



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo

acuerdo número 974181 de fecha 15 de julio de 1997

FIDEICOMISO DE GARANTIA COMO VEHICULO DE CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES

Tesis que para obtener el grado de

Maestro en Derecho Fiscal

Sustenta el

Lic. Mauricio Sánchez Acevedo

Director de la Tesis

Dr. Carlos Espinosa Berecochea

México, D. F.

11 de junio de 2012

Indice general

	Pág.
Introducción.....	3
Antecedentes.....	6
Fundamentación Alternativa Propuesta.....	8
Análisis.....	11
- Antecedentes del fideicomiso en Roma.....	11
- Antecedentes del fideicomiso en Latinoamérica.....	14
- Origen del fideicomiso en México.....	15
- Trust conforme a las leyes de los EUA.....	18
- Naturaleza jurídica de los contratos de fideicomiso.....	23
- Fideicomiso de Garantía.....	34
- Naturaleza fiscal de los contratos de fideicomiso.....	43
- Régimen fiscal aplicable (fundamentado bajo las disposiciones fiscales vigentes durante el ejercicio fiscal de 2005).....	48
i. Requisitos formales de las deducciones.....	48
ii. Gastos no deducibles.....	50
iii. Créditos respaldados.....	51
- Impuesto al activo.....	52
Bibliografía.....	54

INTRODUCCION

En México el Fideicomiso no figuró sino hasta 1924, con la expedición de la Ley de General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios. A partir de este momento es que nuestro sistema legal tomó como carta de naturalización la institución anglosajona del *Trust*, figura que fue empleada en los arreglos de la deuda pública mexicana con el exterior.

Un hecho significativo que tuvo una repercusión trascendental en la figura del fideicomiso fue las modificaciones al sistema financiero mexicano durante el gobierno del otrora presidente de la República José López Portillo. Específicamente el decreto presidencial del 1° de septiembre de 1982, mediante el cual se nacionalizó la banca privada. Como consecuencia de este decreto se llevaron a cabo diversas reformas constitucionales y con fecha 14 de enero de 1985, se publicó la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito promulgada por el Presidente Miguel de la Madrid Hurtado. Esta Ley estableció que dicho servicio sería prestado exclusivamente por instituciones de crédito constituidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito y que serían de banca múltiple y banca de desarrollo.

Posteriormente, el Presidente Carlos Salinas de Gortari, promulgó la Ley de Instituciones de Crédito que se publicó el 18 de julio de 1990.

Con esta Ley fue el resultado de diversas reformas constitucionales que plantearon la “reprivatización” de la banca quedando al Estado el ejercicio de la rectoría financiera del sistema bancario mexicano. Esta Ley establece que el servicio de banca y crédito sólo podrá prestarse por instituciones de crédito que pueden ser instituciones de banca múltiple e instituciones de banca de desarrollo; también señala que 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. Esta Ley define a las instituciones de banca de desarrollo, como entidades de la administración pública federal, con personalidad jurídica y patrimonios propios, constituidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito.

La importancia del fideicomiso sigue siendo de primer orden pues se aprovechó para la estabilidad financiera de la banca múltiple. La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito¹, estableció la obligación de las instituciones de banca múltiple de participar en un medio de apoyo a través del Fondo de Apoyo Preventivo de las Instituciones de Banca Múltiple. Este fondo se entregó en fideicomiso al Banco de México. El fiduciario tenía la obligación de efectuar operaciones preventivas para apoyar la estabilidad financiera y evitar los problemas a que se enfrentaran y que pudieran resultar perjuicios en el pago oportunos de los créditos a cargo de la propia banca múltiple.

Por otro lado, la Ley de Instituciones de Crédito², también obliga a las instituciones de banca múltiple de participar en el medio preventivo y de protección del ahorro a través de un fideicomiso, por medio del cual el Banco de México actúa como fiduciario, cuya finalidad es realizar operaciones preventivas tendientes a evitar problemas financieros que pudieran presentar dichas instituciones, así como procurar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo. Este fideicomiso se denomina Fondo Bancario de Protección al Ahorro (FOBAPROA).

El actual sistema bancario acude al empleo del fideicomiso como un instrumento idóneo para garantizar la seguridad jurídica en el desempeño de las instituciones de banca múltiple, tanto en lo referente a su solvencia, como en la protección de los inversionistas que acuden a este medio seguro, para garantizar la liquidez de sus inversiones.

¹ Artículo 77 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

² Artículo 122 de la Ley de Instituciones de Crédito.

En este sentido, el Fideicomiso en México es una figura extraordinariamente rica, de gran valor que ha permitido llevar a cabo, en diversos sectores que integran la economía del país, inversiones considerables otorgándoles a sus participantes seguridad jurídica en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de terceros y proteger a las partes dentro un marco regulatorio ante cualquier diferencia que pudiera generarse durante el periodo de vigencia de este tipo de contratos, así como ante cualquier posibilidad de fraude.

Este trabajo pretende señalar las ventajas que representar, desde el punto de vista fiscal, el utilizar la figura del Fideicomiso de garantía como un vehículo para garantizar el pago de cierto préstamo que sería utilizado para la adquisición de dos bienes inmuebles que funcionan como hoteles en México.

El análisis que en materia fiscal se desarrolla más adelante en el presente documento, se elaborado considerando las disposiciones fiscales que estuvieron vigentes durante el ejercicio fiscal de 2005.

ANTECEDENTES

Pubasa, S.A. de C.V. (en adelante PUBASA) es una sociedad constituida en la República Mexicana, la cual es propietaria de dos inmuebles que funcionan como hoteles en México (en adelante los Hoteles).

Hoteles y Desarrollos, S.A. de C.V. (en adelante HYDESA) es una sociedad constituida en la República Mexicana, la cual es propietaria en más del 51% de las acciones emitidas por PUBASA.

Las acciones emitidas por HYDESA cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores y ha emitido valores de deuda que cotizan tanto en la referida bolsa como en bolsas del extranjero. HYDESA tiene inversiones en distintas áreas de actividad, donde la de inmuebles destinados a la hotelería se ha vuelto, por distintas decisiones previas de negocios, la menos importante.

Ahora bien, el Grupo controlado por Trouts Holdings, Inc (en adelante TROUTS) se dedica a la inversión en inmuebles, así como a la operación de hoteles en diversos países del mundo, las acciones de TROUTS de igual forma cotizan en diversas bolsas de valores con excepción de la Bolsa Mexicana de Valores.

La empresa de servicios corporativos internacionales de TROUTS denominada Trouts Hotels, Inc. (en adelante TROUTS HOTELS) es la sociedad que estará a cargo del proyecto de compra venta objeto del presente análisis.

HYDESA está analizando la posibilidad de deshacerse de los inmuebles propiedad de PUBASA, a fin de dirigir sus actividades a otros sectores distintos de la hotelería, por otro

lado para TROUTS, México es un destino de gran importancia e interés. Derivado de lo anterior, TROUTS a través de TROUTS HOTELS desea adquirir los hoteles a HYDESA.

A fin de que esta operación de compra venta se pueda llevar a cabo, HYDESA ha establecido como condición que la enajenación de los hoteles se realice a través de la transmisión de las acciones de PUBASA. Es decir, mediante la venta de las acciones de la sociedad y no de los inmuebles (es decir, de los Hoteles) individualmente considerados.

De igual forma, TROUTS HOTELS ha señalado como un factor decisivo de la operación que debido a que necesitará obtener financiamiento para la operación de compra de los Hoteles y en consecuencia pagar intereses del respectivo financiamiento, desea que los mencionados intereses sean absorbidos y en consecuencia pagados por la propia operación de PUBASA y de esta manera deducir los intereses de los ingresos generados por la explotación hotelera.

De igual forma TROUTS HOTELS necesita que los flujos necesarios para pagar los intereses sean generados por la propia PUBASA.

Finalmente, TROUTS HOTELS desea que el monto del pasivo sea deducido para los efectos del cálculo del impuesto al activo derivado de la propiedad de los Hoteles.

TROUTS HOTELS señaló que la proporción de capital y deuda que utilizará a fin de llevar a cabo la adquisición de los hoteles será del 25% de capital y de 75% de financiamiento. El financiamiento será otorgado por un banco mexicano el cual ha solicitado una garantía hipotecaria sobre los Hoteles.

FUNDAMENTACION ALTERNATIVA PROPUESTA:

El objeto del presente documento es establecer la fundamentación legal de una de las alternativas señaladas en el documento que contiene la resolución al caso planteado. La alternativa en comento tienen por objeto eficientar, desde un punto de vista fiscal, la operación de compra venta de los Hoteles por parte de TROUTS HOTELS.

Como fue señalado en el documento que contiene la resolución al caso planteado, una de las alternativas señaladas fue la siguiente:

Paso 1 - TROUTS HOTELS constituye una nueva entidad residente en México (en adelante MexCo), a la cual le aporta el 25% del capital con el que cuenta para la adquisición de las acciones emitidas por PUBASA.

Paso 2 - MexCo con objeto de obtener el préstamo por parte del Banco Mexicano, constituye un fideicomiso de garantía, al cual aporta el 25% capital aportado por TROUTS HOTELS, el Banco Mexicano otorga el préstamo del 75% del precio de venta de las acciones emitidas por PUBASA. MexCo ofrece al Banco como garantía del cumplimiento del pago del capital e intereses derivados del préstamo las acciones emitidas por PUBSAS, hasta en tanto ésta tenga en propiedad los Hoteles.

A través del fideicomiso de garantía, MexCo transmite a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes (acciones emitidas por PUBASA y posteriormente los inmuebles objeto de la adquisición bajo análisis) con el fin de garantizar al fideicomisario (el Banco) el cumplimiento de una obligación (el pago del capital y los intereses derivados del préstamo). En el entendido que ante un eventual incumplimiento por parte de MexCo, y por instrucción expresa que en dicho sentido se hace constar en el contrato de fideicomiso, la institución fiduciaria proceda a la realización o venta de los bienes

fideicomitidos para que con su producto se pague el valor de la obligación (préstamo) o saldo insoluto de ella.

El fideicomiso en comento estaría conformado de la siguiente manera: MexCo actuaría como fideicomitente y fideicomisario en segundo lugar del fideicomiso de garantía, y el Banco Mexicano sería el fideicomisario en primer lugar, teniendo derecho a recibir las cantidades de dinero que se cubran por concepto de capital y pago de intereses sobre el préstamo otorgado hasta por el monto que represente el 75% del precio de venta de las acciones emitidas por PUBASA más los intereses correspondientes.

Paso 3 - Una vez obtenido el préstamo del Banco Mexicano (75% del precio de venta de las acciones emitidas por PUBASA) y con los recursos representados por el 25% del capital aportado originalmente por TROUTS HOTELS, MexCo celebraría con HYDESA el contrato de compra venta de las acciones emitidas por PUBASA.

Paso 4 - Una vez adquirida las acciones de PUBASA, los accionistas de MexCo y PUBASA acuerdan la fusión de las mismas, subsistiendo PUBASA en su carácter de sociedad fusionante y desapareciendo MexCo en su carácter de sociedad fusionada.

Por virtud del acto corporativo antes señalado, PUBASA adquiere la totalidad de los activos, pasivos (como sería el préstamo recibido por el Banco Mexicano) y capital de MexCo, con lo cual el préstamo originalmente otorgado a MexCo por el Banco Mexicano es traspasado a PUBASA bajo los términos y condiciones en que el mismo fue celebrado. Derivado de lo anterior, PUBASA deberá efectuar los pagos correspondientes dentro de los plazos acordados con el Banco Mexicano con los recursos que la propia entidad genere por la realización de sus actividades ordinarias, con lo anterior PUBASA podrá hacer deducibles los intereses pagados.

Es importante señalar que para efectos fiscales en México la fusión en comento no se considere una enajenación, dicho acto corporativo deberá cumplir con ciertos requisitos contenidos en el artículo 14-B del Código Fiscal de la Federación.

Paso 5 - Una vez efectuada la fusión, PUBASA efectúa la sustitución de la garantía del fideicomiso de garantía, otorgando los bienes inmuebles donde se encuentran ubicados los Hoteles.

Paso 6 - Una vez liquidado el adeudo por parte de PUBASA, se acordaría la terminación del fideicomiso de garantía acordado con el Banco Mexicano.

ANALISIS

Antecedentes del fideicomiso en Roma

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

Generalmente se aceptó como concepto de fiducia, a aquella *mancipatio*, forma solemne de transmitir la propiedad, hecha con la obligación de *accipiens* quien la recibía de *remancipar*³. En otros términos, la fiducia romana consistió en una *mancipatio*, forma solemne de transmitir la propiedad, o una *in jure cesio*, que se acompañaba de un *pactum fiduciae*, mediante el cual el *accipiens*, quien recibía la propiedad del bien transmitido, se obligaba a su vez frente al *tradens*, de transmitirlo, después de que se realizaran determinados fines, al propio *tradens* o a una tercera persona.

Algunos autores consideran que la fiducia pertenecía al tipo de los contratos reales, que se perfeccionaban con la simple entrega de la cosa material del contrato, como lo era el mutuo, el comodato, la prenda, el depósito y posteriormente la hipoteca. Más aún, se le ha considerado como una forma primitiva de la prenda o del comodato, cuando se realizaba para garantizar alguna obligación o únicamente para conceder el uso o goce temporal y gratuito del bien transmitido, en beneficio de quien lo recibía⁴.

Los autores que estudian esta institución en el Derecho romano, no se han puesto de acuerdo en el posible empleo de otras formas no solemnes de transmitir la propiedad, para acompañarlas del *pactum fiduciae*, y hay quien asegura que no se empleó la *traditio*, la forma más sencilla de transmitir la propiedad de los bienes por la simple entrega de los

³ Messina, Guisepe. *Negozi Fiduciari, Scritti Giuridici*. Milano, 1948. Tomo 1, p. 106.

⁴ Claret y Marti, Pompeyo. *De la Fiducia y del Trust. Estudio de Derecho Comparado*, Barcelona, 1946, p. 8

mismos, porque carecía de la fuerza traslativa suficiente para enajenar con ánimo abstracto, cualquier clase de bienes⁵.

Existieron dos formas de fiducia: la fiducia *cum creditore* y la fiducia *cum amico*. La primera tuvo gran importancia porque sirvió para garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones. Este tipo de fiducia operaba en la forma siguiente: el deudor para garantizar su adeudo, transmitía determinados bienes a su acreedor, quien los recibía con tal fin y a su vez obligaba, en virtud del *pactum fiduciae*, a retransmitirlos al deudor, cuando hubiere pagado su crédito. En caso de que el deudor no cumpliera con su obligación, el acreedor tenía el derecho implícito en el pacto, de retener la cosa para sí o para enajenarla. En otras palabras, la propiedad se consolidaba en el acreedor fiduciario si no se pagaba la deuda fiduciariamente garantizada, aun cuando su valor excediera del importe de la obligación principal y además el acreedor no quedaba obligado a devolver diferencia alguna al deudor, y no como ocurre en el contrato de prenda, que nació después de la fiducia.

La fiducia *cum amico*, se empleaba para que aquella persona que recibía el bien transmitido, pudiera usarlo y disfrutarlo gratuitamente y en su propio provecho; una vez realizados esos fines, quien había recibido los bienes transmitidos, como consecuencia del *pactum fiduciae*, los retransmitía al tradens. En este sentido, se puede concluir que la fiducia *cum amico*, se identificaba con el comodato, que era un préstamo gratuito de uso.

En la última etapa del Derecho romano, cuando cayeron en desuso las formas tradicionales de transmitir la propiedad (*mancipatio* y *in jure cessio*) el empleo de la fiducia se fue sustituyendo por otros contratos reales, que por el desarrollo tenido en esa

⁵ Messina, Giuseppe, ob. Cit., pp 110 y 111.

época, adoptaron formas más perfeccionadas, como lo fue el comodato y la prenda o hipoteca⁶.

No obstante que en la última etapa de la vida romana la fiducia cayó en desuso, encontramos en esta “institución” el antecedente más remoto de nuestro fideicomiso⁷.

Como podemos observar, el crédito era un mecanismo de uso en la economía de las civilizaciones más antiguas, donde se presume que el que realiza la prestación lo hace porque tiene confianza en la capacidad y en la solvencia de la otra parte. Cuando falta esa confianza se acude a las garantías. La cual pudiera ser una garantía personal haciendo intervenir a un tercero para responder de la solvencia del deudor y obligándose a pagar en su defecto o bien en una garantía real cuando el deudor o un tercero afectan a la liberación de la deuda, una cosas (principalmente un bien inmueble), sobre cuyo precio el acreedor está seguro de ser pagado frente a todos.

De igual forma, en Roma existía la figura del fideicomiso testamentario el cual se empleaba cuando un testador quería favorecer a una persona con la cual no tenía la *testamenti factio*, por lo que no le quedaba más recurso que rogar a sus heredero fuese el ejecutor para dar al incapaz un objeto particular o parte del acervo hereditario. El testador, en su testamento, para establecer esta institución usaba los términos *rogo, fideicomitto*. Al heredero gravado se le llamaba fiduciario y a aquél a quien debía transmitirle los bienes, fideicomisario.⁸

⁶ Claret y Marti, Pompeyo, ob. Cit. p. 10

⁷ Villagordoa Lozano, José Manuel. *Doctrina general del fideicomiso*, México, Edit. Porrúa, 1990, p. 3

⁸ Pettit, Eugene, *Tratado elemental de Derecho romano*, Madrid, p. 579

Antecedentes del fideicomiso en Latinoamérica

El jurista panameño Dr. Ricardo J. Alfaro⁹ fue el primero en haber presentado una adaptación del *trust* anglosajón a los sistemas jurídicos latinoamericanos de ascendencia romana. Propuso que se hiciera mediante el fideicomiso, al que consideró una especie de mandato. Ciertamente, según el referido autor¹⁰ como lo hace el fiduciario es en resumidas cuentas desempeñar un encargo del fideicomitente, y si de acuerdo con la jurisprudencia el contrato de mandato es aquel por medio del cual una persona se obliga a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra, hay que concluir claramente que el fideicomiso es en sustancia un mandato, en el cual el fiduciario es el mandatario y el fideicomitente es el mandante.

Sin embargo, el autor reconoce que el concepto simple y llano de mandato no es suficiente para aplicarse al fideicomiso, pues en primer lugar aquél es revocable y éste no lo es, además, en segundo lugar, el fideicomiso tiene lugar una transmisión de bienes que no se presenta en el mandato¹¹.

En ese orden de ideas, asienta el autor que el fideicomiso es un contrato sui generis, cuya esencia es de un mandato. Lo define precisamente como un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada FIDUCIARIO, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite, llamado FIDEICOMITENTE, a beneficio de un tercero llamado FIDEICOMISARIO.

La esencia del fideicomiso es la de un mandato irrevocable aunado a una transmisión de bienes considerada por el autor como necesaria, pues sin ella no habría *acto de confianza*.

⁹ Alfaro, Ricardo J. *El fideicomiso. Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución nueva semejante al TRUST del Derecho Inglés*. Imprenta Nacional, Panamá, 1920.

¹⁰ Ob. Cit, p 46

¹¹ Ob. Cit. p. 43

Origen del fideicomiso en México

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) ha comentado los antecedentes históricos del fideicomiso en varias sentencias.¹² En México, el fideicomiso ha sido regulado por leyes federales, desde la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924, la cual fue la primera ley en regular fideicomisos en el país. Sin embargo, no se expidieron Reglamentos sobre esa materia.¹³ Dos años después, la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926 reguló los fideicomisos como poderes irrevocables, conforme a las disposiciones del mandato. Actualmente, los fideicomisos son regulados por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.¹⁴

No obstante lo anterior existen diversas posturas respecto a la fecha en la cual el fideicomiso nace a la vida jurídica en nuestro país, tal es el caso del autor José Manuel Villagordoa Lozano¹⁵, en este sentido el citado autor establece que el fideicomiso surge en la esfera jurídica a principios del año de 1925, cuando se promulga la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios¹⁶.

Por otro lado, el autor Oscar Rabasa en su obra *El Derecho angloamericano. Estudio expositivo y comparado del Common Law*¹⁷ señala que la institución del fideicomiso, sea en su aspecto romano o en su forma anglosajona, no figuró en el sistema de leyes de

¹² FIDEICOMISO, NATURALEZA DEL. Sala Auxiliar. Séptima Época. Semanario Judicial de la Federación. Pág. 39

¹³ Idem

¹⁴ Fideicomiso, la naturaleza del, supra

¹⁵ Villagordoa Lozano, José Manuel, *ob. Cit.* p. 40

¹⁶ Batiza, Rolfo, *Una Nueva Estructura del Fideicomiso en México*. Revista El Foro. Cuarta Epoca, Núm. 1. Julio-Septiembre de 1953, p. 6

¹⁷ Rabasa Oscar, *El Derecho angloamericano. Estudio expositivo y comparado del Common Law*. Fondo de Cultura Económica. Primera Edición. 1994, p. 441

México sino hasta el año de 1926, cuando aparece por primera vez en la Ley General de Instituciones de Crédito, el fideicomiso de tipo angloamericano¹⁸.

Expuesto lo anterior se puede concluir que la institución del fideicomiso comienza a figurar en nuestro régimen jurídico a partir del año de 1925.

El fideicomiso en México fue desarrollado con base en el *trust* de los Estados Unidos de América.¹⁹ Según comenta la SCJN, dada la solvencia y solidez financiera de los bancos en México, así como la facultad del Estado para regular las instituciones financieras (que en ese entonces eran propiedad del Gobierno Federal), el Congreso Federal estructuró al fideicomiso en México bajo una teoría legal distinta, como una transacción bancaria.²⁰

En relación con lo anterior, como en México sólo se encontraba el fideicomiso romano vinculado a disposiciones testamentarias, los legisladores Mexicanos tuvieron que importar el *trust* anglosajón, aunque en forma restringida, en vista de que únicamente se trasplantó a nuestro régimen jurídico el *trust* expreso²¹. Lo cual deja entre dicho, ya desde aquella época, la falta de oficio legislativo que ha adolecido a nuestros legisladores hasta la fecha.

Por otro lado, pudiera existir una justificación a la adaptación del *trust* anglosajón en México, toda vez que fue esta figura se empleó en los arreglos de la deuda pública exterior de México y, especialmente, en la emisión de obligaciones para la consolidación de la deuda de los Ferrocarriles Nacionales, varios años antes de que nuestra legislación diera cabida al fideicomiso, como una típica operación de crédito²².

¹⁸ *Ibíd*em, p.p. 447 y 448

¹⁹ Fideicomiso, la naturaleza del, *supra*

²⁰ *Ibíd*em

²¹ Exposición de motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

²² Velasco, Emilio. *Los instrumentos de trust y los Ferrocarriles Nacionales*. Revista General de Derecho y Jurisprudencia. Año III. Núm. 3. Julio a septiembre de 1932. p.p. 384 y siguientes.

La consagración del fideicomiso en nuestro sistema legal fue el resultado que se tuvo en la primera Convención Bancaria llevada a cabo en el año de 1924, donde a iniciativa del Sr. Enrique C. Creel se llevó a efecto el primer intento serio para implantar esta institución en nuestro medio jurídico²³.

Este mismo criterio es sostenido por el autor Roberto Molina Pasquel en su obra *Los Derechos del Fideicomisario*²⁴, donde señala que en la Convención Bancaria referida, se recomendó la expedición de un decreto autorizando al Ejecutivo de la Unión para expedir una Ley General por la que han de regirse las instituciones de crédito conocidas en el extranjero con el nombre de Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorros (*Trust and Savings Banks*) conforme a bases que las facultaran para lo que ahora se denominan actividades de instituciones fiduciarias, para actuar como cajas de ahorros y practicar toda clase de operaciones bancarias de depósito y descuento.

Como fue señalado anteriormente, el hecho de que el Congreso Federal catalogará al fideicomiso como una transacción bancaria y, que por ende, fueran las instituciones financieras las entidades facultadas para la ejecución y realización del fideicomiso, excluyó la figura de los *trustees* personas privadas, elemento del *trust* anglosajón que sí es reconocida en el Derecho común (Common Law).

Es importante señalar que no en todos los países de sistema de Derecho civil (Civil Law), como lo es México, la institución del fideicomiso está regulada, tal es el caso de la legislación española, donde el derecho positivo no lo incluye, situación que se replica en la gran mayoría de las legislaciones civiles europeas. Situación que no sucede en la gran

²³ Batiza, Rodolfo, ob. Cit., p.p. 6 y 7

²⁴ Molina Pasquel, Roberto. *Los derechos del fideicomisario*, México, 1946, p. 100

mayoría de los países latinoamericanos, región en la cual Argentina en 1995 regularizó esta institución²⁵.

Trust conforme a las leyes de los EUA

Como ya fue señalado anteriormente, el fideicomiso Mexicano tiene su antecedente directo en el trust anglosajón, si bien como lo señala Roberto Molina Pasquel²⁶, habiéndose inspirado el legislador mexicano, no en una fuente directa, sino en opiniones de intérpretes extraños al Derecho anglosajón, tal es el caso del jurista panameño Dr. Ricardo J. Alfaro y el francés Pierre Lepaulle.

La definición más generalizada del trust, aceptada por diversos autores e incorporada a sus opiniones doctrinales, es la que se encuentra en el *Restatement of Trust*, concepto que es más una definición gramatical que jurista, en este sentido diversos autores ofrecen una interpretación de lo que se debe entender por un trust, como por ejemplo la interpretación de Molina Pasquet, el cual establece lo siguiente: “un trust es un estado de relación fiduciaria respecto a bienes, que sujeta a la persona por quien dichos bienes son poseídos, a deberes en Equidad al manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, lo cual se origina como resultado de la manifestación de la intención de crearlo”.²⁷

Por su parte, Dolores Vega Corona²⁸ también lo adopta al decir que “es un vínculo fiduciario con respecto a bienes, que obliga a la persona que los tiene a manejarlos en

²⁵ Cámara Lapuente, Sergio. *Operaciones fiduciarias o trust en Derecho Español*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Núm. 654, septiembre-octubre 1999, p.p. 1757 -1865

²⁶ Molina Pasquel, Roberto. *Conferencias sobre fideicomiso, Trust y Equity*, en Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM, t.V., oct-dic., 1955, núm. 20, p. 59

²⁷ Traducción que ofrece Molina Pasquel, Roberto (Ensayo sobre la propiedad en el Trust, México, 1951, p. 9), que dice es más gramatical que jurídica.

²⁸ Vega Corona, Dolores. *Breve esbozo del trust anglosajón*, en Revista de Derecho y Legislación, año 52, núms. 626-629, Caracas, julio-septiembre de 1963.

beneficio de otras personas y que se origina como resultado de la manifestación de voluntad para crearlo”.

Finalmente, Jorge Serrano²⁹ nos transcribe la definición del Restatement of the law of trusts, diciéndonos que un trust es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por lo cual la persona que los posee (trustee) está obligada en derecho equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (cestui que trust). Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el trust (settlor).

Este mismo autor nos explica el concepto de relación fiduciaria en el trust ya que en virtud de ella el beneficiario está obligado a depositar su entera confianza en el trustee – fiduciario- en virtud de la relación tan estrecha e íntima que une a ambas partes y porque el segundo tiene gran influencia y control sobre los bienes e intereses del primero. En cuanto al carácter personal de la relación fiduciaria, el *Restament* asienta que el fiduciario está generalmente obligado a no delegar a otra persona su deber de ejecutar y alcanzar el fin que se le encomendó al construir el trust; con lo que manifiesta que si el trustee fue señalado en virtud de la confianza que se supone entre las partes, tiene la obligación de desempeñar su oficio³⁰. No solamente existen en el derecho anglosajón este tipo de relaciones fiduciarias, sino diversos autores están de acuerdo en reconocer otros tipos de estas relaciones como lo son la tutela, el albaceazgo y el mandato. De lo anterior creemos que los autores anglosajones llaman relaciones fiduciarias a las que en derecho romano se llamaban *intuitu personae*, que también suponen confianza entre las partes, pero que están específicamente tipificadas en el sistema objetivo.

Otros autores nos explican el trust diciéndonos que consiste en separar una persona llamada settlor, un conjunto de bienes (inmuebles, muebles, crédito, etc.) de su fortuna y

²⁹ Serrano Trasviña, Jorge. *Aportaciones al fideicomiso*. México, 1950, p.p. 88

³⁰ Serrano Trasviña, ob. Cit. p. 89

confiarlos a otra persona, llamada *trustee*, para que haga de ellas un uso prescrito, en provecho de un tercero, llamado *cestui que trust*³¹.

En este sentido, la definición antes expuesta coincide fundamentalmente con la consignada en párrafos anteriores. Indiscutiblemente el carácter de confianza se encuentra involucrado en ambos conceptos.

En un Trust conforme al Derecho Común (Common law) son tres las personas que normalmente intervienen en el.

En primer término el *settlor* o fideicomitente quien es el creador del trust expreso, y como tal es también llamado creator o trustor³². Generalmente una vez que se ha constituido el trust, desaparece esta persona a no ser que se reserve el derecho de revocar el trust, alterarlo o enmendarlo, contando o no con el derecho de revocación³³.

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 juris*.

El segundo elemento es el *trustee*, quien es la persona quien en virtud del trust, se convierte en el titular legal del bien o derecho que se fideicomite. Para ser trustee no sólo se requiere tener la capacidad de gozar de los bienes y derechos que constituyen su materia sino necesita tener la capacidad de ejercitar tales derechos, pues de lo contrario un tribunal de equidad deberá proceder a la remoción del trustee designado que carezca de la capacidad de ejercicio para evitar de esta manera los perjuicios que se le puedan ocasionar a los beneficiarios del trust.

³¹ Claret y Marti, Pompeyo, ob. Cit. p. 49

³² Serrato Trasviña, Jorge, ob. Cit. p. 97

³³ Idem. p 98

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 cambio, no se pueden coincidir las calidades de trustee y beneficiario dentro de un mismo trust.

Como tercer elemento, el beneficiario o *cestui* en un trust, el cual se finca en aquellas personas que a su vez tengan la capacidad necesaria para adquirir bienes o derechos iguales a los que se fideicomiten en su beneficio.

Es importante señalar que el settlor puede constituirse asimismo en beneficiario único o en uno de los asignados para el trust; aunque en algunas entidades federativas de Estados Unidos no se aceptan los trusts en que el settlor es beneficiario único.

Esta misma clasificación es compartida por Domínguez Martínez³⁴, el cual establece que las personas que intervienen en la figura del trust son los siguientes:

1) El *settlor*, que es quien realiza el acto de disposición y da los bienes en trust a un segundo sujeto, que es 2) el *trustee*, a quien le confía el destino de dichos bienes y éste debe realizar los actos tendientes a la consecución de tal fin, que es en provecho de una tercera persona 3) el *cestui que trust*.

La transmisión que a favor del trustee tiene lugar con motivo del trust, plenamente reconocida por el Common Law, así como el derecho que el mismo trust le confiere al *cestui que trust*, hecho prevalecer por la *Equity*, ha originado que algunos autores como Claret y Marti³⁵, pugnen por la presencia de una dualidad de derechos de propiedad, a

³⁴ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso*. Sexta Edición. Edit. Porrúa. 1996. p.p. 143-145

³⁵ Claret y Marti, Pompeyo, *ob. Cit.* p.p. 69 y siguientes.

saber: un derecho de propiedad formal, exterior, correspondiente al trustee y un derecho de propiedad sustancial o económica.

Otros, en cambio, no ven tal dualidad de propiedades, sino más bien, una sola institución de propiedad ownership, en la que la titularidad puede recaer en persona diferente de la que la goce, disfrute o reciba sus beneficios por la complementación que realiza el *equity on common law*³⁶.

Los ordenamientos que regulan los *trusts* en los Estados Unidos de América (EUA) son leyes estatales. En su mayoría, establecen que “salvo que la ley del Derecho Común en materia de *trusts* se modifiquen por una ley, la ley del Derecho Común en materia de *trusts* es la ley del estado.”³⁷

Por otra parte, para fines fiscales en los EUA, en general, el término “*trust*” se define en los Reglamentos del Código Fiscal (Reglamentos) como un acuerdo creado, ya sea mediante un testamento o una declaración *inter vivos*, en la cual el fiduciario adquiere el título de cierta propiedad con el objeto de protegerla o conservarla para el beneficiario bajo las leyes ordinarias que son aplicables por las Cortes de sucesiones.³⁸ Generalmente, los beneficiarios de un *trust* solamente aceptan los beneficios del mismo, y no son lo creadores del acuerdo sobre el *trust*.³⁹

Los Reglamentos no establecen el requisito de que un *trust* tenga que hacerse constar por escrito ni que sea establecido en una jurisdicción de Derecho Común, para que sea reconocido para efectos del Código Fiscal. En el caso *Estate of Hery James Davis v.*

³⁶ Molina Pasquel, ob. Cit, p. 84

³⁷ Rest. 2d Trusts, artículo 2

³⁸ Artículo 15002 del Código de Sucesiones de California

³⁹ Artículo 301. 7701-4(a) de los Reglamentos de la Tesorería

Comm’r,⁴⁰ la Corte Fiscal de los EUA reconoció la validez de un *trust* verbal y aplicó la ley estatal de California para determinar la naturaleza de un *trust* verbal en el Estado de California.⁴¹

No obstante lo anterior, en la práctica el “Internal Revenue Service” (IRS) ha tomado la posición de que los fideicomisos generalmente si se consideran *trusts* para efectos fiscales en los EUA.

Naturaleza jurídica de los contratos de fideicomiso

Ante la necesidad de adoptar la institución anglosajona del *trust*, la doctrina latinoamericana iniciada por el jurista panameño Dr. Ricardo Alfaro y aceptada en nuestras leyes de 1924 y 1926, se fundó en que el fideicomiso se asimilaba a un mandato de carácter irrevocable.

Posteriormente, cuando la doctrina siguió el pensamiento de Pierre Lepaulle, llegó a la conclusión de que se trataba de un patrimonio de *afectación*. Esta teoría trascendió a nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.

Sin embargo, el Dr. Ricardo Alfaro critica haber calificado al fideicomiso como una *afectación*, dado que el referido término ni es lenguaje técnico de la Jurisprudencia Civil, ni es buen castellano en el sentido en que se usa. En el lenguaje corriente, manifiesta el referido autor, *afectación* es la acción y efecto de *afectar*; y este verbo, según la Academia significa *empeñar*, hipotecar una cosa mueble o inmueble para garantizar el cumplimiento

⁴⁰ Idem

⁴¹ Ver también el caso *Estate of Harold E. Casey v. Comm’r*, 55 T.C. 737, donde la Corte señaló que: ...no existe duda que *trusts* verbales pueden ser creados bajo las leyes de California; también la decisión administrativa del Internal Revenue Service (IRS) Rev. Rul. 69-421 (obsoleta en otros aspectos por Rev. Rul. 72-488) donde el IRS concluyó que un *trust* verbal puede ser reconocido bajo la ley local aplicable; y los casos *Newman v. Comm’r*, 222 F.2d 131 (1955) y *Flitcroft v. Comm’r*, (9th Cir. 1964) ambos versaron sobre la existencia de un *trust* verbal para fines del Código Fiscal

de una obligación. Ahora bien, si afectación es la acción y efecto de afectar, y afectar es gravar, afectación viene a ser propiamente sinónimo de gravamen. Por consiguiente, cuando se expresa que el fideicomiso es una afectación patrimonial a un fin, lo que se está diciendo es que el fideicomiso consiste en el gravamen de un patrimonio para un fin. Lo cual para el Dr. Alfaro es inexacto, pues el fideicomiso no es un gravamen, sino una transmisión de bienes.

El término fideicomiso encuentra sus raíces etimológicas en las palabras latinas *fides* que significa *fe, confianza y commissus*, que equivale a encargo, comisión, encomienda. Por lo tanto, asegura Raúl Rodríguez Ruíz, “el fideicomiso es, simple y sencillamente, UN ENCARGO, UNA COMISIÓN DE CONFIANZA”.⁴²

Para tratar de definir al fideicomiso, debemos partir del principio de que el mismo es una especie de negocio fiduciario, toda vez que en esta institución descubrimos las dos relaciones que integran a este tipo de negocios. La relación real la cual se establece mediante la transmisión del fideicomitente al fiduciario, de la titularidad de los derechos, que constituirían la materia del fideicomiso.

El fiduciario recibe esa titularidad y la ejerce destinando los bienes o derechos relativos a la realización de los fines del fideicomiso, y no en su propio provecho. En estos términos surge la relación obligatoria, cuyos efectos son interpartes, ya que el ejercicio de los derechos transmitidos al fiduciario se convierte en una obligación a su cargo y a favor del fideicomisario, por ser dicho ejercicio un requisito indispensable para la realización de los fines establecidos en el acto constitutivo correspondiente⁴³.

⁴² Rodríguez Ruíz, Raúl. *El Fideicomiso*. Primera Edición. Ediciones Contables Administrativas. 1990. p 34

⁴³ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. *Curso de Derecho mercantil*, tomo II p. 119 y Barrera Graf, Jorge. *Estudios de Derecho mercantil. Dos estudios sobre fideicomiso*. Edit. Porrúa, México, 1958. p. 439

Ahora bien, como se ha comentado anteriormente el fideicomitente transmite al fiduciario la titularidad de derechos, porque en el fideicomiso se pueden afectar cualquier especie de bienes o derechos siempre y cuando los primeros se encuentren dentro del comercio y los segundos no sean de carácter estrictamente personal del fideicomitente.

En el fideicomiso, el fideicomitente puede transmitir la propiedad de un bien inmueble, o únicamente el usufructo de dicho bien, reservándose la nuda propiedad. No solamente el fideicomitente puede transmitir derechos reales, sino también cualquier especie de derechos personales que se requieran para la realización de los fines del fideicomiso.

Ahora bien, los derechos transmitidos al fiduciario, en virtud del fideicomiso, en el que intervienen, no ingresan a su propio patrimonio, sino que se crea un patrimonio autónomo en cada fideicomiso⁴⁴. El destino de estos bienes y derechos se concreta exclusivamente al fin de cada fideicomiso, sin que se encuentren sujetos a las responsabilidades propias del fiduciario, sino únicamente a aquéllas que correspondan a terceros ajenos a la constitución de fideicomiso, cuando se encuentren fundadas de acuerdo con la ley.

En caso de quiebra del fiduciario, los bienes y derechos que tiene en fideicomiso no entran a ella, por encontrarse separados de su propio patrimonio. En consecuencia, las acciones correspondientes para obtener la separación de los bienes y derechos dados en fideicomiso, de la quiebra del fiduciario, competen al fideicomitente y al fideicomisario con fundamento en el artículo 159 de la Ley de Quiebras y Suspensión de pagos⁴⁵.

⁴⁴ Villagordoa Lozano, José Manuel, ob. cit. p. 138

⁴⁵ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. *La separación de los bienes en la quiebra*. Imprenta Universitaria. México, 1951, p. 208

No obstante lo anterior, el patrimonio del fideicomiso no es un patrimonio sin titular, sino que esa titularidad corresponde, como ya se mencionó, al fiduciario, en los términos y condiciones que se establezcan en el acto constitutivo del fideicomiso.

En consecuencia cada fideicomiso, considerado como una operación individual, constituye un patrimonio autónomo, independiente, cuya titularidad corresponde al fiduciario y que se diferencia de su patrimonio personal. Más aún, dicho patrimonio autónomo, con sus propios derechos y obligaciones, puede ser declarado en quiebra por los acreedores del mismo, sin que esto implique la quiebra del fiduciario⁴⁶.

Por último, podemos concluir sosteniendo que el fiduciario será titular de tantos patrimonios autónomos, como fideicomisos en los que intervenga.

Derivado de lo anterior, podemos establecer una definición del fideicomiso creado por la legislación mexicana: “El fideicomiso es un negocio fiduciario por medio del cual el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes y derechos al fiduciario, quien está obligado a disponer de los bienes y a ejercer los derechos para la realización de los fines establecidos en beneficio del fideicomisario”⁴⁷.

Para analizar el negocio fiduciario es conveniente que tengamos presente tal concepto. El cual debe catalogarse en la categoría de los actos libres, en los cuales se manifiesta la plena autonomía del sujeto⁴⁸.

El hecho jurídico es cualquier acontecimiento que produce consecuencias jurídicas. Ese acontecimiento puede ser un hecho natural o humano. De aquí podemos derivar los dos

⁴⁶ Idem, p. 209

⁴⁷ Villagordoa Lozano, José Manuel, ob. cit. P. 141

⁴⁸ Pugliatti, Salvador. *Introducción al Estudio del Derecho civil*, México, 1943, p.239

elementos del hecho jurídico: el acontecimiento (elemento material) y la calificación proveniente del ordenamiento jurídico (elemento formal)⁴⁹.

Dentro del amplio concepto del hecho jurídico, nos encontramos con la categoría más importante de los actos jurídicos, que está formada por hechos que se derivan como consecuencia de la actividad humana consciente o voluntaria.

Dentro del campo de los actos jurídicos surgen los actos de voluntad que son aquéllos en los que su contenido típico consiste en la determinación volitiva, la que se toma en consideración por el derecho, como el antecedente inmediato material con fundamento en el cual la norma hace producir consecuencias jurídicas del acto⁵⁰.

Entre los actos de voluntad aparece la categoría especial de los actos libres que expresan plenamente la autonomía del sujeto jurídico a los que genéricamente se designa como negocios jurídicos.

Por lo cual, la doctrina en general suele definir el negocio fiduciario como el acuerdo de voluntades cuya finalidad es la transmisión de ciertos bienes o derechos de un otorgante a otro, con la obligación adquirida por este último, de destinar el objeto transmitido a una finalidad específica.

Con este breve análisis podemos terminar definiendo al negocio jurídico, con Salvador Pugliatti⁵¹, como un acto de voluntad libre, que tiende a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico y que produce como consecuencia de tal tutela, determinados efectos jurídicos. De igual forma, continúa diciendo el referido autor que el negocio fiduciario es aquel por medio del cual se efectúa una transmisión de propiedad, que no

⁴⁹ Idem, p. 218

⁵⁰ Idem, p. 219

⁵¹ Idem, p. 242

tiene como fin un incremento del patrimonio del adquirente, sino que constituye el presupuesto de un fin práctico determinado, aquel a que los bienes o derechos deban ser destinados⁵².

En relación con este concepto, juristas italianos y alemanes han realizado profundas investigaciones en torno al negocio fiduciario. Entre nosotros Jorge Barrera Graf⁵³ ha llevado a efecto una síntesis de esas investigaciones y ha intentado la adaptación del negocio fiduciario en nuestro orden jurídico.

En este sentido, dicho autor define al negocio fiduciario como aquél 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 transmitente⁵⁴.

No obstante, un grupo de autores cuando conceptúan al negocio fiduciario lo hacen con referencia a los medios empleados por los celebrantes para alcanzar los fines perseguidos. Se encuentran en este grupo Joaquín Rodríguez y Rodríguez⁵⁵ cuya opinión reiterada es en el sentido de que los negocios fiduciarios se caracterizan por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo.

Ciertamente, que el negocio fiduciario se caracteriza por las discrepancias habidas entre el fin pretendido y el medio para alcanzarlo, relacionándolo esto con las primeras opiniones, sólo pone de manifiesto la posibilidad de lograr la finalidad perseguida, mediante la figura

⁵² Idem, p. 269

⁵³ Barrefa Graf, Jorge. *Los negocios fiduciarios*, JUS. Revista de Derecho y ciencias sociales, Tomo XXXIV, julio-septiembre, 1950, núm. 144, p. 440

⁵⁴ Idem, p. 442

⁵⁵ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. *El Fideicomiso*, Revista JUS, No. 94, t. XVI, México, mayo 1946, p. 345 y *La separación...*, cit., p. 196

ad hoc, prevista legalmente y no obstante ello, el recurso a otra figura, *verbi gratia*, quien en lugar de gravar un bien hipotecándolo, transmite el dominio al mismo acreedor, para garantizar cierta deuda.

Así, en principio y con base en los conceptos propuestos por la doctrina y la salvedad anotada, por negocio fiduciario debe entenderse aquel acuerdo mediante el cual, un sujeto transmite la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho a otra y éste se obliga a destinar lo transmitido a una finalidad determinada que aquél le señaló, con lo que corresponderá a la confianza que para ello le tuvo el primero⁵⁶.

En México, la constitución de un fideicomiso entre el fideicomitente y el fiduciario debe constar siempre por escrito, y solamente ciertas instituciones financieras (instituciones de crédito autorizadas, casas de bolsa, aseguradoras y sociedades financieras de objeto múltiple) pueden actuar como fiduciario⁵⁷. El fideicomitente transfiere a una institución fiduciaria la propiedad o titularidad de uno o más bienes (o derechos), según sea el caso, para que sean destinados por parte de la institución fiduciaria a un fin lícito y determinado, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.⁵⁸

En este sentido, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito⁵⁹ señala que podrán ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular.

Por lo anterior, pueden ser materia de fideicomiso cualquier clase de bienes, o derechos, con tal que dichos bienes se encuentren dentro del comercio y los derechos no sean de

⁵⁶ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *ob. cit.*, p. 167

⁵⁷ Artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

⁵⁸ Artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

⁵⁹ Artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

ejercicio personalísimo y por lo tanto intransmisibles; es necesario que la titularidad de esos bienes y derechos no se encuentren afectos a un derecho de tercero

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 el ejido y los bienes afectos al patrimonio de la familia. Estos bienes forman el grupo que la doctrina denomina como “inalienables”.

Por lo tanto, pueden ser materia del fideicomiso cualquier especie de derechos siempre y cuando no sean estrictamente personales de su titular, como lo son las garantías individuales, los derechos de familia, el derecho político del voto, etc.

Asimismo, en la Ley antes citada se señala que los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, 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.

Además, la propia institución fiduciaria tiene la obligación de registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad.

Como consecuencia de lo anterior, podemos concluir que legalmente al aportar determinados bienes a un fideicomiso, se crea un patrimonio autónomo cuya titularidad

se atribuye al fiduciario para la realización de un fin determinado, sin que por ese hecho se considere a la fiduciaria como propietaria de los bienes afectados.

En este sentido, la SCJN ha concluido sobre la naturaleza del fideicomiso y refiere a la conclusión antes apuntada, estableciendo que el fideicomiso es un negocio jurídico en virtud del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado. Dicho patrimonio es autónomo porque es distinto a los patrimonios propios de quienes intervienen en el fideicomiso (fideicomitente, fiduciario, fideicomisario). A ninguno de ellos tres puede ser atribuible el patrimonio constituido por los bienes fideicomitados, ya que debe entenderse que se trata de un patrimonio afectado a un fin determinado. El fiduciario es titular, pero no propietario de los bienes afectados (no obstante que, si se trata de inmuebles, deben transmitírsele en la misma forma en que se tramite la propiedad de los mismos), y según el artículo 356 de la ley en referencia, tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso⁶⁰.

En función de lo anterior, legalmente el patrimonio de un fideicomiso es autónomo del patrimonio de los fideicomitentes y fideicomisarios, lo cual implica que los fideicomisarios únicamente tienen la titularidad de un derecho fideicomisario que les da derechos y obligaciones sobre el patrimonio fideicomitado.

Los Tribunales Colegiados de Circuito (TCC) también han resultado sobre la naturaleza del fideicomiso en México, y lo han definido como una relación contractual y fiduciaria, y

⁶⁰ FIDEICOMISO, NATURALEZA DEL. Amparo directo 3176/65. Elvira Rascón de Macin y coagraviado. 22 de septiembre de 1970. Cinco votos. Ponente: Salvador Mondragón Guerra. Genealogía Informe 1970, Tercera Parte, Sala Auxiliar, página 205

como tal, los Tribunales han determinado que un fideicomiso no puede ser considerado como una entidad, negocio o persona moral.⁶¹⁶²

Las disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que regulan el fideicomiso en México son bastante amplias, especialmente la definición del objetivo o propósito del fideicomiso, el cual puede ser constituido para cualquier propósito con fines lícitos y determinados.⁶³ Conforme al ordenamiento en comento, un fideicomiso puede ser testamentario o constituirse mediante un acto inter vivos, y a diferencia del trust de los EUA, la constitución de un fideicomiso debe constar siempre por escrito.⁶⁴

México es un país de tradición de Derecho Civil, en contraste con el sistema de Derecho Común de los EUA. Debido a que los ordenamientos legales del *trust* tienen su origen en un sistema de Derecho Común, un fideicomiso de la tradición de Derecho Civil ha evolucionado de forma distinta a un *trust*. Por ejemplo, a diferencia de un *trust* que puede existir de forma verbal, un fideicomiso tiene que hacerse constar por escrito. Hasta la fecha ninguna Corte de los EUA ha analizado el punto específico sobre si un fideicomiso mexicano, establecido conforme al sistema de Derecho Civil, debe ser considerado como un *trust* o como una asociación para efectos del Código Fiscal.⁶⁵ Sin embargo, la Corte Fiscal de los EUA ha concluido que un *stiftung* constituido conforme a las leyes de Suiza y Liechtenstein, debe ser considerado como un trust para efectos fiscales en los EUA, aunque tal *stiftung* tenga muchas características de una corporación, como: existencia perpetua, administración por un consejo o directivos, ausencia de responsabilidad

⁶¹ FIDEICOMISO. ES UN NEGOCIO JURIDICO Y NO UNA PERSONA MORAL CORRESPONDIENDO SU REPRESENTACIÓN A LA FIDUCIARIA. Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Epoca. Semanario Judicial de la Federación. Pág. 187

⁶² Salvo los Fideicomisos Públicos que la Ley de la Administración Pública Federal y la Ley Federal de las Entidades Paraestatales les reconocen el carácter de entidades de la Administración Pública Federal. Igualmente al nivel de los estados en sus leyes respectivas

⁶³ Artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

⁶⁴ Artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

⁶⁵ Artículo 301. 7701-2 y 301.7701-3 de los Reglamentos de la Tesorería

personal de los fideicomisarios, y que son gravados sobre su capital e ingreso y considerados como entidades separadas e independientes de sus integrantes.⁶⁶

Por lo general, tres partes conforman un fideicomiso:

- 1) Fideicomitente, quien es sujeto que transmite la propiedad fiduciaria de los bienes y, por ello, deberá tener capacidad para disponer de ellos y, en su caso, realizar todos los actos formales necesarios para la validez de su transmisión. Asimismo el fideicomitente es quien instruye al fiduciario sobre el cometido que deberá cumplir.
- 2) Fiduciario, es el sujeto titular del dominio fiduciario y quien deberá ejercerlo en beneficio del beneficiario (fideicomisario) hasta tanto se cumpla el plazo o condición, momento en que deberá transmitir el dominio a quien se designe para recibirlo al finalizar el fideicomiso. En otras palabras, el fiduciario es el encargado a cumplir el encargo específico para el que se instituyó el fideicomiso.
- 3) Fideicomisario, es el sujeto a favor de quien se ejercerá el dominio fiduciario. Es la persona que recibirá los beneficios para los cuales fue constituido el fideicomiso.

Tanto una persona física como una entidad pueden ser fideicomisario de un fideicomiso, siempre y cuando tengan la capacidad legal de recibir los beneficios del mismo (el ingreso, capital o una combinación de ambos).⁶⁷ También en el caso del fideicomitente puede tratarse de una persona física o entidad, siempre y cuando tenga la capacidad de transferir la propiedad al fideicomiso.⁶⁸

Por otra parte, en México, los fideicomisos cuyo patrimonio incluya bienes inmuebles tienen que ser registrados ante el Registro Público de la Propiedad del lugar donde éste se encuentre ubicado.⁶⁹ Aunque el nombramiento del fiduciario y la aceptación de su cargo

⁶⁶ Caso Estate of Oei Tjong Swan v. Commissioner, 24 T.C. 829 (1955)

⁶⁷ Artículo 383 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

⁶⁸ Artículo 384 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

⁶⁹ Artículo 388 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

establecen un fideicomiso, a partir de la fecha de registro las disposiciones del fideicomiso relativas al bien(es) inmueble(s) surtirán efectos ante terceros.⁷⁰

Fideicomiso de Garantía

El Lic. José Manuel Villagordoa Lozano clasifica a los fideicomisos atendiendo al fin que persigue el fideicomitente al momento de celebrar el contrato respectivo.⁷¹

En este sentido, el citado autor identifica tres tipos de fideicomisos: i) el fideicomiso traslativo⁷²; ii) el fideicomiso de garantía⁷³; y iii) el fideicomiso de administración⁷⁴.

Específicamente, el citado tratadista expresa que en el fideicomiso de garantía “se transmite al fiduciario la titularidad de ciertos bienes o derechos para asegurar el cumplimiento de una obligación a cargo del fideicomitente”.⁷⁵

Un fideicomiso de garantía es aquel en que determinados bienes pasa a un fiduciario para que disponga de aquéllos en caso de incumplimiento de la obligación garantizada y entregue al fideicomisario –hasta la concurrencia del crédito– el monto obtenido en la venta.

Por su propia naturaleza los fideicomisos de garantía son contratos accesorios, porque se ligan a un contrato principal que los motiva.

⁷⁰ FIDEICOMISO. SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD. Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Semanario Judicial de la Federación. Pág. 259

⁷¹ Villagordoa Lozano, José Manuel, *Doctrina general del fideicomiso*, México, Edit. Porrúa, 1990, p. 219

⁷² Idem, p. 219

⁷³ Ibem., p. 220

⁷⁴ Ibem., p. 190

⁷⁵ Una exposición detallada sobre el origen y desarrollo de los fideicomisos de garantía puede verse en la ponencia de Roberto Molina Pasquel titulada “El fideicomiso de garantía” que aparece en *Estudios sobre fideicomiso*, cit. pp. 91-96.

Estos fideicomisos no deben ser considerados como contratos reales, en vista de que no generan un derecho real a favor del fideicomisario acreedor quien tiene derecho personal de exigir al fiduciario, en caso de incumplimiento del fideicomitente deudor, que proceda a la venta o realización de los bienes o derechos fideicomitados, para que de su producto se le haga pago del crédito.

Por su parte, Rodolfo Batiza⁷⁶, sin definir el fideicomiso de garantía pero destacando sus elementos característicos, señala que: “el fideicomiso de garantía ha venido a sustituir con ventaja a la prenda y a la hipoteca, haciendo más sencillo, flexible y seguro el manejo del crédito. El clausulado del contrato, por lo general, contiene disposiciones en el sentido de ser traslativo de dominio e irrevocable mientras la obligación que garantiza permanezca insoluble, sea por suerte principal o accesorios legales; fija el plazo de vencimiento, la periodicidad en el pago de intereses, su tasa, la de los intereses moratorios, los supuestos de vencimiento anticipado de la obligación, ya porque el deudor no cubra puntualmente un cierto número de pagos periódicos de intereses o los impuestos y cargas fiscales que gravan el inmuebles; establece el trámite a seguir para la venta si la obligación no es cumplida al vencimiento, detallando requisitos de publicaciones, deducciones al precio si la venta no se realiza en la fecha señalada, etcétera.”

Las instrucciones al fiduciario contenidas en un fideicomiso de garantía podrían resumirse de la siguiente manera: el fiduciario recibe el bien (supongamos un inmueble) con el cargo de: a) devolver la propiedad plena al fideicomitente si la deuda es cancelada o b) vender el bien (en este caso el inmueble) según el procedimiento que hubiese sido previsto y pagar al fideicomisario el monto de su crédito con los recursos obtenidos y el saldo remanente entregarlo al fideicomitente o a quien éste disponga.

⁷⁶ Batiza, Rodolfo, *El fideicomiso, teoría y práctica*, México, Edit. Porrúa, p. 119

Como fue señalado anteriormente, el fideicomiso de garantía es por definición un contrato accesorio, en cuanto que sólo tiene sentido existiendo y precediéndole una obligación principal que debe cumplir el fideicomitente. Una vez que éste cumple en forma puntual y cabal con la obligación garantizada, el fideicomiso deja de tener justificación y por tanto debe extinguirse, revirtiendo los bienes fideicomitidos al patrimonio del propio fideicomitente.

En este sentido, los efectos propios de toda obligación accesorio deben ser interpretados de acuerdo al fin que particularmente se tuvo en el contrato que le dio origen y con base en el fin último de asegurar el cumplimiento de una obligación. Se ajusta a un modo de asegurar el cumplimiento de una obligación mediante la creación de un mecanismo que se yuxtapone al derecho que sobre un préstamo se quiere resguardar, al ser su finalidad propia objetiva la de garantizar

Una característica esencial de este tipo de fideicomisos es que el fideicomisario en cuyo favor se constituye el fideicomiso no adquiere un derecho directo sobre los bienes fideicomitidos, antes bien y conforme a la naturaleza del fideicomiso, la titularidad de los bienes afectos en garantía pertenece al fiduciario, a quien habrá de dirigirse al fideicomisario para hacer efectiva dicha garantía, siguiendo el procedimiento que las partes hayan acordado en el contrato constitutivo para tal efecto. En términos del artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito, a falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo del fideicomiso de garantía, se aplicará entonces el procedimiento establecido en los dos primeros párrafos del artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a petición del fiduciario; es decir, que éste podrá pedir al juez que autorice la venta de los bienes cuando se venza la obligación garantizada.

Un ejemplo claro que dan razón a este tipo de contratos pudiera ser que un deudor (fideicomitente) obtenga un préstamo en numerario de un entidad financiera y se garantiza la devolución en tiempo y forma de dicho préstamo constituyendo un fideicomiso de garantía en donde se cede a favor del beneficiario (fideicomisario) –la entidad financiera- un determinado bien.

En el ejemplo anterior, el mandato que tiene el fiduciario es que en caso de mora en el cumplimiento de las obligaciones contraídas, ejecute la garantía, y conforme el procedimiento de venta pautado en el contrato de fideicomiso, realice los bienes fideicomitidos, y posteriormente abone el saldo deudor a la entidad financiera. En caso de existir remanentes, luego del pago de los gastos y costos del proceso de venta, dicha suma remanente deberá serle reembolsada al fiduciante o a quien éste disponga. La venta fiduciaria no constituye una ejecución forzosa, sino el cumplimiento de una obligación. La causa-fin de este tipo de fideicomiso es el otorgamiento de una garantía.

Puede ser objeto de fideicomisos de garantía cualquier tipo de bienes muebles e inmuebles, derechos reales o personales, incluyendo todo tipo de valores, créditos, títulos y dinero en efectivo, con excepción de aquellos derechos cuyo goce o ejercicio sea estrictamente personal conforme a la ley.

En el fideicomiso de garantía son fundamentales dos clases de actos los que realiza el fiduciario: de administración y de dominio; estando los segundos condicionados al supuesto de incumplimiento por parte del fideicomitente a la obligación o negocio principal. En efecto, en tanto el fideicomitente no incumpla con la obligación principal a su cargo, el fiduciario debe limitarse a realizar actos de guarda y conservación, e incluso de inversión, respecto de los bienes fideicomitidos dados en garantía. Si se actualizan los extremos señalados por las partes en el contrato para el caso de incumplimiento, el fiduciario deber proceder a la venta de los bienes, aplicando su importe para satisfacer el

crédito del fideicomisario. En el primer caso el fiduciario realiza simples actos de administración; en el segundo efectúa actos de disposición. Sin embargo, si el fideicomitente cumple en sus términos con la obligación garantizada, el fiduciario, como fue mencionado anteriormente, deberá devolver los bienes al fideicomitente.

Entre las ventajas más relevantes que se pueden apuntar en favor del fideicomiso de garantía, tenemos que: a) se evitan los trámites de la ejecución judicial, pudiendo enajenarse el bien en forma privada, con la celeridad y economía que ello supone evitando las incomodidades propias de demoras y costos surgidos en general del procedimiento de ejecución de los derechos reales de garantía; b) el bien fideicomitado queda fuera de la acción de otros eventuales acreedores del fideicomitente y del fideicomisario; y c) asimismo, el bien fideicomitado permanece fuera del concurso o quiebra de cualquiera de ellos, dejando a salvo la acción revocatoria en caso de fraude en perjuicio de los acreedores del fideicomitente.

En este sentido, a diferencia de otras formas de garantía como la prenda, la hipoteca o la fianza, el fideicomiso en garantía sustituye el trámite judicial de ejecución y permite una realización ordenada y controlada de los bienes.

A continuación se señalan algunos casos de fideicomisos de garantía contemplados en la legislación mexicana:

a) Ley del Mercado de Valores. Esta ley contempla en su artículo 89 el fideicomiso llamada “Fondo de Apoyo al Mercado de Valores”, el cual tiene como finalidad primordial preservar la estabilidad financiera de sus participantes, así como procurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las casas de bolsa y especialistas bursátiles con su clientela.

b) Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito. En sus artículos 11, fracción VIII; 24, fracción VIII; 40, fracción V y 45-A, fracción IV, este ordenamiento se refiere a los fideicomisos irrevocables que pueden constituir las organizaciones auxiliares del crédito respecto de los títulos de crédito y derechos provenientes de los contratos de financiamiento que celebren con sus clientes, a efecto de garantizar el pago de las emisiones de obligaciones subordinadas y demás títulos de crédito, en serie o en masa, que hayan colocado entre el gran público inversionista.

c) Ley Federal de Instituciones de Fianzas. En su artículo 16, fracción XV, esta ley contempla el caso de los fideicomisos de garantía en los que se afecten recursos relacionados con las pólizas de fianza que expidan las instituciones de fianzas.

d) Ley de Instituciones de Crédito. Por último, este ordenamiento, en su artículo 83, interpretado a contrario sensu, hace referencia a los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones.

No obstante, la validez de los fideicomisos de garantía ha sido objetada porque supuestamente se les equipara a un pacto comisorio que se celebra en perjuicio de deudor⁷⁷.

Esta crítica no es aceptable, pues el fideicomiso de garantía se viene celebrando en la práctica con sujeción a determinadas reglas que establece el procedimiento de venta a que se sujeta el fiduciario, para la realización del patrimonio del fideicomiso. Existiría el pacto comisorio en aquellos fideicomisos que se establezca que en caso de incumplimiento del fideicomitente deudor, los bienes o derechos fideicomitados se transmitan sin más trámite, al propio fideicomisario; los procedimientos de venta de los bienes dados en fideicomiso que se pacten en los propios contratos, tienen su

⁷⁷ Villagordoa Lozano, José Manuel, ob. cit, p. 221

fundamento legal en el artículo 1051 del Código de Comercio, ya que en materia mercantil es preferente sobre todos, el procedimiento convencional.

Ahora bien, si en un contrato de fideicomiso se presenta el incumplimiento del fideicomitente deudor, el fiduciario, siendo el titular del patrimonio del fideicomiso, es decir, si se trata de bienes inmuebles, es el propietario de los mismos, tiene la titularidad plena y se encuentra obligado a ejercer ese título de propietario, a través de la venta del inmueble fideicomitado, para dar cumplimiento al fin de garantía expresamente pactado en la constitución del fideicomiso.

En consecuencia de lo anterior, si el bien fideicomitado se encuentra en posesión del fideicomitente, su título es precario, pues de acuerdo con el acto constitutivo del fideicomiso se le dio tal posesión como depositario, en tanto no se ejecute el fin de garantía. Dicha posesión es derivada del fideicomiso, pues la posesión originaria la conserva el fiduciario como propietario del bien.

Cuando ocurra dicho incumplimiento, el fideicomisario debe acreditar al fiduciario dicha situación, presentándole los documentos que amparen el crédito garantizado que no haya sido pagado a su vencimiento por el propio fideicomitente, o bien el incumplimiento de otras obligaciones a su cargo, como podría ser la falta de pago puntual de los impuestos y derechos que cause el propio inmueble que forme parte de la garantía, pues también en los contratos de fideicomiso se precisa que dichos impuestos y derechos, en tanto se encuentra vigente el fideicomiso serán a cargo del fideicomitente, quien conserva tal obligación por encontrarse poseyendo el inmueble fideicomitado.

Con dichos documentos o con la solicitud del fideicomisario que precise el incumplimiento de las prestaciones fiscales, el fiduciario deberá requerir de pago al fideicomitente mediante corredor público o bien por conducto de notario público, para que se lo haga al

fideicomisario, o al fiduciario en caso del pago de prestaciones fiscales, dentro de un plazo de 10 días, apercibido, en caso contrario, de que procederá a la venta del inmueble fideicomitado.

Dicha venta la realizará a través de un remate que se celebrará en las oficinas del propio fiduciario. El precio de venta del inmueble será fijado mediante avalúo que practique otra institución fiduciaria, a solicitud del fiduciario.

Dicho remate deberá ser convocado por medio de un aviso que se publicará en uno de los diarios de mayor circulación del lugar donde se encuentre ubicado el inmueble respectivo.

La base para iniciar la venta del inmueble serán las dos terceras partes del valor del avalúo.

Las personas interesadas para participar en el remate del bien fideicomitado, deberán depositar, antes de la celebración de la primera almoneda el 10% de su postura inicial que propondrá para la adjudicación del bien. Este depósito lo perderá el postor en caso de que se le adjudicara el bien y no cumpliera con el pago del resto de su postura. Esta cantidad incrementará el patrimonio del fideicomiso.

Iniciada la almoneda, el delegado fiduciario de la institución respectiva, dará lectura a las diferentes posturas que haya recibido, para que los participantes interesados puedan hacer pujas a sus respectivas posturas, a fin de que se finque el remate al mejor postor.

Si en la primera almoneda no se presentaren postores, el fiduciario convocará a una segunda almoneda y en la publicación de la misma, hará una retasa del 10% al valor del avalúo.

Si no se presentaren postores en la segunda almoneda, el fiduciario procederá a una tercera almoneda, haciendo una retasa del 20% del valor del avalúo.

Si tampoco se realizara la venta del inmueble en la tercera almoneda, el fiduciario convocará a posteriores almonedas, ofreciendo la venta del inmueble fideicomitado sin sujeción a precio.

El fideicomisario podrá concurrir como postor en cualquier almoneda y su crédito y accesorios serán considerados como parte del precio que ofrezca, relevándose de efectuar el depósito de su postura inicial.

En caso de la venta del inmueble a través del remate, el fiduciario notificará esa situación, primero al fideicomitente y luego al fideicomisario, para que dentro del término de tres días, presenten a un tercero que en las mismas condiciones será preferido, si deposita el 50% del precio de venta y el otro 50% lo pagará a la firma de la escritura correspondiente.

Durante la vigencia del fideicomiso, el fideicomitente podrá conservar la posesión del inmueble fideicomitado, pero con el carácter de depositario, pues la posesión originaria del bien la tendrá el fiduciario y la derivada dicho fideicomitente; en la inteligencia de que el fiduciario le requerirá la entrega del inmueble cuando inicie el procedimiento de venta de dicho bien. La entrega del inmueble la hará en un plazo de diez días a partir del requerimiento respectivo, en la inteligencia de que pagará una renta diaria que se estipule en el contrato de fideicomiso, que se devengará hasta la fecha en que se realice dicha entrega.

El fideicomitente queda obligado al saneamiento para el caso de evicción en cualquiera enajenación que haga el fiduciario a cualquier tercer adquirente o al fideicomisario, según el caso, estipulación que deberá pactarse en la constitución del fideicomiso.

Un procedimiento convencional que se pacte en términos semejantes a los expresados con anterioridad, cubre los aspectos mínimos que dejan a salvo los derechos de las partes.

En caso de que el fideicomitente se oponga al procedimiento de venta del inmueble, podrá depositar ante el fiduciario el importe de la obligación garantizada con sus anexos y dicha oposición se tramitará ante juez de primera instancia competente en la localidad donde se encuentre ubicado el inmueble fideicomitado, a través de un juicio ordinario mercantil⁷⁸.

Naturaleza fiscal de los contratos de fideicomiso

En materia fiscal, los contratos de fideicomiso son regulados como vehículos transparentes que permiten que los efectos fiscales de las operaciones por ellos celebradas, sean reconocidos por los fideicomitentes o fideicomisarios de dichos fideicomisos, excepto en ciertos casos específicamente contemplados en la ley.

Para tales efectos, la legislación fiscal prevé un tratamiento especial en caso de que se realicen actividades empresariales como ejecución del objeto pactado en el contrato de fideicomiso.

Específicamente, la Ley del Impuesto sobre la Renta⁷⁹ establece que cuando se realicen actividades empresariales a través de un fideicomiso, la fiduciaria determinará en los

⁷⁸ Idem, p. 220 a 227

⁷⁹ Artículo 13 de la Ley del Impuesto sobre la Renta

términos del Título II (“De las personas morales”) de la misma, el resultado o pérdida fiscal de dichas actividades en cada ejercicio y cumplirá por cuenta del conjunto de los fideicomisarios las obligaciones señaladas en la ley, incluso el entero de pagos provisionales.

Asimismo, la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única⁸⁰ establece que cuando las personas realicen actividades por las que se deba pagar dicho impuesto a través de un fideicomiso, la institución fiduciaria determinará, en los términos de dicha ley, el resultado o el crédito fiscal a que se refieren los artículos 1º último párrafo, y 11 del mismo ordenamiento, respectivamente, por dichas actividades en cada ejercicio y cumplirá por cuenta del conjunto de los fideicomisarios las obligaciones señaladas en dicha ley, incluso la de efectuar pagos provisionales.

Por otro lado, dicho ordenamiento⁸¹ precisa que los fideicomisarios o, en su caso, los fideicomitentes, que realicen actividades a través de un fideicomiso por las que se deba pagar el impuesto empresarial a tasa única, pero que para los efectos del impuesto sobre la renta no realicen actividades empresariales a través de dicho fideicomiso, podrán optar por cumplir con las obligaciones establecidas en la Ley por su cuenta, siempre que la totalidad de los fideicomisarios o fideicomitentes manifiesten por escrito a la institución fiduciaria dicha circunstancia y ésta presente a más tardar el día 17 del mes siguiente a aquél en el que recibió la manifestación, un aviso ante las autoridades fiscales en el que informe que los fideicomisarios o fideicomitentes cumplirán por su cuenta con las obligaciones establecidas en la Ley por las actividades realizadas a través del fideicomiso. Esta opción no será aplicable cuando no se presente el citado aviso.

⁸⁰ Artículo 16 de la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única

⁸¹ Último párrafo del artículo 16 de la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única

En relación con lo anteriormente señalado, es indispensable definir si a través de un fideicomiso se realizan o no actividades empresariales a fin de determinar el régimen fiscal que le resultaría aplicable.

En este sentido, para determinar la naturaleza del fideicomiso de garantía, para efectos fiscales, que se pretende implementar bajo la alternativa antes planteada, en primer lugar es preciso definir lo que para efectos fiscales se entiende por “actividades empresariales”.

El Código Fiscal de la Federación ⁸² establece que se entiende por actividades empresariales las comerciales, las industriales, las agrícolas, las ganaderas, las pesqueras y las silvícolas, definiendo cada una de ellas dentro del citado precepto.

Para tal efecto, las actividades comerciales (que son las únicas en las cuales podrían encuadrar las actividades que se realizan a través del fideicomiso de garantía, pues es claro que no se trata de alguna de las otras actividades), son definidas por dicho precepto como las actividades que de conformidad con las leyes federales tienen ese carácter, y no están comprendidas en los demás supuestos del citado ordenamiento.

Por lo anterior, debe atenderse a las disposiciones del derecho federal común que regulan los actos de comercio, a efecto de determinar si las actividades que son realizadas a través del fideicomiso de garantía, califican como tales y, en consecuencia, como actividades empresariales para efectos de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

El Código de Comercio⁸³ contiene distintos supuestos relativos a las actividades que para efectos federales deben entenderse como actos de comercio. A la letra dicho artículo señala que se reputan actos de comercio los siguientes:

⁸² Artículo 16 del Código Fiscal de la Federación

⁸³ Artículo 75 del Código de Comercio

-
- “I. Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, 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 y 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;
- VI I. Las empresas de fábricas y manufacturas;
- VIII. Las empresas de transportes 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, casas de empeño y establecimientos de ventas en pública almoneda:
- XI. Las empresas de espectáculos públicos;
- XII. Las operaciones de comisión mercantil;
- XIII. Las operaciones de mediación de negocios mercantiles;
- XIV. Las operaciones de bancos;
- 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 librados 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 ú 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 de naturaleza esencialmente civil;
- 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. Las operaciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;
- XXV. Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código.”

El citado ordenamiento señala que en caso de duda, la naturaleza comercial (o no comercial) del acto será fijada por arbitrio judicial.

Por lo anterior, toda vez que el fin del fideicomiso de garantía que se pretende constituir no encuadraría en ninguno de los supuestos señalados en los incisos anteriores, es posible desprender que dicho fideicomiso, para efectos fiscales, no será un fideicomiso empresarial.

Considerando lo anterior, dado que el propósito del fideicomiso de garantía no consistiría en llevar a cabo ninguno de los supuestos previstos en el artículo 75 del Código de Comercio y en ningún momento se tiene una finalidad de especulación comercial, el fideicomiso de garantía no calificaría como un fideicomiso empresarial para efectos fiscales.

Lo anterior, toda vez que el referido fideicomiso de garantía tiene por objeto ser un vehículo que garantice, frente al fideicomisario (el Banco Mexicano) el cumplimiento de la obligación a cargo del fideicomitente (MexCo), la cual consiste en llevar a cabo el pago del préstamo mediante el cual MexCo adquirió las acciones de PUBASA, con objeto de que TROUST tenga dentro de su cartera de oferta turística destinos ubicados en México.

Régimen fiscal aplicable (fundamentado bajo las disposiciones fiscales vigentes durante el ejercicio fiscal de 2005)

De acuerdo con lo dispuesto en la fracción IX del artículo 29 de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente durante el ejercicio fiscal de 2005, los contribuyentes que efectúen pagos por conceptos de intereses estarían en posibilidad de deducir de la base para la determinación del resultado fiscal del ejercicio los intereses devengados a cargo, sin ajuste alguno.

Por otro lado, continúa señalado la disposición en comento, que en caso de que el préstamo que el Banco Mexicano efectúe a MexCo se efectuado en moneda diferente al peso, se podrá deducir las pérdidas cambiarias devengadas por la fluctuación de la moneda extranjera en la cual se efectúe el préstamo.

En relación con lo anterior, el artículo 31 de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente durante el ejercicio fiscal de 2005 establece que las deducciones autorizadas de la referida ley deberán cumplir, entre otros, con los siguientes requisitos:

i. Requisitos formales de las deducciones

a) La fracción I del artículo 31 de la ley en comento establece que las deducciones deberán ser estrictamente indispensables para la consecución del objeto social del contribuyente.

La adquisición del préstamo que PUBASA pretende solicitar al Banco Mexicano, es necesario para incrementar la oferta de destinos turísticos que actualmente viene operando TROUTS, mismos que se encuentran ubicados en distintos países alrededor del mundo. Lo anterior, implicaría para TROUTS, de manera indirecta a través de PUBASA, la obtención de mayores ingresos derivados de la realización de su actividad principal, la cual consiste en la prestación de servicios hoteleros.

b) La fracción VIII del artículo 31 de la ley en comento establece que en el caso de intereses por capitales tomados en préstamo, estos se hayan invertido en los fines del negocio.

Los recursos obtenidos por el Banco Mexicano serán invertidos para adquirir una nueva unidad de negocios representada por los Hoteles ubicados en México, con lo cual TROUTS, a través de MexCo y posteriormente de PUBASA, incrementaría su oferta de servicios turísticos, la cual es su actividad preponderante, con lo cual se cumpliría el requisito de invertir los recursos en los fines del negocio.

c) La fracción XIV del citado artículo 31 establece como requisito para deducir los intereses que deriven de créditos recibidos, que los mismos correspondan a los de mercado, de lo contrario, el excedente entre el monto de los intereses pagados y el de mercado no será deducible.

Adicionalmente, se deberá considerar el monto de los préstamos como deuda para efectos del cálculo del ajuste anual por inflación a que se refiere el artículo 46 de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente durante el ejercicio fiscal de 2005.

Al respecto, en virtud de que el préstamo sería efectuado por un Banco Mexicano, el cual no calificaría como una parte relacionada de MexCo, la tasa de interés que se pacte en el referido préstamo eventualmente sería a una tasa de mercado.

ii. Gastos no deducibles

Por otro lado, no obstante que el artículo 31 de la Ley del Impuesto sobre la Renta establece los requisitos formales que las erogaciones deben cumplir para ser consideradas como un concepto deducible para efectos del referido impuesto, el artículo 32 de la referida ley establece ciertas limitantes para efectos de considerar a una erogación como un concepto deducible para efectos del impuesto materia de la referida ley.

Al respecto, la fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente durante el ejercicio fiscal de 2005 establece que no deberán considerarse como deducibles los intereses que se deriven de las deudas que tenga el contribuyente en exceso en relación a su capital, los cuales provengan de capitales tomados en préstamo que hayan sido otorgados por una o más personas que se consideren partes relacionadas en los términos del artículo 215 de esta ley, siempre que el monto de las deudas sea superior al triple del monto del capital contable según el estado de posición financiera del contribuyente, sin considerar la utilidad o pérdida neta de dicho ejercicio.

El mecanismo antes señalado, en principio tiene como intención limitar la deducción de intereses provenientes de deudas contratadas con partes relacionadas y en algunos casos con partes independientes en el extranjero; sin embargo, dada la redacción de la disposición, pareciera que se debe hacer en relación con todas las deudas del contribuyente.

No obstante lo anterior, las propias disposiciones establecen ciertas excepciones para aquellos contribuyentes que obtengan resolución favorable por parte de las autoridades fiscales, en las que se confirme que los precios pactados en sus operaciones equivalen a valores de mercado.

La limitante en la deducción de los intereses resulta aplicable para aquellos préstamos que se contraten con partes relacionadas residentes en México o en el extranjero, y con partes independientes residentes en el extranjero cuando se tengan partes relacionadas.

En relación con lo anterior, este supuesto no resultaría aplicable al caso particular en virtud de que esta la limitante en la deducción de los intereses establecida en la fracción XXVI del artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta resulta aplicable para aquellos préstamos que se contraten con partes relacionadas residentes en México o en el extranjero, y con partes independientes residentes en el extranjero cuando se tengan partes relacionadas.

iii. Créditos respaldados

El artículo 92 de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente durante el ejercicio fiscal de 2005 establecía que tratándose de intereses que se deriven de créditos otorgados a personas morales o a establecimientos permanentes en el país de residentes en el extranjero, por personas residentes en México o en el extranjero, que sean partes relacionadas de la persona que paga el crédito, los contribuyentes considerarán, para los efectos de la ley en comento, que los intereses derivados de dichos créditos tendrán el tratamiento fiscal de dividendos, entre otros, cuando los intereses provengan de créditos respaldados, inclusive cuando se otorguen a través de una institución financiera residente en el país o en el extranjero.

Al respecto, la fracción V del artículo 92 de la Ley del Impuesto sobre la Renta establece que se consideran créditos respaldados las operaciones por medio de las cuales una persona le proporciona efectivo, bienes o servicios a otra persona, quien a su vez le proporciona efectivo, bienes o servicios a la persona mencionada en primer lugar o a una parte relacionada de ésta. También se consideran créditos respaldados aquellas operaciones en las que una persona otorga un financiamiento y el crédito está garantizado por efectivo o depósitos de efectivo de una parte relacionada o del mismo acreditado, en la medida en que esté garantizado de esta forma.

En relación al caso en particular, el préstamo que sería otorgado por el Banco en México no actualizaría ninguno de los supuestos contenidos en la fracción V del artículo 92 de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente en el ejercicio fiscal de 2005.

Derivado de lo anterior, en la medida en que PUBASA cumpla con los requisitos formales señalados en el artículo 31 de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente durante el ejercicio fiscal de 2005 y no actualice ningún de los supuestos contenidos en el artículo 32 de la referida ley antes señalados, la misma estará en posibilidad de considerar los pagos que efectúe por concepto de intereses como deducibles para efectos de la determinación del impuesto sobre la renta a su cargo.

Impuesto al activo

Es importante señalar que el impuesto al activo es un gravamen complementario del impuesto sobre la renta que equivale al impuesto que resultaría aplicable al retorno de la inversión de los activos mantenidos en una entidad.

En este sentido hasta el ejercicio fiscal de 2004, los contribuyentes del impuesto al activo no podían deducir para la determinación de la base del referido impuesto, entre otras, las deudas contratadas con el sistema financiero o su intermediación⁸⁴.

Sin embargo, como consecuencia de los criterios jurisprudenciales emitidos por la SCJN⁸⁵, fueron declaradas inconstitucionales la limitante antes señalada y por ende eliminada del artículo 5 de la Ley del Impuesto al Activo.

En este sentido, de acuerdo con la reforma efectuada al artículo 5 de la Ley del Impuesto al Activo vigente durante el ejercicio fiscal de 2005, PUBASA podrá deducir del valor del activo en el ejercicio, las deudas contratadas con el sistema financiero o su intermediación.

⁸⁴ Artículo 5 de la Ley del Impuesto al Activo 2004

⁸⁵ ACTIVO. EL ARTÍCULO 5o., PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, EN CUANTO HACE UNA EXCEPCIÓN A LA AUTORIZACIÓN DE CIERTAS DEDUCCIONES, VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA. Pleno. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta X, Noviembre de 1999. Pág. 10

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

- 1) Alfaro, Ricardo J. *El fideicomiso. Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución nueva semejante al TRUST del Derecho Inglés*. Imprenta Nacional, Panamá, 1920
- 2) Barrera Graf, Jorge. *Estudios de Derecho mercantil. Dos estudios sobre fideicomiso*. Edit. Porrúa, México, 1958
- 3) Barrera Graf, Jorge. *Los negocios fiduciarios*, JUS. Revista de Derecho y ciencias sociales, Tomo XXXIV, julio-septiembre, 1950, núm. 144
- 4) Batiza, Rodolfo, *El fideicomiso, teoría y práctica*, México, Edit. Porrúa
- 5) Batiza, Rolfo, *Una Nueva Estructura del Fideicomiso en México*. Revista El Foro. Cuarta Epoca, Núm. 1. Julio-Septiembre de 1953
- 6) Claret y Marti, Pompeyo, *De la Fiducia y del Trust*. Estudio de Derecho Comparado, Barcelona, 1946
- 7) Cámara Lapuente, Sergio. *Operaciones fiduciarias o trust en Derecho Español*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Núm. 654, septiembre-octubre 1999
- 8) Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso*. Sexta Edición. Edit. Porrúa. 1996
- 9) Messina, Guisepe, *Negozi Fiduciari, Scritti Giuridici*. Milano, 1948. Tomo 1
- 10) Molina Pasquel, Roberto, *Los derechos del fideicomisario*, Edit. JUS, México, 1946
- 11) Molina Pasquel, Roberto. *Ensayo sobre la propiedad en el Trust*, Edit JUS, México, 1951
- 12) Molina Pasquel, Roberto. *Recepción, Evolución y Estado actual del Fideicomiso en el Derecho Mexicano*, Buenos Aires, 1958

-
- 13) Pettit, Eugene, *Tratado elemental de Derecho romano*, Madrid
 - 14) Pugliatti, Salvador. *Introducción al Estudio del Derecho civil*, México, 1943
 - 15) Rabasa Oscar, *El Derecho angloamericano. Estudio expositivo y comparado del Common Law*. Fondo de Cultura Económica. Primera Edición. 1994
 - 16) Rodríguez Ruíz, Raúl, *El Fideicomiso*. Primera Edición. Ediciones Contables Administrativas. 1990
 - 17) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. *Curso de Derecho mercantil*, 3 ed., Ed. Porrúa, México, 1957, tomo II
 - 18) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. *La separación de los bienes en la quiebra*. Imprenta Universitaria. México, 1951
 - 19) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. *El Fideicomiso*, Revista JUS, No. 94, t. XVI, México, mayo 1946
 - 20) Serrano Trasviña, Jorge. *Aportaciones al fideicomiso*. México, 1950
 - 21) Velasco, Emilio. *Los instrumentos de trust y los Ferrocarriles Nacionales*. Revista General de Derecho y Jurisprudencia. Año III. Núm. 3. Julio a septiembre de 1932
 - 22) Vega Corona, Dolores. Breve esbozo del trust anglosajón, en Revista de Derecho y Legislación, año 52, núms. 626-629, Caracas, julio-septiembre de 1963
 - 23) Villagordoa Lozano, José Manuel, *Doctrina general del fideicomiso*, México, Edit. Porrúa, 1982
 - 24) Villagordoa Lozano, José Manuel, *Breve Estudio sobre el Fideicomiso*, Publicación del Seminario de Derecho Mercantil y Bancario de la Facultad de Derecho de la UNAM, 1955

LEYES

- 1) Código de Comercio
- 2) Código Fiscal de la Federación
- 4) Código de Sucesiones de California
- 3) Ley del Impuesto sobre la Renta
- 4) Ley del Impuesto al Activo
- 5) Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única
- 6) Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
- 7) Reglamentos del Tesoro de los EUA
- 8) Restatement of the Law Second, Trusts

TESIS

- 1) FIDEICOMISO, NATURALEZ DEL. Sala Auxiliar. Séptima Época. Semanario Judicial de la Federación. Pág. 39
- 2) FIDEICOMISO. ES UN NEGOCIO JURIDICO Y NO UNA PERSONA MORAL CORRESPONDIENDO SU REPRESENTACIÓN A LA FIDUCIARIA. Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Semanario Judicial de la Federación. Pág. 187
- 3) FIDEICOMISO. SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO PUBLICO DE LA PROPIEDAD. Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Semanario Judicial de la Federación. Pág. 259
- 4) ACTIVO. EL ARTÍCULO 5o., PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, EN CUANTO HACE UNA EXCEPCIÓN A LA AUTORIZACIÓN DE CIERTAS DEDUCCIONES, VIOLA EL

PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA. Pleno. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta X, Noviembre de 1999. Pág. 10

5) Estate of Harold E. Casey v. Comm’r, 55 T.C. 737

6) Estate of Oei Tjong Swan v. Commissioner, 24 T.C. 829 (1955)

* * * * *

México, D.F.

Marzo de 2012