



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

E. N. E. P. - ACATLAN

Carrera de Licenciado en Derecho

ORGANOS DE ADMINISTRACION
EN EL FIDEICOMISO PUBLICO



T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A

GERARDO HELADIO GAYTAN MALDONADO

ACATLAN, MEX.

1985



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ORGANOS DE ADMINISTRACION
EN EL FIDEICOMISO PUBLICO

I N D I C E

	Pág.
PROLOGO	4
CAPITULO I. EL FIDEICOMISO	
Naturaleza Jurídica	6
Elementos del Fideicomiso	16
Clasificación del Fideicomiso	19
Régimen Jurídico	24
CAPITULO II. EL FIDEICOMISO EN LA ADMINISTRACION PUBLICA	
El Fideicomiso Público	31
Constitución	33
Organización	38
Operación	41
Diferencia con el Privado	43
CAPITULO III. LA ADMINISTRACION FIDUCIARIA	
Estructura Administrativa del Fideicomiso	51
Derechos y Obligaciones del Fideicomitente	56
Derechos y Obligaciones de la Fiduciaria	59
Límite de Responsabilidad de la Fiduciaria	62

CAPITULO IV. LOS DELEGADOS FIDUCIARIOS

Los Delegados Fiduciarios Generales	67
Análisis de sus Facultades	71
Los Delegados Fiduciarios Especiales	74
Funciones	77

CAPITULO V. LOS COMITES TECNICOS O DE DISTRIBUCION DE FONDOS

Los Comités Técnicos	87
Integración	91
Funcionamiento	96
Facultades	101
Limitaciones	109
Problemática Operativa	115

CONCLUSIONES	117
--------------	-----

BIBLIOGRAFIA	120
--------------	-----

LEGISLACION CONSULTADA	122
------------------------	-----

OTRAS FUENTES	123
---------------	-----

P R O L O G O

El Fideicomiso en México ha dejado de ser una mera operación bancaria para convertirse en una figura cuyos caracteres - hacen necesario un replantamiento de sus propósitos originales. Bajo esta óptica conviene analizar si los llamados fideicomisos con administración propia, son una variante del fideicomiso --- original o si son entes creados bajo la fórmula fiduciaria pero que en su funcionamiento se van alejando de los principios que los originaron.

El fideicomiso público mexicano es una manifestación del notable desarrollo alcanzado por esta figura. Sin embargo, el estudio de estas entidades permite observar que ese desarrollo ha sido mas bien de tipo operativo que jurídico, sobre este punto baste mencionar que nuestra legislación durante las últimas décadas, salvo pequeñas variantes, ha reglamentado de igual manera los fideicomisos públicos y los privados. Lógicamente el crecimiento operativo del fideicomiso ha implicado que muchos aspectos que actualmente se presentan no estén reglamentados.

En el presente trabajo se trata de estudiar los órganos de administración del fideicomiso público, ya que a pesar de su especial importancia, nuestras leyes no les han otorgado un tratamiento acorde con el complejo funcionamiento que presentan.

CAPITULO I

EL FIDEICOMISO

Naturaleza Jurídica

Elementos del Fideicomiso

Clasificación del Fideicomiso

Régimen Jurídico

NATURALEZA JURIDICA

Es en el Derecho Inglés donde se encuentran los antecedentes más importantes del fideicomiso mexicano, que son: el Antiguo Use y el Moderno Trust.

En términos generales, el Use "consistía en una transmisión de tierras realizada por acto entre vivos o por testamento a favor de un prestanombre, quien las poseería en provecho del beneficiario". (1)

A pesar de que no existe una definición de Trust comúnmente aceptada por los tratadistas, para efectos de este trabajo citaremos la de Scott y Keeton, tomada de la obra del maestro Raúl Rodríguez y Rodríguez, que dice: "el trust es la relación fiduciaria con respecto a bienes, que impone a la persona titular del derecho de propiedad, obligaciones en equidad de disponer de la propiedad para beneficio de otra persona, relación que surge como resultado de la manifestación de la intención de crearla". (2)

Otros autores explican el Trust estableciendo que se da cuando una persona llamada Settlor separa de su patrimonio un conjunto de bienes para confiarlos a otra llamada Trustee, para que ésta les dé un determinado uso en favor de un tercero -

(1) Rodolfo Batiza. "El Fideicomiso. Teoría y Práctica". Ed. Porrúa, S.A., México 1976, pág. 33.

(2) Cit. por Raúl Rodríguez y Rodríguez. "El Fideicomiso y la Organización Contable Fiduciaria". Ed. ECASA, México - 1977, pág. 48.

denominado Cestui Que Trust.

Es importante señalar que el fideicomiso mexicano encuentra su antecedente directo e inmediato en el Trust anglosajón.

Las teorías más importantes que tratan de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso son: la Teoría del Mandato, la Teoría del Patrimonio Afectación, la Teoría del Desdoblamiento del Derecho de Propiedad y la Teoría de la Titularidad del Fiduciario, a continuación se estudiará cada una de ellas.

Teoría del Mandato

Encuentra su principal expositor en el Dr. Ricardo J. Alfaro, quien antes que nadie trató de asimilar el trust anglosajón a los sistemas jurídicos latinoamericanos. Para este tratadista "el fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten al fiduciario determinados bienes, para que disponga de ellos y de sus productos, según la voluntad del que los entrega, llamado Fideicomitente, en beneficio de un tercero, llamado Fideicomisario". (3)

Tratando de confirmar su teoría este autor añade "...se han dado muchas definiciones tanto del Fideicomiso Romano como del Trust Inglés. Pero si se les compara cuidadosamente se po

(3) Ricardo J. Alfaro. "Adaptación del Trust del Derecho Anglosajón al Derecho Civil". Ed. Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, La Habana, Cuba --- 1948, págs. 41 y 42.

drá ver que todas coinciden en un elemento esencial, tanto el fiduciario como el trustee inglés es siempre una persona la -- que ejercita un encargo o comisión que le ha sido dado por --- otra persona para beneficio de un tercero". (4)

La teoría del Dr. Alfaro fue rechazada con base en la -- siguiente crítica: Es cierto que el fiduciario o el trustee -- desempeñan un cargo, pero no como mandatarios, sino que en el desempeño de dicho encargo ejercitan directamente los derechos que se les transmiten para la realización de los fines del --- fideicomiso o trust. Además, el mandato no implica la transmisión de bienes como condición Sine Cuan Non para perfeccionar-se.

Teoría del Patrimonio Afectación

Es conveniente iniciar el análisis de esta teoría ----- haciendo una revisión de los aspectos generales de la Teoría - del Patrimonio dentro del derecho.

Francisco Ferrara, en su obra "Teoría de las Personas - Jurídicas", expone las ideas de Brinz, quien divide los patrimonios en dos categorías: Patrimonio de Personas y Patrimonios Impersonales, también llamados patrimonios afectos a un fin o patrimonios de destino.

Según este autor, "los Patrimonios Personales son aque-

(4) Ricardo J. Alfaro. Ob. Cit., pág. 42.

llos que pertenecen a un sujeto de derecho, en tanto que los Patrimonios Impersonales son aquellos que carecen de dueño pero se encuentran adscritos al logro de una finalidad determinada y gozan de garantías jurídicas especiales. Estos últimos -- patrimonios tienen derechos, pero no son de alguien sino de al go, es decir, del patrimonio mismo". (5)

Partiendo de la teoría de Brinz, Pierre Lepaulle definió el Trust anglosajón como "una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derechos, que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación". -- (6)

Siguiendo las ideas de Lepaulle, se ha tratado de explicar la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso señalando que se -- trata de un patrimonio afecto a un fin y que lo único indispensable para su constitución es la Res o bien que será afectado, ya que su nacimiento no depende estrictamente de la voluntad de alguien, sino que puede constituirse por disposición de la ley, siendo característico de ese patrimonio su autonomía con respecto a las partes que intervienen en el acto.

En estas condiciones, para Landerreche Obregón, el fi--

-
- (5) Francisco Ferrara. "Teoría de las Personas Jurídicas". Ed. Reus, Madrid, España 1929, pág. 12.
 (6) Pierre Lepaulle. "La Naturaleza del Trust", Artículo - publicado en la Revista General de Derecho y Jurisprudencia Tomo III, México, D. F., 1932, págs. 113 y 114.

deicomiso "constituye un patrimonio autónomo, es decir, que no pertenece a ninguna de las personas que participan en él, y al cual quedan transferidos los derechos afectados por el fideicomitente". (7)

Muchas fueron las críticas que recibió la Teoría del Patrimonio Afectación, ya que la mayoría de los tratadistas consideran que no puede hablarse de derechos sin titular; todo derecho es facultad jurídica de alguien, de la misma forma que toda obligación supone la existencia de un obligado.

Algunos autores como el ilustre maestro Don Rodrigo Vázquez Armenio señala que "la circunstancia de que ciertos patrimonios se encuentran destinados a fines específicos, no significa que sean sujetos de derecho -y agrega- tampoco estamos de acuerdo con Lepaulle cuando afirma que el trustee, o fiduciario en nuestro derecho es un simple medio para lograr la afectación de los bienes, que se realiza en el trust o fideicomiso; por el contrario, es el titular de esos derechos para poder obtener la consecución de los fines propios de esta operación". (8)

En el razonamiento hecho por este autor queda estableci

-
- (7) Juan Landerreche Obregón. "Naturaleza Jurídica del Fideicomiso en el Derecho Mexicano". Artículo publicado en la Revista JUS. T.X., No. 50, México, 1942, pág. 22.
- (8) Rodrigo Vázquez Armenio. "Naturaleza Jurídica del Fideicomiso Mexicano y sus Principales Aplicaciones Prácticas". Ed. Librería de Manuel Porrúa, S. A. México, 1969 pág. 17.

señorío equitativo (equitable state)". (10)

Considerando la doble reglamentación que impera en el sistema jurídico inglés (el common law y la equidad), podría aceptarse para el trust el desdoblamiento de la propiedad de que habla Franceschelli; sin embargo, en los regímenes latinos no puede aceptarse esta idea, ya que el derecho de propiedad es un derecho absoluto y la presencia de un titular excluye la existencia de otro.

En nuestro país, Manuel Lizardi Albarrán, siguiendo los enunciados propuestos por Franceschelli, trató de encontrar -- una doble propiedad en el fideicomiso, señalando que el fiduciario tiene un derecho de propiedad sobre los bienes y el fideicomisario un derecho económico sobre los mismos, lo cual es inaceptable si entendemos que no pueden existir dos derechos reales de propiedad sobre un bien; además, nuestro régimen jurídico, por ser único, no contempla la doble reglamentación de los sistemas anglosajones.

Teoría de la Titularidad del Fiduciario

En México, probablemente el más destacado seguidor de esta teoría sea el Dr. Joaquín Rodríguez y Rodríguez, quien analiza el fideicomiso desde tres puntos de vista: "el que se refiere a su configuración como negocio jurídico, el que atañe a

(10) Remo Franceschelli. Ob. Cit. pág. 28.

su estructura como modalidad del derecho de propiedad, y el -- que concierne a su calificación como operación bancaria". (11)

En primer término Rodríguez y Rodríguez sostiene que el Fideicomiso debe ser considerado como un negocio fiduciario -- "en cuanto se trata de un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes, con la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan". (12) Para este au-- tor, en el fideicomiso es el fiduciario el que tiene el domi-- nio de los bienes, pero se trata de un dominio limitado, de -- una propiedad jurídica, no económica, por lo que el fiduciario ejerce las facultades de dominio en provecho ajeno.

En lo referente al fideicomiso como régimen de propie-- dad, este tratadista señala que el fideicomiso implica una --- transmisión de propiedad en favor del fiduciario, que debe cubrir todos los requisitos correspondientes. Esto, en nuestro - derecho, se cumple diariamente cuando realizamos operaciones de fideicomiso con los Bancos.

En cuanto a que el fideicomiso^h es una operación banca-- ria, consideramos que la mayoría de los tratadistas de este te

(11) Joaquín Rodríguez y Rodríguez. "Curso de Derecho Mercan-- til". Tomo II. Ed. Porrúa, S. A., México, 1947, pág. 531.

(12) Joaquín Rodríguez y Rodríguez. Ob. Cit. pág. 532

ma estarán de acuerdo con tal afirmación, ya que nuestra legislación regula precisamente al fideicomiso como una operación bancaria, pues en la mayoría de los casos sólo los bancos pueden fungir como instituciones fiduciarias.

Aceptamos parcialmente la teoría que sostiene el Dr. --- Rodríguez y Rodríguez, pero no estamos de acuerdo en su afirmación referente a que el fideicomiso es un negocio fiduciario.- Existen diferencias fundamentales que revelan que el fideicomiso satisface múltiples necesidades jurídicas para el tráfico económico, en forma más clara y apropiada que mediante el negocio fiduciario.

El negocio fiduciario es un negocio único integrado por dos relaciones: una real, que es la transmisión de los bienes del fideicomitente al fiduciario, y una obligatoria, que es la que constriñe al fiduciario a cumplir el fin que le dio origen al negocio.

Los tres elementos principales del negocio fiduciario -- son también los rasgos distintivos del fideicomiso y son: a) - Unidad del negocio; b) Transmisión plena de bienes o derechos, y c) Afectación a un fin.

A pesar de su similitud formal, entre fideicomiso y negocio fiduciario existen diferencias fundamentales que los separan de manera definitiva, a saber:

a) El fideicomiso es un negocio perfectamente tipificado y el negocio fiduciario es un contrato innominado, y las relaciones entre fiduciante y fiduciario se rigen exclusivamente por la buena fe, con la diferencia de que en el fideicomiso -- las relaciones están reguladas por la ley y por el contrato -- constitutivo.

b) En el negocio fiduciario, el fiduciario es un verdadero propietario; en el fideicomiso, la institución fiduciaria jamás se convierte en propietaria, aunque tiene el título legal para cumplir el fin de los bienes fideicometidos.

c) El fideicomiso existe y surte plenos efectos mediante un solo contrato con la fiduciaria, mientras que en el negocio fiduciario hay un doble contrato entre el fiduciante y el fiduciario.

d) Cualquiera puede desempeñar el negocio fiduciario; - el fideicomiso, únicamente las instituciones de crédito autorizadas.

Independientemente de lo anterior, la diferencia más importante es que en el fideicomiso hay afectación expresa de -- bienes, lo que no ocurre en el negocio fiduciario.

Estamos de acuerdo con el Dr. Rodríguez y Rodríguez, en que el fideicomiso implica la transmisión de los bienes al fiduciario, otorgándole la titularidad de los mismos, pero no en que se trate de un negocio fiduciario. Sobre este problema co-

menta Rodolfo Bátiza: "la tutela jurídica de los derechos del fideicomitente y del fideicomisario evidencian la falta de fundamentos para la posición que insiste en que el fideicomiso es un negocio fiduciario". (13)

ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO

Para efectos de este trabajo, definiremos el fideicomiso tal y como lo establece el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito - determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

Desglosando la definición que hemos dado de fideicomiso, resulta obvio que para su integración se requieren ciertos elementos que pueden ser de tres tipos: esenciales, cuando inciden en la existencia del negocio; de validez, cuya ausencia provoca la nulidad del negocio; y personales, que son los que darán vida física al negocio. A continuación analizaremos cada uno de estos elementos.

Elementos Esenciales

a) Voluntad o Consentimiento. La voluntad es el elemen-

(13) Rodolfo Batiza. "Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria". Ed. Porrúa, S. A. - México, 1977, pág. 194.

to por excelencia de cualquier acto o negocio jurídico, pero no es una voluntad psicológica interna, sino que debe ser una voluntad manifestada externamente con el propósito de producir consecuencias de derecho. A su vez, es necesario que la manifestación externa coincida con el querer interno.

b) Objeto. La voluntad o consentimiento expresados por las partes en el fideicomiso se proponen un objeto determinado que es el nacimiento de efectos jurídicos.

El objeto debe ser física o jurídicamente posible; o sea, que no debe oponerse a alguna ley de la naturaleza ni debe existir una norma jurídica que se convierta en un obstáculo insalvable para su realización.

El objeto directo del fideicomiso es afectar un conjunto de bienes o derechos a un fin determinado. A partir del momento en que se perfecciona el contrato de fideicomiso, se modifica el régimen legal de los bienes, adquiriendo éstos el carácter de fideicometidos. El objeto indirecto del fideicomiso puede ser toda clase de bienes y derechos lícitos.

Requisitos de Validez

a) Licitud en el objeto, fin, motivo o condición. Este no debe ir en contra del orden público y las buenas costumbres.

b) Capacidad de ejercicio. El fideicomitente debe tener la aptitud legal para afectar sus bienes, debe ser mayor -

de edad y no encontrarse incapacitado.

c) Forma. El fideicomiso debe constar por escrito y deberá ser constituido en escritura pública, cuando el valor de los bienes fideicometidos excede de \$ 500.00. Además, en este caso, tendrá que ser inscrito en el Registro Público de la Propiedad.

d) Ausencia de vicios en la voluntad. En caso de que en el fideicomiso la voluntad del fideicomitente sea expresada exteriormente, pero que dicha manifestación no coincida con el sentir interno del expresante, el negocio fiduciario estará atacado por un vicio de voluntad, lo que implicaría la invalidez del fideicomiso.

Elementos Personales

En el fideicomiso intervienen normalmente tres personas: el Fideicomitente, el Fiduciario y el Fideicomisario. A continuación expondremos en qué consiste cada uno de estos elementos.

A. Fideicomitente

Es aquella persona que constituye el fideicomiso destinando ciertos bienes a la realización de un fin, transmitiendo su titularidad al fiduciario.

La L.G.T.O.C. establece, en su artículo 349, que pueden

ser fideicomitentes "las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica".

B. Fiduciario

Es la persona que tiene la titularidad de los bienes o derechos fideicometidos y que se encarga de realizar los fines del fideicomiso.

Conforme lo establecido en el artículo 350 de la ----- L.G.T.O.C., sólo las instituciones expresamente autorizadas -- por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito pueden realizar operaciones fiduciarias.

C. Fideicomisario

Es la persona que recibe los beneficios del fideicomiso. En nuestra legislación puede constituirse el fideicomiso sin - designar fideicomisario.

El artículo 348 de la L.G.T.O.C. señala que pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho del fideicomiso.

CLASIFICACION DEL FIDEICOMISO

Sin pretender agotar el análisis de todas las clases de Fideicomisos que en México se celebran, y siguiendo principal-

mente la clasificación elaborada por el Lic. Vázquez Armenio - (14), intentaremos agrupar el Fideicomiso, considerando la --- práctica más usual de esta figura en los círculos bancarios. - Así, podremos citar dentro de los fideicomisos más importantes a los siguientes:

Fideicomisos Traslativos

Son aquellos que tienen como fin que el fiduciario ---- transmita la titularidad de los bienes fideicometidos al fidei- comisario o a la persona señalada en el acto constitutivo.

Este tipo de fideicomisos se presentan cuando existen - inconvenientes -legales o prácticos- para que se pueda llevar a cabo alguna de las operaciones tradicionales para transmitir la propiedad, tales como la compra-venta o la donación.

Fideicomisos de Garantía

Son aquellos en los que se transmite al fiduciario la - titularidad de ciertos bienes o derechos, para asegurar el cum- plimiento de una obligación que es a cargo del fideicomitente o de un tercero.

Este tipo de fideicomisos, por su propia naturaleza, --

(14) Rodrigo Vázquez Armenio, "Naturaleza Jurídica del Fidei- comiso Mexicano y sus Principales Aplicaciones Prácti- cas". Ed. Librería de Manuel Porrúa, S.A. México, 1969, pág. 27.

son contratos accesorios, porque siempre se ligan al contrato principal que los motiva. Su vigencia se encuentra íntimamente ligada a la duración de la obligación principal, ya que a la terminación de ésta el fideicomiso concluye.

La actividad del fiduciario puede tener dos aspectos -- distintos: proceder a la enajenación de los bienes en caso de incumplimiento del deudor, para cumplir con la obligación garantizada, o bien, desde un principio y como fuente de pago, - ejercitar los derechos para cumplir con la referida obligación.

Si el fideicomitente cumple con la obligación garantizada, se extinguirá el fideicomiso y el fiduciario devolverá los bienes o derechos fideicometidos al fideicomitente, salvo pacto en contrario.

En caso de que se tenga que hacer efectiva la garantía por incumplimiento del deudor, se siguen las reglas que para - el efecto se establecen en el fideicomiso, o se cumple el procedimiento usual para esos casos, y que se sujeta a las siguientes normas:

a) Para que se proceda a la venta de los bienes, el fideicomisario debe comprobar al fiduciario el incumplimiento de la obligación solicitando que se proceda a la enajenación de - los bienes;

b) Que el fiduciario requiera el pago al deudor, dando-

le un plazo para tal efecto y notificándole que de no pagar, se -- procederá a dar cumplimiento a la obligación con los bienes -- afectados al fideicomiso;

c) En el acto constitutivo debe fijarse el precio de -- los bienes, o dar las bases para que se fije, y

d) Que en el contrato de fideicomiso se determine el -- procedimiento a seguir para la venta de los bienes.

Fideicomisos de Administración

Son aquellos en los que el fiduciario recibe los bienes o derechos fideicometidos para efectuar las operaciones señaladas en el acto constitutivo del fideicomiso, o para encargarse de la guarda, conservación o, en general, de cualquier otro -- acto de administración de los mismos.

En estos Fideicomisos principalmente se efectúan dos tipos de actividades:

a) La actividad de inversión que consiste en que el fiduciario adquiera, con cargo al patrimonio del fideicomiso, -- los bienes que le señale el fideicomitente.

En este caso, el fiduciario cumple su cometido cuando -- efectúa la inversión, mediante la adquisición de bienes que -- produzcan un rendimiento, o cuando dicha inversión consiste en otorgar créditos a empresas, sociedades físicas, etc., obte---

niendo el pago de los intereses o primas correspondientes, como en los casos del FONEP o FONACOT, según veremos más adelante.

b) La actividad de administración propiamente dicha y - que consiste en que el fiduciario, como titular del patrimonio del fideicomiso, se encargue de la guarda y conservación de -- los bienes que integren el patrimonio, efectúe el cobro de los productos y los entregue al fideicomisario.

Este tipo de operaciones son convenientes en la práctica, porque se protegen determinados patrimonios cuando su titular se encuentra impedido legal o físicamente para ejercitar - los derechos inherentes a los bienes.

Fideicomisos Celebrados por Disposición de la Ley

Este tipo de fideicomisos, que actualmente en nuestro país han tenido gran auge, no son propiamente constituidos por voluntad del fideicomitente, sino que su nacimiento se deriva del cumplimiento a lo ordenado en una ley o en algún decreto - del Ejecutivo.

Son aquellos en los que se crea un patrimonio destinado a satisfacer las necesidades de un determinado grupo o clase - social, encomendando la realización de este fin a una institución fiduciaria. En estos casos la fiduciaria será una institución nacional de crédito.

El espíritu del legislador, al dar las bases para la -- constitución de estos fideicomisos, es la protección de los in- tereses de un grupo que desempeñe un papel importante dentro - de la economía nacional, o de la clase social económicamente - mas débil.

Régimen Jurídico

a. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de - 1932

Esta ley, actualmente en vigencia, en sus artículos del 346 al 359, define y reglmenta el Fideicomiso Mexicano.

Como se desprende del contenido de los artículos que la integran, los legisladores de aquellos años jamás imaginaron - el uso tan variado que tendría en la práctica el fideicomiso, - por lo que en catorce artículos trataron de reglamentar una se- rie de operaciones, que en aquel tiempo fueron poco utilizadas, pero que actualmente exigen la existencia de un cuerpo jurídi- co único que las regule. A este respecto, el Lic. Carlos A. -- Arocha Morton hace el siguiente comentario: "Es indudable que en México se ha logrado la más importante obra legislativa so- bre el trust en un país de Derecho Romano, labor que, sin em-- bargo, ha presentado lagunas y deficiencias entre las que pue- den destacarse las relativas a: 1) Comités Técnicos o de Dis-- tribución de Fondos; 2) Delegados Fiduciarios Generales, Espe- ciales, Directores y Gerente; 3) Vigilancia; 4) Información --

Financiera Periódica". (15)

En el artículo 346 de esta ley se encuentra explicada - la Naturaleza del Fideicomiso, al señalar que "en virtud del -- fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a - una institución fiduciaria". El artículo 347 agrega que "el -- fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fidei comisario, siempre que su fin sea lícito y determinado".

De los preceptos anteriores podría interpretarse que el fideicomiso se perfecciona únicamente con destinar un bien a - la realización de un fin, lo que confirmaría la Teoría del Patrimonio Afectación sustentada por Pierre Lepaulle. Sin embargo, nuestra ley superó esta situación al establecer en su artí culo 356 que "la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fi-- deicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto". Resulta indispensable que la fiduciaria tenga es-- tas facultades para poder cumplir con los fines del fideicomiso.

Los artículos del 348 al 355 fijan los requisitos que - deben cubrir los elementos que integran el fideicomiso, así co

(15) Carlos A. Arocha Morton. "Notas sobre una Posible Ley - de Fideicomisos de la Administración Pública Paraestatal", Documentos de Divulgación Interna de Nacional Financiera, S.A., México 1981, págs. 4 y 5.

no los bienes que pueden ser objeto del mismo.

En el artículo 357 se habla de las causas de extinción del fideicomiso, enumerándolas como sigue:

- "I. Por la realización del fin para el cual fue constituido;
- II. Por hacerse imposible el cumplimiento del fin;
- III. Por no poderse cumplir la condición suspensiva de que dependa, en el plazo fijado en el acto constitutivo, o dentro de un plazo de 20 años;
- IV. Por cumplirse la condición resolutoria;
- V. Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario, y
- VI. Por revocación del fideicomitente, si se reservó ese derecho".

Por último, en el artículo 359 son señalados los fideicomisos prohibidos, que son de tres tipos:

- "I. Aquellos que se establecen en forma secreta;
- II. Aquellos en los que el beneficio se concede a diversas personas sucesivamente, que deban sustituirse - por muerte de la anterior; y

III. Aquellos cuya duración sea mayor de 30 años, salvo que el fideicomisario sea una institución científica o artística sin fines de lucro.

b. Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985.

En virtud de que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no regulaba de manera práctica la realización de las operaciones fiduciarias, sino que únicamente establecía lineamientos generales, se hizo necesario que la Ley de Instituciones de Crédito de 1941 reglamentara, en sus artículos 44 al 46, la actividad de las instituciones fiduciarias.

A partir de enero de 1985, la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito abrogó la ley antes mencionada y en los artículos 60 al 66 reglamenta las operaciones de fideicomiso. La nueva Ley se propone ordenar las normas que regulan la actividad fiduciaria, respetando en algunos casos de artículos contenidos en la ley abrogada e incorporando algunas otras innovaciones como el artículo 66 que ante no existía.

c. Decreto del 27 de febrero de 1979.

Ya en materia de fideicomiso público, haremos mención del Decreto de fecha 27 de febrero de 1979, "por el que se establecen las bases para la constitución, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal.

Este Decreto se propuso cuidar los intereses pecunia--- rios de la nación, asegurar el debido cumplimiento de la encomienda fiduciaria, regular las actividades de las personas que intervienen en la administración de los fideicomisos, y precisar la posición de las propias fiduciarias "con motivo de la ejecución de los acuerdos de los Comités Técnicos", como dice el último de sus considerandos.

El Decreto en cuestión se redujo a reiterar las disposi ciones contenidas en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédi- to, en la de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxilia res, en la orgánica de la Administración Pública Federal, en la de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público y en la de Deu da Pública. El objetivo es el de subrayar que en el fideicomiso es una institución fiduciaria, la responsable de realizar los fines del fideicomiso e insistir en que los Delegados Fidu ciarios, Gerentes o Directores de Fideicomisos deben actuar -- con estricto apego a las decisiones de las instituciones fidu ciarias.

Un acierto del Decreto consistió en dejar claro que los Comités Técnicos pueden gozar de las más amplias facultades, -- pero siempre que estén orientadas al cumplimiento de los fines del fideicomiso, de manera que la fiduciaria debe abstenerse -- de cumplir las resoluciones de los Comités Técnicos, dictadas en exceso de sus facultades o en violación de las cláusulas -- del contrato de fideicomiso, debiendo responder de los daños y perjuicios que se causen en caso contrario.

Sin embargo, el Decreto, quizá por su brevedad, no aprovechó la oportunidad para darle coherencia administrativa a todo lo relacionado con los fideicomisos estatales, sino que dejó algunas lagunas que propician, por un lado, la falta de una vigilancia cabal de las fiduciarias sobre los fideicomisos y, por el otro, que se tengan que realizar muchos trámites para constituir, modificar o extinguir estos fideicomisos.

Existen otras disposiciones aplicables a los fideicomisos públicos relacionados con su funcionamiento, que en su oportunidad iremos mencionando.

CAPITULO II

EL FIDEICOMISO EN LA ADMINISTRACION PUBLICA

El Fideicomiso Público

Constitución

Organización

Operación

Diferencia con el privado

EL FIDEICOMISO PUBLICO

La cada vez mayor participación del Estado en la vida económica del país ha provocado el surgimiento de una variante del fideicomiso en general, el Fideicomiso Público.

Considerando que este fideicomiso tiene como principal fin la atención de problemas de orden público, las disposiciones que reglamentan su funcionamiento no son sólo de derecho mercantil, sino también de carácter administrativo.

Es difícil encontrar una definición exacta de fideicomiso público, de hecho entre los tratadistas mexicanos son pocos los que se han dedicado al estudio de esta figura jurídica, -- uno de ellos es el distinguido maestro Miguel Acosta Romero, -- quien lo define como: "un negocio jurídico por medio del cual el Gobierno, a través de sus dependencias y en su carácter de fideicomitente, transmite la titularidad de bienes de dominio público (previo decreto de desincorporación), o del dominio -- privado de la Federación o afecta fondos públicos, o en participación con particulares, en una institución fiduciaria, para realizar un fin lícito, de interés público". (16)

Otra definición de fideicomiso público señala que "es -- aquel en el que el Gobierno Federal, a través de sus dependen-

(16) Miguel Acosta Romero. "Teoría General del Derecho Administrativo". Ed. Porrúa, S.A. México, 1979, pág. 215.

cias y con el carácter de fideicomitente, transmite la titularidad de bienes o derechos a una fiduciaria, para la realización de un fin de interés público". (17)

En las dos definiciones que se han citado, encontramos tres características que siempre aparecerán en los fideicomisos públicos, a saber:

1.- El fideicomitente siempre será el Gobierno Federal, o un Gobierno Local, tratándose de los fideicomisos que se constituyen para el desarrollo de alguna entidad federativa.

2.- El patrimonio del fideicomiso será integrado por fondos públicos.

3.- Sus fines siempre estarán encaminados a la satisfacción de necesidades de orden público.

Atendiendo lo que hemos señalado definiremos el fideicomiso público como; "Una entidad de sector público federal o local, administrada por una institución fiduciaria que tiene por finalidad atender necesidades de orden público".

En nuestra definición decimos que el fideicomiso público es una entidad, porque así lo dispone el Art. 3o. de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. También anota--

(17) "La Coordinación Sectorial, Su Terminología mas Frecuente", México, 1981. Documento elaborado y divulgado por la entonces S.A.H.O.P. pág. 29

mos que puede ser Federal o Local porque no sólo el Ejecutivo Federal se auxilia de los fideicomisos para el cumplimiento de sus funciones, sino también los Gobernadores de los Estados. - Añadimos que es administrado por una institución fiduciaria, - porque así lo dispone el Artículo 5o. del Decreto de fecha 27 de febrero de 1979, y por último establecimos que su fin debe ser la atención de necesidades de orden público, porque es esta situación la que provoca que la Dependencia Coordinadora de Sector plantee la necesidad de su creación.

Conviene mencionar en este apartado, citando lo que escribe el Lic. José M. Villagordoa Lozano, acerca del fideicomiso público; "Por este medio, el fideicomiso deja de ser una simple forma contractual, pues desempeña una función social, - en vista de que a través de su operación se protegen los intereses de ciertas clases o grupos sociales que, al carecer de - los recursos necesarios, se encuentran impedidos para llevar - adelante su normal desenvolvimiento como miembros de una comunidad". (18)

CONSTITUCION

Los fideicomisos de la administración pública federal - pueden ser creados por disposición de una Ley, a través de un Decreto, o por medio de un Acuerdo.

(18) José Manuel Villagordoa Lozano. "Doctrina General del - Fideicomiso". Ed. Porrúa, S.A. 2a. Edición, México, -- 1982. pág. 210

A partir de la entrada en vigencia del Decreto de fecha 27 de febrero de 1979, por el que se establecieron bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal, se inició una reestructuración de los contratos de fideicomiso ya formalizados para adecuarlos a las estipulaciones contenidas en el referido Decreto.

Cabe recordar que hasta antes de 1979, no existía un ordenamiento específico que se aplicara a los fideicomisos públicos, sino que eran varias las disposiciones que reglamentaban su constitución o modificación, de ahí que existan fideicomisos que se creaban únicamente a través del contrato de fideicomiso, y en muchos casos, como la realidad lo comprobó mas tarde, no se habían efectuado los estudios necesarios que permitieran determinar si eran o no necesarios, o si su estructura administrativa era la mas adecuada.

El Decreto del 27 de febrero de 1979, en cuanto a la constitución del fideicomiso, señalaba en su Artículo 2o., que el Ejecutivo Federal otorgaría su autorización a través de la S.P.P. en la que se establecerían los objetivos y características generales del fideicomiso, y sería la S.H.C.P. la encargada de constituir y contratar dicho fideicomiso.

En el mes de enero de 1982, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, sufrió una modificación importante en materia de fideicomisos, dejó de ser fideicomitente único -

del Gobierno Federal la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para pasar a serlo en lo sucesivo la Secretaría de Programación y Presupuesto. Este cambio vino a impulsar las modificaciones en los contratos que se habían iniciado tres años atrás, para adecuarlos a las nuevas condiciones.

Al entrar en funciones la Secretaría de Programación y Presupuesto, como Fideicomitente del Gobierno, estableció una serie de políticas sobre el funcionamiento de los fideicomisos públicos. Dichas políticas tratan de comprender todo lo relacionado con el fideicomiso, desde su constitución hasta su extinción. (19)

Para la constitución de un fideicomiso, dichas políticas establecen los siguientes trámites:

1.- La iniciativa para la constitución de un fideicomiso debe partir de la Dependencia Coordinadora del Sector (Secretaría del ramo), la cual con anterioridad debe analizar los estudios de factibilidad que le presente la unidad administrativa encargada del asunto. La Dependencia Coordinadora debe acompañar a la propuesta un proyecto de constitución del fideicomiso que contenga toda la información relativa.

2.- La iniciativa de constitución es recibida por la -

(19) Los Fideicomisos de la Administración Pública Centralizada, Documento elaborado por la S.P.P. sin editar, --- 1983, pág. 4

Secretaría de Programación y Presupuesto, que a su vez remite copia de dicho documento a las Subsecretarías de Programación, Presupuesto y Evaluación. Asimismo, se le envía copia a la Dirección General de Asuntos Jurídicos.

- La Subsecretaría de Programación debe analizar y dictaminar sobre los términos de la propuesta, considerando que exista congruencia entre ésta y las prioridades y principios que orientan la toma de decisiones de la política económica y social del país.

- La Subsecretaría de Presupuesto estudia y dictamina sobre la propuesta desde un punto de vista fundamentalmente de la programación-presupuestación del gasto público federal.

- La Subsecretaría de Evaluación realiza un análisis de la viabilidad económica y financiera de la entidad que se propone crear.

- La Dirección General de Asuntos Jurídicos realiza un estudio desde el punto de vista jurídico de los aspectos que involucra la propuesta.

3.- En el caso de que los dictámenes sean favorables, se autoriza la constitución del fideicomiso y se procede a elaborar el Decreto o Acuerdo que aparecerá en el Diario Oficial.

En relación al procedimiento de constitución que hemos mencionado, a la fecha todavía no se ha comprobado su eficacia

ya que son pocos los fideicomisos de reciente creación. No dudamos que el procedimiento se haya planeado en forma lógica y con estricto apego a la Ley, pero tampoco debemos olvidar que generalmente el establecimiento de estos instrumentos obedece a medidas políticas que en la mayoría de los casos impide el fiel cumplimiento de los procedimientos que la propia autoridad ha formulado.

Una vez publicado el Acuerdo o Decreto en el Diario Oficial, la Secretaría de Programación y Presupuesto procederá a formalizar la constitución del fideicomiso a través del contrato respectivo, el cual deberá celebrarse con una institución nacional de crédito, mismo que deberá contener:

- 1.- Los fines del fideicomiso en forma precisa;
- 2.- Los derechos y obligaciones del fideicomitente, de la fiduciaria y de los fideicomisarios si existieren, debiendo estipularse los derechos que el fideicomitente se reserve; así como su facultad de revocarlo.
- 3.- La forma en que se integrará el patrimonio del fideicomiso;
- 4.- La creación de un Comité Técnico o de Distribución de Fondos, en el que la S.P.P. y la S.H.C.P. deberán tener un representante por lo menos, señalándose sus facultades;
- 5.- La forma de administración del Fondo y

6.- Los honorarios de la institución fiduciaria y las operaciones que deberán efectuarse con los fondos ociosos.

Los requisitos enumerados se basan en el Decreto del 27 de febrero de 1979.

ORGANIZACION

Una vez que se han cumplido los trámites relativos a la constitución del Fideicomiso Público, y que se ha firmado el contrato de Fideicomiso respectivo, se inicia la etapa de organización de la entidad recientemente creada.

Al estudiar la organización de los Fideicomisos conviene citar aquí lo que sobre este asunto ha manifestado el actual Primer Mandatario: "Se ha abusado del Fideicomiso, no hay duda, se ha abusado en derecho privado y en derecho público. En derecho privado, muchas veces el Fideicomiso ha servido para la simulación de operaciones, para evitar la regulación definida y detallada de otro tipo de operaciones jurídicas. En el derecho público esta figura jurídica ha tenido una experiencia también de diferente naturaleza, pues se ha usado a veces para burlar la disciplina presupuestal." Al abundar en el tema el Lic. de la Madrid expuso; "Es cierto que en algunas ocasiones el Fideicomiso también genera gastos superfluos y duplicación de esfuerzos; yo he sido testigo y actor de que en cuanto se establece un Fideicomiso, el Gerente quiere un "Galaxie", secretarías y ayudantes, formándose primero el aparato burocrático y administrativo antes de que empiece a operar e incluso

antes de que empiece a proyectar. En mi opinión, no es propiamente la forma fiduciaria la que provoca defectos, sino que depende fundamentalmente de como se conciba su estructura; y añadiría, de quien la maneje, pues en la administración pública - la clave para administrar es la selección de personal. El mejor instrumento puesto en manos ineficaces fracasa; el peor, - en manos talentosas y honradas, prospera". (20)

Derivado de la preocupación del señor Presidente de la República, se ha tratado de vigilar adecuadamente la administración de los organismos públicos. De esta forma la organización de los fideicomisos generalmente se realiza atendiendo -- dos aspectos importantes, que son: Los objetivos que motivaron su constitución, y la estructura administrativa que se requiere para el cumplimiento de dichos objetivos.

En nuestra opinión la organización del fideicomiso se - inicia al formalizarse el contrato de fideicomiso y la primera etapa que debe cumplirse es la relativa a la integración del - Comité Técnico, cuya creación ya se previó en el contrato cons titutivo.

Esta primera etapa toca desempeñarla a la institución - fiduciaria en colaboración con la Secretaría de Programación - y Presupuesto y de la Coordinadora de Sector.

Una vez integrado el Comité Técnico una de sus tareas -

(20) El Universal Gráfico, Marzo 14, 1982, Primera Plana.

inmediatas será la elaboración de las Reglas de Operación del Fideicomiso, en las cuales se establecerá la forma en que organizará el nuevo fideicomiso.

Las Reglas de Operación de cualquier Fideicomiso Público normalmente contienen los siguientes capítulos:

- a).- Patrimonio
- b).- Objetivos
- c).- Procedimiento de Operación
- d).- Políticas y Criterios de Operación
- e).- La Estructura Operativa o Administrativa

Concluido el procedimiento de autorización de las Reglas de Operación, entra fundamentalmente en operación el Fideicomiso.

Para el Lic. Jesús Silva Herzog "El hecho de que el Estado utilice el Fideicomiso para atender a intereses de la colectividad, otorga a éste el carácter de Público, y al emplearlo para propiciar, promover y reforzar determinadas actividades económicas, lo sitúa como instrumento para el desarrollo".

(21). En función de ello debe organizarse.

(21) Jesús Silva Herzog Flores, el Fideicomiso Público como instrumento de desarrollo, ponencia presentada en el Primer Ciclo de conferencias sobre el Fideicomiso Público en México, Publicado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, México 1982, pág. 2

OPERACION

Al estudiar la operación de los Fideicomisos Públicos - conviene tener presente lo dispuesto en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que en su Capítulo V, referente - al Fideicomiso, señala en su artículo 351, Pfo. 2o. lo siguiente: "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". Complementa lo dispuesto en esta norma lo que se enuncia en el artículo 356, que dice: "La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse - el mismo".

La titularidad de los bienes fideicometidos en el fideicomiso público también recae en la fiduciaria, lo cual fue confirmado en el artículo 5o. del Decreto del 27 de febrero de -- 1979, que dispuso; "La institución fiduciaria será la responsable de realizar los fines del fideicomiso y de asumir el cumplimiento de las obligaciones legales y de las estipulaciones contractuales".

Conforme a las disposiciones que hemos citado, la operación del Fideicomiso corresponde directamente a la institución fiduciaria. Sin embargo en los fideicomisos públicos las facul

tades de esta institución se limitan a cumplir los acuerdos -- del Comité Técnico o de la Dirección General del propio fideicomiso, y a expedir los documentos que la práctica operativa requiera; quizá en algunos casos su papel también sea de auditor o inspector del fideicomiso, pero esto dependerá mas de as pectos políticos que técnicos.

De esta manera podemos observar que en estos fideicomisos el órgano supremo de administración es el Comité Técnico y que los acuerdos que éste dicte difícilmente son rechazados en la práctica por la fiduciaria. Realmente las facultades que en las Reglas de Operación del Fideicomiso se señalan a este cuer po colegiado le otorgan toda atribución, relacionada con la -- operación del mismo, ya que sus poderes van desde "dictar las políticas generales" hasta "autorizar la contratación del personal", pasando por el otorgamiento de créditos, el estableci-- miento de tasas de interés, autorizar la celebración de contra tos, etc.

Sumado a lo anterior se encuentran las funciones del De legado Fiduciario Especial que, como analizaremos mas adelante, de hecho es el que administra y controla en todos aspectos el fideicomiso, y sus facultades generalmente son tan amplias que incluso es el que determina cuales asuntos pueden someterse -- a la consideración del Comité Técnico.

Por la forma en que son administrados los fideicomisos públicos, mucho se asemejan en su funcionamiento a una socie-- dad mercantil en la que existe un Consejo de Administración y

un Director General, con la diferencia de que en una empresa - el burocratismo que existe para cumplir con las resoluciones - del Consejo o del Director es mucho menor, en relación con el que se presenta en los fideicomisos para cumplir los acuerdos del Comité o del Director.

Considerando el papel de meros fiscalizadores que han - venido desempeñando las instituciones fiduciarias se hace nece- sario reglamentar específicamente las funciones de los Comités Técnicos y de los Delegados Fiduciarios Especiales, para que - las fiduciarias vuelvan a ser efectivamente las encargadas de cumplir los fines del fideicomiso.

De otra forma carece de sentido que se sigan constitu- yendo fideicomisos públicos que, por el tipo de actividades -- que van a desempeñar mejor convendría darles otra naturaleza - que les permitiera tener personalidad jurídica propia, ya que en muchos de los actuales fideicomisos la fiduciaria por el -- limitado papel que desempeña mas obstaculiza que permite una - adecuada operación de los fideicomisos.

Diferencia con el Privado

En general el fideicomiso es definido por la Ley Mercan- til como un acto "en virtud del cual, el fideicomitente desti- na ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando -- la realización de éste a una institución fiduciaria".

Hemos dicho en este trabajo, que el fideicomiso al ser

adoptado por el Estado como instrumento auxiliar del Ejecutivo Federal en su gestión gubernamental, se orienta a la realización de fines de interés público y, por ende, rebasa el ámbito meramente mercantil para requerir la aplicación de normas de carácter administrativo.

El Fideicomiso Público como entidad de la administración pública paraestatal auxilia al Poder Ejecutivo de la Unión en el ejercicio de sus funciones; sin embargo, dichos fideicomisos carecen de personalidad jurídica ya que son unidades económicas dotadas, según el caso, de una estructura administrativa, y operadas a través de las instituciones nacionales de crédito que actúan como Fiduciarias, a quienes compete realizar los fines del fideicomiso y asumir las obligaciones legales inherentes al caso.

Ahora bien, de acuerdo con lo que hemos estudiado del fideicomiso público, observamos que existen caracteres que lo distinguen del fideicomiso privado. Siguiendo al maestro José M. Villagordo Lozano, analizaremos dichas diferencias desde tres ángulos, que son:

1.- En cuanto a su marco jurídico

El funcionamiento de los fideicomisos privados se encuentra reglamentado en disposiciones que se encuadran dentro del derecho mercantil, como son la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (Arts. 346 al 359) y la Ley Reglamenta-

ria del Servicio Público de Banca y Crédito (Arts. 60 a 66).

Al Fideicomiso Público además de los citados ordenamientos, le son aplicables diversas normas administrativas, entre las que se encuentran: la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley del Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, la Ley General de Deuda Pública, la Ley General de Bienes Nacionales, entre otras.

Con respecto a esta diferencia el Lic. Villagordoa Lozano, observa, "En torno al Fideicomiso (en general) existe una legislación de carácter mercantil, que es de aplicación general y, por lo tanto, rige para todos los fideicomisos; y en lo relativo a los fideicomisos integrados a la administración pública paraestatal, existe una legislación específica de carácter administrativo, acorde con la finalidad de interés público que los mismos deben cumplir". (22)

No podría ser igual el marco jurídico para ambas clases de fideicomisos, pues mientras en los privados la celebración del contrato y sus efectos se relacionan con pequeños grupos de particulares, en los públicos desde su constitución hasta su extinción intervienen varias entidades del sector público, lo cual hace mas complicado su funcionamiento y operación.

(22) José M. Villagordoa Lozano, Ob. Cit., pág. 286

2.- En cuanto a su constitución

La constitución de un fideicomiso privado supone la celebración de un contrato entre fideicomitente y fiduciario, -- cuya existencia y validez exige el cumplimiento de los mismos requisitos que se establecen para la celebración de cualquier acto de naturaleza civil entre particulares. En primer término la voluntad y el objeto; y en segundo, la ausencia de vicios -- en la voluntad, licitud en el objeto, capacidad de las partes y cumplimiento de la forma prevista por la Ley.

En opinión de Rodolfo Batiza: "El consentimiento sólo -- puede prestarse por una persona capaz, circunscribiendo la ley de la materia la calidad de fideicomitente a las personas fisicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer -- la afectación de bienes que el fideicomiso implica". (23) Agrega mas adelante que el fideicomiso, en cuanto a su forma, puede constituirse mediante "Escritura Pública, Documento Privado y Testamento".

Sin embargo prestigiados tratadistas como Raúl Cervan--tes Ahumada, consideran que no obstante que "el fideicomiso se contenga dentro de un contrato, no será el acuerdo de voluntades lo que constituya al fideicomiso, sino que éste se constituirá por la voluntad del fideicomitente".(24) Este autor considera --

-
- (23) Rodolfo Batiza, "El Fideicomiso, Teoría y Práctica". -- Ed. Porrúa, S.A., México 1976, 3a. Edición, Pág. 188.
 (24) Raúl Cervantes Ahumada, "Títulos y Operaciones de Crédito", Edit. Herrero, S.A., México 1979, 11a. Edición, -- pág. 289.

que a pesar de que la institución fiduciaria siempre manifiesta expresamente y por escrito la aceptación del cargo que se le otorga y el cumplimiento de los fines que le son señalados, no necesariamente es esto indispensable para la constitución del Fideicomiso. Esta posición no es aceptable si tenemos en cuenta que, en todo caso la institución fiduciaria puede negarse a desempeñar el cargo si el negocio no se sujeta a las políticas que tiene trazadas o sencillamente si no le conviene.

El Fideicomiso Privado, puede afirmarse, se constituye al formalizarse el contrato respectivo, y transferirse la titularidad del Patrimonio Fideicometido.

Situación diferente es la que se presenta en el Fideicomiso Público en el que, para su constitución, no solamente se requiere el acuerdo de voluntades expresado en el contrato sino que además se requiere cumplir todo el procedimiento que ya hemos analizado.

3.- En cuanto a su Patrimonio

En el Fideicomiso Privado, escribe Cervantes Ahumada, - "El Patrimonio Fideicometido puede estar constituido por bienes materiales o derechos, e incluso por determinados derechos sobre bienes. Hemos dicho que se trata de un Patrimonio autónomo, afectado al fin del fideicomiso, y respecto del cual sólo podrán ejercitarse los derechos y acciones que al mencionado -

fin se requieran". (25)

Para afectar los bienes sólo se requiere la voluntad -- expresa del fideicomitente y su capacidad jurídica para disponer de ellos.

Tratándose del fideicomiso público, según Villagordoa - Lozano: "El Patrimonio fideicometido se forma con bienes o derechos del Estado, por lo que los fideicomisos públicos sólo -- podrán constituirse con base en un interés público". (26)

La afectación fiduciaria de los bienes del Estado, no -- resulta tan sencilla como lo es para el fideicomitente privado transferir sus bienes. Baste citar aquí los que consigna el -- Manual del Fideicomiso Mexicano, publicado por BANOBRAS: "Partiendo de las bases de que los bienes del dominio público son inalienables y que los fideicomisos traslativos de dominio su- pondrían la extinción del derecho de propiedad (o el derecho -- del Estado sobre los bienes del dominio público), se llega a -- la conclusión de que no cabe la posibilidad de constituir fi-- deicomisos traslativos de dominio sobre bienes del dominio pú- blico de la Federación", señalando mas adelante que: "En cuan- to a los bienes privados de la Federación, incluyendo el nume- rario, nada impide que sobre ellos se constituyan fideicomisos, siempre que se satisfagan las condiciones relativas a las re--

(25) Raúl Cervantes Ahumada, Ob. Cit., pág. 294

(26) José M. Villagordoa Lozano, Ibidem, pág. 287

glas sobre el aprovechamiento y enajenación de bienes del dominio privado de la Federación y las normas relativas a la utilización de los fondos incluidos en el Presupuesto de Egresos y a su control". (27)

(27) Manual del Fideicomiso Mexicano, publicado por BANOBRAS México 1976, pág. 81

CAPITULO III

LA ADMINISTRACION FIDUCIARIA

Estructura Administrativa del Fideicomiso

Derechos y Obligaciones del Fideicomitente

Derechos y Obligaciones de la Fiduciaria

Límite de Responsabilidad de la Fiduciaria

ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA DEL FIDEICOMISO

No obstante que no ha existido alguna disposición legal que obligue al Gobierno Federal a constituir los Fideicomisos en una institución nacional de crédito, el Estado ha considerado que "para un mejor control del correcto desempeño de las funciones públicas y apropiado control del gasto público, convendría establecer una clara precisión legal de que en los fideicomisos constituidos con fondos públicos o bienes del poder público, sólo podrían fungir como fiduciarias las instituciones nacionales". (28)

Actualmente, al convertirse todos los bancos en instituciones nacionales de crédito, las autoridades deben establecer cuales serán las que se encargarán de administrar los fideicomisos públicos que constituya el Estado.

La intensa actividad fiduciaria que han tenido instituciones como el BANXICO, NAFINSA, BANOBRAS o BANRURAL, ha provocado que en ellas se haya destacado, entre las áreas más importantes de la institución, la que se dedica a las cuestiones fiduciarias dicha área en cualquiera de estos bancos, tiene por lo menos categoría de Gerencia General. Por ejemplo, en NAFINSA adjunta a la Dirección General, existe la Dirección Jurídica y de Fideicomisos, que a su vez tiene una Dirección de Fideicomisos de la que depende una Gerencia General de Fideico

(28) Manual del Fideicomiso Mexicano, Banobras, págs.95 y 96

misos que controla dos Gerencias, que se dividen en tres Subgerencias. Adicionalmente en esta área existen ocho coordinaciones, tres jefes de departamento, un contador, un subcontador, un asistente técnico y un cajero principal.

Respecto a los Fideicomisos públicos el Lic. Arturo -- Castañeda Niebla ha comentado: "Son nuevas estructuras administrativas que operan dentro del campo de la empresa pública, -- como un servicio bancario que las instituciones fiduciarias nacionales prestan al sector público con el propósito de satisfacer así, necesidades colectivas de trascendencia social y económica, operando por medio de organismos independientes técnicamente de la institución que los maneja, pero aprovechando -- su personalidad jurídica por carecer de una propia para complementar sus fines". (29)

Estamos de acuerdo con el citado autor en cuanto afirma que los fideicomisos son nuevas estructuras administrativas que prestan un servicio bancario, pero no en que dichos organismos operan independientemente de la institución fiduciaria, ni aún desde un punto de vista técnico. Debemos tener presente que siempre será la institución fiduciaria la encargada de cumplir directamente los fines del fideicomiso y en la medida en que este último empiece a tratar de separarse de la fiduciaria, se estará desvirtuando la figura fiduciaria, para pasar a ser otro tipo de organismo, ya no un fideicomiso.

(29) Arturo Castañeda Niebla, Los Fideicomisos Públicos. Tesis Profesional, Facultad de Derecho, U.N.A.M. 198, -- págs. 227 y 228

El Lic. Villagordoa Lozano establece que los Fideicomisos públicos se pueden agrupar en dos rubros: "Fideicomisos para encargos específicos" y "Fideicomisos de Fomento".(30) Los primeros no requieren una gran estructura puesto que su actividad desde el principio queda delimitada, mientras que los segundos si necesitan de un organismo mas complejo que se adecue a los requerimientos de crédito que presenten los beneficiarios.

El actual Director del Grupo BISA, Lic. Alfonso García Macías (31), considera que para que un fideicomiso pueda ser considerado como de fomento, debe reunir las siguientes características:

- Ser promovido por el Gobierno Federal, Estatal o Municipal
- Estar constituido en el banco central o en la banca pública de desarrollo
- Estimular y desarrollar alguna actividad económica prioritaria
- Lograr el mejor aprovechamiento de los recursos --

(30) José M. Villagordoa Lozano, ob. Cit., pág. 318
 (31) Alfonso García Macías, El Fideicomiso Público en la -- Banca de Fomento, Ponencia presentada en el 1er. ciclo de Conferencias sobre el Fideicomiso Público en México, publicada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, México 1982, pág. 103.

financieros

- Operar coordinadamente con la banca de fomento y --
otras instituciones promotoras del desarrollo econó--
mico.

La organización de los fideicomisos se establece en --
función a los objetivos para los que fue creado y su estructu--
ra administrativa esta encabezada por su órgano máximo de admi--
nistración que es el Comité Técnico o de Distribución de Fon--
dos, inmediatamente después está el Director General, el cual
casi siempre(en los fideicomisos importantes) tiene nombramien--
to de Delegado Fiduciario Especial, con las facultades inheren--
tes al cargo. Posteriormente se encuentran las Gerencias, Sub--
gerencias y Departamentos que se requieran para el cumplimien--
to de los fines del fideicomiso.

En los fideicomisos de fomento, que son los de mayor --
trascendencia en la administración pública por la gran canti--
dad de recursos financieros que manejan para el otorgamiento --
de créditos, como el FIRA, FOGA, FONEI, FONATUR, FOGAIN, FONEP,
FOMIN, etc. Se distinguen tres áreas básicas para el cumpli---
miento de los fines del fideicomiso, que son:

Area Técnica: Es la que se encarga de recibir, anali--
zar y completar la solicitud de crédito hasta su autorización.
Generalmente también se encarga de realizar la promoción técni--
ca de los servicios que presta el fideicomiso.

Area de Operación de Crédito: La cual se encarga de --

llevar el control de las disposiciones que los acreditados --- realicen, así como del manejo de los recursos presupuestales - que se hayan otorgado al fideicomiso.

Area Administrativa: La cual se encarga de proporcio-- nar a las otras dos áreas el apoyo administrativo necesario pa ra que puedan desempeñar sus funciones, esta área, básicamente de apoyo, también debe encargarse de las cuestiones del perso- nal propio del fideicomiso.

En los fideicomisos de fomento las áreas mencionadas - alcanzan rango de Gerencias Generales o Gerencias, y aún en al gunos casos hasta de Direcciones (FONATUR, FOGAIN, FIRA, etc.)

Dependiendo mas del respaldo político o aspiraciones - políticas de su Director General, que de requerimientos técni- cos, estas áreas se subdividen en subgerencias o departamen- tos, en muchos casos innecesarios, que se traducirán en una es tructura administrativa que, mas que facilitar el cumplimiento de los fines, casi siempre los entorpece.

Es común observar en los fideicomisos públicos que el personal que interviene en la operación de los créditos, desde la solicitud hasta la liquidación, es mucho menor al que esta adscrito a las áreas administrativas o directamente a la Direc ción General. Sería conveniente por parte del Gobierno Federal, establecer normas que precisen cual debe ser la estructura ad- ministrativa del fideicomiso atendiendo los fines para los que fue creado.

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE

Al estudiar en este trabajo los elementos personales del fideicomiso en general, establecimos que de acuerdo al artículo 349 de la L.G.T.O.C. pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria -- para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica.

Tratándose de fideicomisos públicos deberá examinarse si quien funge como fideicomitente está legalmente investido -- de las facultades necesarias para llevar a cabo la afectación de los bienes que integran el patrimonio del fideicomiso.

En relación a este punto, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en su artículo 49, señala: "Los fideicomisos a que se refiere esta ley serán los establecidos -- por la administración pública centralizada, así como los que se creen con recursos de las entidades a que alude el artículo -- 3o. de este propio ordenamiento"; agregando en su segundo párrafo: "La Secretaría de Programación y Presupuesto representará como fideicomitente único a la Administración Pública centralizada, en los fideicomisos que ésta constituya".

Conforme a lo anterior, además de la Secretaría de -- Programación y Presupuesto, podrán ser fideicomitentes las entidades con personalidad jurídica y patrimonio propios que integran la administración pública paraestatal relacionadas en -- el artículo 3o. de la Ley antes citada, así como el Departamento

to del Distrito Federal, mencionado en el artículo 2o. de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público.

Conviene resaltar que, para constituir o incrementar los fideicomisos públicos, es requisito indispensable la autorización del Presidente de la República, emitida por conducto de la S.P.P., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la L.P.C. y G.P.F.

Los derechos y obligaciones que adquiere la S.P.P. en su carácter de fideicomitente único del Gobierno Federal se derivan de lo dispuesto en la legislación mercantil para los fideicomisos en general, en conjugación con lo que establecen las leyes administrativas antes citadas, así como el Decreto de fecha 27 de febrero de 1979. Entre los más importantes podemos señalar los siguientes:

- 1.- Constituir y contratar los fideicomisos del Gobierno Federal
- 2.- Precisar los fines del fideicomiso así como sus condiciones y términos
- 3.- Recabar la autorización de la entidad coordinadora de sector para la integración del Comité Técnico, en el cual siempre deberá haber un representante del Fideicomitente
- 4.- Inscribir en el Registro de la Administración --

Pública Paraestatal, los fideicomisos que se ---
constituyan, así como sus modificaciones y refor
mas

- 5.- Emitir opinión sobre la modificación o extinción de los fideicomisos y recabar las adicionales -- que al caso correspondan
- 6.- Cuidar que en los contratos se precisen los derechos y deberes de la Fiduciaria, así como sus límitaciones, los derechos que se reserve y fijar las facultades del Comité Técnico
- 7.- Precisar que cuando las fiduciarias, para el cumplimiento de sus funciones, otorguen poderes, las facultades que se transmitan no incluyan poderes que impliquen la expresión de voluntad de mando o decisión
- 8.- Establecer en el contrato constitutivo la facultad de revocar el fideicomiso, sin perjuicio de los derechos que correspondan a terceros
- 9.- Coordinar la vigilancia de los fideicomisos del Gobierno Federal, conjuntamente con la Comisión

Nacional Bancaria y de Seguros

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA

Hemos señalado que la institución fiduciaria es la -- persona moral a quien se transmite la titularidad de los bienes o derechos fideicometidos y lleva a efecto la realización de los fines del fideicomiso, mediante el ejercicio obligatorio de los derechos que le ha transmitido el fideicomitente.

En esta parte de nuestro trabajo, agregaremos que en principio sólo las instituciones expresamente autorizadas por la Ley, pueden ejercer el cargo de fiduciaria. (Art. 35 de la L.G.T.O.C. y 30 Fracc. XV de la L.R.S.P.B. y C.) Sin embargo, existen excepciones en leyes especiales como la Ley del Ahorro Nacional, que faculta en su artículo 26 al Consejo del Patronato del Ahorro Nacional a actuar como fiduciaria, así como la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en materia -- minera, que en su artículo 91 crea la Comisión de Fomento Minero y le otorga, entre otras facultades, la de actuar como fiduciaria en negociaciones minerometalurgicas.

Generalmente, en la práctica bancaria normal los derechos y obligaciones de las fiduciarias se pueden resumir a lo siguiente:

a) Ser titular de todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del Fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto en el acto constitutivo.

b) Cumplir dicho fideicomiso, conforme a los fines - estipulados en el contrato constitutivo.

c) Una vez aceptado el cargo, no podrá excusarse o - renunciar sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio.

d) Obrar siempre como un buen padre de familia, siendo responsable en las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.

Tratandose de los fideicomisos públicos, los derechos y obligaciones mas importantes de la institución fiduciaria, - de acuerdo con el Decreto de fecha 27 de febrero de 1979, son los que a continuación se mencionan:

1.- Realizar los fines del fideicomiso y asumir el -- cumplimiento de las obligaciones legales y las estipulaciones contractuales;

2.- Presentar a la Coordinadora de Sector, a través - de un Delegado Fiduciario General, dentro de los seis meses si siguientes a la constitución o modificación del fideicomiso, los proyectos de estructura administrativa o sus modificaciones;

3.- Contratar el personal necesario para la operación del fideicomiso, previa opinión del Comité Técnico;

4.- Incluir en el Comité Técnico un representante per manente con derecho a voz pero sin voto.

5.- Presentar a la S.P.P. a través de la Coordinadora de Sector, los proyectos anuales de presupuesto debidamente fir mados por un Delegado Fiduciario General;

6.- Establecer sistemas de auditoría interna.

7.- En los fideicomisos que puedan contraer obligaciones de pasivo, la Fiduciaria deberá tramitar las autorizaciones de la S.H.C.P. y la S.P.P., en su caso.

8.- Llevar la contabilidad e información presupuestal contable, financiera, etc, en la forma establecida por la Ley

de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, Arts. 39 a 44.

LIMITE DE LA RESPONSABILIDAD DE LA FIDUCIARIA

En el desempeño de sus funciones, la institución fiduciaria siempre deberá proceder de acuerdo a las instrucciones contenidas en el acto constitutivo. En opinión de Emilio Krieger: "Para determinar con precisión su tarea, el fiduciario de be examinar, primeramente, los términos del acto constitutivo, en donde encontrará, con el grado de precisión que el fideicomitente haya querido darles, las instrucciones sobre la conducta a seguir. En segundo lugar, habrá de examinar, si es el caso, las decisiones del Comité Técnico o de Distribución de Fondos, pues en ellas encontrará también normas a seguir", (32)

Adicionalmente, la fiduciaria tendrá que ajustar su -- conducta a la serie de disposiciones legales aplicables a la -- actividad fiduciaria, entre las que destacan las leyes mercantiles, civiles, fiscales, etc. Entre estas normas, dos son particularmente importantes: el artículo 356 de la L.G.T.O.C., que dice "La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y -- acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto -- al constituirse el mismo"; y el artículo 45, fracción XI de la L.G.I.C.O.A., que dispone: "La institución fiduciaria tendrá -- las facultades que expresamente se hayan consignado conforme --

(32) Manual del Fideicomiso Mexicano, Ed. Por BANOBRAS, --- México 1976, pág. 111

a la ley en el acto constitutivo del fideicomiso, o en sus --- modificaciones y, las que respecto a los bienes de que se trata correspondan a los representantes o agentes locales en sustitución de los cuales asuma la gestión".

Tomando como base lo señalado en los dos preceptos, -- las facultades de la fiduciaria se originan y limitan a:

- a) Las estipulaciones del acto constitutivo o sus modi ficaciones.
- b) Las características y amplitud del encargo que se - le hace.

No obstante que la fiduciaria tiene todos los derechos y acciones necesarios para el cumplimiento del fideicomiso, no puede ejercitarlos libremente, pues por un lado debe abocarse a cumplir la voluntad del fideicomitente, tal como quedó establecido en la determinación del fin perseguido, y por otro, de be ajustarse a las reglas de operación que le marcan las leyes.

En el caso de que el fideicomitente haya ordenado la - creación de un comité técnico, el ejercicio de las facultades de ese comité significará otra barrera para la actividad de la institución fiduciaria.

En los fideicomisos públicos las instituciones fiducia rias deberán atenerse a lo establecido en el artículo 9o. del

Decreto de fecha 27 de febrero de 1979, que en su primer párrafo señala: "En los contratos de fideicomiso se deberán precisar las facultades que el fideicomitente fije al comité técnico, conforme a las instrucciones del ejecutivo federal, si las hubiere, indicando cuáles asuntos requieren de la aprobación del mismo, para el ejercicio de acciones y derechos que corresponden al fiduciario, entendiéndose que las facultades del citado cuerpo colegiado constituyen limitaciones para la institución fiduciaria".

En la práctica operativa del fideicomiso público los derechos y obligaciones tanto de la fiduciaria, como del comité técnico quedan plasmados no sólo en el contrato inicial sino también en las reglas de operación del propio fideicomiso. Sobre este punto debemos comentar que tradicionalmente han existido pugnas entre el área fiduciaria de la institución bancaria encargada de administrar el fideicomiso y los altos funcionarios del propio fideicomiso, pues mientras para los primeros es más o menos claro quién es el titular y encargado de administrar el fideicomiso, para los segundos el Comité Técnico es el único órgano que puede decidir sobre las actividades a desarrollar y la institución fiduciaria debe limitarse a cumplir todos los acuerdos de este cuerpo colegiado.

Al respecto conviene citar aquí lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 9o.: "La institución fiduciaria deberá abstenerse de cumplir las resoluciones que el Comité Técnico dicte, en exceso de las facultades expresamente fijadas -

por el fideicomitente, o en violación a las cláusulas del contrato de fideicomiso, debiendo responder de los daños y perjuicios que se causaren, en caso de ejecutar actos en acatamiento de acuerdos dictados en exceso de dichas facultades, o en violación al citado contrato".

Como podrá observarse las diferencias que mencionamos se derivan de un muy frecuente desconocimiento del marco jurídico aplicable al fideicomiso, por parte de los altos funcionarios de los fideicomisos, ya que como hemos estudiado, si bien es cierto que la institución fiduciaria debe actuar sujetándose a las reglas que le hayan establecido, también lo es que el comité técnico no es un órgano autónomo sin un marco legal --- aplicable a sus facultades y funciones.

CAPITULO IV.

LOS DELEGADOS FIDUCIARIOS

Los Delegados Fiduciarios Generales

Análisis de Sus Facultades

Los Delegados Fiduciarios Especiales

Funciones

LOS DELEGADOS FIDUCIARIOS GENERALES

La institución fiduciaria cumple su cometido y ejercita sus facultades por medio de funcionarios designados especialmente para tal efecto "y de cuyas actuaciones responde directa e ilimitadamente sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que ellos incurran en lo personal". (33) Estos funcionarios reciben el nombre de Delegados Fiduciarios, y son uno de los organos de administración de los fideicomisos.

Tomando en cuenta el texto del Artículo 61 Primer Párrafo de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, definiremos al Delegado Fiduciario como aquella persona nombrada por la Fiduciaria para llevar a cabo los actos tendientes al cumplimiento del fin para el que se constituyó la encomienda fiduciaria.

En cuanto a su nombramiento, comenta Cervantes Ahumada: "Deberá someterse a la aprobación de la Comisión Nacional Bancaria, y ésta institución podrá pedir su remoción..... No se requerirá un nombramiento o un poder para cada caso. Bastará con una designación de tipo general, o un poder de tal carácter". (34)

Este comentario se basa en lo que disponía el Art. 45, Fracc. IV, Pfo. 2o. de la L.G.I.C.O.A., que señala "Bastará --

(33) Rodolfo Batiza, Ob. Cit. Pág. 186

(34) Raúl Cervantes Ahumada, Ob. Cit. Pág. 293

para acreditar la personalidad de estos funcionarios, la protocolización del acta en la que conste el nombramiento por el -- consejo, o el testimonio del poder general otorgado por la institución fiduciaria, aún cuando en el acta o en el poder no se mencione especialmente el asunto o el negocio en que ostente -- la representación."

A manera de ejemplo mencionaremos que generalmente las escrituras públicas en las que constan los nombramientos de delegados fiduciarios incluyen sólo una cláusula, como en el caso de la Escritura No. 134134 de fecha 10 de marzo de 1983, pasada ante la Fe del Notario Público No. 122, del Distrito Federal, señor Lic. Eugenio Ibarrola Santoyo, que a la letra dice: "CLAUSULA UNICA..... El licenciado don Luis Antonio Caico Prado, en su carácter de Director General de Banco, B.C.H., -- S.N.C., designa como DELEGADOS FIDUCIARIOS de dicha institu--- ción, a las siguientes personas: Licenciados don Julio Ogarrío Ramírez España, don Alvaro Espinosa Gómez, don José I. Alcázar Bravo, don Francisco Javier Hufzar Ortega, don Antonio Sola -- Valdés y don Ignacio Puentes Torres".

La Comisión Nacional Bancaria, en su Circular No. 274 -- del 26 de junio de 1944, dirigida a las instituciones y departamentos fiduciarios, les notifica que tan pronto como se nombre a los delegados fiduciarios, se le dará aviso para que re-- suelva si ejerce o no el derecho de veto que le concede la Ley Bancaria, en el ya citado Art. 45, Fracc. IV, Pfo. I, que establece: "La C.N.B. y de S. podrá, en todo tiempo, vetar la de--

signación de los funcionarios que hubiere hecho la institución, o acordar que se proceda a la remoción de los mismos".

El aviso que se dé a la C.N.B. y de S., deberá contener los siguientes datos:

- 1.- Nacionalidad del funcionario, indicando si es - por nacimiento o naturalización.
- 2.- Edad.
- 3.- Antecedentes Profesionales.
- 4.- Ingresos.
- 5.- Datos complementarios.

Cabe resaltar en este trabajo la importancia y trascendencia de las actividades de estos funcionarios para la institución, no sólo en el aspecto fiduciario, ya que a diferencia de otras áreas del mismo banco, las decisiones y actos del delegado fiduciario tienen efectos inmediatos y repercuten en -- forma directa en el índice de operaciones de la institución. - No es como el caso de una Gerencia de Planeación o Programa--- ción en donde las estrategias pueden ser modificadas y los resultados obtenerse en meses, o en algunos casos hasta en años. En el caso de las áreas fiduciarias la falta del cumplimiento de un acto, el incumplimiento de un acuerdo, o un documento -- mal elaborado implican el no estar desarrollando adecuadamente la encomienda fiduciaria, no cumplir sus fines, lo cual repercute en forma inmediata en la institución, tanto en el aspecto económico, como en el de prestigio. Lo anterior explica porqué

son pocas las instituciones de crédito que manejan un gran volumen de operaciones fiduciarias.

La participación de los delegados fiduciarios en los fideicomisos no excluye la intervención de otros funcionarios de la misma institución. Por ello, en la Fracc. XII del Art. -- 45 de la Ley que hemos citado, al señalar la responsabilidad de la fiduciaria, disponía "que perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda a los gerentes y demás funcionarios de la institución que ejecuten los actos o incurran en el abandono culpable de que nazca la responsabilidad, y la de los Gerentes, Directores o Miembros del Consejo de Administración que -- autoricen estos actos o den lugar a ellos con su negligencia grave".

Conviene enunciar en este apartado las características que para Emilio Krieger, la Ley atribuye a los delegados fiduciarios, y que son las siguientes:

a). Sus actos obligan directa e ilimitadamente a la institución de crédito que representan, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que incurran personalmente los funcionarios mencionados.

b). La Comisión Nacional Bancaria podrá, en todo tiempo, vetar la designación de los delegados fiduciarios y ordenar su remoción.

c). Los delegados fiduciarios no pueden ser sujetos

de crédito que la institución otorgue con fondos o valores provenientes de las operaciones de fideicomiso, mandato o comisión de inversión". (35)

ANALISIS DE SUS FACULTADES

En la Circular No. 647 del 16 de noviembre de 1956, la Comisión Nacional Bancaria reprodujo un oficio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en el que se pretendió establecer un criterio para distinguir los actos que necesariamente deben realizar los delegados fiduciarios, de los que pueden ser ejecutados por personas que auxilien a éstos en el desarrollo de funciones secundarias. Dicho oficio consignaba lo siguiente:

"Los actos mediante los que se tomen resoluciones de carácter discrecional, indelegables, que implican voluntad de mando o decisión, deberán ser realizados por los delegados fiduciarios; las funciones secundarias o auxiliares que no tienen tales características, sino simplemente se reducen a formalidades o trámites, podrán ser desempeñadas por dependientes".

La Circular trató de señalar los actos que deben realizar los delegados fiduciarios, sin embargo incurrió a su vez en una serie de indefiniciones, como por ejemplo no determinó cuáles actos entrañan resoluciones de carácter discrecional, indelegables, que impliquen voluntad de mando o decisión y cuáles -

son simples formalidades o trámites.

En relación a sus funciones siempre se debe tener presente que estos funcionarios son apoderados de la institución, con facultades para desempeñar la función de fiduciario y ejercer las facultades que a la propia institución competen, actuando bajo la Dirección del Consejo de Administración o del Director General y con la colaboración tanto del personal que presta sus servicios a la institución como del personal contratado para prestar sus servicios específicamente para el fideicomiso de que se trate.

Las funciones de los delegados fiduciarios generalmente se derivan de lo consignado en los siguientes documentos:

- 1.- Políticas y procedimientos que en materia fiduciaria tenga establecida la institución.
- 2.- Contrato de Fideicomiso (de que se trate).
- 3.- Reglas de Operación (del Fideicomiso).
- 4.- Disposiciones dictadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (que afecten sus funciones).

Debemos señalar que también las áreas fiduciarias de los Bancos son las encargadas de elaborar, a través de peritos

autorizados, los avalúos de bienes raíces que les sean solicitados por su clientela.

En su obra dedicada al estudio del Fideicomiso, Rodolfo Batiza comenta: "La función del delegado fiduciario es de carácter esencialmente jurídico pues, como observa Powell, la administración del Trust, desde el comienzo hasta su fin, está permeada por el derecho; de ahí que su adecuada ejecución --- constituya el ejercicio de la abogacía; cuando el trustee es abogado no existe problema, pero si se trata de una persona -- sin esa formación profesional o de un fiduciario institucional, las semillas de la controversia estan siempre presentes." (36)

Esta parte de nuestro trabajo la hemos dedicado al estudio de los delegados fiduciarios generales, los que en la -- práctica bancaria no presentan una gran problemática en cuanto a sus funciones, ya que a pesar de las muchas lagunas que tiene la ley en cuanto a la reglamentación de sus funciones, las personas que desempeñan estos cargos casi siempre son verdaderos profesionales del derecho, cuyo prestigio y capacidad estan fuera de duda, lo cual facilita para ellos y para la institución el cumplimiento de su cometido.

(36) Rodolfo Batiza. Ob. Cit. Págs. 187 y 188

LOS DELEGADOS FIDUCIARIOS ESPECIALES

Realizar un estudio sobre la figura jurídica del delegado fiduciario especial, presenta dos problemas iniciales, -- que son, la casi nula información que existe respecto a este tema, y la mínima regulación que nuestras leyes le otorgan. Salvando estas dos situaciones trataremos de realizar nuestro análisis desde un punto de vista práctico, que permita revisar -- el papel que desempeñan este tipo de funcionarios.

La aparición de los delegados fiduciarios especiales - en el manejo de los fideicomisos se originó de la necesidad de otorgar cierta independencia a determinados negocios fiduciarios, cuando sus fines implicaban la realización de actos que por su volumen o naturaleza no podían ser desarrollados directamente por la institución fiduciaria.

Posteriormente fue en los fideicomisos públicos en donde los delegados fiduciarios especiales alcanzaron la trascendencia que actualmente tienen. La razón de esa importancia ya no se basó sólo en cuestiones técnicas sino en el hecho de que en casi todos los fideicomisos importantes el puesto de Director General se otorga mas bien atendiendo a razones de índole política que a capacidad técnica.

Los delegados fiduciarios especiales son funcionarios que la institución designa para atender un determinado fideicomiso, casi siempre público, siendo otorgado el nombramiento en

cumplimiento de las instrucciones que para tal efecto le haya otorgado el fideicomitente. Estos nombramientos también deben ser confirmados por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

No existen normas que reglamenten el nombramiento de estos funcionarios, de hecho sólo el texto del Art. 7o. del Decreto del 27 de febrero de 1979, menciona algo al respecto. Al no sujetarse a reglas el nombramiento de estos funcionarios, en su designación imperan mas los aspectos subjetivos (compadrazgos, compromisos políticos, amiguismo, etc.) que de preparación técnica. Por ejemplo, en la distribución de puestos de principios de este sexenio al Lic. Sergio Mota Marín que era Director General de Estadística de la Secretaría de Programación y Presupuesto, le tocó ser nombrado Director General del Fondo de Garantía y Fomento a la Mediana y Pequeña Industria (FOGAIN) cargo en el que permaneció aproximadamente un año. Evidentemente se trató de actividades completamente diferentes para el Lic. Marín, lo que provocó que tuviera una gris actuación al frente de un fideicomiso considerado el segundo de mayor importancia de los administrados por Nacional Financiera, S.A. Si consideramos que en la administración pública existen mas de 200 fideicomisos, nos daremos cuenta de la trascendencia del "Dedazo".

A diferencia de los delegados fiduciarios generales, la escritura en la que consta el nombramiento de un delegado especial sí consigna la clase de facultades otorgadas, enumerándolas, y especificando sus alcances.

El mismo artículo 7o. del Decreto de 1979, establece - las obligaciones generales y específicas de los delegados fiduciarios especiales en los fideicomisos públicos. En relación - a las primeras señala que: "deberá actuar y manejar los registros, efectuar los gastos e inversiones, contraer obligaciones y, en general, ejercitar los derechos y acciones que correspondan, con apego a las determinaciones de la institución de crédito que desempeñe el cargo de fiduciario".

La experiencia ha demostrado que el problema no es que los delegados fiduciarios no cumplan con las obligaciones que se les han marcado, sino la forma en que precisamente cumplen esas obligaciones.

Conviene citar aquí el comentario que el Dr. Acosta -- Romero hace respecto a la figura de los Directores de los fideicomisos públicos, de la cual señala "es de perfiles brumosos, en la que concurren características técnicas, administrativas y en muchos casos prevalecen las de índole política" (37), y - en relación a su nombramiento afirma: "es propiamente un nombramiento discrecional del Poder Público, que recae en una persona determinada, por lo que creemos resulta una excepción a las reglas aplicables a los delegados fiduciarios normales" (38).

(37) Miguel Acosta Romero. "Derecho Bancario". Ed. Porrúa, - S.A. México 1978, Pág. 343

(38) Miguel Acosta Romero, Ob. Cit, Pág. 347

FUNCIONES

Tomando como base lo dispuesto en el artículo 7o. del citado Decreto, los delegados fiduciarios especiales están --- obligados a lo siguiente:

I. "Someter a la previa consideración de la institución que desempeñe el cargo de fiduciario, los actos, contra-tos y convenios de los que resulten derechos y obligaciones para el fideicomiso o para la propia institución".

Esta norma y la que citaremos a continuación, preten-den limitar las facultades de estas personas en relación a la celebración de actos (sean contratos o convenios) de los que - se deriven compromisos para la fiduciaria. Sin dejar de recono-cer la buena intención del Ejecutivo por tratar de regular si-tuaciones que se traducían en malos manejos de los fondos fi-deicometidos, la aplicación del precepto indicado tiene los si-guientes inconvenientes:

a) En realidad la fiduciaria no revisa con la debi-da atención los actos mencionados sino que únicamente su papel consiste en rubricar los documentos respectivos, para lo cual - demora como si se realizara un análisis profundo.

b) Cuando se somete algún documento a la considera-ción de la fiduciaria, ya se realizó una revisión previa y con-junta del contenido del mismo. Por lo que la sanción que del - mismo realiza la fiduciaria a través de la rúbrica sólo repre-

senta un trámite que demora la formalización de dichos actos.

c) Resulta contradictorio que, si por un lado se -- otorgaron poderes al delegado fiduciario especial, éste tenga que someter a la consideración de la fiduciaria actos para cuya celebración se supone que ya le otorgaron facultades.

d) El control que se pretende con "someter a consideración de la fiduciaria los actos de los que resulten compromisos para la fiduciaria", en realidad no existe o al menos -- no es tan estricto, ya que generalmente la fiduciaria nunca -- tiene conocimiento detallado de los antecedentes e información que precedieron a la celebración del acto; y

e) De hecho, en los fideicomisos se celebran actos que no son supervisados por la fiduciaria sin que los delegados fiduciarios especiales sean sancionados.

II. "Manejar, de acuerdo con la fiduciaria, los recursos del fideicomiso, los títulos de crédito y cuanto documento consigne una obligación o sea necesario para ejercitar un derecho."

Esta regla en muchos casos atenta contra el cumplimiento de los fines del fideicomiso, ya que resulta excesivo el -- número de documentos que el fideicomiso debe presentar a la fiduciaria para utilizar los recursos afectados, sin contar los muchos trámites que deben cumplirse. Nos atrevemos a afirmar -- que un fideicomiso de fomento, destinado al otorgamiento de --

créditos, nunca podrá cumplir con verdadera eficiencia sus funciones si, para empezar, la utilización del efectivo otorgado en créditos demora considerablemente.

No es creíble que la administración conjunta de los ti tulos o valores entre fideicomiso y fiduciaria, evite los malos manejos que pudiera realizar el delegado fiduciario especial. En los casos en que hubo corrupción (Fideicomiso Bahía de Banderas, por ejemplo), esta se presentó con la complacencia de las autoridades y se pudo haber evitado. En todos los demás casos, esta norma propicia burocratismo.

III. "Consultar con la debida anticipación a la fiduciaria los asuntos que deban tratarse en las reuniones del Comité Técnico, con la documentación respectiva".

Al analizar las fracciones anteriores nos hemos referido a la actividad de la fiduciaria, en este apartado lo haremos sobre las funciones de los delegados fiduciarios especiales. Podríamos afirmar que la fiduciaria siempre se encuentra informada con la "debida anticipación" de los asuntos que se tratarán en las sesiones del Comité Técnico. Sin embargo, ello no representa una forma de control efectivo, ya que no tiene caso que la fiduciaria reciba tres o cuatro días antes de la celebración de la reunión la carpeta que contiene los asuntos que se tratarán, si como anteriormente establecimos, no tiene conocimiento de sus antecedentes ni de los factores que intervinieron para que se sometan a Comité.

Se debe tener en cuenta que la mayoría de los fideicomisos públicos canalizan recursos a través de créditos, por lo que las carpetas que se presentan a Comité Técnico preferentemente están integradas por solicitudes de crédito. Dichas solicitudes se presentan a sugerencia del Delegado Fiduciario Especial, -- teóricamente porque cumplen con las normas y procedimientos -- que tiene establecidos el fideicomiso; esta última circunstancia no es bien revisada por la fiduciaria, y es ahí en donde se origina el gran poder no escrito de los delegados fiduciarios especiales, ya que de hecho él es quien determina qué solicitud de crédito se presenta o no al Comité y, en su caso, la apoya para que se apruebe.

Esa facultad discrecional que tienen los delegados fiduciarios especiales para seleccionar acreditados sumada a un control absoluto del aparato administrativo con que cuenta el fideicomiso, es lo que convierte a estos funcionarios en el órgano de administración mas importante del fideicomiso, ya que el poder que llegan a concentrar es mayor incluso que el del propio Comité Técnico. En este sentido, una de las mas grandes lagunas que tiene el Decreto de febrero de 1979, es que se --- ocupa en mayor medida de los documentos o valores que llegan a manos de los delegados fiduciarios especiales, en lugar de - fijar procedimientos que normen el conjunto de sus actividades.

IV. "Informar a la fiduciaria acerca de la ejecución de los acuerdos del Comité Técnico, así como al propio Comité Técnico."

Si tenemos en cuenta que el único que realmente conoce en detalle la información realtiva a cada acto celebrado por el fideicomiso, es precisamente el delegado fiduciario especial, comprenderemos hasta que punto realmente significa una obligación lo consignado en la fracción que antecede. No es trascendente que se informe a la fiduciaria la ejecución de los acuerdos del Comité Técnico si desde el principio desconoce los aspectos subjetivos que imperaron para la celebración o rechazo de un determinado acto, en todo caso que podría argumentar la fiduciaria si casi siempre desconoce el fondo de los asuntos.

La fracción que analizamos tampoco establece procedimientos para presentar esos informes o la forma en que deben ser revisados por la fiduciaria. En la practica lo que ocurre es que determinado director de la institución para hacer sentir su poder personal exija al Delegado Fiduciario Especial la presentación de los informes, y este a su vez para hacer sentir el suyo no los proporcione o informe lo que el quiera y cuando así lo disponga.

V. "Presentar mensualmente a la fiduciaria la información contable requerida, para precisar la situación financiera del fideicomiso".

Considerando que la fiduciaria debe llevar un control estricto de los manejos de valores que realicen los delegados fiduciarios especiales, no resulta muy claro por qué se estable-

ce esta obligación. Desde luego que cada fideicomiso debe tener actualizada su información financiera, pero es obligación primordial de la institución fiduciaria controlar dicha información sin esperar que, le sea proporcionada, porque en este aspecto suelen no checar los datos que ambos tienen. La obligación sólo se justificaría si cada fideicomiso administrara en forma completamente independiente su patrimonio.

IV. Cumplir con los demás requerimientos que le fije la "Fiduciaria".

Esta última fracción lejos de tratar de abarcar las situaciones no previstas en el Decreto, propicia que la fiduciaria establezca al fideicomiso una serie de requisitos para cada asunto o documento, la mayoría de las veces innecesarios. En la practica ha ocurrido una situación curiosa, ya que resulta que ocasionalmente, las fiduciarias revisan si los mecanismos con que cuenta el fideicomiso son los adecuados para cumplir -- sus fines o si las operaciones realizadas cumplen con las normas que se tienen establecidas; sin embargo, de todo pretenden estar informadas. Es decir interesa mas "que pasó" que "por -- qué pasó".

En resumen, el Decreto de febrero de 1979, dista mucho de reglamentar en forma adecuada las facultades de los delegados fiduciarios especiales. Creemos que en este aspecto el citado ordenamiento jurídico descuidó, entre otros, cuatro aspectos tan importantes para los fideicomisos como son los siguientes:

1.- Límites a las facultades de los Delegados Fiduciarios Especiales.

Las facultades de estos funcionarios en casi todos los casos están contenidas en el contrato de fideicomiso, las reglas de operación y el Decreto que analizamos, sin embargo, si revisamos todos estos documentos observaremos que en todos --- ellos se enumeran dichas facultades, pero en ninguno se limitan. Esto da lugar a que aún dentro del campo de acción que tienen los delegados fiduciarios especiales sus facultades sean casi totales e impliquen la centralización de las decisiones. Por ejemplo, en los casos en que estos delegados pueden autorizar créditos hasta determinado monto, no existen normas que reglamenten dichos otorgamientos, de tal forma que si una empresa requiere de un crédito, pero este préstamo por su monto rebasa el límite que puede autorizar el delegado y no se quiere llevar la solicitud al Comité Técnico, porque probablemente sería rechazada. En estos casos la solución es sencilla, ya que solo se divide el monto del financiamiento en dos o tres cantidades que puedan ser subsecuentemente autorizadas por el delegado -- fiduciario especial y, asunto concluido.

2.- Establecer procedimientos a los que deben sujetar sus actos los delegados fiduciarios especiales.

No existe ninguna disposición que establezca cuáles -- son los procedimientos que deben cumplir estos delegados en el cumplimiento de sus actos. En el Decreto que analizamos se ob-

serva una preocupación enfermiza por los documentos que se deben administrar, pero no señala nada en relación a como se deben manejar las operaciones del fideicomiso, sobre todo si se tratan de créditos. En determinado momento a estos funcionarios no les interesa que todos los documentos que obran en su poder estén controlados, ya que tienen la facultad discrecional de otorgar un crédito o aceptar presentar una solicitud de crédito al Comité Técnico, con todos los beneficios que ello puede implicar.

3.- Requisitos que deben cubrir los asuntos que se planteen al Comité Técnico.

Hasta ahora, sea por disposición expresa (contrato de fideicomiso o reglas de operación) o por costumbre, los asuntos que se presentan al Comité Técnico son los seleccionados por el delegado fiduciario especial en consulta con sus más cercanos colaboradores. Ni la propia fiduciaria tiene conocimiento de las circunstancias que incidieron para la presentación de una solicitud a Comité. Este procedimiento que pudiera ser bueno en una sociedad perfecta, en la práctica, en una sociedad corrupta, ha demostrado estar viciado, lo cual se desprende de las constantes críticas que reciben los llamados "Fondos de Fomento", de personas cuyas solicitudes en ocasiones son rechazadas por no conocer a alguno de los funcionarios del cuerpo directivo del fideicomiso. Es indispensable establecer procedimientos que deban cubrir todos los asuntos antes de llegara Comité Técnico y que no se base en la decisión de una

persona su presentación. Debe tenerse presente que varios fideicomisos públicos manejan cifras superiores a los dos millones de pesos dentro de sus presupuestos.

4.- Procedimientos para establecer la estructura administrativa del fideicomiso.

Sobre este punto, la Secretaría de Programación y Presupuesto tiene establecidas innumerables disposiciones, cientos de manuales y miles de procedimientos; sin embargo, en los fideicomisos públicos son los delegados fiduciarios especiales los que determinan con qué áreas quieren contar, de qué personas se va a rodear, (haciéndolos funcionarios), y qué empleados estarán congelados durante toda su permanencia en el fideicomiso, pasando por quiénes se les otorgarán promociones salariales etc.

Existen fideicomisos que tienen mas empleados en el área administrativa que en la técnica y su finalidad es el otorgamiento de créditos para el desarrollo industrial, del país.

CAPITULO V

LOS COMITES TECNICOS O DE DISTRIBUCION DE FONDOS

Los Comités Técnicos

Integración

Funcionamiento

Facultades

Limitaciones

Problemática Operativa

LOS COMITES TECNICOS O DE DISTRIBUCION DE FONDOS

Los Comités Técnicos son otros de los organos de administración de los fideicomisos, sean públicos o privados, sus funciones son similares a las de los consejos en las empresas civiles o mercantiles. En cuanto a su estructura, los Comités Técnicos normalmente están integrados por representantes de -- las partes interesadas (Fideicomisos Privados), y de las depen -- dencias gubernamentales competentes en las diversas materias -- relacionadas con la realización de los fines del Fideicomiso -- (Fideicomisos Públicos). Los Comités Técnicos, a través de sus funciones pretenden lograr una coordinación eficaz de esfuer-- zos que permita mejorar los mecanismos que servirán para el -- cumplimiento de los fines establecidos.

La existencia de los Comités Técnicos se fundamenta en lo dispuesto en la Ley Reglamentaria del Servicio Público de -- Banca y Crédito, Art. 61, Pfo. III, que indica "..... En el -- acto constitutivo del fideicomiso, o en sus reformas, que re-- quieran el consentimiento del fideicomisario, si lo hubiera, -- podrán los fideicomitentes prever la formación de un Comité -- Técnico o de Distribución de Fondos, dar las reglas para su -- funcionamiento y fijar sus facultades".

Conforme al precepto señalado debemos entender que pue -- de haber un Comité Técnico o uno de Distribución de Fondos, -- sin embargo en la práctica generalmente los comités han sido -- definidos como Comités Técnicos y de Distribución de Fondos.

El Comité Técnico para el Lic. David Peñaloza Santillán, es un "organo colegiado, cuya finalidad es asesorar o regir a la fiduciaria en el cumplimiento de los fines del fideicomiso, que implica, en cierto modo, la delegación de algunas facultades del fideicomitente en un fideicomiso, siendo aquel, quien determina el carácter rector o de simple asesoría del comité". (39)

Para la Secretaría de Programación y Presupuesto, en su carácter de fideicomitente único del Gobierno Federal, el Comité Técnico "es un organo permanente de administración del fideicomiso y sesiona regularmente para tomar decisiones y acuerdos fundamentales en el manejo del patrimonio fideicometido, siendo sus facultades las establecidas en los contratos respectivos, limitantes para las instituciones fiduciarias"(40)

Debemos señalar, siguiendo las ideas de Emilio Krieger, que las facultades del Comité son al nivel de decisión y, por ende, dicho Comité no puede entrar a cumplir funciones de ejecución, pues de hacerlo entraría en colisión con las facultades propias del fiduciario.

También conviene indicar que las atribuciones de los -

-
- (39) David Peñaloza Santillán. "El Fideicomiso Público Mexicano" Ed. Cajica, S.A. Puebla, Pue., México 1983, Pág. 103.
- (40) Políticas Básicas Sobre el Funcionamiento de los Fideicomisos de la Administración Pública Centralizada, documento no publicado por la Secretaría de Programación y Presupuesto, México 1983, Pág. 240.

Comités Técnicos deben quedar establecidas en los contratos -- de fideicomiso respectivos, o en las reglas de operación a que se sujeta el funcionamiento del fideicomiso, de conformidad -- con las disposiciones legales generales que regulen su operación.

Es aplicable para los fideicomisos públicos lo consignado en el Artículo 2o., Pfo. 3o. del Decreto de 1979, que establece : "La Secretaría de Hacienda y Crédito Público (actualmente la S.P.P.) cuidará que en los contratos queden debidamente precisados los derechos y acciones que corresponda --- ejercitar al fiduciario sobre los bienes fideicometidos, las - limitaciones que establezca el fideicomitente o que se deriven por derechos de terceros, así como los derechos que éste se reserve y las facultades que fije en su caso, al Comité Técnico".

Lo anotado en el referido precepto se complementa con lo contemplado en el Artículo 9o., Pfo. 1o. del mismo Decreto, el cual dispone: "En los contratos de fideicomiso se deberán - precisar las facultades que el fideicomitente fije al comité - técnico, conforme a las instrucciones del Ejecutivo Federal, - si las hubiere, indicado cuáles asuntos requieren de la aprobación del mismo, para el ejercicio de acciones y derechos que - corresponden al fiduciario, entendiéndose que las facultades - del citado cuerpo colegiado constituyen limitaciones para la - institución fiduciaria". En relación con la parte final de este artículo debe nuevamente aclararse que las funciones del Comité Técnico son a nivel de decisión, no de ejecución, las cuales siempre corresponden a la institución fiduciaria.

La aclaración es importante porque en la práctica los encargados de la administración directa del fideicomiso pretenden celebrar actos sin tomar en cuenta al fiduciario, aduciendo que fue un acuerdo del Comité Técnico, lo cual es improcedente si recordamos que todos los actos encaminados al cumplimiento de los fines del fideicomiso deben ser realizados o --- cuando menos aprobados por el fiduciario.

En la mayoría de los fideicomisos del sector público - las facultades de los Comités Técnicos se encuentran señaladas en los contratos constitutivos del fideicomiso y en las reglas de operación a que se sujeta el funcionamiento de los mismos.- A manera de ejemplo podemos comentar que el Fondo Nacional de Estudios y Proyectos (FONEP), en la Cláusula Séptima del Contrato de Fideicomiso y en el artículo 14 de sus Reglas de Operación establece las facultades de su Comité Técnico.

Uno de los aspectos mas importantes para el funcionamiento de los Comités Técnicos es la forma en que se integran. Tratándose de fideicomisos privados, casi siempre cuando existe necesidad de formar un Comité Técnico, éste se compone de personas directamente interesadas en el negocio para el cual se - constituyó el fideicomiso, por lo que no se presenta mayor problema para conformarlo.

En los fideicomisos estatales la integración de los Comités Técnicos es un problema que se presenta desde su constitución y que se repite cada seis años cuando cambian los cua--

dros ejecutivos del sector público. De hecho no existe ninguna norma que señale los requisitos que deban llenar los integrantes de los Comités Técnicos, por lo que se dan casos de Comités en que las personas que lo integran no son profesionalmente las más capacitadas para asesorar y distribuir los fondos del fideicomiso. Esta situación también propicia una mayor libertad para los delegados fiduciarios especiales en el manejo del fideicomiso.

A continuación se realizará un análisis del procedimiento que se debe seguir para integración de los Comités Técnicos en los fideicomisos públicos.

INTEGRACION

Anteriormente la Ley Orgánica de la Administración Federal, incluía en el texto del Artículo 49, Pfo. 2o., lo siguiente: "El fideicomitente deberá recabar la autorización previa de la Secretaría de Estado o Departamento Administrativo encargado de la coordinación del Sector correspondiente, para la integración de los Comités Técnicos. En todos los casos un representante del fideicomitente, cuando menos, formará parte del Comité Técnico".

Actualmente, el texto del segundo párrafo de la citada norma ha sido reformado, para quedar como sigue: "La Secretaría de Programación y Presupuesto representará como fideicomitente único a la administración pública centralizada, en los -

fideicomisos que ésta constituya".

De acuerdo con los preceptos mencionados, el primer -- miembro que integra el Comité Técnico debe ser el representante del fideicomitente, o sea de la Secretaría de Programación y Presupuesto.

Por su parte del Decreto de 1979, en su artículo 80.,- primer párrafo, señala: "En los comités técnicos de los fideicomisos siempre se incluirá, por lo menos, un representante -- del coordinador de sector y otro de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. La institución fiduciaria deberá mantener - un representante permanente en el citado cuerpo colegiado, que concurrirá con voz pero sin voto".

Desde 1983, también en los Comités Técnicos de los fideicomisos públicos debe incluirse un representante de la "fla mante" Secretaría de la Contraloría General de la Federación,- para los efectos de supervisión y control de los fondos fideicometidos.

Considerando lo anterior, tenemos que generalmente los miembros base que se incluyen en los Comités Técnicos son los que representan a las dependencias siguientes:

- 1.- Secretaría de Programación y Presupuestos
- 2.- Secretaría de Hacienda y Crédito Público

- 3.- Secretaría de la Contraloría General de la Federación
- 4.- Secretaría Coordinadora de Sector
- 5.- Institución Fiduciaria

Adicionalmente, en ocasiones se invita a participar en el Comité Técnico a uno o dos representantes de instituciones financieras o dependencias que se relacionen directamente con las actividades del fideicomiso.

A pesar de que tampoco existe reglamentación en cuanto al número de integrantes de los Comités, estos no deben estar compuestos por una cantidad que impida tomar sus acuerdos con fluidez. Respecto a las entidades que específicamente deben estar representadas en los citados Comités, tampoco existe ninguna disposición. Es en la práctica en donde se va determinando qué dependencias deben estar representadas en el Comité Técnico.

En relación al nombramiento del Presidente de ese organismo colegiado, el mismo artículo 8o. del Decreto de 1979, indica: "En aquellos casos en que la autorización de creación no determine a quien corresponderá la presidencia del comité técnico, la misma se entenderá conferida al representante o a uno de los representantes de la dependencia que actúe como coordinador de sector, al cual se le deberá de atribuir voto de cali--

dad para caso de empate".

Una vez integrado el Comité y nombrado su Presidente, sesionará cada vez que las necesidades del fideicomiso lo requiera, lo cual ocurre generalmente cada mes. Sin embargo la asistencia de los representantes propietarios (se supone que son los de mayor capacidad técnica) a las reuniones de Comité es completamente irregular por lo que frecuentemente las sesiones se llevan a cabo con mas representantes suplentes que propietarios. Este hecho que en principio parece intrascendente, sí tiene sus consecuencias, ya que implica que a las reuniones de comité asistan funcionarios que no están debidamente adentrados en la actividad de los fideicomisos, ni conozcan sus políticas y procedimientos y, en muchas ocasiones, no hayan revisado las reglas de operación respectivas.

Lo anterior podría ser evitado si de alguna manera la Secretaría de Programación y Presupuesto define de qué nivel deben ser los funcionarios que integren los comités técnicos de los fideicomisos, para que dichos representantes tengan dentro de sus actividades normales asistir a las sesiones y no tener la excusa de que no asisten porque tienen asuntos mas importantes que atender.

Es importante para este trabajo el comentario que realiza el Lic. Peñaloza Santillán, respecto a la integración de los Comités Técnicos, ya que él opina que: "Otro hecho que desvirtúa la función de los Comités Técnicos, es la forma de inte

gración de los mismos, cuando se hace participar, ya sea al fi deicomitente y/o al fideicomisario o fideicomisarios. Cuando es el fideicomitente el integrante del comité, éste, de hecho, no se desvincula de los bienes fideicometidos y, cuando es el fideicomisario parte del comité, adquiere el carácter de juez y parte por el derecho que tiene de exigir el cumplimiento de los fines del fideicomiso a la fiduciaria y el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la Ley le correspondan (Artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito). En todo caso, los comités técnicos o de distribución de fondos, deberán estar integrados por especialistas en las actividades relacionadas con el fideicomiso de que se trata, quienes prestarán una efectiva ayuda al fiduciario, por ser expertos en la materia correspondiente." (41)

Tratándose de fideicomisos privados compartimos la --- opinión del citado autor en relación a que en los Comités Técnicos integrados por representantes del fideicomitente o del fideicomisario podría presentarse conflicto de intereses. No así en el caso de los fideicomisos públicos en los que por su naturaleza los miembros del Comité Técnico deben ser representantes del fideicomitente, aún mas que de los fideicomisarios. No debemos olvidar que en estos casos son fondos públicos los

(41) David Peñaloza Santillán, Ob. Cit. Pág. 105

que se afectan en una institución nacional de crédito, y que -- por lo mismo no se presentaría en ningún caso conflicto, ya -- fideicomitente y fiduciario pertenecen al sector público.

Por otra parte, en el comentario se menciona que los -- Comités Técnicos deben estar integrados por especialistas en -- las actividades relacionadas con el fideicomiso. Convendría -- agregar que también deberían tener un conocimiento general de la figura fiduciaria, para que entiendan mejor la naturaleza -- de los acuerdos tomados, así como sus alcances.

La buena marcha de los fideicomisos públicos en alto -- grado depende de los acuerdos que tomen los Comités Técnicos, -- para esto, en gran medida influye la manera en que los mismos funcionan en las sesiones que celebran,

FUNCIONAMIENTO

El Comité Técnico requiere para su funcionamiento además de contar con un Presidente, de un Secretario y en algunos casos de un Prosecretario, que serán los encargados de inte--- grar la información documental que se presentará a las sesio--- nes del Comité.

De esta manera tenemos que para su funcionamiento, en términos generales, los Comités Técnicos se conforman de la si guiente manera:

- 1.- Presidente
- 2.- Representantes Propietarios (nombrándose un suplente por cada propietario)
- 3.- Secretario (en ocasiones se le denomina Secretario Técnico)
- 4.- Prosecretario (si lo hubiere)
- 5.- Delegado Fiduciario Especial (el cual acude a emitir su opinión sin derecho a voto)

Es pertinente enfatizar que el Presidente del Comité Técnico debe ser un o el representante de la entidad coordinadora del sector en que se ubique el fideicomiso, en tanto que el Secretario y el Prosecretario serán designados por el propio Comité, quienes no necesariamente deberán ser miembros de ese órgano. También podrán ser designados por el fideicomitente o la fiduciaria, respectivamente, esto último no es muy frecuente que suceda.

Las reglas de operación de cada fideicomiso establecen lo relativo a la periodicidad con que deben celebrarse las sesiones del Comité, así como el quorum o forma de votación. La convocatoria a las reuniones del Comité deberán hacerse por indicaciones del Presidente, a través del Secretario.

- 1.- Presidente
- 2.- Representantes Propietarios (nombrándose un suplente por cada propietario)
- 3.- Secretario (en ocasiones se le denomina Secretario Técnico)
- 4.- Prosecretario (si lo hubiere)
- 5.- Delegado Fiduciario Especial (el cual acude a emitir su opinión sin derecho a voto)

Es pertinente enfatizar que el Presidente del Comité Técnico debe ser un o el representante de la entidad coordinadora del sector en que se ubique el fideicomiso, en tanto que el Secretario y el Prosecretario serán designados por el propio Comité, quienes no necesariamente deberán ser miembros de ese órgano. También podrán ser designados por el fideicomitente o la fiduciaria, respectivamente, esto último no es muy frecuente que suceda.

Las reglas de operación de cada fideicomiso establecen lo relativo a la periodicidad con que deben celebrarse las sesiones del Comité, así como el quorum o forma de votación. La convocatoria a las reuniones del Comité deberán hacerse por indicaciones del Presidente, a través del Secretario.

El Fideicomiso para el Estudio y Fomento de Conjuntos, Parques, Ciudades Industriales y Centros Comerciales (FIDEIN), en el artículo 5o. de sus reglas, señala "El Comité Técnico se sesionará cuando menos bimestralmente, o con la periodicidad que las circunstancias exijan. El Comité se considerará legalmente reunido cuando en la sesión se encuentren presentes por lo menos la mitad más uno de sus miembros, siempre que entre ellos se encuentre un representante de la Coordinadora de Sector. -- Las decisiones deberán ser tomadas por mayoría de votos y, en caso de empate, su Presidente contará con voto de calidad".

Otro fideicomiso, el Fondo Nacional de Estudios y Proyectos (FONEP), en el artículo 13 del citado cuerpo de normas, establece "El Comité Técnico sesionará con la periodicidad que las circunstancias exijan, pero debe reunirse por lo menos una vez al mes. Se considerará legalmente válido el Comité Técnico cuando estén presentes por lo menos cinco de sus miembros y -- uno de ellos sea representante de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Las decisiones se tomarán por mayoría de vo-- tos y, en caso de empate, el Presidente tendrá voto de cali--- dad".

En términos similares se establece en las reglas de -- operación de otros fideicomisos lo relativo al funcionamiento del Comité, ya que aún y cuando los fines son diferentes en to dos los casos, el instrumento fiduciario es el mismo.

Ahora bien, las sesiones del Comité Técnico se cele---

bran siguiendo el orden del día propuesto por el Secretario, - el cual es elaborado en colaboración con el Delegado Fiducia--rio Especial que casi siempre tiene funciones de Director Gene--ral. Ante la inexistencia de normas o lineamientos que fijen requisitos a los asuntos que deban someterse a consideración - del Comité, los documentos que se presentan, son los que a jui--cio del Director del propio fideicomiso deban presentarse, ya que generalmente el Secretario del Comité es el mismo o es su--bordinado suyo. Sería conveniente que quien desempeñe el cargo de Secretario no tuviera nexos laborales con el fideicomiso pa--ra que su actuación sea mas independiente y de esta forma no - se centralice la decisión de los asuntos que debe revisar el - Comité.

Otro aspecto al que no se le ha otorgado la debida im--portancia radica en el hecho de que a las sesiones de Comité - asisten los Delegados Fiduciarios Especiales o los Directores de los Fideicomisos, quienes a pesar de no tener derecho a vo--to influyen de manera decisiva en los acuerdos del Comité, con las "exposiciones" que realizan del porqué se están presentand--o determinados asuntos. En tal forma es importante este punto, que de hecho se aprueba lo que el Delegado o Director desea -- que se autorice, lo cual se facilita por el desconocimiento -- real que los miembros del Comité tienen de los asuntos que se están tratando. Esta situación podría reglamentarse estable---ciendo que estos funcionarios concurren a las sesiones pero se limiten a contestar las preguntas que los miembros del Comité les formulen en relación a las dudas que se presenten, con lo cual se lograría mayor objetividad en la toma de los acuerdos,

sólo que ésto implicaría que quienes integran los Comités efectivamente revisen las carpetas que contienen los asuntos que se analizarán en la reunión, lo cual se ve difícil dada la --- "alta investidura" de que gozan estos funcionarios.

Debemos tener en cuenta que del buen funcionamiento de los Comités Técnicos depende la adecuada distribución de recursos financieros, que alcanzan sumas bastante elevadas. Por ello, si de alguna u otra forma el Comité no está cumpliendo con propiedad sus funciones, tampoco se estarán alcanzando los fines del fideicomiso.

En la actualidad se hace indispensable el establecimiento de normas que regulen el funcionamiento de los Comités Técnicos, ya que casi siempre es la práctica la que va delimitando el accionar de estos órganos directivos, por lo que es común que las fallas y vicios se vayan transmitiendo de un fideicomiso a otro.

Sólo nos resta agregar en este apartado, lo referente a los actos urgentes que requieran la intervención del Comité Técnico, para lo cual se aplica lo dispuesto en el artículo -- 9o., párrafo 3o. del Decreto de 1979, que señala "Cuando para el cumplimiento de la encomienda fiduciaria se requiera la --- realización de actos urgentes, cuya omisión pueda causar notoriamente perjuicios al fideicomiso, si no es posible reunir -- al Comité Técnico, por cualesquiera circunstancias, la institución fiduciaria procederá a consultar al Gobierno Federal, a --

través del coordinador de sector quedando facultada para ejecutar aquellos actos que éste autorice".

El procedimiento que se debe seguir para la realización de actos urgentes debería ser mas ágil, ya que lo que dispone el Decreto en la práctica se lleva varios días y se supone que dada la urgencia que se presenta, la decisión debería -- ser cuestión de horas. Sin embargo debemos señalar que rara -- vez se presentan actos sumamente urgentes en los fideicomisos.

FACULTADES

Conforme a lo dispuesto en el artículo 9o. del Decreto de febrero de 1979, las facultades de los Comités Técnicos deben estar señaladas en los contratos de fideicomiso, aunque en la práctica es mas bien en las reglas de operación del propio fideicomiso en donde se enumeran las facultades de este organismo.

Cuando se constituye un fideicomiso, en el contrato -- respectivo unicamente se mencionan las facultades generales -- que tendrán los Comités, es en las reglas de operación correspondientes en las que específicamente se indican dichas facultades, teniendo en cuenta la operación global del fideicomiso.

Las atribuciones de los Comités Técnicos varían de -- acuerdo con la finalidad asignada al Fideicomiso. Casi siempre el propósito del mismo es la distribución de recursos por me--

de los Comités Técnicos de los fideicomisos del sector público federal, serían las siguientes:

1.- Dictar las políticas generales del fideicomiso.

En este punto se presenta una situación especial, ya que la institución fiduciaria cuando se constituye un fideicomiso con dirección propia, se desentiende en gran medida del manejo y funcionamiento del mismo. Por otra parte, como ya hemos indicado, el Comité Técnico es básicamente un órgano asesor y de consulta, y no un ente ejecutivo. Entonces, quien se encargará de establecer y proponer al Comité Técnico las políticas generales será el Delegado Fiduciario Especial o Director General, lo cual no tendría ningún inconveniente, sólo que dichas políticas no son debidamente revisadas por el Comité. Esto implica que al ser los Delegados o Directores los que de hecho formulan las políticas, y al ser también estos funcionarios quienes las aplican y no existiendo procedimientos aprobados por la fiduciaria o la fideicomitente, tenemos a final de cuentas que son los encargados de la administración directa del fideicomiso quienes establecen sus políticas generales del Fondo.

Es indispensable que la Secretaría de Programación y Presupuesto realice una evaluación para saber hasta qué punto las políticas y procedimientos que se siguen en los fideicomisos corresponden a los fines para los que fueron creados. Esa evaluación arrojaría datos muy interesantes, si consideramos -

dio de créditos o apoyos financieros. Realmente son pocos los fideicomisos cuyo fin es sólo administrar el patrimonio fideicometido (en los casos de museos, monumentos o joyas arqueológicas).

En los fideicomisos del sector público será atribución principal de los Comités Técnicos distribuir los recursos financieros afectados en fideicomiso, los cuales generalmente provienen del Gobierno Federal y de alguna institución financiera internacional de fomento como el BID o el BIRF. Para cumplir su facultad principal, los Comités se deben ajustar al orden de prioridades establecidas por el Gobierno Federal, en los muchos planes y programas que se elaboran.

La Secretaría de Programación y Presupuesto en un documento que denominó "Políticas Básicas Sobre el Funcionamiento de los Fideicomisos de la Administración Pública Centralizada" estableció algunas facultades que deberán incluirse en los contratos de fideicomiso y reglas de operación de todos los fideicomisos de la administración pública federal. Para ello, desde principios de 1983 se inició un proceso de modificación de los contratos, a través de los convenios modificatorios que incluirán estas reformas.

Tomando en cuenta lo señalado en el documento elaborado por la S.P.P., en los contratos de fideicomiso y en las reglas de operación de varios fideicomisos públicos como el FONEP, FOMIN, FIDEC, FOGAIN y FIRA, las facultades principales

que el propósito de los llamados fondos de fomento es el de -- distribuir racionalmente los créditos y en muchos casos exis-- ten empresas que acaparan cuatro o cinco créditos mientras que otras no pueden obtener ninguno por falta de una buena recomendación, lo cual se evitaría si las políticas de los fideicomisos, y sus procedimientos, estuvieran claramente definidos, y debidamente revisados y autorizados por el fideicomitente y la fiduciaria.

2.- Elaborar los proyectos de modificación de las - reglas de operación a que estan sujetas las actividades del fi deicomiso, mismas que deberán ser autorizadas por la Secreta-- ría de Programación y Presupuesto.

En este caso, los Comités Técnicos deben vigilar que - las reformas que se realicen a las reglas de operación verdaderamente conduzcan al mejor cumplimiento de los fines del fideicomiso, y no que las modificaciones que se efectúen sean para incluir programas que respondan mas a las inquietudes políti-- cas de los dirigentes del fideicomiso que a la ejecución de -- sus fines.

3.- Colaborar con la institución fiduciaria en el - cumplimiento de sus obligaciones como fiduciaria, así como de todos los compromisos derivados de la operación del fideicomiso.

Esta facultad que no debería presentar ninguna dificulta

tad en su aplicación, ha dado lugar a algunos malos entendidos entre la fiduciaria y quienes administran directamente el fideicomiso, motivados principalmente por el desconocimiento de estos últimos de la naturaleza jurídica del fideicomiso. Resulta que en la práctica los Directores Generales (que casi nunca son abogados) consideran que el único órgano que puede tomar resoluciones respecto a la operación del fideicomiso es el Comité Técnico y que la institución fiduciaria se debe limitar al cumplimiento de los acuerdos que se hayan tomado. Este tipo de situaciones impiden que exista la debida coordinación entre el Comité Técnico y la Institución Fiduciaria, e incluso que en ocasiones se contrapongan aunque siempre indirectamente, a través de terceros.

4.- Aprobar los créditos u orientar los apoyos que se otorguen de acuerdo con los fines para los que fue creado el fideicomiso.

Seguramente esta es la facultad mas delicada de cuantas tienen los Comités Técnicos, es la que más justifica su existencia, y es la que menos adecuadamente se puede cumplir cuando no existen políticas y procedimientos bien definidos. En contadas ocasiones los Comités saben por que determinada empresa fue seleccionada como sujeto de crédito, si se cumplen los requisitos legales en cuanto a su constitución y estructura, o si forma parte de un "Holding", etc.

Es aquí en donde aparece el poder oculto de los Direc-

tores Generales para presentar o rechazar solicitudes de crédito. Conveniente sería que todos los documentos de crédito, así como sus antecedentes fueran previamente revisados por la fiduciaria antes de ser presentados al Comité para aminorar la facultad discrecional que tienen los dirigentes del fideicomiso. En todo caso no debemos olvidar que la fiduciaria puede abstenerse de cumplir acuerdos del Comité tomados en exceso de sus facultades.

5.- Analizar y aprobar, en su caso, los estados financieros del Fondo y sus presupuestos.

Esta atribución del Comité Técnico que aparece en la mayoría de las reglas de operación de los fideicomisos revisados, creemos que no debería ser una facultad de dicho cuerpo, ya que del manejo del patrimonio fideicometido es responsable directa la institución fiduciaria. En todo caso, el Comité podría solicitar los estados financieros para conocer los recursos con que cuenta el fideicomiso y, en relación a ello, jerarquizar el tipo de créditos o apoyos financieros que deban otorgarse.

Por otra parte, en innumerables ocasiones tanto la S.P.P. como la S.H.C.P. solicitan a los fideicomisos sus estados financieros para revisarlos y aprobarlos, lo cual también deja sin efecto la presunta autorización del Comité.

Consideramos que debe ser el banco que opere como fidu

ciario el que debe revisar y aprobar los estados financieros - de los fideicomisos que cuentan con administración propia y, - a su vez informar al fideicomitente de la situación que prevalezca.

6.- Recomendar a la fiduciaria los tipos de interés, comisiones y plazos de amortización aplicables a las operaciones que realice el fideicomiso con particulares.

Al hacer uso de esta facultad, el Comité Técnico se sujeta a las instrucciones que expresamente reciba de la S.P.P. o de la S.H.C.P. por lo que no constituye una atribución dis-crecional. Este tipo de recomendaciones sería mas conveniente que las hiciera la institución fiduciaria ya que está mejor -- enterada del tipo de operaciones financieras que se realizan.

7.- Autorizar la celebración de convenios con entidades intermediarias para agilizar el uso de los recursos del fideicomiso.

Esta facultad acreditada a los Comités no implica que dichos actos necesariamente deban realizarse, ya que si se presenta algún impedimento técnico o jurídico que obstaculice la formalización del contrato o convenio de que se trate, éste no deberá realizarse. En algunos fideicomisos es frecuente la celebración de convenios de cooperación de todo tipo con toda -- clase de instituciones. Creemos que en estos casos lo único -- que se refleja son las notorias inquietudes políticas de los -

Directores Generales, los cuales en su afán de hacerse presentes inventan las operaciones mas inverosímiles. Debe recordarse que todos los convenios y contratos que vaya a celebrar el fideicomiso deberán ser previamente autorizados por la fiduciaria, lo cual en muchos casos no ocurre y esta última se entera hasta que ya se presentó algún problema.

8.- Autorizar las gestiones de financiamiento externo e interno destinadas a cumplir los propósitos del fideicomiso.

La trascendencia de esta facultad radica en el hecho de que generalmente los recursos que se fideicomiten se sujetan a programas previamente autorizados por el fideicomitente, pero que para iniciarse en cuanto a su desembolso requieren -- la autorización del Comité Técnico. De ninguna manera debe entenderse que dicha autorización implica la negociación directa de los recursos del fideicomiso que llegan vía créditos del -- BID o del BIRF, por parte de los funcionarios del fondo.

9.- Una última facultad que se otorga a los Comités Técnicos señala: "Las demás que fije el fideicomitente", en la que se trata de comprender todas aquellas situaciones imprevistas que se presenten en el funcionamiento de los fideicomisos.

Las facultades que hemos enumerado para los Comités -- Técnicos de los fideicomisos públicos comprenden la mayoría de los aspectos que se presentan en la operación de los mismos, -

podríamos afirmar que son las adecuadas. De hecho, la problemática que se presenta en el funcionamiento de los Comités no -- estriba tanto en el tipo de facultades que le son otorgadas, -- sino mas bien, como se pudo analizar, en la forma en que se -- practican.

LIMITACIONES

En el desempeño de sus facultades los Comités Técnicos siempre deberán tener en cuenta las prioridades que les hayan sido fijadas por el fideicomitente, absteniéndose de tomar --- acuerdos que ignoren o sean contrarios a los lineamientos que se les establezcan.

La institución fiduciaria debe ser cuidadosa de revisar que las determinaciones tomadas por dicho órgano se sujeten a las atribuciones que efectivamente se les hayan concedido. A este respecto, la actual Ley General de Banca y Crédito, en el Art. 61, última parte del Pfo. III, dispone: "Cuando la institución fiduciaria obre ajustándose a los dictámenes o --- acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad".

La citada norma no deja de crear controversia en cuanto a su interpretación, ya que hemos afirmado en este trabajo que la fiduciaria, de acuerdo con la ley, es la responsable -- del buen manejo del patrimonio fideicometido y es también la -- encargada de ejercitar los derechos y obligaciones, y que el -- Comité Técnico es sólo un órgano asesor, no ejecutor, cuyo pa-

pel es orientar y coordinar las actividades que deban efectuarse para el mejor cumplimiento del fideicomiso. Siguiendo este razonamiento carece de sentido la disposición mencionada en el párrafo anterior, si consideramos que la fiduciaria nunca podría cumplir un acuerdo del Comité que haya sido tomado en exceso de sus facultades y que represente un grave perjuicio para el fideicomiso, en este caso evidentemente no estaría obrando como un buen padre de familia, como lo consigna el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En su libro dedicado al estudio del fideicomiso público mexicano, el Lic. David Pañalozza Santillán, comenta lo siguiente sobre los alcances de los acuerdos de los Comités Técnicos: "Con base en lo preceptuado en la última parte del tercer párrafo de la Fracción IV del artículo 45 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, que establece, que cuando la institución fiduciaria obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad. En la práctica se ha notado una deformación, en cuanto a la función para la que fueron creados los comités, de tal manera que, los fiduciarios, respaldados en el párrafo aludido, han pretendido quedar libres de responsabilidad, cuando acatan las disposiciones emanadas de los referidos órganos colegiados; sin embargo aplicando los principios generales de derecho, consideramos que los delegados, no deberán acatar las disposiciones que sean contrarias a derecho

o a los fines del fideicomiso, pues de hacerlo, incurrirán en responsabilidad, aunque puedan comprobar, que se los ordenó el Comité Técnico del fideicomiso. Siguiendo esta misma idea, en nuestra opinión, los comités incurrirán en responsabilidad, -- cuando dicten disposiciones que sean contrarias a la ley o a los fines del fideicomiso". (42)

En relación a lo comentado por el citado autor, hemos notado que en la práctica no es tan exacto que la fiduciaria fácilmente busque quedar libre de toda responsabilidad cuando obre ajustándose a los dictámenes del Comité Técnico, lo que ocurre más frecuentemente es que la fiduciaria se oponga o no cumpla con la debida atingencia acuerdos del Comité que en muchas ocasiones son tomados sin el conocimiento detallado de los asuntos que los motivaron, sino que mas bien fueron aprobados debido a la presión e influencia que ejerció el Director General para que fueran autorizados. No debemos olvidar que en los fideicomisos con administración independiente, éstos se separan en cuanto a su operación de la fiduciaria y todos los actos encaminados al cumplimiento de sus fines son realizados a través del Delegado Fiduciario Especial, el cual supone (realmente así lo cree) que es libre para manejar el fideicomiso.

No es común que la fiduciaria trate de eximirse de la responsabilidad de algún acto realizado, aduciendo que lo hizo

(42) David Peñaloza Santillán, Ob. Cit. Pág. 104.

en cumplimiento de un acuerdo tomado por el Comité. Por el contrario ocurre con mayor frecuencia que la fiduciaria se oponga o deje de cumplir acuerdos tomados equivocadamente por el Comité. Por ejemplo, puede darse el caso de que un Fondo de Fomento otorgue un crédito a una empresa para establecer naves industriales en el puerto de Veracruz, y que la fiduciaria no autorice el contrato de crédito respectivo porque exista una Circular de la Secretaría titular del ramo, en la que se prohíba el otorgamiento de ese tipo de apoyos por no tratarse de una zona prioritaria y estar además, saturada.

Otro comentario interesante, es el que realiza Emilio Krieger quien afirma: "Si bien las decisiones del Comité Técnico no son obligatorias para el fiduciario, quien puede, bajo su responsabilidad, apartarse de ellas, si tienen un efecto liberatorio de responsabilidad, cuando el fiduciario las sigue, y tal vez, excesivamente liberatorio, pues el acatarlas libera al fiduciario de toda responsabilidad" (43). Mas adelante agrega este autor lo siguiente: "Parecería aconsejable reducir ese efecto liberatorio ilimitado, estableciendo que el fiduciario quedará libre de responsabilidad, salvo mala fe o dolo por parte de éste, o bien que las decisiones del Comité Técnico son claramente contrarias a los fines del Fideicomiso, o bien si su ejecución constituya un delito, pues en estos casos, el fiduciario podrá oponerse a ellas y pedir a la autoridad judicial

(43) Manual del Fideicomiso Mexicano, publicado por BANO---BRAS, México 1976, Pág. 40

que lo libere de la responsabilidad de decisión. Por lo mismo debe combatirse la práctica seguida por algunas instituciones fiduciarias de inducir a los fideicomitentes a integrar comités técnicos, que las propias fiduciarias manejan a su voluntad, pero que les sirven de escudo para librarlos de toda responsabilidad". (44)

La opinión del Lic. Krieger nos obliga a tratar de aclarar los siguientes puntos:

1.- Pudiera ser que en los fideicomisos privados, - la fiduciaria busque un efecto liberatorio al cumplir un acuerdo del Comité Técnico dictado en exceso de sus facultades, lo cual aún lo estaría muy claro, no así en los fideicomisos públicos en donde esto no opera.

2.- Como ya se ha analizado, en los fideicomisos públicos en ocasiones las fiduciarias no cumplen o buscan quedar liberadas de un acuerdo tomado por el Comité Técnico, porque - llegan a tener conocimiento de que no se siguieron los procedimientos adecuados en la presentación de los asuntos a dicho -- cuerpo colegiado.

3.- Lo que más que combatirse, debe reglamentarse - es la forma de integración y funcionamiento del Comité Técnico, así como el establecimiento de políticas y procedimientos para

(44) Manual del Fideicomiso Mexicano, BANOBRAS. Pág. 40

los asuntos que deban someterse al propio Comité, ya que en -- realidad quien tiene control de las situaciones (y del Comité Técnico) es el Director General, y no tanto la institución fiduciaria.

Situación diferente es la que se presenta en los fi--- deicomisos públicos en donde es aplicable lo dispuesto en el - segundo párrafo, del artículo 9o. del Decreto de 1979, que establece: "La institución fiduciaria deberá abstenerse de cum-- plir las resoluciones que el Comité Técnico dicte, en exceso - de las facultades expresamente fijadas por el fideicomitente, - o en violación a las cláusulas del contrato de fideicomiso, de biendo responder de los daños y perjuicios que se causaren, -- en caso de ejecutar actos en acatamiento de acuerdos dictados en exceso de dichas facultades, o en violación al citado con-- trato."

De hecho en los fideicomisos públicos, que son los más importantes por la cantidad de recursos financieros que se administran, no existe un efecto liberatorio para la fiduciaria, la cual constituye un límite para la actuación de los Comités Técnicos, ya que en muchos casos se opone al cumplimiento de - acuerdos tomados en exceso de facultades porque considera que de ejecutarlos se convierte en responsable solidario de los da ños y perjuicios causados.

PROBLEMATICA OPERATIVA

Los problemas que se presentan en el funcionamiento de los Comités Técnicos; están vinculados estrechamente con la forma en que se administran los fideicomisos en general, especialmente los públicos, pues hemos analizado como, cuando se nombra un Delegado Fiduciario General, casi siempre en funciones de Director, será este funcionario el encargado directo de realizar los actos tendientes al cumplimiento de los fines del fideicomiso, lo que desvirtúa el espíritu de la figura original del fideicomiso, conforme a la cual todos los actos deben ser realizados por la institución fiduciaria.

De esta forma el Comité Técnico funciona como un péndulo que tiene por un lado al Delegado Fiduciario Especial, y -- por otro a la institución fiduciaria. Mientras el primero maneja toda la información que servirá de base para que el Comité tome sus acuerdos, la segunda vigilará que no se exceda en sus facultades al adoptar determinaciones y que los dictámenes se encaminen al cumplimiento de los fines del fideicomiso. Para algunos tratadistas, el Comité Técnico funciona en forma similar al Consejo de Administración de las sociedades mercantiles, sólo que ya entrando en materia se observa que ambos son organismos rectores, pero los Comités deben rigidamente sujetarse a las indicaciones del fideicomitente consignadas en el contrato de fideicomiso y en las reglas de operación, y los Consejos tienen mayor libertad en cuanto al cumplimiento de sus funcio-

nes ya que su único límite será salvaguardar los intereses de la empresa.

La falta de normas que reglamenten específicamente la operación de los fideicomisos, también se refleja en la carencia de disposiciones que regulen las facultades, integración y funcionamiento de los Comités Técnicos.

CONCLUSIONES

1. El uso desmedido que se ha hecho del fideicomiso ha propiciado que operaciones que debieran realizarse mediante otras formulas jurídicas, sean canalizadas a través de la encomienda fiduciaria, que no en todos los casos representa una solución ideal a los problemas. Consecuencia de ese abuso es la existencia de entidades dentro de la administración pública, que por sus características y funcionamiento se asemejan mas a una sociedad u organismo con personalidad jurídica que a un fideicomiso.

2. En los fideicomisos públicos con administración propia se ha notado que se desvirtúa el principal objetivo del fideicomiso en general, que consiste en que el fiduciario realice los actos tendientes al cumplimiento de los fines que lo motivaron, ya que en estos casos el papel del fiduciario se limita a ser un simple supervisor de los actos que directamente ejecutan los delegados fiduciarios especiales, los cuales propiamente no forman parte de la institución fiduciaria.

3. Los procedimientos establecidos para constituir y organizar los fideicomisos públicos, así como los criterios de operación y funcionamiento, solo se aplican parcial-

mente, ya que en su manejo siguen prevaleciendo los aspectos políticos sobre las necesidades técnicas.

4. De acuerdo con los derechos y obligaciones que las Leyes establecen para los elementos personales del fideicomiso, es impropio señalar que los fideicomisos públicos son entidades administrativas autonomas, en ningún caso la ley hace diferencia entre fideicomisos administrados directamente por la fiduciaria y fideicomisos con administración propia, en todo caso estos últimos dejarían de ser fideicomisos en sentido estricto, ni se hace referencia a los derechos y obligaciones que corresponderían a estos últimos.
5. Los organos de administración del fideicomiso público, que conforme a la Ley son el comité técnico y el delegado fiduciario especial no tienen debidamente reglamentadas sus funciones y facultades lo que representa que prácticamente este último sea el administrador real del fideicomiso, lo cual también es incompatible con la fórmula fiduciaria.
6. Es indispensable legislar en materia de comités técnicos, para que estos efectivamente logren coordinar eficazmente los esfuerzos de las partes que intervienen en el fideicomiso, y se cumplan mas adecuadamente los fi--

nes para los que fue creado.

7. Al no realizarse un estudio de viabilidad muchos de los fideicomisos que son constituidos no desempeñan adecuadamente su cometido ni tienen un funcionamiento definido, en ocasiones duplican sus funciones con otras instituciones. Prueba de ello es que actualmente el Gobierno Federal ha iniciado un proceso de extinción de fideicomisos innecesarios.

8. Es imperativo la creación de una Ley General de Fideicomisos que integre y ordene las disposiciones contenidas en diversas leyes que actualmente se aplican al fideicomiso. Un apartado importante en esa nueva ley sería la que se dedicaría a la regulación de los fideicomisos públicos.

BIBLIOGRAFIA

1. Rodolfo Batiza. El Fideicomiso Teoría y Práctica, Ed. - Porrúa, S.A., México 1976.
2. Raúl Rodríguez y Rodríguez. El Fideicomiso y la Organización Contable Fiduciaria. Ed. ECASA, México 1977.
3. Ricardo J. Alfaro. Adaptación del Trust del Derecho Anglosajón al Derecho Civil. Ed. Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, La Habana, Cuba
4. Francisco Ferrara. Teoría de las Personas Jurídicas. -- Ed. Reus, Madrid, España 1929.
5. Rodrigo Vázquez Armenio. Naturaleza Jurídica del Fideicomiso Mexicano y sus Principales Aplicaciones Prácticas. Ed. Manuel Porrúa, S.A., México, 1969.
6. Remo Franceschelli. II Trust Nel Diritto Inglese,, Cédam, Padeya Italia 1935, Casa Editrice Dott Antonio Milani.
7. Joaquín Rodríguez y Rodríguez Curso de Derecho Mercantil. Tomo II Ed. Porrúa, S.A. México 1947.
8. Rodolfo Batiza Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria. Ed. Porrúa, S.A., México, 1977.
9. Miguel Acosta Romero. Teoría General del Derecho Administrativo. Ed. Porrúa, S.A. México, 1979.

10. José Manuel Villagordo Lozano. Doctrina General del -- Fideicomiso Mexicano. Ed. Porrúa, S.A. 2o. Ed. México - 1982.
11. Raúl Cervantes Ahumada, Títulos y Operaciones de Crédito, Ed. Porrúa, S.A. 3o. Edición México 1979.
12. Miguel Acosta Romero. "Derecho Bancario" Ed. Porrúa, -- S.A. México 1978.
13. David Peñaloza Santillán. "El Fideicomiso Público Mexicano. Ed. Cajica, S.A. Pue. México 1983.

LEGISLACION CONSULTADA

1. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ed. -- Porrúa, S.A. México 1981.
2. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Ed.- Porrúa, S.A. México 1982.
3. Ley General de Instituciones de Crédito y Organizacio-- nes Auxiliares. Ed. Porrúa, S.A. México 1982.
4. Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédi to. Diario Oficial de la Federación de fecha 14 de ene- ro de 1985.
5. Ley del Presupuesto Contabilidad y Gasto Público Fede-- ral. Ed. Porrúa, S.A. México 1984
6. Ley General de Deuda Pública. Ed. Porrúa, S.A. Méxi - 1984.
7. Ley General de Bienes Nacionales. Ed. Porrúa, S.A. Méxi co 1984.

OTRAS FUENTES

1. Pierre Lapaulle, La Naturaleza del Trust, Artículo publicado en la Revista General de Derecho y Jurisprudencia. Tomo III México, D.F. 1932.
2. Juan Landerreche Obregón, Naturaleza Jurídica del Fideicomiso en el Derecho Mexicano. Artículo publicado en la Revista Jus. T.X, No. 50 México 1942.
3. Carlos A. Arocha Morton. "Notas sobre una Posible Ley - de Fideicomisos de la Administración Pública Paraestatal", Documentos de Divulgación Interna de Nacional Financiera, S.A. México 1981.
4. La Coordinación Sectorial, Su terminología mas Frecuente, México 1981. Documento elaborado y divulgado por -- la entonces S.A.H.O.P.
5. Los Fideicomisos de la Administración Pública Centralizada, Documento elaborado por la S.P.P. sin editar, --- 1983.
6. El Universal Gráfico, Marzo 14, 1982 Primera Plana.
7. Jesús Silva Herzog Flores, el Fideicomiso Público como instrumento de desarrollo, Ponencia presentada en el - primer ciclo de conferencias sobre el Fideicomiso Públi co en México, publicada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. México 1982.

8. Manual del Fideicomiso Mexicano, publicado por BANOBRAS México.
9. Arturo Castañeda Niebla, los Fideicomisos Públicos. Tesis Profesional, Facultad de Derecho, U.N.A.M. 198
10. Alfonso García Macías, el Fideicomiso Público en la Banca de Fomento, Ponencia presentada en el primer ciclo de Conferencias sobre el Fideicomiso Público en México, publicada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público México 1982.
11. Políticas Básicas Sobre el Funcionamiento de los Fideicomisos de la Administración Pública Centralizada, documento no publicado por la Secretaría de Programación y Presupuesto México 1983.