que representaría en todo tiempo el 68% del capital y sólo podría ser suscrita por el Gobierno Federal; y la serie "B", por el 34% restante, que podría ser suscrita por el propio Gobierno, por entidades de la Administración Pública Federal Paraestatal, por los Gobiernos de las Entidades Federativas y de los Municipios, por los usuarios del servicio público de banca y crédito y por los trabajadores de las sociedades nacionales de crédito. Ni las personas físicas o morales extranjeras ni las sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión absoluta de extranjeros podrían en forma alguna participar en el capital de las sociedades, y la violación del precepto resultaría en la pérdida del certificado de aportación en favor de la Nación.

12. Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1984.

Esta ley, fechada el 28 de diciembre de 1984 entró en vigor a partir del día 15 de enero siguiente; de conformidad con su artículo 2º transitorio derogó a la ley reglamentaria anterior y a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941. Reprodujo un buen número de las disposiciones de la ley anterior, aunque esta se estructuró en forma más extensa y detallada.

El artículo 1º es una reproducción del correlativo de la ley anterior, en él se dispuso que la ley era de orden público y tenía por objeto reglamentar los términos en que el Estado prestaría el servicio público de banca y crédito, las características de las instituciones encargadas de hacerlo, su organización y funcionamiento en apoyo de las políticas de desarrollo nacional, las actividades y operaciones que pudieran realizar, y las garantías que protegerían los intereses del público.

La ley de 1984 separa a las sociedades nacionales de crédito en instituciones de banca múltiple e instituciones de banca de desarrollo; y cambia el objetivo de canalizar los recursos financieros a actividades nacional y socialmente necesarias para así canalizarlos eficientemente. También elimina los objetivos de evitar la concentración de crédito y descentralizar la asignación de crédito.³⁰

La administración de las sociedades estaba a cargo de un consejo directivo y un director general, quien tenía a su cargo la administración de la institución, la representación legal de ésta y el ejercicio de sus funciones, incluyendo la del delegado fiduciario general. El consejo directivo dirigiría la sociedad con base en las políticas, lineamientos y prioridades que estableciera el Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Hacienda y de conformidad con el artículo 20 fracción I, era facultad indelegable de dicho consejo directivo, nombrar y remover a los delegados fiduciarios.

El artículo 30 establece las operaciones que las sociedades nacionales de crédito podrían desempeñar, señalándose en la fracción XV lo relativo a los fideicomisos, mandatos y comisiones a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y en las fracciones XVIII a XXII otras operaciones que venían siendo desempeñadas por las áreas fiduciarias, tales como actuar como representante común de tenedores de títulos de crédito, desempeñar el cargo de albacea, sindicaturas, realizar avalúos, etc.

El artículo 60 ordenaba la apertura de contabilidades especiales por cada contrato de fideicomiso, mandato, comisión, administración o custodia, estableciéndose que las instituciones desempeñarían su actuación como fiduciario a través de sus delegados fiduciarios, respondiendo civilmente por los daños y perjuicios que se llegasen a causar por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso.

Respecto de los fideicomisos de inversión señalaba que las operaciones respectivas tendrían que realizarse acorde a esa ley, a la del Mercado de Valores, así como de las reglas de carácter general emitidas por Banco de México, oyendo la opinión de la Secretaría de Hacienda y de la Comisión Nacional de Valores.

El artículo 63 establece que el personal que las instituciones utilizaran directa o exclusivamente para la realización de fideicomiso, no formaría parte de su personal, sino que se considerarían al servicio del patrimonio dado en fideicomiso, pero cualquier reclamación de éstos sería en contra de la institución, quien podría afectar dicho patrimonio para cumplimentar resoluciones de la autoridad respectiva.

Por otra parte en el artículo 64 se regulaba la actuación del fiduciario respecto de los fideicomisos de garantía en los cuales no se hubiere pactado procedimiento convencional para la ejecución del fideicomiso llegado el caso de incumplimiento del deudor, señalando que en ese caso sería aplicable el procedimiento establecido para la prenda en el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

³⁰ Villegas Hernández Eduardo y Rosa Ma. Ortega Ochoa. *El Nuevo Sistema Financiero Mexicano*. Tercera reimpresión. Editorial Pac, S.A. de C.V., México. 1992, p 53

De los contenidos en el capítulo de Servicios, Finalmente el artículo 66 señala que no será aplicable el plazo de 30 años que establece la ley cambiaria como máximo para la duración de fideicomisos constituidos en favor de personas morales, cuando la Secretaría de Hacienda los declarase de interés público o bien fueran constituidos por el Gobierno Federal.

Adicionalmente se establecieron diversas prohibiciones para las instituciones que actuaran como fiduciarias, en el artículo 84 fracción XVIII, incisos a), b), c) y d), referentes a celebrar operaciones interdepartamentales; responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes del incumplimiento de los deudores, por los créditos que se otorguen o de los emisores por los valores que se adquieran, salvo que fuere por su culpa; utilizar fondos o valores de fideicomisos destinados al otorgamiento de créditos para realizar operaciones que pudieren resultar deudores sus delegados fiducianos, miembros de su consejo directivo, auditores externos de la institución, etc.; finalmente administrar fincas rústicas a menos que se reciban para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores y sin que dicha adquisición exceda de dos años.

13. Decreto del 2 de mayo de 1990.

Con esa fecha el Ejecutivo Federal envió al Congreso de la Unión una iniciativa de decreto a fin de restablecer el régimen mixto de la prestación del servicio de banca y crédito y con base en lo dispuesto por la fracc. I del Art. 71 de la Constitución Política, se derogaba el párrafo V del artículo 28 constitucional, se modificaba y adicionaba el inciso A de la fracc. XXXI del apartado A del artículo 123 para incluir los servicios de banca y crédito y se reformaba la fracc. XIII bis del apartado B del mismo artículo en el sentido de que las entidades de la administración pública federal que formen parte del sistema bancario mexicano regirían las relaciones laborales con sus trabajadores por lo dispuesto en ese apartado.³¹

La iniciativa anterior fue aprobada por el Congreso de la Unión y la totalidad de la legislatura de los Estados, en los términos del decreto del 26 de junio. Se cerró así el ciclo de la nacionalización bancaria, que había durado algo menos de ocho años.³²

14. Ley de Instituciones de Crédito de 1990

Con fecha 28 de junio de ese año el ejecutivo federal sometió a la consideración del Congreso de la Unión una iniciativa de ley de instituciones de crédito, en ella se hacía referencia a que el ejecutivo había enviado anteriormente la iniciativa para reformar los artículos 28 y 123 constitucionales a efecto de restablecer el régimen mixto en la prestación del servicio de banca y crédito. Dicha propuesta se sustentaba en tres razones fundamentales: 1ª La impostergable necesidad de que el Estado concentrara su atención en el cumplimiento de sus objetivos básicos o sea dar respuesta a las necesidades sociales de la población y elevar su bienestar, 2ª El cambio profundo de las realidades sociales, de las estructuras económicas, del propio papel del Estado y del sistema financiero mismo,

³¹ citado por Batiza Rodolfo, op. cit p 136

³² Idem.

había modificado de raíz las circunstancias que explicaron la estatización de la banca en septiembre de 1982; y 3^a El propósito de ampliar el acceso y mejorar la calidad de los servicios de banca y crédito en beneficio colectivo.³³

La iniciativa presidencial fue aprobada en sus términos por el Congreso de la Unión. La ley de instituciones de crédito se promulgó el 16 de julio, habiéndose publicado en el Diario Oficial el día 18 del mismo mes. Integrada por ciento cuarenta y tres disposiciones la nueva ley en sus dos terceras partes es una reproducción literal o casi literal de la ley reglamentaria de 1984 que abrogó.

De acuerdo a su primer artículo la ley tiene por objeto regular el servicio de banca y crédito, la organización y funcionamiento de las instituciones, sus actividades y operaciones, su sano y equilibrado desarrollo, la protección de los intereses del público y los términos en que el Estado ejercerá la rectoría financiera del sistema bancario mexicano.

El servicio de banca y crédito sólo podrá prestarse por las instituciones de banca múltiple y por las de banca de desarrollo. Para efectos legales se considera servicio de banca y crédito la captación de recursos del público en el mercado nacional para su colocación en el público mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados.

Respecto de las operaciones fiduciarias, su regulación la encontramos en el Título Tercero, De las Instituciones de Crédito, Capítulo I, De las Reglas Generales, en el artículo 46 fraccs. XV a XXII; en el Capítulo IV De los Servicios, artículos 79 a 85; En el Título Cuarto, De las Disposiciones Generales y de la Contabilidad, Capítulo I De las Disposiciones Generales, artículo 90; Título Quinto de las Prohibiciones, Sanciones Administrativas y Delitos, Capítulo I De las Prohibiciones, artículo 106 fraccs. XVII inciso b) y XIX; finalmente en el Título Sexto, de la Protección de los Intereses del Público, artículos 118 y 119. Como ya se comentó, coincide con lo dispuesto en la ley anterior, con algunas variantes que comentaremos más adelante al desarrollar el tema respectivo.

³³ Idem. p 138.

IV. LA NATURALEZA JURÍDICA.

El hecho de que la legislación mexicana no determine específicamente la naturaleza jurídica del fideicomiso ha motivado que la doctrina se encuentre dividida sobre el particular sin que hasta la fecha se haya logrado unificar los criterios para su determinación. En el presente capítulo siguiendo al Dr. Acosta Romero³⁴, trataremos de hacer un análisis sobre el particular, desarrollando las teorías más representativas que han influido en la doctrina y en la misma legislación, sin pretender profundizar demasiado sobre la cuestión, ya que ello rebasaría el motivo de éste estudio.

Al tratar sobre la naturaleza del fideicomiso, hemos detectado que algunos autores analizan ésta conjuntamente con las modalidades de ésta figura, lo que ocasiona una confusión sobre su naturaleza jurídica lo cual debe quedar aclarado.

Si partimos que uno de los efectos del fideicomiso es la transmisión de la propiedad que efectúa el fideicomitente al fiduciario para destinarlo a los fines establecidos, se conjunta lo que se conoce como patrimonio fiduciario y al tratar lo relativo a la propiedad fiduciaria y su titularidad, algunos autores confunden lo que es una consecuencia del fideicomiso con su naturaleza misma, por lo que nos debe quedar bien claro que esos conceptos no se refieren al tema en cuestión y por ende aquellas teorías que tratan sobre ello, tales como las denominadas “Del patrimonio afectación,” “Desmembramiento de la propiedad”, “Del mandato”, “De la titularidad del Fiduciario”, etc., van encaminadas como ya se comentó a analizar lo relativo al patrimonio fiduciario y su titularidad, pero no a su naturaleza jurídica, razón por la cual las analizaremos al tocar el tema de la propiedad en el fideicomiso.

Nosotros consideramos que la naturaleza jurídica del fideicomiso debe analizarse desde el punto de vista de los actos humanos que tienen consecuencias de derecho, es decir del hecho y el acto jurídico, haciendo referencia a lo que la doctrina llama negocio jurídico y negocio fiduciario, por lo que a continuación enunciaremos:

A. Teorías del negocio jurídico y del acto jurídico.

La teoría del negocio jurídico está íntimamente relacionada con los hechos o fenómenos jurídicos y su clasificación, sin que se encuentre reconocida en la legislación mexicana tal expresión, por lo que se considera que se trata más bien de una cuestión teórica que provoca confusión más que aclarar conceptos

El negocio jurídico es una expresión de voluntad destinada a un fin práctico que por virtud de la ley logra más o menos cabal realización, lo que equivale a decir que el ordenamiento jurídico, en vista de la legitimidad del fin, al que le corresponde una función y que por esa razón, dada su fisonomía, es digna de tutela, le otorga las consecuencias jurídicas más adecuadas para realizarlo.³⁵

³⁴ Banco Mexicano Somex, S A Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Capítulo XI, La Naturaleza Jurídica del Fideicomiso, redactado por el Dr Miguel Acosta Romero, Fomento Cultural de la Organización Somex, A.C. México, 1982, pag 128 y ss

³⁵ Giuseppe Branca, Instituciones de Derecho Privado, Trad de la 6ª edición italiana por Pablo Macedo, México, 1978, Ed. Porrúa, citado por Acosta Romero, op. Cit Pag 129

Para Castán el negocio jurídico es un “acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privadas dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece”³⁶

El Dr. Acosta Romero señala que en México los principales defensores de la doctrina del negocio jurídico son los Doctores Miguel Villoro Toranzo y Raúl Ortiz Urquidi³⁷, para quien el vocablo *negotium* se encontraba en los textos romanos y en los del antiguo derecho español, pero usado con tanta variedad de sentidos que parecía inservible para el lenguaje técnico-jurídico. Por ello no se introduce directamente en la ciencia jurídica sino después de haberse dado especial relevancia al término de acto jurídico, entonces se empleará la frase negocio jurídico para nombrar un tipo especial de actos jurídicos.

Para el Dr. Ortiz Urquidi la consagración del negocio jurídico como término técnico y figura básica de la dogmática del derecho privado es recibida por la doctrina alemana, austriaca y belga en la primera mitad del siglo XIX, no obstante que es hasta 1963, cuando el Código Civil de Sajonia lo incorpora diciendo “ Un acto es un negocio jurídico cuando la acción de la voluntad se dirige, de acuerdo con las leyes, a constituir, extinguir o cambiar una relación jurídica”.

Este autor considera suficiente tomar en cuenta la intervención de la voluntad, presencia o ausencia de ella, en dos momentos: En la realización del acontecimiento en que el hecho, el acto o el negocio pueden consistir y en la producción de las consecuencias jurídicas. En el hecho no interviene la voluntad ni en la realización del acontecimiento ni en la producción de las consecuencias; en el acto la voluntad interviene solo en la realización del acontecimiento, más no en la producción de efectos, no obstante lo cual éstos se producen; en cambio en el negocio, la voluntad interviene en los dos momentos, es decir en la realización del acontecimiento y en la producción de las consecuencias jurídicas.

Para el Doctor Toranzo³⁸ no se puede dar el mismo tratamiento al acto jurídico propiamente dicho y al negocio jurídico; en el primero las normas jurídicas deben limitarse a reconocer la responsabilidad que tiene el sujeto sobre las consecuencias jurídicas de su acto; en tanto que, en el negocio jurídico, las normas tienden además a verificar si se dieron todos los elementos necesarios para su nacimiento y para proteger sus efectos.

En contraposición con la doctrina del negocio jurídico, esta toda la teoría derivada del derecho francés, que es recogida por la doctrina mexicana y que clasifica los hechos jurídicos en naturales y del hombre y estos últimos, en hechos en sentido estricto y en actos jurídicos.

³⁶ Cabanellas Guillermo y N Alcalá Zamora y Castillo, *Diccionario enciclopédico del derecho*, T-IV, 12ª edición, Ed. Heliasta, p.534, citado por Acosta Romero, op. Cit p 129

³⁷ Ortiz Urquidi Raúl, *Derecho Civil*, México, 1977, Editorial Porrúa, p 237

³⁸ Villoro Toranzo Miguel, *Introducción al Estudio del derecho*, 4ª edición, Editorial Porrúa, p 364

En esta teoría se considera el acto jurídico como un hecho del hombre, consistente en una manifestación de voluntad que tiene la intención de crear efectos de derecho, tales como crear, transmitir, modificar, declarar o extinguir derechos y obligaciones.

Nuestro Derecho recoge esta teoría en los artículos 1792 y 1793 del Código Civil para el Distrito Federal y sus correlativos del Estado de Nuevo León, al establecer que convenio es el acuerdo de dos o más voluntades para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones y que los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos.

Como puede apreciarse, los conceptos de negocio jurídico y acto jurídico, son muy similares, teniendo ambos la consecuencia de producir derechos y obligaciones, sin embargo, el primero de ellos aunque es aceptado en la doctrina italiana y alemana, no ha logrado ser aceptado por la legislación internacional, salvo algunos países como Brasil y Grecia; al menos en nuestro país no se encuentra definido en ninguna disposición legal, por lo que coincidimos con el Dr. Acosta Romero en que no se debe aceptar la utilización del término negocio jurídico, porque no se adapta a nuestra tradición legal y únicamente ocasionaría confusiones, además de que no aporta nada nuevo a la teoría del acto jurídico, que tal y como lo conocemos cumple adecuadamente con las necesidades de nuestra realidad jurídica.

En lo tocante a la ubicación de la figura del fideicomiso en las teorías que acabamos de mencionar, es curioso que la mayoría de los autores sobre la materia³⁹, conceptúan al fideicomiso como un negocio jurídico.

José M. Villagordo

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

En esta teoría se considera el acto jurídico como un hecho del hombre, consistente en una manifestación de voluntad que tiene la intención de crear efectos de derecho, tales como crear, transmitir, modificar, declarar o extinguir derechos y obligaciones

Nuestro Derecho recoge esta teoría en los artículos 1792 y 1793 del Código Civil para el Distrito Federal y sus correlativos del Estado de Nuevo León, al establecer que convenio es el acuerdo de dos o más voluntades para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones y que los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos

Como puede apreciarse, los conceptos de negocio jurídico y acto jurídico, son muy similares, teniendo ambos la consecuencia de producir derechos y obligaciones, sin embargo, el primero de ellos aunque es aceptado en la doctrina italiana y alemana, no ha logrado ser aceptado por la legislación internacional, salvo algunos países como Brasil y Grecia; al menos en nuestro país no se encuentra definido en ninguna disposición legal, por lo que coincidimos con el Dr. Acosta Romero en que no se debe aceptar la utilización del término negocio jurídico, porque no se adapta a nuestra tradición legal y únicamente ocasionaría confusiones, además de que no aporta nada nuevo a la teoría del acto jurídico, que tal y como lo conocemos cumple adecuadamente con las necesidades de nuestra realidad jurídica.

En lo tocante a la ubicación de la figura del fideicomiso en las teorías que acabamos de mencionar, es curioso que la mayoría de los autores sobre la materia³⁹, conceptúan al fideicomiso como un negocio jurídico.

José M. Villagordoa Lozano justifica la existencia de los negocios jurídicos, por el hecho de que junto a las normas tradicionales de los contratos, se van desarrollando nuevas formas contractuales que no están expresamente previstas en la legislación actual y que contrastan notablemente con los contratos tradicionales por la simplicidad y carencia de complicados formalismos jurídicos que caracterizan a estos contratos y al efecto expresa que “en nuestro derecho se ha reconocido y reglamentado el fideicomiso, que es una especie de negocio jurídico; es así como el derecho positivo mexicano va comprendiendo dentro de su ámbito, las nuevas formas contractuales, desconocidas para su derecho tradicional”⁴

Jorge Alfredo Domínguez hace alusión que en los catorce artículos que se contienen en el capítulo relativo al fideicomiso de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se pone de manifiesto el campo tan grande en el que pueden desplazarse la autonomía de la voluntad privada, cuando tiene lugar la celebración de una de esas operaciones; mas aun, precisamente por ello no hay otra figura jurídica en toda la legislación perteneciente al Derecho Privado Mexicano que cuente con la versatilidad de ésta⁴¹

³⁹ Según el Dr. Acosta Romero, en esto coinciden Octavio Hernández, Mario Bauche Garcíadiego. El Dr. Raúl Cervantes Ahumada, Jorge Alfredo Domínguez Martínez, Jorge Serrano Traviña y José M. Villagordoa Lozano.

⁴ Villagordoa Lozano José Manuel, op cit., p 55

⁴¹ Domínguez Martínez Jorge Alfredo. *El fideicomiso ante la teoría General del Negocio Jurídico*, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1975. p 34 y ss.

Es decir, sostiene que en virtud de la diversidad tan grande de fines que pueden perseguirse mediante el mismo, la amplitud del campo en que actúa la autonomía de la voluntad y por las múltiples posibilidades que ofrece la figura, debe considerarse que el fideicomiso es una especie de los negocios jurídicos.

Por su parte Emilio Krieguer Vázquez señala que “doctrinas relativamente recientes profundizan un poco más y distinguen entre los actos jurídicos en los que no sólo aparece la voluntad del sujeto, sino también la intención o propósito de buscar los efectos jurídicos propios del acto que se realiza, en cuyo caso se trata de negocios jurídicos. Frente a éstos, están los actos voluntarios, en los que no se busca la consecuencia jurídica, como es el caso del delito intencional, en donde el agente voluntariamente incurre en la conducta delictuosa, pero no para buscar que se le aplique la sanción penal.

Siguiendo las ideas expuestas, se llega a clasificar al fideicomiso como un negocio jurídico, puesto que el fideicomitente, al crear el fideicomiso, realiza voluntariamente un acto que produce consecuencias de derecho, que son buscadas por el mismo fideicomitente.”⁴²

Existen otros autores que igualmente conceptúan al fideicomiso como un negocio jurídico, sin embargo, no dan una explicación del porqué se le debe considerar de esa forma, por lo que aunado a lo ya comentado en líneas anteriores en el sentido de que con la noción de acto jurídico que se utiliza en nuestra tradición jurídica es suficiente para entender y explicar la figura que nos ocupa, consideramos que no debe utilizarse dicho término para ubicar su naturaleza jurídica.

B. Teoría del negocio fiduciario.

El negocio fiduciario es un negocio indirecto no tipificado por el derecho, integrado por un negocio jurídico manifiesto, válido ante terceros y otro negocio jurídico oculto que responde a la verdadera finalidad perseguida por las partes, válido sólo entre ellas, negocios jurídicos cuyos efectos coinciden.⁴³

Villagordo Lozano, siguiendo a Barrera Graf lo define como “aquel en virtud del cual una persona transmite plenamente a otra ciertos bienes o derechos, obligándose ésta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita y determinada y, como consecuencia de dicha finalidad, obligándose a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o a revertirlos en favor del transmitente”.⁴⁴

Para este autor el negocio fiduciario es un negocio único formado por dos relaciones: una real, que hace posible la transmisión del bien o derecho del fiduciante al fiduciario y una relación obligatoria, por la que el fiduciario se encuentra constreñido, frente al fiduciante, de retransmitirle ese bien o de transmitirlo a un tercero

⁴² Krieguer Vázquez Emilio, op. cit. p. 27.

⁴³ Hernández Octavio, *Derecho Bancario Mexicano-Instituciones de Crédito*, México, 1956, p 245, citada por Acosta Romero, en Banco Mexicano Somex. op. Cit. p.138.

⁴⁴ Villagordo Lozano, op. Cit. P.56 y ss

Francisco Ferrara⁴⁵ dice que el negocio fiduciario consta de dos contratos de índole y efectos diferentes: 1º Un contrato real positivo que produce la transferencia de la propiedad o del crédito y que se realiza de un modo perfecto e irrevocable y 2º Un contrato obligatorio negativo; la obligación del fiduciario de usar tan sólo en una cierta forma el derecho adquirido para restituirlo después al transferente o a un tercero.

Señala el autor que “al negocio fiduciario se le llama con este nombre, porque implica “Fiducia” en el comportamiento de aquél a quién se le hace una atribución patrimonial, se emplea de la siguiente manera: a). Para conferir, de modo particularmente eficaz, un encargo al fiduciario; b). O bien para facilitarle el ejercicio o la ulterior transferencia de un derecho; c). O bien para procurarle la más fácil satisfacción de un derecho de crédito (por ejemplo que nace *ex mutuo*) (se transfiere un bien, en lugar de constituirle una garantía real por suministro de dinero recibido: la llamada *fiducia cum creditore*, o negocio fiduciario de garantía); d). O bien igualmente para confiarle la custodia y la disponibilidad de bienes a través de la transferencia de la propiedad de ellos, con el acuerdo de que el fiduciario debe hacer el uso de esos bienes prescrito por el fiduciante; e). O bien para eludir prohibiciones de la ley; g). O bien para “poner al seguro” (denominada *fiducia cum amico*, negocio fiduciario de custodia o de administración); h). O finalmente para sustraer bienes a los derechos de los acreedores.

De estas últimas figuras parece que el negocio fiduciario puede también ser ilícito, o dar lugar a una hipótesis de fraude. En tales casos, pero sólo en tales caso, el mismo no es válido.”

Rodolfo Batiza⁴⁶ señala que la construcción doctrinal del negocio fiduciario no es idónea para explicar la naturaleza jurídica del *trust* y tampoco lo es para explicar la del fideicomiso que, como aquél, es también una figura regulada por el derecho positivo. El fideicomiso tampoco representa una especie dentro del género de los negocios fiduciarios, desde el momento en que no consiste en un negocio formado por dos elementos cuyos efectos son contradictorios entre sí y en que el primero, es real, exteriorizado, jurídicamente obligatorio, en tanto que el segundo sólo tiene eficacia interna entre las partes. Tiene con el negocio fiduciario una diferencia radical de estructura: el fideicomiso es un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo, un vínculo único con validez y eficacia idénticas entre las partes y frente a terceros.

Como puede apreciarse el negocio fiduciario no debe ser confundido con la figura del fideicomiso, probablemente es utilizado en aquellos países cuyas legislaciones no tienen implementado una institución jurídica que permita cumplir con encomiendas de confianza perfectamente lícitas y determinadas, con toda la protección legal para las partes que en él intervienen como son el fideicomiso y el *trust* anglosajón; consideramos que el negocio fiduciario se asemeja a la idea del *fideicomissum* de las primeras épocas del derecho romano, donde se confiaba en la *bona fides* del fiduciario para el cumplimiento de la encomienda al no existir sanciones jurídicas para su incumplimiento.

⁴⁵ Ferrara Francisco, *La Simulación de los Negocios Jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado, tercera edición, Madrid, 1953, citado por ídem

⁴⁶ Batiza Rodolfo, *op. cit.*, p.160.

Para concluir podemos señalar que el negocio fiduciario es una figura atípica, es decir no prevista expresamente en la ley, que se asemeja en mucho a la simulación de actos jurídicos, porque conlleva una intención aparente de celebrar un acto diferente de la finalidad real de las partes y ésta sólo será efectiva si quién recibe los bienes obra de estricta buena fe y cumple moral y jurídicamente su obligación. Cabe destacar que el negocio fiduciario en general se encuentra prohibido en nuestro sistema legal, así lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas tesis jurisprudenciales, como la siguiente:

“FIDEICOMISO. NEGOCIOS FIDUCIARIOS ILÍCITOS.- La venta de garantía de un préstamo es un negocio fiduciario prohibido por la ley. Sólo es lícito el fideicomiso expreso, con la intervención de las instituciones de crédito autorizadas par operar como fiduciarias. El acreedor no puede apropiarse por sí y ante sí de los bienes dados en garantía, sin los procedimientos señalados en nuestras leyes y los contratos de compraventa en garantía de operaciones de mutuo, son objeto de una simulación parcial y nulos por lo tanto. En consecuencia, debe declararse la nulidad del contrato aparente y la subsistencia de la operación disimulada, debiendo restituirse las partes las prestaciones que mutuamente se hubieren hecho.”⁴⁷

Por otro lado encontramos al fideicomiso que es una figura típica, lícita, legal y perfectamente reglamentada por el orden jurídico, cuya finalidad es encomendada a una institución debidamente facultada por el Estado para llevar a cabo dichas actividades⁴⁸

C. El fideicomiso como manifestación unilateral de voluntad.

Gran parte de los tratadistas del fideicomiso coinciden en que esta figura es un acto unilateral de voluntad de un sujeto capaz y con facultades para decidir sobre la afectación de los bienes fideicomitidos a un fin determinado y para encomendar a una institución fiduciaria el cometido de llevar a efecto esa afectación patrimonial.

El contenido de la declaración de voluntad del fideicomitente es doble: por una parte, constituye un régimen especial respecto de un bien o un conjunto de bienes y, por otra parte, decide que sea una institución fiduciaria quien se encargue de poner en ejecución ese régimen especial. Puede el fideicomitente no designar una institución fiduciaria concreta, bastará con la declaración unilateral de voluntad relativa al destino específico de los bienes determinados y la expresión de voluntad de que la tarea la realice una institución fiduciaria para que el fideicomiso sea existente y válido.⁴⁹

El problema estriba en el acto que crea al fideicomiso y queda planteado conforme al derecho mexicano en saber si es un acto unilateral en el que solo interviene el fideicomitente o si es necesaria la participación de fideicomitente y fiduciario. La confusión creemos que se ha dado por la redacción de los artículos 350 y 352 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, que a la letra dicen:

“Artículo 350. Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas por ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito.

⁴⁷ Apéndice de Jurisprudencia 1917-1988 al Semanario Judicial de la Federación Segunda parte. Salas y Tesis Comunes Vol. VI. Pag. 2890.

⁴⁸ Banco Mexicano Somex, op. cit. p.138.

⁴⁹ Kreguer Vazquez Emilio, op. cit. p.27

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

El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya. Si no fuese posible esta substitución, cesará el fideicomiso.”

“Artículo 352. El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá constar siempre por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.”

El Dr. Domínguez Martínez⁵⁰ afirma que el fideicomiso es un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente por virtud de la cual este destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de ese fin deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello. El fideicomiso en general está compuesto de dos diversos negocios: 1. El constitutivo que es una declaración de voluntad por la que el fideicomitente manifiesta su voluntad en el sentido de destinar ciertos bienes a la realización de un fin lícito y determinado...”

En igual sentido opina el Dr. Raúl Cervantes Ahumada al indicar que “ el acto constitutivo del fideicomiso es siempre una declaración unilateral de voluntad”.⁵¹

Emilio Krieguer Vázquez en su obra denominada Manual del Fideicomiso Mexicano⁵², toca ampliamente el tema, señalando que la solución al problema reside en dividirlo en dos etapas: constitución y ejecución.

En la primera de ellas, es decir en la constitución de la situación jurídica, basta una sola expresión de voluntad, la del fideicomitente jurídicamente capaz y apto para crear esa situación. Esa expresión de voluntad puede ser espontánea o puede ser el cumplimiento de un compromiso previamente concertado, pero en todo caso, será la voluntad del fideicomitente la que tenga eficacia jurídica en la etapa y para los efectos de constitución del fideicomiso.

Otra cosa ocurre en la etapa de realización, en la cual, evidentemente, no pueden producirse las consecuencias jurídicas del acto constitutivo si no existe una institución fiduciaria que acepte el cargo y lo cumpla, pero la aceptación no lleva, necesariamente a la noción de bilateralidad, pues pueden darse dos actos jurídicos sin que ello signifique que esos actos se fundan en un sólo acto contractual.

Continúa dicho autor expresando que si se atiende al contenido de la voluntad del fideicomitente y de la institución fiduciaria, parece difícil encontrar el consentimiento, es decir la coincidencia de voluntades sobre un objeto común. El fideicomitente, si decide

⁵⁰ Op cit. p. 188

⁵¹ Cervantes Ahumada Miguel, op cit , p 289.

⁵² Op cit p 28 y ss.

elegir por sí mismo a la institución, puede hacerlo, aunque puede también abstenerse de nombrarla, en cuyo caso la designación correspondera al o a los fideicomisarios o, en su defecto a un juez. El contenido de la declaración del fideicomitente es doble: afectar bienes a un fin lícito determinado y decidir que se encargue de ejecutar esa decisión una institución fiduciaria. En la primera parte, en la afectación patrimonial no tiene injerencia la institución fiduciaria; sólo podría tenerla en la segunda: en la encomienda.

Pero la mejor prueba de que la designación y la aceptación no llegan a fusionarse en un solo negocio bilateral es que la designación es válida, aunque no la acepte la institución, y la aceptación de esta es condición para la eficacia, pero no para la validez de la designación.

Si la designación de la institución y la aceptación del cargo hecha por ésta constituyen un negocio bilateral de tipo contractual, esa misma naturaleza correspondería al nombramiento que hiciera del fideicomisario y la aceptación del fiduciario, y, lo que es absurdo e inadmisibles, la designación hecha por un juez y la aceptación de la institución nombrada constituirían una relación contractual.

Por ello, este autor concluye que en la etapa de constitución, hay una voluntad unilateral, la del fideicomitente. En la etapa de ejecución, surge otra voluntad unilateral, la del fiduciario que acepta y ejecuta el encargo. Eventualmente, puede surgir una tercera voluntad unilateral: la del fideicomisario, en ningún caso, estas voluntades llegan a constituir el consentimiento típico de los negocios contractuales.

Como crítica a ésta teoría, encontramos el estudio realizado por el Dr. Miguel Acosta Romero, con la que concordamos plenamente y que a continuación expondremos, en el opina que los autores son poco claros al afirmar que existe fideicomiso por el hecho de que el fideicomitente lo constituya, aunque la fiduciaria no lo haya aceptado, y esto parece mas un sofisma a la luz de la lógica jurídica.⁵³

El Dr. Acosta establece que la declaración unilateral de voluntad sólo puede ser fuente excepcional de las obligaciones en los casos en que específicamente lo reconoce la ley. En materia mercantil nuestra legislación reconoce expresamente efectos a la manifestación unilateral de voluntad en la emisión por parte de sociedades anónimas o de las instituciones de crédito, de obligaciones, bonos hipotecarios y financieros, bonos bancarios y certificados de participación. En todos ellos la ley expresamente señala que se emitirán por declaración unilateral de voluntad de la sociedad emisora⁵⁴

Como puede observarse, nuestro sistema jurídico cuando establece la figura de la manifestación unilateral de voluntad, la reconoce expresamente y le señala cuales son sus efectos y hasta ahora no se ha pretendido que exista la declaración unilateral de voluntad tácita.

En ninguno de los artículos que regulan al fideicomiso se utilizan las palabras “manifestación unilateral de voluntad del fideicomitente” a la que el sistema legal le reconozca el efecto de constituir el fideicomiso, de donde es dudoso deducir que el

⁵³ Op cit p 141 y ss.

⁵⁴ Ver por ejemplo los artículos 213 y 228 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito

fideicomiso es una manifestación unilateral de voluntad, pues ello no se desprende, ni de los antecedentes legales del fideicomiso en México, ni tampoco del pensamiento del legislador, como más adelante lo veremos.

La simple manifestación de voluntad no trasmite los bienes o derechos, pues para que ésta transmisión se realice, es necesaria la aceptación de aquella persona que va a recibir tales bienes. En consecuencia, la afirmación de que la simple manifestación unilateral de voluntad constituye y perfecciona el fideicomiso, resulta totalmente ilógica, pues mientras no haya aceptación de la fiduciaria, no habrá transmisión de bienes y no habrá perfeccionamiento del contrato.

La defectuosa redacción del artículo 350 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito lleva a esta interpretación sofisticada, cuando habla de que el fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que, conjunta o sucesivamente, desempeñen el fideicomiso estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse.

La experiencia ha demostrado que solamente se sustituyen cuando por alguna causa el fiduciario no pueda cumplir el fideicomiso o bien, por acuerdo entre las partes.

Además es evidente que el legislador mexicano en las diversas leyes que sobre fideicomiso existieron de 1926 a 1932, fue influido por el pensamiento del Dr Ricardo J. Alfaro por una parte y por el libro de Pierre Lepaulle por la otra, pues parece ser que esa obra era la única obra accesible en esa época, consultada por quien redactó los artículos de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

El Dr. Alfaro, influido por la institución del *trust*, tanto en Estados Unidos como en Inglaterra, llegó a afirmar que el fideicomiso podía constituirse por testamento y así lo propuso en el artículo 17 de su proyecto conocido como "El fideicomiso", pero al mismo tiempo, el artículo 13 expresaba que la existencia de los fideicomisos comienza cuando el fiduciario acepta el cargo, es decir, no podían existir por declaración unilateral de voluntad.

Tanto la Ley de Bancos de Fideicomiso como la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios,⁵⁵ ambas de 1926, consagraron también el principio de que el fideicomiso podía constituirse por testamento, sin embargo, no precisaron el carácter sustantivo de esta institución.

En el prólogo de la obra de Pierre Lapaulle denominada Tratado Teórico y Práctico de los Trusts, el Lic Pablo Macedo reconoce que formó parte de la comisión designada para redactar la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y sobre la institución del fideicomiso textualmente dice:

"Mi estudio consistió en proponer el articulado de la Ley de Títulos que habría de convertirse en el título segundo, capítulo V, Del Fideicomiso, que la comisión antes señalada me hizo el honor de aceptar en sus términos pero del que soy único autor y pleno responsable, especialmente en lo que a defectos puedan atribuirsele. En la configuración de las instituciones fiduciarias, no tuve intervención alguna."⁵⁶

⁵⁵ Secretaría de Hacienda y Crédito Público, op. cit., p. 347.

⁵⁶ Citado por Acosta Romero Miguél, en Banco Mexicano Somex, op. cit., p. 147.

Se desprende del estudio citado que las fuentes básicas del redactor de la ley fueron: primero un artículo de Pierre Lapaulle denominado “La naturaleza del Trust”, traducido por el propio Lic. Macedo y publicado por la Revista General del Derecho y Jurisprudencia, en su tomo III de 1932 y posteriormente el tratado de Lapaulle que también fue traducido por dicha persona.

Ahora bien, respecto de la poca claridad del artículo 350 de la Ley Cambiaria, vale la pena observar el último párrafo que dice:

“El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya. Si no fuese posible esta substitución, cesará el fideicomiso.”

Por una parte se reconoce la autoridad del fideicomitente, expresada en el acto constitutivo y, sólo supletoriamente se dictan las reglas siguientes y por otra parte no se impone la designación de la institución fiduciaria; ya que puede negarse a aceptar el encargo o renunciar a él, pues se configura el caso como *un contrato que requiere la voluntad de ambas partes* y en esos supuestos o cuando al igual que en el de remoción, se nombrará sustituto, fuera de esos casos, como es natural, por falta de fiduciaria cesará el fideicomiso, es decir, terminará o caducará.

Como se desprende de lo anterior, el legislador que redactó la parte relativa al fideicomiso de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito determina que es un contrato y que requiere la voluntad de fideicomitente y fideicomisario.

Aun cuando más adelante usa los términos contradictorios de que el fideicomiso “cesa”, “termina”, o “caduca”, como es posible que cese, termine o caduque algo para lo cual se necesitan las voluntades y una de ellas no se da; creemos que la terminología usada por el doctor Alfaro en Panama en su proyecto era más adecuada y técnica al decir (artículo 13) la existencia de los fideicomisos “comienza cuando el fiduciario acepta al cargo”.

Más adelante el Licenciado Macedo, en la página XXXII del estudio antes citado, reitera que el fideicomiso es un contrato:

“Dos son las ideas rectoras del precepto: 1a. La reiteración de la constitución del patrimonio fiduciario mediante la salida de los bienes del patrimonio del fideicomitente, y su asignación a su nuevo titular; y 2a. La publicidad que en nuestro medio rige la materia de los inmuebles, como garantía del comercio jurídico y para protección de terceros.

En esta forma se evitan las discusiones existentes en otros regímenes jurídicos acerca de la buena o mala fe de quienes contratan con el fiduciario, con todos los inconvenientes y peligros y las dificultades consiguientes de liquidación, que las mismas acarrearán.”

Respecto de la admisión del fideicomiso, en nuestro país, el licenciado Macedo señala lo siguiente:

“Toda la estructura que por ello se dio al fideicomiso mexicano responde a esas ideas. Conviene sólo agregar aquí, que hubiese probablemente sido imposible proceder de otro modo por dos

poderosísimas razones: la primera, porque los “resulting trusts” y los “constructive trusts” son fundamentalmente estructuras que descansan en la jurisprudencia anglosajona, fuente de derecho de riqueza desconocidas en nuestro sistema jurídico; y, en segundo lugar, porque se estimó como una ambición de proporciones poco sensatas el tratar de importar, de golpe y en toda su plenitud el “trust”, institución tan peculiar, y prácticamente desconocida en el medio de origen latino en que nos formamos.”

A la crítica formulada en el sentido de que para la importación angloamericana a México, los legisladores se basaron en la obra de Pierre Lepaulle (autor francés), en lugar de acudir a tratadistas ingleses o norteamericanos y al derecho angloamericano, pues un jurisconsulto francés no puede ser autoridad en materia de derecho anglosajón y que por lo tanto la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no captó la verdadera naturaleza del “trust” anglosajón, el licenciado Macedo afirma que no sólo fueron las ideas de Lepaulle las que inspiraron y orientaron la redacción de la Ley en materia de fideicomiso, sino que “se requirió también a los auténticos expositores de la institución, a los tratadistas ingleses y norteamericanos que se pudieron consultar”.

Cabe comentar que el licenciado Macedo no indica cuáles fueron los tratadistas ingleses y norteamericanos que en esa época pudo consultar y creemos que las grandes obras inglesas y norteamericanas posiblemente no fueron tomadas en cuenta, pues la obra básica de Sir Arthur Underhill (publicada en Inglaterra ya para esas fechas), es dudoso que la hubieran consultado los legisladores y también es de reconocer que las grandes obras norteamericanas se redactaron con posterioridad a la Ley cambiaria de 1932, pues de la monumental obra (18 volúmenes) de Bogert, *The Law of Trusts and Allied Subjects Affecting Trust Creation and Administration*, su primera edición data de 1935 y la obra de Scott *The Law of Trusts* (6 volúmenes) apareció por primera vez en 1939.⁵⁷

En conclusión, no se deduce que el fideicomiso en el pensamiento y letra del legislador pueda tomarse como una manifestación unilateral de voluntad y si lo ha reconocido más bien como un contrato.

El segundo párrafo del artículo transcrito que consideramos ha dado origen a toda esta polémica, es el siguiente:

“En caso de que la constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elijan el fideicomisario, o, en su efecto, el Juez de la Primera Instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas, conforme a la Ley.”

Sin embargo, debe señalarse que la interpretación del mismo no puede llegar al extremo de reconocer que, en su redacción, este implícita la idea de que el fideicomiso pueda constituirse mediante manifestaciones unilaterales de voluntad, pues ya hemos visto que, por lo menos en nuestro sistema jurídico, no existe manifestación de voluntad unilateral en forma tácita o implícita

Cuando en el precepto que comentamos se usa la palabra “designación”, creemos que lo hace impropia, pues los fiduciarios no se designan, pues ello traería como

⁵⁷ Idem

consecuencia la aceptación forzosa de los fideicomisos por parte de quienes los van a desempeñar y consideramos que dada la garantía constitucional establecida en el artículo 5o. de nuestra Constitución política, fuera de los casos que el mismo contempla, a nadie se puede obligar a trabajar en contra de su voluntad, por lo cual los fiduciarios no están obligados a aceptar cualquier fideicomiso y ni siquiera como lo dice el precepto comentado, los jueces de primera instancia, pueden llegar a esa determinación.

El supuesto de manifestación unilateral de voluntad no puede tomarse en esta materia más que como una policitación que hace el presunto fideicomitente, misma que si no es aceptada por ningún fiduciario, no tendrá ningún efecto, pues como ya lo dijo el doctor Alfaro, la existencia del fideicomiso comienza cuando acepta el cargo el fiduciario.

Ya hemos afirmado que el legislador mexicano de 1932 se inspiró en Pierre Lepaulle y efectivamente estuvo diseñando una institución diferente a la norteamericana, principalmente por una cuestión de principios. En México no puede haber fideicomiso tácito ni tampoco se desempeña por personas físicas y no es el resultado de una gran tradición de uso y costumbre como en el derecho anglonorteamericano y en México no existen dos sistemas separados de regulación jurídica, el de equidad y el de derecho común, como si existieron en Inglaterra y en los Estados Unidos y por lo tanto, en México no hay “*resulting trusts*” ni tampoco “*Constructive trusts*”, pues son creaciones jurisprudenciales.

En México ya se dijo que no hay instituciones de equidad, ni tribunales de equidad, sino únicamente tribunales ordinarios y nuestra legislación es escrita.

Uno de los efectos fundamentales del fideicomiso es la transmisión de bienes o derechos al fiduciario, sin la cual no se puede hablar de fideicomiso; en efecto, el licenciado Macedo en la página XXXIX del estudio que comentamos textualmente dice:

“El precepto confirma en su primera parte (artículo 349) que el fideicomiso implica por virtud de la afectación que le es esencial la constitución de un patrimonio distinto del personal del fideicomitente, y por tanto, la salida de los bienes correspondientes de ese patrimonio personal, por lo que es condición *sine qua non* la capacidad de disponer en la persona del fideicomitente.”

Estimamos que hay consenso general de los autores en reconocer que es un efecto lógico, básico, natural del fideicomiso, la transmisión o transferencia de bienes al fiduciario, para que este realice un fin lícito establecido en el acto constitutivo, entonces como es posible que pueda haber transmisión de bienes en una manifestación unilateral de voluntad, pues ningún artículo de la ley cambiaria habla de que por la manifestación unilateral de voluntad salgan esos bienes del patrimonio del fideicomitente y pasen al fiduciario y menos si éste es indeterminado, pues si se trata de inmuebles el fideicomiso debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y cancelar la inscripción a favor del fideicomitente y hacer la correspondiente al fiduciario, si se trata de otros bienes, como acciones, valores, dinero y joyas, para que exista transmisión de la mayor parte de estos bienes, es necesaria la tradición o entrega de los mismos, además del endoso en aquellos títulos de crédito que así lo requieren, por lo que no es posible que la simple manifestación unilateral de voluntad haga salir del patrimonio del fideicomitente

esos bienes, si no existe fiduciario o éste no ha aceptado y por tanto no se le hace tradición de los mismos.

En este aspecto, como lo comenta el Dr. Acosta Romero en la teoría que venimos exponiendo, los autores partidarios de la manifestación unilateral de voluntad son totalmente omisos.

Como ya se indicó. Al usar las palabras “cesa del fideicomiso” en el artículo que tantas veces hemos citado. El legislador dio lugar a toda clase de interpretaciones, pues ya se demostró que no obstante su gran capacidad y los elementos con que contaba en su época, no parecen haber sido suficientes para perfilar esta institución, que se ha ido afinando en nuestro país en los pocos años que tiene de vida, por lo cual el hecho de que aparezcan esas palabras en la ley, está contra la lógica jurídica del contrato.

Por lo que hace a la parte del artículo 349 que habla de que las autoridades pueden ser fideicomitentes, cuando se trata de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades, creemos que es la base para la creación de los fideicomisos públicos, con la salvedad de que en ciertos casos, sobre todo cuando se trata de bienes en guarda o conservación, no podrán establecer fideicomisos porque no tienen la disposición de los bienes, sino precisamente sólo su guarda o conservación.

El otro aspecto por cuya razón los autores comparan el fideicomiso con la manifestación unilateral de voluntades, es el relativo a que nuestro legislador, siguiendo el proyecto Alfaro y las leyes mexicanas anteriores a 1932, estableció la posibilidad de que el fideicomiso pueda constituirse mediante testamento, sin embargo, si analizamos a fondo este aspecto, se puede llegar a la conclusión de que testamento y fideicomiso son conceptos que se excluyen uno al otro.

En principio, cabe un comentario sobre una cuestión constitucional.

Hay una contradicción de competencia legislativa en el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pues si bien el legislador federal tiene facultades constitucionales en materia mercantil de acuerdo con el artículo 73 fracción X, carece en cambio de facultades para legislar en materia civil (sucesiones), que es esencialmente local y está reservada a la autonomía de los Estados y a los legisladores de dichas entidades, por lo tanto al hablar de testamento, el legislador de 1932 invadió la competencia legislativa de las entidades federativas.

Creemos que en este aspecto no puede argumentarse que el Código Civil Federal sea supletorio conforme al artículo 2o. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pues la supletoriedad rige únicamente para aquellos casos de lagunas de la ley, no previstas por el legislador y en este supuesto, evidentemente que no se trata de una laguna de la ley, sino de una invasión de la competencia legislativa de los Estados.

Compararemos a continuación el testamento y el fideicomiso para ver que son incompatibles, pues uno excluye al otro.

El testamento tal como lo define el Código Civil para el Distrito Federal de 1928 en su artículo 1295, es un acto personalísimo revocable y libre por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de la muerte.

En este orden de ideas, puede tomarse el testamento como una acto unilateral de voluntad, esencialmente revocable, de disposición de bienes y derechos para después de la muerte; el fideicomiso por el contrario, es un acto mediante el cual una persona destina ciertos bienes a un fin a una institución fiduciaria (artículo 346 de la Ley Cambiaria), además el fideicomiso debe constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso (artículo 352 de la misma ley).

Formalmente, el testamento puede revestir todas las variantes a que se refieren los artículos 1500 y 1501 del Código Civil para el Distrito Federal y sus correlativos de las Entidades Federativas, por lo cual, en tratándose de bienes inmuebles, el fideicomiso no puede constituirse mediante testamento ológrafo o privado y es dudoso que en tratándose también de esos bienes, se constituya en el testamento militar o marítimo.

Por otra parte, la distinción fundamental consiste en que el fideicomiso es disposición de bienes entre vivos, es decir, en el momento en que se constituye, y no puede ser condicionado a la muerte, pues en ese caso ya no es fideicomiso, sino testamento y por otra parte, este último es un acto de disposición de bienes para después del fallecimiento, estimamos que no basta la voluntad del testador para que se transfiera una propiedad inmueble al fiduciario, ni para que el fideicomiso surta sus efectos; en este caso, no lo inscribiría el Registro Público de la Propiedad ya que es necesaria la aceptación de la institución fiduciaria para ello y la determinación de los derechos y obligaciones de las partes.

La disposición de bienes por testamento esta sujeta a la aleatoriedad de que los bienes permanezcan dentro del patrimonio del testador, durante el lapso que corre entre la fecha del testamento y la muerte de aquél; el patrimonio puede desaparecer por muy diversas causas: que el testador disponga de sus bienes, los enajene, que los expropien, que se los embarguen y rematen, que los bienes perezcan o desaparezcan, o por cualquier otra circunstancia salgan de su patrimonio; en este supuesto, al fallecer no habría materia de sucesión, además, el testamento y la sucesión también están sujetos a que los herederos acepten aquél o lo repudien, a que existan herederos y a que no se impugne la validez del testamento.

Puede suceder que el testador disponga que a su muerte ciertos bienes de la masa hereditaria, sean dados en fideicomiso para un fin lícito, en cuyo caso esa disposición no es constitutiva del fideicomiso, sino que corresponderá al albacea, como representante de la sucesión, celebrar el contrato respectivo con una institución fiduciaria, en ejecución de las disposiciones testamentarias del *de cuius* (lo cual no es un acto de ejecución de fideicomiso, puesto que éste no existe).

En estos supuestos, por más que se hable en el testamento de constituir un fideicomiso, no existe tal, pues mientras los bienes permanezcan en el patrimonio del

frecuente que se contraten pólizas de seguro de vida y se designe beneficiaria una institución fiduciaria; pues bien, en ese momento se está constituyendo un fideicomiso sobre derechos y no un testamento.

Es de hacer notar que, en México, hasta donde hemos podido investigar, ha sido muy escasa o casi nula la práctica de constituir fideicomisos mediante testamento, habida cuenta de las limitaciones señaladas⁵⁹.

D. El fideicomiso como acuerdo de voluntades.

Una vez analizadas las teorías sobre la naturaleza del fideicomiso, hemos llegado a la conclusión de que para la constitución del mismo se requiere necesariamente del acuerdo de dos o más voluntades, es decir que coincidimos con aquellos tratadistas que lo conceptúan como un contrato de acuerdo a su regulación en el derecho positivo mexicano y también tal como se utiliza en el uso y la práctica bancarias de nuestro país. Continuando con las ideas del Dr. Acosta Romero enseguida vamos a dar los razonamientos en que se basa esta afirmación.

Desde luego, el fideicomiso puede encuadrarse como un acto jurídico, ya que es la expresión de voluntad de dos o más personas para crear, transmitir, reconocer, declarar, modificar o extinguir, derechos y obligaciones.

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

Cabe hacer el comentario de que la distinción formal establecida por nuestro código entre convenio y contrato, resulta un tanto superflua en la vida diaria, pues al no tener sanción, se aprecia que se utilizan indistintamente las palabras contrato o convenio para calificar aquellos actos jurídicos en los que las personas, dos o más, expresan su voluntad de crear los efectos de derecho antes mencionados, sin que el uso de una u otra expresión traiga aparejadas consecuencias para las partes, por lo que es una práctica constante que se usa indistintamente y a veces como sinónimos.

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

Esta afirmación creemos que se confirma con un estudio, por analogía de cómo funciona el *trust* en Estados Unidos e Inglaterra, (por ser el modelo tomado por el legislador mexicano) y con las opiniones de los que creemos son los más eminentes tratadistas sobre la materia en ambos países.

⁵⁹ Op. cit. P. 156.

Scott⁶⁰ considera que el *trust* es una relación jurídica que tiene ciertas características y afirma:

“Los autores de derecho y los tribunales han definido, algunas veces al *trust* como una cierta clase de derecho u obligación. Esa definición es demasiado estrecha. Es cierto que si se mira desde el punto de vista del trustee, hay derechos establecidos para él y en favor del beneficiario, pero el *trust* es una relación jurídica completa de la cual, las obligaciones del trustee sólo son una parte... el *trust* es un aparato legal completo, la relación jurídica entre las partes, con respecto a la propiedad que es su materia e incluye no sólo las obligaciones que el trustee tiene frente al beneficiario y el resto del mundo, sino también los derechos, privilegios, poderes e inmunidades que el beneficiario tiene en contra del trustee y el resto del mundo. Parece propio por lo tanto definir al *trust* ya sea como una relación que tiene ciertas características de definición o posiblemente como un instrumento jurídico o una institución legal que entraña esa relación.

Aquí vemos que Scott reconoce la necesidad de dos partes en el *trust*. El *trustee* (fiduciario) y el beneficiario, que pueden entenderse como fideicomitente o fideicomisario, en el derecho mexicano.

Para Sir Arthur Underhill,⁶¹ el *trust* es “Una obligación de equidad que liga a una persona a quien se le designa trustee (fiduciario) para administrar una propiedad sobre la cual se le otorga control (y a la que se llama propiedad fiduciaria) en provecho de personas (a las que se designa beneficiario o cestuis que trust), pudiendo ser uno de ellos el propio trustee (fiduciario) y cualquiera de ellos podrá darle fuerza legal al cumplimiento de la obligación”.

Aunque en esta definición recogida dentro de la estricta tradición inglesa, no se determina el concepto de *trust* con la precisión que lo hace Scott, sí encontramos que existe una relación jurídica entre partes, sobre una propiedad fiduciaria.

Bogert, es más claro y define el *trust* como: “Una relación fiduciaria en la cual una persona tiene en su poder diversos bienes, sujetos a una obligación de equidad para conservarlos o usarlos para el beneficio de otros.”⁶²

El significado de la frase *relación fiduciaria* se explica con amplitud en la sección que trata de los deberes del fiduciario y de los fideicomisos constructivos, ahí aparecerá cómo la relación fiduciaria es una, en la cual la ley demanda a una persona las más altas normas de ética o conducta moral, con relación a otra y agrega más adelante que: “el interés en la propiedad fiduciaria es la parte fundamental de la constitución del *trust* y el *trust* presupone una propiedad específica definida o definible, una propiedad definida que se transfiere al fiduciario y que debe conservar para su manejo o distribución.”

⁶⁰ Scott Wakerman Austin, *The Law of Trusts*, citado por Acosta Romero Migucl, op. cit. p.158.

⁶¹ Underhill Artur, citado por ídem

⁶² Bogert Gleason George, *The Law of Trust and Trustees a Treatise Covering the law Relating to Trust and Allied Subjects Affecting Trust Creation and Administration*, citado por ídem.

El *settlor* (fideicomitente), en un *trust*, es la persona que intencionalmente origina que aquél exista, con cierta frecuencia es llamado *truster* (creador del fideicomiso o donante).

El *trustee* fiduciario es la persona individual o artificial (corporación), que mantiene la propiedad en su poder, para el beneficio de otros.

El beneficiario o *cestui que trust* (fideicomisario) es la persona para cuyo beneficio conserva la propiedad el fiduciario y puede ser en los *trusts* privados, un individuo o una corporación, o en aquellos que tienen fines caritativos, puede ser el público o una clase sustancial del mismo.

En el derecho inglés y norteamericano la obligación del beneficiario es de equidad; Bogert afirma: “En casi todos los casos existen cuando menos tres partes conectadas con el trust, que son: El settlor (fideicomitente) una entidad legal separada que actúa como trustee (fiduciario), una o más terceras personas que son los beneficiarios (fideicomisarios) y más adelante se agrega: sin embargo cuando el settlor (fideicomitente), se declara a sí mismo trustee (fiduciario), ambas calidades recaen en una sola persona en cuyo caso un trust puede existir con sólo dos partes. Una persona no puede estar obligada consigo misma por lo cual no puede tener al mismo tiempo la calidad de settlor, trustee y único cestui. Las personas que intervengan en un trust, no pueden ser menos de dos.”

Si teóricamente es permitido aplicar la analogía en aquellos casos en que encontramos identidad de principios y siendo el fideicomiso mexicano una adaptación del *trust* inglés y norteamericano, cabe concluir que la docta opinión de los autores que hemos citado nos permiten afirmar que el *trust* es una relación jurídica establecida entre dos o más personas. En consecuencia, en México también existe esa relación, pues no puede haber fideicomiso únicamente con el fideicomitente, al igual que en el derecho norteamericano como lo afirma contundentemente Bogert. En México cuando menos debe haber dos personas para establecer y crear un fideicomiso.⁶³

Si se reconoce que el fideicomiso implica una relación jurídica entre dos o más personas, que crea, establece, transmite y declara derechos y obligaciones entre partes es de concluirse que tienen todas las características atribuidas por el Código Civil bien sea al convenio, bien sea al contrato.

Nos inclinamos a pensar que se trata de contrato, en virtud de que crea, declara y trasmite derechos y obligaciones. Además en el uso bancario normal, en la experiencia mexicana, se utiliza el término contrato del fideicomiso.

Estimamos que el uso bancario es generador de principios de derecho complementarios de la ley, cuando existe alguna laguna y en el caso, dicho uso ha generado el principio de que el fideicomiso es un contrato, ya que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no señala qué tipo de acto es, y por lo que se refiere al uso bancario es aplicable el principio establecido en el artículo 2o., fracción III de la

⁶³ Idem, p. 160.

propia ley, de lo que pudiéramos calificar como uso interpretativo en el sentido de que el fideicomiso es un contrato.

Para tratar de ser más contundentes al determinar la naturaleza de la figura que nos ocupa, podemos realizar una interpretación auténtica, invocando la intención del legislador, que en la exposición de motivos de la Ley Cambiaria de 1932, textualmente señala:

“Aún cuando ello ofrece los peligros inherentes a la importación de instituciones jurídicas extrañas, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito reglamenta el fideicomiso, porque ya desde 1926 la Ley General de Instituciones de Crédito los había aceptado, y porque su implantación sólida en México, en los límites que nuestra estructura jurídica general permite, significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía. Corrigiendo los errores o lagunas más evidentes de la Ley de 1926, la nueva Ley conserva, en principio, el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, circunscribe a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias y establece las reglas indispensables para evitar los riesgos que con la prohibición absoluta de instituciones similares al fideicomiso, ha tratado de eludir siempre la legislación mexicana. Los fines sociales que el fideicomiso implícito llena en países de organización jurídica diversa de la nuestra, pueden ser cumplidos aquí con notorias ventajas, por el juego normal de otras instituciones jurídicas mejor construidas. En cambio, el fideicomiso expreso puede servir a propósitos que no se lograrían sin él por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación.”⁶⁴

Es claro que el legislador está concibiendo al fideicomiso como un contrato; pero resulta todavía más firme este punto de vista, cuando el propio legislador, autor de la redacción de los preceptos relativos al fideicomiso de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, señor licenciado Pablo Macedo, en el trabajo ya mencionado varias veces en este capítulo, explica con gran amplitud su intervención en la redacción de dichos preceptos y en dos ocasiones afirma que el fideicomiso es un contrato, ya que habla textualmente de que “se configura en el caso como un contrato que requiere la voluntad de ambas partes” y más adelante expresa “en esta forma se evitaban las discusiones existentes en otros regímenes jurídicos, acerca de la buena o la mala fe de quienes contratan con el fiduciario.” No queda duda pues, de que la intención del legislador fue diseñar el fideicomiso como un contrato.

Rodolfo Batiza señala que “La naturaleza contractual del fideicomiso mexicano, incluso su categoría específica dentro del género como un contrato bilateral, sinalagmático perfecto, se confirma todavía más por la existencia de la condición resolutoria tácita según la cual, conforme al art. 1949 del Código de Civil: ‘ La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere la que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible’. Idéntico principio sustenta Rugiero cuando expresa que la consecuencia fundamental que deriva de este criterio es que sólo en los contratos bilaterales opera la condición resolutoria tácita por virtud de la cual si uno de los contratantes falta a su propia obligación, puede el otro pedir la resolución del contrato

⁶⁴ Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Banco, Seguros y Valores, Legislación Bancaria, T-II, México, 1980, p

o el constreñimiento a su cumplimiento. ‘ La *exceptio non adimpleti contractus*, que da derecho a cada contratante a rehusar su propia prestación si el otro la reclama sin haber cumplido la suya, agrega éste tratadista, sólo es aplicable a esta clase de contratos.’

Nuestra reglamentación positiva consagra esos derechos recíprocos con lo cual se confirma la posición que sostenemos. En efecto, según el art. 128 de la Ley Bancaria, si la institución fiduciaria no rinde las cuentas de su gestión al ser requerida, o si es judicialmente declarada culpable de las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes fideicomitidos, el fideicomisario, sus representantes legales, o el fideicomitente (si se reservó éste derecho), podran pedir su remocion, sin perjuicio de la opción que les concede el art. 355 de la ley sustantiva para exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso. A su vez conforme al art. 137 inc. b) y c) de la ley bancaria, el fiduciario puede renunciar al desempeño de su cargo si el fideicomitente, sus causahabientes, o el fideicomisario, se niegan a pagar las compensaciones estipuladas a su favor, o si los bienes dados en fideicomiso no rinden productos suficientes para cubrirlas.”⁶⁵

Otra práctica administrativo-legal que sustentan tanto Rodolfo Batiza como el Dr. Acosta Romero y que viene a abundar en favor del criterio de que el fideicomiso es un contrato, es el hecho de que todos los fideicomisos del gobierno federal son establecidos mediante contrato, no obstante que su creación se ordena, bien sea por acuerdos presidenciales, bien por leyes, en cuyos casos, en ambos supuestos son actos unilaterales de gobierno y por sí mismos no crean los fideicomisos.

Como ejemplo tenemos la ley de 31 de diciembre de 1954 que ordenó la creación del Fondo para la Agricultura, Ganadería y Avicultura, por sí mismo no constituyó el fideicomiso, sino que fue complementada con el contrato de fideicomiso celebrado el 24 de junio de 1955 en el que el fideicomitente es el Gobierno Federal y la institución fiduciaria el Banco de Mexico, S. A., como este ejemplo, pueden citarse todos los fondos de fomento.

En el acuerdo por el que se autoriza la constitución del fideicomiso para el Fomento y Apoyo del Desarrollo Pesquero, publicado en el Diario Oficial de 31 de Octubre de 1980, se dice entre otras cosas, textualmente lo siguiente: “Artículo 1o. Se autoriza en los términos que a continuación se señalan la constitución de un fideicomiso que se denominará fideicomiso para el fondo y apoyo del desarrollo pesquero”; Como puede verse, el Ejecutivo autoriza la constitución del fideicomiso, pero el acuerdo en sí mismo, no lo crea, pues el artículo 5o. del mencionado decreto textualmente dice: “Las facultades del Comité Técnico con las demás características del fideicomiso en el contrato constitutivo que al afecto celebre el fideicomitente (gobierno federal por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Publico) con la institución fiduciaria (Banpesca).”

Los ejemplos confirman que el Gobierno Federal en todos los fideicomisos que constituye, utiliza la expresión contrato y celebra un acto jurídico de esa naturaleza.

⁶⁵ Batiza Rodolfo, op. cit. p. 163 y ss.

Creemos que ha quedado plenamente confirmada la tesis que hemos venido sosteniendo, al definir formalmente el Gobierno Federal, en diversas disposiciones de carácter general y en leyes, el fideicomiso como un contrato.

Por otra parte tenemos la ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos (D.O. 31 de diciembre de 1980), cuyo artículo transcrito textualmente ordena “El fondo de habitaciones populares a que se refiere la Ley Orgánica que se abroga, en lo sucesivo se registrá de conformidad con el contrato de fideicomiso que celebre la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en su calidad de fideicomitente único del Gobierno Federal y del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A., como fiduciario.”

La Comisión Nacional Bancaria también reconoce al fideicomiso el carácter de contrato en las siguientes circulares: número 362 de 9 de junio de 1951, 480 de 25 de julio de 1957, oficio circular 11961-749 de 4 de abril de 1970, circular número 711 de 10 de junio de 1976, circulares 1231 y 1234 de 16 de enero de 1995, etc.

Por su parte el Banco de México mediante su circular 2019/95 de fecha 20 de septiembre de 1995 señala que salvo las excepciones previstas en dicha circular, el destino de los fondos recibidos en fideicomisos, mandatos y comisiones, a que la misma se refiere, deberán comprender un depósito en efectivo sin interés en el Banco de México, debiendo mantenerse durante la vigencia del contrato de fideicomiso.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas ejecutorias también habla del fideicomiso como contrato, pueden citarse los siguientes precedentes:

“FIDEICOMISO. VENTA DE LOS BIENES AFECTOS AL NO CONTRAVIENE EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL. Tratándose de la venta por la institución fiduciaria de los bienes afectados a un fideicomiso, es inexacto que se contravenga a lo dispuesto por el artículo 17 constitucional, ya que la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares faculta u obliga incluso a las instituciones fiduciarias para llevar a cabo la venta de los bienes que les fueron transmitidos en propiedad fiduciaria, sin la intervención de la autoridad judicial, en virtud de que no se trata de bienes ajenos, dado que ellas son las titulares y están facultadas para disponer de ellos de acuerdo con las instrucciones que se dieron en el contrato de fideicomiso y por ello es improcedente que en la venta intervenga autoridad judicial, cuando no se pacto ese requisito; ni debe estimarse que la fiduciaria ejerce una función judicial, dado que dispone de los bienes del patrimonio del fideicomiso de los cuales es el titular, lo que de ninguna manera implica sustitución de dicha autoridad judicial, sino sólo la realización de un acto emanado de la libre voluntad y determinación del fideicomitente al destinar bienes de su propiedad para la constitución de un fin lícito determinado, y de tal suerte que siendo ello así, es claro que la fiduciaria no vulnera ninguna norma legal al ejecutar el fideicomiso, si obra conforme a los términos estipulados en el mismo.”⁶⁶

“FIDEICOMISO. NULIDAD CUANDO EL FIDUCIARIO ASUME LA CALIDAD DE FIDEICOMISARIO. La intervención principal concedida por la ley al fiduciario en la relación contractual formada con motivo del fideicomiso, a grado tal que desplaza al fideicomitente en toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicometidos, impide que pueda llegar a asumir la calidad de fideicomisario, o sea la persona física o jurídica facultada para recibir el provecho implícito

⁶⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. COMPILACIÓN PRECEDENTES DE LA TERCERA SALA 1969-1986, página 628. amparo directo 3351/79 Juan Calvillo Lozano, unanimidad de 4 votos. Ponente : Raúl Lozano Ranínez. Séptima época: Vols. 133-138, cuarta parte, pag. 97.

en el contrato, pues de permitirse tal situación, la actuación del referido fiduciario ya no estaría determinada por los intereses de quien le encomendó la realización del fin, sino en función de sus intereses propios, con el consiguiente daño en perjuicio de aquel. En este orden de ideas y conforme a la interpretación jurídica del último párrafo del artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la nulidad ahí instituida obedece a la prohibición de que se constituyan fideicomisos en favor del fiduciario y comprende por ende a todos los casos en los cuales el fiduciario asume la calidad de fideicomisario, con entera independencia de que la reunión de esas calidades en el mismo sujeto tenga lugar en el acto constitutivo o bien en cualquier momento posterior. Además estableciéndose la referida nulidad como una sanción a los contratos celebrados contra la prohibición aludida, es correcto estimar que se trata de una nulidad absoluta y por lo mismo no susceptible de convalidación por las partes, a la luz de lo dispuesto por los artículos 80. y 2226 del Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, aplicables supletoriamente conforme al artículo 20. Fracción IV de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito citada.⁶⁷

Consideramos que con todo el conjunto de razonamientos y disposiciones que se han expuesto y comentado en este capítulo, nos llevan a la conclusión clara de que el fideicomiso en México es un contrato.

El contrato de fideicomiso no es un contrato tipo ni uniforme, ni tampoco inmutable, es por ello que da origen a que la doctrina con frecuencia divague al tratar de precisarlo, puesto que es tan amplio y puede abarcar tantas posibilidades que además entraña una serie de actos de administración, de dominio, de pleitos y cobranzas que debe desempeñar el fiduciario, pues no siempre el contrato de fideicomiso es simple, sino que a veces su complejidad es mucha por la característica de su gran flexibilidad, por ello hay que entenderlo como uno de los pocos contratos que todavía se redactan y se discuten entre las partes y cuya gama de posibilidades para establecer derechos y obligaciones es enorme.

Las teorías que existen sobre el particular, nos demuestran la evolución que ha tenido esta figura tan controvertida en el pensamiento jurídico de nuestro tiempo y confirma la importancia y que ha tenido la figura en el desarrollo económico y social de nuestro país.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

⁶⁷ Amparo Directo 4391/69 Banco Hipotecario, Fiduciario y de Ahorros, S.A., 6 de noviembre de 1970 5 votos, Ponente: Mariano A. Zúñiga.

V. ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO.

Los elementos necesarios para la constitución de un fideicomiso en el derecho mexicano, son por una parte la persona o personas que van a destinar ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado, expresando su voluntad de que dichos fines sean llevados a cabo por una institución fiduciaria; por otra parte encontramos el o los bienes o derechos que serán destinados al fin lícito y determinado, éste último puede ser abstracto o dirigirse directamente al beneficio de una persona o grupo de personas, que serán los beneficiarios o fideicomisarios; finalmente encontramos al fiduciario, que será la institución que tenga autorización para realizar las actividades fiduciarias y que será la encargada de ejecutar los fines del fideicomiso.

De los elementos arriba mencionados, la figura del fideicomitente, los bienes o derechos y los fines tienen el carácter de esenciales para el nacimiento del fideicomiso, ya que puede constituirse y operarse el fideicomiso sin existir un fideicomisario y respecto del fiduciario aun y cuando la ley señala la posibilidad de constituir el fideicomiso sin su comparecencia, consideramos que también es un elemento esencial, ya que sin su presencia simple y sencillamente el fideicomiso no operaría.

A continuación analizaremos cada uno de los elementos que conforman el fideicomiso.

A. Las partes.

En el Fideicomiso conforme a la ley que lo regula intervienen los siguientes elementos personales:

1. **Fideicomitente.** En el proceso de gestación y surgimiento del fideicomiso, el primer personaje en hacer su aparición es el fideicomitente. Puede después desaparecer por completo y para siempre; puede reservarse una modesta segunda parte en los estadios ulteriores o bien puede continuar desempeñando un papel de primera figura, su actuación es variable, versátil, ajustable a las necesidades o deseos, a cuya satisfacción atiende concretamente el fideicomiso.⁶⁸

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

Derivado del precepto legal invocado podemos decir que el fideicomitente es la persona física o jurídica titular de los bienes o derechos que se transmiten al fiduciario para el cumplimiento de los fines, que tenga la capacidad necesaria para hacer la afectación que el fideicomiso implica.⁶⁹

⁶⁸ Krieguer Vázquez Emilio, op Cit p.36

⁶⁹ Rocha Nuñez Eduardo, La Banca Fiduciaria, editado por Banco BCH, S.N.C., México, 1987

El primer aspecto que se nos presenta en el concepto vertido es lo relativo a la capacidad jurídica. Será condición *sine qua non* para que una persona pueda ser fideicomitente que tenga capacidad jurídica para realizar el acto correspondiente a la afectación al fideicomiso, ya que estos actos tendrán consecuencias de derecho, por lo que se requiere ser sujeto de derecho en pleno ejercicio de su capacidad jurídica.

Por otro lado tenemos que pueden ser fideicomitentes todas las personas físicas y morales, ya sean públicas o privadas, atendiendo desde luego a la esfera de su competencia, tratándose de las primeras y a los límites de su objeto social, tratándose de las segundas.

Es evidente que la constitución del fideicomiso implica un acto de disposición del propietario de los bienes, por lo que es necesario que el fideicomitente sea propietario de los mismos y tenga la libre disposición de los mismos, para que por sí o por conducto de su representante trasmita su propiedad a la institución fiduciaria para el cumplimiento de los fines establecidos.

Mención especial merece el señalamiento del precepto arriba citado, en lo tocante a las autoridades que pueden constituir fideicomisos. Como se comentó anteriormente⁷⁰ las autoridades administrativas en la esfera de su competencia, ya sea federal, estatal o municipal, pueden ser fideicomitentes respecto de los bienes cuya disposición les corresponde conforme a las leyes, pero respecto de las autoridades administrativas que no tengan esas facultades, así como de las judiciales no estamos de acuerdo, ya que consideramos que resulta un error del legislador hablar de la constitución del fideicomiso por autoridades que sólo tienen la guarda o custodia de bienes ajenos, porque como hemos venido señalando la afectación implica la transmisión de propiedad en favor del fiduciario y sin esa transmisión éste último estaría imposibilitado para cumplir con los fines del fideicomiso, estando más bien en presencia de un mandato.

En este punto Batiza considera que “es un error técnico el enunciar los propósitos para los cuales dichas autoridades pueden detentar bienes que, como fideicomitentes, se les autoriza para afectar en fideicomiso. Con la única posible salvedad del caso de la enajenación, todos los demás propósitos, sea la guarda, conservación, administración, liquidación y el reparto, son jurídicamente insuficientes para permitir la constitución de un fideicomiso, si se tiene en cuenta que para ello es condición indispensable que el fideicomitente goce de la facultad de disposición sobre la cosa porque el fideicomiso produce la transmisión de bienes a favor del fiduciario. Es evidente que en las cinco hipótesis anteriores, con la excepción apuntada, no puede existir dicha facultad”⁷¹

2. Fideicomisario. De conformidad con el artículo 348 de la ley cambiaria, puede ser fideicomisario la persona física o jurídica que tenga la capacidad necesaria para recibir el provecho del fideicomiso. Pudiendo ser uno o varios fideicomisarios o el propio fideicomitente o incluso puede constituirse validamente el fideicomiso sin designación de fideicomisario, en cuyo caso los beneficios los podrá recibir el fideicomitente hasta en tanto no designe fideicomisario⁷².

1020130159

⁷⁰ Ver supra capítulo IV inciso c). p. 32.

⁷¹ Batiza Rodolfo, op. Cit. P. 198.

⁷² Rocha Núñez Eduardo, op. cit. p. 6

Como se desprende del concepto anterior, el fideicomisario es el beneficiario del fideicomiso, es quien recibirá el provecho derivado del mismo, como pudiera ser la transmisión de la propiedad de bienes, el producto de la inversión de capitales, el ejercicio de los derechos corporativos o pecuniarios de acciones representativas del capital social de una empresa, el uso y aprovechamiento de un inmueble, la garantía con los bienes fideicomitados respecto de obligaciones a cargo del fideicomitente o un tercero donde el propio fideicomisario tenga el carácter de acreedor, etc.

Ahora bien, hemos visto que por voluntad del fideicomitente se crea el fideicomiso y es él quien establece las reglas de aplicación del patrimonio a la encomienda correspondiente. Por regla general esa aplicación del patrimonio es en favor de una tercera persona, que precisamente es el fideicomisario y que el fideicomitente legitima como verdadero titular de los derechos derivados del fideicomiso, al efecto Emilio Krieguer⁷³ señala que es necesario diferenciar al fideicomisario del simple beneficiario económico del fideicomiso, que eventualmente pudiera recibir algún provecho económico, al efecto afirma que “desde el punto de vista estrictamente jurídico, solamente pueden ser considerados como fideicomisarios aquellas personas a quienes el fideicomitente, en el acto constitutivo o en un momento ulterior, si se ha reservado el derecho de hacerlo posteriormente, designa como fideicomisarios y, en consecuencia, los legitima para hacer valer los derechos y acciones que integran la situación jurídica del fideicomisario.” Más adelante añade que “por el contrario, el simple beneficiario indirecto, no queda legitimado para exigir que el fideicomiso se lleve a cabo, en su favor, en el mejor de los casos, podrá solicitar al fiduciario o instar al Ministerio Público para que cumplan sus respectivas funciones, pero nunca actuar con plena legitimación frente al fiduciario.”

No basta que el fideicomitente designe a una persona como fideicomisario para que reciba los beneficios del fideicomiso, sino que ésta, para poder llegar a tener ese carácter, será necesario que tenga la capacidad necesaria para ello, que en el caso del fideicomiso, será cuando menos la capacidad de goce, que por regla general, todos la tenemos, ya que respecto de la capacidad de ejercicio, como sería el caso de menores o incapacitados, se vera suplida por la intervención de su representante legal. Al respecto Rodolfo Batiza al realizar el análisis del artículo 248 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, menciona que “Al exigir capacidad a los fideicomisarios, éste artículo debe interpretarse en el sentido, no de aludir a la capacidad activa para ser fideicomitente, sino más bien a la ausencia de alguna incapacidad especial derivada de la ley, puesto que el fideicomiso puede constituirse a favor de incapacitados y aun de no nacidos ”⁷⁴

Entre las principales incapacidades especiales que puede tener una persona para ser designada fideicomisario tenemos las siguientes:

La ley de la materia en su artículo 348 menciona que sera nulo el fideicomiso constituido en favor del propio fiduciario, por lo que éste no tiene capacidad para ser designado como fideicomisario en un fideicomiso a su cargo, salvo por las excepciones que en el mismo dispositivo se señalan.

⁷³ Krieguer Vázquez Emilio, op. cit p.47

⁷⁴ Batiza Rodolfo, op. cit. P. 225.

El artículo 27 constitucional en su fracción I, establece que sólo los mexicanos por nacimiento o naturalización y las empresas mexicanas tienen derecho a adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o las concesiones de explotación de minas o aguas, agregando que los extranjeros podrán gozar del mismo derechos, siempre que convengan ante el Estado Mexicano en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en renunciar a la protección de su gobierno por lo que se refiere a aquellos, bajo la pena, en caso de faltar al convenio celebrado, de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo.

Añadiendo además que por ningún motivo los extranjeros podrán adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas en una franja de cien kilómetros a lo largo de la frontera y de cincuenta en las playas, es decir la denominada zona restringida; por esta razón un extranjero estaría incapacitado para ser designado fideicomisario en un fideicomiso que tuviera dentro de alguno de sus fines el transmitirle la propiedad de algún inmueble dentro de la franja mencionada.

Ley de Inversión Extranjera señala determinadas actividades económicas e integración de sociedades, que están reservadas de manera exclusiva a mexicanos o sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, tales como el transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y carga, sin incluir los servicios de mensajería y paquetería; el comercio al por menor de gasolina y distribución de gas licuado de petróleo; servicios de radiodifusión y otros de radio y televisión distintos de la televisión por cable; las uniones de crédito; Instituciones de banca de desarrollo, etc., por lo que los extranjeros no podrán participar en fideicomisos que les otorgue control o participación en dichas actividades o empresas.

Por otro lado encontramos el artículo 1328 del Código Civil para el Distrito Federal y su correlativo para el Estado de Nuevo León que establecen una incapacidad para heredar de los extranjeros por falta de reciprocidad internacional, es decir, cuando los mexicanos tengan esa incapacidad en el país de origen de dicho extranjero, de igual forma un extranjero no podría recibir a través de un fideicomiso que haya de producir efectos *post mortem* beneficio alguno al coincidir con la hipótesis normativa mencionada.

De igual forma debe aplicarse lo establecido por los artículos 1316, 1331, 1322, 1323, 1324 y 1325, del ordenamiento citado, que establecen la incapacidad para heredar (y por ende para ser fideicomisario) a una persona que haya sido condenada por haber dado, mandado o intentado dar muerte al fideicomitente, o a los padres, hijos, cónyuges o hermanos del mismo; el haber hecho contra el fideicomitente, ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge, acusación de delito que merezca pena capital o de prisión, aun y cuando la acusación sea fundada, a no ser que ese acto lo haga para salvar su vida, su honra o la de las personas señaladas; el cónyuge que mediante juicio haya sido declarado adúltero, si se trata de recibir beneficio del cónyuge inocente; el padre y la madre respecto del hijo expuesto por ellos; los padres que abandonen a los hijos, prostituyeren a las hijas o atentaren a su pudor; . El tutor y el curador del menor fideicomitente; el médico que haya asistido al fideicomitente durante su última enfermedad; el notario ante quien se celebre el fideicomiso, etc

Sobre éste particular, aunque ya hemos comentado que no es lo mismo el testamento y el fideicomiso con disposición testamentaria, consideramos que no sería conveniente dejar abierta la posibilidad de adquirir bienes o derechos vía fideicomiso entre vivos que surtirá efectos *post mortem*, cuando la capacidad para adquirir por sucesión legítima o testamentaria, este negada a ciertas personas.

Finalmente consideramos que las prohibiciones señaladas en el artículo 12 del Código de Comercio, representan incapacidad para participar como fideicomisarios en fideicomisos con actividad empresarial, a los corredores, a los quebrados que no han sido rehabilitados, así como aquellas personas que hayan sido condenados por sentencia ejecutoriada por delitos contra la propiedad, cuando por cualquier título tengan la facultad de decisión en las actividades propias del fideicomiso.

3. Fiduciario. Es la institución debidamente autorizada para actuar como tal y es quien recibe del fideicomitente la titularidad de ciertos bienes o derechos para manejarlos o administrarlos, de conformidad con los fines establecidos en el acto constitutivo del fideicomiso.⁵

De conformidad con lo establecido en el artículo 350 de la ley cambiaria, sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley de Instituciones de Crédito. Sin embargo a partir del 14 de julio de 1996, se rompió el monopolio de las instituciones de crédito en ésta actividad, ya que con las reformas a la Ley del Mercado de Valores y a la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas publicadas en el Diario Oficial de esa fecha, se autorizó a las Casas de Bolsa e Instituciones de Seguros y de Fianzas a ser fiduciarias respecto de actividades relacionadas con su objeto social.

Por su parte la ley bancaria en su artículo 3º dispone que el sistema bancario mexicano estara integrado por el Banco de México, las instituciones de banca múltiple y de desarrollo, el Patronato del Ahorro Nacional y los fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno federal para el fomento económico, así como aquellos que se constituyen para el desempeño de las funciones que la ley encomienda al Banco de México. Cabe señalar que las cuatro primeras entidades mencionadas tienen la facultad de actuar como fiduciarios, Banco de México, las instituciones de banca de desarrollo y el Patronato del Ahorro Nacional, la tienen de acuerdo a sus respectivas leyes orgánicas, mientras que las instituciones de banca múltiple la tienen al operar el servicio de banca y crédito, que consiste en la realización de operaciones activas, pasivas y de servicios, donde se incluyen los servicios fiduciarios. El artículo 8º de la ley en mención, a la letra dice.

“Artículo 8º. Para organizarse y operar como institución de banca múltiple se requiere autorización del Gobierno Federal que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria. Por su naturaleza estas autorizaciones serán intrasmisibles.”

De acuerdo con el artículo 9º sólo gozarán de autorización las sociedades anónimas de capital fijo, organizadas conforme a la ley general de sociedades mercantiles en lo que

⁵Rocha Núñez Eduardo, op. cit. p. 6

no este previsto en la ley y particularmente con lo siguiente: I. Tendrán por objeto la prestación de servicio de Banca y Crédito; II. Su duración será indefinida; III. Deberán contar con el capital social y el mínimo conforme a la ley; IV. Su domicilio social estará en el territorio nacional.

En cuanto al tema en estudio, el artículo 46 de esa ley, precisamente en su fracción XV es donde se determina la facultad de las instituciones de banca múltiple para desempeñar fideicomisos, mandatos y comisiones. Adicionalmente en las fracciones XVI a XXII encontramos las facultades de dichas instituciones para prestar los otros servicios que tradicionalmente han venido siendo atendidos por los fiduciarios. Textualmente dice:

“Artículo 46. Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

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

XVI. Recibir depósitos en administración o custodia, o en garantía por cuenta de terceros, de títulos o valores y en general de documentos mercantiles;

XVII. Actuar como representante común de los tenedores de títulos de crédito;

XVIII. Hacer el servicio de caja y tesorería relativo a títulos de crédito, por cuenta de las emisoras.

XIX. Llevar la contabilidad y los libros de actas de registro de sociedades y empresas;

XX. Desempeñar el cargo de albacea;

XXI. Desempeñar la sindicatura o encargarse de la liquidación judicial o extrajudicial de negociaciones, establecimientos, concursos o herencias;

XXII. Encargarse de hacer avalúos que tendrán la misma fuerza probatoria que las leyes asignan a los hechos por corredor público o perito...”

De lo anteriormente analizado se desprende que a diferencia del *trust* anglosajón, donde pueden ser fiduciarios las personas físicas y las morales, en nuestro país sólo podrán serlo las instituciones de crédito organizadas conforme a la Ley de Instituciones de Crédito, las instituciones de seguros, fianzas, casas de bolsa, el Banco de México y el Patronato del Ahorro Nacional, fuera de ellas ninguna persona física ni moral, nacional o extranjera, podrá desempeñar el cargo de fiduciario. Ya desde la exposición de motivos de la ley bancaria de 1932, expresaba el legislador la conveniencia de que sólo se autorizara la constitución de fideicomisos cuando el fiduciario fuera una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado, ello derivado de lo delicado que resulta la encomienda de confianza, que como ya hemos comentado puede llegar incluso más allá de la vida del creador del fideicomiso, es decir del fideicomitente y por ello se requiere una administración y una vigilancia escrupulosa.

B. La materia.

1. Los bienes del fideicomiso. El elemento real o material del fideicomiso lo constituyen los bienes o derechos que el fideicomitente destina a la realización de un fin lícito determinado y pueden ser de cualquier clase como bienes muebles, inmuebles, acciones, pagarés, dinero en efectivo etc., salvo aquellos derechos que conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular, tales como las garantías individuales, el ejercicio de la patria potestad, etc. Deben tener conforme a los artículos 727, 748 y 749 del Código Civil para el Distrito Federal y su correlativo del Estado de Nuevo León, las siguientes características:

- Existir en la naturaleza o que puedan llegar a existir
- Tener una comercialización no restringida.
- Ser propios o que el dueño consienta en que se fideicomitan.

Los bienes que se encuentran fuera del comercio, pueden estarlo por su naturaleza o por disposición de la ley. Están fuera del comercio por su naturaleza los que no pueden ser poseídos por algún individuo exclusivamente, como lo es el aire, la luz, etc., y por disposición de la ley, los que ella declara irreductibles a propiedad individual, como lo son los monumentos públicos, los bienes afectos al patrimonio de la familia, etc. Estos bienes forman el grupo que la doctrina denomina como “inalienables”⁷⁶.

Hay algunos bienes o derechos que no reúnen los requisitos anteriores y que no pueden ser transmitidos al fiduciario, por encontrarse afectos a algún gravamen a favor de tercero, y que para transmitirse al fiduciario conservan dicho gravamen y además, se requiere el consentimiento expreso del tercero a favor de quien se encuentran efectos tales bienes o derechos.⁷⁷

El titular de los bienes y en general del patrimonio fideicomitado lo será siempre la institución que desempeñe el cargo de fiduciario, con la limitación de que los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin que se destinan, con las modalidades y limitaciones que se establezcan en el acto constitutivo.

Asimismo, respecto de dicho patrimonio el fideicomitente o los fideicomisarios sólo podrán ejercer frente al fiduciario los derechos o acciones que se refieran al fin del fideicomiso, salvo las que expresamente se reserve el fideicomitente, los que deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes con anterioridad a la constitución por el fideicomisario o por terceros.

2. El Patrimonio Fideicomitado. Evidentemente que los bienes o derechos constituyen un elemento esencial del fideicomiso, ya que no podría pensarse en la existencia del mismo si no hay un conjunto de bienes o derechos que son destinados a un fin específico. Ahora bien, ese conjunto de bienes o derechos entran a formar parte de un patrimonio, el llamado patrimonio fideicomitado, que estará afecto en forma temporal a los fines señalados en el propio contrato y respecto de los cuales el fiduciario únicamente podrá efectuar los actos exigidos para el cumplimiento de dichos fines; situación que nos obliga a tratar de dilucidar la naturaleza del mismo, ya que de inicio choca con nuestro concepto de propiedad en su concepción tradicional, es decir con los atributos que le son reconocidos en el Derecho Romano, los llamados *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius abutendi*, que representan el derecho de usar, de disfrutar y de enajenar libremente la cosa sobre la que tenemos el derecho de propiedad.

A continuación expondremos las principales teorías sobre el particular.

⁷⁶ Villagordoa Lozano, op cit p. 178

⁷⁷ Idem.

Primeramente veremos lo que se entiende por patrimonio, para ello siguiendo al maestro Rafael Rojina Villegas⁷⁸ tenemos que es “un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valoración pecuniaria que constituye una universalidad de derecho”.

Añade dicho autor que el patrimonio de una persona siempre estará integrado por un conjunto de bienes, de derechos y, además de obligaciones y cargas; pero es requisito indispensable que éstos derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio sean siempre apreciables en dinero, es decir, que puedan ser objeto de una valoración pecuniaria. Como elementos de patrimonio, considera el activo y el pasivo:

El activo se integra por el conjunto de bienes y derechos apreciables en dinero. Estos bienes y derechos siempre se traducen en derechos reales, personales o mixtos, por lo que el patrimonio invariablemente estará integrado por ese tipo de derechos; entendiendo por derecho real aquel poder jurídico que se ejerce directa e inmediatamente sobre los bienes; por derecho personal aquella relación jurídica que le otorga al acreedor la facultad de exigir al deudor una prestación o una abstención de carácter patrimonial o moral y por derecho mixto, aquellos que tienen caracteres reales y personales a la vez.

El pasivo está compuesto por el conjunto de obligaciones y cargas, que como ya se comentó deben ser susceptibles de valoración pecuniaria. Las obligaciones o deudas, son el aspecto pasivo de los derechos personales, es decir, contemplados desde la posición del deudor representan el deber de cumplir la exigencia del acreedor frente a la relación jurídica que los vincula; las cargas, también llamadas obligaciones reales, son aquellas obligaciones distintas de las personales que se ejercen sobre los bienes, tales como la hipoteca.

Sobre la naturaleza jurídica del patrimonio Rojina Villegas nos indica que existen principalmente dos teorías:

a. La teoría clásica del patrimonio-personalidad. Sustentada por la escuela clásica francesa o escuela de la exégesis, para cuyos exponentes⁹ el conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas que integran el patrimonio, constituyen una entidad abstracta, una universalidad de derecho que se mantiene siempre en vinculación constante con la persona jurídica. Señalan como principales fundamentos los siguientes:

- Solamente las personas pueden tener patrimonio, pues sólo ellas son aptas para poseer, adquirir y obligarse.
- Toda persona tiene necesariamente un patrimonio aunque éste no signifique riqueza actual, ya que tendrá la aptitud de poseer en un momento dado.
- Cada persona tiene un solo patrimonio del mismo modo que solo tiene una personalidad.
- El patrimonio es inseparable en su totalidad de la persona puesto que emana de la propia personalidad.

⁷⁸ Rojina Villegas Rafael, *Compendio de Derecho Civil, T-II, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*. octava edición, Editorial Porrúa, México, 1976, p 7 y ss

⁹ Aubry y Rau, *Cours de Droit Civil Français*, T-IX, p. 333, citado por idem. p 8.

La crítica que se le ha hecho a esta teoría es que llega a una noción ficticia y artificial del patrimonio, despegada de la realidad y vinculada hasta confundirse con la capacidad, aceptando la existencia de un patrimonio sin bienes presentes, bastando la posibilidad de adquirirlos en el futuro, es decir que toda persona debe tener un patrimonio aunque no posea bienes ni reporte obligaciones, bastando la aptitud o posibilidad de adquirirlos o llegar a ser sujeto de obligaciones y derechos y a consecuencia de esta confusión, se atribuyen al patrimonio las características de indivisibilidad e inalienabilidad, que son inherentes a la persona.

Estas características de indivisibilidad e inalienabilidad que se derivan de la teoría del patrimonio personalidad, son criticadas por diversos autores que pretenden demostrar que la noción de patrimonio ni es un concepto tan abstracto o ficticio que llegue a confundirse con la capacidad, ni es exacto que el patrimonio sea siempre indivisible e inalienable por acto entre vivos. Planiol, Ripert y Picard⁸⁰ aportan el concepto de universalidad jurídica y para ello señalan que el conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas de una persona apreciables en dinero, constituye una universalidad jurídica, la cual integra el patrimonio, es decir, que si todo el conjunto no forma una universalidad jurídica, no es patrimonio.

El concepto de universalidad comprende absolutamente todos los bienes, derechos, obligaciones y cargas apreciables en dinero. Los bienes y las obligaciones contenidas en el patrimonio forman lo que se llama una universalidad de derecho. Existen en el derecho masas de bienes que conforman una universalidad de hecho, pero no son patrimonios, la persona podrá tener distintas universalidades de hecho, pero sólo un patrimonio que se presenta como único, indivisible y abarcando tanto el conjunto de bienes presentes como los futuros

La universalidad de hecho se distingue de la universalidad jurídica en que sólo comprende una masa de bienes destinados a un fin económico, como es el caso del fundo mercantil y por tanto constituyen un sector limitado dentro de la esfera patrimonial de la persona con la posibilidad de ser objeto de contrato o de derechos reales; en cambio la universalidad jurídica es sobre todo un conjunto de derechos y obligaciones imputables a la persona, por lo que no se podría tener dos o más universalidades jurídicas y como abarca todo lo que la persona puede poseer, logra la indivisibilidad, que no podría ser objeto de algún contrato.

Nuestro derecho sigue los caracteres y tendencias generales del derecho francés y por tanto, salvo algunas excepciones y modalidades en materia de sucesiones (que el heredero tenga dos patrimonios) mantiene en sus características principales la doctrina clásica como eje para regular el régimen de los bienes y el de las sucesiones, sin llegar al extremo de admitir como principios absolutos la inalienabilidad ni la indivisibilidad del patrimonio; no obstante lo anterior, admite la teoría del patrimonio afectación, únicamente como excepción.

b. La teoría del patrimonio-afectación. Por la dificultad de explicar con la teoría clásica algunas instituciones jurídicas de fundamental importancia en el

⁸⁰ Planiol, Ripert y Picard, Tratado Práctico de derecho Civil Francés, T.- III, p. 22, citado por ídem

derecho positivo, nace esta teoría que considera al patrimonio como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones afectados a la realización de un fin jurídico económico que le da autonomía propia y que permite la existencia de un régimen jurídico especial para darle también fisonomía distinta en el derecho a esa masa autónoma de bienes. En esta teoría, el patrimonio no se confunde ya con la personalidad, ni se le atribuyen las mismas características de indivisibilidad e inalienabilidad propias de la persona, no obstante que exista una relación entre dichos conceptos.

Se contempla la posibilidad de que existan varias masas independientes de bienes, cuyo común denominador y caracteres distintos a la vez, sea su destino en vista de obtención de ciertos fines económicos-jurídicos.

El patrimonio es conceptualizado tomando en cuenta el destino que en un momento dado tengan determinados bienes, derechos u obligaciones en relación con un fin jurídico gracias al cual se organizan legalmente en una forma autónoma. Es decir que siempre se encontrará un conjunto de bienes, derechos y obligaciones destinados a la realización de un fin determinado, sea de naturaleza jurídica o económica y se estará en presencia de un patrimonio, por cuanto que se constituya una masa autónoma organizada jurídicamente en forma especial, como es el caso del fondo mercantil, el patrimonio de familia, la herencia, etc., por lo que pueden existir y de hecho existen distintos patrimonios de una misma persona, como masas autónomas de bienes, derechos y obligaciones y puede también transmitirse su patrimonio por acto entre vivos, especialmente por contrato.

Cabe señalar que esta doctrina es la utilizada en el derecho anglosajón, donde la concepción del patrimonio personalidad ha sido siempre desconocida por no tener influencia del derecho romano y evidentemente que la idea del patrimonio afectación es aplicada en el *trust*, de donde la toma nuestro legislador para integrarla al derecho mexicano mediante la figura del fideicomiso, razón por la que consideramos que ha sido problemática su asimilación a nuestro sistema jurídico. Para una mejor comprensión de lo expuesto, en el siguiente punto trataremos de aclarar ésta postura dentro de nuestro derecho.

Ahora bien, el maestro Rojina Villegas concluye diciendo que se ha criticado a esta teoría por el hecho que las masas de bienes afectos a un fin determinado representan ciertas universalidades autónomas entre sí, además de que choca con los postulados de la teoría clásica respecto a que existe un solo patrimonio general y único de la persona.

Existe diversidad, luego entonces entre el patrimonio y la universalidad jurídica, la cual trae como consecuencia la posibilidad de varias universalidades de derecho y un solo patrimonio; así, el patrimonio de familia y el patrimonio fiduciario son ejemplo de dichas universalidades. Todo patrimonio es una universalidad jurídica pero no toda universalidad jurídica es un patrimonio.

Evidentemente que el problema al que nos enfrentamos es el de determinar si debemos considerar el patrimonio fiduciario como afectación o como universalidad jurídica, que entra en un todo (patrimonio único) que venía siendo sustentado por la doctrina clásica francesa.

c. **El patrimonio afectación en el fideicomiso.** Como ya se comentó anteriormente, la exposición de motivos de la Ley de Instituciones de Crédito de 1932 indica “que el fideicomiso no es un mandato irrevocable, sino una afectación de patrimonio encaminada a un fin que se confiaría a un fiduciario” y por su parte el redactor de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, Lic. Pablo Macedo lo confirma al comentar el artículo 349 de dicha Ley diciendo “que el fideicomiso implica por virtud de la afectación que le es esencial la constitución de un patrimonio distinto del personal del fideicomitente”.⁸¹

Del análisis de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito se desprende que las ideas referentes al patrimonio-afectación, son aplicables a la masa fideicomitada. En efecto, el segundo párrafo del artículo 351 señala:

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

A éste respecto Jorge A. Domínguez Martínez⁸² señala “ciertamente que mediante la figura en cuestión se destina uno o varios bienes al logro de una finalidad, señala el artículo 346 de la Ley enunciada según el cual en virtud del fideicomiso el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin determinado” y mas adelante continúa diciendo que “Son asimismo contundentes los artículos 349 y 351 del ordenamiento señalado pues el primero hace mención expresa a que el fideicomiso implica una afectación de bienes y el segundo se refiere a que dichos bienes se entienden afectos a los fines de aquel. Más aún, el artículo 355 de la misma ley hace referencia al patrimonio objeto del fideicomiso y en la fracción III del artículo 45 de la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares se establece que por cada fideicomiso las instituciones fiduciarias deberán abrir una contabilidad especial, en la que se incluyan todos los bienes particularmente a él afectos, los cuales en ningún caso podrán destinarse a otras responsabilidades que los derivados precisamente de ese fideicomiso”.

Cervantes Ahumada⁸³, a través del proyecto para nuevo Código de Comercio establece en el artículo 807 “ Por el fideicomiso, el fideicomitente transmite la titularidad de un derecho al fiduciario, quien queda obligado a utilizarlo para la realización de un fin determinado”.

Pierre Lepaulle⁸⁴ contempla el fideicomiso como un patrimonio afecto a un fin determinado, para ello señala que “El elemento para el funcionamiento del *trust* es el *Trustee* cuyos derechos y obligaciones varían en función de una cosa que le es fundamental: La misión que debe realizar y ésta última depende de la afectación de los bienes, la cual puede ser determinada por la voluntad del *settlor*, por la ley o la jurisprudencia.

⁸¹ Ver supra Capítulo III, punto B, numeral 7 y Capítulo IV, Punto C., p. 18 y 32, respectivamente.

⁸² Domínguez Martínez Jorge Alfredo, op Cit. p 45.

⁸³ Cervantes Ahumada Miguel, op cit , p 289.

⁸⁴ Idem

Así, dicho autor define el *trust* como “... una afectación de bienes garantizada por la invención de un sujeto de derecho que tiene la obligación de hacer todo lo razonable necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación...”

3. La propiedad fiduciaria.

Para analizar la propiedad fiduciaria, comencemos primeramente por conocer el concepto de la propiedad. Rojina Villegas aplicando la definición del derecho real de la propiedad menciona que ésta se manifiesta en el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto.⁸⁵

El poder jurídico total significa que el aprovechamiento se ejerce bajo la forma de uso, disfrute o disposición de la cosa para enajenarla o gravarla o que se tiene simplemente la posibilidad normativa de ejecutar todos los actos de dominio o de administración, aun y cuando jamás se ejecuten; es decir se trata de un aprovechamiento jurídico y no económico.

Partiendo del concepto arriba señalado, el primer problema al que nos enfrentamos es el de determinar si los bienes y derechos que integran el patrimonio del fideicomiso, son propiedad del fiduciario, ya que como se vio en el punto anterior, aquellos son afectados y entregados a éste para destinarlos a una finalidad determinada de antemano por el fideicomitente y evidentemente que el fiduciario no podrá ejercer el poder jurídico sobre los mismos en provecho propio y en principio la idea de ser propietario sin disponer totalmente de la cosa, choca con nuestra tradición romanista del derecho de propiedad. El segundo problema consiste en determinar la naturaleza de esa propiedad especial que resulta del fideicomiso.

Entre las principales opiniones vertidas sobre el particular tenemos las siguientes:

La teoría del patrimonio de afectación, sustentada por Paul Lapaulle, es recogida en México por el Lic. Pablo Macedo y por el Lic. Juan Landereche Obregón; éste último sostiene que “El fideicomiso es fundamentalmente un patrimonio que se afecta a un fin determinado. Para entender este concepto y su alcance, es indispensable partir de la noción de propiedad considerada en su sentido más amplio, como facultad exclusiva de usar y disponer de los bienes. Partiendo de la idea de la propiedad como medio de realizar el aprovechamiento de los bienes humanos, resulta económica y jurídicamente fundada la formación de un patrimonio destinado a un fin lícito, sin que necesariamente tenga como requisito la existencia de un propietario determinado, sino como simple condición la que de un órgano que realice el fin que se persigue. En este caso puede no existir propietario de los bienes afectos al fin perseguido, siendo bastante con que la

⁸⁵ Rojina Villegas Rafael, op. cit., p. 79

afectación se organice de un modo adecuado para que los bienes cumplan su función de medios de alcanzar los fines de que se trata.”⁸⁶

Esta teoría es también sustentada por Emilio Krieguer Vázquez,⁸⁷ quien señala que “ respecto de los bienes entregados en fideicomiso el fideicomitente deja de ser dueño de ellos, si lo era; el fiduciario no adquiere la propiedad y, cuando mucho, se ostenta como titular de los derechos que son meros instrumentos para el cumplimiento de la tarea que tiene encomendada; el fideicomisario, cuando existe, tiene un derecho personal frente al fiduciario y, eventualmente, una acción persecutoria de la cosa que indebidamente haya salido del patrimonio del fideicomiso. Los bienes fideicomitidos corresponden al grupo de los bienes que, por estar afectos a un fin determinado, no son de libre disposición. Quien en un momento tuvo facultad de disponer libremente de esos bienes, se auto-privó de ella y los consagró a un cierto y determinado fin. Y en el caso del fideicomiso regular esa aceptación se refuerza porque el fideicomitente no sólo expresa la decisión de destinar los bienes a un propósito definido, con exclusión de otros fines, sino que encomienda a una institución bancaria especializada que esa afectación se realice.”

Continúa sosteniendo dicho autor que “el fideicomiso hace desaparecer el derecho de propiedad del fideicomitente, pero no lo sustituye por otro derecho de propiedad, sino por tres conjuntos de facultades y derechos que tienen como sujetos o puntos de imputación al fideicomitente, al fiduciario y al fideicomisario”. Más adelante añade que “los bienes fideicomitidos están sujetos a un régimen especial, incompatible con el de propiedad plena, en virtud de su destinación a un fin específico, es excluyente de cualquier otro. Esa destinación especial trae aparejada la consecuencia de que respecto de esos bienes sólo pueden ejercitarse los derechos y acciones que al fin específico se refieren, quedando excluida la posibilidad de que se ejerciten otros derechos o acciones.”

Mucho se ha criticado a las teorías sustentadas por los autores mencionados, en virtud de la imposibilidad de la existencia de patrimonios sin titular, además de que aquellos que no lo tengan, jamás podrán llegar a ser sujetos jurídicos.

Existe otra teoría denominada del desdoblamiento del derecho de propiedad y como consecuencia de ella se obtienen dos titulares acerca de un determinado bien, uno que es titular jurídico, que es el fiduciario y otro que es titular económico, que es el fideicomisario. Remo Franceschelli⁸⁸ afirma que “el desdoblamiento del derecho de propiedad originario en dos nuevos derechos de propiedad sobre el mismo objeto, que se encuentran atribuidos a dos sujetos diversos, se efectúa de la siguiente forma: en primer término tenemos el derecho de propiedad formal exterior (del trustee), y después el derecho de propiedad sustancial (del cestui que trust).”

⁸⁶ Landereche Obregon Juan, *Naturaleza del fideicomiso en el Derecho mexicano*, Revista Jus, tomo IX, No. 50, septiembre de 1942, Mexico, D F., citado por Villagordoa Lozano, op cit p 93.

⁸⁷ Krieguer Vázquez Emilio, op. cit p 74 y ss.

⁸⁸ Franceschelli Remo, *Il trust nel Diritto inglese*, Casa Editrice Antonio Milani, 1935, p 23 citado por Villagordoa Lozano, op cit p 99.

En esta misma postura, Lizardi Albarrán⁸⁹ al tratar el proceso de construcción del fideicomiso, afirma que opera sobre el derecho de propiedad una descomposición en dos derechos, cuya existencia es formalmente posible por el contenido de las normas que rigen la nueva institución; señala que “uno de los derechos, el del fiduciario, se caracteriza, si no de manera absoluta, cuando menos en su tendencia general, por la facultad de disposición, y por esto el mismo fiduciario queda frente a terceros ostentándose como propietario; ya que dicha facultad es atributo esencial del derecho de propiedad... entrando a estudiar los detalles, se encuentran tales características que permiten configurar el derecho del fiduciario como un nuevo derecho, distinto del de propiedad. En primer lugar es temporal y su duración no puede, por regla general exceder de treinta años, en segundo lugar, existe la función de un fin por realizar y, finalmente no representa para su titular -el fiduciario- ningún valor económico... El segundo derecho es el del fideicomisario que, a diferencia del fiduciario, se caracteriza por tener fundamentalmente un contenido económico, válido *erga omnes*. Este derecho está intrínsecamente ligado al fin de la operación y tiende a confundirse con él, por representar dicho fin en una forma o en otra, un beneficio económico para el fideicomisario.”

Esta teoría también ha sido criticada, ya que en nuestro régimen jurídico la existencia de un titular sobre un mismo derecho real implica la exclusión de cualquier otro. Consideramos que el patrimonio fideicomitado no puede tener dos titulares, ya que es claro que el fideicomitente transmite la propiedad al fiduciario y no hay desdoblamiento de la propiedad ya que los derechos de los fideicomitentes y de los fideicomisarios no son reales sino de naturaleza personal frente al fiduciario, para exigirle las prestaciones señaladas en el contrato de fideicomiso

Finalmente encontramos teorías que contemplan al fideicomiso como una transmisión de derechos al fiduciario, por ejemplo Joaquín Rodríguez y Rodríguez⁹⁰ señala que: “la institución tiene un dominio sobre los bienes limitado que no por ello deja de ser dominio, es decir, dueño del patrimonio, pero es dueño fiduciario, lo que quiere decir que es dueño en función del fin que debe cumplir y dueño normalmente temporal. El fiduciario es dueño jurídico, pero no económico de los bienes que recibió en fideicomiso. Dicho de otro modo, el fiduciario es quien ejerce las facultades dominicales pero en provecho ajeno...” más adelante agrega que “la Ley . . . señala que el fideicomiso implica una transmisión de propiedad en favor del fiduciario y que debe reunir los requisitos publicitarios correspondientes, inscribirlo en el Registro Público de la Propiedad, cuando se trata de bienes inmuebles, o notificación, endoso, tradición, etc., cuando se trate de bienes muebles. Esta traslación de dominio produce efectos contra terceros, lo que quiere decir que el fiduciario aparece como dueño.”

Mariano Navarro Martorell⁹¹ manifiesta que “En resumen, debe concluirse afirmando la integridad del derecho de propiedad desde el punto de vista real. Mediante

⁸⁹ Lizardi Albarrán Manuel, *Ensayo sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso*. Mexico, 1945, p.199, citado por idem.

⁹⁰ Rodríguez y Rodríguez Joaquín, *Derecho Bancario*, Editorial Porrúa, Mexico, 1978, p. 531

⁹⁰ Lapaille Pierre, *La Naturaleza del Trust*, Revista General de Derecho y Jurisprudencia, Mexico, 1932.

⁹¹ Navarro Martorell Mariano, *La propiedad fiduciaria*, Editorial Bosh, Barcelona, 1950, p 178, citado por Villagordoza Lozano, op. cit p 109

el negocio fiduciario se trasmite una titularidad plena, y, como tal, tanto las limitaciones relativas a su extensión, es decir, a las normales facultades de su titular, como las relativas a su duración, no recaen sobre el derecho real en sí, sino más bien sobre su sujeto; son obligaciones personales en cuyo nombre, efectivamente, podrá el fiduciante, en caso de incumplimiento del fiduciario, exigir un resarcimiento de daños, más no una revocación de lo dispuesto por éste último, ni menos la reivindicación de la cosa.” Y añade “Puede por lo tanto, definirse la propiedad fiduciaria, como una propiedad peculiar, caracterizada por una limitación obligatoria que afecta personalmente a su titular sobre el uso de sus facultades y generalmente sobre el tiempo de duración de su titularidad.”

Por su parte Villagordoa Lozano⁹² sostiene que la transmisión de bienes y derechos que integran el patrimonio fiduciario que se realiza del fiduciante al fiduciario es una transmisión plena. Si se trata de bienes se transmite la propiedad, y si se trata de derechos de crédito, se transmite la plena titularidad de los mismos. Los bienes fideicomitidos salen del patrimonio del fideicomitente para colocarse en situación del patrimonio de afectación.

Finalmente admite que la transmisión hecha al fiduciario no es absoluta ya que dicho fiduciario no dispone de los derechos transmitidos en su propio provecho. La limitación que se impone al fiduciario que consiste en la obligación de destinarlos al cumplimiento de la finalidad del negocio, no modifica la esencia del derecho de propiedad, de tal manera que pueda implicar la creación de un nuevo derecho real, sino únicamente implica una modalidad de dicho derecho de propiedad.

Ahora bien, consideramos que las diversas dificultades técnicas que tuvo que enfrentarse el legislador mexicano de 1932 en la adaptación del fideicomiso como una figura jurídica con funciones y finalidades semejantes a las del *trust*, en un sistema legal cuya influencia española y francesa se remonta hasta el derecho romano, se debe principalmente a que en México no existen dos sistemas separados de regulación jurídica, el de equidad y el de derecho común, como es el caso de la gran tradición de uso y costumbre en el derecho angloamericano, que ha permitido la existencia de una doble propiedad con contenido diverso, con lo que se evita cualquier confusión por lo que hace al efecto traslativo de dominio.

En efecto, si analizamos los regímenes de la propiedad en los sistemas legales mencionados, se advertirá que la propiedad en el *trust* difiere de la “propiedad bonitaria, pretoria” o *in bonis* del derecho romano, desde el momento en que la propiedad *in bonis* prevalecía sobre la propiedad *dominium ex jure quiritium*, para reconocer al adquirente frente al propietario que tenía el *nudum ius quiritium* o título de nudo propietario, cuando aquel había adquirido sin utilizar la forma prescrita por el derecho civil, es decir que no se daba la posibilidad de que pudiesen existir dos propietarios respecto del mismo bien, sino que uno excluía necesariamente al otro. En tanto que en el *trust* coexisten, la propiedad legal del fiduciario o *trustee* y la propiedad económica del beneficiario o *cestui que trust*. Esta doble propiedad, es la que ocasiona el conflicto de adaptación del fideicomiso a aquellos sistemas legales que, como el nuestro, tienen una marcada influencia romanista y

⁹² Villagordoa Lozano, op cit p 121

es precisamente la que debe adecuarse si se quiere incorporar con éxito el *trust* al sistema legal respectivo.

Definitivamente que uno de los efectos fundamentales del fideicomiso es la transmisión de bienes o derechos al fiduciario, sin la cual no se puede hablar de fideicomiso; ya lo comentamos al tratar lo relativo a la naturaleza jurídica,⁹³ que el efecto lógico, básico y natural del fideicomiso, es la transmisión o transferencia de bienes al fiduciario, para que este realice un fin lícito establecido en el acto constitutivo, ésta situación la vemos confirmada por el redactor de la Ley sustantiva al sostener que la afectación, conjuntamente con la salida de los bienes del patrimonio del fideicomitente es esencial al fideicomiso y lo refleja en los artículos 352, 353 y 354 de dicha ley al establecer que el fideicomiso debe reunir los requisitos de forma que señale la legislación común sobre transmisión de propiedad de los derechos o las cosas que conformen su materia, así como la obligación, si se trata de inmuebles, de inscribir el fideicomiso en la sección de propiedad del Registro Público de la Propiedad y cancelar la inscripción a favor del fideicomitente; si se trata de otros bienes, como acciones, valores, dinero y joyas, para que exista transmisión de estos bienes es necesaria la tradición o entrega de los mismos, además del endoso en aquellos títulos de crédito que así lo requieren.

Esto es esencial, ya que consideramos que el fiduciario debe contar con todas las facultades inherentes al propietario de los bienes y si no fuese el propietario se vería imposibilitado de dar cumplimiento a los fines que le fueron encomendados, convirtiendo su gestión en un simple mandato; como ejemplo podemos citar el caso de los fideicomisos “con disposición testamentaria”, denominados así dentro de la práctica bancaria de nuestro país, donde los fines se ven ampliados en el tiempo más allá de la muerte del fideicomitente y en éste caso el fiduciario acatando en los términos la encomienda que le hizo el fideicomitente, tendrá que llevar a buen término la misma, exista o no fideicomisario determinado. Evidentemente que si al constituirse el fideicomiso el fideicomitente no hubiere transmitido la propiedad de los mismos, al ocurrir su fallecimiento, los bienes fideicomitados seguirían la suerte de su sucesión, haciéndose nulas las disposiciones sobre su destino; sin embargo ello no sucede, ya que el fiduciario es el dueño de los bienes y deberá aplicarlos conforme se le haya indicado en el contrato, al ocurrir la condición suspensiva consistente en la muerte del fideicomitente.

Situación similar la encontramos en los fideicomisos de garantía en los que el fideicomitente trasmite la propiedad de ciertos bienes o derechos al fiduciario, para que con los mismos se garanticen las obligaciones a cargo de dicho fideicomitente y en favor del fideicomisario. En caso de ocurrir el incumplimiento de las obligaciones garantizadas, el fiduciario llevara a cabo un procedimiento de ejecución pactado en el propio contrato, enajenando los bienes fideicomitados para que con el producto de la venta se cubran los adeudos respectivos; si el fiduciario no fuese propietario de los bienes tampoco podría cumplir con los fines del fideicomiso; como ya se comentó, tratándose de inmuebles el fideicomiso debe inscribirse en la sección de propiedad del Registro Público, ya que en caso de inscribirse en la sección de gravámenes, el fideicomitente podría disponer de los bienes e incluso otros acreedores podrían embargar los bienes materia del fideicomiso,

⁹³ Ver supra p. 42.

impidiendo el cumplimiento de los fines establecidos, además de la dificultad del fiduciario para enajenar los bienes para cumplir con su propósito y en los casos en que se contemple la constitución de otros gravámenes resultaría gravamen sobre gravamen, situación por demás irregular.

Cabe señalar que desgraciadamente esta situación es común en la práctica, ya que todavía existen algunos registradores públicos en las diferentes entidades federativas, que no obstante que el artículo 353 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito ordena la inscripción respectiva en la sección de propiedad, insisten en considerarlo como un gravamen, salvo que se cubra el Impuesto Sobre Adquisición de Inmuebles, lo cual es indebido acorde a lo establecido en el artículo 16 del Código Fiscal de la Federación y sus correlativos de las legislaciones fiscales de los Estados, ya que conforme a ésta disposición, en los fideicomisos de garantía no existe enajenación fiscal, no obstante que el fideicomitente trasmita los bienes al fiduciario y designe un fideicomisario diverso de él; esto es comprensible ya que el fideicomiso se constituye para garantizar una obligación y una vez que se satisface ésta el fiduciario revierte la propiedad de los bienes al fideicomitente y éste en tanto no se ejecute el fideicomiso no pierde el derecho a readquirir dichos bienes y por ende al no encuadrar en la hipótesis normativa de la enajenación, evidentemente no se causa dicho impuesto. Como lo veremos más adelante, para efectos fiscales nuestro sistema tributario considera como propietario de los bienes al fideicomitente o al fideicomisario, según tenga uno u otro la facultad de disposición o provecho de los mismos.

Ahora bien, si hemos de concluir que los bienes pasan a ser propiedad del fiduciario en virtud de la afectación que el fideicomitente realiza en el contrato de fideicomiso, el segundo problema, como ya comentamos líneas atrás, versa en determinar la naturaleza de dicha propiedad. Hemos expuesto algunas de las teorías sustentadas por los principales doctrinarios de la materia, las cuales difieren substancialmente entre sí, sobre todo por todas las posibilidades que encierra la solución del problema; nosotros consideramos que al adaptarse la figura del *trust* en nuestro sistema legal, con las características propias de nuestro sistema legal, no sólo se instrumentó una institución novedosa, sino que para lograr una importación congruente se estableció un nuevo concepto de la propiedad desconocido en nuestra tradición jurídica.

Este concepto, conocido en la práctica bancaria como “propiedad fiduciaria” es aplicable a la titularidad de cualquier derecho, sea real o personal, siempre y cuando este último sea susceptible de valoración pecuniaria, que se transmite al fiduciario para destinar los bienes que conforman su objeto indirecto o los créditos que amparen, según sea el caso, a los fines establecidos en el contrato de fideicomiso.

En efecto, la Ley General de Título y Operaciones de Crédito reglamenta la propiedad que resulta de la constitución de un fideicomiso, no obstante que emplea la palabra “titular” y en ninguno de sus preceptos se menciona la palabra “propiedad fiduciaria”.

Sin embargo esa titularidad abarca todo tipo de derechos, salvo los estrictamente personales de su titular, según lo dispone el artículo 351 de la citada ley y debemos

entender que se refiere a la propiedad cuando se trate de bienes susceptibles de dicho derecho.

Esta propiedad “especial” que surge con el fideicomiso no es más que una categoría dentro del género de la propiedad y debemos entenderla precisamente como un derecho real que se caracteriza no por un poder económico sobre el bien, sino por un poder jurídico que se integra por un conjunto de posibilidades normativas para realizar actos de dominio o de administración sobre la cosa, pero sin necesidad de que tales facultades se ejerzan, es decir basta la posibilidad reconocida en el derecho subjetivo para que se hagan valer, aun cuando jamás lleguen a tener ejecución.

De acuerdo a lo anterior existirá el derecho real como simple facultad jurídica a través de un conjunto de posibilidades para realizar actos de dominio o de administración sobre la cosa, sin que sea necesario que exista el poder económico que se traduce en el aprovechamiento total o parcial del bien. La propiedad existe, por el solo hecho de reconocerse al dueño un conjunto de facultades jurídicas para usar o disponer de la cosa aun cuando jamás se ejerzan esas facultades, es decir, a pesar de que no se lleve a cabo un poder económico de aprovechamiento efectivo.⁹⁴ Además no debemos olvidar que el objeto directo e inmediato del derecho real es la conducta, tanto del sujeto activo que se manifiesta en las facultades jurídicas comentadas, como del sujeto pasivo determinado o indeterminado que da lugar a las obligaciones reales. Y únicamente como objeto indirecto encontramos el bien sobre el que recaen los actos jurídicos derivados de dichas conductas.

Las facultades jurídicas que tiene el titular para usar, gozar, disponer o afectar un bien en garantía que conforman el aspecto activo del derecho real de propiedad, las tiene plenamente el fiduciario y así lo ostenta frente a los terceros en general, siendo valederas *erga omnes*, es decir que una vez que se le ha transmitido la plena propiedad o titularidad de los bienes o derechos, la ostenta frente a todos los terceros e incluso frente al fideicomitente y al fideicomisario, aun y cuando el primero se haya reservado el derecho de revocar el fideicomiso o se señale al segundo como beneficiario de los bienes, pues en ese caso, ambos tendrán un derecho personal frente al propietario o titular de los bienes o derechos, es decir frente al fiduciario para exigirle la reversión o la transmisión de los bienes al momento en que así lo decidan, según sea el caso, pero será necesario un acto jurídico en el que en cumplimiento de esa obligación personal, el fiduciario le transmita, a quien corresponda, la propiedad de los bienes o la titularidad de los derechos.

En ese orden de ideas, el hecho de ejercer única y exclusivamente las facultades jurídicas necesarias para el cumplimiento de los fines o hacerlo en provecho ajeno, es decir en beneficio del fideicomitente o del fideicomisario, no quiere decir que el fiduciario no sea el propietario de los bienes o que dicha propiedad sea limitada, ya que es perfectamente válido que el titular del derecho imponga las modalidades que considere necesarias según convenga a los intereses de las partes contratantes, así lo dispone el artículo 830 del Código Civil Federal y sus correlativos de las entidades federativas, al señalar que “el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes”.

⁹⁴ Rojina Villegas Rafael. op cit . p 45.

Este artículo, como se desprende de una interpretación auténtica a la exposición de motivos de citado código federal, encontramos que rompe con la teoría individualista del sistema romano que aun se venía manejando en el Código Napoleónico y en nuestro Derecho durante la primera mitad del siglo pasado, en donde se consideraba a la propiedad como un derecho absoluto para usar y disponer del bien. En la citada exposición de motivos se lee que la comisión redactora “ adoptó la teoría progresista que considera el derecho de propiedad como el medio de cumplir una verdadera función social. Por tanto, no se consideró el derecho de propiedad como un derecho individual del propietario, sino como un derecho mutable que debía modelarse sobre las necesidades sociales a las cuales estaba llamado a responder preferentemente, para cuyo efecto, y de acuerdo con los preceptos constitucionales relativos, se había impuesto algunas modalidades a la propiedad tendientes a que no queda al arbitrio del propietario dejar improductiva su propiedad y a que no usara de su derecho con perjuicio de tercero o en detrimento de los intereses generales.”⁹⁵

Esto significa que al derecho de propiedad en su concepción actual, se le reconoce el derecho subjetivo de usar, disfrutar y disponer de una cosa, pero como función social, no como un derecho subjetivo, absoluto e inviolable que la norma jurídica no puede tocar, sino al contrario, como consecuencia de un deber social en donde todo hombre tiene que intensificar la interdependencia humana; por eso consideramos válido las modalidades que se establezcan en el contrato de fideicomiso respecto de los bienes y conforme a las cuales el fiduciario ejercitara sus facultades de dueño para la consecución de los fines, conforme lo señale el contrato, el fideicomitente, el fideicomisario o el comité técnico, según corresponda.

Esta categoría de la propiedad que permite ejecutar las facultades jurídicas que se tienen respecto de los bienes o derechos materia del fideicomiso en beneficio de una persona diversa al titular, implica el reconocimiento de una universalidad jurídica dentro del patrimonio de la institución que funja como fiduciario, tomando en cuenta el destino que tengan determinados bienes, derechos u obligaciones en relación con el fin jurídico para el cual fue constituido y gracias al cual se organizan aquellos en forma autónoma.

Por ello al hablar de fideicomiso siempre encontraremos un conjunto de bienes o derechos que constituyen un patrimonio autónomo que se organiza jurídicamente para la realización de un fin lícito y determinado y no se confunden con los restantes bienes de su titular, así lo conceptúan los artículos 351 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en cuanto señala que los bienes se consideraran afectos al fin a que se destinan y al 79 de la Ley de Instituciones de Crédito que al efecto señala.

Artículo 79. - En las operaciones de fideicomiso, mandato o comisión, administración o custodia, las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la institución de crédito, con los de las contabilidades especiales.

⁹⁵ Código Civil para el Distrito Federal, exposición de motivos, Libro Segundo, De los bienes, editorial Porrúa, México, 1990, p. 19.

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

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido diversas ejecutorias en las que aun y cuando no se precisa la naturaleza jurídica del fideicomiso, se desprende de ellas que mediante ésta figura se constituye un patrimonio autónomo mediante la afectación de determinados bienes o derechos a un fin lícito y determinado, que se logra mediante la transmisión de la propiedad o de la titularidad de los derechos que conforman dicho patrimonio en favor del fiduciario; entre ellas encontramos las siguientes:

“FIDEICOMISO, NATURALEZA DEL.- Entre el fideicomitente y el fiduciario hay una relación de causahabencia, dado que aquél trasmite a éste el dominio de los bienes fideicometidos y al extinguirse el fideicomiso se opera la retrasmisión del dominio de esos mismos bienes de la fiduciaria al fideicomitente, por lo que no es suficiente la figura del mandato para explicar la capacidad jurídica del fiduciario para ejecutar los actos jurídicos que se le han encomendado, ya que no actúa en nombre de otro sino que ejecuta un derecho propio, en virtud de que tiene el dominio sobre los bienes afectos al fideicomiso, sin perjuicio de su obligación de rendir cuentas al fideicomitente y de devolver los bienes que resulten a la terminación del fideicomiso.”⁹⁶

“FIDEICOMISO, NATURALEZA DEL.- Según puede advertirse en los artículos 346, 351 y 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en nuestra legislación se concibe el fideicomiso como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, afectación por virtud de la cual el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicometidos, de los que pasa a ser titular la institución fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito encomendado.”⁹⁷

“FIDEICOMISO, INTERÉS JURÍDICO PARA IMPUGNAR ACTOS DE AUTORIDAD QUE ATENTEN CONTRA EL.- RADICA EN LA INSTITUCIÓN FIDUCIARIA. Al ser el fideicomiso un contrato mediante el cual una persona trasmite a una institución fiduciaria, parte de sus bienes, para la realización de un fin lícito, que la propia persona señala en el contrato respectivo, es claro que el titular de los bienes o derechos transferidos es la institución fiduciaria y es a ésta a quien corresponde vigilar el cumplimiento de las obligaciones o fines del fideicomiso, en los términos de lo dispuesto por el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y por ello, es la única legitimada para reclamar en la vía de amparo cualquier acto de autoridad que atente contra el mismo; por lo que si acudió al juicio constitucional una de las partes del contrato de fideicomiso (fideicomisario), debe estimarse que carece de interés jurídico, puesto que no tiene el carácter de propietario o poseedor de los bienes objeto del fideicomiso y es por ello que la afectación que pudiera sufrir, no deriva directamente del acto de autoridad, sino del incumplimiento por parte de la institución fiduciaria del contrato respectivo, por ende, procede sobreseer en el juicio de garantías con apoyo en lo dispuesto por la fracción III del artículo 74 de la Ley de Amparo.”⁹⁸

“SOCIEDADES ANÓNIMAS, PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS. FIDEICOMISO. Nada impide que una sociedad, sin perder su unidad, actúe en diversos actos con personalidades jurídicas distintas, como en el caso del fideicomiso, evento en el que la fiduciaria, independientemente de las obligaciones que le son inherentes de acuerdo con el contrato social, se sujeta a las derivadas del fideicomiso conforme al acta constitutiva y a la ley, adquiriendo así una personalidad jurídica

⁹⁶ Amparo directo 171/65, José Refugio Dévora Mojarro, 13 de abril de 1967, 4 votos, Ponente: Mariano Azuela. Precedente Quinta época, Tomo CXVIII, Pág. 1083.

⁹⁷ Amparo directo 4391/69, Banco Hipotecario, Fiduciario y de Ahorros, S.A., 6 de noviembre de 1970, 5 votos, Ponente: Mariano Azuela.

⁹⁸ PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO. Amparo en revisión 170/88 Banco de México, S.N.C., 11 de febrero de 1989, unanimidad de votos, ponente: Enrique Ramon Garcia Vasco

distinta y con la que actúa en el fideicomiso, del que nacen obligaciones dentro de las cuales se encuentra la de identificar los bienes fideicomitidos, registrarlos y mantenerlos separados de sus propios bienes; luego así una institución, en su calidad de fiduciaria, avala títulos de crédito expedidos a la orden de la misma institución, actuando por su propio derecho, y cubre a ésta última lo adeudado por el avalado, lo hace con personalidades jurídicas distintas y, por lo tanto, se encuentra legitimada activamente para el ejercicio de la acción que deduzca en contra del deudor.”⁹⁹

“FIDEICOMISO. INEMBARGABILIDAD DE LOS BIENES MATERIA DEL. Es cierto que la fracción I del artículo 45 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares impone a los bancos fiduciarios el deber de guardar el secreto propio de la clase de operaciones a que el invocado precepto alude; según el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los bienes constituyen un patrimonio autónomo afecto a un fin lícito determinado, o sea al del fideicomiso; esto significa que dichos bienes salen del patrimonio del fideicomitente para constituir el de afectación y por ello los acreedores del fideicomitente no pueden perseguir tales bienes, salvo el caso de fideicomiso constituido en fraude de acreedores, según el artículo 351 de la Ley últimamente invocada; y por lo tanto resulta evidente que si no existe el aludido derecho de persecución, como es el caso de quien no es fideicomitente o fideicomisario, menos puede existir el de embargar al fideicomitente los bienes materia del fideicomiso.”¹⁰⁰

El reconocimiento que hace la Suprema Corte de Justicia en lo que se refiere al efecto traslativo de dominio en el fideicomiso y la creación de un patrimonio administrado autónomamente respecto de los restantes bienes del fiduciario, que se logra mediante la afectación de los bienes o derechos, nos confirma la existencia de una nueva modalidad de la propiedad, que conjuntamente con el patrimonio de familia, el fundo mercantil, el patrimonio de una fundación y otras figuras similares, conminan al legislador a buscar una reforma al Código Civil Federal para adecuar nuestro derecho positivo a la realidad jurídica en que vivimos, acorde a lo previsto por el legislador de 1928 que ya vislumbraba el derecho de propiedad como un derecho mutable que debía modelarse sobre las necesidades sociales a las cuales estaba llamado a responder.

Así lo señala Ignacio Fuentes Torres¹⁰¹ al mencionar que: “Aunque la propiedad fiduciaria carece de antecedentes expresos en nuestro sistema legal, entendido este en sentido estricto para comprender sólo al derecho legislativo, se encuentra no obstante reconocida por obra de la jurisprudencia de la Suprema Corte, auxiliada por la doctrina. Tal situación, lejos de haber eliminado la necesidad de reformar el *Código Civil*, acentúa la conveniencia de esta solución técnica para una mejor y más correcta regulación del fideicomiso y de la propiedad fiduciaria en el sistema jurídico mexicano”

C. Los Fines.

El fin del fideicomiso es el objeto o propósito principal de la relación contractual resultante de su constitución, se representa como un conjunto de actos jurídicos que realiza el fiduciario para llevar a cabo las instrucciones del fideicomitente vertidas en el acto constitutivo o durante su vigencia, con el objeto de cumplir con los intereses buscados mediante la canalización de los bienes o derechos que le transmite dicho fideicomitente

⁹⁹ APENDICE DE LA JURISPRUDENCIA 1917-1988 AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN SALAS Y TESIS COMUNES, Quinta época, Tomo XXVII, Pág. 691, Compañía Hidroeléctrica Potosí

¹⁰⁰ PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL PRIMER CIRCUITO Amparo en revisión 155/1969

¹⁰¹ Banco Mexicano Somex, S.A., op. cit., cap. XII, Elementos Reales del Fideicomiso, p. 190

Toda la actividad jurídica que desempeña el fiduciario va encaminada a cumplir con el propósito fijado por el fideicomitente y lo consigue mediante la realización de los actos jurídicos concretos que se requieren para el fiel y exacto cumplimiento del fideicomiso.

En los términos de los artículos 346 y 347 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, puede ser contemplada como fin del fideicomiso, cualquier actividad humana que sea posible y que además sea lícita y determinada.

Para entender más claramente los requisitos jurídicos que se deben cumplir al establecer los fines de un fideicomiso, sin pretender profundizar demasiado sobre el particular, habremos de analizar las disposiciones relativas contenidas en el Código Civil para el Distrito Federal, cuya aplicación supletoria a la materia mercantil la permite la fracción IV del artículo 2º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

El artículo 1827 de dicho Código señala que el hecho positivo o negativo, objeto de un contrato, debe ser posible y lícito.

El objeto en las obligaciones de hacer debe ser posible, tanto física como jurídicamente. Se dice que hay imposibilidad física cuando una ley de la naturaleza impide la realización del hecho, constituyendo un obstáculo insuperable, de tal manera que en forma absoluta y para toda persona no podrá realizarse la prestación debida. Hay imposibilidad jurídica cuando el hecho no puede realizarse porque una norma de derecho constituye a su vez un obstáculo insuperable para su ejecución; en la imposibilidad jurídica no se trata de violar una norma de derecho, sino que ni siquiera llega a realizarse la prestación, por cuanto que la ley impide de plano la posibilidad de ejecución y desde el punto de vista legal, el acto no tiene ni tuvo existencia alguna.¹⁰²

Por tanto es imposible el fin que no puede existir por ser incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que deba regirlo necesariamente y que constituya un obstáculo insuperable para su realización (artículos 1828 y 1830 del Código Civil).¹⁰³

De conformidad con el artículo 1830 del citado ordenamiento es ilícito el fin que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres y por otro lado el artículo 1831 dispone que el fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

Aplicados a *contrario sensu* obtenemos el concepto legal de fin lícito, en el sentido de que será aquel que no sea contrario a las leyes de orden público o a las buenas

¹⁰² Rojina Villegas Rafael op cit., Tomo III, p. 67.

¹⁰³ Villagordoa Lozano. op cit. p. 180.

costumbres. Por su parte Rafael de Pina lo conceptúa como lo Justo, lo permitido, según justicia y razón. Ajustado a Derecho.¹⁰⁴

Ahora bien, por leyes de orden público entendemos aquellas normas jurídicas prohibitivas o imperativas destinadas a cubrir una necesidad social o a procurar una adecuada convivencia dentro de la comunidad. Rafael de Pina¹⁰⁵ lo define como el estado o situación social derivada del respeto a la legalidad establecida por el legislador.

Por lo tanto podemos concluir que cualquier acto que sea contrario a las disposiciones jurídicas de una sociedad, deberán ser consideradas contrarias al orden público por provocar el rompimiento de la legalidad establecida en dicha sociedad, excepción hecha de las normas supletorias de la voluntad de las partes que son dictadas para reglamentar obligaciones en los contratos, cuando las partes no han manifestado su voluntad sobre cierto punto de interés jurídico.

Respecto del segundo elemento que integra la licitud del fin en un contrato, es decir las buenas costumbres, Rafael del Pina¹⁰⁶ se refiere a ellas como la “conducta derivada del acatamiento espontáneo de los principios morales aceptados en una sociedad determinada en un momento también determinado de su historia”.

Al respecto Rafael Rojina Villegas nos indica lo siguiente: “Jellinek afirma que el derecho es un mínimo ético, porque dentro de las normas morales, en un momento dado, se consideran indispensables para la convivencia social un conjunto mínimo de ellas, que se elevan a la categoría de jurídicas, y respecto de las cuales el Estado, es decir, el poder público, administra una sanción.” Más adelante continúa diciendo “Existen infinidad de normas de moral social que no son indispensables para la convivencia, por lo tanto, el poder público no las juzga necesarias y no las protege decretando una sanción cuando son violadas. Sólo aquellas normas de moral social que tienen una misma finalidad con las jurídicas o sea garantizar las bases para lograr la convivencia social, deben tener una sanción semejante para decretar la nulidad de aquellos actos que se ejecutan en violación de las mismas.¹⁰⁷ Como ejemplo de este tipo de conductas, tenemos la promesa de una prestación bajo condición de efectuar un acto inmoral; las recompensas o penas convencionales condicionadas a la celebración del matrimonio o al divorcio, la usura, etc

Es importante añadir que para ser considerado como contrario a las buenas costumbres, el negocio en sí, su contenido o el fin común perseguido por las partes es el que debe atentar en contra de la moral, es decir que no basta con la intención inmoral de una de las partes.

Por último en lo tocante a la determinación de los fines, este es un elemento de primordial importancia en el fideicomiso, ya que el señalar o fijar claramente el resultado que se persigue con su constitución, permitiera al fiduciario realizar los actos adecuados

¹⁰⁴ De Pina Rafael y De Pina Vara Rafael, **Diccionario de Derecho**, Editorial Porrúa, Décima Edición, México, 1981, p. 334.

¹ De Pina Rafael op cit. p. 363

¹⁰⁶ Idem. p. 132.

¹ Rojina Villegas Rafael, op Cit p. 73

para lograrlo y dada la importancia y lo delicado que representa la encomienda de confianza implícita en el fideicomiso, si no se determina en forma concreta el fin, difícilmente el fiduciario podrá llevar a buen término dicha encomienda.

Además el artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en lo tocante a los bienes materia del fideicomiso nos indica que se considerarán afectos al fin a que se destinan y que únicamente se podrán ejercitar respecto de ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, por lo que, como ya comentamos, si dicho fin no estuviere perfectamente determinado, el fiduciario estaría imposibilitado para cumplir con su cometido, además de que correr el riesgo de responder de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa, según lo dispone el artículo 356 del mismo ordenamiento, por lo que consideramos que el legislador mercantil impuso éste requisito para ser congruente con la figura que nos ocupa y como un principio de certeza en cuanto a las obligaciones de las partes en la relación contractual o como dice Galindo Garfías al hablar del fin en los contratos, “Se exige que sea determinado en cuanto se debe especificar concretamente en qué ha de consistir la conducta del obligado.”¹⁰⁸

Para concluir podemos sostener que cualquier actividad jurídica que el fideicomitente pretenda encomendar al fiduciario puede ser fin del fideicomiso, siempre que dicha actividad sea posible física y jurídicamente, que no vaya en contra de alguna ley prohibitiva o imperativa cuya violación provoque un rompimiento del orden social o implique en su contenido un acto inmoral, además de que deberá estar perfectamente señalada la conducta que llevará a cabo el fiduciario, fuera de esas limitantes, el fideicomitente no tendrá más límite que su imaginación.

D. La Forma.

Respecto de la formalidad que debe revestir la constitución de un fideicomiso, encontramos su regulación en el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que al efecto señala:

“Artículo 352. El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre trasmisión de los derechos o a la trasmisión de la propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.”

En la primera parte del artículo en comento, se señala que el fideicomiso puede ser constituido por testamento, situación que como ya lo comentamos anteriormente,¹⁰⁹ consideramos que es un evento de imposible realización, ya que mediante un acto unilateral de voluntad como es el testamento, no es posible transmitir la propiedad de los bienes o derechos en favor de un tercero, además de que no se puede saber si éste tercero en favor de quien se pretende hacer la transmisión aceptara la encomienda a realizar con dichos bienes. Por lo que reiteramos lo ya comentado en el sentido de que en estos casos, mas bien sera el albacea quién en ejecución de la voluntad del testador y como representante legal de la sucesión, celebrara el contrato de fideicomiso respectivo, por lo

¹⁰⁸ Galindo Garfías Ignacio, *Derecho Civil*, Editorial Porrúa, México, 1974, p 311

¹⁰⁹ Ver infra Capítulo IV , punto C p. 32

que a partir de esa fecha será cuando verdaderamente se constituya y surta sus efectos, pero no antes, ya que previo al fallecimiento del de cujus, los bienes podrán salir del patrimonio de éste último, dejando sin posibilidad la existencia del fideicomiso.

Por lo que se refiere a la constitución del fideicomiso por acto entre vivos, encontramos que el primer elemento a considerar es que el contrato debe ser escrito. Por tanto tenemos que el contrato de fideicomiso es un contrato formal, en oposición al consensual, ya que el consentimiento debe manifestarse por escrito, como un requisito de validez, de tal manera que si el consentimiento no se manifiesta en escritura pública o privada según sea el caso, el contrato estará afectado de nulidad. Lo anterior de acuerdo a lo conceptuado por el artículo 1833 del Código Civil federal, al disponer que cuando la Ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma, no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal, con esto el legislador pretende darle a los contratantes seguridad y precisión en sus operaciones, así como una mayor posibilidad de análisis sobre el acto a celebrarse.

Ahora bien, el contrato de fideicomiso como acto jurídico formal, debe ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los bienes o derechos que conformarán su materia, así los artículos 2316, 2317, 2321 del propio Código Civil federal, en concordancia con el artículo 78 de la Ley del Notariado del Distrito Federal, establecen que en tratándose de inmuebles no se requiere formalidad alguna para su enajenación, salvo que dicha enajenación, así como la constitución o transmisión de derechos reales tengan un valor superior al salario mínimo diario en el Distrito Federal elevado al año, caso en el cual deberá otorgarse en escritura pública, ante fedatario público autorizado para ello.

Por tanto los contratos de fideicomisos podrán celebrarse en escrito privado cuando se refieran a bienes muebles o derechos personales, incluidos el dinero en efectivo y los valores. Para la validez de un contrato privado cuando su objeto indirecto sean bienes inmuebles cuyo valor de avalúo no exceda de la cantidad mencionada en el párrafo anterior, bastará la firma del fideicomitente, del fiduciario y, en su caso del fideicomisario, estampada ante dos testigos y ratificadas sus firmas ante notario público, cuando así lo prevenga la ley.

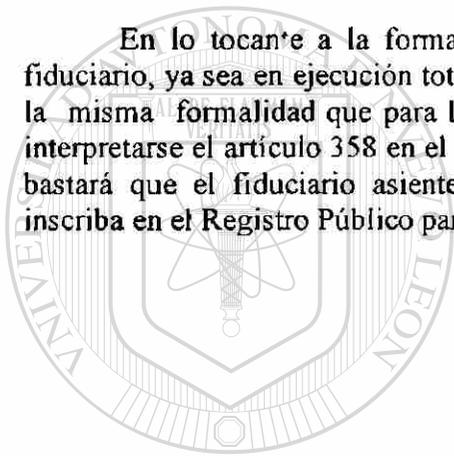
Los casos de excepción en los que no importa el valor de los inmuebles para poder celebrar un acto jurídico en escrito privado los encontramos en el propio artículo 2117 cuando el acto sea celebrado por el Departamento del Distrito Federal para la constitución de patrimonio de familia y en el artículo 42 de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, referente a los contratos u operaciones que celebre dicho Instituto, casos en los cuales no será necesario formalizar la transmisión de la propiedad o derechos reales ante fedatario público.

Es necesario destacar la importancia de la formalidad en el contrato de fideicomiso para lograr la plena validez del mismo, tanto ante las partes que intervienen, como frente a los terceros. El artículo 353 de la Ley cambiaria establece que el fideicomiso cuya materia este conformada por bienes inmuebles, surte sus efectos contra terceros a partir de la fecha de inscripción los bienes en el Registro Público de la Propiedad en favor del fiduciario.

Respecto de los bienes muebles y derechos, el ordenamiento legal citado, nos indica en su artículo 354 que los fideicomisos que integren su patrimonio con ellos, surtirán sus efectos contra terceros desde la fecha en que se cumplan los siguientes requisitos:

- Si se trata de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde la fecha en que la celebración del fideicomiso fuere notificada al deudor.
- Si se trata de un título nominativo, desde que éste se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor, en su caso.
- Si se tratase de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria.

En lo tocante a la formalidad para la transmisión de los bienes por parte del fiduciario, ya sea en ejecución total o parcial de los fines, consideramos que deberá seguir la misma formalidad que para la constitución del fideicomiso, no obstante que pudiera interpretarse el artículo 358 en el sentido de que para la reversión de los bienes inmuebles bastará que el fiduciario asiente tal circunstancia en el documento constitutivo y se inscriba en el Registro Público para que opere la reversión en favor del fideicomitente.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

VI. CLASIFICACIÓN DE LOS FIDEICOMISOS.

Hemos visto en el desarrollo del presente trabajo la amplitud de los actos jurídicos que se le pueden encomendar al fiduciario a través de la figura del fideicomiso; ésta amplitud dificulta la integración de criterios adecuados que permitan lograr una clasificación idónea de los tipos de fideicomiso que existen, sin embargo trataremos de exponer las diversas clasificaciones que la doctrina ha elaborado sobre el particular, así como las que se dan en la práctica bancaria.

A. Públicos y privados.

Partiendo del punto de vista de las personas que intervienen en la constitución del fideicomiso, encontramos una primera clasificación en fideicomisos públicos y fideicomisos privados.

El fideicomiso público es un contrato por medio del cual, el gobierno federal, los gobiernos de los Estados o los Ayuntamientos, con el carácter de fideicomitente, a través de sus dependencias centrales o paraestatales, trasmite la titularidad de los bienes del dominio público, (previo decreto de desincorporación), del dominio privado de la Federación, entidad federativa o municipales, o afecta fondos públicos, en una institución fiduciaria par la realizar un fin lícito determinado, de interés público.¹¹⁰

Como se desprende del concepto anterior, encontramos tres elementos característicos de este tipo de fideicomisos; en primer lugar tenemos que el fideicomitente es una persona de Derecho Público, es decir el gobierno federal, los gobiernos estatales o los municipales, a través de sus órganos centrales como son la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Secretaría de Finanzas y el Ayuntamiento respectivo o bien, por conducto de sus entidades paraestatales, como pudiera ser Petróleos Mexicanos, Banco de Mexico, etc. Por otra parte encontramos que los bienes que serán materia del fideicomiso pueden ser bienes del dominio público, previamente desincorporados o desafectados, según sea el caso, bienes del dominio privado e incluso fondos públicos; finalmente encontramos para todos ellos que los fines del fideicomiso de que se trate serán invariablemente de interés público, es decir acorde a las finalidades propias del gobierno de que se trate.

No obstante que la figura del fideicomiso proviene del derecho privado, dada su gran flexibilidad ha tenido una aceptación importante dentro del sector publico, ya que le permite a la entidad de gobierno de que se trate, entre otras ventajas, contar con las siguientes: Aprovechamiento integral de los recursos autorizados; evitar la distraccion de los recursos para otros fines, verificando su correcta aplicacion según lo autorizado; transparencia y agilidad en los pagos de las cantidades que se autoricen en cada caso; lograr la continuidad a los programas establecidos por el Sector Público, etc.

¹¹ Acosta Romero Miguel y Almazán Alanis Pablo Roberto. **Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso**, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 347

Existe una amplia gama de fideicomisos públicos tales como los constituidos para el desarrollo de unidades habitacionales de interés social, los constituidos para la correcta administración y aplicación de apoyos económicos que otorgue el gobierno federal, además de los fondos financieros que el Gobierno Federal ha constituido principalmente en Banco de México y Nacional Financiera, S.N.C. que están encaminados a apoyar actividades prioritarias o como instrumento para reforzar ciertas actividades económicas.

Estos fondos en fideicomiso, llamados también fondos de fomento, sirven para realizar actividades que pueden considerarse como propias de bancos de segundo piso o de instituciones de redescuento y han sido para el Estado un importante instrumento en la orientación de los recursos mediante un control selectivo del crédito, ya que una parte de los mismos se canalizan hacia los fondos de fomento, que de esta manera sirven para hacer la asignación de las corrientes de crédito. Entre los principales fondos de fomento se encuentran los Fideicomisos Instituidos con Relación a la Agricultura (FIRA), el Fondo para el Fomento de las Exportaciones de Productos Manufacturados (FOMEX); el Fondo de Fomento Industrial (FONEI); el Fondo de Operación y Descuento Bancario a la Vivienda (FOVI); el Fideicomiso Fondo Nacional del Fomento al Turismo (FONATUR) etc.¹¹¹

Por otro lado encontramos al fideicomiso privado, que como su nombre lo indica, es aquel que se constituye sobre bienes de propiedad particular y en beneficio de personas particulares, pueden ir dirigidos a toda clase de personas tanto físicas, como morales, con los fines más variados, tales como los constituidos con el objeto de establecer disposiciones testamentarias, para arrendamiento y administración de inmuebles, para el desarrollo de actividades empresariales, para el manejo de fondos de previsión social, para garantizar obligaciones, con carácter filantrópico, de asistencia social e incluso de interés público, como sería el caso de un fideicomiso que se constituya para el mantenimiento de algún museo o para apoyo a clases marginadas, etc.

B. Revocables e irrevocables.

La facultad de revocar un fideicomiso deviene de lo conceptuado en el artículo 357 de la Ley cambiaria, que al establecer las causas de extinción de un fideicomiso, señala:

“ Artículo 357. El fideicomiso se extingue :

... VL Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso; y... ”

La revocación consiste en el acto jurídico por el cual el fideicomitente se retracta del acto jurídico realizado, dejando sin efecto la encomienda hecha al fiduciario, por lo que procede la extinción del fideicomiso. La ley lo permite únicamente cuando el fideicomitente se ha reservado expresamente ese derecho, por lo que no basta ser omiso sobre el particular, es necesario que se manifieste en forma indubitable tal reserva para que pueda ser ejercida en su oportunidad

¹¹¹ Rocha Núñez Eduardo op cit Pag 10

Consideramos que la razón de ser de esa facultad otorgada al fideicomitente para ejercerla en forma unilateral, tiene su fundamento en el hecho de que es éste quien fija las reglas que habrán de regir la actuación del fiduciario y los beneficios que se deriven en favor del fideicomisario, es decir señala los términos y condiciones en que habrá de llevarse a cabo la encomienda de confianza; ésta encomienda supone de antemano un plazo de vigencia o incluso puede establecerse con una duración indefinida cuando así lo permite la ley, por lo que es comprensible que se le otorgue al autor la facultad de darlo por concluido cuando si lo desee, respetándose todos los actos jurídicos efectuados con anterioridad a la fecha de revocación. Esto es fácilmente entendible en fideicomisos constituidos como una liberalidad del fideicomitente, como pudieran ser aquellos creados para el otorgamiento de premios o becas, para la entrega de recursos a una institución de beneficencia o para la administración de los bienes en vida del fideicomitente y la distribución entre los fideicomisarios al ocurrir su fallecimiento, etc., claro que el hecho de que sean constituidos como una liberalidad, no obsta para que puedan ser conformados con el carácter de irrevocables si el fideicomitente no se reservó expresamente la facultad de revocarlo.

Obviamente que no en todos los fideicomisos se puede reservar el fideicomitente la facultad de revocación, sino que existen algunos que por su naturaleza deben ser irrevocables; al respecto Villagordo Lozano¹² al comentar sobre la infinidad de causas que puede tener el fideicomitente para constituir un fideicomiso, señala: “Estas causas pueden provenir del deseo del fideicomitente de constituir el fideicomiso sin obtener ningún provecho, o bien de constituirlo como contraprestación de algún beneficio obtenido o que se vaya a obtener. Estas causas son las mismas que motivan la clasificación tradicional de los contratos gratuitos y onerosos (art. 1837 del Código Civil).” Continúa diciendo “ Cuando el fideicomitente constituye un fideicomiso por causas que se equiparan a un contrato gratuito, debe tener la facultad de reservarse el derecho de revocar o modificar el fideicomiso; en otras palabras la revocabilidad es consecuencia del acto gratuito.

Cuando los motivos provienen de causas que asemejan el fideicomiso a un contrato oneroso, o sea cuando el fideicomitente ha recibido o recibirá una contraprestación motivada por esa causa, dicho fideicomitente no tiene derecho a revocarlo o modificarlo, porque lesionaría a los derechos del fideicomisario.”

Como ejemplo de los fideicomisos irrevocables encontramos algunos fideicomisos traslativos de inmuebles, en los que las partes contratantes optan por celebrar un contrato de fideicomiso en lugar de una compraventa simple y llana, en éstos supuestos el fideicomitente afecta al fideicomiso un bien inmueble y recibe del fideicomisario como precio o contraprestación por dicha afectación una cantidad determinada de dinero, al recibir el fideicomitente el pago por el inmueble, renuncia a cualquier derecho sobre el fideicomiso (y obviamente al inmueble, puesto que ya transmitió su propiedad), incluyendo la facultad de revocar el fideicomiso, por lo que en dicho contrato será el fideicomisario quien tendrá el uso y aprovechamiento del inmueble, con las facultades de instruir al fiduciario para gravarlo, arrendarlo o transmitir la propiedad en favor del propio

¹ - Op cit. p. 187.

fideicomitente o de la persona que éste indique, incluso tendrá la facultad de designar fideicomisarios sustitutos para el caso de su fallecimiento.

De igual forma tendrán el carácter de irrevocables los fideicomisos que son constituidos con la finalidad de garantizar obligaciones a cargo del fideicomitente, caso en el cual este trasmite la propiedad de los bienes o derechos para que el fiduciario garantice con los mismos la obligación de que se trate, como pudiera ser el pago de un crédito, la emisión de obligaciones mediante colocación pública, el pago de alimentos en favor de los acreedores alimentarios en un juicio de divorcio, etc. Y evidentemente que en éstos caso el fideicomitente no puede tener la facultad de revocar el fideicomiso en cualquier tiempo, pues ello equivaldría a nulificar la garantía en favor del fideicomisario, por lo que el fideicomitente carecerá de dicha facultad en tanto exista una obligación de dar, hacer, no hacer o tolerar en favor del fideicomisario y una vez satisfecha ésta entonces tendrá el derecho de revocarlo.

También tenemos los fideicomisos que por disposición de la ley deben constituirse como irrevocables, tal es el caso de aquellos que prevé la Ley del Impuesto Sobre la Renta para el manejo de fondos de previsión social, como los destinados al pago de pensiones y jubilaciones, primas de antigüedad, a investigación y desarrollo de tecnología, etc., donde el fideicomitente al constituir el fondo respectivo y hacer las aportaciones correspondientes, obtendrá un beneficio de carácter fiscal, consistente en la deducibilidad de dichas aportaciones (cumpliendo con los requisitos que señala la ley y su reglamento), razón por la cual el fideicomitente no debe tener la posibilidad de disponer de los fondos, ya que en caso de hacerlo equivaldría a obtener un beneficio indebido, pues ya realizó con anterioridad la deducción mencionada.

C. De inversión, administración, garantía y traslativos de dominio.

La denominación de los tipos de fideicomiso que componen esta clasificación, tiene su origen en la organización que para efectos contables implementó la entonces Comisión Nacional Bancaria y de Seguros para que las instituciones fiduciarias registrasen los movimientos diarios de cada fideicomiso, utilizando para ello como criterio clasificador precisamente las características particulares de cada negocio. El catálogo de cuentas señala la cuenta 6206. - FIDEICOMISOS, con las subcuentas 620601. - GARANTÍA; 620602 - ADMINISTRACION, 620603. - INVERSIÓN Y 620604 TRASLATIVOS DE DOMINIO¹¹³, teniendo cada subcuenta a su vez varias subsubcuentas, para identificar mas específicamente la naturaleza del fideicomiso, v. gr. En la clasificación de garantía, la subsubcuenta se refiere al tipo de bien que integra el patrimonio, si es con valores, inmuebles, efectivo, etc.

A continuación mencionaremos someramente cada uno de los tipos de fideicomiso

¹¹³ Circulares Nos. 14421/751 de fecha 24 de abril de 1970 y 808 de fecha 1º de noviembre de 1979, emitidas por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros. También se puede consultar las circulares 1327-46 de 2 de febrero y 816-45 de 22 de enero de 1948, que ya mencionaban los fideicomisos de inversión y garantía

Por fideicomiso de inversión se entiende aquel que consiste en el encargo hecho por el fideicomitente al fiduciario de conceder préstamos con un fondo constituido al efecto.¹¹⁴ No obstante el concepto que nos presenta Rodolfo Batiza, no debemos pensar que los fideicomisos de inversión sean únicamente para otorgar préstamos en el sentido estricto de la palabra, como pudiera ser por ejemplo mediante contratos de mutuo, sino que también se incluye la adquisición de instrumentos de inversión de los denominados “Para el gran público inversionista”, caso en el cual finalmente se trata de un pasivo a cargo del emisor que deberá cubrir en el plazo establecido, conjuntamente con el premio o rendimiento correspondiente por el uso del dinero recibido.

Es evidente que el fideicomitente pretende lograr un beneficio adicional que le permita incrementar el fondo dado en fideicomiso, ya sea en su provecho o en el del fideicomisario. El fiduciario para lograr este objetivo, realiza la inversión adquiriendo valores que producen un rendimiento o premio por la disposición temporal del fondo.

En función de los instrumentos que se negocian, podemos clasificar las inversiones en mercado de dinero, mercado de capitales y mercado de metales.

El mercado de dinero se origina en la relación de oferentes y demandantes de fondos a corto plazo; este mercado existe porque por un lado particulares, empresas, gobiernos e intermediarios financieros tienen fondos temporalmente ociosos, que esperan les genere una utilidad y, por otro lado, hay particulares, empresas y gobiernos que necesitan financiamientos temporales. Entre los instrumentos que se manejan en el mercado de dinero tenemos los Certificados de la Tesorería de la Federación, las aceptaciones bancarias, el papel comercial, etc.

El mercado de capitales se origina de la oferta y la demanda de fondos para ser utilizados a largo plazo; estos fondos se emplean en la adquisición de activos fijos y en la ejecución de programas que permitan la existencia de las organizaciones. Los instrumentos más usuales son las obligaciones, las acciones de sociedades de inversión o de riesgo, los bonos bancarios de desarrollo, las acciones de las empresas cotizadas en bolsa, etc.

El mercado de metales preciosos es el mercado especulativo por excelencia, ya que el comportamiento de la economía mundial altera el precio de los metales y la cotización de éstos en México está basada en la cotización internacional de los mismos, entre los más importantes están los certificados de plata (ceplatas), las onzas troy de oro y plata, los centenarios, etc.¹¹⁵

Desde el punto de vista del rendimiento a obtener, pueden ser de renta fija en los que desde el momento de cerrar la operación sabemos el rendimiento que va a producir, como por ejemplo los “pagares” emitidos por un banco para captar dinero del público inversionista que a su vez coloca mediante diversos tipos de crédito entre el público que requiere financiamiento; tenemos también dentro de éste rubro la adquisición de valores

¹¹⁴ Batiza op cit. P 173 y ss

¹¹⁵ Villegas H. Eduardo y Rosa Ma Ortega O .op cit p.276 y 277.

gubernamentales, como son los Certificados de la Tesorería de la Federación conocidos como CETES, cuya colocación conjuntamente con los demás instrumentos gubernamentales, representa la deuda interna del país. Asimismo se puede invertir en valores denominados de renta variable, como las acciones que se cotizan en la bolsa de valores que permiten a las empresas emisoras de dichas acciones captar fondos para llevar a cabo sus proyectos mediante la colocación de sus acciones.

Una clasificación reciente que se hace a los fideicomisos de inversión, la encontramos a partir de la circular 2019/95 de 20 de septiembre de 1995 de Banco de México, que al fijar las reglas a que habrán de sujetarse los fideicomisos constituidos para el otorgamiento de créditos o para la adquisición de valores (incluyendo todos aquellos cuyo objeto sea invertir y/o administrar cualquier clase de valores y en general, el otorgamiento de créditos en su más amplio sentido), los divide en fideicomisos cerrados, que son aquellos cuyos recursos en moneda nacional o en moneda extranjera se reciban exclusivamente de personas plenamente identificadas al celebrar la operación y que se destinen a adquirir y/o administrar valores, no permitiéndose la adhesión de terceros una vez constituidos. Por el contrario los fideicomisos abiertos serán aquellos que ya constituido el fideicomiso, permite la incorporación de nuevos fideicomitentes mediante su adhesión a los términos y condiciones del contrato, aportando fondos al citado fideicomiso.

De conformidad con dicha circular, la regla general para los fideicomisos de inversión es que los fondos recibidos deberán comprender un depósito en efectivo sin interés en el Banco de México por el cincuenta por ciento de los mismos, exceptuando de dicho depósito a los fideicomisos cerrados; los constituidos por los Gobiernos estatales con el objeto de realizar actividades públicas con fondos provenientes del gobierno Federal, estatal o municipal; los que tengan un régimen especial de inversión de acuerdo a las leyes federales, entre ellas las fiscales; los constituidos para otorgar préstamos a los trabajadores, con aportaciones de los patrones, sindicatos o de los mismos trabajadores; los que tengan por objeto la inversión de fondos provenientes de servidores públicos que tengan por sus funciones información privilegiada a que se refiere el Decreto Presidencial publicado en el Diario Oficial de fecha 15 de agosto de 1988 y finalmente los que tengan autorización expresa de Banco de México. Esta disposición tiene como objeto limitar a las áreas fiduciarias en la canalización de los recursos captados masivamente del público inversionista través de la adhesión al contrato respectivo, que pudiera invadir la actividad propia de los bancos en la colocación del crédito sin observar las reglas establecidas para ello.

Por fideicomiso de administración se conoce aquel en que el fideicomitente entrega bienes inmuebles al fiduciario para que se encargue de la celebración de contratos de arrendamiento, del cobro de renta, de la promoción de juicios de desahucio o lanzamiento, del pago de los diversos impuestos que gravan la propiedad raíz, etc., todo ello en beneficio del beneficiario.¹¹⁶

¹¹⁶ Idem.

Lo que se pretende encuadrar en el concepto de fideicomiso de administración es el hecho de que el fiduciario reciba los bienes materia del mismo para su guarda, conservación y aplicación o distribución de acuerdo a lo pactado en el contrato, como ejemplo de éste tipo de contratos, tenemos los fideicomisos en los que el fiduciario recibe inmuebles y en su caso recursos provenientes de los propios fideicomitentes o de financiamientos que estos obtengan, para administrar dichos recursos y canalizarlos al desarrollo de obras, como pudiera ser de infraestructura carretera, centrales de abastos, centrales camioneras, desarrollos habitacionales para personas de escasos recursos, para desarrollos turísticos, hoteleros y de tiempo compartido, parques industriales, etc.; el fiduciario, como ya dijimos, recibe los recursos, procede a su inversión para que no estén ociosos y de acuerdo a lo establecido celebra los contratos de obra y de supervisión, en su caso y conforme se vaya dando el avance de obra, entregará al contratista por ministraciones el fondo del fideicomiso y una vez concluida la obra, procederá de acuerdo al negocio de que se trate, ya sea a transmitir a los fideicomisarios o a terceros la propiedad de los locales, naves industriales o viviendas que resulten o bien, a recibir el producto de su explotación, para posteriormente distribuirlo entre los fideicomisarios de acuerdo a lo pactado.

También se puede constituir el fideicomiso para administrar fondos, como es el caso de los fideicomisos para el manejo de fondos de previsión social, donde el fiduciario recibe aportaciones de las empresas y de los trabajadores para proceder a su inversión y administración, como es el caso de los fondos de ahorro, donde incluso el fiduciario otorga préstamos a los propios trabajadores con cargo a las aportaciones recibidas, recibe el pago y llegado el vencimiento del periodo de vigencia anual, distribuye entre los trabajadores, de acuerdo a sus aportaciones, el fondo del fideicomiso, conjuntamente con los productos y rendimientos generados.

Adicionalmente a aquellos fideicomisos que tiene como finalidad la administración de recursos y de bienes inmuebles, tenemos los que se constituyen con una materia compuesta con derechos o bienes muebles, tales como los que se destine a la explotación de inventos, patentes o marcas o los que tengan como finalidad recibir acciones de una sociedad para ejercer los derechos corporativos y pecuniarios derivados de las mismas, etc.

Por otra parte el fideicomiso de garantía variedad que fue tal vez la primera de practicarse en México, se utilizó inicialmente por las instituciones autorizadas para celebrar diversas clases de operaciones, a efecto de garantizar ante sí mismas los préstamos que concedía su departamento de crédito, procedimiento seguido durante varios años hasta que fue prohibido por la ley ¹¹⁷

En virtud de este tipo de fideicomisos, se trasmite al fiduciario la titularidad de ciertos bienes o derechos, para asegurar el cumplimiento de una obligación que es a cargo del fideicomitente ¹¹⁸

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ Villagordoa Lozano, op cit., p 190

Las personas físicas o morales que requieren garantizar a terceros el debido cumplimiento de una obligación a su cargo o se constituyan como deudores por adeudo ajeno, pueden a través de éste fideicomiso, otorgar garantía suficiente y de mayor seguridad, distinta a las tradicionales garantías como la fianza, la prenda y la hipoteca, obteniendo mayores ventajas, en virtud de que al operar la transmisión jurídica de la propiedad en favor del fiduciario, para su ejecución no se requiere de formalidades judiciales, sino que mediante un procedimiento convencional que el fideicomitente (deudor) y el fideicomisario (acreedor) pactan en el acto constitutivo del fideicomiso, el fiduciario, al darse el evento del incumplimiento procede a la venta o adjudicación de los bienes o derechos y con el producto cubre las obligaciones garantizadas y en caso del debido cumplimiento, procederá a revertir los bienes o derechos al fideicomitente.

Finalmente encontramos los fideicomisos traslativos de dominio, que son aquellos que tienen como fin que el fiduciario trasmita la titularidad de los bienes o derechos fideicomitidos al fideicomisario o a la persona que éste señale, una vez que se hayan reunido los requisitos previamente establecidos.¹¹⁹

Es necesario hacer la observación de que todos los fideicomisos son traslativos de dominio, es decir que en todo fideicomiso se trasmite el dominio del bien o la titularidad del derecho en favor del fiduciario, por lo que no debe confundirse con la posibilidad de que existan fideicomisos en los que no se trasmite la propiedad de los bienes, sino que para entender esta clasificación debemos aplicar el concepto de revocabilidad que analizamos anteriormente, es decir cuando el fideicomitente pierde el derecho a readquirir los bienes, será el fideicomisario quién de instrucciones al fiduciario para que trasmita los mismos, ya sea al propio fideicomisario, si es que tiene la capacidad legal para ello o a la persona o personas que aquel indique. Como ejemplo de éste tipo de fideicomisos tenemos los constituidos en favor de extranjeros respecto de inmuebles ubicados en la llamada zona restringida de 100 Km. a lo largo de la frontera y de 50 en las playas, en los que el fideicomitente recibe una contraprestación por la afectación fiduciaria y no se reserva derecho alguno sobre el fideicomiso, otorgando el fiduciario al fideicomisario el uso y aprovechamiento del inmueble, teniendo éste último la facultad de instruir al fiduciario para transmitir los bienes, haciendo suyo el producto de la enajenación.

En general consideramos insuficiente esta clasificación ya que es tan versátil la figura, que los fines pueden tener características de inversión, administración e incluso de garantía, aunque siempre habrá que buscar el elemento principal en la voluntad del fideicomitente para ubicar dentro de los fines el más relevante, que nos permita ubicarlo dentro de alguno de los tipos de ésta clasificación.

D. Onerosos y gratuitos.

Esta clasificación también está íntimamente ligada con la revocabilidad del fideicomiso, ya que las causas que motivan la clasificación de fideicomisos revocables e irrevocables por regla general son las mismas que la establecida en el artículo 1837 del

¹¹ Idem p 189.

Código Civil Federal en lo tocante a los contratos onerosos y gratuitos En efecto dicho precepto establece:

“Artículo 1837. - Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquel en que el provecho es solamente de una de las partes.”

La gratuidad del fideicomiso se refiere a la falta de contraprestación del fideicomisario hacia el fideicomitente, a cambio del beneficio que éste le otorga ¹²⁰

Cuando el fideicomitente afecta los bienes en fideicomiso sin recibir contraprestación alguna, como una liberalidad, el contrato es gratuito y normalmente se reserva el derecho de revocarlo y por el contrario cuando recibe un pago por ello el contrato será oneroso y se pactará con el carácter de irrevocable.

En lo referente al fiduciario, la clasificación del contrato en onerosos o gratuito no depende de la remuneración que este reciba por su participación, ya que las instituciones que prestan el servicio están constituidas con la finalidad de generar utilidades, aunque excepcionalmente no reciba honorarios por su actuación; por ejemplo al convenirle por prestigio manejar el negocio gratuitamente, como los constituidos para recaudar fondos para damnificados de un desastre natural o en algunos otros casos por la magnitud de los recursos a manejarse, que serán invertidos en la propia institución y por ende colocados vía financiamiento con el consiguiente beneficio en la intermediación del crédito y entonces los honorarios fiduciarios son eliminados. Sin embargo reiteramos que por el hecho de que el fiduciario reciba o no una remuneración, no clasifica al contrato de oneroso o gratuito, sino que ésta característica la dará la contraprestación que reciba el fideicomitente por la afectación de los bienes.

E. Con fideicomisario determinado y sin él.

Otra de las clasificaciones que usualmente se dan al fideicomiso depende de la existencia del fideicomisario, ya que como hemos comentado anteriormente, el artículo 347 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito permite la existencia de fideicomisos sin señalar fideicomisario, siempre que el fin sea lícito y determinado, en estos casos normalmente el fideicomitente es quien recibe los beneficios, pero puede establecerse como finalidad el canalizar recursos al mejoramiento del medio ambiente, en cuyo caso no existiera un fideicomisario determinado o incluso puede señalarse que los fondos se destinen al otorgamiento de premios a investigadores o becas para alumnos brillantes, incluso sin la participación del fideicomitente por haber fallecido o simplemente porque no se reserve derecho alguno sobre el fideicomiso.

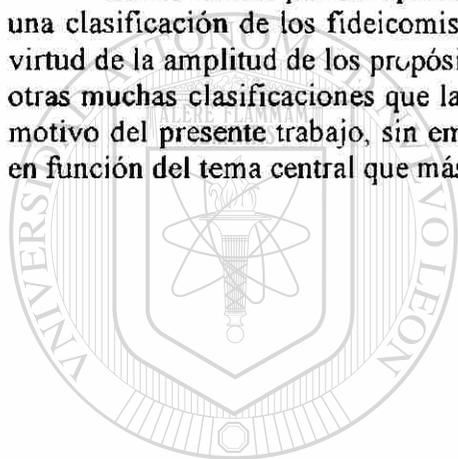
En éstos casos vemos claramente la esencia del fideicomiso, ya que el fiduciario deberá cumplir estrictamente con los fines señalados por el fideicomitente, para ello es la encomienda de confianza que le da la certeza al creador del fideicomiso de que su voluntad será cumplida aún y cuando el ya hubiere fallecido o simplemente no participe activamente en la toma de decisiones para la ejecución de los fines establecidos

¹²⁰ Krieguer Vázquez Emilio, op cit p 88

En estos casos la supervisión del correcto negocio corresponderá a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, que es el órgano encargado de vigilar la prestación del servicio de banca y crédito, acorde a lo señalado por el artículo 123 de la Ley General de Instituciones de Crédito y el ejercicio de los derechos para exigir al fiduciario el correcto cumplimiento de los fines, lo ejercerá el Ministerio Público, según lo dispone el artículo 355 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

Respecto de los fideicomisos constituidos con designación de fideicomisario, independientemente de la supervisión que lleve a cabo el órgano desconcentrado arriba citado, corresponderá al propio fideicomisario el ejercicio de los derechos respectivos frente al fiduciario y en caso de ser incapaz, los tendrá quién ejerza la patria potestad, su tutor o incluso el propio Ministerio Público.

Como hemos podido apreciar a lo largo del presente capítulo, pretender establecer una clasificación de los fideicomisos en forma exhaustiva, resulta infructuoso e inútil en virtud de la amplitud de los propósitos y finalidades que se pueden lograr, por ello existen otras muchas clasificaciones que la doctrina ha elaborado, pero que incluirlas rebasaría el motivo del presente trabajo, sin embargo hemos pretendido señalar las más significativas en función del tema central que más adelante habremos de desarrollar.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

VII. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO.

Hemos venido manifestando en los capítulos anteriores, que en el fideicomiso encuadra la más amplia gama de posibilidades en la ejecución de la voluntad del fideicomitente, esto implica una relación jurídica compleja como resultado de la combinación de los diversos factores que intervienen en el contrato, como son las partes, los derechos y obligaciones que se otorguen fideicomitentes y fideicomisarios, la conformación de la materia, la diversidad de los fines, etc. Esta diversidad de factores generan derechos y obligaciones para las partes que provienen directamente de la ley o del contrato mismo; a continuación analizaremos las más importantes.

A. Para el fideicomitente.

1. Facultades. Las atribuciones que tiene el fideicomitente podemos dividir las en aquellas que en su favor derivan de la propia ley, del cumplimiento de los fines del fideicomiso mismo y aquellas que el propio fideicomitente se reserve en el texto del contrato.

Como derechos que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito concede al fideicomitente como parte de la naturaleza del fideicomiso, tenemos los siguientes:

- **Determinar los fines del fideicomiso y por ende los términos y condiciones que habrán de sujetarse las partes para el cumplimiento de los mismos, (artículo 346).**

- **Designar uno o varios fideicomisarios, para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, siempre que no se sustituya una por muerte de lo anterior, salvo de que se trate de personas que estén vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente (artículo 348 con relación al 359 fracción II).**

- **Designar una o varias Instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso. Al tocar el tema de la naturaleza jurídica¹²¹ comentamos que no es posible que se designe al fiduciario, pues la designación implica un acto unilateral de voluntad y por tanto la aceptación forzosa de la encomienda por parte del fiduciario al no tomar en cuenta su opinión, ya lo comenta Rojina Villegas al tocar el tema de la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones: “La lógica jurídica nos advierte, por una intuición evidente por sí misma, que nadie puede por su voluntad crear obligaciones en otro sujeto, es decir autoconferirse derechos...”¹²²**

En cuanto al desempeño del fideicomiso en forma conjunta por varios fiduciarios, tampoco lo vemos viable, principalmente porque en nuestro sistema legal son instituciones y no personas físicas las encargadas de desempeñar el cargo de fiduciario, lo que hace impráctico esta disposición. Lo que sí podría ejercer el fideicomitente es la facultad de fijar en el contrato de fideicomiso la forma en que podrán sustituirse las instituciones

¹²¹ Ver supra capítulo IV, inciso C. p.

¹²² Rojina Villegas Rafael, op. cit. Tomo III, p. 200.

fiduciarias, en caso de así requerirse para el cumplimiento de los fines y de convenirlo por supuesto las propias instituciones. (artículo 350 tercer párrafo).

- Separación de los bienes en caso de quiebra del fiduciario. Por tratarse de un patrimonio autónomo, afectado al cumplimiento de un fin específico, la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, establece en su artículo 158 que las mercancías, títulos valor u otros bienes existentes en la masa de la quiebra, podrán ser separados mediante el ejercicio de la acción respectiva ante el juez que conozca de la quiebra y por tanto de acuerdo al artículo 159 fracción IV, inciso a) de dicho ordenamiento legal, podrán separarse de los bienes del quebrado aquellos que deba restituir por estar en su poder por concepto de fideicomiso, correspondiendo al fideicomitente o al fideicomisario, según sea el caso, el ejercicio de éste derecho.

- Recibir los bienes que queden en poder de la institución fiduciaria una vez extinguido el fideicomiso. Esta disposición creemos que no tiene mayor relevancia cuando el fideicomiso ha sido constituido como una liberalidad del fideicomitente, pero respecto de un fideicomiso oneroso, cuando el fideicomitente recibe una contraprestación por la afectación fiduciaria, consideramos que sería injusto que reciba los bienes existentes a la extinción del fideicomiso, pues éstos corresponderían en todo caso al fideicomisario o sus causahabientes, situación que no es prevista en la ley, por lo que en la práctica se hace necesario señalarlo expresamente en el contrato respectivo. (Artículo 358).

Respecto de los derechos que derivan para el fideicomitente de los fines del propio fideicomiso, así como de los que expresamente se reserve en el contrato de fideicomiso o en sus modificaciones, el segundo párrafo del artículo 351 de la ley cambiaria establece textualmente:

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

De la redacción del citado artículo se desprende que el fideicomitente al afectar en fideicomiso los bienes respectivos, los destina al cumplimiento de los fines que haya establecido en el contrato y al salir estos bienes de su esfera patrimonial, se extingue el derecho de disposición sobre los mismos, pues en adelante será el fiduciario quién ostente la propiedad de los bienes para el cumplimiento de tales fines y en principio el fideicomitente pierde todo derecho sobre ellos, pudiendo ejercer únicamente los derechos que en su favor se deriven de los fines del fideicomiso o los que se haya reservado expresamente a la constitución del mismo.

El derecho que obtiene el fideicomitente en virtud del contrato de fideicomiso, es de naturaleza personal frente al fiduciario para constreñirlo al cumplimiento de los fines del fideicomiso y para dar cumplimiento a las instrucciones que le gire para el ejercicio de los derechos que se haya reservado expresamente

Como ejemplo de los derechos que se derivan de los fines del fideicomiso en favor del fideicomitente,¹²³ tenemos el permitirle el uso y aprovechamiento de parte o la totalidad de los bienes, el derecho de disponer de los productos o rendimientos que produzca el patrimonio, a instruir al fiduciario para gravarlos o darlos en garantía por financiamientos que obtenga dicho fideicomitente, etc. Y en general cualquier otro derecho que se señale o se derive del cumplimiento de los fines del fideicomiso.

En cuanto a los derechos que puede reservarse expresamente el fideicomitente en el cuerpo del contrato de fideicomiso, principalmente cuando designe un fideicomisario diverso de él, tenemos los siguientes:

- A la supervisión, solicitud de cuentas y remoción del fiduciario. Es evidente que el fideicomitente como aportante de los bienes al fideicomiso, tiene la facultad de reservarse el derecho de vigilar que el fiduciario cumpla con los fines encomendados, así como a solicitarle informes sobre el destino del patrimonio y en caso de incumplimiento a pedir su remoción en el cargo. Aunque dichos derechos le corresponden al fideicomisario por ser el beneficiario de los fines, el artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito en su último párrafo así lo permite.

- Modificación a los términos y condiciones del fideicomiso. Igualmente el fideicomitente podrá reservarse el derecho de modificar el clausulado del fideicomiso de acuerdo a lo que estime pertinente, obviamente que podrá hacerlo siempre y cuando no afecte derechos de terceros, que hayan sido otorgados por el fiduciario en el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

- Nombramiento de un comité técnico que coadyuve con el fiduciario a la consecución de los fines. El artículo 80 de la Ley bancaria dispone que en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus modificaciones, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Aunque no se señala específicamente como una facultad exclusiva del fideicomitente, consideramos que salvo en los fideicomisos onerosos e irrevocables, podrá éste reservarse el derecho de designar dicho cuerpo colegiado, que habra de tener facultades de consulta y decisión para instruir al fiduciario sobre aquellas situaciones previstas o no en el clausulado del contrato, que ayuden a éste último a la consecución de los fines, señalando dicho dispositivo que cuando el fiduciario actúe en acatamiento de las instrucciones del comité, estará libre de toda responsabilidad.

- Transmisión de sus derechos de fideicomitente. No obstante que la ley sustantiva es omisa sobre el particular, consideramos que dada la naturaleza de los derechos personales o de crédito que implica el fideicomiso, es aplicable la legislación común, cuyo código federal establece en su artículo 2030 que el acreedor (en nuestro caso el fideicomitente) puede realizar la cesión de sus derechos a un tercero, incluso sin contar con el consentimiento del deudor (fiduciario), salvo que la cesión este prohibida por la ley o exista pacto en contrario en el propio contrato (de fideicomiso) o la naturaleza del derecho no lo permita.

¹²³ Al recibir los provechos del fideicomiso, se convierte en fideicomisario.

- **Revocación del fideicomiso.** De acuerdo a lo señalado por la fracción VI del artículo 357 de la Ley cambiaria es causa de extinción de un fideicomiso la revocación hecha por el fideicomitente cuando se haya reservado éste derecho, lo que significa que cuando así se pacte en el contrato de fideicomiso, el fideicomitente tendrá en cualquier tiempo la facultad de darlo por concluido discrecionalmente o cuando se den los eventos previstos; pero para ello deberá necesariamente haberse reservado ese derecho expresamente.

Es importante destacar que los derechos que deriven del fideicomiso o que el fideicomitente se reserve expresamente, estarán supeditados al tipo de fideicomiso de que se trate, por lo que no debemos perder de vista si es de naturaleza onerosa o gratuita, revocable o irrevocable, pues como ya vimos al analizar estas clasificaciones, dependerá de ello las facultades que el fideicomitente pueda disponer en el contrato correspondiente.

2. Obligaciones.

- Como primera obligación del fideicomitente al constituir el fideicomiso, es la de transmitir la propiedad de los bienes que destinará el fiduciario al cumplimiento de los fines establecidos y como consecuencia de ello, tendrá la obligación de responder al saneamiento para el caso de evicción respecto de esos bienes frente a la persona o personas a quienes se les trasmita la propiedad de los mismos, esto es, ya que el fiduciario los recibe para destinarlos única y exclusivamente a lo estipulado por el fideicomitente, por lo que realmente resulta lógico que sea éste último quien responda por la legitimidad de los mismos.

- También tendrá la obligación de cubrir al fiduciario el monto de los honorarios que éste deba percibir por su intervención en el fideicomiso, salvo que en el contrato se haya establecido que los mismos serían con cargo al patrimonio del fideicomiso o a cargo del propio fideicomisario. A ésta obligación se asimila el reintegrar al fiduciario el monto de las cantidades que éste erogue por concepto de gastos administrativos.

- Tendrá la obligación de cumplir con las disposiciones fiscales correspondientes a los bienes fideicomitados, como pudiera ser el pago del Impuesto Predial, derechos de inscripción en el Registro Público de la Propiedad y el Comercio, etc., así como a los ingresos provenientes de la explotación de los mismos, relativos al Impuesto Sobre la Renta, Impuesto al Valor Agregado, etc., que en su oportunidad analizaremos.

- En caso de extinción del fideicomiso por revocación, cumplimiento de los fines, vencimiento del plazo o bien por cumplimiento de la condición resolutoria a que se hubiere sujetado, el fideicomitente tendrá la obligación de respetar los derechos adquiridos por terceros con quien el fiduciario hubiere contratado en cumplimiento de los fines del fideicomiso, por lo que no podrá desconocerlos por el hecho de la reversión de los bienes y la extinción del fideicomiso. Al efecto encontramos los siguientes criterios establecidos por el Poder Judicial Federal¹²⁴:

¹²⁴ Amparo directo 126/53, Dolores Corral Soto, 4 de junio de 1954, Suplemento de 1956, página 237 y Acosta Sierra Francisco Tomo CXXV, página 24

“ En virtud de la relación de causahabencia establecida entre el fideicomitente y la fiduciaria, aquél está obligado a cumplir o perfeccionar los actos que hubiere realizado la segunda en el desempeño del fideicomiso.”

“Los actos ejecutados por la fiduciaria en el desempeño del fin que le fue encomendado, benefician o perjudican al fideicomitente, sin que éste pueda ostentarse como tercero extraño frente a aquéllos”.

B. Para el fideicomisario.

Al tratar el tema de las partes que intervienen en un fideicomiso, comentamos que en el cumplimiento del fideicomiso hay ocasiones en que los beneficios se otorgarán en favor de un tercero, llamado precisamente fideicomisario, que tendrá una serie de derechos y obligaciones al participar en la recepción de los mencionados beneficios y que a continuación expondremos, partiendo de la base de que al igual que el fideicomitente, el fideicomisario tiene un derecho personal frente al fiduciario para obligarlo al cumplimiento de los fines del fideicomiso, es decir que no tiene ningún derecho real sobre los bienes materia del fideicomiso.

1. Facultades.

- **Aceptación de la designación.** La primera facultad que tendrá el fideicomisario será la de aceptar la designación hecha en su favor por el fideicomitente, ya que no se le puede obligar a tomar los beneficios que se le otorgan en contra de su voluntad, pero resulta obvio que en caso de manifestar su aceptación en forma expresa o tácita, además de los derechos concedidos a su favor, tendrá las obligaciones que la ley o el propio contrato establezcan a su cargo.

- **El cumplimiento fiel de los fines del fideicomiso.** Como beneficiario del mismo, evidentemente que tiene el derecho de exigirle al fiduciario el exacto cumplimiento de los fines, así lo dispone el artículo 355 de la ley cambiaria, al establecer que además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, tendrá la de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria.

- **Como consecuencia del cumplimiento exacto de los fines en su favor,** tendrá el derecho a que los bienes materia del fideicomiso sean cuidados adecuadamente por el fiduciario, bajo la tónica de responder civilmente por los daños y perjuicios que se causen por negligencia del fiduciario en el cuidado de los mismos.

- **Atacar los actos que realice el fiduciario en su perjuicio o en exceso de facultades,** con el objeto de obtener la anulación de dichos actos, lo que representa un tipo especial de nulidad que no se contempla en el derecho común y que es asimilable a la acción pauliana o revocatoria, siendo aplicable para aquellos casos en que el fiduciario se aleje de la consecución de los fines y como consecuencia de los actos jurídicos que efectúe, ocasione un daño patrimonial al fideicomisario

- **Reivindicar los bienes que a consecuencia de actos cometidos por el fiduciario de mala fe o en exceso de facultades,** hayan salido del patrimonio del fideicomiso y por lo mismo le causen un perjuicio. Al igual que lo comentado en el punto inmediato anterior el fideicomitente tendrá el derecho de atacar la nulidad de los actos

cometidos en su perjuicio por el fiduciario cuando éste se aleje del cumplimiento de los fines, con el objeto de obtener la reivindicación de los bienes al fideicomiso y así obligar al fiduciario al cumplimiento exacto de los fines. En éste sentido se pronuncia Joaquín Rodríguez y Rodríguez al comentar que “debe considerarse que ésta acción reivindicatoria no es una acción de reivindicación ordinaria, porque el fideicomisario no tiene el dominio de los bienes y porque la acción sólo se le concede para obtener la devolución no para sí, sino para el fiduciario... podría verse en ella una acción reivindicatoria útil.”¹²⁵ Respecto de la naturaleza de dicha acción, Krieger Vázquez agrega que “ El Dr. Rodríguez y Rodríguez sostiene que se trata de una acción con fundamento obligacional y con efectos reales y apunta que podría considerarse como una reivindicatoria útil. Difiero de tan autorizada opinión porque la reivindicatoria útil se concede a quien no siendo propietario, conviene, por alguna razón, asimilarlo a un verdadero dueño, por lo menos en la protección procesal de su derecho. No hay razón jurídica o práctica que amerite considerar al beneficiario como dueño de los bienes fideicometidos y, en consecuencia, en concederle una acción reivindicatoria útil. Se trata de una acción persecutoria de la cosa, cuyo ejercicio legítimo está condicionado por la procedencia de una acción revocatoria de los actos cometidos por el fiduciario de mala fe o en exceso de facultades o perjudiciales al fideicomisario. Solamente cuando por alguno de esos actos han salido los bienes del régimen fiduciario puede ejercitarse la acción; no se da contra cualquier detentador, ni quién la ejerce es el propietario, por lo que resulta forzado considerarla como reivindicatoria.”¹²⁶

Adicionalmente a los derechos del fideicomisario ya señalados, tendrá derechos similares a fideicomitente, respecto de las modificaciones al fideicomiso; la cesión de sus derechos; la supervisión, requerimiento de cuentas y remoción del fiduciario; el nombramiento de los miembros del comité técnico, cancelación anticipada del fideicomiso, etc. Pero siempre dependiendo de las características del fideicomiso, así como de la reserva de derechos que en su favor haya hecho el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso.

2. Obligaciones.

- Derivadas del fideicomiso mismo, como pudiera ser el cubrir la contraprestación al fideicomitente por la afectación de los bienes, en el caso de fideicomisos traslativos de inmuebles.

- Cumplir con las obligaciones impuestas por el fideicomitente en el contrato de fideicomiso, que pueden ser de dar, hacer, no hacer o incluso tolerar, derivadas o encaminadas al cumplimiento de los fines, sea que éstas sean impuestas simple y llanamente o como condición suspensiva para obtener los beneficios derivados del fideicomiso, como pudiera ser por ejemplo la obtención de un título profesional para poder disponer del fondo fideicomitado.

¹²⁵ Rodríguez y Rodríguez Joaquín, *El Fideicomiso y la Separación en la Quiebra*, citado por Batiza. op. cit. p. 387.

¹²⁶ Op. cit. p. 129.

- Cubrir al fiduciario los honorarios que a éste le correspondan y pagar o en su caso, restituirle a aquél los gastos que pudiese haber erogado en la administración del fideicomiso.
- También tendrá la obligación de cubrir los derechos e impuestos que se generen por la tenencia o explotación de los bienes fideicomitidos, dependiendo del tipo de fideicomiso de que se trate. Sobre éste particular habremos de volver más adelante.

C. Para el fiduciario.

La encomienda de confianza que llevará a cabo el fiduciario en cumplimiento de lo pactado en el fideicomiso, implica para éste una serie de derechos, obligaciones y prohibiciones, particularmente extensas que tienen como principal objetivo hacer posible el cumplimiento de dicha encomienda y provienen del contrato mismo, de las leyes sustantivas y adjetivas que lo regulan e incluso de diversas disposiciones administrativas emitidas por las autoridades encargadas de regular y verificar la debida actuación de las instituciones financieras y particularmente las fiduciarias. Todo ello va encaminado a cuidar y proteger los intereses de los contratantes, lo que ha permitido que la actividad fiduciaria sea verdaderamente confiable.

I. Derechos.

Es claro que no se puede establecer un catálogo de derechos y obligaciones del fiduciario, ya que éstas dependen del tipo y características propias de cada fideicomiso, sin embargo, consideramos que las principales facultades y derechos que tiene para el debido cumplimiento de la encomienda a su cargo, son las siguientes:

- En primer lugar encontramos la facultad de aceptar el cargo de fiduciario en el negocio de que se trate. Aunque para algunos autores ésta situación no es una prerrogativa de la institución fiduciaria, sino una obligación derivada del artículo 356 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, al establecer que el fiduciario no puede excusarse o renunciar su encargo sino por causa grave a juicio del juez de primera instancia del lugar de su domicilio, insistimos, sin embargo, en que esto va en contra del principio de la autonomía de la voluntad que protege nuestro sistema legal, además de que con ello se violentaría la garantía de trabajo que consagra el artículo 5º Constitucional en cuanto a que nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento.

- Realizar todos los actos que sean necesarios para la consecución de los fines. Rodolfo Batiza al referirse a los artículos 351 y 356 de la ley cambiaria que establecen el ejercicio exclusivo de los derechos y acciones que se refieran al fin del fideicomiso y que el fiduciario tendrá todos los que se requieran para el cumplimiento del mismo, señala que la generalidad de dichos artículos y las salvedades que permiten, 'imposibilitan cualquier afirmación *a priori* acerca de las facultades legales del fiduciario. Para estar en aptitud de determinarlas, será indispensable analizar, en cada caso, los términos del fideicomiso y así saber que facultades se concedieron al fiduciario, cuales se reservó el fideicomitente y cuáles derivan para el del acto constitutivo, cuales

corresponden al fideicomisario y a terceros y en que consiste el fin del fideicomiso. En principio, no obstante, y habida cuenta del efecto traslativo de dominio que la institución produce, tendrá el fiduciario facultades dominicales, tal vez restringidas por el fideicomitente y desde luego condicionadas a la realización del fin del fideicomiso. Además, consideramos que la generalidad misma de las citadas disposiciones legales admite la existencia de facultades implícitas, pero sólo en la medida en que se requieran para el cumplimiento de la misión del fiduciario, a la luz también de las circunstancias de cada caso en particular.”¹²⁷

- Ostentar las facultades de dominio respecto de los bienes fideicomitidos, en virtud de la transmisión de propiedad que el fideicomitente realiza en favor del fiduciario al celebrar el fideicomiso y que pasan a éste no obstante que por las características del contrato no se requiera ejercitarlas para el cumplimiento de los fines, sin embargo el fiduciario debe tenerlas ya sea para revertir la propiedad al fideicomitente o transmitir la misma por cualquier título al fideicomisario o a un tercero, además de que como ya lo comentamos en su oportunidad, el derecho real de propiedad se refleja en la posibilidad de ejercer dichos derechos, no en su ejercicio mismo.

- Facultades de gravar los bienes. Como un derecho complementario al arriba señalado, el fiduciario tiene la facultad de constituir gravámenes sobre los bienes materia del fideicomiso para garantizar obligaciones contratadas por el fideicomitente o el fideicomisario, según sea el caso. Situación que deberá estar contemplada en el texto del contrato y ejercer dichas facultades de acuerdo a las instrucciones que reciba, ya sea de las partes antes citadas o del comité técnico.

- Facultades de administración. Al igual que en las facultades de dominio, el fiduciario tendrá todas las facultades para realizar los actos de administración de los bienes que como dueño le corresponden, sin embargo, éstos dependen de los fines que debe alcanzar y de las instrucciones que al efecto le giren el fideicomitente, el fideicomisario o el comité técnico, según se establezca en el contrato respectivo. Entre las facultades de administración más comunes tenemos la del arrendamiento de los bienes fideicomitidos, el empleo de personal auxiliar con cargo al patrimonio del fideicomiso, el derecho de que se le cubran los gastos erogados en la administración y obras de conservación o mejoras de los bienes, etc. Cabe señalar que si dichas facultades no están establecidas en el clausulado del contrato, consideramos que únicamente puede realizarlas con autorización judicial, aplicando supletoriamente las disposiciones del Derecho Civil, en virtud de que tanto la ley sustantiva como la adjetiva que regulan la figura del fideicomiso, son totalmente omisas sobre el particular.

- Facultades para pleitos y cobranzas. En forma similar a las facultades ya comentadas, el fiduciario como dueño de los bienes fideicomitidos, tiene las más amplias facultades para pleitos y cobranzas, incluso las de transigir, comprometer en árbitros y desistirse, por tanto también las tiene para otorgar los poderes necesarios para ejercerlos; en la práctica es el fideicomitente, el fideicomisario o el comité técnico quienes instruyen al fiduciario para el otorgamiento de los poderes que sean necesarios para la defensa del patrimonio del fideicomiso, pactándose normalmente en los contratos constitutivos que el

¹² Batiza Rodolfo, op cit p. 346.

fiduciario no será responsable de la actuación de los apoderados ni del pago de sus honorarios profesionales, sino que éstos serán por cuenta de aquellos o se cubrirán con cargo al patrimonio.

- Finalmente encontramos el derecho a cobrar honorarios por su actuación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley de Instituciones de Crédito, que establece:

“Artículo 48. Las tasas de interés, comisiones, premios, descuentos, u otros conceptos análogos, montos, plazo y demás características de las operaciones activas, pasivas y de servicios, así como las operaciones con oro, plata y divisas, que realicen las instituciones de crédito... se sujetarán a lo dispuesto por la Ley Orgánica de Banco de México, con el propósito de atender necesidades de regulación monetaria y crediticia.”

Sin embargo dicha Ley es omisa sobre el particular y en la práctica bancaria cada institución fiduciaria establece sus propios honorarios, basándose primordialmente en la oferta y la demanda del servicio en el mercado fiduciario, no obstante que en años anteriores, principalmente en 1983 y 1985 se establecieron compromisos dentro de la Comisión de Fiduciarios de la Asociación Mexicana de Bancos, para utilizar tarifas uniformes diseñadas por dicha Comisión, que a la fecha han quedado obsoletas.

2. Obligaciones.

Encontramos diversos tipos de obligaciones para el fiduciario, como las derivadas de las leyes y circulares que regulan la materia y las provenientes del contrato mismo, tanto con relación a las partes, como frente a los terceros. Entre las principales están las siguientes:

- La primera obligación es dar cumplimiento a la encomienda de confianza, es decir al cumplimiento de los fines del fideicomiso conforme a lo estipulado en el contrato respectivo, así lo ordena el artículo 356 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, que en su parte relativa dispone que deba cumplir con dicho fideicomiso en los términos del acto constitutivo, respondiendo de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa. Por otra parte, ésta disposición se complementa con lo dispuesto por el artículo 80 de la Ley Bancaria que obliga a las instituciones a responder civilmente por los daños y perjuicios que causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o terminos señalados en el fideicomiso. Lo cual resulta lógico en virtud del acto de confianza que el fideicomiso implica.

Para determinar la forma en que debe desempeñar el cargo, el mismo artículo 356 ya citado, señala que debe ser “como buen padre de familia”; de no actuar así, incurrirá en culpa y habiendo negligencia de su parte se hará acreedor a la responsabilidad civil que esto implica.

En la doctrina civil encontramos dos tipos de culpa, la denominada *in abstracto*, que se determina tomando en cuenta la conducta de un tipo abstracto, de tal manera que si en un acto humano no se observa la diligencia que correspondería a esa categoría ideal, se dice que existe una culpa *in abstracto*, a diferencia de la culpa *in concreto*, que el

obligado incurre cuando no observa en la custodia de los bienes ajenos o en la administración de los negocios de otro, la diligencia que está acostumbrado a emplear en el cuidado de las cosas o asuntos propios.

En el derecho romano, posteriormente en el Código Napoleón y en nuestros códigos de 1870 y 1884, se estatuyó como regla general que en toda obligación de dar el deudor debe conservar la cosa como buen padre de familia; en consecuencia, es responsable de la culpa grave y de la leve, pero no de la levisima. El derecho romano elige el tipo abstracto del buen padre de familia, porque considera que es el tipo de hombre que tiene una diligencia media en la conservación de sus cosas, por consiguiente el deudor en la obligación de dar, por regla general, debe observar la diligencia media del buen padre de familia, para conservar la cosa que está obligado a entregar.¹²⁸

Nuestra legislación civil actual se aleja de la concepción romana de la culpa, no exigiendo para las obligaciones de dar o hacer, más requisito que el incumplimiento para que haya lugar a la acción por daños y perjuicios. Así se desprende de los artículos 2104 y 2105 del código federal que no exigen que el acreedor demuestre culpa en el deudor, sino que podrá exigir el pago de daños y perjuicios por el simple incumplimiento del deudor y éste sólo queda liberado cuando exista caso fortuito, fuerza mayor o cuando la ley expresamente exija culpa para que nazca o se origine la responsabilidad civil.

Aplicando lo anterior supletoriamente a la figura en estudio, consideramos que respecto de la conservación de los bienes fideicomitidos, el fiduciario debe actuar con una diligencia media, siendo responsable de su culpa grave y leve, por lo que si dichos bienes se pierden o sufren daño, el fiduciario sólo responderá cuando sea por su negligencia. Respecto de las obligaciones de hacer, no hacer o tolerar, basta el incumplimiento para que el fideicomitente o el fideicomisario, según el caso, tengan el derecho de exigirle la responsabilidad civil de cubrir los daños y perjuicios causados por dicho incumplimiento.

- Cumplir en sus terminos las instrucciones del comité técnico cuando se prevea la integración de dicho órgano colegiado y conforme a las facultades que se le atribuyan al mismo en el acto constitutivo o en sus reformas. El artículo 80 de la Ley Bancaria exime de responsabilidad al fiduciario cuando actúa siguiendo las instrucciones del comité técnico

- Llevar una contabilidad especial de cada fideicomiso, en el que se registren los movimientos diarios, como pueden ser incrementos, decrementos, gastos, honorarios, etc., debiendo coincidir los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la institución con las contabilidades especiales. Así lo establece el artículo 79 de la Ley Bancaria, en concordancia con el artículo 99 del mismo ordenamiento.

- Obtener permisos, dar los avisos y realizar la inscripción de los fideicomisos de conformidad con las disposiciones legales. Dependiendo del tipo de fideicomiso, de las partes que intervengan o de la materia que lo integre, existen para el fiduciario diversas obligaciones que le imponen las leyes y circulares que lo regulan; por

¹²⁸ Rojina Villegas Rafael, op. cit. Tomo III, p. 364 y ss.

ejemplo el artículo 353 de la Ley Cambiaria establece que cuando la materia del fideicomiso esté constituida por bienes inmuebles, éstos deben inscribirse en la Sección de Propiedad del Registro Público de la Propiedad y el Comercio del lugar de ubicación de los bienes.

El artículo 11 de la Ley de Inversión Extranjera obliga al fiduciario a obtener permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para adquirir con fines habitacionales, bienes inmuebles ubicados dentro de la zona restringida, cuando el objeto del fideicomiso sea permitir la utilización y el aprovechamiento de tales bienes a sociedades mexicanas sin clausula de exclusión de extranjeros o a personas físicas o morales extranjeras y el artículo 32 fracción III de dicha ley también lo obliga inscribir en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras los fideicomisos de acciones, partes sociales, inmuebles o de inversión neutra, cuando se deriven derechos en favor de inversionistas extranjeros o de empresas con mayoría de capital extranjero.

Respecto de los fideicomisos públicos, sean con estructura orgánica o sin ella, de conformidad con las reglas 594 y 601 de la Sección VI del Manual de Normas para el Ejercicio del Gasto en la Administración Pública Federal,¹²⁹ los contratos de fideicomiso que se celebren con recursos públicos deberán contar con autorización previa de las Direcciones Generales de Programación y Presupuesto sectoriales y de la Procuraduría Fiscal de la Federación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público e inscribirse en el registro de fideicomisos y mandatos de la Unidad de Política y Control Presupuestal de dicha Secretaría, siendo el fiduciario responsable de extinguir el fideicomiso en caso de que el contrato respectivo no cumpla con estos requisitos.

Por su parte el Banco de México mediante su circular 2019/95 de fecha 20 de septiembre de 1995 señala que los fiduciarios tienen la obligación de informar sobre la constitución de fideicomisos que tengan por objeto garantizar la emisión de obligaciones o papel comercial para su colocación ante el gran público inversionista.

La circular 711 de fecha 10 de junio de 1976, emitida por la Comisión Nacional Bancaria, exime a las instituciones fiduciarias de obtener autorización previa para la celebración de fideicomisos con disposición testamentaria cuando se incluya en su clausulado el siguiente texto. “Las partes convienen en que con los certificados financieros o los depósitos a plazo, documentados o no con certificados, que formen parte del patrimonio en fideicomiso, la fiduciaria no podrá realizar ningún acto u operación en función de los cuales, la fiduciaria, con su propio capital pagado y reservas o cualesquiera otras instituciones de crédito y organizaciones auxiliares negocien con tales certificados o los adquieran, hagan devolución o anticipo de su importe, o concedan préstamos, créditos o financiamientos de cualquier índole, con garantía de dichos depósitos o certificados o de los derechos de fideicomisario que a ellos se refieran”.

- Guardar el secreto fiduciario. De acuerdo a lo establecido en el artículo 118 de la Ley Bancaria, ahí se establece que con excepción de la información solicitada por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, el fiduciario será responsable civilmente por los daños y perjuicios que le cause al fideicomitente o al fideicomisario por la divulgación de la situación que guarde el fideicomiso o de los términos y condiciones

¹²⁹ Diario Oficial de la Federación de fecha 28 de diciembre de 1996.

establecidos en el contrato respectivo; incluso por la información proporcionada a solicitud de autoridades o tribunales judiciales en juicios que no sean entablados por el fideicomitente o fideicomisario en contra del fiduciario o viceversa.

- Desempeñar el cargo por sí mismos. Es decir que el fiduciario tiene la obligación de cumplir los fines del fideicomiso sin delegar dicha encomienda en un tercero.

- Rendir cuentas de la actuación. Dependiendo del tipo de fideicomiso de que se trate, el fiduciario contractualmente se obliga a rendir un informe periódico sobre el estado que guarden los bienes materia del fideicomiso, el artículo 84 de la Ley Bancaria dispone que en caso de no rendir cuentas de su gestión dentro del plazo de 15 días hábiles contados a partir de la solicitud del fideicomitente o fideicomisario, según sea el caso, procederá la remoción de su cargo.

Adicionalmente el fiduciario tiene obligación de informar mensualmente a Banco de México sobre los riesgos complementarios que hubieren tomado con fondos provenientes de operaciones fiduciarias, señalando el nombre de los deudores que hayan sido acreditados con cantidades recibidas en fideicomiso, la clase de préstamos que se hayan otorgado, las inversiones en títulos o valores realizadas con los fondos recibidos.

En materia fiscal también existen diversas obligaciones a cargo del fiduciario, que en su oportunidad habremos de analizar.

3. Prohibiciones.

Con el objeto de regular la figura que nos ocupa, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 359 establece diversas prohibiciones respecto de la constitución de fideicomisos, a saber:

- Celebrar fideicomisos secretos. Entendemos por fideicomisos secretos aquellos contratos que no se registran en la contabilidad de la institución y por tanto se mantienen sin proporcionar información a las autoridades encargadas de supervisar su actuación respecto de los elementos que lo conforman, como son las partes, el objeto o las instrucciones para la ejecución.

- Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior. Esta prohibición pretende evitar el estancamiento de los bienes inmuebles que fue muy común en la edad media con los llamados mayorazgos.¹³¹

- Aquellos cuya duración sea mayor de 30 años, cuando se designe como fideicomisario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de

¹³⁰ Así lo dispone la circular 450 de fecha 29 de agosto de 1955, emitida por la Comisión Nacional Bancaria.

¹³¹ Ver supra capítulo III. A punto 2. p..

beneficencia. Se exceptúa de lo prohibido cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro; los fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal o los que éste declare de interés público para efectos de que no le sea aplicable el plazo mencionado, según lo dispone el artículo 85 de la Ley Bancaria, así como los celebrados al amparo de la Ley de Inversión Extranjera, que les otorga una vigencia de hasta 50 años.

Por otra parte, para proteger los intereses del público inversionista y regular las operaciones en el mercado financiero, el artículo 106 de la Ley de Instituciones de Crédito, establece las siguientes prohibiciones a las instituciones fiduciarias:

- Celebrar fideicomisos que tengan por objeto garantizar créditos otorgados por instituciones de crédito, cuando la materia del fideicomiso esté constituida por depósitos bancarios de dinero retirables en días preestablecidos, de ahorro, a plazo o con previo aviso, así como por préstamos, bonos bancarios u obligaciones subordinadas a cargo el propio banco o de cualquier otra institución bancaria o incluso con derechos sobre fideicomisos, mandatos o comisiones que tengan por objeto los pasivos antes señalados (fracción XVII).

- Celebrar operaciones con la propia institución, es decir interdepartamentales, en cumplimiento de fideicomisos, salvo las autorizadas por Banco de México mediante disposiciones de carácter general que no impliquen un conflicto de intereses. Cabe destacar que la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985, abrogada por la Ley de Instituciones de Crédito, establecía en el artículo correlativo, que la facultad de autorizar correspondía a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por lo que dicha dependencia, mediante circulares Nos. 102-E-367-DGBM-111-B-3521 de fecha 18 de diciembre de 1985 y 305-I-A-308727 de fecha 21 de noviembre de 1968, respectivamente, autorizaron a las instituciones fiduciarias a realizar operaciones pasivas con sus propios departamentos de inversiones con los recursos provenientes de fideicomisos y a celebrar fideicomisos para el desarrollo de viviendas de interés social, en los cuales la propia institución fuere la otorgante de los créditos. (fracción XIX inciso a.).

- Responder a los fideicomitentes del incumplimiento de los deudores, por los créditos que se otorguen o de los emisores, por los valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del artículo 356 de la Ley Cambiaria, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomienda (fracción XIX inciso b.).

- Utilizar fondos o valores de los fideicomisos destinados al otorgamiento de créditos, en que la fiduciaria tenga la facultad discrecional en el otorgamiento de los mismos, para realizar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores sus delegados fiduciarios; los miembros del consejo de administración, los empleados y funcionarios de la institución, los comisarios, los auditores externos, los miembros del comité técnico del fideicomiso respectivo, sus ascendientes o descendientes o cónyuges de dichas personas, las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría dichas personas o las mismas instituciones. (fracción XIX inciso c.).

- Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores, o para pagar una obligación o para garantizar su cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos, y sin que éstos casos la administración exceda del plazo de dos años. (fracción XIX inciso d.).

4. Los funcionarios ejecutores.

En virtud de que es obligación de las instituciones fiduciarias desempeñar por sí mismas la encomienda de confianza contenida en el fideicomiso, la ley prevé que dicha actividad sea desarrollada por funcionarios especiales, que por lo delicado de la función deben ser plenamente responsables y de reconocida solvencia moral y hasta económica.

En efecto el artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito señala que en las operaciones de fideicomiso las instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios, quienes para acreditar su personalidad y facultades, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 90 de dicho ordenamiento, bastará que exhiban una certificación de su nombramiento, expedida por el secretario o prosecretario del consejo de administración o consejo directivo de la institución de que se trate, el cual deberá ser ratificado ante notario público e inscrito en el Registro Público del Comercio que le corresponda o bien con el testimonio del poder general otorgado por la institución. También señala dicho artículo que los poderes que otorgue las instituciones de crédito, no requerirán otras inserciones que las relativas al acuerdo del consejo de administración o del consejo directivo, según corresponda, que haya autorizado el nombramiento, las facultades que en los estatutos orgánicos se concedan al mismo consejo y la comprobación del nombramiento de los consejeros.

La función principal del delegado fiduciario será la de encargarse del desempeño de los fideicomisos, obligando a la institución en forma ilimitada con su firma por las actuaciones que realice, acorde a lo señalado en los propios artículos 80 y 91 de la Ley Bancaria que obligan al fiduciario a responder civilmente por la falta de cumplimiento o cumplimiento negligente en los fines del fideicomiso y por los actos realizados por los funcionarios encargados, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pudiere resultar en contra del delegado fiduciario.

La Comisión Nacional Bancaria expidió la circular No. 547 de 16 de noviembre de 1966 comunicando la interpretación que la Secretaría de Hacienda había hecho al art. 45, frac. IV de la Ley Bancaria y que aparecía en su oficio No. 305-I-A-32676, expediente 011/34576 fechado el 24 de octubre anterior. Expresaba que, aunque las instituciones fiduciarias no pueden delegar su cargo, que deben desempeñar a través de funcionarios especiales como son los delegados fiduciarios, sí podían emplear personas que auxilien a estos en el desarrollo de sus funciones secundarias. Como criterio para determinar cuáles actos deben necesariamente realizarse por los delegados fiduciarios y en cuáles podrían auxiliarse por dependientes, se adoptó el de que los actos mediante los cuales se tomen resoluciones de carácter discrecional, indelegables, que implican voluntad de mando o decisión, deberán ser realizados por los delegados fiduciarios; las funciones secundarias o

auxiliares que se reducen a formalidades o trámites podrán ser desempeñadas por dependientes.¹³²

Respecto del ejercicio de las facultades del delegado fiduciario, el artículo 25 de la Ley Bancaria establece que la Comisión Nacional Bancaria podrá en todo tiempo determinar que se proceda a la remoción o suspensión de los miembros del consejo de administración, directores generales, comisarios, directores y gerentes, delegados fiduciarios y funcionarios que puedan obligar con su firma a la institución, cuando considere que tales personas no cuentan con la suficiente calidad técnica o moral para el desempeño de sus funciones, o que no reúnan los requisitos al efecto establecidos, o incurran de manera grave o reiterada en infracciones a dicha ley o a las disposiciones que de ella emanen.

D. Para los terceros.

Primeramente mencionaremos que entendemos por tercero, de manera general, toda persona que no ha participado en un contrato y que no ha sido válidamente representada en él.¹³³

Existen diversos derechos que la ley otorga a los terceros, respecto de la constitución de un fideicomiso:

- Atacar la validez del contrato cuando se constituya con propósitos fraudulentos. El artículo 351 de la Ley Cambiaria señala que el fideicomiso podrá ser atacado de nulidad en cualquier tiempo por los interesados cuando sea constituido en fraude de terceros; esto representa lo que en materia civil se conoce como acción Pauliana.

- Ejercer los derechos que le otorga la ley en caso de quiebra o suspensión de pagos respecto del patrimonio del fideicomiso. Al respecto Rodolfo Batiza comenta que aun cuando la ley de la materia establece como supuestos de la declaración de quiebra dos elementos, a saber: tratarse de una persona que sea comerciante, y que cese en el pago de sus obligaciones, estimamos que no hay objeción seria de fondo para que el patrimonio en fideicomiso pueda ser declarado en quiebra, a pesar de no tener personalidad jurídica y aunque tal posibilidad en más bien teorica¹³⁴

- Ejercer los derechos adquiridos con anterioridad al fideicomiso, respecto de los bienes fideicomitidos. El artículo 351 de la Ley Cambiaria, otorga éste derecho a los terceros para ejercerlo independientemente de la afectación al fideicomiso de los bienes de que se trate; como ejemplo tenemos los derechos derivados de un contrato de arrendamiento de un bien que posteriormente es afectado en fideicomiso, en ese sentido el fiduciario como nuevo propietario del bien, tendrá que respetar el contrato respectivo; situación similar la encontramos en la hipoteca, servidumbre, usufructo, etc.

¹³² Batiza Rodolfo, op. cit p. 319

¹³³ Idem. p. 394.

¹³⁴ Idem. p. 395.

VIII. LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y EL FIDEICOMISO

La aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas se designa con la palabra personalidad.¹³⁵ En principio no tendríamos problema para determinar que esa aptitud jurídica la tienen únicamente las personas; sin embargo, existen teorías como la del patrimonio afectación, que llegan a la conclusión de que también existen diversos conjuntos de bienes, derechos y obligaciones que forman una universalidad jurídica con entidad propia, que no pueden referirse a un hombre, pero que el derecho los organiza, lo protege y los reconoce como si fueran una entidad que puede ser soporte de derechos y obligaciones. Esta entidad no es sujeto de derechos de alguien, sino de algo, del patrimonio.

Hans Kelsen¹³⁶ sostiene que la persona se concibe como un centro común de imputación de actos jurídicos; éste centro al cual se imputan dichos actos constituye la entidad de derecho, cuando podemos referir un acto jurídico a alguien, por el solo hecho de referirlo a un determinado ente, hemos elaborado el concepto de sujeto de derecho; porque el sujeto no es otra cosa que el soporte al cual se imputan determinados actos, tanto de la persona jurídica individual, como de la colectiva. Al Derecho sólo le interesan los actos jurídicos, es decir, aquellas actividades que pueden caer bajo el dominio de la norma y que se manifiestan como derechos o como deberes.

Como el derecho o deber necesariamente suponen alguien como entidad a quien deban imputarse, Kelsen considera que es por virtud del proceso de imputación que creamos la personalidad jurídica. No tendría objeto un acto jurídico que no pudiera imputarse a alguien, porque siempre supone un acto de conducta y como tal, la intervención del hombre; pero ésta puede realizarse para ejecutar un acto de conducta referente exclusivamente a su persona o imputable a un conjunto de hombres, a una conducta colectiva que constituye una entidad distinta de ella.

Ahora bien, la persona como centro de imputación de las normas, facultades, deberes y actos jurídicos, puede ser de dos tipos, a saber: la persona física, también llamada persona jurídica individual, representada por el hombre como ser humano, en su individualidad biológica y por otro lado encontramos a la persona moral o persona jurídica colectiva, que son los entes creados por el derecho, donde se conjuga la voluntad de varios hombres.

El derecho no sólo ha reconocido que el hombre es el único sujeto capaz de tener facultades y derechos, también a ciertas entidades que no tienen una realidad material o corporal, se les ha reconocido la capacidad jurídica para tener derechos y obligaciones y poder actuar como tales entidades. Ha sido con motivo principalmente de éstos entes jurídicos como ha nacido el problema y teoría de la personalidad jurídica.¹³⁷

¹³⁵ De Pina Rafael, op cit p. 177.

¹³⁶ Kelsen Hans, *Teoría General del Estado*, citado por Rojina Villegas, op cit p. 79 y ss.

¹³⁷ Rojina Villegas, op. cit p 74.

La personalidad jurídica equivale a capacidad jurídica; algunos autores diferencian los conceptos sosteniendo que la personalidad es una aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas en general, mientras que la capacidad se refiere a relaciones jurídicas concretas, como pudiera ser la celebración de un contrato, para otorgar testamento, etc., la capacidad jurídica a su vez se compone de capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

Respecto de las personas físicas el artículo 22 del Código Civil Federal señala que **“la capacidad de jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde con la muerte, pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley, y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código”**.

La persona moral es regulada mediante el artículo 25 del mismo código, que establece lo siguiente: **“Son personas morales:**

- I. La Nación, los Estados y los Municipios;**
- II. Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley;**
- III. Las sociedades, civiles o mercantiles;**
- IV. Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal;**
- V. Las sociedades cooperativas y mutualistas, y**
- VI. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualesquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley.**
- VII. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736.**

Por su parte Francisco Ferrara¹³⁸ define a la persona moral como **“las asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin y reconocida por la ordenación jurídica como sujeto de derecho”**.

Dicho autor abunda en sus comentarios al señalar que tanto la persona física como la jurídica colectiva, son creaciones del derecho, no son realidades, sino categorías jurídicas que el sistema normativo puede referir a un determinado sustrato que es independiente de la corporalidad o realidad material del ente o sujeto que se trata de personificar. En la construcción de la personalidad jurídica de los entes colectivos considera esenciales los siguientes elementos: El conjunto o reunión de hombres; la realización de un fin común, determinado, posible y lícito y el reconocimiento que otorgue el derecho objetivo a los citados elementos.

Con relación al tema en estudio, respecto de considerar al fideicomiso como un ente con personalidad jurídica, pensamos que no es así y como evidentemente no se le puede considerar como persona física, se le tendría que equiparar a una persona moral, por ser una figura que conjuga la voluntad de cuando menos dos personas, del fideicomitente y del fiduciario. Con el objeto de dejar más clara esta cuestión, a continuación señalaremos los elementos jurídicos que considera Ferrara esenciales para las personas morales, a efecto de compararlas con la figura del fideicomiso.

¹³⁸ Ferrara Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*, trad Por Eduardo Ovejero y Maury, De Treus, Madrid, p 359.

- En una persona moral se conjuga la voluntad de varios individuos, que se unifican no a través de sus personalidades físicas, sino mediante la realización de un fin común. El fideicomiso carece de unificación de voluntades, no obstante que los bienes son destinados a un fin. Este fin se considera común, solo en la medida en que el fideicomitente encomienda su realización al fiduciario y éste lo lleva a cabo, pero finalmente lo cumple en virtud de una obligación contractual, pues difícilmente lo llevaría a cabo de no ser un encargo por el cual recibirá una compensación por sus servicios.

- El fin común que persiga la persona jurídica colectiva, debe ser determinado, pues una vaguedad en los propósitos no podría caracterizar la sociedad, es decir que el límite jurídico que se acepte para personificar un conjunto de actos y fines, debe ser preciso, determinado, para fijar el radio de acción en el que se desenvolverá el sujeto al que se le va a otorgar personalidad jurídica. Sobre éste aspecto encontramos el artículo 26 del Código Civil Federal, que permite a las personas morales ejercitar todos los derechos y obligaciones que sean necesarios para realizar el objeto de su institución, lo que significa que el radio de acción de la sociedad será el fijado por su objeto, mismo que deberá estar bien determinado, ser posible física y jurídicamente, así como lícito. En el fideicomiso también se exigen estas características en cuanto a la finalidad que persiga, pero a diferencia de la sociedad, será el fiduciario el encargado de llevarlo a cabo, por instrucciones del fideicomitente, es decir, no se da nacimiento a una tercera persona distinta de las partes que intervienen en el contrato para que lleve a cabo los fines, sino que es una de ellas la que los realiza por encargo de la otra.

- Reconocimiento del derecho objetivo. Una persona moral obtiene personalidad jurídica distinta de la de sus integrantes por medio de una ficción legal, ya que en la realidad no es posible celebrar actos jurídicos con algo distinto de un ser humano, sin embargo, por medio de ésta ficción el derecho ha dado, por cuestiones prácticas, un reconocimiento a la unión de personas físicas que persigan un fin común, que se traduce en una entidad distinta de la de sus integrantes, con una voluntad colectiva que se expresa por sus órganos de representación y de administración. Así encontramos el reconocimiento del derecho a la unión de voluntades en la consecución de un fin común, en entidades que van desde el propio Estado moderno, hasta una asociación o sociedad civil, mercantil, laboral, agraria, etc., teniendo todas ellas una personalidad jurídica distinta de la de sus integrantes, porque lo permiten sus características propias y así lo determina la propia ley.

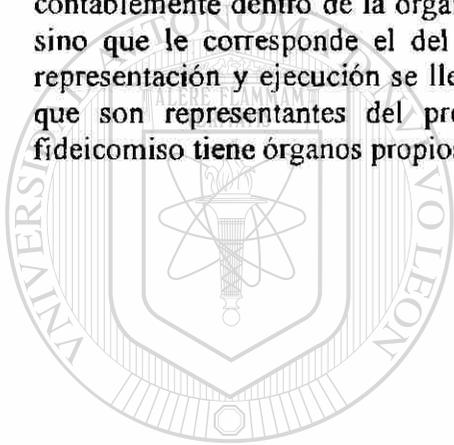
En el fideicomiso no hay un reconocimiento del derecho a la voluntad de las partes que intervienen en el contrato respectivo, que permita considerarlo distinto de la voluntad de los participantes y por ende contar con personalidad jurídica propia; aunque en principio podría pensarse que se da nacimiento a una entidad diferente, creemos que no es así, sino que esta idea se presenta por las características “especiales” del patrimonio.

Como lo vimos en su oportunidad, los bienes salen del patrimonio del fideicomitente y pasan a propiedad del fiduciario, pero sujeto al cumplimiento únicamente de los fines establecidos por el fideicomitente, en provecho de él mismo o del fideicomisario, es decir, se conforma un patrimonio autónomo destinado a un fin lícito,

determinado y posible tanto física como jurídicamente, pero no existe un fin común, sino una voluntad del fideicomitente que es cumplida por el fiduciario.

Así lo establece el concepto legal que encontramos en el artículo 346 ya que señala que el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria. Esta idea la confirma el artículo 356 al otorgar al fiduciario los derechos y acciones necesarios para el cumplimiento de los fines, es decir se confirma que en ésta figura es el fiduciario y no una entidad nueva resultante de la voluntad de los contratantes, quién lleve a buen término el fin pretendido.

A mayor abundamiento podemos señalar que los atributos que la ley señala para las personas, no se dan tratándose de los fideicomisos, por ejemplo éstos no tienen necesariamente un nombre, sino que en ocasiones se les da con efectos distintivos o publicitarios, más bien se representan por un número interno con el que se clasifican contablemente dentro de la organización administrativa del fiduciario; no tiene domicilio sino que le corresponde el del fiduciario; obviamente que no tienen nacionalidad; su representación y ejecución se lleva a cabo por los funcionarios especiales del fiduciario, que son representantes del propio fiduciario en la materia, es decir que ningún fideicomiso tiene órganos propios de dirección o de representación; etc.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

IX. EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO.

A. Causas.

Como cualquier otro contrato, existen diversas causas que por su propia naturaleza dan lugar a la extinción del fideicomiso, el artículo 357 de la Ley Cambiaria, de una manera enunciativa señala las causales de terminación, no obstante hay otras causas que derivan de ésta y otras leyes que regulan la figura en estudio. Consideramos que las principales causas son las siguientes:

- Cumplimiento de los fines. La causa más obvia de terminación de un fideicomiso, es la del cumplimiento del objeto para el que fue creado, ya que una vez satisfecho éste, procede la extinción.

- Por hacerse imposible la realización del fin. Si el fideicomiso se extingue por el cumplimiento del objeto o fin para el que fue creado, resulta claro que en aquellos casos en los que el fiduciario no pueda llevarlo a cabo por sobrevenir una imposibilidad física o jurídica, como pudiera ser la pérdida o destrucción de la cosa, el fallecimiento del fideicomisario, el convertirse en ilícito el fin después de la constitución del fideicomiso, etc., también procede su cancelación

- 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 de veinte años siguientes a su constitución. Cuando el cumplimiento del acontecimiento futuro e incierto a que se llegue a sujetar el fideicomiso, se haga imposible, no se verificase en el plazo convenido o en el término de veinte años si no se estipuló plazo alguno, el fideicomiso debe extinguirse de acuerdo a dispuesto en la fracción III del artículo en comento, sin embargo consideramos que no puede extinguirse una obligación que no ha nacido, ya que la condición suspensiva precisamente hace depender el nacimiento de la obligación de un acontecimiento futuro e incierto y si se da alguno de los supuestos mencionados, en todo caso debe tenerse por incumplida la condición y sin surtir efecto las obligaciones emanadas del contrato; así lo dispone el artículo 1939 del Código Civil Federal, al señalar “La condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación.” Al respecto Batiza¹³⁹ comenta que “si es precisamente la existencia del fideicomiso la que depende del cumplimiento de la condición suspensiva, al hacerse esta imposible o no verificarse dentro del término, es inadecuado hablar de extinción del fideicomiso. A lo más podrá decirse que se extingue la posibilidad de su existencia.”

- Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto. Cuando la realización del acontecimiento futuro e incierto se realiza y de esa realización depende la extinción de las obligaciones nacidas para las partes en el contrato de fideicomiso, también procede la extinción del mismo, volviendo las cosas al estado en que guardaban antes de la constitución

¹³⁹ Batiza Rodolfo, op. cit p 454

- Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario. Si el fideicomitente es la persona que constituye el fideicomiso en favor del fideicomisario y éste es quién recibe los beneficios, ambos pueden pactar la extinción del fideicomiso. El consentimiento del fideicomisario es primordial, ya que en el caso en que éste no lo otorgue, si el fideicomitente no se reservó el derecho de revocarlo, el fideicomiso deberá continuar hasta el cumplimiento de sus fines o al incurrir en alguna otra de las causales que estamos analizando.

- Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso. Ya comentamos anteriormente que cuando así se pacte en el contrato de fideicomiso, el fideicomitente tendrá la facultad de darlo por concluido discrecionalmente en cualquier tiempo, pero para ello será requisito indispensable haberse reservado expresamente ese derecho.

- En el caso del párrafo final del artículo 350. Éste artículo regula la sustitución del fiduciario cuando éste no acepte, renuncie o se le remueva del cargo y en caso de no haber otro fiduciario que lo acepte, el fideicomiso deberá extinguirse.

- Por renuncia o muerte del fideicomisario. En aquellos caso en los que no se haya hecho designación de fideicomisarios sustitutos, salvo en el caso de que los derechos sean transmisibles a los herederos del fideicomisario, según la naturaleza de dichos derechos y de lo que se haya establecido en el contrato respectivo. En lo tocante a los casos en que el fideicomisario sea persona moral, se aplica éste supuesto cuando igualmente se disuelve o deja de existir

- Por cumplimiento del término fijado para la duración del fideicomiso. Las partes tienen la posibilidad de señalar el plazo por el cual surtirá efecto el fideicomiso. Para esos efectos entendemos por término o plazo, el momento en que un acto jurídico debe comenzar o dejar de surtir sus efectos característicos.¹⁴⁰ Por su parte el Código Civil Federal, señala en sus artículos 1953 y 1954, que es obligación a plazo aquella para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto y se entiende por día cierto aquél que necesariamente ha de llegar; de lo anterior desprendemos que cuando se señale en el contrato de fideicomiso un día cierto para la extinción del mismo, una vez llegado el mismo, procede la extinción del fideicomiso.

Sobre el particular habrá que aclarar que la voluntad de las partes no puede contravenir lo dispuesto por la fracción III del artículo 359 de la Ley Cambiaria, respecto de la prohibición de constituir fideicomisos en favor de las personas morales por un plazo mayor de 30 años (con sus excepciones, que ya comentamos), ni tampoco podrá pactarse un plazo mayor al de 50 años señalado por el artículo 13 de la Ley de Inversión Extranjera, respecto de sociedades mexicanas con cláusula de admisión de extranjeros y de personas físicas o morales extranjeras, cuando éstos sean fideicomisarios en fideicomisos que tengan como objeto materia del mismo, bienes inmuebles ubicados en la llamada zona restringida de 50 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 en las playas.

¹⁴⁰ Ver De Pina Rafael, op. cit. p. 449.

- Por expropiación de los bienes fideicomitidos. El acto de potestad soberana que puede ejercer el Estado para privar total o parcialmente la propiedad de los particulares por causa de utilidad pública, puede en un momento dado afectar bienes materia de un fideicomiso, en cuyo caso el fiduciario recibirá el importe de la indemnización que corresponda para aplicarlo a los fines del fideicomiso y en caso de que éstos no puedan llevarse a cabo, el fideicomiso deberá extinguirse.

- Quiebra, disolución y liquidación del fiduciario. Las instituciones de crédito, de fianzas, de seguros y las casas de bolsa, en sentido estricto son comerciantes y como tales pueden llegar a quebrar, en cuyo caso los bienes materia de los fideicomisos constituidos en ellas, deberán separarse de la masa de bienes, acorde a lo establecido en los artículos 158 y 159 fracción IV, ya que el fiduciario de que se trate, estará impedido de administrar los bienes; en estos casos deberá sustituirse al fiduciario y en caso de no ser posible, proceder a la extinción de dichos fideicomisos.

Tratándose de la disolución o liquidación de alguna institución fiduciaria, por alguna de las causas legales establecidas en su escritura constitutiva o en la ley, también será necesario buscar la sustitución en el cargo o en su defecto extinguir el fideicomiso. Sobre las reglas a seguir en éstos supuestos, el artículo 29 de la Ley Bancaria señala lo siguiente:

“La disolución y liquidación de las instituciones de banca múltiple se regirán por lo dispuesto en los capítulos X y XI de la Ley General de Sociedades Mercantiles o, según el caso, en el Capítulo I, del Título VII de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos...”

- Revocación de la autorización para ejercer el cargo. El artículo 28 de la propia Ley Bancaria, dispone que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, tiene la facultad de revocar la autorización para operar como institución de banca múltiple, llegado el caso de que la institución de que se trate incurra en alguno de los supuestos que señala dicha disposición, entre las que destaca el arrojar pérdidas que afecten su capital mínimo; no mantener las proporciones legales de activo y capitalización; no cumplir adecuadamente con las funciones de banca y crédito para la que fue autorizada, etc. En caso de que alguna institución vea revocada su autorización, lógicamente ya no podrá ejercer el cargo de fiduciario, por lo que al igual que en la quiebra y disolución de la sociedad, se deberá buscar la sustitución fiduciaria o la extinción.

Quiebra del patrimonio del fideicomiso. En el fideicomiso con actividad empresarial, pudiera darse el caso de que en el desarrollo propio de las actividades, resultara insuficiente el patrimonio para hacer frente a las obligaciones contratadas, no obstante que no tenga personalidad jurídica, podría llegar a la suspensión de pagos y a la quiebra del patrimonio, por lo que una vez cubiertos los requisitos de ley se deberá proceder a la extinción del fideicomiso.

- Confusión de la calidad de fiduciario y fideicomisario. El artículo 348 de la Ley Cambiaria dispone que es nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario, por lo que salvo las excepciones que se señalan en el último párrafo de dicho

artículo y el caso de algunas de las instituciones de banca de desarrollo que su ley orgánica le permite tener ese doble carácter,¹⁴¹ cuando alguna institución al ser fiduciario o fideicomisario en un contrato de fideicomiso y por alguna circunstancia, como pudiera ser la fusión de dos instituciones, lleguen a confundirse dichos caracteres, el fideicomiso deberá extinguirse, buscar la sustitución fiduciaria o en su defecto la cesión de derechos de fideicomisario.

B Efectos.

Al darse la extinción del fideicomiso por cualesquiera de las causas que hemos venido analizando, es necesario determinar el destino que habrá de darse al remanente de los bienes materia del mismo. Para ello será necesario tomar en consideración el tipo de fideicomiso de que se trate, así como los términos establecidos sobre el particular en el propio contrato de fideicomiso.

Al analizar los derechos del fideicomitente, señalamos que en los términos del artículo 358 de la Ley Cambiaria, uno de ellos es el de recibir los bienes que queden en poder de la institución fiduciaria una vez extinguido el fideicomiso.

También señalábamos que no tiene mayor relevancia cuando el fideicomiso ha sido constituido como una liberalidad del fideicomitente, pero respecto de un fideicomiso oneroso, cuando el fideicomitente recibe una contraprestación por la afectación fiduciaria, los bienes deben transmitirse al fideicomisario o a sus herederos.

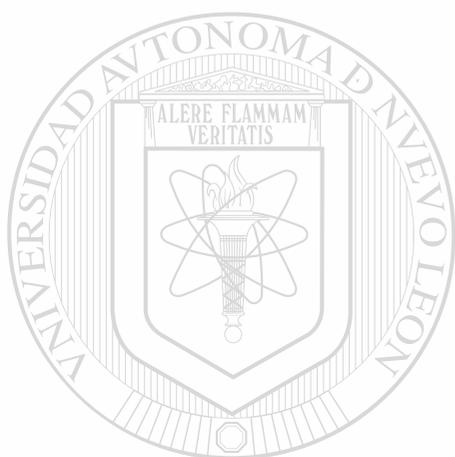
Otro de los aspectos de la extinción del fideicomiso, no menos importante que el anterior, es el de los efectos jurídicos de los actos realizados por el fiduciario que se encuentren pendientes de cumplimentar, pues en este caso, tanto el fideicomitente como el fideicomisario, tendrán la obligación de cumplir o perfeccionar los compromisos contraídos con terceros en el desempeño del fideicomiso y en su caso destinar los bienes a la satisfacción de los mismos, por lo que no pueden pretender ostentarse como extraños a la relación jurídica establecida entre el fiduciario y los terceros.

Sobre el particular, consideramos aplicable lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso b) de la fracción XIX del artículo 106 de la Ley de Instituciones de Crédito, que a la letra dice: " Si al término del fideicomiso, mandato o comisión constituidos para el otorgamiento de créditos, éstos no hubieren sido liquidados por los deudores, la institución deberá transferirlos al fideicomitente o fideicomisario, según el caso, al mandante o comitente, absteniéndose de cubrir su importe."

Esto significa, independientemente de la prohibición a las instituciones de responder por el incumplimiento de los deudores, que ya sea el fideicomitente o el fideicomisario, tendrán que continuar con los trámites de recuperación del crédito otorgado por el fiduciario en cumplimiento de los fines del fideicomiso, en virtud de la relación de causahabencia que los une para con el fiduciario.

¹⁴¹ Ver entre otras las leyes orgánicas de Nacional Financiera, S.N.C., Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C., Banco Nacional de Comercio Exterior, S.N.C., etc.

Finalmente podemos señalar que a la extinción del fideicomiso, normalmente el fiduciario presenta un estado de cuenta en el que refleja los últimos movimientos efectuados en el patrimonio del fideicomiso, mientras que el fideicomitente y el fideicomisario le otorgan un finiquito por la actuación tenida en el contrato respectivo.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

X. ASPECTOS GENERALES DE LAS CONTRIBUCIONES.

Una vez analizados los principales aspectos de la figura del fideicomiso, pasaremos a estudiar sus repercusiones fiscales cuando a través del mismo se realizan actividades empresariales.

Para poder precisar el tema en estudio y entender la regulación fiscal del contrato de fideicomiso, consideramos adecuado iniciar con los aspectos generales de las contribuciones, incluyendo la justificación del Estado para recibirlas; los principios que rigen la actividad fiscal, las características, formación e interpretación de la ley fiscal y la obligación fiscal y tributaria. Una vez analizado lo anterior pasaremos a encuadrar al fideicomiso dentro de nuestro sistema fiscal, para luego abordar el tema principal del presente trabajo.

A. Actividad Financiera del Estado.

Es claro que la relación existente entre el Estado y los gobernados es de interdependencia, ya que la única razón de ser del Estado es precisamente la satisfacción de los intereses colectivos y para lograr esa gestión, necesariamente requiere de recursos provenientes de aquellas personas sujetas a su potestad para destinarlos a los mencionados fines; por su parte los gobernados requieren a su vez de una serie de satisfactores de naturaleza social, que le permitan dedicarse a sus propias actividades, sin distraerse en buscar cubrir dichas necesidades, ya que éstas serán responsabilidad del Estado.

La actuación del Estado respecto de los ingresos y egresos que obtenga para el cumplimiento de su objeto, incluyendo la relación que surge por los ingresos que percibe de los particulares para sufragar los gastos públicos, debe tener un carácter eminentemente jurídico, con el objeto de que sea delimitada perfectamente la actuación del Estado y así prevenir los abusos de poder.

Las normas que regulan dicha actuación, las encontramos en el Derecho Financiero. Según el Dr. Serra Rojas, para conocer el concepto de Derecho Financiero, es necesario tener en cuenta el significado de la palabra "finanzas", la cual deriva etimológicamente de la voz griega "finos", la cual pasa al latín "finis", fin o terminación, poner término mediante pago, financiar es pagar, el pago con que concluyen los negocios jurídicos y han sufrido un cambio en su significado, pues de la misma manera que "pecunia" en su origen significa "ganado", en nuestros días denota dinero, de igual manera aquel vocablo "finanzas" significa lo relativo al dinero, a los ingresos y egresos, ya de los particulares o bien del Estado. Con la palabra financiero se alude a lo que es relativo a la "Hacienda Pública".¹⁴²

La operación financiera comienza cuando el Estado se apropia de las riquezas o bienes producidos por las demás economías y las convierte en ingresos para atender sus gastos y termina cuando el ingreso públicos ha convertido en servicio, quedando fuera

¹⁴² Serra Rojas Andrés, *Derecho Administrativo*, Tomo II, 6ª edición, Ed Porrúa, Mexico, 1988, p 9.

todo lo referente a la satisfacción de las necesidades y la utilización de los medios. Esto cierra el ciclo financiero.¹⁴³

Sergio Francisco de la Garza¹⁴⁴ expone respecto del Derecho Financiero “ Se ocupa de la actividad financiera del Estado, en cuyo desarrollo se distinguen tres momentos fundamentales: 1º La obtención de recursos; 2o. La gestión o manejo de los recursos obtenidos, y 3o. El gasto que de los mismos se realiza para la prestación de los servicios públicos y la realización de las funciones del Estado”.

Finalmente Gregorio Sánchez León¹⁴⁵ señala que el derecho financiero público es una rama del derecho público y a su vez del derecho administrativo y se puede definir como el conjunto de normas jurídicas que regulan la obtención, administración, inversión y erogación de los medios económicos que necesita el Estado y los entes públicos para el cumplimiento de sus funciones y de los servicios públicos que deben realizar, aseguran también la gestión financiera encargada de regular la economía política y nacional y por lo mismo reglamentan las relaciones de carácter financiero entre Estados soberanos y entre un Estado y las personas que se encuentran sujetas a él.

Ahora bien, respecto de los ingresos del Estado, que es el punto de la actividad financiera del Estado que nos interesa para el presente trabajo, encontramos que se dividen en dos grandes grupos: Los ingresos tributarios y los ingresos financieros o como menciona Giuliani Fonrouge “Los provenientes de bienes y actividades del Estado; y los provenientes del ejercicio de poderes inherentes a la soberanía o al poder del Estado.”¹⁴⁶

Los ingresos tributarios son aquellos que provienen de las aportaciones económicas que efectúan los particulares para contribuir al gasto público y que tienen su origen en la relación jurídica tributaria que los obliga a participar en el sostenimiento del Estado al cual se encuentran vinculados por determinada situación jurídica. Este tipo de ingreso está constituido por los impuestos, las aportaciones de seguridad social, los derechos, las contribuciones especiales y las contribuciones accesorias.

Por otro lado tenemos los ingresos financieros, que son aquellas fuentes de ingresos a que recurre el Estado adicionalmente a las provenientes de los ingresos tributarios; dentro de éste rubro tenemos los empréstitos, la emisión de bonos de deuda pública, la amortización y conversión de la deuda pública, las devaluaciones, las expropiaciones, decomisos, etc

Dentro de la clasificación del Derecho Financiero, el papel que desempeña en la actualidad el Derecho Fiscal es de primordial importancia, en virtud de que éste regula la actuación del Estado en el cobro de los ingresos tributarios, teniendo en éstos la parte más importante de captación de recursos que requiere para el gasto público.

¹⁴³ Briseño Sierra Humberto, **Derecho Procesal Fiscal**, citado por Sánchez León Gregorio **Derecho Fiscal Mexicano**, 9ª edición, Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1994, p. 29.

¹⁴⁴ De la Garza Francisco Sergio. **Derecho Financiero Mexicano**, Editorial Porrúa, México, pág 25

¹⁴⁵ Sánchez León Gregorio, op. cit p. 31.

¹⁴⁶ Fonrouge Giuliani. **Leyes Tributarias. Procedimiento Impositivo**. Ediciones Depalma, Buenos Aires.

De acuerdo a lo expuesto, si pretendemos encuadrar las actividades que se realizan a través de los fideicomisos, no nos queda más alternativa que concluir que lo ubicamos como partícipe de los ingresos tributarios, es decir, por la naturaleza de su actividad puede llegar a encuadrar en la hipótesis normativa de algunas leyes fiscales, v.gr. Cuando son generadoras de ingresos para las partes que en él intervienen, se debe cubrir el Impuesto Sobre la Renta correspondiente; al tener la posibilidad de contratar personal con cargo al patrimonio del fideicomiso, acorde a lo dispuesto por el artículo 82 de la Ley de Instituciones de Crédito, también se deberán cubrir las aportaciones de seguridad social; cuando el fideicomiso de que se trate, requiera permiso previo que otorgue la Secretaría de Relaciones Exteriores para la adquisición por parte del fiduciario de inmuebles ubicados en la zona restringida y por consiguiente exista obligación de inscribirlo en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, se tendrán que cubrir los derechos correspondientes a esos conceptos; cuando el fideicomitente o el fideicomisario, según sea el caso, se vea beneficiado directamente por una obra pública, respecto del inmueble que conforme la materia del fideicomiso, deberá cubrir la contribución especial o de mejoras por lo que se refiere a dicho inmueble; finalmente en caso de que las contribuciones que nos hemos referido no sean cubiertas en su oportunidad, dará lugar al pago de contribuciones accesorias, como son las multas y los recargos por pago extemporáneo.

Podemos concluir el presente punto diciendo que las actividades propias de los fideicomisos, son regulados por el Derecho Fiscal, razón por la cual es importante realizar un análisis de los principios que lo rigen, así como de las normas jurídicas propias de esta rama del Derecho, para conocer sus características y hacer más entendible la regulación que hacen de la figura en estudio.

B. Principios que rigen la relación tributaria.

Se entiende por relación jurídico-tributaria, el vínculo legal en virtud del cual los ciudadanos resultan obligados a contribuir con una parte proporcional de sus ingresos, rendimientos o utilidades al sostenimiento del Estado. Al conjunto de normas y principios que regulan dicha relación se le conoce como Derecho Fiscal.

La palabra "Fiscum" que en latín significa bolsa o cesto, deriva del singular sistema de recaudación impositiva puesto en la práctica en la antigua Roma, donde la organización familiar y social estaba basada en el ferreo sistema patriarcal, que obligaba al "Paterfamilias" a asumir una serie de obligaciones a nombre de su familia, ésta serie de obligaciones consistía en llevar una especie de libro diario en el que de manera escrupulosa debía anotar todos los ingresos y gastos del grupo familiar. Dicho libro servía de base además para el cálculo y determinación de los impuestos con los que anualmente debía contribuir para el sostenimiento del Gobierno.¹⁴⁷

Este conjunto de normas jurídicas de orden público, tiene como finalidad primordial el regular la actividad del Fisco, que es el órgano encargado de la determinación, liquidación, recaudación y administración de los ingresos tributarios del

¹⁴ Arrijo Vizcaíno Adolfo, op. cit p 14.

Estado y al estar fundamentado en la ley, tiene diversos principios fundamentales, que, siguiendo Adolfo Arrijo Vizcaino,¹⁴⁸ a continuación enunciaremos:

1. Principio de legalidad tributaria.

El principio de legalidad obedece a un doble enunciado:

- La autoridad hacendaria no puede llevar a cabo acto alguno o realizar función alguna dentro del ámbito fiscal, sin encontrarse previa y expresamente facultada para ello por una ley aplicable al caso.

- Por su parte los contribuyentes sólo se encuentran obligados a cumplir con los deberes que previa y expresamente les impongan las leyes aplicables y exclusivamente pueden hacer valer ante el Fisco los derechos que esas mismas leyes les confieran.

En términos generales el principio de legalidad actúa como una importante limitación al ejercicio del poder público y como una protección de la esfera de derechos de los particulares. Como ya comentamos, la potestad otorgada a los funcionarios públicos de exigir de los ciudadanos el pago de determinadas prestaciones para el sostenimiento del Estado puede prestarse a toda clase de abusos, por eso es necesario que de antemano existan leyes de aplicación general que con toda precisión determinen los límites y la naturaleza de tal potestad; de esa forma, al subordinarse la acción del Fisco al imperio de la ley, se frena e impide el desarrollo de conductas abusivas.

Por otra parte, el principio de legalidad permite al contribuyente conocer con la debida anticipación cuál es la naturaleza y cuáles son los alcances de sus obligaciones frente al Fisco, así como la esfera de derechos ejercitables en contra del Estado cuando éste, en su función recaudatoria, pretenda traspasar o exceder los límites del marco jurídico a los que debe ajustar su actuación.

En esencia, el principio de legalidad tributaria opera como una balanza que busca el justo y adecuado equilibrio entre los dos sujetos que normalmente intervienen en la relación jurídico-tributaria, al sujetar la acción tanto del Fisco como de los contribuyentes al cumplimiento de un régimen legal específico, cuyo contenido debe ser eminentemente equitativo.

2. Principio de constitucionalidad.

El contenido de éste principio explica, justifica y complementa al de legalidad, se trata de un principio que obedece a los lineamientos esenciales de nuestro orden jurídico, que basa su existencia en una norma suprema y por ende jerárquicamente superior a todas las demás, es decir, la Constitución.

La Constitución establece los principios fundamentales de todo orden jurídico a manera de enunciados generales, lo cual significa que todas las demás normas de una u

¹⁴⁸Idem. p. 15 y ss.

otra forma derivan de ella y no pueden, bajo ningún concepto, contradecirla o alterar el sentido de esos enunciados generales.

El Derecho Positivo Mexicano es eminentemente constitucionalista. La Carta Magna lo fundamenta, lo crea y le otorga validez; esto trae como consecuencia que las llamadas leyes secundarias, es decir todas aquellas cuya creación y existencia autoriza la propia Constitución, pero que evidentemente no forma parte de ella, tengan que ajustarse y respetar los principios y enunciados constitucionales, puesto que de lo contrario su invalidez e inaplicabilidad a casos concretos pueden ser declarada por los tribunales federales a solicitud de cualquier interesado, mediante la interposición del llamado Juicio de Amparo. Esto significa que nuestro sistema constitucional no solamente prevé la subordinación de las leyes ordinarias o secundarias a las disposiciones de la ley suprema, sino que establece además los mecanismos jurisdiccionales apropiados para que la subordinación resulte efectiva.¹⁴⁹

Las normas jurídico-tributarias, no pueden ser una excepción, por lo que deben sujetarse a sus principios y disposiciones. Aún cuando la materia fiscal no es objeto de un tratamiento detallado y preciso por parte de la Constitución, es evidente que en diversos preceptos de la misma, principalmente en los artículos 31 fracción IV y 73 fracciones VI y XXIX, aparecen consignados los principios fundamentales de nuestro sistema tributario. Dichos preceptos son del tenor literal siguiente:

"Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos: . . .

...IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, Como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes."...

Del principio constitucional que establece la transcrita fracción IV del artículo 31 Constitucional, se derivan otros principios fundamentales que son los siguientes: Principio de Generalidad, Principio de Obligatoriedad, Principio de Vinculación con el Gasto Público, Principios de Proporcionalidad y Equidad.

Por otra parte el Artículo 73 dispone:

" El Congreso tiene facultad: . . .

...VI. Para imponer las contribuciones necesarias a cubrir el presupuesto; . . .

...XXIX. Para establecer contribuciones:

1. Sobre comercio exterior.
2. Sobre el aprovechamiento y explotación de los recursos naturales comprendidos en los párrafos 4o. y 5o. del artículo 27.
3. Sobre instituciones de crédito y sociedades de seguro.
4. Sobre servicios públicos concesionados o explotados directamente por la Federación, y
5. Especiales sobre: . . ."

El principio de constitucionalidad actúa así como complemento y justificación del principio de legalidad ya que no basta con que la relación jurídico-tributaria se rija por lo

⁴⁹Flores Zavala Ernesto. Elementos de Finanzas Públicas Mexicanas, Porrúa, 1979. p.159.

que previa y expresamente determine la ley aplicable, sino que ésta debe encontrarse además fundada en los correspondientes preceptos constitucionales o al menos, debe evitar el contradecirlos. Es, decir, siempre debe existir una evidente subordinación de la norma fiscal hacia la norma constitucional que demuestre que se ha dado cumplimiento al expedir la primera, a las reglas que derivan de la llamada jerarquía normativa.¹⁵⁰

3. Principio de generalidad.

Este principio esta contenido en el Artículo 31 Constitucional al señalar:

" Son obligaciones de los Mexicanos... " y se traduce en que estarán obligados al pago de contribuciones, todas las personas físicas o morales que encuadren en la hipótesis normativa prevista en las leyes fiscales.

Para Flores Zavala,¹⁵¹ el principio no significa que todos deban pagar todos los impuestos, sino todos los que tienen capacidad contributiva paguen algún impuesto. Sin embargo, éste principio puede también aplicarse a cada impuesto individualmente considerado y entonces debe interpretarse en el sentido de que el impuesto debe gravar a todos aquellos individuos cuya situación coincida con la que la ley señala como hecho generador del crédito fiscal, sin excepciones.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en jurisprudencia definida lo siguiente:

"Es carácter constante de las leyes, que sean de aplicación general y abstracta; es decir, que deben contener una disposición que no desaparezca después de aplicarse a un caso previsto y determinado de antemano, sino que sobreviva a ésta aplicación y se apliquen sin consideración de especie o de persona, a todos los casos idénticos al que previenen en tanto que no sean abrogadas. Una ley que carece de esos caracteres va en contra del principio de igualdad garantizado por el artículo 13 Constitucional y aún deja de ser una disposición legislativa, en el sentido material, puesto que le falta algo que pertenece a su esencia."¹⁵²

4. Principio de obligatoriedad.

De acuerdo a lo que marca la propia fracción IV del artículo 31 Constitucional, el contribuir a los gastos públicos de la Federación, de las Entidades Federativas y de los Municipios, constituye una obligación ciudadana de carácter público, como pueden serlo el prestar servicio militar o el hacer que los hijos concurren a las escuelas públicas o privadas a obtener la educación secundaria.

El principio de obligatoriedad en materia fiscal tiene que entenderse en función no de la existencia de un simple deber a cargo de los sujetos pasivos de la relación jurídico-tributaria, sino como una auténtica obligación pública, por ello nuestra Constitución le impone dicho carácter y faculta expresamente al Estado para llevar a cabo, en las situaciones que así lo ameriten, el procedimiento económico-coactivo, justificándose a través del artículo 22 del mismo ordenamiento, que dispone: "No se considerará como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona, hecha por la

¹⁵⁰ Arrijo Vizcaino Adolfo. op cit 25.

¹⁵¹ Op. cit. p.165.

¹⁵² Tesis 17, publicada en el apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1965 Primera parte, p. 58.

autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito o para el pago de impuestos o multas. " ¹⁵³

Este principio, para el estudio que nos ocupa, significa que toda persona que encuadre en cualesquiera de los supuestos normativos previstos en la Ley Fiscal, por ese solo hecho estar obligado a cubrir el tributo de que se trate o a cumplimentar las obligaciones que en dicha ley le imponga, en los terminos y condiciones establecidas en la misma.

Es conveniente mencionar que la Ley se considera obligatoria cuando reúne los requisitos constitucionales respectivos, y en caso de considerar que no los reúne, el contribuyente podrá solicitar la protección de la justicia federal.

5. Vinculación al gasto publico.

La fracción citada del Artículo 31 Constitucional establece, como ya se comentó, la obligación de los mexicanos de "contribuir al gasto público, así de la Federación, como del Estado y Municipio en que residan..." Respecto de este principio, únicamente es importante comentar que las cantidades que se recauden por concepto de contribuciones, se canalizarán a contribuir con el Gasto Público acorde a lo establecido en la Ley de Ingresos de la Federación para el ejercicio de que se trate.

6. Principio de proporcionalidad.

La redacción de la fracción IV del artículo 31 constitucional, en su última parte señala: " ... en la forma proporcional y equitativa que dispongan las Leyes".

Para efectos del presente trabajo, consideramos por separado los principios de proporcionalidad y de equidad, sin entrar en mayores detalles sobre la discusión doctrinaria sobre la unificación de ambos conceptos en un solo principio.

Continuando con Adolfo Arrijo Vizcaino, señalaremos que todo ciudadano debe contribuir al sostenimiento del estado bajo cuya soberanía reside, con una proporción lo más cercana posible a su verdadera capacidad económica, para que un tributo en verdad sea proporcional, debiera afectar los patrimonios de los sujetos pasivos desigualmente, en función de sus respectivas capacidades económicas, es decir el Impuesto deberá ser cualitativamente más fuerte en el caso de los contribuyentes que obtengan elevados ingresos y cualitativamente más leves tratándose de contribuyentes de menores recurso.

Lo anterior se traduce en los siguientes postulados: Existira igualdad en la imposición o tributación cuando a contribuyentes con ingresos distintos se les grave en proporción a su capacidad económica, aplicandoseles tarifas basadas en porcentajes diferenciales. Por el contrario, habra desigualdad en la tributación cuando a sujetos pasivos que posean diferente capacidad económica se les apliquen tarifas basadas en cuotas, tasas o porcentajes fijos

¹ ³Arrijo Vizcaino Adolfo, op. cit. p 184

Adam Smith¹⁵⁴ sostiene que " todas las rentas y haberes de los individuos de una sociedad vienen a deducirse en último término en tres distintos fondos: la renta, la ganancia y los salarios. Todo tributo, asimismo, viene finalmente a pagarse por alguno, algunos o todas a la vez, de estos tres fondos diferentes, del mismo modo que de ellos se deducen las rentas particulares. "

Por lo tanto resulta lógico que el tributo debe incidir sobre un ingreso, una utilidad o un rendimiento, ya que es necesario para que una persona pueda contribuir al gasto público, que haya generado su propia riqueza.

La mayoría de los autores sostienen que los únicos tributos que se ajustan al principio de proporcionalidad postulado por Adam Smith, y al que denominó "igualdad o desigualdad de imposición", son aquellos que están determinados sobre la base de tarifas progresivas que garantizan que a un ingreso superior corresponda en términos cualitativos una contribución mayor.

Mediante diversas tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que han sentado precedente, ésta ha confirmado su postura de lo anteriormente expuesto, al señalar:

" El artículo 31, fracción IV, de la Constitución establece los principios de proporcionalidad y equidad en los tributos. La proporcionalidad radica, medularmente en que los sujetos pasivos deben contribuir a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad económica, debiendo aportar una parte justa y adecuada de sus ingresos, utilidades o rendimientos. Conforme a este principio, los gravámenes deben fijarse de acuerdo con la capacidad de cada sujeto pasivo, de manera que las personas que obtengan elevados ingresos tributen en forma cualitativamente superior a los de medianos y reducidos recursos. El cumplimiento de éste principio se realiza a través de tarifas progresivas, pues mediante ellas se consigue que cubran un impuesto, en monto superior, los contribuyentes de más elevados recursos y uno inferior de los de menores ingresos, estableciéndose, además, una diferencia congruente entre los diversos niveles de ingresos. Expresado en otros términos, la proporcionalidad se encuentra vinculada con la capacidad económica de los contribuyentes que debe ser gravada diferencialmente conforme a tarifas progresivas, para que en cada paso el impacto sea distinto no sólo en cantidad sino en lo tocante al mayor o menor sacrificio, reflejado cualitativamente en la disminución patrimonial que proceda y que debe encontrarse en proporción a los ingresos obtenidos. El principio de equidad radica medularmente en la igualdad ante la misma ley tributaria de todos los sujetos pasivos de un mismo tributo, los que en tales condiciones deben recibir un tratamiento idéntico en lo concerniente a hipótesis de causación, acumulación de ingresos gravables, deducciones permitidas, plazos de pago, etc., debiendo únicamente variar las tarifas tributarias aplicables de acuerdo con la capacidad económica de cada contribuyente para respetar el principio de proporcionalidad antes mencionado. La equidad tributaria significa, en consecuencia, que los contribuyentes de un mismo impuesto deben guardar una situación de igualdad frente a la norma jurídica que lo establece y regula ¹⁵⁵

7. Principio de equidad.

Este principio se refiere a la igualdad de todos los contribuyentes de un impuesto respecto de la regulación de todos los elementos del impuesto o contribución, con excepción de las tasas, cuotas o tarifas; es decir, acorde al concepto de Aristóteles, debe aplicarse la justicia al caso concreto, tratando igual a los iguales y desigual a los desiguales.

¹⁵⁴ Smith Adam. *La Riqueza de las Naciones*. Cruz. S. A. 1988, p. 250

¹⁵⁵ Amparo en revisión 4292/85, 26 de noviembre de 1985, Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación al terminar el año de 1985 primera parte. p 371 y 372.

En virtud de lo anterior, la norma tributaria no debe establecer distinciones, dando un tratamiento igual a aquellos contribuyentes ubicados en una situación jurídica diferente y al contrario, no debe dar un trato desigual a los contribuyentes que se encuentran en una situación jurídica igual.

Así lo ha determinado la Corte al señalar: " El principio de equidad tributaria radica esencialmente en la igualdad ante la ley de todos los sujetos pasivos de un mismo tributo, los cuales deben recibir trato igual en cuanto a hipótesis de causación, acumulación de ingresos gravables, deducciones permitidas, plazos de pago, etcétera. . . " ¹⁵⁶

C. Actividad legislativa del Estado en materia fiscal.

La relación recíproca en virtud de la cual los particulares se desprenden de una parte de su ingreso para sufragar los gastos públicos debe ser de carácter eminentemente jurídico, es decir, debe estar regulada por leyes, de otra forma se caería en la arbitrariedad y el despotismo, puesto que el Estado, pretextando su siempre imperiosa necesidad de bienes y recursos, podría fácilmente someter a la población a toda clase de abusos. ¹⁵⁷

Dado lo delicado que resulta para ambas partes la contribución del particular al gasto público, el Derecho Fiscal ha venido evolucionando positivamente, sustentándose en una serie de principios que regulan a través de las normas jurídicas la actuación del Fisco; uno de los principios más importantes es el de legalidad y como ya lo vimos, significa que los particulares deben contribuir al gasto público en la forma que le señalen las leyes, por lo que invariablemente las obligaciones tributarias deben estar soportadas precisamente por una ley.

Al respecto El Lic. Sergio Francisco de la Garza ¹⁵⁸ expone: " Entendiendo por Ley el acto emanado del Poder Legislativo que crea situaciones jurídicas generales, abstractas e impersonales."

En virtud de lo anterior, resulta evidente que toda la actividad fiscal debe encontrarse regida por la ley, acorde al principio de legalidad y éste queda enunciado con el aforismo adoptado del derecho Penal: "*Nullum Tributum sine lege*".

Con el fin de acatar la garantía de legalidad en el establecimiento de las contribuciones, el Poder Legislativo depositado en un Congreso General (artículo 50 de la Constitución Federal), tiene facultades para decretar contribuciones, en virtud de que así lo dispone el artículo 73 en sus fracciones VI y XXIX, que ya comentamos en su oportunidad.

De lo enunciado por este artículo, se desprende que únicamente el Congreso de la Unión tiene facultades para imponer contribuciones encaminadas a sufragar el gasto público de la Federación, mediante las leyes respectivas, con las excepciones establecidas

¹⁵⁶ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, número 59, noviembre de 1992, p 35 y 36.

¹⁵⁷ Margain Manatou Emilio, *Introducción al Estudio del derecho Tributario Mexicano*, Harla, México, 1995, p.135.

¹⁵⁸ De la Garza Sergio Francisco, op cit., pp 42 y 302

en la propia Constitución, respecto de las facultades especiales y extraordinarias del titular del Ejecutivo, correspondientes a los decretos-ley y a los decretos-delegados.

La ley constituye la fuente formal más importante del Derecho Fiscal, ya que para alcanzar validez, absolutamente todas las relaciones que se presenten dentro del ámbito tributario, deben encontrarse previstas y reglamentadas por una norma jurídica aplicable al caso; en tales condiciones, resulta de especial interés el análisis del procedimiento encaminado a la creación de dichas normas, el cual se encuentra previsto en los artículos 71 y 72 de la Constitución Federal, y aún y cuando es aplicable a la creación de cualquier tipo de leyes, tratándose de las que forman parte del Derecho Fiscal, presenta algunas características sumamente especiales.¹⁵⁹

Pretender analizar el proceso de formación de las leyes fiscales, iría mucho más allá del objeto del presente trabajo, por lo que únicamente señalaremos como una cuestión particular de éste tipo de leyes, lo relativo a la competencia exclusiva de la Cámara de Diputados para actuar como cámara de origen en su proceso de creación.

En efecto, las iniciativas de las leyes fiscales pueden provenir indistintamente del Presidente de la República, de los diputados y senadores del Congreso de la Unión o de las Legislaturas de los Estados, ya que por sus funciones se les supone interesados en los problemas económicos del país; no obstante lo anterior, en la realidad es el Ejecutivo Federal quién prácticamente presenta todas las iniciativas para creación o reforma de las leyes fiscales.

Ahora bien, tratándose de contribuciones, las leyes que las establezcan deben discutirse primeramente en la Cámara de Diputados, en atención a lo previsto por las siguientes disposiciones de la Constitución Federal:

“Artículo 72. - Todo proyecto de ley o decreto cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el Reglamento de Debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones: ...

h) La formación de las leyes o decretos puede comenzar indistintamente en cualquiera de las dos Cámaras, con excepción de los proyectos que versaren sobre empréstitos, contribuciones o impuestos, o sobre reclutamiento de tropas, todos los cuales deberán discutirse primero en la Cámara de Diputados.”

Artículo 74. - Son facultades exclusivas de la Cámara de Diputados: ...

IV. Examinar, discutir y aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación, discutiendo primero las contribuciones que, a su juicio deben decretarse para cubrirlo, así como revisar la cuenta pública del año anterior.”

De lo anterior se desprende que en cuanto a las leyes fiscales la Cámara de Diputados será siempre la cámara de origen y la de Senadores, será siempre revisora, por lo que todas las iniciativas deberán presentarse sin excepción ante la primera de ellas

¹⁵⁹ Arrijo Vizcaino Adolfo. Op Cit. p 28.

Por lo que se refiere a los actos con los que el Ejecutivo da a conocer a la ciudadanía en general una ley aprobada por el Congreso de la Unión y sancionada por él mismo, es decir la promulgación, que de acuerdo a Miguel Villatoro Toranzo¹⁶⁰, consiste en "el reconocimiento solemne por el Ejecutivo de que una ley ha sido aprobada conforme al proceso legislativo establecido en la Constitución y que, por consiguiente debe ser obedecida" debemos comentar que previo a su publicación, la ley fiscal debe llevar el refrendo ministerial a que hace referencia el artículo 92 de la Constitución Federal al señalar que "Todos los reglamentos, decretos y órdenes del Presidente deberán ser firmados por el Secretario de Despacho, encargado del ramo a que el asunto corresponda, y sin éste requisito no serán obedecidos".

El refrendo ministerial evidentemente forma parte del proceso legislativo ya que si las leyes se promulgan por medio de un decreto presidencial, es evidente que tal decreto debe llevar la firma del Secretario del despacho encargado del ramo para exista la obligación de obedecer la ley. En el caso que nos ocupa deben ser los Secretarios de Gobernación y de Hacienda y Crédito Público, éste último por ser el ramo que se encuentra vinculado con la problemática tributaria.

D. Características de la Ley Fiscal.

1. Aplicación espacial. Por lo que se refiere al ámbito espacial de validez de las leyes fiscales, en principio como las demás leyes, se aplican únicamente en el territorio sujeto a la soberanía del poder público que les da vida¹⁶¹.

Dada la estructura federal del Estado Mexicano, en la que el territorio de los Estados está dividido en municipalidades y de que existe un Distrito Federal, podemos distinguir las siguientes áreas de vigencia de las leyes fiscales:

- Las leyes federales que tienen aplicación en toda la Republica Mexicana.
- Las leyes estatales que se aplican en cada uno de las entidades federativas.
- Las leyes dictadas por la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, aplicables a ese territorio.
- Las leyes dictadas por las legislaturas de los Estados para aplicarse en el territorio de cada uno de los municipios que los componen.

La Federación ejerce su soberanía sobre todo el territorio nacional, las aguas territoriales, el subsuelo, la plataforma continental y el espacio aéreo que sobre ellos se encuentra y como consecuencia de ello, todas las personas y cosas que se encuentren en ellos y los negocios jurídicos y hechos que tengan lugar o que ahí produzcan sus efectos, son susceptibles de quedar sujetos a las leyes fiscales federales.

¹⁶⁰ Citado por Idem.

¹⁶¹ De la Garza Sergio Francisco. Op. Cit. p. 54 y ss

Ahora bien, es importante señalar que el artículo 8 del Código Fiscal establece que para efectos fiscales se entenderá por México, país y territorio nacional, lo que conforme a la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos integra el territorio nacional, además de la zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial. Dicha disposición nos indica que el límite espacial de aplicación de la ley fiscal, va más allá de los que constitucionalmente conforma nuestro país.

2 Aplicación temporal. Para que los contribuyentes estén en posibilidades de estudiar, analizar las leyes fiscales y adecuarse a los cambios que normalmente les implica su entrada en vigor, resulta conveniente dejar transcurrir un cierto lapso entre la publicación y la iniciación de su vigencia; éste lapso se le denomina "*vacatio legis*"; dentro de nuestro orden jurídico, tenemos dos sistemas, denominados sucesivo y sincrónico.

a. El sistema sucesivo es el que se utiliza en forma general, está regulado en el artículo 3° del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, que establece lo siguiente: "Las leyes, reglamentos, circulares, o cualesquiera otras disposiciones de observancia general, obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en el periódico oficial. En los lugares distintos del en que se publique el periódico oficial, para que las leyes, reglamentos, etcétera, se reputen publicados y resulten obligatorios, se necesita que además del plazo anterior, transcurra un día más por cada cuarenta kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad".

b. En el sistema sincrónico o de vigencia ordinaria las leyes entran en vigor en un día determinado en todo el país, a condición solamente de que sea posterior a la fecha de su publicación.

En la materia que nos ocupa, el Código Fiscal de la Federación utiliza éste sistema al disponer en su artículo 7° que "Las leyes fiscales, sus reglamentos y las disposiciones administrativas de carácter general, entrarán en vigor en toda la República al día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, salvo que en las mismas se establezca una fecha posterior".

Para el Maestro Adolfo Arrijo Vizcaíno¹⁶² se desprenden las siguientes consecuencias:

- La implantación del sistema sincrónico de iniciación de vigencia de las leyes fiscales, las que empiezan a regir en un día fijo en toda la República.
- El establecimiento, en principio, de una *vacatio legis* de un sólo día.

Ahora bien, actualmente es una práctica del legislador el que las disposiciones fiscales entren en vigor al día siguiente de su publicación, con lo que demerita el objeto de la *vacatio legis*, que como ya se comentó es precisamente el que los gobernados dispongan de un lapso adecuado para analizar la ley y ajustarse a ella.

¹⁶² Arrijo Vizcaíno Adolfo. Op. Cit. p. 36

Por lo que se refiere a la terminación de la vigencia de la ley fiscal, siguiendo al Lic. Sergio Francisco de la Garza ¹⁶³ encontramos que respecto al término de la duración de las leyes tributarias, tenemos que estas pierden su vigencia por caducidad o por derogación.

Las leyes fiscales caducan cuando llevan en sí mismas la indicación del límite de su vigencia y puede ser de dos clases: Por razón del tiempo caducan las leyes por extinguirse el plazo para el que fueron expedidas, v.gr. la Ley de Ingresos. Por razón de su finalidad, cuando el total cumplimiento de los fines de una ley produce su caducidad, v.gr. las disposiciones transitorias.

La derogación puede ser expresa o tácita; la derogación expresa puede ser parcial cuando deroga únicamente las disposiciones anteriores que se opongan a la ley derogante o puede ser total y entonces se llama abrogación. La derogación tácita opera por aplicación del principio general de derecho que señala que la ley posterior deroga la anterior, cuando es incompatible con la nueva ley, siempre y cuando la derogante tenga igual o mayor jerarquía, es decir que sea emanada formalmente del mismo órgano legislativo y con los mismos requisitos de votación, promulgación y refrendo. De tal suerte que la ley federal prevalece sobre la ley local (art. 133 Constitucional), una disposición federal sólo podrá ser derogada por otra de su misma naturaleza, pero tratándose de dos leyes federales, una disposición de la posterior puede derogar a la anterior, total o parcialmente, aun cuando se trate de dos cuerpos legislativos diferentes, ya que no hay disposición constitucional alguna que establezca el principio general de que un artículo de una ley sólo pueda ser derogado mediante la reforma hecha a la misma ley.

En materia fiscal nos encontramos que el problema principal se establece al disponer la fracción VII del artículo 73 constitucional las facultades del Congreso para imponer las contribuciones necesarias a cubrir el presupuesto.

Como el presupuesto del gobierno federal debe ser discutido y aprobado anualmente, se ha llegado a la conclusión de que las leyes fiscales, cuya finalidad consiste precisamente en establecer las contribuciones requeridas para la integración de dicho presupuesto, deben ser también de vigencia anual.

Emilio Margáin Manatou sostiene que "... debemos concluir que la vigencia constitucional de la ley fiscal es de un año." ¹⁶⁴

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado un criterio similar al resolver:

"Periodicidad Anual de las Leyes Fiscales. Las leyes de carácter fiscal tienen una periodicidad anual limitada de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 65, fracción II y 73, fracción VII, de la Constitución Federal. La Ley de Ingresos tiene, para su vigencia, un periodo determinado, o sea de un año, al cabo del cual deja de tener eficacia en relación con aquellos impuestos que no quedan incluidos dentro del Presupuesto del año respectivo; y el sistema que emplea el legislador, al incluir en el

¹⁶³ De la Garza Sergio Francisco, Op. Cit. p. 57

¹⁶⁴ Margáin Manatou Emilio. Op. Cit. p. 52

Presupuesto de Ingresos determinado tributo, tiene a su vez la eficacia de dar continuidad y vigencia, a tal respecto, a las leyes específicas tributarias, del orden mismo del impuesto incluido en el presupuesto anual; esto natural y lógicamente, por economía funcional y para evitar la expedición, promulgación, refrendo y publicación de las leyes que, de otro modo, tendrían que hacerse cada año. Esta tesis sobre periodicidad fija y determinada de las leyes tributarias y su continuidad por el solo hecho de comprenderse el tributo en la Ley de Ingresos, está aceptada por la doctrina" (Queja 200/52, Fabrica de Hielos "El Cristal", Oficina Federal de Hacienda en Piedras Negras, Coahuila. Semanario Judicial de la Federación. Tomo CXVII, pág. 1178).

De igual opinión es el Lic. Sergio Francisco de la Garza, al señalar que si la Ley de Ingresos omite un renglón impositivo, automáticamente quedaría derogada la ley fiscal reglamentaria de éste renglón.

Sin embargo, dicho autor menciona una sentencia dictada el 8 de marzo de 1960, en el amparo directo No. 216/60, que en su parte conducente se aparta de las anteriores ejecutorias de la Sala Administrativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que personalmente compartimos y que a la letra dice:

"LEY DE INGRESOS. SU EXPEDICIÓN NO DA NUEVA VIGENCIA A LOS IMPUESTOS. "La Ley de Ingresos de la Federación para el ejercicio de mil novecientos sesenta, viene a ser una consecuencia de la aplicación de los impuestos, ya que propiamente constituye el catálogo de los mismos y habiéndose demostrado que el impuesto respectivo fue consentido por el quejoso, procede decretar el sobreseimiento del presente juicio con fundamento en las disposiciones legales invocadas al principio de éste considerando".

Nosotros consideramos que la Ley de Ingresos es una ley financiera que únicamente sirve para presupuestar los ingresos que el Estado requiere para ese ejercicio fiscal, pero que no tiene que ver con la vigencia de las leyes fiscales, ya que éstas tendrán toda la fuerza legal desde el momento en que son decretadas por el legislativo y promulgadas por el Ejecutivo y el hecho de que la contribución que regulen no aparezca dentro de la mencionada Ley en un determinado ejercicio fiscal, no por eso quedan abrogadas, sino que continuarán siendo obligatorias para el contribuyente por sí mismas y en todo caso éste tendría una acción para demandar al Fisco por un pago de lo indebido, pues se supone que al no incluir el concepto respectivo en la Ley de Ingresos, quiere decir que el Estado no lo requiere y por ende no tiene derecho a percibir ingresos por ese concepto.

Continuando con los comentarios del mencionado autor, respecto de la necesidad de que la ley fiscal requiera aparecer en un renglón de la Ley de Ingresos, en el ejercicio en que entrará en vigor, opina que no es requisito indispensable que cuando se apruebe un nuevo impuesto, forzosamente deba aparecer consignado en la Ley de Ingresos para el ejercicio en que va a entrar en vigor, porque el ordenamiento que establece el nuevo impuesto, al ser aprobado por el Congreso de la Unión, es una ley con la misma categoría que aquella y, además, porque la Constitución no exige el que necesariamente la Ley de Ingresos consigne el renglón impositivo del nuevo gravamen, para que sea legalmente exigible. La Ley de Ingresos simplemente tuvo su origen en la idea de ahorrar tiempo a los miembros del Congreso de la Unión.

3. Interpretación. En el sistema tributario que sigue nuestro país, uno de los aspectos más importantes es la interpretación de las normas fiscales, sobre todo porque tal parece que el legislador se esfuerza en hacer cada vez más difícil su entendimiento para el común de los ciudadanos y aun para los estudiosos de la materia; por ello es necesario analizar la metodología jurídica existente que nos permita comprender dichas disposiciones.

La interpretación de la ley significa desentrañar su contenido para poder aplicarla.¹⁶⁵ El problema que se da consiste en que mientras que las leyes se circunscriben a un determinado contexto gramatical y conceptual, la realidad suele dar un sinnúmero de situaciones variadas y complejas.

Interpretar la norma jurídica es encontrar los hechos que se verifican en la realidad dentro de la previsión abstracta de la definición que ha dado el legislador. Entonces la interpretación de la ley es siempre la interpretación de los hechos que caen bajo el alcance de la ley¹⁶⁶

La constante evolución de la ciencia y técnica del derecho a dado lugar a la estructuración de diversos métodos interpretativos, los que, a pesar de utilizar variados criterios, tienen como finalidad única penetrar el sentido de las normas jurídicas para permitir su aplicación¹⁶⁷. Las principales técnicas de interpretación de la ley son las siguientes:

- Método de interpretación literal. Consiste en aplicar la norma jurídica atendiendo exclusivamente al significado gramatical de las palabras que componen el texto. Puede dar lugar a confusión en virtud de que existen palabras cuya acepción gramatical no es la misma que desde el punto de vista jurídico o más aún fiscal, v gr. Asiento, entero, persona moral, etc.

- Método de interpretación lógico-conceptual. Cuya finalidad estriba en descubrir el espíritu de la ley, para controlar, completar, restringir o extender su letra. Habrá que buscar el pensamiento del legislador en un cumulo de circunstancias extrínsecas a la fórmula y, sobre todo, en aquellas que precedieron su aparición. Es un método que no se detiene exclusivamente en el análisis gramatical del texto, sino que persigue descubrir su significado conceptual desde el punto de vista eminentemente lógico, o sea que primero se determina la naturaleza misma del concepto legal que se va a aplicar y en segundo lugar, para penetrar en su sentido, debe buscarse el significado conceptual (jurídico, técnico, contable, etc.) del texto mismo. Es un método que resulta de gran utilidad para llegar a descubrir el verdadero sentido de la norma jurídica.

- Método de interpretación auténtica. En este método no se atiende ni al significado gramatical, ni al lógico conceptual, de las palabras que integran su texto, sino que se busca descubrir cual fue la intención perseguida por el legislador al expedir dicha

¹⁶⁵ Arrijo Vizcaíno Adolfo. Op. Cit p. 226

¹⁶⁶ Jarach Dino. Curso Superior de derecho Tributario. Buenos Aires, 1957, citado por De la Garza Sergio Francisco. Op Cit p 61

¹⁶⁷ Arrijo Vizcaíno Adolfo. Op Cit p. 226 y ss.

disposición, mediante el análisis de exposiciones de motivos y discusiones parlamentarias. El método presenta el inconveniente de que está limitado, ya que por regla general las discusiones parlamentarias y las exposiciones de motivos sólo contemplan aspectos sumamente general, pero no quiere decir que no sea eficaz para casos especiales.

- Método de interpretación a contrario sensu. Parte de un supuesto de carácter esencialmente lógico, al considerar que no quedan comprendidos dentro de la hipótesis normativa prevista en la ley, todos aquellos que se encuentran colocados en una situación exactamente contraria a la que en tal hipótesis se contiene o sea que debe inferirse que los no comprendidos en la hipótesis normativa deben ser objeto de una solución contraria. V.gr. El artículo 8º Constitucional, que señala que el derecho de petición en materia política, sólo es aplicable a los ciudadanos.

- Método de interpretación analógica. Consiste en aplicar a una situación de hecho no prevista en la ley, la norma jurídica aplicable a una situación similar que sí está prevista en dicha ley. Es riesgosa su utilización ya que de no existir una adecuada identidad entre la situación prevista y la no prevista, se puede llegar a otorgar a esta última alcances que en realidad no posee y por ende aplicarse indebidamente.

- Método de la interpretación exacta. Consiste en que una norma jurídica sólo es aplicable a un caso concreto cuando el hecho o la conducta respectiva encuadran exactamente dentro de la hipótesis prevista en la primera. Es necesario que exista una exacta adecuación entre lo que sucede en la realidad y lo que la ley dispone

- Método histórico. Se vale para encontrar el sentido de la ley en los precedentes, del derecho derogado, de la evolución de la institución jurídica, etc.¹⁶⁸

- Método sistemático. Pone en relación la norma interpretada con todo el conjunto de disposiciones jurídicas que constituyen el todo del cual aquella forma parte

4. Integración. Se entiende por integración el proceso que tiene por objeto llenar sus lagunas incluyendo en el campo de la aplicación de la norma, presupuestos de hecho no previstos en la misma, pero que se encuentran en relación de afinidad o semejanza con los en ella contemplados.¹⁶⁹

También se le conoce con el nombre de integración analógica. En materia tributaria el problema se da en la creación de tributos y exenciones, ya que en virtud del principio de legalidad, no podrán crearse obligaciones tributarias ni modificarse las existentes mediante la integración analógica. Pero dado que la prohibición se limita a la creación, por el intérprete, de presupuestos de hecho no previstos en la ley, la integración es permitida para los demás casos de lagunas legales, planteándose el problema de como deben resolverse; la Constitución en su artículo 14 dispone que las controversias deben resolverse de acuerdo con la letra de la ley, a falta de ella por su interpretación y en su

¹⁶⁸ De la Garza... Op. Cit. p. 64 y ss.

¹⁶⁹ Boletín de Información Judicial. Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales, No. 94, p. 240, citado por de la Garza. Op. Cit. p. 69.

defecto por los principios generales del derecho. Claro que deben aplicarse primero los principios generales del derecho tributario, posteriormente los del derecho financiero y por último los del derecho público y del derecho común.¹⁷⁰

5. La interpretación en nuestra legislación. El artículo 5 del Código Fiscal de la Federación, dispone textualmente lo siguiente:

“Las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones son de aplicación estricta. Se considera que establecen cargas a los particulares las normas que se refieren al sujeto, objeto, base tasa o tarifa.

Las otras disposiciones fiscales se interpretarán aplicando cualquier método de interpretación jurídica. A falta de norma fiscal expresa, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del derecho federal común cuando su aplicación no sea contraria a la naturaleza propia del derecho fiscal”.

Como se desprende de la lectura del precepto expuesto, nuestro derecho se basa en el método de interpretación estricta que tiene como objetivo primordial el que las leyes fiscales sean aplicadas exactamente a los sujetos y situaciones a los cuales van dirigidos de manera específica, evitando en todo momento que aquellas personas cuya situación no coincida con la de la ley, puedan verse afectadas por la misma.

La aplicación estricta se encuentra inspirado en el hecho de que al imponer, por regla general, las normas hacendarias cargas económicas a los particulares, su aplicación debe basarse en criterios de exactitud y precisión. Ahora bien, para estar en condiciones de comprender el método de interpretación estricta de las leyes fiscales, continuando con lo expuesto por el Maestro Adolfo Arrijo Vizcaino¹⁷¹ encontramos la siguiente definición y su análisis:

“El método de interpretación estricta de las normas fiscales, consiste en aplicar las normas jurídico-tributarias, atendiendo fundamentalmente al significado gramatical y conceptual de las palabras empleadas por el legislador, sin introducir ninguna hipótesis o situación que no se encuentre prevista de manera expresa en el texto de la propia ley.”

De este concepto se derivan las siguientes consecuencias:

- Al interpretarse una norma fiscal, debe desentrañarse simultáneamente el significado tanto gramatical como conceptual de las palabras que la componen, de tal manera que se logre descubrir cuál fue la verdadera intención del legislador. Para lograr este propósito, no debe darse prioridad a ninguno de estos significados, sino que la aplicación debe ser precisamente el resultado de haber combinado dichos significados gramatical y conceptual dentro del contexto exacto del dispositivo legal de que se trate. En este sentido puede afirmarse que el método de interpretación estricta es, en el fondo una combinación de los métodos literal y lógico-conceptual.

¹ De la Garza. Op Cit p 70

¹⁷¹ Arrijo. Op. Cit p 230 y ss

- Al hacer la interpretación no debe hacerse extensivo sus consecuencias jurídicas a casos o situaciones no expresamente contemplados en la norma, por similares que pudieran parecer; o sea que el método analógico, esta totalmente proscrito del campo del Derecho Fiscal.

- Al exigirse que para la aplicación de una ley hacendaria exista una perfecta adecuación entre las respectivas hipótesis normativas y el caso concreto al que se va a aplicar puede afirmarse que el método de interpretación estricta resulta bastante semejante al método de interpretación exacta, empleado en el Derecho Penal.

- Los métodos de interpretación auténtica y a “contrario sensu” son de utilización válida dentro del Derecho Fiscal, a condición de que se empleen respetando los lineamientos fundamentales de la interpretación estricta. Es decir, si las normas jurídico-tributarias, por disposición el artículo 5 del Código Fiscal, deben encerrar una solución restrictiva en relación con los casos a que se refiere, es válido concluir que los no comprendidos en las mismas deben ser objeto de una solución contraria. Asimismo si los trabajos preparatorios, exposición de motivos y discusiones parlamentarias llevadas a cabo con motivo de la expedición de una ley fiscal, ayudan a desentrañar el significado gramatical y conceptual de la propia ley, puede ser válido el recurrir a la interpretación auténtica.

Ahora bien, es importante destacar que el método de interpretación estricta de las leyes fiscales única y exclusivamente es aplicable a las normas de derecho tributario que establezcan cargas y excepciones para los particulares, así como a aquellas que fijen infracciones y sanciones, entendiéndose por normas jurídicas “que establezcan cargas a los particulares” las que se refieren a los elementos esenciales de toda contribución o tributo, es decir, al sujeto, objeto, base tasa o tarifa.

Por el contrario, aquellas normas jurídico-tributarias que contemplan situaciones diversas como es el caso de las normas procesales, o las que establezcan obligaciones secundarias relativas a requisitos, tramites, registros, etc. No quedan comprendidas dentro del método de interpretación estricta y pueden ser aplicadas utilizando cualquiera de los métodos de interpretación jurídica, en función, desde luego, de los fines para los cuales fueron establecidas y los que obviamente variarán en función de la naturaleza de la materia que sea objeto de regulación.

Por otra parte, el segundo párrafo de la disposición en comento, hace referencia al problema de integración de las normas fiscales, mediante la aplicación de las disposiciones y principios de otras ramas jurídicas, a fin de cubrir las omisiones o lagunas que pudieran presentarse, que también se le llama aplicación supletoria de las leyes, estableciendo que a falta de norma fiscal expresa, la aplicable podrá integrarse considerando supletoriamente disposiciones del derecho federal común, cuando éstas faciliten la consecución de los fines que la propia norma fiscal persiga.

Respecto del tema que nos ocupa, la Suprema Corte de Justicia, ha dictado entre otras las siguientes ejecutorias¹⁷²:

“ Impuestos. Aplicación de los. En la aplicación los impuestos deben tomarse en cuenta, exclusivamente los términos de la ley que los crea, sin que sea dable ampliarlos o restringirlos”

“ Interpretación de las Normas Fiscales, Artículo 11 del Código Fiscal. Que las normas fiscales sean de aplicación restrictiva sólo significa que no deben extenderse por analogía en perjuicio del contribuyente y que no cabe exigir sino las cargas establecidas en la ley sin ampliarlas, aumentarlas o gravarlas; pero dicho artículo 11 no prevé que una norma tributaria deba aplicarse aisladamente, sin conexión con las demás o que haya de interpretarse sin tener en cuenta su propia finalidad o el sistema a que dicha norma pertenece”

6. Autoridades con facultades de interpretación. Respecto de éste tipo de autoridades existen las siguientes:

a. **Autoridades administrativas.** Es la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quién tiene facultades de interpretación de las leyes fiscales, en tres aspectos:

- **Interpretación en colaboración administrativa.** El artículo 14 de la Ley de Coordinación Fiscal establece la facultad de dicha Secretaría para fijar a las entidades federativas y sus municipios, los criterios generales de interpretación y de aplicación de las disposiciones fiscales y de las reglas de colaboración administrativa que señalen los convenios y acuerdos respectivos.

- **Interpretación interna.** Acorde a lo establecido en el artículo 35 del Código Fiscal de la Federación, los funcionarios facultados podrán dar a conocer a las diversas dependencias, el criterio que deberán seguir en cuanto a la aplicación de las disposiciones fiscales, sin que por ello nazcan obligaciones para los particulares. Únicamente derivarán derechos en favor de éstos últimos, cuando esos criterios sean publicados en el diario Oficial de la Federación.

- **Interpretación externa.** El artículo 35 del Código Fiscal Federal establece la posibilidad para los particulares de presentar a las autoridades fiscales consultas sobre interpretación de la aplicación de la ley fiscal respecto de situaciones reales y concretas, teniendo éstas últimas la obligación de contestarlas por escrito; cuando sea una resolución favorable al particular, se derivarán derechos en favor de éste último, que la autoridad no podrá revocar o modificar de *motu proprio*, sino que deberán hacerlo mediante juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación.

b. **Autoridades juzgadoras.**

- **Salas Regionales del Tribunal Fiscal de la Federación.** Mediante las sentencias dictadas por éstas Salas, se interpretan las leyes fiscales aplicándolas al caso concreto.

^{1 2} Informe del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1975, 3ª parte, p.101 Cita precedente. Citado por De la Garza... Op. Cit. p. 71

- Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación. La Ley Orgánica del Tribunal Fiscal en su artículo 15 otorga facultades a dicha Sala para establecer la jurisprudencia del Tribunal conforme al Código Fiscal de la Federación. La jurisprudencia de acuerdo al maestro Ignacio Burgoa “Se traduce en las interpretaciones y consideraciones jurídicas integrativas uniformes que hace una autoridad judicial designada para tal efecto por la ley, respecto de uno o varios puntos de derecho especiales y determinados que surgen en un cierto número de casos concretos semejantes que se presenten, en la inteligencia de que dichas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los inferiores jerárquicos de las mencionadas autoridades y que expresamente señale la ley”¹⁷³ En el campo que nos ocupa, la jurisprudencia establecida por la Sala Superior es obligatoria para las demás salas del Tribunal Fiscal de la Federación.

- Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Colegiados. De acuerdo a lo estipulado por el artículo 192 de la Ley de Amparo, la jurisprudencia del pleno de la Suprema Corte, en materia tributaria, será obligatoria para la segunda Sala de La Corte, Tribunales Colegiados de Circuito, Jueces de Distrito, Salas del Tribunal Fiscal de la Federación y tribunales fiscales o administrativos con jurisdicción fiscal de las entidades federativas. Igualmente será obligatoria la jurisprudencia que emita la Segunda Sala de la Suprema Corte y la de los Tribunales Colegiados, en los terminos establecidos en la propia Ley de Amparo.

c. Autoridades Legislativas. Tanto la legislatura federal como las legislaturas de los Estados, pueden interpretar en forma auténtica la Ley Fiscal, ya que este tipo de interpretación se refiere precisamente a desentrañar la intención del legislador, que está contenida en la exposición de motivos de la ley fiscal y en el diario de debates efectuados.

E. La obligación fiscal.

Ya comentamos que la relación jurídica tributaria tiene su origen y justificación en los recursos que requiere el Estado para cumplir con su objeto y que dichos recursos los recibe principalmente de los particulares que se encuentran sujetos a la potestad de dicho Estado; asimismo señalamos que para evitar abusos de poder, esa obligación debe estar perfectamente señalada en una ley, que a su vez debe estar subordinada a una jerarquía constitucional y por tanto debe cumplir con los requisitos establecidos en la Constitución.

Ahora bien, en virtud del principio de generalidad, las leyes establecen presupuestos legales o hipótesis normativas generales, que son aplicables a cualquier persona, por lo que en el momento en que ésta realiza el hecho generador, encuadran automáticamente en la hipótesis de la norma fiscal y por tanto se da nacimiento a la obligación tributaria.

De acuerdo al Lic. Sergio Francisco de la Garza la realización de diversos presupuestos establecidos en las leyes da origen al nacimiento de relaciones jurídicas que tienen como contenido directo o indirecto el cumplimiento de prestaciones tributarias o

¹⁷³ Burgoa Ignacio, *El Juicio de Amparo*, décimo segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1977, p. 792.

fiscales, de dar, de hacer, de no hacer y de tolerar. A éstas relaciones jurídicas que representan un vínculo jurídico entre dos personas, una (acreedor) que tiene el derecho de exigir la prestación, y otra (el deudor) que tiene la obligación o deber de efectuar la prestación de dar, hacer, no hacer o tolerar, las llamamos, en una forma muy amplia, relaciones jurídicas fiscales y, en una forma restringida, relaciones jurídicas tributarias.¹⁷⁴

Cabe mencionar que de acuerdo a éste autor las relaciones jurídicas fiscales tienen como contenido el cumplimiento o pago de cualquier prestación en que el acreedor es el Fisco y las relaciones jurídicas tributarias tienen como contenido únicamente el pago de tributos, ya que puede haber relaciones cuyo contenido es fiscal, pero que no son tributarias, como sería el caso de los gastos de ejecución; para efectos prácticos nos referiremos principalmente a ésta última.

Los elementos principales de la relación jurídica fiscal son los siguientes:

1. Sujetos. Las diversas personas que pueden intervenir en la relación tributaria pueden ser de dos tipos:

a. Sujeto activo. Toda obligación presupone la existencia de un sujeto activo que por regla general, es aquel a cuyo favor se establece el crédito o el deber de dar, hacer, o prestar que dicha obligación trae aparejado. En éste caso, la entrega de las aportaciones económicas que se contienen en cualquier tributo se efectúa en favor del Fisco, el que, como lo señalamos en su oportunidad, es la entidad estatal encargada de la determinación, recaudación y administración de las contribuciones. Por eso se dice que en última instancia, el Estado es el sujeto activo en la relación jurídico-tributaria.¹⁷⁵

Cabe señalar que ese sujeto activo, puede ser federal, estatal o municipal, actuando directamente o a través de sus organismos autónomos descentralizados de la administración pública, como por ejemplo el SAT, el INFONAVIT o el IMSS.

El multicitado artículo 31 fracción IV de la Constitución Federal, al establecer la obligación de los mexicanos de contribuir a los gastos públicos de la federación, los estados, el Distrito Federal y los municipios en que residan, señala a éstos como sujetos activos, ya que serán los beneficiarios de la obligación señalada.

El legislador en la exposición de motivos del Código Fiscal Federal, señala precisamente a la Federación como el sujeto activo en la relación jurídico tributaria, ya que menciona: "...tratándose de la Federación se señala que solamente estará obligada a pagar contribuciones cuando las leyes fiscales especiales lo dispongan expresamente, tomando en cuenta que ésta constituye el sujeto activo de la relación tributaria..."

b. Sujetos pasivos. Entendemos por sujeto pasivo toda persona física o moral, nacional o extranjera que se encuentra constreñida al cumplimiento de la obligación establecida en una norma fiscal, en virtud de haber realizado el hecho generador contenido en la misma. El artículo 1º del Código Fiscal de la Federación señala:

¹⁷⁴ Op. cit p. 455 y ss.

¹⁷⁵ Arrijo Vizcaino Adolfo, op. cit. p 89.

“ Las personas físicas y las morales están obligadas a contribuir para los gastos públicos conforme a las leyes fiscales respectivas.. La Federación queda obligada a pagar contribuciones únicamente cuando las leyes lo señalen expresamente.. Los estados extranjeros, en caso de reciprocidad, no están obligados a pagar impuestos. No quedan comprendidos en esta exención las entidades o agencias pertenecientes a dichos estados..”

Los elementos contenidos en el concepto de sujeto pasivo contribuyente, los encontramos en las diversas leyes fiscales, adecuados a la materia que regulan, así por ejemplo la ley del I.V.A. menciona en su artículo 1º que están obligados al pago del impuesto las personas físicas y las morales, que en el territorio nacional enajenen bienes, presten servicios independientes, otorguen el uso o goce temporal de bienes e importen bienes o servicios.

La Ley del Impuesto al Activo señala que las personas físicas que realicen actividades empresariales y las personas morales, residentes en México, están obligadas al pago del impuesto, por el activo que tengan, cualquiera que sea su ubicación.

La Ley del Impuesto Sobre la Renta, que es el impuesto más importante en nuestro país, le da el carácter de sujeto pasivo a las personas físicas o morales residentes en el país respecto de todos sus ingresos, cualquiera que sea la ubicación de la fuente de riqueza de donde proceden; los residentes en el extranjero que tengan un establecimiento permanente o una base fija en el país, respecto de los ingresos provenientes de dicho establecimiento o base fija y los residentes en el extranjero respecto de los ingresos procedentes de fuentes de riqueza situadas en territorio nacional, cuando no tengan un establecimiento permanente o una base fija en el país o cuando teniéndolos, dichos ingresos no sean atribuibles a éstos.¹⁷⁶

Es decir que basta que una persona física o moral obtenga un ingreso de fuente de riqueza ubicada en México y/o en el extranjero, si es que en éste ultimo caso tiene su residencia en el país, para que obtenga automáticamente el carácter de sujeto pasivo de dicho impuesto.

Conforme a lo señalado, en nuestro sistema legal, el carácter de sujeto pasivo se adquiere simplemente con la realización del hecho generador del crédito fiscal, sin importar el lugar donde tenga establecido su domicilio, su nacionalidad, *status* jurídico, su edad, sexo, actividad, etc.

Por otra parte es importante diferenciar al sujeto pasivo principal de otros sujetos que sin haber llevado a cabo el hecho generador del crédito fiscal, resultan obligados como si lo hubieren efectuado.

Así, de acuerdo a Dino Jarach,¹⁷⁷ encontramos los siguientes sujetos pasivos:

¹⁷⁶ Debemos entender por fuente de riqueza el lugar donde se producen los hechos generadores de la obligación fiscal.

¹ Citado por Arrijo Vizcaino Adolfo, op cit p 138 y ss

- Sujeto pasivo contribuyente u obligado directo. Es la persona física o moral, nacional o extranjera a que nos hemos venido refiriendo, que lleva a cabo el hecho generador del crédito fiscal y por ende es el obligado principal del mismo.

- Sujeto pasivo obligado solidario. Es la persona física o moral, nacional o extranjera, que en virtud de haber establecido una determinada relación de tipo jurídico con el sujeto pasivo obligado directo, por disposición expresa de la ley tributaria aplicable, adquiere concomitantemente con dicho obligado directo y a elección del Fisco, la obligación de cubrir un tributo originalmente a cargo del propio contribuyente directo.¹⁷⁸

Como se desprende del concepto anterior, estamos en presencia de una solidaridad pasiva, acorde a lo establecido en el artículo 1987 del Código Civil Federal, que establece dicha solidaridad cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno por sí, en su totalidad, la prestación debida.

Para que exista la obligación solidaria es necesario que exista una relación jurídica determinada entre el sujeto pasivo principal y el solidario, ya que en virtud de esa relación que los une, se deriva una obligación frente al Fisco en los mismos términos para ambos obligados. Asimismo es importante destacar que de acuerdo al artículo 1988 de la citada legislación civil, con relación al 5° del Código Fiscal Federal, la solidaridad no se presume, sino que deriva de la ley o de la voluntad de las partes, por lo que únicamente podemos señalar como casos de obligación solidaria los señalados en el artículo 26 del Código Fiscal de la Federación y las que dispongan expresamente las demás leyes fiscales; como por ejemplo la obligación solidaria derivada de la asociación en participación a que hace referencia el artículo 8° de la Ley del Impuesto Sobre la Renta o la correspondiente a la copropiedad, regulada en el artículo 76 de la misma ley.

- Sujeto pasivo obligado subsidiariamente o por sustitución. Sergio Francisco de la Garza señala que la responsabilidad sustituta “Consiste en atribuir la obligación de retener y enterar el impuesto que corresponde al sujeto pasivo principal a aquella persona a cuya disposición se encuentra la materia imponible (fuente del impuesto) o la obligación de recaudar juntamente con su propio crédito el adeudo fiscal que corresponde al sujeto pasivo principal.”¹⁷⁹

Por su parte Margain Manatou lo define como “aquel que, en virtud de una disposición de la ley, es responsable del pago del crédito fiscal, no por la intervención personal y directa que tuvo en su creación, sino porque la conoció o paso ante él, sin haber exigido al responsable contribuyente el pago respectivo. Quedan comprendidos dentro de ésta categoría, los funcionarios públicos, magistrados, notarios, retenedores, recaudadores etc.”¹⁸⁰

¹⁷⁸ Idem.

¹⁷⁹ Op. cit. p. 458.

¹⁸⁰ Idem. P. 292.

Los casos de responsabilidad sustituta que se encuentran contenidos en el Código Fiscal Federal, los encontramos en las fracciones I, II, III, V y VI del artículo 26, aunque erróneamente los clasifica como obligación solidaria y se refieren a los retenedores y a las personas a quienes las leyes impongan la obligación de recaudar contribuciones a cargo de los contribuyentes; a las personas que estén obligadas a efectuar pagos provisionales por cuenta del contribuyente, como es el caso de los fedatarios públicos en las operaciones de enajenación de bienes en que intervengan; a los liquidadores y síndicos por las contribuciones que debieron pagar a cargo de la sociedad en liquidación o quiebra, así como las causadas durante su gestión, cuando no cumplan con los avisos e informes a que se refiere el propio código y su reglamento; al director general, gerente general o administrador único de las sociedades mercantiles por las contribuciones causadas y no retenidas, pagadas o enteradas durante su gestión, cuando la sociedad no sea inscrita en el Registro Federal de Contribuyentes, no lleve contabilidad o la destruya, así como cuando cambie de domicilio sin realizar el aviso correspondiente una vez que se le haya notificado el inicio de una visita, antes de que se le notifique la resolución de la misma o antes de cubrir un crédito fiscal notificado, los representantes de personas no residentes en el país, con cuya intervención esta efectúe actividades por las que deban cubrirse contribuciones y, finalmente quienes ejerzan la patria potestad o tutela, por las contribuciones a cargo de sus representados.

- **Sujeto pasivo obligado por garantía.** “Es la persona física o moral que voluntariamente afecta un bien de su propiedad u otorga una fianza, con el objeto de responder ante el fisco, a nombre y por cuenta del sujeto pasivo obligado directo, del debido entero de un tributo originalmente a cargo de éste último y cuyo pago ha quedado en suspenso, en el supuesto de que al ocurrir su exigibilidad, el propio obligado directo no lo cubra oportunamente.”¹⁸¹

Del concepto anterior deducimos que el obligado por garantía adquiere la obligación de responder ante el fisco por cuenta y orden del contribuyente directo, el entero oportuno de una contribución a cargo de este último.

En el artículo 26 del citado Código Fiscal Federal, también se encuadra indebidamente éste tipo de obligado dentro del rubro del obligado solidario, las fracciones VIII y IX, disponen que tendrán ese carácter quienes manifiesten su voluntad de asumir dicha obligación y los terceros que para garantizar el interés fiscal constituyan depósito, prenda o hipoteca o permitan el secuestro de sus bienes, hasta el valor de los dados en garantía, sin que en ningún caso su responsabilidad exceda el monto del interés garantizado. En este caso es el propio sujeto obligado por garantía, quien por su propia voluntad adquiere ese carácter y no por disposición de la ley. Como ejemplo encontramos las fianzas expedidas por compañías especializadas en el ramo.

- **Sujeto pasivo obligado por responsabilidad objetiva por deuda ajena.** En las fracciones IV y VII del ordenamiento que hemos venido comentando, se establece que los adquirentes de negociaciones responderán solidariamente de las contribuciones que se hubieren causado con relación a las actividades realizadas en la negociación, cuando

¹⁸¹ Arrijo Vizcaino, op. cit p. 142

pertenecía a otra persona, de la misma forma responderán los legatarios y los donatarios a título particular respecto de las obligaciones fiscales que se hubieren causado con relación a los bienes legados o donados. Con estas disposiciones el legislador ha pretendido que el fisco no vea disminuida su recaudación por el hecho de que los bienes que integren la fuente de riqueza sean enajenados teniendo adeudos fiscales, estableciendo como límite el que sólo podrán hacerse efectivos los adeudos correspondientes, sobre los bienes que lo integren.

2. Objeto. El objeto de la obligación jurídica tanto fiscal como tributaria, al igual que la obligación de carácter civil, consiste en dar, hacer, no hacer y tolerar.

La obligación de dar la encontramos como finalidad principal de la obligación jurídica tributaria, en virtud de la cual los particulares tienen la obligación de contribuir al gasto público del Estado.

Respecto de la obligación de hacer, tenemos infinidad de ejemplos, como la obligación de inscribirse en el Registro Federal de Contribuyentes, la de realizar declaraciones provisionales, la de retener y enterar, etc.

Como ejemplo de la obligación de no hacer podemos señalar la limitante que tiene los contribuyentes de introducir mercancía de procedencia extranjera al territorio nacional, sin los permisos correspondientes, en aquellos casos en que por disposición legal dicha mercancía lo requiera.

El permitir una visita domiciliaria que efectúe la autoridad en ejercicio de sus facultades de comprobación, es un ejemplo de la obligación de tolerar que tiene el contribuyente frente al Fisco

Consideramos pertinente aclarar que no es lo mismo el objeto de la obligación jurídica fiscal o tributaria a que no hemos referido en los párrafos anteriores, al objeto del impuesto, que es la situación jurídica o de hecho que grava la ley fiscal, o sea la hipótesis normativa cuya realización es generadora del crédito fiscal, como pudiera ser el obtener ingresos por la enajenación de bienes. En éste caso mientras no se cumpla el supuesto de la enajenación, es mera hipótesis de la norma jurídica que no tiene consecuencia alguna, pero al realizar la conducta se cumple con el objeto del impuesto y nace la obligación jurídica tributaria de dar, es decir de cumplir con el pago del impuesto, de acuerdo a lo que señale la propia norma.

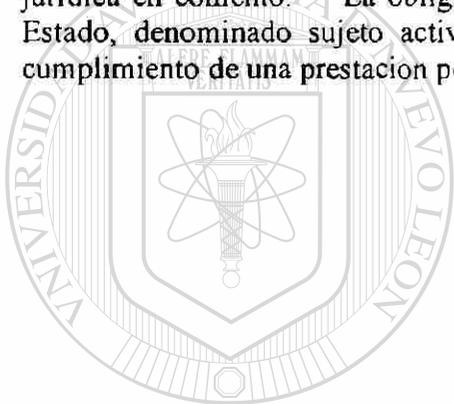
3. Causa. Los diversos motivos y justificantes que el legislador encuentra para el establecimiento de una obligación a cargo de los contribuyentes, se les conoce como la causa de la relación jurídica tributaria y normalmente la encontramos en la exposición de motivos de las diversas leyes fiscales.

La causa de la obligación tributaria se entiende como una eficaz selección legislativa de los motivos y fines del régimen tributario.¹⁸²

4. Relación jurídica. Tanto en la obligación fiscal como en la obligación civil, existe un vínculo de naturaleza jurídica que une a los sujetos que en ella intervienen y que por lo mismo es reconocido y protegido por el derecho para lograr la prestación debida, incluso mediante la sanción del poder público.

Como ya comentamos con anterioridad, la relación jurídica surge en el momento en que el particular se coloca en el supuesto jurídico o de hecho que señala la norma fiscal e implica la obligación fiscal o tributaria, que tiene como elementos personales al sujeto activo fisco y al sujeto pasivo contribuyente, siendo el objeto de dicha obligación la prestación fiscal o el tributo de que se trate.

Margáin Manatou al definir la obligación fiscal, hace referencia a la relación jurídica en comentario: “ La obligación fiscal es el vínculo jurídico en virtud del cual el Estado, denominado sujeto activo, exige a un deudor, denominado sujeto pasivo, el cumplimiento de una prestación pecuniaria, excepcionalmente en especie.”¹⁸³



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

¹⁸² Cortina Alfonso, *La obligación tributaria y su causa*. Ed. Porrúa, México, 1976, citado por Sánchez de León Gregorio, op cit. p. 240

¹⁸³ Op. cit. p. 239.

XI. UBICACIÓN DEL FIDEICOMISO EN EL RÉGIMEN TRIBUTARIO.

A. Antecedentes.

El primer antecedente de la regulación fiscal del fideicomiso, lo encontramos en el proyecto Vera Estañol de 1926, que en su artículo 79 señalaba que las adquisiciones de inmuebles o de derechos reales que se efectuaran en virtud de un fideicomiso, no estarían sujetas al pago de impuesto alguno, salvo el del timbre. Únicamente la transmisión del fiduciario se gravaba en los términos de las leyes de la materia.

La Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, en su artículo 227 señala que las instituciones de crédito nacionales únicamente pagarían impuesto predial, derechos de carácter municipal que causen los inmuebles por pavimentos, atarjeas y limpia, así como sobre las utilidades líquidas anuales que acusen los balances aprobados por la Comisión Nacional Bancaria.

Por su parte el artículo 228 se encargaba de exentar a las fiduciarias hasta por 30 años, del Impuesto del Timbre por lo que respecta al acto de la constitución del fideicomiso o el documento en el que constase la comisión o el mandato, no así a los actos o documentos que se llevasen a cabo en cumplimiento del encargo, ya que éstos se considerarían como si hubiesen sido ejecutados u otorgados por el fideicomitente, mandante o comitente. El artículo 230 prohibía que alguno de los tres órdenes de gobierno pudiese gravar con otros impuestos adicionales a los anteriormente señalados.

Al igual que la Ley Bancaria de 1932, la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, contenía un capítulo denominado "De las relaciones fiscales" y prácticamente transcribe en sus artículos 154 a 157 lo establecido por aquella, señalando en éste último artículo que las instituciones de crédito estarían sujetas al pago de impuestos, derechos, cooperación y gravámenes relativos a la mejoría específica de los bienes inmuebles por obras públicas, así como al pago de los derechos que correspondan por la prestación de servicios públicos de la Federación, estados y municipios, siempre en los mismos términos que los demás causantes.

A raíz de la nacionalización bancaria, que trajo como consecuencia la transformación de los bancos en sociedades nacionales de crédito, se suprimió toda alusión a la regulación fiscal del fideicomiso en la legislación bancaria, ya que ni en las Leyes Reglamentarias del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982 y de 1984, ni en la actual Ley de Instituciones de Crédito, se contiene disposición alguna sobre el particular, por lo que suponemos que ese fue el motivo por el que se decidió regular completamente la figura del fideicomiso a través de la legislación fiscal.

En lo que respecta a la figura del fideicomiso como sujeto pasivo de un crédito fiscal, encontramos el primer antecedente en el Código Fiscal de la Federación del 31 de diciembre de 1938, que en su artículo 20 establecía que tendría tal carácter "... la persona física o moral que, de acuerdo con las leyes, está obligada de una manera directa al pago de una

prestación determinada al Fisco Federal.” En el artículo 21 al determinar quiénes tendrían la calidad de sujetos pasivos señalaba lo siguiente:

“Artículo 21. La calidad de sujeto o deudor de un crédito fiscal puede recaer:

...V. Sobre cualquier agrupación que aun sin tener personalidad jurídica, constituya una unidad económica diversa de la de sus miembros. Para la aplicación de las leyes fiscales, se asimilan estas agrupaciones a las personas morales mencionadas en la fracción III de éste artículo.”

De la disposición en comento, se desprende que los requisitos para que una unidad económica fuere considerada como sujeto pasivo de contribuciones federales, eran los siguientes:

- La unión de dos o más personas para conformar una agrupación con una finalidad común, normalmente de lucro.
- Dicha agrupación podía o no tener personalidad jurídica, considerándose por tanto a aquellos contratos que no constituían formalmente una sociedad o asociación
- Que constituyeran una unidad económica distinta de los miembros que la integraban, para lo cual destinaban ciertos bienes de su patrimonio, para canalizarlos al beneficio de la propia agrupación o de sus miembros de acuerdo a los fines planteados.

Para el efecto de los gravámenes federales, las unidades causaban impuestos conforme al régimen de personas morales, sobre los supuestos que cada ley impositiva especial estableciera, por lo que debían cumplir con las obligaciones consiguientes¹⁸⁴

En virtud de que en el fideicomiso, no obstante ser un contrato sin personalidad jurídica, existe un elemento personal, con una finalidad común y un patrimonio distinto al de sus aportantes, se consideraba que reunía los requisitos establecidos por el citado artículo, teniéndolo como unidad económica y por ende sujeto pasivo de impuestos federales conforme al régimen de persona moral

El Código Fiscal de la Federación de 1966 que abrogó al arriba señalado, con algunas variantes, continuó su regulación en los mismos términos, al señalar:

“Artículo 13. Sujeto pasivo de un crédito fiscal es la persona física o moral, mexicana o extranjera que, de acuerdo con las leyes, está obligada al pago de una prestación determinada al fisco federal.

También es sujeto pasivo cualquier agrupación que constituya una unidad económica diversa de la de sus miembros. Para la aplicación de las leyes fiscales, se asimilan estas agrupaciones a las personas morales.”

¹⁸⁴ Banco Mexicano Somex. S A op cit , cap XXIV. Regimen Tributario del Fideicomiso. redactado por Lic Antonio Sola Valdes. p 499

Por reforma de 29 de diciembre de 1980 fue derogado el segundo párrafo, y desaparecieron como sujetos del impuesto las unidades económicas, por tanto los ingresos obtenidos o los actos realizados por los o de los fideicomisos, serán de fideicomitentes y fideicomisarios, en consecuencia, serán ellos los sujetos de impuestos, derechos y aprovechamientos¹⁸⁵

Cabe señalar que en el código de 1938, se establecía que los impuestos, derechos y aprovechamientos autorizados por la Ley de Ingresos, se regularían en primer lugar por las disposiciones del código fiscal y después por las leyes fiscales especiales, razón por la cual los fideicomisos identificados como unidades económicas, encuadraban sin mayor problema en las hipótesis de causación de las leyes especiales como sujetos pasivos de las contribuciones. Dicho sistema cambió en el código fiscal de 1966, para disponer a partir de entonces que las contribuciones se regularan por lo dispuesto en las leyes fiscales especiales y a falta de regulación expresa habría que aplicar supletoriamente lo establecido en el código fiscal; con estas modificaciones se tiene que analizar cada situación en particular para ubicar su regulación fiscal en la ley especial, aunque como ya se comentó, con la desaparición de las unidades económicas en la legislación fiscal, el contribuyente lo será siempre el fideicomitente o el fideicomisario; así se establece en las diversas leyes fiscales.

B. Los sujetos pasivos en el fideicomiso.

Una vez comentada la evolución que ha tenido la figura del fideicomiso en la legislación fiscal, hemos visto que su tratamiento depende de cada ley especial, recayendo el gravamen exclusivamente en el fideicomitente o en el fideicomisario, es decir que ya no se considera a los fideicomisos en sí mismos como contribuyentes, esto lo constatamos al analizar las leyes federales más importantes:

1. Ley del Impuesto Sobre la Renta. Esta ley en su artículo 1º señala que son sujetos del impuesto las personas físicas o morales residentes en el país respecto de todos sus ingresos y los residentes en el extranjero respecto de los ingresos provenientes de fuentes de riqueza situadas en territorio nacional, sean o no establecimiento o base fija ubicada en el país. Por su parte los artículos 15 y 74 señalan que tanto las personas morales como las físicas, están obligados al pago del impuesto por los ingresos que obtengan, ya sea en efectivo, en bienes, en crédito, en servicio o de cualquier otro tipo, incluyendo la ganancia inflacionaria que se obtiene por la disminución real de sus deudas

Aplicando dichos dispositivos a la figura del fideicomiso, significa que será el fideicomitente o el fideicomisario, persona física o moral, dependiendo de quien reciba el ingreso correspondiente, el obligado al pago del impuesto respectivo. Como ejemplos tenemos los siguientes:

En materia de arrendamiento, dispone que los rendimientos son ingresos del fideicomitente aun cuando el fideicomisario sea una persona distinta, excepto en los casos en que el fideicomitente no tenga el derecho a readquirir del fiduciario el inmueble, ya que

¹⁸⁵ Idem p. 502.

en ese supuesto se considera que los rendimientos serán ingresos del fideicomisario desde el momento en que aquel pierda el derecho a readquirir; es decir, que dicho supuesto se refiere a los fideicomisos en que el fideicomitente ha recibido una contraprestación por la afectación del inmueble y por ello el único beneficiario es el fideicomisario designado.¹⁸⁶

En cuanto a los ingresos por dividendos distribuidos por personas morales, derivados de acciones que conformen la materia de un fideicomiso, éstos se considerarán obtenidos de la persona moral que los distribuyó y no del fideicomiso, por lo que el fideicomisario no pagará impuesto sobre la renta por dicho ingreso; si es persona física podrá optar por acumularlos a sus demás ingresos en los términos de la propia ley y si es persona moral lo adicionará a su cuenta de utilidad fiscal neta, para que en su oportunidad lo distribuya como dividendo en favor de sus propios accionistas.

Por lo que se refiere a los rendimientos generados por bienes entregados en fideicomiso, el segundo párrafo del artículo 74 de la ley en comento, señala que no se consideran ingresos obtenidos por los contribuyentes (personas físicas) cuando dichos rendimientos se destinen a fines científicos, políticos o religiosos o a los establecimientos de enseñanza y a las instituciones de asistencia o de beneficencia que reúnan los requisitos que señala la propia ley para recibir donativos. Interpretando a *contrario sensu* la disposición anterior, encontramos que si los rendimientos se destinan a fines diversos a los señalados, es decir en favor del fideicomitente o el fideicomisario, estos deberán acumularlos a sus ingresos para efectos del pago del Impuesto Sobre la Renta.

Asimismo los ingresos provenientes de fideicomisos constituidos para el manejo de fondos de pensiones, jubilaciones y primas de antigüedad, así como de fondos de ahorro, estarán exentos para los trabajadores en su carácter de fideicomisarios, mientras que para las empresas, como fideicomitentes, serán deducibles en el pago del impuesto.

Las personas morales de acuerdo con la fracción XI del artículo 17 de la Ley en comento y las personas físicas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del mismo ordenamiento, considerarán ingresos acumulables los que reciban de sociedades, entidades o fideicomisos ubicados o residentes en jurisdicciones de baja imposición fiscal, en la proporción de su participación directa promedio por día en el ejercicio al que correspondan en dichas sociedad, entidad o fideicomiso, si son accionistas beneficiarios efectivos o tienen derecho a la distribución de utilidades de los mismos.

El artículo 95 de la ley en comento, que considera como ingresos acumulables de los contribuyentes personas físicas o morales, los provenientes de la enajenación de bienes, incluyendo en este rubro los relativos a la expropiación. Para determinar cuando estamos en presencia de una enajenación, nos remite al Código Fiscal de la Federación

2. Ley del Impuesto al Valor Agregado. Este impuesto tiene su antecedente más próximo en el Impuesto Federal Sobre Ingresos Mercantiles, que entró en vigor el 1º de enero de 1948 y que se gravaba sobre los ingresos por concepto de ventas, para la prestación de servicios, comisiones, consignaciones, agencias de turismo,

¹⁸⁶ Ver infra cap VI. punto B. p 75.

representaciones, corretajes o distribuciones, cabarets, pulquerías, cantinas, piqueras y demás expendios de bebidas embriagantes

El sujeto del impuesto lo era la persona física o moral que habitualmente obtenía el ingreso, sin embargo, por una reforma a la ley, el impuesto podría ser trasladado expresamente al comprador o usuario.

En virtud de que por disposición del Código Fiscal de la Federación, las unidades económicas se asimilaban a las personas morales y en consecuencia el fideicomiso considerado como tal, era gravado por éste impuesto cuando realizara los supuestos establecidos en la ley.¹⁸⁷

La Ley del Impuesto al Valor Agregado, inició su vigencia el 1° de enero de 1980 y de acuerdo a su artículo 1° grava la realización de los actos o actividades siguientes: enajenación de bienes, la prestación de servicios independientes, el otorgamiento del uso o goce temporal de bienes y la importación de bienes o servicios.

De acuerdo con dicho dispositivo, son sujetos del impuesto las personas físicas o morales que, en territorio nacional realicen los actos o actividades descritas.

La ley establece tres tasas: la general del 15%, el 10% en región fronteriza (salvo enajenación de inmuebles, a la que se aplica la tasa general) y el 0% para ciertos actos o actividades que la propia ley señala.

Acorde al artículo 2° los contribuyentes están obligados a trasladar el impuesto en forma expresa y por separado a las personas que adquieran los bienes, los usen o gocen temporalmente o reciban los servicios. Asimismo señala dicho artículo que el contribuyente pagara en las oficinas autorizadas la diferencia entre el impuesto a su cargo y el que le hubieran trasladado o el que el hubiese pagado en la importación de bienes o servicios, siempre que sean acreditables en los términos de la ley.

En este sentido cuando en ejecución de los fines del fideicomiso el fiduciario lleva a cabo actos que se encuentran gravados por la ley, el problema estriba en determinar quién de las partes que intervienen en el fideicomiso es el contribuyente, ya que este tendrá el derecho de acreditar el I.V.A. y la obligación de pagar el impuesto en los términos antes señalados.

Ahora bien, hemos comentado en el capítulo precedente que con la eliminación en el Código Fiscal de la Federación de las unidades económicas en las reformas de 1980, el fideicomiso como tal dejó de ser causante de impuestos federales y en el impuesto que nos ocupa, son sujetos únicamente las personas físicas y las morales, en consecuencia, no se grava al fideicomiso como tal, sino que al igual que en el Impuesto Sobre la Renta, los actos que realice el fiduciario en cumplimiento de los fines que estén gravados por ésta ley, debemos entender que el contribuyente es dicho fideicomisario, por lo que será éste

¹⁸⁷ Banco Mexicano Somex. op. cit p 542

quién tenga la obligación de pagar el impuesto que resulte de acuerdo a lo señalado por el artículo 12 de la ley en estudio

Aun y cuando la Ley del I.V.A. es omisa con relación al fideicomiso, encontramos el artículo 6° de su reglamento, que al regular la aplicación de la tasa al "0%" por la prestación de servicios independientes prestados a los agricultores y ganaderos que sean destinados a las actividades agropecuarias ahí mencionadas, entiende que los servicios son prestados directamente a dichas personas, cuando sea en virtud de contratos celebrados con alguna institución de crédito que actúe en su carácter de fiduciaria y, los agricultores, ganaderos o asociaciones u organizaciones que los agrupan sean fideicomisarios, cuando no se haya designado fideicomisarios o cuando éstos no puedan individualizarse y siempre que el gobierno federal, estatal o municipal sea el fideicomitente, por lo que con ello se considerará que el servicio se presta en los términos de éste artículo y por tanto procede aplicar la tasa mencionada

De la lectura de ésta disposición, se desprende que en lo referente a la prestación de servicios independientes que contrate el fiduciario en cumplimiento de los fines de un fideicomiso que reúna los requisitos ahí señalados, el legislador ubica desde el punto de vista fiscal, las actividades realizadas por el fiduciario como realizadas por el beneficiario de dichos actos, es decir por el propio fideicomisario.

Asimismo, los honorarios que la institución fiduciaria recibe por su intervención en el contrato de fideicomiso, causan el impuesto en comento y se trasladan a quien corresponda el pago conforme a lo establecido en el contrato.

3. Ley del Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios. La Ley del Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1980 y entro en vigor el 1° de enero de 1981. Es un impuesto indirecto, ya que opera el fenómeno de la traslación, es decir que la carga tributaria pasa del contribuyente de derecho a otra persona que es la que finalmente paga el impuesto, siendo este el consumidor final

De acuerdo a su artículo 1° ésta Ley grava la realización de los siguientes actos o actividades que efectúen las personas físicas y morales: enajenación en territorio nacional o, en su caso, la importación de los bienes señalados en la ley, entre los que se encuentra el alcohol, las bebidas alcohólicas, tabacos labrados, gasolinas, diesel y gas natural para combustión automotriz, así como la prestación de servicios de comisión, mediación, agencia, representación, correduría, consignación y distribución que se efectúen con motivo de la enajenación de los bienes arriba señalados, salvo gasolina, diesel y gas

La ley establece diversas tasas, dependiendo de las características de cada producto, así encontramos que para el alcohol se señala el 60% salvo que se trate de alcohol desnaturalizado para ventas al menudeo al público en general, en cuyo caso la tasa será del 0%; en el caso de las bebidas alcohólicas, sus concentrados y aguardiente, dependerá de la graduación alcohólica que tengan, oscilando la tasa entre el 25% para menos de 6° G.L., 25% hasta 13.5, 30% hasta 20 y 60% para graduaciones superiores, los tabacos labrados van del 85% para los cigarrillos y 20.9% para cigarrillos sin filtro puros y

otros tabacos labrados, respecto de los combustibles, se establece un procedimiento especial para determinar la tasa aplicable a cada uno de ellos.

Acorde al artículo 19 los contribuyentes están obligados a trasladar el impuesto en forma expresa y por separado a las personas que adquieran los bienes, cuando el adquirente sea a su vez contribuyente de este impuesto por el bien o servicio de que se trate y así lo solicite.

Respecto de las enajenaciones efectuadas por comerciantes, éstos no trasladarán expresamente y por separado el impuesto, debiendo ofrecer los bienes gravados por la ley, con el impuesto incluido en el precio. Asimismo señala el artículo 4° que el contribuyente pagará en las oficinas autorizadas la diferencia entre el impuesto a su cargo y el que le hubieran trasladado o el que él hubiese pagado en la importación, siempre que sean acreditables en los términos de la ley.

Al igual que en el Impuesto al Valor Agregado cuando en ejecución de los fines del fideicomiso el fiduciario lleva a cabo actos que se encuentran gravados por la Ley de Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios, habrá que determinar quién de las partes que intervienen en el fideicomiso es el contribuyente, mismo que acreditará el impuesto pagado por el fiduciario y cubrirá el impuesto que resulte en los términos arriba señalados. Sobre éste particular nos remitimos al análisis del Impuesto al Valor Agregado, ya que la conclusión es igual por tratarse de impuestos indirectos regulados en forma similar dentro de nuestra legislación fiscal.

4. Derechos. De conformidad con el artículo 2° del Código Fiscal de la Federación se entiende por Derechos las contribuciones establecidas en Ley por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público de la Nación, así como por recibir servicios que presta el Estado en sus funciones de Derecho Público, excepto cuando se presten por organismos descentralizados u órganos desconcentrados, cuando, en éste ultimo caso, se trate de contraprestaciones que no se encuentren previstas en la Ley Federal de Derechos. También son Derechos las contribuciones a cargo de los organismos publicos descentralizados por prestar servicios exclusivos del Estado.

Cuando el fiduciario en cumplimiento de los fines del fideicomiso lleve a cabo la explotación de bienes del dominio público de la Federación conforme a lo que establece el artículo 27 de la Constitución Federal, la Ley General de Bienes Nacionales, la Ley de Vías Generales de Comunicación, etc., tendrá que cubrir al Gobierno Federal los Derechos que señale la Ley respectiva por dicha explotación, pago que efectuará el fiduciario por cuenta del fideicomitente o el fideicomisario, según quien vaya a llevar a cabo la explotación de los bienes señalados.

Otra circunstancia en la que el fiduciario tiene que cubrir el pago de Derechos, se da cuando reciba servicios que presta el Estado en funciones de Derecho Publico, como pudiera ser pago por expedición del permiso que otorga la Secretaría de Relaciones Exteriores al fiduciario para la adquisición de bienes en la llamada zona restringida, la inscripción en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, etc, cuyo pago igualmente sera a cargo del fideicomitente o del fideicomisario, según el caso.

5. Código Fiscal de la Federación.

El antecedente de la regulación actual del fideicomiso en el Código Fiscal de la Federación, lo encontramos en la Ley del Impuesto Sobre la Renta, que al sufrir reformas en el año de 1976 le fue incorporado el artículo 68 bis con el objeto de evitar la evasión que por medio de la figura del fideicomiso se realizaba en el pago del impuesto sobre la renta respecto de la utilidad obtenida en la enajenación de bienes inmuebles y de partes sociales; al adicionar dicho artículo se establecieron diversas reglas para determinar cuando se consideran enajenados los bienes inmuebles aportados a un fideicomiso y el momento de la causación del impuesto; este artículo era del tenor literal siguiente:

“Artículo 68 bis. En las operaciones de fideicomiso, en las que se afecten bienes inmuebles, éstos se considerarán enajenados:

- I. En el acto de la constitución del fideicomiso, si se designa fideicomisario diverso del fideicomitente y siempre que éste no tenga derecho a readquirir del fiduciario el inmueble.
 - II. En el acto en que el fideicomitente pierda el derecho a readquirir el inmueble del fiduciario, si al constituirse el fideicomiso se hubiere establecido tal derecho.
 - III. En el acto de designar fideicomisario, si éste no se designó al constituirse el fideicomiso.
 - IV. En el acto en que el fideicomisario designado ceda sus derechos o dé instrucciones al fiduciario para que titule la propiedad del inmueble a un tercero. En estos casos se considerará que el fideicomisario adquiere el inmueble en el acto de su designación y que los enajena en el momento de ceder sus derechos y dar dichas instrucciones.
 - V. En el acto en que el fideicomitente cede sus derechos que incluya el de que el inmueble se titule a su favor.
- En los casos a que se refiere éste artículo y salvo lo señalado por el mismo, se aplicarán las reglas y procedimientos de valuación a que se refiere el artículo 68 de la ley.”

Con las reformas de 1979, éste artículo fue derogado de la Ley del Impuesto Sobre la Renta e incorporado al Código Fiscal de la Federación; dando como resultado que dicha disposición se hiciera extensiva a toda clase de bienes y para todos los gravámenes federales; quedó plasmada como fracción III del artículo 15, cuyo texto, con algunas variantes fue similar al ya comentado.

Aún y cuando la regulación fiscal del fideicomiso requiere de un análisis particular de cada caso concreto para poder determinar adecuadamente su tratamiento, consideramos que con las disposiciones establecidas en el Código Fiscal podemos entender más fácilmente la forma en que se concibe para la legislación fiscal dicha figura. En efecto, si estudiamos detenidamente su artículo 14, encontraremos que para efectos fiscales el propietario de los bienes o derechos, es el fideicomitente o el fideicomisario, dependiendo de quien tendrá la disposición de los mismos, lo que representa en pocas palabras, que en una operación de fideicomiso en la que se afecten bienes o derechos, para el Fisco el propietario de los bienes nunca va a ser el fiduciario, sino que este actúa por cuenta y orden del fideicomitente o del fideicomisario, según sea el caso, así se desprende del citado artículo, que a continuación habremos de analizar:

“Artículo 14. Se entiende por enajenación de bienes:

. . .V. La que se realiza a través del fideicomiso, en los siguientes casos:

a) En el acto en 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 éste supuesto podemos encuadrar los llamados fideicomisos traslativos de dominio, donde el fideicomitente recibe un precio o contraprestación por la afectación fiduciaria y por lo mismo no se reserva derecho alguno en el fideicomiso, por lo que la facultad de usar y disfrutar el bien, instruir al fiduciario para darlo en garantía, arrendarlo e incluso venderlo, recibiendo el producto de la venta, le corresponde al fideicomisario designado.

Aquí creemos que no hay problema para identificar la operación fiscal, ya que es perfectamente entendible que desde el momento en que el fideicomitente designa a un fideicomisario distinto de él mismo y ya no va a tener derecho alguno respecto de los bienes fideicomitados, en virtud de recibir un pago por realizar la afectación, sea dicho fideicomisario el “dueño económico” de los bienes, por lo que desde el preciso momento en que se realiza el acto, ya sea la constitución del fideicomiso o en acto posterior, se encuadra en la hipótesis de la ley y por tanto se da la enajenación fiscal, generándose la obligación fiscal, por ejemplo el impuesto sobre la renta por el ingreso del fideicomitente y el impuesto por adquisición de inmueble para el fideicomisario, etc.

Es necesario aclarar que para que se dé la hipótesis normativa y que exista enajenación desde el punto de vista fiscal, deben darse los dos supuestos que señala dicha disposición, es decir que se designe un fideicomisario distinto del fideicomitente y que éste pierda el derecho a readquirir del fiduciario los bienes o derechos, ya que existen fideicomisos en los que únicamente se da uno de los supuestos y entonces no podemos hablar de una enajenación, tal sería el caso de un fideicomiso con disposición testamentaria, donde se puede designar el propio fideicomitente como fideicomisario o incluso un tercero, pero el fideicomitente se reserve el derecho a readquirir alguno o la totalidad de los bienes, ya sea por revocación del fideicomiso o bien porque en los fines se señale la facultad del fideicomitente de instruir al fiduciario para la venta de alguno de los bienes, recibiendo éste último el producto de la venta.

Otro de los supuestos que es muy común en la práctica, lo encontramos en el fideicomiso de garantía, donde se designa como fideicomisario a una persona distinta del fideicomitente, normalmente al acreedor, incluso el fideicomiso se constituye como irrevocable para el fideicomitente, sin embargo, no existe enajenación fiscal ya que en caso de que éste último cubra las obligaciones a su cargo, tendrá derecho a readquirir los bienes del fiduciario, por lo que no se cumplen los extremos de la disposición en comento.

. . . b) En el acto en que el fideicomitente pierda el derecho a readquirir del fiduciario los bienes, si se hubiera reservado tal derecho. . .

Éste inciso complementa los supuestos a que hace referencia en el punto anterior, ya que al darse el evento de que el fideicomitente pierda el derecho a readquirir los bienes

o derechos, ya sea por cumplimiento de algún supuesto establecido en el propio contrato o por renuncia, en ese momento se considera que opera la enajenación y entonces el fideicomisario será considerado como el propietario para efectos fiscales, generándose los gravámenes correspondientes a la enajenación y por tanto en lo sucesivo será dicho fideicomisario el obligado a responder de las contribuciones que se generen por los bienes o derechos.

En lo que se refiere a los fideicomisos con disposición testamentaria, al ocurrir el fallecimiento del fideicomitente, evidentemente que pierde el derecho a readquirir y con ello opera la enajenación fiscal respecto de los fideicomisarios designados, conjuntamente con el nacimiento del derecho de éstos a disponer de los bienes o derechos conforme lo haya establecido el propio fideicomitente en el contrato de fideicomiso.

Por lo que toca al fideicomiso de garantía, el supuesto se da cuando el fideicomitente incumple en el pago de las obligaciones a su cargo y el fiduciario en ejecución de la garantía transmite la propiedad a un tercero o adjudica el bien o derecho al fideicomisario en primer lugar.

Otro ejemplo con el que podemos ilustrar lo señalado, lo encontramos en los fideicomisos que se constituyen para llevar a cabo desarrollos habitacionales, turísticos o industriales donde el fideicomitente afecta irrevocablemente la propiedad de los terrenos a desarrollar, estableciéndose que recibirá el pago de la contraprestación por la afectación fiduciaria conforme se vayan realizando las ventas de las unidades resultantes, reservándose en tanto recibe dicho pago, el derecho a readquirir los bienes; al cumplirse dicha obligación perderá tal derecho, configurándose en ese momento la enajenación fiscal, no obstante que desde la constitución del fideicomiso haya operado la transmisión de la propiedad en favor del fiduciario

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

En ésta fracción se regula la figura de la cesión de los derechos de fideicomisario, derechos que dependiendo del tipo de fideicomiso pueden implicar una gama muy amplia de facultades con relación a los bienes fideicomitidos que, como señalamos al analizar el inciso a) de la fracción V. de la disposición en comento, pueden referirse al uso y disfrute del bien, a gravarlo, arrendarlo, etc., es decir que las facultades que encierran los derechos de fideicomisario tienen una valoración pecuniaria, cuya transmisión a un tercero se considere enajenación y puedan llegar a encuadrar en alguna de las leyes especiales que hemos venido estudiando, con la consiguiente obligación de cubrir alguno de los impuestos que dichas leyes regulan, dependiendo de que se dé alguna de las hipótesis establecidas en cualquiera de los momentos que indica la presente fracción y que son los siguientes.

... a) En el acto en que el fideicomisario 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. . .

Nos encontramos en el supuesto de que los derechos de fideicomisario estén representados por la facultad que tiene éste frente al fiduciario, de recibir los provechos del fideicomiso y de instruirlo para disponer de los bienes materia del mismo, ésta hipótesis implica que ya hubo una enajenación anterior del fideicomitente al fideicomisario, acorde a lo señalado en la fracción anterior, es decir que ya el fideicomitente perdió el derecho a readquirir los bienes, razón por la cual en ésta nueva enajenación el fideicomisario será el sujeto pasivo por los ingresos que reciba por la cesión de sus derechos a un tercero.

De acuerdo con lo que se establece en éste inciso, en el momento en que fideicomisario realice la cesión de sus derechos al nuevo fideicomisario, estaremos en la hipótesis normativa de la enajenación y en ese momento se generarán los créditos fiscales que resulten. Una segunda hipótesis de enajenación se da en el momento en que el fideicomisario da instrucciones al fiduciario para transmitir la propiedad de los bienes a un tercero; en este caso ya no hablaríamos de una cesión de derechos, sino que el fiduciario transmitirá la propiedad de los bienes en cumplimiento de los fines del fideicomiso al adquirente, extinguiéndose total o parcialmente el contrato en cuestión.

Para esos efectos se señala que se entiende que el fideicomisario adquiere los bienes desde el momento de su designación y los enajena en el momento de ceder sus derechos o de dar las instrucciones para su transmisión; a éste respecto consideramos que lo adecuado sería que se considere que el fideicomisario adquiere los bienes en el momento en que se hubiere configurado la enajenación respecto del fideicomitente, esto es cuando haya sido designado y éste último hubiese perdido el derecho a readquirir, ya que puede darse el caso que el fideicomisario sea designado en una fecha y que el fideicomitente pierda el derecho a readquirir en una fecha posterior, como sucede en el caso de los fideicomisos de garantía. Por lo que se refiere a considerar que se configura la enajenación en el momento de girar las instrucciones al fiduciario, tampoco lo creemos muy adecuado, ya que si se trata de un bien inmueble, el fiduciario aun tiene que efectuarse una serie de trámites que culminan con la formalización del acto ante notario público y es precisamente en ésta formalización cuando se entrega jurídicamente el bien y se recibe el pago por la enajenación, vinculándose hasta este momento objeto y sujeto de la contribución de que se trate.

... b) En el acto en que el fideicomitente ceda sus derechos si entre éstos se incluye el que los bienes se transmitan a su favor."

El supuesto que encierra este inciso, se refiere a aquellos fideicomisos en que el fideicomitente no ha perdido el derecho a readquirir los bienes o derechos materia del mismo, por lo que al darse el caso de la cesión de derechos de fideicomitente se configura la enajenación en favor del cesionario, siempre y cuando dentro de los derechos objeto de dicha cesión, se incluya el de instruir al fiduciario para la transmisión de la materia del fideicomiso en favor del propio fideicomitente o de un tercero, esto resulta lógico, porque el nuevo fideicomitente o fideicomitente cesionario, tendrá entonces, la facultad de disposición de los bienes acorde a los fines del fideicomiso y podrá instruir al fiduciario para que los bienes se transmitan a su favor extinguiéndose total o parcialmente el fideicomiso, sin que se genere un nuevo impuesto por adquisición, puesto que la

enajenación fiscal se efectúa en el momento de la cesión; en caso de instruir al fiduciario para la transmisión de propiedad a un tercero, habrá una nueva enajenación, generando el Impuesto Sobre la Renta por el ingreso que obtenga el nuevo fideicomitente de dicha transmisión de propiedad

Una vez analizadas las leyes fiscales más importantes podemos concluir que los sujetos pasivos de las contribuciones, cuando se trate de actos ejecutados por una institución fiduciaria en cumplimiento de los fines de un fideicomiso, serán invariablemente el fideicomitente o el fideicomisario, ya que el fideicomiso dejó de ser considerado como contribuyente al eliminarse del Código Fiscal de la Federación la regulación fiscal de las llamadas unidades económicas.

Vale la pena reiterar que para estar en condiciones de determinar la situación fiscal de los actos ejecutados por el fiduciario en cumplimiento de los fines del fideicomiso, cada situación en particular deberá analizarse a la luz de la ley especial que lo grave, ya que la gran flexibilidad de la figura permite realizar una serie de situaciones que a primera vista resultan complicadas, sin embargo, en términos generales podemos señalar que tendrá el carácter de sujeto pasivo del impuesto o contribución de que se trate, quien reciba el beneficio del fideicomiso de conformidad con lo establecido en el propio contrato; lo anterior se desprende de las diversas leyes fiscales especiales analizadas y se confirma con las disposiciones del Código Fiscal de la Federación, que nos llevan a afirmar que para efectos fiscales el fiduciario no es considerado como propietario de los bienes, sino que éste actúa por cuenta del fideicomitente o fideicomisario, teniendo únicamente obligaciones secundarias cuando así lo dispongan dichas leyes, por lo que cualquier ingreso, retención, traslación, etc. que efectúe el fiduciario, será considerado del fideicomitente o del fideicomisario

6. Contribuciones estatales.

Conforme al sistema federal que tenemos en nuestro país, las entidades federativas tienen la posibilidad de establecer las contribuciones que consideren necesarias para cubrir su gasto público. Al no delimitar fuentes de tributación federales, estatales o municipales, exceptuando aquellas que son reservadas como competencia de la Federación y otras por los Estados a que se refieren la fracción XIX del artículo 73, fracción IV del artículo 115, así como en los artículos 117 y 118 de la Constitución Federal, se da lugar a la doble o múltiple tributación interna como consecuencia de la concurrencia o coincidencia en el ejercicio de las facultades impositivas de la Federación y los Estados, situación que se ha tratado de eliminar mediante los convenios de coordinación fiscal celebrados entre dichos niveles de gobierno, en los cuales los Estados y municipios reciben una participación de ciertos impuestos federales a cambio de abstenerse de gravar la misma fuente

En el caso del Estado de Nuevo León, su Constitución Política, congruente con lo establecido en la fracción IV del artículo 31 de la Constitución Federal, señala:

“Artículo 34. - Es obligación de los Nuevoleoneses:

...IV.- Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación como del Estado y Municipios en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes, inscribiéndose en las oficinas recaudadoras respectivas, manifestando el valor real de sus propiedades o la importancia de la profesión o giro de que subsistan; ...”

En lo que se refiere al establecimiento de las contribuciones estatales, otorga y regula las facultades del Congreso del Estado en los siguientes términos:

“Artículo 63. Pertenece al Congreso:

... IX.- Fijar anualmente, a propuesta del Gobernador, los gastos de la Administración Pública del Estado y decretar contribuciones para cubrirlos, determinando la duración de éstas y el modo de recaudarlas. . .

... Artículo 64. - No puede el Congreso:

I.- Establecer más contribuciones que las indispensables para satisfacer las necesidades generales del Estado y de los Municipios; . . .

... Artículo 133. - La Hacienda del Estado se compone de los edificios del mismo, de las aguas que no siendo federales tampoco pertenezcan a particulares, por pasar de una finca a otra; de las herencias y bienes vacantes, de los créditos que tenga a su favor, de sus propias rentas, de las contribuciones que decreta el Legislativo y de los demás ingresos que determinen las leyes fiscales.”

Asimismo la fracción IV del artículo 86 de la Constitución local establece la garantía de legalidad al prohibir al Ejecutivo local imponer contribución alguna que no esté prevista por ley o decreto.

Por su parte la Ley de Ingresos para el Estado de Nuevo León señala:

“ARTÍCULO PRIMERO. En el ejercicio fiscal de 1999 la Hacienda Pública del Estado de Nuevo León percibirá los ingresos que a continuación se enumeran:

I. IMPUESTOS:

1. Sobre Ingresos Mercantiles.
2. Sobre enajenación de Automóviles, Camiones y Demás Vehículos de Motor.
3. Sobre expendio de bebidas alcohólicas.
4. Sobre compraventa y permuta de ganado.
5. Sobre venta de Gasolina y demás derivados del Petróleo.
6. Sobre Nóminas.
7. Sobre Hospedaje.
8. Sobre Ganados y Aves que se sacrifiquen.
9. Sobre Obtención de Premios.
10. Accesorios y rezagos.

II. DERECHOS.

1. Por servicios prestados por la Secretaría del Trabajo.
2. Por servicios prestados por la Secretaría General de Gobierno.
3. Por servicios prestados por la Secretaría de Educación.
4. Por servicios prestados por la Secretaría de Finanzas y Tesorería General del Estado.
5. Por servicios prestados por la Secretaría de Desarrollo Urbano y Obras Públicas.
6. Por servicios prestados por diversas dependencias.
7. Por servicios de instalación y ampliación de redes de agua y drenaje.
8. Por incorporación de redes de agua y drenaje.

9. **Otros derechos consignados en las leyes respectivas.**
10. **Accesorios y rezagos.**

III. PRODUCTOS:

1. **Enajenación de bienes muebles o inmuebles.**
2. **arrendamiento o explotación de bienes muebles o inmuebles del dominio privado.**
3. **Los procedentes de los medios de comunicación social del Estado.**
4. **No especificados.**

IV. APROVECHAMIENTOS:

1. **Donativos.**
2. **Multas.**
3. **Subsidios.**
4. **Participación de ingresos federales.**
5. **Aportaciones de entidades paraestatales.**
6. **Derivado del otorgamiento de avales.**
7. **Administración de tributos municipales.**
8. **Provenientes del crédito público.**
9. **Expropiaciones.**
10. **Aportaciones extraordinarias de los entes públicos.**
11. **Cauciones cuya pérdida se declare en favor del Estado.**
12. **Los procedentes de los Talleres Gráficos del Estado.**
13. **Diversos.**
14. **Accesorios y rezagos.”**

El renglón más importante es el correspondiente a los impuestos, de los cuales los impuestos Sobre Ingresos Mercantiles, Sobre Compraventa o Permuta de Ganado, Sobre Venta de Gasolina y Demás Derivados del Petróleo, Sobre Expendio de Bebidas Alcohólicas y Sobre Ganado y Aves que se Sacrifiquen, fueron suspendidos con motivo del Convenio de Adhesión al Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, celebrado entre el Gobierno del Estado y el Gobierno Federal, representado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

En virtud del Sistema de Coordinación Fiscal al cual se encuentra adherido el Estado de Nuevo León, únicamente se encuentran vigentes el Impuesto Sobre Enajenación de Automóviles, Camiones y Demás Vehículos de Motor, Sobre Nóminas, Por Obtención de Premios así como el Impuesto Sobre Hospedaje. Asimismo se encuentran suspendidos los Derechos por servicios prestados por la Secretaría del Trabajo, por la Secretaria General de Gobierno y por la Secretaría de Educación que para los efectos del presente capítulo habremos de analizar a continuación.

La Ley de Hacienda del Estado en su artículo 104 señala como objeto del Impuesto Sobre Enajenación de Automóviles, Camiones y demás Vehículos de Motor la enajenación de vehículos de motor usados que se realice dentro del territorio del Estado, son sujetos del impuesto las personas que por cualquier título transmitan el dominio de los bienes antes señalados, con excepción de las personas físicas o morales que realicen actividades empresariales, ya que la enajenación efectuada por dichas personas no se encuentra gravada por la Ley

La base del impuesto será el valor que resulte mayor entre el valor de operación y el consignado en los tabuladores oficiales de valores mínimos de la Tesorería General o de

la Secretaría de Hacienda y Crédito Público cuando los modelos sean anteriores al año en curso y para modelos del año será el equivalente al 90% del valor de facturación. La tasa del impuesto será del 1.8% sobre el valor de la base.

Como ya se comentó, el sujeto pasivo lo será la persona física o moral que enajene el vehículo automotor usado, por lo que en lo tocante a los fideicomisos cuya materia pueda tener bienes de ésta especie y sean enajenados, el fiduciario tendrá la obligación de cubrir el impuesto con cargo al fideicomitente o al fideicomisario, según quién de los dos tenga las facultades de disposición del bien, acorde a lo señalado en las fracciones V y VI del artículo 15 del Código Fiscal estatal, mismo que se deberá aplicar supletoriamente, ya que la Ley en estudio no regula específicamente la figura del fideicomiso.

Por lo que se refiere al Impuesto Sobre Nóminas, la Ley de Hacienda del Estado establece:

“ART. 154. - Es objeto de éste impuesto la realización de pagos en efectivo o en especie por concepto de remuneraciones al trabajo personal, prestado bajo la subordinación a un patrón, dentro del territorio del Estado..”

Para los efectos de este gravamen se consideran remuneraciones al trabajo personal, todas las contraprestaciones, cualquiera que sea el nombre con el que se les designe, ya sea ordinarias o extraordinarias, incluyendo viáticos, gastos de representación, comisiones, premios, gratificaciones, fondo de ahorro, donativos, primas, aguinaldo, tiempo extra, despensas, alimentación y otros conceptos de naturaleza semejante, aún cuando se eroguen en favor de personas que, teniendo su domicilio en Nuevo León, por motivo de su trabajo, presten trabajo personal subordinado fuera del Estado. Son también objeto de éste impuesto los pagos realizados a los directores, gerentes, administradores, comisarios, miembros de los consejos directivos o de vigilancia de sociedades o asociaciones.

Los sujetos pasivos de éste impuesto lo serán las personas físicas, las morales o las unidades económicas que realicen los pagos a que se refiere el artículo 154. Como base del impuesto se tendrá el monto total de los pagos a que se refiere dicho artículo y la tasa será del 2% aplicada sobre la mencionada base.

Destaca el hecho de que se considere como sujeto pasivo del impuesto a las unidades económicas, sin embargo, ni en la ley en comento ni en el Código Fiscal estatal se define dicha figura, por lo que consideramos que es un residuo de la regulación anterior, ya que el código fiscal estatal, en forma similar al código federal, establece en su artículo 1° que serán las personas físicas y las morales las obligadas a contribuir para el gasto público del Estado conforme a las leyes fiscales respectivas, aplicándose en su defecto lo dispuesto por dicho ordenamiento; sin embargo, en caso de que la institución fiduciaria de acuerdo a lo establecido por el artículo 82 de la Ley de Instituciones de Crédito, contrate personal para la atención de un fideicomiso determinado, debiere cubrir con cargo al patrimonio del mismo el mencionado impuesto en los términos establecidos en la ley que lo regula

El artículo 160 de la Ley establece exenciones para diversas erogaciones, entre las que se encuentran las realizadas por la Federación, los Estados y Municipios, señalando la obligación para los organismos descentralizados, los fideicomisos públicos y demás entidades paraestatales de cubrir el impuesto a su cargo.

Respecto de los municipios del Estado de Nuevo León, la Constitución local señala:

“Artículo 63. Pertenece al Congreso:

... X.- Fijar anualmente, a propuesta de los respectivos Ayuntamientos, las contribuciones que deben formar la Hacienda Pública de los Municipios, procurando que sean suficientes para cubrir sus necesidades; y revisar y aprobar las cuentas que éstos presenten correspondientes al ejercicio anterior;...”

La Ley de Ingresos de los Municipios del Estado de Nuevo León, para el año de 1998, dispone:

“ART. PRIMERO. La Hacienda Pública de los Municipios del Estado de Nuevo León para el ejercicio Fiscal de 1999, se integrará con los ingresos que a continuación se enumeran:

I. IMPUESTOS.

1. Sobre el Ejercicio de Actividades Mercantiles.
2. Predial
3. Sobre Adquisición de Inmuebles.
4. Sobre Diversiones y espectáculos Públicos.
5. Sobre Juegos Permitidos.
6. A la Adquisición de Cítricos.
7. Sobre Aumento de Valor y Mejoría Específica de la Propiedad.
8. Accesorios y Rezagos.

II. CONTRIBUCIONES SOBRE NUEVOS FRACCIONAMIENTOS, EDIFICACIONES Y SUBDIVISIONES PREVISTAS EN LA LEY DE DESARROLLO URBANO DEL ESTADO.

III. DERECHOS.

1. Por cooperación para obras públicas.
2. Por servicios públicos.
3. Por construcciones y urbanizaciones.
4. Por certificaciones, autorizaciones, constancias y registros.
5. Por inscripción y refrendo.
6. Por expedición de Cédula de Empadronamiento y Patente.
7. Por Revisión, Inspección y Servicios.
8. Por expedición de Licencias.
9. Por Limpieza de Lotes Baldíos.
10. Por Limpia y Recolección de Desechos Industriales y Comerciales.
11. Por ocupación de la Vía Pública.
12. Diversos.
13. Accesorios y Rezagos.

IV. PRODUCTOS.

1. Enajenación de bienes muebles o inmuebles
2. Arrendamiento o explotación de bienes muebles o inmuebles del dominio privado.
3. Por depósito de escombros y desechos vegetales.
4. Venta de Impresos, formatos y papel especial
5. Diversos.

V. APROVECHAMIENTOS.

1. Multas.
2. Donativos.
3. Subsidios.
4. Participaciones estatales y federales.
5. Cauciones cuya pérdida se declare en favor del Municipio.
6. Indemnizaciones.
7. Diversos.
8. Accesorios y rezagos.”

Al igual que con los impuestos estatales, con motivo de la adhesión del Estado de Nuevo León al Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, se encuentra suspendida la vigencia de los impuestos Sobre el Ejercicio de Actividades Mercantiles y a la Adquisición de Cítricos y de los Derechos de Expedición de Cédula de Empadronamiento y Patente Mercantil. Respecto de los impuestos se encuentran vigentes los correspondientes al Predial; Sobre Adquisición de Inmuebles; Sobre Diversiones y Espectáculos Públicos; Sobre Juegos Permitidos, así como Sobre Aumento de Valor y Mejoría Específica de la Propiedad, teniendo los dos primeros y el último mayor relevancia con relación al fideicomiso, por lo que abundaremos en sus características principales.

La Ley de Hacienda para los Municipios del Estado de Nuevo León, señala como objeto del Impuesto Predial:

“Artículo 21 bis.- Es objeto de éste impuesto.

- I.- La propiedad de los predios urbanos;
- II.- La propiedad de los predios suburbanos;
- III.- La propiedad de predios rústicos;
- IV.- La posesión de predios urbanos, suburbanos o rústicos, en los casos siguientes:
 - a) Cuando no exista propietario.
 - b) Cuando se derive de cualquier acto jurídico que permita la ocupación del inmueble.
 - c) Cuando por causas ajenas a la voluntad de los propietarios, éstos no se encuentren en posesión de los inmuebles.
 - d) Cuando siendo propiedad del Estado, de sus Municipios o de la Federación, se den en explotación por cualquier título a terceros.

El objeto del impuesto predial incluye la propiedad o posesión de las construcciones permanentes, edificadas sobre los predios.”

El Artículo 21 Bis establece que son sujetos de éste impuesto, los propietarios o poseedores de los predios de que se trate y en su fracción III indica que también lo serán los fideicomitentes mientras sean poseedores del predio objeto del fideicomiso o los fideicomisarios que estén en posesión del predio en cumplimiento del fideicomiso, teniendo el fiduciario responsabilidad solidaria en los casos señalados.

El tratamiento que da la Ley respecto de los sujetos pasivos del impuesto obedece a que éste impuesto es de los llamados reales; Gregorio Sánchez León¹⁸⁸ señala que “Impuestos reales son los que en esencia hacen abstracción de las personas como sujetos pasivos, o los relegan a segundo término y gravan o recaen fundamentalmente sobre las cosas y los bienes...” Así vemos que en el impuesto predial se grava la propiedad del bien inmueble y cuando no se puede determinar quién es el propietario o se permite a un tercero detentarlo, entonces se grava la posesión, tal es el caso del fideicomiso, ya que se establece como obligado al pago del impuesto a la persona que detente la posesión del bien, ya sea fideicomitente o fideicomisario y se señala como obligado solidario al propietario, es decir al fiduciario.

Por lo que toca al Impuesto Sobre Adquisición de Inmuebles, el Artículo 28 bis-2 de la Ley de Hacienda de los Municipios del Estado de Nuevo León, establece que están obligados al pago del impuesto las personas físicas o morales que adquieran inmuebles que consistan en el suelo y las construcciones adheridas a él, ubicados en el territorio del Estado, así como los derechos relacionados con los mismos.

El impuesto se calculará, salvo algunas excepciones que la propia ley señala, aplicando la tasa del 2% al valor gravable, considerándose como base del impuesto el valor mayor entre el de operación y el consignado en el certificado de valor actual real que al efecto expida la Secretaría de Finanzas y Tesorería General del Estado.

El artículo 28 bis-2 señala qué se entiende por adquisición para efectos de éste impuesto y en su fracción X se refiere a la que derive de enajenación a través de fideicomiso en los términos del Código Fiscal del Estado, estableciendo además, que la transmisión de propiedad en ejecución de fideicomiso causará el ISAI, salvo cuando esta 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.

Es muy importante destacar lo dispuesto en éste último artículo, ya que en concordancia con el Código Fiscal estatal, nos aclara que el impuesto se causará cuando se le transmita la propiedad del inmueble al fideicomisario designado en cumplimiento de los fines del fideicomiso, siempre y cuando no se haya cubierto dicho impuesto a la constitución del fideicomiso; tal es el caso de los fideicomisos irrevocables traslativos de inmuebles, donde el fideicomitente recibe un precio o contraprestación por la afectación fiduciaria y por lo tanto pierde el derecho a readquirir, en este caso al constituirse el fideicomiso se causa el impuesto a cargo del fideicomisario y posteriormente al trasmitirsele a éste último la propiedad del inmueble, ya no se causa el impuesto, lo que nos confirma que para efectos fiscales el propietario “fiscal” es el fideicomitente en caso de no haberse causado el impuesto a la constitución del fideicomiso o el fideicomisario en caso de que se haya cubierto dicho impuesto.

Finalmente por lo que se refiere al Impuesto Sobre Aumento de Valor y Mejoría Específica de la Propiedad, el artículo 41-bis-9 establece que dicho impuesto gravitará con el carácter real sobre los predios que sean beneficiados por una obra de urbanización, por

¹⁸⁸ Sánchez León Gregorio, op cit p 233

estimarse que su desarrollo y conclusión acrecentará necesariamente el valor de dichos predios, sin que esto se deba al esfuerzo económico de sus propietarios o poseedores.

Se señala en el artículo 41-bis-10 que son sujetos del impuesto, con responsabilidad directa los propietarios de los predios, y los poseedores de éstos cuando no exista o no esté definido el propietario. Asimismo son obligados solidarios los promitentes compradores y los adquirentes en operaciones con reserva de dominio. Al fiduciario también se le considera como obligado solidario cuando el predio esté afectado en fideicomiso, señalando que la institución cubrirá el impuesto con cargo a quien quede como propietario del predio beneficiado, una vez ejecutado el fideicomiso.

La ley establece que para calcular el impuesto se requiere determinar primeramente su área de imposición atendiendo a las características de magnitud e importancia de la obra, así como a la estimación de los beneficios que se derivan de la misma y de los que se traduzcan en forma de aumento de valor de los terrenos de la zona o zonas que abarque, considerando las condiciones previas y posteriores a la ejecución de la obra, así como el alcance o extensión de los beneficios o aumentos de valor para los predios colindantes o próximos a dicha obra.

Determinada el área de imposición se calculará el impuesto correspondiente a cada predio, tomándose para ello en cuenta el costo de la obra por derramar, el plano de conjunto del área de imposición, considerándose para cada predio su ubicación, su área, la distancia de su centro de gravedad al eje de la mejora y sus características propias como son: Su importancia actual y futura dentro de la zona en que esté ubicado, así como la proporcionalidad que existe actualmente y que vaya a existir en el futuro, respecto a la importancia entre él y los demás predios de su manzana, entre él y las demás manzanas de su zona y entre él y las demás zonas incluidas en el área de imposición en su caso.

A fin de determinar la importancia de cada predio y la proporcionalidad del impuesto, se tomará en cuenta las características topográficas de cada predio en particular, el uso o aprovechamiento del mismo, aplicables para cada zona, sector o municipio; o de conformidad a los factores que se establezcan en el Decreto Legislativo que apruebe la aplicación del impuesto.

El impuesto correspondiente a cada predio, dentro del área de imposición, se calculará de acuerdo al artículo 41 bis-18 aplicando la fórmula matemática que ahí se señala, la cual toma en consideración que el impuesto correspondiente a cada predio o porción de predio debe ser inversamente proporcional a la distancia de su centro de gravedad al eje de la mejora.

Por lo que toca al Código Fiscal para el Estado de Nuevo León con relación al fideicomiso, en su artículo 15 establece lo que para efectos fiscales debe entenderse por enajenación de bienes, mismo que básicamente se correlaciona con el artículo 14 del Código Fiscal Federal, por lo que nos remitimos a las consideraciones vertidas sobre el particular en el punto cinco del presente capítulo

C. Responsabilidad fiscal del fiduciario.

Uno de los aspectos más delicados en la administración de un fideicomiso, es sin duda el cumplimiento de las obligaciones fiscales. La responsabilidad que implica para las partes hace necesario determinar en forma clara y precisa quién de ellos será el responsable de cumplir con dicha obligaciones, en función de los beneficios que reciban del fideicomiso y en los terminos de las diversas leyes fiscales.

Hemos dejado establecido en lo referente a los contratos de fideicomiso, que el sujeto pasivo de las contribuciones lo será siempre el fideicomitente y/o el fideicomisario, por lo que fiscalmente debemos entender que el fiduciario actúa por cuenta de éstos al ejecutar los actos jurídicos tendientes a cumplimentar los fines del fideicomiso; en ese orden de ideas, al encuadrar en las diversas hipótesis normativas de las leyes fiscales los actos ejecutados por el fiduciario, será alguno de aquellos y no éste último, el obligado a cumplir con el pago de la contribución de que se trate. No obstante lo anterior, las propias leyes fiscales establecen una serie de obligaciones a cargo de personas que no son precisamente los obligados directos y que sin embargo pueden llegar a tener una responsabilidad solidaria con el contribuyente para el pago de la contribución, tal es el caso del fiduciario.

El artículo 11 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta vigente en 1964, establecía una obligación solidaria para el fiduciario al establecer:

“ . . . Las instituciones de crédito autorizadas para llevar a cabo operaciones fiduciarias son solidariamente responsables con los causantes con quienes operen, por la presentación de los avisos y declaraciones del Impuesto Sobre la Renta. Lo son también, hasta donde alcancen los bienes fideicomitidos, por el pago de los impuestos procedentes sobre los ingresos derivados de la actividad objeto del fideicomiso. La Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, en auxilio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, vigilará el exacto cumplimiento de ésta disposición. . . ”

Consideramos que por la mala redacción de ésta disposición y por la aplicación estricta de las leyes fiscales, se le imponía a las instituciones de crédito la obligación de responder solidariamente de las obligaciones de sus clientes en cuanto a la presentación de avisos y declaraciones, por la simple razón de tener autorización para desempeñar el cargo de fiduciarias. Situación a todas luces injusta, ya que a las instituciones de crédito les resultaba materialmente imposible verificar el cumplimiento de las obligaciones fiscales de todas las personas con las que realizaban operaciones bancarias y mucho menos obligar a los mismos a cumplir con dichas obligaciones.

Agrega la segunda parte del artículo transcrito que también serán responsables solidarios por el pago del impuesto que resulte por los ingresos derivados de la actividad objeto del fideicomiso y particulariza que la obligación se limitará hasta donde alcancen los bienes fideicomitidos. Entonces de acuerdo a la anterior, la institución podría responder con sus bienes por la presentación de avisos y declaraciones del Impuesto Sobre la Renta de sus bienes y con el patrimonio fideicomitado por el impuesto que resultara de la operación del fideicomiso

Mediante reformas al Código Fiscal de la Federación, en 1979 se incorporó dicha disposición a ese ordenamiento legal, corrigiendo la redacción y limitando la obligación de las instituciones a responder con el patrimonio del fideicomiso, por los avisos, declaraciones e ingresos que se obtuvieran con relación a la actividad del fideicomiso. Dicha disposición es del tenor literal siguiente:

“Artículo 14. Son responsables solidariamente: . . .

. . . X. Las instituciones de crédito autorizadas para llevar a cabo operaciones fiduciarias respecto de los créditos fiscales que se hubieran generado por los ingresos de la actividad objeto del fideicomiso, hasta donde alcancen los bienes fideicomitidos, así como por los avisos y declaraciones que deban presentar los causantes con quienes operen en relación con dichos bienes fideicomitidos. La Comisión Nacional Bancaria y de Seguros en auxilio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, vigilará el exacto cumplimiento de ésta disposición. . . ”

Posteriormente se eliminó dicha disposición, suprimiéndose cualquier mención expresa a las instituciones fiduciarias como obligadas solidarias con los contribuyentes, por lo que actualmente y acorde al principio de legalidad que nos rige, es necesario que dichas instituciones encuadren en alguna de las hipótesis señaladas en el artículo 26 del citado código o que expresamente alguna de las leyes fiscales especiales así lo determine para que adquirieran dicha condición.

El efecto principal de la responsabilidad solidaria consiste en que ésta clase de sujetos pasivos quedan obligados ante la autoridad hacendaria exactamente en los mismos términos que el sujeto contribuyente, respecto de una contribución originalmente a cargo de éste último.

La solidaridad permite al fisco elegir indistintamente entre el propio obligado solidario y el sujeto contribuyente al llevar a cabo el cobro del tributo de que se trate. Es decir, el Erario Público puede optar, a su libre arbitrio, por ejercitar la acción recaudatoria en contra de cualquiera de los dos sujetos, según convenga a su mejor interés ¹⁸⁹

Con relación al incumplimiento de las obligaciones que pueden implicarle al fiduciario una responsabilidad directa e incluso solidaria frente al fisco federal, además del artículo 9° de la Ley del Impuesto Sobre la Renta que en su oportunidad analizaremos, encontramos únicamente lo concerniente a las operaciones de fideicomiso en las que se otorgue el uso o goce temporal de inmuebles; sobre el particular, el artículo 93 de dicha ley, considera como contribuyente u obligado al pago del impuesto que se genere por esa actividad al fideicomitente, salvo que el fideicomiso sea irrevocable y éste último no tenga derecho a readquirir los bienes del fiduciario, en cuyo caso se considera al fideicomisario como contribuyente

Dicha disposición establece como obligación del fiduciario efectuar pagos provisionales por cuenta del contribuyente, proporcionar a éste a más tardar el 31 de enero de cada año, constancia de rendimientos disponibles, de los pagos efectuados y de las deducciones correspondientes, con el objeto de que dicho contribuyente lo acompañe a su

¹⁸⁹ Arrijo Vizcaino Adolfo, op. cit p 139

declaración anual, asimismo deberá el fiduciario presentar en las oficinas autorizadas en el mes de febrero de cada año, declaración informativa sobre el nombre, clave de registro federal de contribuyentes, rendimientos disponibles, pagos provisionales efectuados y deducciones, relacionados con cada una de las personas a las que les corresponda el rendimiento en ese periodo

Asimismo el artículo 94 del mismo ordenamiento, en su último párrafo establece que será obligación del fiduciario llevar los libros, expedir los recibos y efectuar los pagos provisionales.

Tratándose de fideicomisarios residentes en el extranjero, cuando el inmueble que sea dado en uso o goce temporal esté ubicado en territorio nacional, existe la obligación de expedir recibos por las contraprestaciones que se reciban, los cuales deberán reunir los requisitos que fije el Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta y retener al residente en el extranjero el 21% del ingreso obtenido por ese concepto, obligaciones que estarán a cargo del fiduciario, acorde a lo ordenado por el artículo 143 de la mencionada ley.

En estas disposiciones encontramos las siguientes responsabilidades:

No obstante que el contribuyente sea el fideicomitente o el fideicomisario, existe la obligación para el fiduciario de efectuar una serie de actos por cuenta de aquel, tales como efectuar pagos provisionales, expedir constancias y presentar declaraciones informativas a la autoridad hacendaria, cuyo incumplimiento implica una responsabilidad directa, acorde a lo señalado en el artículo 81 del Código Fiscal Federal que a la letra dice:

“81. - Son infracciones relacionadas con la obligación de pago de las contribuciones, así como de presentación de declaraciones, solicitudes, avisos, informaciones o expedir constancias:

I. No presentar las declaraciones, las solicitudes, los avisos o las constancias que exijan las disposiciones fiscales, o no hacerlo a través de los medios electrónicos que señale la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o presentarlos a requerimiento de las autoridades fiscales. . .

. . . II. Presentar las declaraciones, las solicitudes, los avisos o expedir constancias, incompletos, con errores o en forma distinta a lo señalado por las disposiciones fiscales. . .

. . . IV. No efectuar en los términos de las disposiciones fiscales los pagos provisionales de una contribución. . .”

Las sanciones a que se puede hacer acreedor el fiduciario por el incumplimiento de las obligaciones fiscales a su cargo, de acuerdo al mismo ordenamiento legal¹⁹⁰ son los siguientes:

“82. - A quien cometa las infracciones relacionadas con la obligación de presentar declaraciones, solicitudes o avisos, así como de expedir constancias a que se refiere el artículo 81, se impondrán las siguientes multas:

¹⁹⁰ Las cantidades son las vigentes en el periodo del 1° de julio al 31 de diciembre de 1998, según la Tercera Resolución Miscelánea publicada en el Diario Oficial del 3 de julio de 1998

I. Para la señalada en la fracción I:

a) De \$400.00 a \$500.00, tratándose de declaraciones, por cada una de las obligaciones no declaradas. Si dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se presentó la declaración por la cual se impuso la multa, el contribuyente presenta declaración complementaria de aquella, declarando contribuciones adicionales, por dicha declaración también se aplicará la multa a que se refiere este inciso. . .

... e) De \$500.00 a \$1,600.00 en los demás casos. . .

II. Respecto de lo señalado en la fracción II:

a) De \$300.00 a \$1,000.00, por no poner el nombre o domicilio o ponerlos equivocadamente. . .

... c) De \$50.00 a \$100.00 por cada dato no asentado o asentado incorrectamente. . .

... f) De \$220.00 a \$600.00 en los demás casos. . .

... IV. De \$5000.00 a \$10,000.00 respecto de la señalada en la fracción IV, salvo tratándose de contribuyentes que de conformidad con la Ley del Impuesto Sobre la Renta, estén obligados a efectuar pagos provisionales trimestrales o cuatrimestrales, supuestos en los que la multa será de \$500.00 a \$3,000.00

Por lo que se refiere a la obligación de llevar los libros de contabilidad por lo que se refiere a esa actividad y expedir los recibos respectivos, el artículo 83 del citado código señala:

“83. - Son infracciones relacionadas con la obligación de llevar contabilidad, siempre que sean descubiertas en el ejercicio de las facultades de comprobación, las siguientes:

... II. No llevar algún libro o registro especial a que obliguen las leyes fiscales; . . .

... VII. No expedir comprobante de sus actividades, cuando las disposiciones fiscales lo establezcan o expedirlos sin requisitos fiscales.”

Las sanciones a dichas infracciones son las siguientes:

“84. - A quien cometa las infracciones relacionadas con la obligación de llevar contabilidad a que se refiere el artículo 83, se impondrán las siguientes sanciones:

... II. De NS49.00 a NS1,149.00 a las comprendidas en las fracciones II y III.

... VI. De \$6,000.00 a \$36,000.00, a las señaladas en las fracciones VII y IX cuando se trate de la primera infracción, . . .”

Finalmente por lo que se refiere a la obligación del fiduciario de retener el 21% de las cantidades que le correspondan al contribuyente fideicomitente o fideicomisario residente en el extranjero, por las actividades a que se ha venido haciendo mención, el Código Fiscal Federal establece

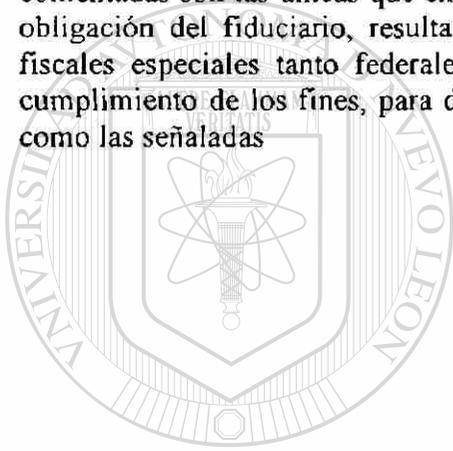
“26. - Son responsables solidarios con los contribuyentes:

I. Los retenedores y las personas a quienes las leyes impongan la obligación de recaudar contribuciones a cargo de los contribuyentes, hasta por el monto de dichas contribuciones.

II. Las personas que estén obligadas a efectuar pagos provisionales por cuenta del contribuyente, hasta por el monto de estos pagos. . .

. . . La responsabilidad solidaria comprenderá los accesorios, con excepción de las multas. Lo dispuesto en éste párrafo no impide que los responsables solidarios puedan ser sancionados por actos u omisiones propios.

Como se desprende de lo anterior, las sanciones a que puede hacerse acreedor el fiduciario por incumplimiento a las obligaciones que le imponen las leyes fiscales, van desde la multa, hasta la responsabilidad solidaria en el pago de las contribuciones a cargo del fideicomitente o del fideicomisario. En virtud de que las disposiciones antes comentadas son las únicas que en las leyes fiscales federales hacen referencia directa a la obligación del fiduciario, resulta necesario analizar a la luz de cada una de las leyes fiscales especiales tanto federales como estatales, las operaciones que éste realice en cumplimiento de los fines, para determinar su régimen fiscal y evitar responsabilidades como las señaladas



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

XII. LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.

A. Concepto.

Etimológicamente el término “actividad empresarial”, proviene del latín *activitas, activitatis*, que significa “facultad de obrar, conjunto de tareas propias de una persona o entidad” y “Empresa” que proviene del latín *in-prehensa*, “cosa emprendida, acción difícil o ardua que se comienza con valor y resolución”; de donde se deriva el adjetivo “empresarial” que significa perteneciente o relativo a la empresa.¹⁹¹ Por lo que gramaticalmente podemos entender por “Actividad Empresarial” el conjunto de tareas propias de una empresa.

El concepto de empresa se entiende de una manera general como la actividad que se realiza para alcanzar un fin determinado. Esta acepción comprende todas las actividades, incluyendo la actividad empresarial que se desenvuelve en empresas civiles, mercantiles, administrativas, y aun genericamente, las actividades sin propósito de lucro. La extensión de este concepto, permite precisar los elementos propios de la empresa, por lo que la doctrina económica se refiere a la empresa como: “La organización de los factores de la producción con propósitos mercantiles”.¹⁹²

El estudio de la naturaleza de las empresas puede hacerse desde diversos puntos de vista, pero principalmente desde el punto de vista jurídico y desde el punto de vista económico.

El aspecto jurídico señala las formas de derecho a través de las cuales se realiza o desenvuelve la actividad económica de la empresa.

Si analizamos los diversos ordenamientos legales de nuestro país, encontramos un sinnúmero de alusiones a la empresa, por ejemplo el artículo 75, fracciones V a XI del Código de Comercio, además la Ley de Sociedades Mercantiles, la Ley de Sociedades Cooperativas, La Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley de Competencia Económica, etc., sin embargo, la Ley Federal del Trabajo y la Ley de Navegación, son las únicas legislaciones en nuestro País que dan un concepto de la empresa como tal, al señalar, la primera en su artículo 25 que “Para los efectos de las normas del trabajo, se entiende por empresa a la unidad económica de producción y distribución de bienes o servicios y por establecimiento la unidad técnica que como sucursal, agencia u otra forma semejante, sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la empresa,” y la segunda en su artículo 16 establece que “El naviero o empresa naviera es la persona física o moral que tiene por objeto operar y explotar una o más embarcaciones de su propiedad o bajo su posesión, aun cuando ello no constituya su actividad principal.”

¹⁹¹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Editorial Espasa Calpe, S.A Madrid, 1990

¹⁹² Serra Rojas Andrés, op Cit., T-I, p 628

En cuanto a la actividad general encaminada a la producción de bienes y servicios, el artículo 5 de la Constitución Federal, establece el derecho de la persona de dedicarse a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos y señala que el ejercicio de esta libertad solo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero o por resolución gubernativa dictada en los términos que señale la ley cuando se ofendan los derechos de la sociedad.

Dentro de la libertad de industria, comercio y trabajo, el individuo puede ejercerlo directamente o a través de las formas jurídicas que establecen las leyes. Las formas más genéricas son las sociedades mercantiles y de entre ellas la anónima es la más socorrida para conjuntar capitales y esfuerzos en la organización de las empresas.

Desde el punto de vista económico, la empresa es fundamentalmente una unidad económica, al mismo tiempo que una unidad jurídica. La organización de los elementos de la producción es la meta de la actividad del empresario. La empresa presupone un riesgo que es necesario correr, porque el éxito o el fracaso de la empresa esta subordinado a todos los factores sociales concurrentes.¹⁹³

Este aspecto económico supone la actividad del empresario encargado de organizar los factores de la producción: trabajo, capital y elementos naturales.

El concepto de empresa se ha venido transformando paulatinamente sin que hayan llegado las técnicas económicas o jurídicas a una acepción definida. Desde el punto de vista del comercio, la Real Academia de la Lengua Española señala que es la entidad integrada por el capital y el trabajo, como factores de la producción y dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios generalmente con fines lucrativos y con la consiguiente responsabilidad. Por su parte los principales autores dan su concepto tomando en cuenta los aspectos que lo conforman, así tenemos por ejemplo:

Arilla Villa señala que “es la unidad microeconómica que reúne y combina los factores de la producción, a fin de realizar el proceso productivo en el cual se elaboran los satisfactores que con posterioridad serán destinados al mercado.”¹⁹⁴

Para Barrera Graf la empresa es “la organización de una actividad económica que se dirige a la producción o al intercambio de bienes o servicios para el mercado. Se trata de una labor de organización realizada por el titular o sea, el empresario, sobre el personal de la negociación y sobre el conjunto de bienes, derechos y relaciones atribuidos a ésta, o sea, sobre la hacienda comercial o fondo de comercio, según que se acepte la expresión italiana equivalente azienda, o la francesa fonds du commerce”¹⁹⁵

¹⁹³ Idcm p 626

¹⁹⁴ Arilla Villa Manuel. *Derecho Fiscal y Económico de la Empresa*. Tomo I Editorial Cardenas Editor y Distribuidor, Mexico, 1981 p 39

¹⁹⁵ Barrera Graf Jorge. *Tratado de Derecho Mercantil*, Ed Porrúa, S. A., Mexico, 1957, citado por De Pina Rafael. *Diccionario de Derecho*. Ed. Porrúa, S. A., Mexico, 1981 p 243

Por su parte Puente y Calvo, señalan que desde el punto de vista económico, la empresa es la organización que tiene como función coordinar los factores económicos de la producción: la naturaleza, el capital y el trabajo, con miras a satisfacer las necesidades del consumo, es decir, para llenar una función de interposición en la circulación de las riquezas.¹⁹⁶

César Vivante¹⁹⁷ menciona que la empresa es “un organismo económico que bajo su propio riesgo recoge y pone en actuación sistemáticamente a los elementos necesarios para obtener un producto destinado al cambio. La combinación de los varios factores, naturaleza, capital, trabajo, que asociándose producen resultados imposibles de conseguir si obrasen divididos, y el riesgo que el empresario asume al producir una nueva riqueza, aunque sea poniendo en mayor evidencia que el trabajo del empresario debe encaminarse a proveer las necesidades ajenas, las necesidades de mercado, y por eso, a semejanza de lo que ocurre generalmente con los comerciantes, debe verificar una función de intermediario, interponiéndose entre una masa de energías productoras (máquinas, obreros, capitales) y la masa de consumidores. En éste doble campo de operaciones, unas pasivas con las que el empresario procura la maquinaria, los capitales y los obreros, y las otras activas mediante las que coloca los productos, es que desarrolla su especial actividad reguladora que justifica su servicio y por lo general su ganancia.”

El proyecto de Código de Comercio mexicano, (art. 6161) entiende por empresa o negociación mercantil el conjunto de trabajo, elementos materiales y valores incorpóreos, coordinados para ofrecer con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios.¹⁹⁸

Finalmente para Mantilla Molina,¹⁹⁹ el concepto de empresa se integra por los actos jurídicos que tienen como finalidad la producción de bienes o servicios para el mercado, mediante la organización de los factores económicos: elementos naturales, capital, trabajo.

De los conceptos arriba vertidos, destacan los elementos que se atribuyen a la empresa, a saber:

- El empresario, que es la persona física o moral que crea, organiza, y dirige la empresa, con el objeto de producir los bienes o prestar los servicios que el mercado requiere.
- El personal de la empresa, que aunque no constituye un elemento esencial, sin embargo, conjuntamente con el empresario, conforma el elemento subjetivo de la misma, no obstante encontrarse en una relación de subordinación respecto de aquél

¹⁹⁶ Puente y Flores Arturo y Octavio Calvo Marroquín, *Derecho Mercantil*, Editorial Banca y Comercio, México, 1979, Vigésima cuarta edición, p. 24

¹⁹⁷ Vivante César, *Tratado de Derecho Mercantil*, Ed Rcus, Madrid, 1932, p. 131.

¹⁹⁸ De Pina Rafael, op. Cit. p. 245

¹⁹⁹ Mantilla Molina Roberto L, *Derecho Mercantil* Editorial Porrúa, S. A. vigésima tercera edición, Mexico, 1984

- la hacienda o fondo de comercio, que es el elemento objetivo de la empresa y se encuentra integrado por los diversos bienes, tanto muebles, como maquinaria, equipo, materia prima, herramienta, etc., como inmuebles, por ejemplo locales, fabricas, etc. y finalmente por los derechos tales como pudieran ser al arrendamiento, a su clientela, el avío, las patentes, marcas y nombres comerciales, los derivados de los contratos celebrados por el empresario, etc.
- Aun y cuando los prestigiados autores que hemos venido consultando no incluyen como elemento de la empresa al objeto o finalidad que persigue el empresario al organizar los diversos factores de la producción, considero necesario hacerlo, ya que a nuestro parecer no basta coordinar dichos factores, sino que se requiere que el empresario tenga un objetivo definido al hacerlo, ya sea en cuanto a la producción de bienes o a la prestación de servicios, del cual dependerá en forma fundamental el funcionamiento y la vida misma de la empresa.

Según se desprende de lo señalado en líneas anteriores, el término de empresa se entiende referido a cualquier actividad de producción de bienes o prestación de servicios, sin importar el campo o sector de la actividad nacional en que se desarrolle, basta con que exista una persona que se encargue de organizar los diversos elementos económicos que se requieren para la producción de los bienes o servicios de que se trate, con un propósito definido, para que nos encontremos frente a una empresa.

En el campo de nuestro Derecho Fiscal, el legislador utiliza el término de "actividad empresarial", para delimitar al conjunto de actos que pueden ser generadores de obligaciones tributarias en sectores específicos de la producción nacional, así encontramos conceptualizadas como tales, únicamente a las derivadas de actividades comerciales, industriales, agrícolas, ganaderas, pesqueras y silvícolas, que en el siguiente inciso abordaremos más a detalle. — El término de empresa se encuentra definido en la parte final del artículo 16 del Código Fiscal de la Federación al establecer que "Se considera empresa a la persona física o moral que realice las actividades a que se refiere éste artículo, ya sea directamente, a través de fideicomiso, o por conducto de terceros, y por establecimiento se entenderá cualquier lugar de negocios en que se desarrollen, parcial o totalmente, las citadas actividades empresariales" Entendemos que para ubicar exactamente a la empresa para efectos fiscales, debemos analizar las actividades que dan ese carácter a quien las desarrolla

B. Tipos.

El Código Fiscal de la Federación establece las diversas actividades que para efectos fiscales se deben considerar como actividades empresariales:

“Artículo 16. Se entenderá por actividades empresariales las siguientes:

- I. Las comerciales que son las que de conformidad con las leyes federales tienen ese carácter y no están comprendidas en las fracciones siguientes. . .”**
- II. Las industriales entendidas como la extracción, conservación o transformación de materias primas, acabados de productos y la elaboración de satisfactores.**
- III. Las agrícolas que comprenden las actividades de siembra, cultivo, cosecha y la primera enajenación de los productos obtenidos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.**
- IV. Actividades ganaderas que son las consistentes en la cría y engorda de ganado, aves de corral y animales, así como la primera enajenación de sus productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.**
- V. Las de pesca que incluyen la cría, cultivo, fomento y cuidado de la reproducción de toda clase de especies marinas y de agua dulce, incluida la acuicultura, así como la captura y extracción de las mismas y la primera enajenación de esos productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.**
- VI. Las silvícolas que son las de cultivo de los bosques o montes, así como la cría, conservación, restauración, fomento y aprovechamiento de la vegetación de los mismos y la primera enajenación de sus productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial. . .”**

En cuanto a la primera de las actividades que menciona el citado ordenamiento legal, se nos remite a las leyes federales para determinar lo que debemos entender por actividades comerciales, lo que significa que invariablemente entraremos al ámbito del Derecho Mercantil o Comercial

El Código de Comercio en su artículo 1º establece que sus disposiciones son aplicables sólo a los actos comerciales. Aunque de entrada nos da la idea de que el Derecho Mercantil únicamente regula éste tipo de actos, a lo largo de su clausulado nos damos cuenta que se desmiente esa afirmación tan categórica; lo que sí resulta incuestionable es que la noción de acto de comercio es de carácter netamente mercantil, ya que dicho acto requiere un tratamiento distinto al de los actos sometidos al Derecho Civil.

La noción de acto de comercio por sus múltiples facetas ha escapado a los límites precisos de una definición, no obstante que la doctrina se ha esforzado sobremanera para lograrlo, sin embargo, la mayoría de los autores concuerdan en que es casi imposible lograrlo por la coexistencia en el concepto de los aspectos objetivo y subjetivo que lo componen. Davalos Mejía²⁰⁰ menciona que “Intentar una definición del acto de comercio, en términos del derecho mexicano, implicaría aglutinar forzosamente diferentes alternativas que no tienen en común otra cosa que la calificación accidental de ser mercantiles. Una persona física que hace del comercio su ocupación habitual es, en

²⁰⁰ Davalos Mejía Carlos I. *Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras*, Ed Harla, S.A., México, 1984, p 34

derecho, comerciante Asimismo, un papel que cumpla con la literalidad a que obligan los títulos de crédito, es un documento comercial y cualquier cosa que se haga con él, en él o por él será igualmente un acto de comercio ”

Existen entonces dos criterios principales para determinar los actos de comercio, el subjetivo y el objetivo; según el primero, un acto será mercantil cuando lo ejecute un comerciante, por lo que la calidad del sujeto que lo realiza le da al acto su carácter comercial y por otro lado, desde el punto de vista objetivo, los actos son calificados de mercantiles en virtud de sus caracteres intrínsecos, por lo que es irrelevante el sujeto que los realice.

En nuestro Código de Comercio se adopta un sistema mixto, con una tendencia más objetiva, ya que los actos de comercio que regula, los considera mercantiles por sus propias características, sin importar la persona que las realiza; otros actos en cambio, obtienen su mercantilidad precisamente por ser efectuados por un comerciante. Dicho ordenamiento legal no define al acto de comercio, sino que se limita a enumerar una serie de actos a los que otorga esa calidad, con las características expuestas. La disposición respectiva es del tenor literal siguiente:

“Artículo 75. La ley reputa actos de comercio:

- I. Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimiento, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados;
- II. Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial;
- III. Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles;
- IV. Los contratos relativos a obligaciones del Estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio;
- V. Las empresas de abastecimientos y suministros;
- VI. Las empresas de construcciones y trabajos públicos y privados;
- VII. Las empresas de fábricas y manufacturas;
- VIII. Las empresas de transporte de personas o cosas, por tierra o por agua; y las empresas de turismo;
- IX. Las librerías y las empresas editoriales y tipográficas;
- X. Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales y establecimientos de ventas en pública almoneda;
- XI. Las empresas de espectáculos públicos;
- XII. Las operaciones de comisión mercantil;
- XIII. Las operaciones de mediación en negocios mercantiles;
- XIV. Las operaciones de hancos;
- XV. Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior;
- XVI. Los contratos de seguros de toda especie, siempre que sean hechos por empresas.
- XVII. Los depósitos por causa de comercio;
- XVIII. Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre los certificados de depósito y bonos de prenda librado por los mismos;
- XIX. Los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas;
- XX. Los vales u otros títulos a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio;

- XXI. Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son esencialmente civiles;
- XXII. Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio;
- XXIII. La enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo;
- XXIV. Cualquier otro acto de naturaleza análoga a los expresados en este código

En caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial.”

Para una mejor comprensión de la descripción que el Código de Comercio realiza del acto de comercio, la doctrina mexicana ha sido fecunda en su clasificación, pero por su extensión no creemos adecuado analizarlas, baste tan sólo mencionar la elaborada por Mantilla Molina,²⁰¹ que consideramos la más representativa y para quien los actos de comercio pueden ser:

- **Actos absolutamente mercantiles**, que son aquellos que siempre son comerciales como el reporto, el descuento de créditos, la apertura de crédito, la cuenta corriente, la carta de crédito, los créditos de habilitación y avío, el crédito refaccionario, el fideicomiso, el contrato de seguro, los actos consignados en los títulos de crédito, el acto constitutivo de una sociedad mercantil.

- **Actos de mercantilidad condicionada**, que dependen para su mercantilidad de las personas que en ellos intervienen, así tenemos a la enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo; los depósitos en almacenes generales; los depósitos bancarios de títulos y los contratos de fianzas realizados por una institución afianzadora. También hay actos cuya mercantilidad depende del fin o motivo perseguido como serían las adquisiciones con el propósito de lucrar con la enajenación o alquiler de la cosa adquirida, las enajenaciones o alquileres realizados con ese propósito, las operaciones bancarias y los actos encaminados a la creación, realización, desarrollo o liquidación de una empresa. Finalmente hay actos que para ser considerados mercantiles, dependen del objeto sobre el que recae el acto, tales como las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles; los contratos relativos a los buques y las remesas de dinero de una plaza a otra. Este tipo de actos, Mantilla Molina los separa en principales y conexos, según puedan existir por sí, independientemente de otro o bien requieran de algún acto jurídico al cual preceden, acompañan o siguen

Adicionalmente al Código de Comercio, existen otras leyes federales que contemplan actos de comercio, por ejemplo la Ley de Navegación, la Ley Minera, la Ley de Instituciones de Fianzas, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley de Sociedades Mercantiles, la Ley del Mercado de Valores, la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia de Petróleo, etc

Es importante resaltar que el sólo hecho de realizar actos de comercio, no coloca a la persona en el papel de comerciante, no obstante que por dichos actos le sea aplicable el derecho mercantil, así lo dispone el artículo 3º del Código de Comercio. Esta situación nos lleva a concluir que por sí mismos, los actos de comercio resultan insuficientes para

²⁰¹ Mantilla Molina Roberto L., op Cit p 57 y ss

integrar el concepto de actividad empresarial comercial a que se refiere el artículo 16 del Código Fiscal federal, salvo lo relacionado en las fracciones V a XI del artículo 75 del citado código comercial, que no se refieren propiamente a actos de comercio, sino a empresas cuyas actividades son consideradas mercantiles y los actos que realicen en cumplimiento de su objeto, deben tenerse como tales, por tanto, resulta necesario abundar en los conceptos de comercio y de comerciante para acercarnos a nuestro objetivo.

El comercio en su acepción económica, consiste esencialmente en una actividad de mediación o interposición entre productores y consumidores, con propósito de lucro; el Diccionario Jurídico Mexicano lo define como una actividad lucrativa que consiste en la intermediación directa o indirecta entre productores y consumidores de bienes y servicios a fin de facilitar y promover la circulación de la riqueza. El premio al riesgo que se toma al desarrollar la actividad de intermediación, está representada por el lucro, que es un término socioeconómico empleado para designar las cantidades adicionales al capital aportado, que el comerciante obtiene por haber participado exitosamente en el proceso mencionado.

Respecto del comerciante, se establece en el artículo 3° del Código de Comercio:

“Artículo 3°. Se reputan en derecho comerciantes:

- I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;**
- II. Las sociedades constituidas conforme a las leyes mercantiles.**
- III. Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.”**

Para que una persona pueda ser calificada de comerciante es preciso que ejerza el comercio no en forma esporádica o accidental, sino de manera habitual, haciendo de esa actividad el ejercicio de una profesión (con características de sistematización y permanencia en dichas actividades). Respecto de las personas morales, por su sola existencia se consideran comerciantes, ya que al constituirse como sociedades mercantiles, su objeto social por definición es de naturaleza mercantil. Respecto de las sociedades extranjeras, aunque se supone que conforme a la legislación de su país de origen también son comerciantes, la ley mexicana exige que confirme su objeto social mediante la celebración de actos de comercio dentro del país, ya sea por sí o por conducto de sus agencias o sucursales, para con ello ser considerada como comerciante en el territorio nacional.

De una interpretación sistemática del Código de Comercio, desprendemos que tanto el ejercicio profesional del comercio por parte de la persona física, como el cumplimiento del objeto social de una sociedad mercantil, ligando la figura del comerciante con la de la empresa mercantil, en la que el ejercicio de comercio adquiere, sin duda alguna, las características de habitualidad y reiteración a que se refiere el artículo 3° de dicho ordenamiento legal.

Finalmente tendríamos que concluir que el término de empresa mercantil se entiende referido a la actividad de producción o intermediación de bienes o prestación de servicios, que realiza un comerciante mediante la organización de los diversos elementos económicos que se requieren para la producción de los bienes o la prestación de los servicios de que se trate.

Al incluir el término de comerciante en el concepto arriba citado, nos referimos a la persona cuya ocupación habitual u objeto social, según sea física o moral, es mercantil y esta encaminado normalmente a obtener un lucro en la producción o intermediación de los bienes o servicios respectivos, realizando invariablemente la organización de alguno o algunos de los factores productivos, por lo que todo ese conjunto de actos o tareas que se llevan a cabo para lograr la finalidad de la empresa, son los que en la legislación fiscal se le conoce como “actividades empresariales comerciales”

Por lo que se refiere a la descripción de las restantes actividades empresariales que el Código Fiscal federal señala, no hay dudas sobre su identificación, ya que en las fracciones respectivas se indica claramente el conjunto de actos que van a integrar cada actividad, por lo que lo comentado en los párrafos precedentes respecto de la empresa comercial, es aplicable a cada una de las actividades en estudio.

Principalmente se debe considerar la sistematización y permanencia en el desarrollo de los actos que dan lugar a la empresa, es decir que al igual que en la empresa comercial, la realización de actos aislados no dan lugar a ésta, sino que se requiere el ánimo del empresario para organizar los factores productivos, con la finalidad de obtener un lucro mediante la producción u obtención de los bienes o la prestación de los servicios referidos.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

XIII. EL FIDEICOMISO CON ACTIVIDAD EMPRESARIAL.

A. Ubicación del término.

La Ley del Impuesto Sobre la Renta regula los fideicomisos con actividad empresarial de la siguiente forma

“Artículo 9º. - Cuando a través de un fideicomiso se realicen actividades empresariales, la fiduciaria determinará en los términos del Título II de esta Ley, la utilidad o pérdida fiscal de dichas actividades y cumplirá por cuenta del conjunto de los fideicomisarios las obligaciones señaladas en ésta Ley, incluso la de efectuar pagos provisionales. . .”

Como se desprende de la primera parte de éste artículo, el fiduciario debe determinar el resultado fiscal y cumplir las demás obligaciones establecidas en la ley cuando se realicen actividades empresariales a través de un fideicomiso, realizando toda la actividad tributaria como si dicho fideicomiso fuera una persona moral

Sin embargo, el fideicomiso no es sujeto del impuesto sobre la renta, ya que únicamente es utilizado como un instrumento para llevar a cabo las actividades respectivas.

En virtud de que el fideicomiso es una figura con una enorme riqueza de posibilidades, donde se pueden mezclar todo tipo de actos para lograr la finalidad lícita y determinada que condiciona su existencia, nos encontramos con el problema de ubicar específicamente cuando estamos en presencia de actividades empresariales en el cumplimiento de un contrato de fideicomiso. Dicho de otra forma, queremos saber que elementos deben ser tomados en cuenta para considerar como empresariales las actividades que desarrolla el fiduciario en cumplimiento de los fines del fideicomiso, ya que de ello dependerá el considerar los ingresos respectivos como generados por una persona moral, con la consiguiente diferenciación en su tratamiento fiscal.

Primeramente debemos recalcar que para la ley fiscal es contribuyente la persona física o moral que con el carácter de fideicomitente o fideicomisario reciba los ingresos derivados de éste tipo de contratos, así lo determina la parte final del artículo 16 del Código Fiscal federal, al establecer que se considera como empresa a la persona física o moral que desarrolle la actividad empresarial respectiva, ya sea directamente o a través de un fideicomiso; por su parte el artículo 107 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, establece que se entiende que los ingresos los percibe la persona que lleve a cabo las actividades empresariales.

Entonces, si desde el punto de vista fiscal se entiende que las actividades empresariales las desarrolla el fideicomitente o el fideicomisario y que el fideicomiso únicamente sirve como un mecanismo o instrumento para llevar a buen término la empresa respectiva, ¿debemos pensar que el elemento fundamental para encuadrar a un fideicomiso como de actividad empresarial, será el hecho de que la persona que reciba el ingreso, sea, por ejemplo un comerciante, independientemente de que sea persona física o moral?

Nosotros consideramos que no, aunque estemos frente a un acto indiscutiblemente mercantil por los sujetos que intervienen y por la naturaleza propia del contrato, ya que es perfectamente factible que un comerciante constituya un fideicomiso con finalidades diversas a su principal actividad de comerciante, como por ejemplo un fideicomiso simple de inversión para el manejo de sus excedentes de tesorería; en éste caso no por el hecho de que el fideicomitente sea comerciante, quiere decir que el fideicomiso realiza actividades empresariales; ya lo comentamos anteriormente, el hecho de realizar uno o varios actos de comercio no implica necesariamente que se realicen actividades propias de una empresa.

El segundo párrafo del ordenamiento en estudio, señala que las utilidades obtenidas por personas físicas que provengan de este tipo de fideicomisos, se considerarán como percibidas por actividades empresariales, lo que confirma que no importa la calidad u ocupación del fideicomitente o del fideicomisario, sino la actividad que en cumplimiento del mismo se lleve a cabo.

Ahora bien, si atendemos a las actividades tendientes a cumplir con los fines del fideicomiso para poder encuadrar al fideicomiso como empresarial, tendríamos que aplicar lo analizado en el capítulo anterior, en cuanto a que dichos fines deben estar referidos a la actividad de producción o intermediación de bienes o prestación de servicios, que se realizan mediante la organización de los diversos elementos tanto personales como los económicos que en el caso que nos ocupa, están representados por los bienes o derechos que integren el patrimonio del contrato.

Esto nos lleva a un segundo problema, que consiste en determinar si la actividad empresarial que se desarrolle dentro o con los bienes fideicomitados, es suficiente para considerar el fideicomiso como empresarial, esto se plantea porque hay ocasiones en que los bienes materia del fideicomiso permanecen en posesión del fideicomitente o del fideicomisario, permitiéndosele su uso y aprovechamiento para destinarlos a su explotación empresarial; como ejemplo de ello pensemos en un fideicomiso de garantía o incluso en uno con finalidades testamentarias, cuya materia esté constituida por una unidad industrial, un inmueble donde se lleve a cabo un fraccionamiento habitacional, una superficie de terreno destinada a la agricultura, una embarcación, etc., donde el fideicomitente o el fideicomisario desarrolla su empresa de tipo industrial, comercial, agrícola o pesquera. Entonces al ser materia del fideicomiso dichos inmuebles, la pregunta obligada sería ¿ese solo hecho implica que el fiduciario deba cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 9º de la Ley del Impuesto Sobre la Renta por tratarse de un fideicomiso con actividad empresarial?

La ley no es muy afortunada en su redacción, ya que únicamente nos dice “cuando a través de un fideicomiso se lleven a cabo actividades empresariales .”, pero no señala quién de las partes deba llevarlas a cabo y aplicando una interpretación estricta de la disposición, nos lleva a concluir que no importa quien las desarrolle, basta con que sean consecuencia de ese contrato para ser consideradas como tales.

Definitivamente que en la práctica diaria las instituciones fiduciarias se han visto en serios problemas para determinar si algunos de los contratos de fideicomiso que tienen celebrados encuadran en la hipótesis normativa del artículo 9° de la Ley del Impuesto Sobre la Renta y es claro que se debe a la deficiente redacción del mismo, pues como se analizó en los párrafos precedentes, existen varios criterios para determinar dicha adecuación que son tan válidos unos como otros por derivar de la propia ley. Tales criterios pueden resumirse en los que atienden a la calidad de empresario que tenga el fideicomitente o el fideicomisario, independientemente de los fines o de la posesión de los bienes fideicomitados; otro se refiere a las actividades que se desarrollen en o con los bienes fideicomitados, sin importar quien los lleva a cabo y un tercero atendería a los fines del fideicomiso que son ejecutados por el fiduciario.

B. Inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes.

Al analizar la personalidad jurídica del fideicomiso²⁰², veíamos que la aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas se designa con la palabra personalidad y que esa aptitud jurídica la tienen únicamente las personas, éstas pueden ser de dos tipos, la persona física, también llamada persona jurídica individual, representada por el hombre como ser humano y la persona moral o persona jurídica colectiva, que son los entes creados por el derecho, donde se conjuga la voluntad de varios hombres.

Cuando estudiamos la posibilidad de considerar al fideicomiso como un ente con personalidad jurídica propia, concluimos que no es posible porque se le tendría que equiparar a una persona moral y dicha figura no reúne las características propias de este tipo de personas por carecer de una unificación de voluntades dirigidas a un fin común, ya que el fiduciario cumple con las finalidades establecidas en virtud de una obligación contractual, respecto de actos lícitos y determinados que le señala el propio fideicomitente

Tampoco tiene un reconocimiento del derecho objetivo a la voluntad de las partes que intervienen en el contrato, que permita considerarlo distinto de la voluntad de los participantes y así contar con personalidad jurídica propia, ya que el concepto legal que encontramos en la Ley sustantiva señala que el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria, es decir se confirma que en esta figura es el fiduciario y no una entidad nueva resultante de la voluntad de los contratantes quien lleve a buen término el fin pretendido.

Así las cosas, aunado a lo señalado en el capítulo precedente, podemos afirmar que el fideicomiso, por sí mismo no puede ser sujeto de derechos y obligaciones de carácter fiscal, sino que necesariamente tendrán que ser imputados al fideicomitente, al fideicomisario o incluso al fiduciario.

En relación al Registro Federal de Contribuyentes, el artículo 27 del Código Fiscal de la Federación establece la obligación para los contribuyentes de solicitar su inscripción a dicho registro en los siguientes términos:

²⁰² Ver capítulo VIII

“Las personas morales, así como las personas físicas que deban presentar declaraciones periódicas o que estén obligadas a expedir comprobantes por las actividades que realicen, deberán solicitar su inscripción en el registro federal de contribuyentes de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y proporcionar la información relacionada con su identidad, su domicilio y en general con su situación fiscal, mediante los avisos que se establecen en el Reglamento de este Código. . .

. . .La Secretaría de Hacienda y Crédito Público llevará el registro federal de contribuyentes basándose en los datos que las personas le proporcionen de conformidad con este artículo y en los que la propia Secretaría obtenga por cualquier otro medio; asimismo asignará la clave que corresponda a cada persona inscrita, quién deberá citarla en todo documento que presente ante las autoridades fiscales y jurisdiccionales, cuando en este último caso se trate de asuntos en que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público sea parte. Las personas inscritas deberán conservar en su domicilio la documentación comprobatoria de haber cumplido con las obligaciones que establecen este artículo y el Reglamento de este Código.”

Asimismo el reglamento del Código Fiscal en su artículo 14 señala que las personas que conforme al artículo arriba transcrito tengan obligación de solicitar su inscripción en el citado registro federal, también tendrán la obligación de presentar los siguientes avisos:

- Cambio de denominación o razón social.
- Cambio de domicilio fiscal
- Aumento o disminución de obligaciones, suspensión o reanudación de actividades.
- Liquidación o apertura de sucesión.
- Cancelación en el registro federal de contribuyentes.
- Aviso de apertura o cierre de establecimientos o locales que se utilicen como base fija en el desempeño de servicios personales independientes.

Por su parte el artículo 21 del citado ordenamiento, en su fracción I establece que se presentará el aviso de aumento de obligaciones cuando se esté obligado a presentar declaraciones periódicas distintas a las que se venían presentando.

En los dispositivos referidos no se hace alusión alguna a la figura del fideicomiso, por lo que en principio y de acuerdo a lo señalado en el artículo 27 son las personas físicas o morales (fideicomitentes o fideicomisarias), en su carácter de contribuyentes, las que deberían inscribirse en el Registro Federal de Contribuyentes por las actividades propias del fideicomiso, sin embargo, el propio artículo 9º de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, indica que deba ser la institución fiduciaria quien cumpla con las obligaciones fiscales por cuenta de aquellos; por lo que esta al realizar las declaraciones de pagos provisionales lo hará utilizando su propia clave de registro, una vez que haya presentado el aviso de aumento de obligaciones fiscales a que se refiere la fracción tercera del artículo 14 del mencionado reglamento, ya que de acuerdo al artículo 21 del mismo, existe un aumento de obligaciones por tener que presentar declaraciones periódicas distintas a la que venía presentando, es decir, se adicionan a las propias, las del contrato de fideicomiso.

Esto se confirma con lo señalado en el artículo 6º del Código Fiscal federal, que a la letra dice:

“Las contribuciones se causan conforme se realizan las situaciones jurídicas o de hecho, previstas en las leyes fiscales vigentes durante el lapso en que ocurran. . .

Corresponde a los contribuyentes la determinación de las contribuciones a su cargo, salvo disposición expresa en contrario. . .

. . . las contribuciones se pagan en la fecha o dentro del plazo señalado en las disposiciones respectivas. A falta de disposición expresa el pago deberá hacerse mediante declaración que se presentará ante las oficinas autorizadas, dentro del plazo a que a continuación se indica:

I. Si la contribución se calcula por períodos establecidos en ley y en los casos de retención o de recaudación de contribuciones, los contribuyentes, retenedores o las personas a quienes las leyes fiscales impongan la obligación de recaudarlas, las enterarán a más tardar . . .”

Éste artículo contempla la regla general de que sea el contribuyente quien determine las contribuciones a su cargo; pero otorga una excepción al señalar la existencia de una disposición expresa en contrario, situación que encontramos precisamente en el artículo 9º de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, ya que no serán los contribuyentes, fideicomitente o fideicomisario, quienes determinen las contribuciones relacionadas con las actividades del fideicomiso, sino que será el fiduciario quien lo haga por cuenta de dichos contribuyentes.

No obstante que conforme a las disposiciones analizadas resulte claro que el fideicomiso no debe inscribirse en el registro federal de contribuyentes, por no ser persona, sino que debe ser el fiduciario quien mediante un aviso de aumento de obligaciones, cumpla por cuenta de los contribuyentes y en los términos del artículo 9º de la Ley del Impuesto Sobre la Renta con las obligaciones fiscales derivadas de un fideicomiso con actividad empresarial, en la práctica es muy común que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público inscriba fideicomisos en el citado registro, así por ejemplo tenemos el señalamiento que sobre el particular hace el C.P. Miguel Ángel Díaz Camacho²⁰³ al comentar que “pueden señalarse algunas excepciones. Por ejemplo, cuando por situaciones especiales un fideicomitente que sea persona moral no contribuyente del impuesto sobre la renta constituye un fideicomiso que tenga obligaciones con respecto a ese impuesto, las autoridades pueden aceptar la inscripción del fideicomiso en el RFC, con la finalidad de tener un control especial sobre las operaciones del mismo” Y continúa “En el caso de los fideicomisos que reciben donativos deducibles para el donante, las autoridades han estado otorgando las autorizaciones directamente a los fideicomisos creados para tales efectos, a pesar de tratarse de entidades sin personalidad jurídica, o son constituidos por organismos particulares o por entidades gubernamentales que si son contribuyentes del impuesto sobre la renta, y que por tal situación resulta conveniente inscribir al fideicomiso en el RFC, para controlar que se cumplan las obligaciones que la multicitada ley establece, con relación a esta actividad, en su título III”

El hecho de que las autoridades hacendarias inscriban los contratos de fideicomiso en el registro federal de contribuyentes, resulta de inicio una aberración, ya que dicho registro se refiere precisamente a los contribuyentes y como hemos recalcado el

²⁰³ Díaz Camacho Miguel Ángel, en *Boletín Fiduciario Bancomer*, volumen 1, número 2, editado por Grupo Financiero Bancomer, México 1994, p. 56 y ss

fideicomiso no tiene tal carácter, además de que crea incertidumbre e inseguridad jurídica a los particulares que intervienen en éste tipo de contratos al no tener perfectamente establecida la obligación relativa al Registro Federal de Contribuyentes.

C Tratamiento en la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

Cuando se realizan actos de naturaleza empresarial evidentemente que la finalidad primordial es la obtención de un lucro, sea o no mediante la especulación mercantil No constituye una excepción cuando se utiliza la figura del fideicomiso para lograr ese objetivo, ya que los actos de esa naturaleza que realice el fiduciario para cumplir con los fines del fideicomiso, al encuadrar en la hipótesis normativa de la ley tributaria, provoca que su tratamiento fiscal sea el de una persona moral empresa, correspondiendo al fiduciario el cumplimiento de las obligaciones respectivas por cuenta del o los fideicomisarios, así lo dispone el artículo 9º de la Ley del Impuesto Sobre la Renta que a continuación analizaremos y que cuya transcripción literal es la siguiente:

“Artículo 9º. - Cuando a través de un fideicomiso se realicen actividades empresariales, la fiduciaria determinará en los términos del Título II de esta Ley, la utilidad o la pérdida fiscal de dichas actividades y cumplirá por cuenta del conjunto de los fideicomisarios las obligaciones señaladas en ésta Ley, incluso la de efectuar pagos provisionales. Los fideicomisarios acumularán a sus ingresos en el ejercicio, la parte de la utilidad fiscal que les corresponda en la operación del fideicomiso, o en su caso, deducirán la pérdida fiscal y pagarán individualmente el impuesto del ejercicio y acreditarán proporcionalmente el monto de los pagos provisionales, incluyendo su ajuste, efectuados por el fiduciario.

Cuando alguno de los fideicomisarios sea persona física considerará esas utilidades como ingresos por actividades empresariales. En los casos en que no se hayan designado fideicomisarios, o cuando éstos no puedan individualizarse se entenderá que la actividad empresarial la realiza el fideicomitente.

Para determinar la participación en la utilidad o pérdida fiscal, se atenderá al ejercicio fiscal que corresponda por las actividades desarrolladas a través del fideicomiso, en los términos del artículo 11 del Código Fiscal de la Federación.

Los pagos provisionales a que se refiere este artículo se calcularán de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 12 de esta Ley aplicado a las actividades del fideicomiso. En el primer año de calendario de operaciones del fideicomiso o cuando no resulte coeficiente de utilidad conforme a lo anterior, se considerará como coeficiente de utilidad para los efectos de los pagos provisionales, el que corresponda en los términos del artículo 62 de esta Ley a la actividad preponderante que se realice mediante el fideicomiso. Para tales efectos, la fiduciaria presentará una declaración por sus propias actividades y otra por cada uno de los fideicomisos.

Los fideicomisarios o, en su caso, el fideicomitente responderán por el incumplimiento de las obligaciones que por su cuenta deba cumplir la fiduciaria.”

A efecto de analizar debidamente el mencionado artículo, lo dividiremos de la siguiente forma:

I Determinación de la utilidad o pérdida fiscal. Si partimos de la base de que el fiduciario es el propietario de los bienes o derechos que van a conformar la hacienda o elemento objetivo de la empresa y que en cumplimiento de los fines del

fideicomiso, será el encargado de coordinar los factores productivos necesarios para cumplir con dicha empresa, resulta evidente que tiene que responsabilizarse del cumplimiento de las obligaciones fiscales, ya que la ejecución de las operaciones respectivas y toda la información relativa a las mismas, estará bajo su control, independientemente de que las utilidades que se obtengan le correspondan al fideicomisario.

En cuanto a la utilidad o pérdida fiscal, el propio artículo en estudio establece que dichos conceptos se determinarán en los términos del Título II de la Ley, denominado "De las Personas Morales". Situación que se regula en el artículo 10 que en su sexto párrafo establece:

"Artículo 10. Las personas morales deberán calcular el impuesto sobre la renta, aplicando al resultado fiscal obtenido en el ejercicio la tasa del 35% . . .

. . . El resultado fiscal del ejercicio se determinará como sigue:

- I. Se obtendrá la utilidad fiscal disminuyendo de la totalidad de los ingresos acumulables obtenidos en el ejercicio, las deducciones autorizadas por este título.
- II. A la utilidad fiscal del ejercicio se le disminuirán, en su caso, las pérdidas fiscales pendientes de aplicar de otros ejercicios.

El impuesto del ejercicio se pagará mediante declaración que presentarán en las oficinas autorizadas, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que termine el ejercicio fiscal."

Ahora bien, para determinar cuales son los ingresos acumulables, debemos atender a lo señalado en el artículo 15 de la propia ley, que establece que las personas morales residentes en el país acumularán la totalidad de los ingresos en efectivo, en bienes, en servicio, en crédito o de cualquier otro tipo que obtengan en el ejercicio, inclusive los provenientes de establecimientos en el extranjero. Cabe señalar que no se consideraran ingresos acumulables, acorde a dicho dispositivo, los que se obtengan por aumento de capital, por pago de la pérdida por sus accionistas, por primas obtenidas por la colocación de acciones que emita la propia sociedad o por utilizar para valorar sus acciones el método de participación; así como los que obtengan con motivo de la revaluación de activos y de su capital.

Por otro lado, las deducciones autorizadas las señala el artículo 22 de la propia ley, cuya aplicación dependa de las actividades propias de la actividad fiduciaria, entre las principales podemos señalar las devoluciones que se reciban o los descuentos y bonificaciones que se hagan; las adquisiciones de mercancías y materias primas, productos semiterminados o terminados que se utilicen para prestar servicios, para fabricar bienes o para enajenarlos, disminuidas con las devoluciones, descuentos y bonificaciones sobre las mismas, los gastos, las inversiones; los créditos incobrables y las pérdidas por caso fortuito, fuerza mayor o por enajenación de bienes distintos a los utilizados para prestar el servicio, fabricar los bienes o para enajenarlos, las aportaciones a fondos de destinados a investigación y desarrollo de tecnología y capacitación de empleados del fideicomiso, la creación o incremento de fondos de pensiones o jubilaciones complementarias a las que establece la Ley del Seguro Social y de primas de antigüedad; los intereses y pérdida inflacionaria determinados conforme al artículo 7-B de la ley en estudio, los anticipos

pagados por adquisiciones de mercancías, productos semiterminados o terminados o por gastos efectuados, cuando se cuente, en el mismo ejercicio en que se pagó, con la documentación comprobatoria por el total de la operación y que ésta reúna los requisitos fiscales.

Entonces, sobre la base del resultado de disminuir los conceptos arriba señalados de los ingresos acumulables que se obtengan por las actividades del fideicomiso, el fiduciario obtendrá el resultado fiscal que los fideicomisarios habrán de acumular a sus demás ingresos una vez disminuidas las pérdidas fiscales de ejercicios anteriores, que en su caso se encuentren pendientes de aplicar.

2. Cumplimiento de obligaciones. Además de determinar el resultado fiscal de las operaciones realizadas en cumplimiento de los fines del fideicomiso, el fiduciario será responsable de cumplimentar, por cuenta de los contribuyentes fideicomisarios, todas las obligaciones que señale la ley respecto de dichas actividades, incluyendo los pagos provisionales; como ejemplo de estas obligaciones fiscales, podemos señalar las relativas a llevar la contabilidad en los términos del Código Fiscal Federal, expedir los comprobantes por las actividades que se realicen con los requisitos que señalan los artículos 29 y 29.A de dicho Código; conservación de la documentación respectiva, etc. Cabe señalar que el hecho de que la primera parte del artículo en estudio obligue al fiduciario a cumplir con las obligaciones fiscales respectivas, no exime a los fideicomisarios de su cumplimiento, ya que el último párrafo del artículo en estudio, señala la obligación de responder por ello, siendo esto lógico, ya que son los directamente beneficiados con las utilidades que se generen por las actividades gravadas.

3. Ejercicio fiscal. El tercer párrafo del artículo 9° indica que para determinar la participación en la utilidad o pérdida fiscal de los fideicomisarios, se atenderá al ejercicio fiscal que corresponda a las actividades del fideicomiso, aplicando lo dispuesto por el artículo 11 del Código Fiscal de la Federación, esto significa que se deberá establecer un ejercicio fiscal para las actividades propias del fideicomiso, mismo que deberá coincidir con el año calendario, salvo el primer ejercicio que será irregular y se contará de la fecha de inicio de actividades hasta el 31 de diciembre del año de que se trate.

4. Pagos provisionales. El artículo 12 de la ley obliga a los contribuyentes a efectuar pagos provisionales a cuenta del impuesto del ejercicio, por lo que el fiduciario los efectuará por cuenta de los fideicomisarios en los siguientes términos:

Para calcular el monto del pago provisional, primero se determina la proporción que existe entre la utilidad fiscal obtenida en el último ejercicio fiscal de doce meses por el que se presentó o se debió presentar declaración, respecto del total de los ingresos percibidos por las operaciones del fideicomiso en dicho ejercicio. Al resultado obtenido de dividir esos conceptos se le denomina coeficiente de utilidad y será el factor que se multiplicara por los ingresos nominales del fideicomiso que se hayan obtenido en el periodo comprendido entre el inicio del ejercicio y el último día del mes a que se refiera el pago y el resultado será precisamente el pago provisional a efectuar.

Cuando no resulta coeficiente de utilidad por haber tenido pérdidas en el último ejercicio, en esos casos deberá aplicarse como factor el que le corresponda a las actividades propias del fideicomiso de las señaladas en el artículo 62 de la propia ley, disposición que señala los porcentajes aplicables para determinar presuntivamente los ingresos de los contribuyentes y que son las siguientes:

- 6% en los giros comerciales de gasolina, petróleo y otros combustibles de origen mineral.
- 12% para actividades industriales relacionadas con sombreros de palma y paja; comerciales de abarrotes con venta de granos, semillas y chiles secos, azúcar, carnes, cereales y granos en general, leches naturales, masa para tortilla de maíz, pan a precio popular, billetes de lotería y teatros; agrícolas respecto de cereales y granos en general y ganaderas para la producción de leches naturales.
- 15% para actividades comerciales consistentes en abarrotes con venta de vinos y licores de producción nacional, salchichonería, café, dulces, chocolates, legumbres, helados, pan fino, galletas, cervezas y refrescos embotellados, hielo, jabones y detergentes, artículos de escritorio, artículos para deportes, productos farmacéuticos, de ferretería, etc. Actividades agrícolas referentes a café para consumo nacional y legumbres y de pesca respecto de productos del mar, lagos, lagunas y ríos.
- 22% que se aplicara a los rubros industriales de masa de tortilla de maíz y pan a precio popular y comerciales respecto de espectáculos en arenas, cines y campos deportivos.
- 23% a los giros industriales de azúcar, leches naturales, aceites vegetales, cafés, dulces, chocolates maquila de molienda de nixtamal, de trigo y arroz, pan fino, galletas, jabones y detergentes, calzado, explosivos, armas y municiones, construcción de inmuebles, pinturas y barnices, etc.
- 25% a los rubros industriales de explotación y refinación de sal, extracción de maderas finas, metales y plantas minero-metalúrgicas y actividades comerciales de restaurantes y agencias funerarias.
- 27% a los giros industriales de dulces, bombones, chocolates, cerveza, alcohol, perfumes esencias, cosméticos, instrumentos musicales, discos, joyería, automóviles, camiones, etc.
- 39% a los rubros industriales de fraccionamiento y fábricas de cemento y comerciales respecto de comisionistas y otorgamiento del uso o goce temporal de inmuebles.
- 50% en el caso de prestación de servicios personales independientes.

En el caso de que las actividades del fideicomiso no encuadren en alguno de los rubros arriba citados, se deberá aplicar el porcentaje del 20% a los ingresos brutos obtenidos, para así determinar el pago provisional respectivo.

5. Pagos provisionales en el primer ejercicio de operaciones. El cuarto párrafo del artículo en estudio, señala que cuando estamos en el primer ejercicio de operaciones del fideicomiso, se deberán realizar pagos provisionales a cuenta del impuesto

anual, aplicando a la actividad preponderante del fideicomiso, el porcentaje que le corresponda conforme al citado artículo 62.

Consideramos que dicha disposición puede llegar a vulnerar el principio de equidad contenido en la fracción IV del artículo 31 Constitucional, ya que como lo señalamos en su oportunidad²⁰⁴, El principio de equidad tributaria radica esencialmente en la igualdad que ante la ley deben tener todos los sujetos pasivos de un mismo tributo, los cuales deben recibir trato igual en cuanto a hipótesis de causación, acumulación de ingresos gravables, deducciones permitidas, plazos de pago, etcétera. En el caso que nos ocupa no es así, ya que la obligación de efectuar pagos provisionales en el primer ejercicio de operaciones, únicamente existe cuando se desarrollan las actividades empresariales a través de un fideicomiso, por lo que hay un rompimiento de la igualdad de trato frente a la ley. Así lo consideramos por lo siguiente:

De acuerdo al segundo párrafo del propio artículo 9 en estudio, el contribuyente en un fideicomiso empresarial es el fideicomisario y a falta de éste se tendrá como tal al fideicomitente, ahora bien, en el supuesto de que sea persona física, considerará los ingresos que perciba del fideicomiso como provenientes de actividades empresariales.

Por otra parte, el artículo 12 que hemos venido citando, al regular las obligaciones de los contribuyentes personas morales respecto de los pagos provisionales, establece terminantemente en su último párrafo, que los contribuyentes no deberán presentar declaraciones de dichos pagos en el ejercicio de iniciación de operaciones.

Igual disposición se encuentra en el artículo 111 penúltimo párrafo, misma que regula los pagos provisionales que tienen obligación de efectuar los contribuyentes personas físicas dedicadas a actividades empresariales.

Así las cosas, de acuerdo a los artículos citados, los contribuyentes dedicados a las actividades empresariales, independientemente de que sean personas físicas o morales, no están obligadas a efectuar pagos provisionales por el primer año de operaciones si las llevan a cabo directamente, en tanto que si utilizan la figura del fideicomiso, entonces deberán cubrirlos.

En un primer momento, podemos considerar que no hay violación al principio de equidad porque lo señalado en los artículos 12 y 111 aplican como regla general y lo señalado en el artículo 9º contiene la excepción a la regla con una hipótesis normativa distinta a las anteriores, es decir que las actividades se realicen mediante fideicomiso, siendo aplicable a todos los contribuyentes que encuadren en dicha hipótesis, por lo que no podría hablarse de un trato desigual porque son situaciones diferentes. Sin embargo, todos ellos obtienen los ingresos de una misma actividad y por tanto forman parte de un mismo grupo de contribuyentes, por eso pensamos que se da un trato desigual para situaciones jurídicas iguales, es decir si todos ellos están en su primer ejercicio de operaciones de actividades empresariales, entonces ninguno debería de cubrir pagos provisionales por dicho ejercicio, ya que de lo contrario se produce una inequidad entre

²⁰⁴ Ver supra capítulo X. punto 7, p

los diversos contribuyentes, perjudicando al que tenga el carácter de fideicomisario únicamente por utilizar un simple instrumento de operación en sus actividades, como es el fideicomiso.

6. Aplicación del resultado fiscal. Al final del ejercicio el fiduciario determinará el resultado fiscal de las operaciones realizadas mediante el contrato de fideicomiso conforme a lo ya comentado y deberá comunicar al fideicomisario el monto de la utilidad fiscal obtenida a efecto de que éste lo acumule a sus demás ingresos en su declaración anual o bien, le informará sobre la pérdida fiscal sufrida para que tenga la oportunidad de deducirla de sus demás ingresos por actividades empresariales en el ejercicio, asimismo le informará sobre el monto de los pagos provisionales que hubiere efectuado para que los acredite contra el impuesto que resulte a su cargo. En caso de ser varios fideicomisarios, dichos conceptos serán aplicados de acuerdo a lo pactado en el propio contrato de fideicomiso respecto de la distribución de pérdidas y ganancias.

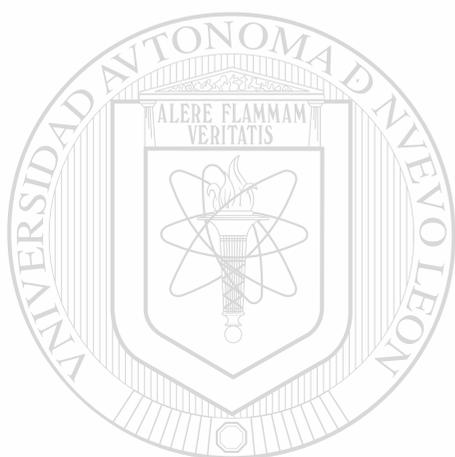
Esta disposición de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, puede llegar a violentar el principio de proporcionalidad contenido en la fracción IV del artículo 31 Constitucional, en cuanto a la deducibilidad de las pérdidas fiscales sufridas en el ejercicio.

En efecto, consideramos que puede darse una violación al mencionado principio constitucional, desde el momento en que una persona física, no tenga oportunidad de deducir la pérdida sufrida en actividad empresarial mediante fideicomiso, contra otros ingresos que hubiere obtenido dentro de los señalados en el Título IV de la Ley. Tomemos como ejemplo un fideicomiso donde existan tres fideicomisarios, una sociedad mercantil, una persona física dedicada a realizar actividades empresariales adicionales a las efectuadas mediante el fideicomiso y una persona física que recibe ingresos por salarios, pero que afecta al fideicomiso parte de esos ingresos o diversos bienes para realizar las actividades empresariales.

Al presentarse la pérdida en el ejercicio fiscal, tanto la sociedad mercantil como la persona física únicamente dedicada a realizar actividades empresariales, tendrán relativa facilidad para deducir la pérdida, puesto que la harán deducible respecto de sus demás ingresos y si no los tienen, lo considerarán como pérdida del ejercicio y podrán deducirla en los siguientes 10 ejercicios, acorde a lo establecido en los artículos 55 y 110 de la Ley

Esas facilidades no las tendrá la persona que tribute bajo el régimen de sueldos y salarios, ya que los ingresos obtenidos por actividad empresarial en ningún caso podrá acumularlos o deducirlos de los demás ingresos que obtenga en el ejercicio, pues el impuesto que se determine por las actividades propias del fideicomiso tendrá el carácter de pago definitivo de acuerdo al último párrafo del artículo 108-A de la Ley del Impuesto Sobre la Renta y por otra parte, el artículo 141 de dicha ley, señala que para determinar el impuesto anual a pagar por las personas físicas, se sumarán todos los ingresos que perciban por sueldos y salarios, honorarios, arrendamiento, etc., salvo por los que se encuentre exento y aquellos por los que ya se pagó impuesto definitivo, como es el caso que nos ocupa.

Entendemos que dicha ley da un tratamiento diferente a los ingresos por actividades empresariales, sin embargo, el fideicomisario tendrá que cubrir el impuesto que le resulte por los ingresos obtenidos por la actividad de sueldos y salarios, no obstante que su capacidad contributiva se vea disminuida o sea nula por tener que absorber la pérdida resultante de sus actividades empresariales, por esta razón es que consideramos que se vulnera el principio de proporcionalidad en el pago del Impuesto Sobre la Renta, pues al no permitir la disminución de la pérdida frente a sus demás ingresos, impide que el fideicomisario contribuya a los gastos públicos en función de su verdadera capacidad económica.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

XIV. CONCLUSIONES

PRIMERA. El contrato de fideicomiso es un instrumento que ha venido impulsando el desarrollo económico del país, su gran versatilidad permite realizar los más diversos fines obteniendo ventajas importantes para las partes que intervienen, tales como transparencia en el manejo de recursos, la certeza en la canalización de los bienes para el fin propuesto, seguridad jurídica para las partes, etc. razón por la cual requiere de una regulación fiscal adecuada.

SEGUNDA. El fideicomiso mediante el cual se desarrolla alguna actividad empresarial, permite al fideicomitente destinar ciertos bienes o derechos a la misma, sin importar la actividad principal a la que se dedique, separando de su patrimonio los mencionados bienes o derechos e incluso resulta un instrumento idóneo para la asociación con terceros en el logro de la empresa pretendida, ya que existe una transparencia fiscal en los ingresos obtenidos y un control administrativo adecuado al encomendar el cumplimiento de los fines pretendidos a una institución fiduciaria.

TERCERA. Para determinar cuando estamos en presencia de un fideicomiso con actividad empresarial, no basta la realización de alguno o algunos de los actos señalados en el artículo 16 del Código Fiscal federal, principalmente en lo referente a la actividad comercial, ya que la realización de los mismos en forma aislada no implica la existencia de una empresa, sino que es necesario que dichos actos sean realizados en forma sistemática, habitual y reiterada, con el ánimo de obtener una ganancia mediante la organización de los factores productivos, aplicados a la producción u obtención de bienes o a la prestación de servicios.

CUARTA. El artículo 9 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, señala como hipótesis de causación la realización de las actividades respectivas, sin importar quien de las partes que intervienen las realice, por lo que no debiera tomarse en cuenta la calidad de empresario del fideicomitente o fideicomisario ni la aplicación de los bienes a la actividad empresarial, sino que basta con que los actos llevados a cabo en cumplimiento de los fines tengan la característica de empresariales para que el fideicomiso sea considerado como tal.

QUINTA. De acuerdo a la encomienda que tiene implícita el fideicomiso, los actos jurídicos que se lleven a cabo en cumplimiento de sus fines deben ser efectuados por el fiduciario, por esa razón consideramos que debe adecuarse el artículo 9 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, a efecto de precisar que las obligaciones fiscales en el contenidas, serán cumplidas por el fiduciario cuando la actividad preponderante del fideicomiso, sea precisamente el realizar las actividades empresariales y estas sean llevadas a cabo por el propio fiduciario. Con ésta modificación se lograra que la obligación fiscal derivada de dichas actividades, sea cumplida por quien o quienes directamente las lleve a cabo, sin que por ello se vea afectado el fisco federal, ya que finalmente el contribuyente lo es el fideicomisario o el fideicomitente

SEXTA. El segundo párrafo del artículo 9 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta señala que el fideicomisario es el contribuyente respecto de los ingresos resultantes de la operación del fideicomiso y sólo a falta de fideicomisarios designados o cuando estos no puedan individualizarse, se considerara como contribuyente al fideicomitente; sin embargo, en virtud de la flexibilidad que tiene la figura, puede darse el caso de que el fideicomitente, sin tener el carácter de fideicomisario, reciba parte de las utilidades que se generen por la operación del fideicomiso e incluso puede darse el caso de que el fideicomitente ya no tenga interés ni participación en el fideicomiso y en un momento dado se le pueda imputar responsabilidad fiscal en virtud de dicho dispositivo; por esa razón consideramos adecuado modificar el párrafo en comento, para que la acumulación de los ingresos o la deducción de las pérdidas derivadas de la operación del fideicomiso la realice la persona que de acuerdo a los términos del contrato de fideicomiso reciba o tenga efectivamente el derecho de recibir los provechos del mismo, sin importar el carácter de fideicomitente o fideicomisario

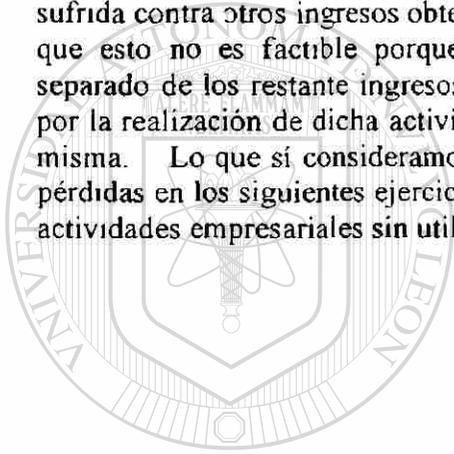
SÉPTIMA. El fideicomiso no tiene personalidad jurídica, por esa razón no debe ser inscrito en el Registro Federal de Contribuyentes, basta con el fiduciario cumpla con la obligación señalada en el Código Fiscal de la Federación de dar el aviso de aumento de obligaciones fiscales y que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público le asigne una homoclave que identifique las actividades que se realicen mediante dicho contrato, para diferenciarlas de las actividades propias de la institución y tener así un control adecuado sobre éste tipo de negocios.

OCTAVA. El fiduciario no es contribuyente del Impuesto Sobre la Renta, sin embargo está constreñido al cumplimiento de las obligaciones que en dicha ley se establecen respecto de las actividades empresariales que se efectuen en los contratos en que intervenga, sin que se señale el límite de dichas obligaciones, lo que puede ocasionar que se le exija el cumplimiento con cargo a su propio patrimonio, por ello consideramos que debe modificarse el último párrafo del artículo en estudio para señalar como obligado principal al contribuyente de que se trate, hasta por el monto del patrimonio del fideicomiso, ya que en todo caso el fideicomitente o el fideicomisario tendrán acción contra el fiduciario en los términos de la legislación mercantil, por los menoscabos que sufra el patrimonio por su culpa o negligencia

NOVENA. El fideicomiso es un mero instrumento para realizar actividades empresariales, donde normalmente intervienen varias personas para llevar a cabo una empresa sin llegar a conformar una sociedad distinta a los participantes, por ello esas personas que intervienen tendrán el carácter de contribuyentes por las operaciones que se realicen. Al formar parte de un mismo grupo de contribuyentes, deben tener un trato igual ante la ley en cuanto a hipótesis de causación, sin embargo, al afectar bienes o derechos a una actividad específica, se conforma un patrimonio autónomo distinto del de los participantes que requiere de un tratamiento fiscal especial y cuya implementación se complica por las variantes de cada fideicomisario en particular. No obstante lo anterior consideramos que el tratamiento fiscal que se le de a los contribuyentes en un fideicomiso, no tiene que ser distinto al del régimen aplicable a personas físicas y morales en general,

por esa razón es necesario que se elimine la obligación de efectuar pagos provisionales en el primer ejercicio de actividades del fideicomiso y únicamente se aplique el coeficiente de utilidad presunto que actualmente se utiliza, cuando la actividad del fideicomiso vaya a ser la misma que la de los fideicomisarios y alguno de ellos esté en su segundo o posterior ejercicio de operaciones y su coeficiente de utilidad sea menor al que le correspondería aplicar al fiduciario en ese primer ejercicio.

DÉCIMA. La deducción de las pérdidas sufridas en la operación del fideicomiso, la debe efectuar el fideicomisario en el mismo ejercicio en que se hubieren generado estas, sin tener la posibilidad de disminuirlas de los ingresos obtenidos por otras actividades, lo que puede llegar a representar una violación al principio de proporcionalidad por no tomarse en cuenta la capacidad contributiva del particular al momento en que se determina y efectúa su contribución al gasto público. Para estar en concordancia con el mencionado principio constitucional, sería necesario que se permitiera al contribuyente disminuir la pérdida sufrida contra otros ingresos obtenidos sin importar su tipo de actividad, pero consideramos que esto no es factible porque el régimen de actividades empresariales se encuentra separado de los restantes ingresos de los contribuyentes e incluso su responsabilidad fiscal por la realización de dicha actividad tiene como límite el monto de los activos afectos a la misma. Lo que sí consideramos necesario es que se permita al contribuyente deducir las pérdidas en los siguientes ejercicios, tal y como lo hacen los contribuyentes que desarrollan actividades empresariales sin utilizar la figura del fideicomiso.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

BIBLIOGRAFÍA Y LEGISLACIÓN

Acosta Romero Miguel, **Derecho Bancario**, 5ª edición, Editorial Porrúa, México, 1995, 1087 p.

Acosta Romero Miguel y Almazán Alanís Pablo Roberto, **Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso**, Editorial Porrúa, Mexico, 1997, 569 p.

Arilla Villa Manuel, **Derecho Fiscal y Económico de la Empresa**, Tomo I, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1981.

Arrijoa Vizcaino Adolfo, **Derecho Fiscal**, 5ª edición, Editorial Themis, México, 1989

Baena Paz Guillermina María Eugenia, **Manual para Elaborar Trabajos de Investigación Documental**, Editores Mexicanos Unidos, onceava reimpresión, México, 1994, 124 p

Banco Mexicano Somex, S A **Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México**, Editado por Fomento Cultural de la Organizacion Somex, A.C., México, 1987, 732 p

Batiza Rodolfo, **El Fideicomiso, Teoría y Práctica**, 6ª edición, Editorial Jus, Mexico, 1991, 471 p.

Bravo González Agustín y Beatriz Bravo Valdes, **Segundo Curso de Derecho Romano**, Editorial Pax-México, Mexico, 1975, 247 p

Burgoa Ignacio, **El Juicio de Amparo**, decimo segunda edición, Editorial Porrúa, Mexico, 1977.

Calvo Nicolau Enrique, **Tratado del Impuesto Sobre la Renta**, Tomo I, Editorial Themis, Mexico, 1997, 516 p

Cervantes Ahumada Miguel, **Títulos y Operaciones de Crédito**, 10ª edición, Editorial Herrero, Mexico, 1978, 386 p.

Davalos Mejía Carlos I., **Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras**, Editorial Harla, S A , México, 1984, 652 p.

De la Garza Sergio Francisco. **Derecho Financiero Mexicano**, 17ª edición, Editorial Porrúa, Mexico, 1992.

Díaz Camacho Miguel Ángel, sección "Los expertos opinan," en **Boletín Fiduciario Bancomer**, volumen 1, número 2, editado por Grupo Financiero Bancomer, México 1994, 91 p.

Domínguez Martínez Jorge Alfredo, **El fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico**, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1975

Domínguez Martínez José Alfredo. **El fideicomiso: Negocio Jurídico**. 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1994, 324 p.

Ferrara Francisco, **Teoría de las personas jurídicas**, trad. por Eduardo Ovejero y Maury, Editorial. Treus, Madrid, p. 359.

Flores Zavala Ernesto. **Elementos de Finanzas Públicas Mexicanas**, 21ª edición, Editorial Porrúa, México, 1979

Floris Margadant, Guillermo, **El Derecho Privado Romano**, 13a. edición, editorial Esfinge, México, 1985, 501 p.

Fonrouge Giuliani, **Leyes Tributarias. Procedimiento Impositivo**. Ediciones Depalma, Buenos Aires

Galindo Garfías Ignacio, **Derecho Civil**, Editorial Porrúa, México, 1974, 611 p.

García Domínguez Miguel, **Derecho Fiscal - Penal**, Ed Porrúa, México, 1994, 491 p.

Lapaulle Pierre, **La Naturaleza del Trust**, Revista General de Derecho y Jurisprudencia, México, 1932

Lapaulle Pierre, **Tratado Teórico Práctico de los Trust**, Trad Pablo Macedo, Editorial Porrúa, México, 1975, 383 p

Krieguer Vázquez Emilio, **Manual del Fideicomiso Mexicano**, Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A., México, 1976, 159 p.

Mantilla Molina Roberto L, **Derecho Mercantil**, Ed Porrúa, S A vigesima tercera edición, México, 1984

Margain Manatou Emilio, **Introducción al Estudio del Derecho Tributario Mexicano**, 11ª edición, Editorial Harla, México, 1995, 243 p.

Nava Negrete Alfonso, **Derecho Administrativo Mexicano**, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

Navarro Martorell Mariano, **La Propiedad Fiduciaria**, Editorial Bosh, Barcelona, España, 1950, 347 p

Ortiz Urquidi Raul, **Derecho Civil**, México, 1977, Editorial Porrúa; 437 p

Peña Guzmán Luis Alberto, **Derecho Romano**, 2a. edición, Editorial Tipografía de Argentina, Buenos Aires, 1966, p 669

Perez Inda Luis Manuel. **Aplicaciones Prácticas de la Ley del Impuesto al Valor Agregado**, segunda edición, Editores Fiscales ISEF, S.A., Mexico, 1992.

Pina Rafael de y Rafael de Pina Vara, **Diccionario de Derecho**, Editorial Porrúa, Decima Edicion, Mexico, 1981, 500 p

Puente Flores Arturo y Octavio Calvo Marroquin, **Derecho Mercantil**, Editorial Banca y Comercio, México, 1979, Vigesima cuarta edicion, 440 p

Real Academia Española, **Diccionario de la Lengua Española**, Editorial Espasa Calpe, S A. Madrid, 1990.

Rojina Villegas Rafael, **Compendio de Derecho Civil**, T-II, T-IV, octava edición, Editorial Porrúa, Mexico, 1976, 331 p.

Rocha Núñez Eduardo, **La Banca Fiduciaria**, Editado por Banco BCH, S N.C , Mexico, 1987.

Rodriguez y Rodríguez Joaquín, **Derecho Bancario**, Editorial Porrúa, México, 1978, 541 p

Rodriguez Ruiz Raul, **El Fideicomiso y la Organización Contable Fiduciaria**, sexta edición, Ediciones Contables y Administrativas, S A , México, 1985, 307 p.

Sanchez Leon Gregorio, **Derecho Fiscal Mexicano**, 9ª edición, Editorial Cardenas Editor y Distribuidor, Mexico, 1994, 650 p.

Sellerier Carbajal Carlos y Carlos Cevallos Esponda, **Análisis de los Impuestos Sobre la Renta y al Activo de las Empresas**, 9ª edición, Editorial Themis, México, 1989.

Serra Rojas Andrés **Derecho Administrativo**, Tomos I y II, 6ª edición, Editorial Porrúa, México, 1988, 630 p

Smith Adam, **La Riqueza de las Naciones**, Editorial Cruz, S.A. 1988, p 650

Somers M. Harold, **Finanzas Públicas e Ingreso Nacional**, traducción de Horacio Flores de La Peña y Martha Chávez, quinta reimpresión, Editorial Fondo de Cultura Economica, México, 1985, 585 p.

Villagordoa Lozano José Manuel, **Doctrina General del Fideicomiso**, 6ª edición, Editorial Porrúa, México, 1982, 330 p.

Villegas Hernández Eduardo y Rosa Ma. Ortega Ochoa, **El Nuevo Sistema Financiero Mexicano**, Tercera reimpresión, Editorial Pac, S A. de C.V., México, 1992, 345 p

Villoro Toranzo Miguel, **Introducción al Estudio del Derecho**, 4ª edición, Editorial Porrúa, 364 p.

Witker Jorge. **La Investigación Jurídica**, Mc. Graw-Hill Interamericana de México, S.A de C.V., México, 1994, 94 p.

Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 1990

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Nuevo León, Editorial Sista, S.A de C V, México, 1998

Código Fiscal de la Federación, Editorial Taxx, México, 1999.

Compendio de Leyes Fiscales y Administrativas del Estado y Municipios de Nuevo León, Lazcano Garza Editores, México, 1999

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Sista, S.A de C.V., Mexico, 1998

Constitución Política del Estado de Nuevo León, Editorial Sista, S.A de C.V., México, 1998.

Legislación Bancaria, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Bancos, Seguros y Valores, T-I a VII, 1830-1932, México, 1980,

Legislación en Banca y Finanzas, Editorial Pac, S A. de C V, México, 1991.

Legislación Minera, Editorial Porrúa, Mexico, 1992.

Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, Editorial Porrúa, México, 1998.

Sumario Mercantil, Editorial Themis, México, 1998.

Circular No 2019/95 de fecha 20 de septiembre de 1995, emitida por Banco de México, compilación de la Comisión de Operaciones Fiduciarias del Centro Bancario de Monterrey, A.C., Mexico, 1997

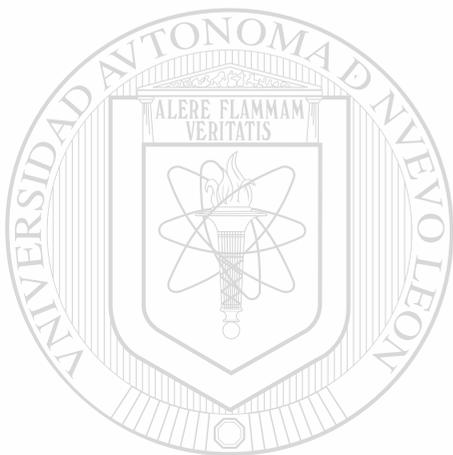
Circulares emitidas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, 1944-1997, compilación de la Comisión de Operaciones Fiduciarias del Centro Bancario de Monterrey, A.C., Mexico, 1997

México, Secretaría de Gobernación, Diario Oficial de la Federación de fecha 28 de diciembre de 1996.

Apéndice de Jurisprudencia 1917-1988 al Semanario Judicial de la Federación. Segunda parte Salas y Tesis Comunes Vol. VI Pag 2890. Compilación de la Comisión de Operaciones Fiduciarias del Centro Bancario de Monterrey, A.C., Mexico, 1999

Semanario Judicial. Octava época. Tomo VII. Enero 1991. Tribunales Colegiados. Compilación de la Comisión de Operaciones Fiduciarias del Centro Bancario de Monterrey, A.C., México, 1999.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Compilación precedentes de la tercera sala 1969-1986, compilación de la Comisión de Operaciones Fiduciarias del Centro Bancario de Monterrey, A.C., México, 1999.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

