



172 2ej
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"
COORDINACION DEL PROGRAMA DE DERECHO**

**NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO EN
EL DERECHO ADMINISTRATIVO MEXICANO**

TESIS PROFESIONAL

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

MARIA MARGARITA LIRA RAMIREZ

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

MEXICO, D. F.

1990



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.

INDICE

Naturaleza Jurídica del Fideicomiso en el
Derecho Administrativo Mexicano

	Pág.
INTRODUCCION.	1 - 2
PRIMER CAPITULO	
Breves Precedentes del Fideicomiso	
1. Precedentes del Fideicomiso.....	4 - 6
2. El fideicomiso en México.....	7 - 9
3. Análisis del Derecho Comparado.....	10 - 15
Citas Bibliográficas.....	16 - 17
SEGUNDO CAPITULO	
Constitución y Naturaleza Jurídica del Fideicomiso	
1. Naturaleza Jurídica.....	20 - 21
2. Características.....	21 - 28
3. Elementos formativos.....	28 - 36
4. Clasificación Tradicional.....	37 - 38
5. Clasificación por los Fines.....	38 - 45
6. Clasificación por la forma.....	45 - 48
7. Marco Jurídico.....	49 - 53
7.1 Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.....	53 -
7.2 Decreto del 27 de Febrero de 1979.....	54 - 55
Citas Bibliográficas.....	56 -

TERCER CAPITULO

Organización del Fideicomiso

	Pág.
1. El Fideicomiso en Materia Administrativa.....	58 - 60
2. Creación de los Fideicomisos.....	60 - 63
3. Organización del Fideicomiso.....	63 - 64
4. Operación del Fideicomiso.....	64 - 67
5. El Fideicomitente.....	67 - 70
6. La Fiduciaria.....	71 - 73
7. La Fiduciaria y sus Límites de Responsabilidad...	73 - 77
Citas Bibliográficas.....	78 -

CUARTO CAPITULO

Elementos Administrativos del Fideicomiso y sus Funciones

1. Delegados Fiduciarios Generales.....	80 - 83
2. Delegado Fiduciario Especial.....	83 - 88
3. Comité Técnico.....	88 - 94
4. Breve Análisis Jurídico-Laboral en los Fideicomisos.....	94 - 100
Citas Bibliográficas.....	101
Conclusiones.....	102 - 104
Indice.....	VI - VII
Bibliografía.....	105 - 107

**"NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO EN EL
DERECHO ADMINISTRATIVO MEXICANO"**

INTRODUCCION

El Fideicomiso en México ha dejado de ser una mera operación bancaria para convertirse en una figura cuyos caracteres hacen necesario un replanteamiento 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 es una manifestación del notable desarrollo alcanzado por esta figura. Sin embargo, el estudio de estas entidades permite observar que ese desarrollo ha sido más bien de tipo operativo que jurídico, sobre este punto basta 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. Asimismo, se analiza al fideicomiso desde sus orígenes, por su naturaleza jurídica, sus características y sus elementos

formativos, por su clasificación, por su organización y operación y finalmente se remata con un breve estudio de los derechos y obligaciones del personal al servicio y dentro de los fideicomisos.

PRIMER CAPITULO

BREVES PRECEDENTES DE FIDEICOMISO

PRECEDENTES DEL FIDEICOMISO

Es éste uno de los puntos en que los expertos parecen no ponerse de acuerdo, unos dicen:

"Que el origen directo del Fideicomiso lo encontramos en la Fiducia Romana, tanto la cum creditore como el cum amico. - Transmitiéndose al derecho Sajón, quien al adopartarlas crea - los Uses y posteriores Trusts, antecedentes del nuestro". (1)- Otros atribuyen una antigüedad al Fideicomiso sensiblemente ma yor:" . . . el Trust es el único antecedente del Fideicomiso - mexicano" (2). Esta opinión la confirma otro autor al negar - la posibilidad de que la fiducia haya pasado como tal al Dere- cho Inglés o al Germano, inclinándose por la idea "de que es- - tos pueblos llegaron, por necesidades semejantes a soluciones- semejantes" (3).

Cada vez son menos los autores que ven en las figuras Ro- manas de la fiducia y el fideicomiso testamentario el antece- dente más remoto de nuestro actual fideicomiso y esto se debe principalmente a lo difícil que resulta concatenar esta figura Romana con las que aparecen posteriormente como antecedentes - más probables del actual Fideicomiso. Como quiera que sea, la Fiducia Romana no sólo da nombre al fideicomiso, sino que es, - evidentemente, la misma figura, salvando las distancias en -- tiempo y necesidades (4), en ambas aparece la necesidad de rea- lizar un fin determinado, tal vez no siempre lícito, y de po- - ner los medios idóneos a la realización de dicho fin, en ambos se va a encargar esta misión a una persona de absoluta - -

confianza, es decir que la relación es de confianza más que de derecho, de donde proviene su nombre, y finalmente, los bienes entregados a esta persona para cumplir con el fin previsto, deberá entregarlos a un tercero beneficiario, que bien podría ser él mismo. De donde tenemos todos los elementos del fideicomiso, el fideicomitente que destina bienes o derechos a un fin de terminado, el fiduciario que dispondrá de los bienes en beneficio de un tercero y el fideicomisario o beneficiario que puede ser el mismo fideicomitente. Como vemos, en principio, tanto la fiducia Romana como el fideicomiso testamentario reúnen buena parte de las características de nuestro fideicomiso y esto se debe, probablemente, como lo indica Lepaulle (5) porque a necesidades semejantes el hombre buscará siempre la mejor solución y frecuentemente las soluciones encontradas tenderán a ser similares, por razones lógicas. Por lo que, si bien no es posible hablar de la fiducia como antecedente de nuestro fideicomiso, si lo es como derecho comparado a una solución dada por los Romanos, ensayada posteriormente por los Germanos con su prenda inmobiliaria, su manusfidelis y el Salman o Treuhand (6) y que es el más probable antecedente directo de los primeros Uses y posteriores Trusts y que son, en definitiva, de donde nosotros adoptamos y adaptamos lo que ahora conocemos como Fideicomiso.

La razón de que la figura haya evolucionado en el derecho sajón, y en el derecho latino, más adelantado se le haya reprimido hasta hacerla desaparecer es seguramente, a que en este último se le vió siempre como un intento de defraudar las leyes--

vigentes, de encontrar salidas a impedimentos establecidos por la ley; razón por la que se le persiguió durante el propio régimen Romano por burlar la Lex Falcidia. Esto lo evidencian situaciones como el que el Código de Napoleón prohíba las sustituciones fiduciarias, situación reflejada en México en donde nuestro Código Civil de 1870 las prohíbe expresamente.

La aceptación y posterior desarrollo que van a tener a la sombra del derecho sajón se debe a las características de éste, por el desenvolvimiento y separación entre tribunales de derecho estricto (common Law) y tribunales de equidad (equity) de que nos habla Rodolfo Batiza (7) al afirmar que el origen de los Uses se encuentra en una institución ilícita y condiciosa, que el Trust es igual al Use, que tuvo los mismos padres; el fraude y el temor y la misma nodriza: un tribunal de conciencia.

México va a ser lanzado a la utilización del Trust a principios de siglo, como instrumento de garantía en emisiones de bonos destinadas a financiar la construcción de ferrocarriles, bajo presiones económicas Norteamericanas y pretendiéndole dar un matiz de legalidad al asimilar la operación a la de un contrato de préstamos mandato e hipoteca (8).

EL FIDEICOMISO EN MEXICO

En el año de 1905 surgió la necesidad de regular el fidei comiso, pero la idea no pasó de un proyecto legislativo. El - interesante proyecto Limantour del 21 de noviembre de 1905, - enviado a las Cámaras y no aprobado, pretendía que se constitu- yeran en la República instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fiduciarios. (9)

En nuestro país se comenzó a legislar sobre el fideicomiso a partir de la ley general de instituciones de crédito y es ta ble ci m i e n t o s de 1 9 2 4. Los bancos de fideicomiso - como a las demás instituciones bancarias se les sometía al ré- gimen de la "concesión estatal".

La institución fue posteriormente reglamentada en la Ley- de Bancos de Fideicomiso D. O. F. del 17 de julio de 1926. En esta ley se establece el fideicomiso como "un mandato irrevoca- ble". Aparece como una institución diversa del trust inglés y del trust norteamericano, al comercializar la institución y en mar carla en el s i s t e m a b a n c a r i o. Era el momento en que se ini ci a b a el d e s a r r o l l o d e l n u e v o s i s t e m a b a n c a r i o m e x i c a n o. (10)

La nueva Ley general de instituciones de crédito que se - expide en agosto del mismo año, reprodujo íntegro el texto de la ley anterior.

Durante el gobierno del presidente Rodríguez, en uso de facultades extraordinarias, se expide la Ley General de Instituciones de Crédito, promulgada el 28 de junio de 1932, que conserva el sistema anterior, revisando su articulado. Con ella se inicia la transformación de todo el régimen de crédito del país, - "tanto para integrar el sistema del Banco de México mismo, - - cuanto para lograr que las operaciones de crédito y las instituciones que a su práctica se dedican, ofrezcan a la vez, la estabilidad necesaria de una buena técnica y la elasticidad exigida por las circunstancias y por las necesidades especiales de la República". (11)

En el mes de agosto, día 27 de 1932, se publica en el Diario Oficial de la Federación la nueva Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que al corregir errores y lagunas, reorganiza el Fideicomiso adoptando la tesis del "Patrimonio de Afectación, diversa a la anterior tesis del mandato irrevocable". Esta Ley es la que en la actualidad se encuentra vigente y que en lo relativo al fideicomiso ha tenido dos reformas: en 1933, el 31 de agosto; y en 1945, el 8 de mayo. Los artículos reformados son el 348 y el 359 fracción III, respectivamente.

Explicando los fines del fideicomiso se consignan las siguientes ideas en la exposición de motivos de la ley antes citada: ". . . Los fines sociales que el fideicomiso implícito - - llena en los países de organización jurídica distinta de la nuestra, pueden aquí ser cumplidos con notoria ventaja por el

juego normal de las instituciones jurídicas, mejor construidas.- En cambio; el fideicomiso expresado puede servir a propósitos -- que no se lograrían sin él, por el juego de las instituciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación".

La ley general de instituciones de crédito y organizaciones auxiliares del D. O. F. del 31 de mayo de 1941, actualmente vigente, abrogó la ley de 1932 de instituciones de crédito. Es importante señalar que esta ley considera al fiduciario como titular de los bienes del patrimonio de afectación que se crea por virtud del fideicomiso. La ley de referencia alude al fideicomiso en diversos preceptos: Título I, capítulo VI, artículos 126, 127, 135 a 138 y 156. Aunque la ley ha tenido varias reformas, éstas no se han referido al fideicomiso.

Podemos concluir: "Con evidentes conexiones lógicas con -- la fiducia y el fideicomiso romanos y con el fideicomiso testamentario del derecho español y mexicano, históricamente el fideicomiso deriva del trust anglosajón, hijo a su vez, del fideicomiso romano o de ciertas instituciones germanas". (12)

La institución del fideicomiso ya ha arraigado en la vida-jurídica nacional y se ha visto estimulada con el desarrollo de los fideicomisos estatales.

ANALISIS DE DERECHO COMPARADO

Haciendo un parangón entre el fideicomiso y una serie de contratos y figuras que le son afines, sería perfectamente válido tratar de establecer una especie de evolución partiendo de los contratos o figuras más simples a las más complejas, no en el sentido biológico que conocemos, sino más bien partiendo de un cúmulo de necesidades que el hombre ha tenido en el devenir de su historia y como les fue encontrando soluciones muy semejantes, así al encontrarnos en el derecho Romano con la Fiducia en cualesquiera de sus dos acepciones, la fiducia cum creditore o la cum amico, (13) al caer estas en desuso se fueron substituyendo por otros contratos reales más perfectos como el comodato, la prenda o la hipoteca. Es de suponer que lo mismo haya ocurrido con otras figuras, no tanto por el desuso cuanto por la persecución de que fueron objeto.

Esta evolución que pretendería ver a la fiducia como origen de donde se ramificarían diferentes figuras como el mandato y el propio fideicomiso, pasando por figuras más antiguas como las Capellanías o el Mayorazgo, no deja de ser una pura ilusión jurídica partiendo de las semejanzas que guardan estos contratos en la actualidad y que dan pie a estas elucubraciones. Si bien es posible enfocarlo en otro sentido y entonces habremos de hablar ya no de evolución de la figura en sí misma cuanto de la creación de figuras más sofisticadas para satisfacer necesi-

dades del mismo tipo, con lo que tenemos que las necesidades -- que la sociedad Romana tenia, no podfan compararse con las de la Edad Media, ni estas con las actuales por lo que resulta evidente que la Fiducia Romana, el Salman, el Use y el actual Fideicomiso, guardan una gran similitud, pero son figuras distintas como distintas son las sociedades que los idearon y distintas también sus costumbres y leyes.

Lo mismo podrá decirse de las figuras afines que, surgidas o no de la primitiva fiducia, se transformaron y modificaron en razón de la utilidad que daban a sociedades más adelantadas.

El contrato que se ha asimilado al fideicomiso es el de -- mandato. Alfaro, en su proyecto de 1920, señalaba al fideicomiso como un mandato irrevocable, y aún en la actualidad, algunos tratadistas franceses lo confunden. (14)

Para no caer en contradicciones y ser lo más objetivo en cuanto a diferencias, nos fijaremos a lo que para contrato señalan las leyes vigentes.

El artículo 2546 del Código Civil señala que el mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encargue. - El artículo 346 de la L. G. T. O. C. establece: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin -

lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una Institución Fiduciaria".

De la sola lectura de ambos artículos se podrán advertir sus semejanzas, que no son pocas, en ambas se actúa en beneficio de otro, se van a realizar ciertos actos encargados bien a un mandatario, bien a un fiduciario y sin más restricciones que el que sean jurídicos en el caso del mandato y lícitos en el caso del fideicomiso (deberemos entender que también serán lícitos para el mandato). De la lectura de los demás artículos reglamentarios de ambas figuras se verá que existen algunas otras restricciones de donde van a surgir sus principales divergencias. El mandato podrá ser escrito o verbal, artículo 2550; el fideicomiso deberá siempre constar por escrito, artículo 352; el contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario, artículo 2547; el fideicomiso será válido aunque no se haya designado fiduciario, pudiéndolo designar el fideicomisario o un juez de primera instancia, artículo 350.

Mientras en el caso del mandato el mandante tiene un derecho real sobre la cosa, en el fideicomiso se carece de este derecho y se tiene un derecho personal contra la Institución Fiduciaria; el mandatario actúa en nombre de otro mientras el fiduciario lo hace en nombre propio. Finalmente, el fideicomiso no termina con la muerte de alguno de los participantes, a menos que así se haya establecido en el contrato, lo que no sucede --

con el mandato que termina con la muerte de cualesquiera de los contratantes, excepción hecha de lo señalado en el artículo 2600 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Estas son sólo las diferencias más evidentes entre ambas figuras, existiendo a mi juicio otras que van a marcar la notoria superioridad de uno sobre el otro y es que el fideicomiso puede perfectamente, abarcar al contrato de mandato, lo que no puede ocurrir al contrario por las limitaciones que existen de entregar la propiedad de la cosa y que el mandatario normalmente carece de título para ello. La versatilidad del fideicomiso es, con mucho, la principal característica de éste y va a ser la diferencia más importante con los demás contratos afines.

En el depósito, al depositario se le confiere sólo la guarda material de la cosa, artículo 2516 C. C.; en tanto que al fiduciario, aparte de la posesión tiene la propiedad de la misma cosa.

En el mutuo, el mutuante entrega la propiedad de una suma de dinero u otra cosa fungible al mutuario quien se obliga a entregar o devolver otro tanto de la misma especie, cantidad y calidad, artículo 2384. En el mutuo solo se va a tener un fin que es la devolución de la cosa prestada, el mutuante no hace ningún encargo al mutuario y éste solo tiene la obligación de devolver la cantidad recibida. En el fideicomiso el fideicomisario tiene muchas más acciones en contra del fiduciario, pues

no sólo recibir la cosa entregada, sino también la gestión que, durante el tiempo que la tuvo en su poder, realizó, independientemente de las ventajas procesales, pues un acreedor fiduciario tiene prelación judicial frente a otros deudores.

La hipoteca y la prenda. Tanto la prenda, artículo 2856, como la hipoteca, artículo 2893, son contratos de garantía, en donde el deudor y acreedor no mantienen relaciones como las que existen entre fideicomitente y fiduciario. Aún cuando se puede emplear este sistema para establecer garantía fiduciaria en favor de los fideicomisarios; en este caso el acreedor hipotecario no tiene, frente al deudor, las obligaciones que la Institución Fiduciaria tiene hacia los fideicomisarios.

Finalmente, en todos estos contratos, el Código Civil no limita el que sean personas físicas o morales los contratantes, en tanto que sólo las Instituciones de Crédito autorizadas para ello podrán ser fiduciarios.

Haciendo un resumen histórico final y como ya hemos visto los orígenes remotos del fideicomiso y de cómo la fiducia Romana es un fideicomiso, pero si hemos de ser congruentes con la delimitación histórica del término, tenemos que aceptar que lo asimilamos del término anglosajón Trust de donde se originó, probablemente durante el reinado de Eduardo III (1327-1377) -- (15) durante la guerra de las dos rosas, iniciándose el proceso, muy probablemente, por la ley de manos muertas de 1217, en-

perjuicio de la Iglesia, que como antaño, va a encontrar la solución que prestanombres denominados "feoffee to use", utilizan dose también como fraude a acreedores.

Eduardo III declaró embargable el "Use" durante la guerra de las dos rosas, los vencidos, temerosos de que se les confiscaran todos sus bienes, antes que esto sucediera, cedían todo a un tercero ajeno, confiados a su buena fe, sin embargo pasó lo que en sus orígenes en Roma, esto es, el "cestui" que "use" o beneficiario no estaba protegido jurídicamente, y dada la -- consuetudaneidad de las leyes inglesas, lo que se inició como práctica usual sentó sus bases para lo que se convirtió finalmente en un derecho y los "Uses", antecesores de los Trusts, -- alcanzaron un auge extraordinario en Inglaterra en la época de Enrique V (1387-1422) desencadenando todo este proceso en la ley sobre "Uses" del año de 1534 en que el parlamento In -- glés expidió, en tiempos de Enrique VIII, disponiendo que -- quien gozaba del "Use" sería considerado como propietario de pleno derecho.

Esta ley tenía por objeto eliminar la existencia de dos -- propiedades, la legal y la equitativa, pero no logró su fin al vigorizar la práctica del "Use" pero con un nuevo nombre, surge el Trust con la insospechada fuerza que le dió el derecho de equidad (16)evolucionando desde entonces hasta nuestros -- días como lo adquirimos y lo conocemos.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 1.- Moya Palencia, Mario: El Fideicomiso Público en México, Ed. S. H. y C. P., México, 1981, p. 170.
- 2.- Batiza, Rodolfo: El Fideicomiso, Ed. Porrúa, S. A., México, 1979, p. 19.
- 3.- Lepaulle, Pierre: Tratado Teórico y Práctico de los Trust, Ed. Porrúa, S. A., México, 1981, p. 11.
- 4.- Tesis sustentada por todos los autores consultados, encontrando como punto de divergencia no el de si la Fiducia, el Trust y el Fideicomiso representan la misma figura, sino la posibilidad real de nexos entre ellas, siendo Lepaulle, Op. cit., pág. 11. el más enfático al respecto.
- 5.- Lepaulle, Pierre, Op. cit., página 12.
- 6.- Villagordoa Lozano, José Manuel: Doctrina General del Fideicomiso, Ed. Porrúa, S. A., México, 1982, p. 4.
- 7.- Batiza, Rodolfo: Op. cit., p. 29.
- 8.- Idem, p. 97 y s. s.
- 9.- Desde principios del siglo y sin una adecuada reglamentación se empleó el fideicomiso como garantía en la emisión de bonos destinados a la construcción de ferrocarriles. Con anterioridad, en este mismo año de 1924, don Enrique C. Creel -- presentó en la primera convención de la Asociación de Banqueros de México, un proyecto de funcionamiento de las compañías fiduciarias, explicando su desarrollo en los E. U. Sus 17 bases son de una influencia manifiesta.
- 10.- Alfaro, Ricardo J.: Adaptación del Trust Anglosajón al Derecho Civil, Academia de Derecho Comparado e Internacional, - Vol. I, La Habana, Cuba, 1948, p. 63.
- 11.- Jorge Vera Estañol formula en 1926 un proyecto a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, sobre las operaciones de los Bancos de Fideicomiso, que sirvió de base a la reglamentación posterior.
- 12.- Serra Rojas, Andrés: Derecho Administrativo, Vol. I, Ed. -- Porrúa, S. A., México, 1976, p. 645.
- 13.- Rodríguez y Rodríguez, Joaquín: El Fideicomiso, Esquema sobre su Naturaleza, Estructura y Funcionamiento, Ed. Porrúa, S. A., México, 1946, p. 8.

14.- Villagordoa Lozano, José Manuel: Op. cit., p. 14.

15.- Batiza, Rodolfo: Op. cit., p. 66.

16.- Villagordoa Lozano, José Manuel: Op. cit., p. 14.

17.- Idem., p. 16.

SEGUNDO CAPITULO
CONSTITUCION Y NATURALEZA
JURIDICA DEL FIDEICOMISO

NATURALEZA JURIDICA

En primer término nos referiremos a los conceptos de negocio fiduciario y fideicomiso. El negocio jurídico es un hecho jurídico, que debe catalogarse en la categoría de los actos libres, en los cuales se manifiesta plenamente la autonomía del sujeto.

En otros términos el negocio jurídico es un acto de voluntad libre, que tiende a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico y que produce, como consecuencia de tal tutela, determinados efectos jurídicos.

En la actualidad se hace cada día más evidente la insuficiencia de la legislación para prever y reglamentar todas las formas contractuales que las personas emplean en sus relaciones.

Por esta razón, junto a las normas tradicionales de los contratos se van desarrollando nuevas formas contractuales que no están previstas en la legislación vigente y que por su simplicidad y carencia de complicados formalismos jurídicos, contrastan fuertemente con los contratos tradicionales.

En el régimen jurídico anglosajón se acude a la integración jurídica por medio de la costumbre y la Jurisprudencia y así frente a una norma rígida del Derecho Común, (Common Law),

tenemos una norma de la equidad (Equity), que hace al Derecho menos rígido y notablemente más flexible. En cambio en los regímenes jurídicos de la tradición latina como el nuestro, la resolución se encuentra al través de la autonomía de las partes o de la libertad contractual, para acoger nuevas formas contractuales reconocidas por el legislador.

Dentro de estos negocios jurídicos surgen los negocios fiduciarios que en un principio se presentan como negocios atípicos e innominados y posteriormente se van reglamentando por parte del legislador.

Negocio fiduciario es aquel en virtud del cual una persona transmite plenamente a otra ciertos bienes o derechos obligándose ésta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita y determinada y como consecuencia de dicha finalidad, obligándose a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o a revertirlos al transmitente.

CARACTERISTICAS

Las principales características del negocio fiduciario son:

- 1.- Unidad del negocio.
- 2.- Transmisión plena de bienes y derechos y
- 3.- Afectación a un fin.

1.- Unidad del Negocio.- El negocio fiduciario es un negocio único formado por dos relaciones: una real, que hace posible la transmisión de un bien o un derecho del fiduciante al fiduciario y una relación obligatoria por la que el fiduciario se encuentra constreñido frente al fiduciante de retransmitir ese bien o derecho o de transmitirlo a un tercero.

Ferrara sostiene que son dos contratos:

- a) Un contrato real positivo que produce la transferencia de la propiedad o del crédito y que se realiza de modo perfecto e irrevocable; y
- b) Un contrato obligatorio negativo o sea la obligación -- del fiduciario de usar tan solo de una cierta forma del derecho adquirido, para restituirlo después al transferente o a un tercero.

No es aceptable esta tesis porque aisladamente no pueden existir dos contratos en forma autónoma. Sino que la relación real está subordinada a la relación obligatoria, pues esta última la limita, hace que el derecho transmitido en la relación -- real, siempre de carácter potestativo, invierte su naturaleza a uno de ejercicio obligatorio a efecto de que el fiduciario pueda realizar los fines señalados y después retransmitir al fiduciante los bienes o derechos recibidos, o bien transmitirlos a un tercero, según sea lo estipulado en el contrato mismo.

2.- Transmisión plena de bienes y derechos.- La transmisión que se realiza en virtud de la relación real del negocio fiduciario, del fiduciante al fiduciario, es una transmisión plena; si se trata de bienes se transmite la propiedad y si se trata de derechos, la plena titularidad.

Hay quien sostiene que en los negocios fiduciarios se crea un tipo especial de propiedad, que inadecuadamente se le designa como propiedad fiduciaria o bien un desdoblamiento de la propiedad y en consecuencia existen dos titulares respecto de un derecho real.

No es aceptable que se cree un nuevo derecho real, porque el fiduciario para el cumplimiento de los fines encomendados requiere del ejercicio pleno de los derechos transmitidos, pero con la limitación de que dichos derechos no van a incrementar el patrimonio del fiduciario, ni los va a ejercitar en su propio provecho, pues lo que ocurre es la inversión del carácter del derecho recibido, de potestativo, a uno cuyo ejercicio se convierte en obligatorio para el cumplimiento de las finalidades señaladas por el fiduciante, en beneficio de un tercero.

No admitimos el desdoblamiento del derecho de propiedad recibido por el fiduciario, porque en los regímenes jurídicos de ascendencia latina como el nuestro, la existencia de un titular excluye la posibilidad de otro simultáneo.

Este desdoblamiento sólo ocurre en los regímenes anglosajones donde se admiten dos órdenes jurídicos contemporáneos: - el derecho común y la equidad, pudiendo existir dos titulares - diferentes respecto de un mismo derecho.

3.- Afectación a un fin.- La relación personal en el negocio fiduciario implica la obligación impuesta al fiduciario de afectar los bienes o derechos recibidos a un determinado fin de carácter lícito.

Esto no implica como sostienen algunos autores, que se empleen medios excesivos para fines restringidos ni una contradicción entre medio empleado y fin que se persigue; más bien, se trata de medios propicios que por su flexibilidad, permite que se alcancen las finalidades que se persiguen y que normalmente le son comunes.

Expuesto lo anterior, podemos concluir que el fideicomiso es una especie de negocio fiduciario.

En el fideicomiso, el fideicomitente transmite ciertos bienes o derechos al fiduciario que se obliga a destinar los bienes o a ejercitar los derechos para obtención de una finalidad lícita y determinada, en beneficio de un tercero, llamado fideicomisario, con la obligación, una vez cumplida dicha finalidad, de retransmitirlos al fideicomitente o bien de transmitirlos al fideicomisario.

Ahora bien, hemos dicho que el fideicomitente transmite al fiduciario la titularidad de los derechos que se requieren para el cumplimiento de la finalidad que se persigue.

Por titularidad entendemos la cualidad jurídica que determina la entidad del poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos, dentro de una relación jurídica.

Es pertinente que aclaremos que dichos bienes que recibe el fiduciario en la celebración de los fideicomisos, no ingresan a su patrimonio personal, sino que se crea un patrimonio autónomo, diferente para cada operación.

"Las personas pueden ser titulares de varias masas patrimoniales de las cuales cada una tiene un tratamiento y finalidad-jurídica diferente; así nace la figura del patrimonio separado, es decir, patrimonio distinto del restante de la persona, capaz de tener relaciones jurídicas y deudas propias y además ser completamente ajeno a las vicisitudes que gravan al patrimonio personal del sujeto en cuyo seno existe. El patrimonio separado es un centro autónomo que no tiene otras relaciones con el patrimonio vecino, que la liga extrínseca de tener el mismo titular. Pero el patrimonio autónomo no es una persona jurídica, porque si la autonomía es una consecuencia de la personalidad, dicha autonomía no supone inversamente la existencia de sujetos diferentes" (1). Así el patrimonio separado es un patrimonio--

destinado a un fin especial, es una universitas juris que comprende derechos y obligaciones que son necesarios e indispensables para el fin al cual se destinan. Pero esa destinación especial no basta, es necesario que exista una responsabilidad -- por deudas particulares, deudas propias.

Para confirmar lo anterior dentro del fideicomiso, nos encontramos que de acuerdo con la Ley de Quiebras existe la separación de los patrimonios de cada fideicomiso, en caso de que ocurra la quiebra del fiduciario, sin que los bienes y derechos que lo integren, se consideren dentro del patrimonio del fiduciario fallido.

Por lo tanto, el fiduciario será titular de tantos patrimonios, como fideicomisos en los que intervenga.

Expuesto lo anterior podemos definir al fideicomiso como un negocio fiduciario por medio del cual el fideicomitente -- transmite la titularidad de ciertos bienes y derechos al fiduciario, quien está obligado a disponer de los bienes y a ejercitar los derechos, para la realización de los fines establecidos en beneficio del fideicomisario.

Ahora pasemos a analizar la relación que existe entre el fideicomiso y al contrato a favor de tercero.

Los códigos civiles mexicanos de 1870 y 1884 negaron la-

posibilidad de su existencia dentro de nuestra legislación, --
pues siguiendo el principio romano de *Alteri stipulari nemo --*
potest, dispuso que los contratos sólo obligan a las personas--
que los otorgan.

Posteriormente el Código Civil de 1928, cambia radicalmen--
te el principio e incluye dentro del capítulo de la Declara --
ción unilateral de la voluntad, fuente de las obligaciones, a
la estipulación a favor de tercero.

El Legislador de 1928 siguió la doctrina formalista del -
autor alemán Siegel, para sostener la existencia de la estipu--
lación a favor de tercero como un acto unilateral de voluntad,
como reacción al principio romano de la suprema autoridad de -
las partes, para generar la relación contractual a través de -
un acuerdo de voluntades.

Estimamos que si se analiza el contenido mismo de los ar--
tículos que reglamentan la estipulación a favor de tercero, --
nos percatamos de que se trata de un contrato, de un acuerdo -
de voluntades entre el estipulante y el promitente, pues el --
concepto mismo de estipulación, lleva implícito el acuerdo de
voluntades y necesariamente se trata de un contrato y no un ac--
to unilateral de voluntad. Particularmente el artículo 1869 -
ordena que la estipulación hecha a favor de tercero hace adqui--
rir a éste, salvo pacto escrito en contrario, el derecho de -
exigir del promitente, la prestación a que se ha obligado.

Ahora bien, en el fideicomiso nos encontramos que el contrato mismo se perfecciona cuando el fideicomitente, en su carácter de estipulante o promisorio, transmite determinados bienes o derechos al fiduciario, en este caso promitente u obligado para que los destine a la realización de un fin en beneficio de un tercero, en este caso el fideicomisario; si el fideicomisario comparece en el acto constitutivo del fideicomiso lo hace con la finalidad de aceptar la estipulación hecha a su favor.

ELEMENTOS FORMATIVOS

Después de haber analizado el origen y la naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano, nos referiremos a los elementos que lo integran.

Estos elementos son: A.- Personas; B.- Materias; C.- Fines y D.- Forma.

A.- Personas.- Las personas que intervienen en el fideicomiso son tres: a).- El fideicomitente; b).- El fiduciario, y c).- El fideicomisario.

a) El fideicomitente.- Es la persona que constituye el fideicomiso y destina los bienes o derechos necesarios para el cumplimiento de sus fines, transmitiendo su titularidad al fiduciario.

Los derechos y facultades del fideicomitente son los siguientes:

1.- Señalar los fines del fideicomiso.

2.- Designar a los fideicomisarios y a la o las instituciones que desempeñen el cargo de fiduciario.

3.- Reservarse determinados derechos sobre la materia del fideicomiso.

4.- Prever la formación de un comité técnico o de distribución de fondos, dar las reglas de su funcionamiento y fijar sus facultades.

5.- Exigir al fiduciario la rendición de cuentas de su gestión, cuando se haya reservado este derecho expresamente en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo.

6.- En los fideicomisos onerosos, exigir del fideicomisario la contraprestación a que tenga derecho.

7.- En caso de incumplimiento, exigir de la contraparte el cumplimiento o la rescisión del fideicomiso, con el resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

Respecto de las obligaciones del fideicomitente podemos -- destacar como la principal, la de transmitir al fiduciario los bienes y derechos materia del fideicomiso. Asimismo, el fideicomitente asume las obligaciones recíprocas que haya contraído por el ejercicio de los derechos que expresamente se haya reservado.

b) El fiduciario.- Es la persona que tiene la titularidad de los bienes o derechos fideicomitados y que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso, a través del ejercicio obligatorio de los derechos recibidos del fideicomitente.

De acuerdo con nuestra Ley sólo pueden ser fiduciarios las instituciones de crédito que cuentan con la concesión expresa del Estado otorgada al través de la Secretaría de Hacienda y -- Crédito Público de acuerdo con lo establecido en la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares. Además, se requiere que el fiduciario tenga la capacidad suficiente para que se le puedan transmitir los bienes o derechos materia del fideicomiso.

Por lo que se refiere a los derechos y obligaciones del fiduciario, diremos que el cumplimiento de sus obligaciones es co relativo al ejercicio de los derechos que se transmiten, pues está obligado a ejercitarlos para alcanzar los fines del fideicomiso. Estas obligaciones pueden ser de dar, hacer y no hacer.

Dentro de las obligaciones de dar nos encontramos las de pagar al fideicomisario los beneficios del fideicomiso; entre las -- obligaciones de hacer se encuentran primordialmente las de ejcutar los fines del fideicomiso, y por último las obligaciones de no hacer, comprenden las de abstenerse de hacer mal uso de los derechos fideicomitados y de no excederse en el ejercicio de las facultades que se le confieren.

c) El fideicomisario es la persona que recibe los beneficios del fideicomiso. De acuerdo con la Ley pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho del fideicomiso.

Son derechos del fideicomisario:

- 1.- Aquellos que se deriven del acto constitutivo del fideicomiso.
- 2.- Exigir a la institución fiduciaria el cumplimiento de los fines del fideicomiso.
- 3.- Atacar la validez de los actos que la institución fiduciaria cometa en su perjuicio, de mala fe.
- 4.- Atacar la validez de los actos que aquella institución cometa en su perjuicio, en exceso de las facultades que

el acto constitutivo o la Ley le confieran.

5.- Cuando proceda, reivindicar los bienes que a consecuencia de actos excesivos o de mala fe de la fiduciaria, hayan salido del patrimonio del fideicomiso.

6.- Elegir institución fiduciaria cuando haya renunciado - la que originalmente fungió con ese carácter; fuese removida o si en el acto constitutivo del fideicomiso no fuere designada.

7.- Dar su consentimiento para reformar el acto constitutivo, cuando se trate de formar un comité técnico o de distribución de fondos.

8.- Aquellos otros derechos que por las peculiaridades de cada fideicomiso pudieran corresponderle de acuerdo con lo que se haya pactado en la constitución respectiva.

Si analizamos todos estos derechos podemos concluir que se tratan de derechos personales, salvo aquel que la Ley señala como el de reivindicar los bienes fideicomitados por actos excesivos o de mala fe del fiduciario que hubieren salido del patrimonio del fideicomiso; por esta razón conviene estudiar la naturaleza jurídica de este derecho para confirmar si se trata de una acción real como lo es la reivindicatoria o de una acción pauliana, de carácter personal.

Esta supuesta acción reivindicatoria atribuida al fideicomisario no es de carácter absoluto, erga omnes, sino relativo, pues únicamente se otorga al fideicomisario cuando por mala fe del fiduciario o por el exceso en el ejercicio de sus facultades enajena los bienes o derechos fideicomitidos, en detrimento del patrimonio del fideicomiso, y además cuando dicha enajenación es contraria al cumplimiento de los fines del fideicomiso.

Por lo que se refiere a los efectos de la acción, observamos que tiende a que los bienes reivindicados se reintegren al patrimonio fideicomitado y no al patrimonio del reivindicante.

En vista de lo anterior podemos concluir que en este caso se trata de una acción pauliana, de carácter personal que produce una ineficacia relativa con efectos restitutivos para evitar los actos fraudulentos o excesivos del fiduciario, en detrimento del patrimonio del fideicomiso.

Decimos que se trata de una acción personal, porque se deriva de una relación jurídica entre acreedor y deudor, pues el fideicomisario es el acreedor del fiduciario por lo que se refiere al cumplimiento de sus obligaciones que se derivan del acto constitutivo del fideicomiso y que consisten en el ejercicio obligatorio de los derechos de que es titular, para el cumplimiento del fideicomiso.

Respecto de las obligaciones del fideicomisario sólo podemos decir que éstas existen según se presenten dos situaciones:

a) Cuando se designa fideicomisario a una persona a quien se desea beneficiar por un acto de liberalidad del fideicomitente.

b) Cuando el fideicomiso se celebró por mutuo acuerdo entre fideicomitente y fideicomisario y como consecuencia del mismo, el fideicomitente transmite al fiduciario ciertos bienes o derechos y a cambio de esta enajenación, el fideicomisario debe pagar una contraprestación al fideicomitente, que en la generalidad se traduce en dinero.

En el primer caso el fideicomisario estará obligado a cumplir aquellas cargas que el propio fideicomitente pueda imponer en su carácter de donante y sólo podría considerarse como una modalidad, que debe cumplir el fideicomisario.

En el segundo caso el fideicomisario está obligado a dar la contraprestación pactada, pues de lo contrario el fideicomitente puede demandar la rescisión del contrato de fideicomiso por el incumplimiento incurrido del fideicomisario.

B. Materia. Pueden ser materia del fideicomiso cualquier clase de bienes que se encuentren dentro del comercio o cualquier clase de derechos que no sean de ejercicio personal.

y por lo tanto intransmisibles. Es necesario que dichos bienes y derechos no se encuentren afectos a un derecho de tercero.

Hay bienes que están fuera del comercio por su propia naturaleza o por disposición de la Ley. Lo están por su propia naturaleza, aquellos que no pueden ser poseídos exclusivamente -- por algún individuo, como lo es el aire, la luz, etc., y por -- disposición de la Ley, aquellos que son irreductibles a propiedad individual, como el ejido y los que integran el patrimonio-familiar, y que de acuerdo con la Ley son inalienables.

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

C. Fines del fideicomiso. Los fines del fideicomiso son -- las actividades jurídicas que realiza el fiduciario, por ins -- trucciones del fideicomitente, a través del ejercicio obligatorio de los derechos que le transmite dicho fideicomitente.

Pueden ser fines del fideicomiso, cualquier actividad jurí dica que sea lícita, posible y determinada.

Es ilícito el fin que es contrario a las leyes de orden pú blico o a las buenas costumbres. Es imposible el fin que no --

puede existir por ser incompatible con las leyes de la naturaleza o con una norma jurídica que deba regir necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización. No será válido el fideicomiso si no se determina en forma concreta, - el fin que se persigue a través de su constitución.

D. Forma de fideicomiso. Los elementos formales constituyen la manifestación externa que debe revestir el fideicomiso.

De acuerdo con la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomiso debe constar por escrito y revestir las formalidades especiales según se trate de un acto entre vivos o de un testamento. Cuando el fideicomiso es convencional, es decir, cuando se establece por acuerdo expreso de las partes, debe ajustarse a los términos de la Legislación común, sobre transmisión de los derechos de propiedad de los bienes que se den en fideicomiso.

Si el fideicomiso consta en un testamento, deberá sujetarse a las formalidades propias al tipo especial del testamento de -- que se trate. Por lo que se refiere a la aceptación del fiduciario en estos fideicomisos testamentarios, tal acto debe constar en un instrumento público, ya sea ante Notario o ante la autoridad judicial que conozca de la sucesión del fideicomitente.

CLASIFICACION TRADICIONAL

Una vez analizados los diversos elementos del fideicomiso, esta situación nos permite fijar el punto de partida para la -- clasificación de la operación que nos ocupa.

En función de las personas que intervienen en el fideicomiso, sólo nos limitaremos al análisis del fideicomitente por ser el elemento personal más importante, ya que es quien transmite al fiduciario los bienes que son materia del fideicomiso, señala los fines y tiene derecho a designar al fiduciario y al fideicomisario.

Es importante hacer notar que el fideicomitente constituye el fideicomiso por un acto de voluntad y en dicho acto se pueden distinguir dos aspectos. El primero relativo a la manifestación de voluntad, mediante el otorgamiento del contrato y el segundo que corresponde a la causa que impulsa a dicha parte a constituir el fideicomiso.

Dentro de las causas que pueden inclinar al fideicomitente para constituir un fideicomiso, nos encontramos aquellas que lo imponen sin obtener ningún provecho o bien de constituirlo como una contraprestación de algún beneficio obtenido o que se vaya a obtener, en esas condiciones. el fideicomiso de acuerdo con la clasificación tradicional, puede ser gratuito u oneroso.

Cuando el fideicomiso se constituye por causas que se equiparan a un contrato gratuito, el fideicomitente tiene la facultad de reservarse el derecho de revocar o modificar el fideicomiso, en consecuencia la revocabilidad es una consecuencia del acto gratuito.

Cuando los motivos provienen de causas que asemejan al fideicomiso a un contrato oneroso, o sea cuando el fideicomitente ha recibido o recibirá una contraprestación motivada por esa causa, dicho fideicomitente no tiene derecho a revocarlo o modificarlo porque lesionaría los derechos del fideicomisario. Por lo tanto, nos encontraríamos frente a los fideicomisos de carácter irrevocable.

Si se clasifica al fideicomiso en función de la materia, se llega a la conclusión de que se estarán clasificando a los derechos reales y personales, que pueden ser materia del mismo y -- que de acuerdo con lo expresado con anterioridad, sólo existen limitaciones mínimas al respecto.

CLASIFICACION POR LOS FINES

En cambio tiene una importancia más significativa la clasificación que se haga de fideicomisos en función de sus fines.

La actuación del fiduciario en la realización de tales fines se puede delimitar en las siguientes situaciones:

a) El fiduciario recibe los bienes o derechos fideicomitidos para transmitirlos al fideicomisario, cuando se hayan reunido los requisitos señalados por el fideicomitente.

b) El fiduciario recibe los bienes o derechos fideicomitidos, para que con ellos se garantice el cumplimiento de una obligación personal.

c) El fiduciario recibe los bienes o derechos fideicomitidos (dinero o bienes de fácil realización) para proceder a efectuar las inversiones 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.

De acuerdo con lo anterior podemos clasificar las especies de fideicomiso, en razón de sus fines, de acuerdo con lo siguiente:

- a) Fideicomisos traslativos;
- b) Fideicomisos de garantía, y
- c) Fideicomisos de administración.

No obstante la separación que hemos hecho de los conceptos anteriores, en la práctica se presentan muchos casos en que los contratos de fideicomiso pueden comprender varias finalidades y por lo tanto pertenecer a cualquiera de las diferentes clasifi-

caciones ya señaladas, sin que esto sea óbice para que destaque una finalidad predominante, que serfa el criterio aplicable a la clasificación respectiva.

Fideicomisos traslativos.- Estos fideicomisos tienen como fin que el fiduciario transmita la titularidad de los bienes o derechos fideicomitados al fideicomisario o a la persona que éste señale, una vez que se hayan reunido los requisitos previamente establecidos.

Operan los fideicomisos traslativos en aquellos casos en que se presentan algunas dificultades de carácter legal o de tipo práctico para que se pueda realizar la transmisión mediante las formas tradicionales en los negocios jurídicos relativos, tales como la compraventa, la donación o la aportación de un socio a una sociedad.

Esta clase de fideicomisos pone de manifiesto el carácter de negocio fiduciario que tiene el fideicomiso mismo, pues - - transitoriamente se requiere de este medio para suplir las deficiencias que se presentan, para que se celebren los contratos - o los actos jurídicos tradicionales.

Fideicomisos de garantía. En virtud de este tipo de fideicomisos, se transmite la titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario, con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación a cargo del fideicomitente.

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

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

Actualmente se ha objetado la validez de los fideicomisos de garantía, porque supuestamente se les equipará a un pacto comisorio que establece el procedimiento de venta a que debe sujetarse el fiduciario, para la realización del patrimonio del fideicomiso. Existirá el pacto comisorio en aquellos fideicomisos que se establezca que en caso de incumplimiento del fideicomitente deudor, los bienes o derechos fideicomitados se transmiten sin más trámite, al propio fideicomisario; los procedimientos de venta de los bienes dados en fideicomiso que se pacten en los propios contratos, tienen su fundamento legal en el Artículo 1051 del Código de Comercio, ya que en materia mercantil es preferente sobre todos, el procedimiento convencional.

La Comisión Nacional Bancaria y de Seguros ha girado una

circular a las instituciones fiduciarias en la que les comunica que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ha ordenado a las instituciones fiduciarias, que en caso de incumplimiento de los fideicomisos de garantía que requiera la venta de los bienes fideicomitidos, deberá observarse el procedimiento establecido en las Fracciones III y IV del Artículo 141 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

Este procedimiento se aplica a la venta de los bienes inmuebles que forman parte de la garantía de los créditos de habilitación o avío o refaccionarios, sobre los cuales gravita un derecho real y no como en el fideicomiso, en el que se transmite la propiedad de los bienes materia del fideicomiso al fiduciario quien, como se ha mencionado, tiene la obligación de ejercitar las facultades de dominio sobre los mismos, para hacer efectiva la garantía, en caso de incumplimiento del deudor, debiéndose ajustar al procedimiento que se haya pactado en el contrato de fideicomiso y que en materia mercantil, por ser de carácter convencional, tiene plena validez.

Fideicomisos de administración. Son aquellos en virtud de los cuales se transmiten al fiduciario determinados bienes o derechos, para que dicho fiduciario proceda a efectuar las operaciones de guarda, conservación o cobro de los productos de los bienes fideicomitidos que le señala el fideicomitente, entregando los productos o beneficios al fideicomisario.

Los fideicomisos de administración comprenden dos actividades fundamentales que pueden presentarse en la práctica:

a) La actividad de inversión que consiste en que el fiduciario, con cargo al patrimonio fideicomitado, adquiera los bienes que le señala el fideicomitente; y,

b) La actividad de administración propiamente dicha, que -- consiste en que el fiduciario como titular del patrimonio del fideicomiso, se encarga de la guarda y administración de los bienes que integran dicho patrimonio, efectúa el cobro de los productos y los entrega al fideicomisario.

A través de los fideicomisos de inversión, se pueden resolver una serie de problemas que afrontan aquellas personas que requieren obtener de los beneficios de un capital, pero carecen de la experiencia suficiente; esta carencia la suplen con la colaboración de una institución fiduciaria, quien realiza las inversiones de acuerdo con los lineamientos generales establecidos en el contrato de fideicomiso por instrucciones expresas del fideicomitente, a fin de que adquiera valores de renta fija o variable, - que garanticen la seguridad de la inversión en beneficio de los fideicomisarios.

Con el fin de que el fiduciario no se exceda en el ejercicio de la actividad de inversión, el fideicomitente tiene la -- facultad de señalarle el tipo de bienes o valores que debe - -

adquirir con la suma de dinero que sea la materia de fideicomiso y en estos casos la responsabilidad del fiduciario, sólo se circunscribe a la entrega de los productos y en su caso, de los valores invertidos cuando concluye el fideicomiso.

Como lo vemos al hablar de las facultades del fideicomitente, en el acto constitutivo del fideicomiso, éste puede establecer un comité técnico o de distribución de fondos que será el organismo colegiado que dé instrucciones al fiduciario para que efectúe las inversiones más convenientes de los fondos fideicomitados. Cuando el fiduciario actúe sujetándose a las disposiciones de estos comités, estará libre de toda responsabilidad.

De acuerdo con la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, las instituciones fiduciarias tienen la prohibición de garantizar en lo personal acerca del rendimiento de los valores o bienes dados en fideicomiso, de la inversión o de la seguridad de los créditos que se otorguen con cargo al patrimonio fideicomitado.

Dentro de los fideicomisos de administración, cabe destacar aquellos que se utilizan para que a través de los mismos, los extranjeros puedan usar y disfrutar de los bienes inmuebles ubicados en zona prohibida o sea dentro de una faja de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 kilómetros en las costas, ya que de acuerdo con las disposiciones constitucionales

les no pueden adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas dentro de dicha zona.

La ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera, faculta a la Secretaría de Relaciones Exteriores para que autorice en cada caso la conveniencia de conceder a las instituciones de crédito, permiso para adquirir como fiduciarias el dominio de bienes inmuebles destinados a las actividades industriales o turísticas en la faja de 100 kilómetros en las playas del país, siempre que el objeto de la adquisición sea el de permitir la utilización y el aprovechamiento de dichos bienes a los fideicomisarios extranjeros, sin constituir derechos reales sobre ellos y pudiendo emitir para estos fines, certificados de participación inmobiliaria nominativos y no amortizables.

CLASIFICACION POR LA FORMA

Como se mencionó en la parte relativa, el fideicomiso siempre debe constar por escrito y en cuanto a su forma, debe sujetarse a los términos de la legislación sobre la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.

Por lo tanto, desde este punto de vista podemos clasificar al fideicomiso en la siguiente forma:

- a) Fideicomisos convencionales.

b) Fideicomisos testamentarios, y

c) Fideicomisos celebrados por disposición de la Ley.

a) Fideicomisos convencionales. Estos fideicomisos se -- constituyen por el acuerdo de voluntades de las personas que intervienen en estas operaciones. En el acto constitutivo del fideicomiso pueden concurrir las partes que en él intervienen o únicamente el fideicomitente. En este último caso, para lograr el perfeccionamiento del fideicomiso se requiere la posterior--aceptación del fiduciario y fideicomisario. La institución fiduciaria debe expresar su aceptación para que opere la transmisión a su favor de los bienes o derechos que constituyen su materia, para la formación del patrimonio del fideicomiso. La --aceptación del fideicomisario puede ser expresa o simplemente -tácita, cuando recibe los beneficios del fideicomiso y otorga -el recibo correspondiente a la institución fiduciaria.

b) Fideicomisos testamentarios. El fideicomitente puede -constituir un fideicomiso para que surta sus efectos después de su muerte. En esta situación nos encontramos ante los fideicomisos testamentarios que deben consignarse en el testamento del fideicomitente, quien puede elegir cualquiera de las formas que señala el Código Civil.

En estos fideicomisos testamentarios se resuelven los pro-blemas inherentes a los fideicomisos de inversión, cuando - -

designan beneficiarios a menores de edad o personas inexpertas en el manejo de capitales.

Bajo esta forma de los fideicomisos testamentarios se puede prever la protección de tales personas, sujetando lo que pudiera ser una herencia o un legado al manejo de una institución fiduciaria de acuerdo con las instrucciones del fideicomitente contenidas en el acto constitutivo del fideicomiso consignado en su testamento o bien a través de las resoluciones que adopte el comité técnico que al efecto designe el fideicomitente, se protege la debida inversión del patrimonio del fideicomiso y se garantiza el rendimiento adecuado para los fideicomisarios herederos o legatarios, incapaces de manejar directamente los bienes que heredan.

c) Fideicomisos celebrados por disposición de la Ley. No siempre se constituye el fideicomiso por la expresa voluntad del fideicomitente, ya sea en un acto contractual o en su testamento, sino por disposición expresa de la Ley, cuando por este medio se crea un patrimonio que venga a satisfacer las necesidades de un determinado grupo o clase social.

Así, el fideicomiso deja de ser una simple forma contractual y a través de una disposición legislativa, desempeña una función social para proteger los intereses de ciertas clases o grupos sociales que se encuentran impedidos de llevar adelante su normal desenvolvimiento, como miembros de una comunidad.

Estos fideicomisos se constituyen generalmente por el Estado a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien aporta los fondos o en su caso los bienes que constituyan el patrimonio del fideicomiso; se determinan los fines a los cuales se deberán destinar tales bienes; se señalan a los fideicomisarios, o se precisan las bases para su designación, y también se constituyen comités técnicos que regularán la inversión de los bienes fideicomitados, para que el fiduciario pueda dar fiel cumplimiento a las finalidades previstas en la Ley que crea el fideicomiso correspondiente.

En otro orden de cosas:

"Son numerosas las formas que puede revestir el fideicomiso y diversos los problemas que puede suscitar.

En la banca mexicana se practican las siguientes formas de fideicomiso:

- 1.- Fideicomiso de administración (de bienes o patrimonios);
- 2.- Fideicomiso de mandato o representación del fideicomiso; y
- 3.- Fideicomiso de garantía". (2)

MARCO JURIDICO

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente, define y reglamentó al Fideicomiso en sus artículos del 346 al 359.

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 serie de operaciones, que en aquel tiempo fueron poco utilizadas, pero que actualmente exigen la existencia de un cuerpo jurídico-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 sobre el trust en un país de Derecho Romano, labor que, sin embargo, ha presentado lagunas y deficiencias entre las que pueden destacarse las relativas a: 1) Comités Técnicos o de Distribución de Fondos; 2) Delegados Fiduciarios Generales, Especiales, Directores y Gerente; 3) Vigilancia; 4) Información Financiera Periódica". (3)

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 Patrimo-
nio Afectación sustentada por Pierre Lepaulle. Sin embargo, --
nuestra ley superó esta situación al establecer en su artículo-
356 que "la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y
acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso,
salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto".-
Resulta indispensable que la fiduciaria tenga estas facultades-
para poder cumplir con los fines del fideicomiso.

Los artículos del 348 al 355 fijan los requisitos que de-
ben cubrir los elementos que integran el fideicomiso, así como
los bienes que pueden ser objeto del mismo.

El artículo 357 de la ley de títulos mencionada, señala --
los diversos casos por lo que el fideicomiso se extingue:

"Artículo 357. El fideicomiso se extingue:

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

- III. Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o en su defecto, dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución;
- IV. Por haberse cumplido la resolución resolutoria a que haya quedado sujeto;
- V. Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario;
- VI. Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente este derecho al constituir el fideicomiso; y
- VII. En el caso del párrafo final del artículo 350".

Finalmente y de acuerdo con el artículo 359 se señalan los tres tipos de fideicomisos prohibidos:

- Quedan prohibidos:

- I. Los fideicomisos secretos;
- II. Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o

concebidas ya, a la muerte del fideicomitente, y

- III. Aquellos cuya duración sea mayor de 30 años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de 30 años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro".

Esta última fracción fue reformada en los términos señalados por decreto publicado en el D. O. F. del 8 de mayo de 1945.

El acuerdo Presidencial del 29 de abril de 1971 y haciendo un análisis del mismo, el maestro Campillo Sáinz, nos expone:

"La adquisición de bienes inmuebles por extranjeros, regulada por el artículo 27 constitucional, fracción I, y por la ley orgánica relativa, que prohíben a las sociedades extranjeras la propiedad inmueble en territorio mexicano y establecen que en las fajas fronterizas de cien kilómetros y de cincuenta en los litorales, los extranjeros no pueden adquirir bienes raíces ni pertenecer a sociedades que los adquieran, encuentra ahora, en el Acuerdo Presidencial del 29 de abril de 1971, una modalidad que abre nuevos campos de inversión. En virtud de

ése Acuerdo; la Secretaría de Relaciones Exteriores puede conceder a las instituciones mexicanas de crédito permiso para adquirir, como fiduciarias, la propiedad de bienes inmuebles destinados a actividades industriales y turísticas en las fajas fronterizas y costeras, cuando el objeto de la adquisición sea su utilización y aprovechamiento por extranjeros, ya sea como fideicomisarios, como tenedores de certificados de participación inmobiliarios, nominativos y no amortizables". (4)

LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO
DE BANCA Y CREDITO 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 antes no existía.

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 pecuniarios 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 disposiciones contenidas en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en la de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, en la Orgánica de la Administración Pública Federal, en la de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público y en la de Deuda 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 Fiduciarios, Gerentes o Directores de Fideicomisos deben actuar con estricto apego a las decisiones de las instituciones fiduciarias.

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.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 1.- Ferrara, Francisco: Teoría de las Personas Jurídicas, Ed. Reus, Madrid, 1929, p. 23.
- 2.- Serra Rojas, Andrés: op. cit., p. 648.
- 3.- Arocha Morton, Carlos A.: Notas sobre una Posible Ley de Fideicomisos de la Administración Pública Paraestatal, Nacional, S. A., México, 1981, páginas 4 y 5.
- 4.- Campillo Sáinz, José: Tecnología e Inversiones Extranjeras. Una Nueva Política de Desarrollo, Secretaría de Industria y Comercio, México, 1973, p. 84.

TERCER CAPITULO
ORGANIZACION DEL FIDEICOMISO

EL FIDEICOMISO EN MATERIA ADMINISTRATIVA

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". (1)

A esta disposición le encontramos tres cualidades que siempre aparecen en los fideicomisos público-administrativos y éstas son:

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 - loca., 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. 3; frac. III - de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. --- También anotamos que pueden 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 Dede

pendencia Coordinadora de Sector plantee la necesidad de su --
creación.

Conviene mencionar en ese apartado, citando lo que escri
be el Lic. José M. Villagordoa Lozano, acerca del fideicomiso
público; "Por medio, el fideicomiso deja de ser una simple --
forma contractual, pues desempeña una función social, en vis-
ta de que a través de su operación se protegen los intereses
de ciertas clases o grupos sociales que, al carecer de los re
cursos necesarios, se encuentran impedidos para llevar adelan-
te su normal desenvolvimiento como miembros de una comuni---
dad". (2)

Creación de los Fideicomisos

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.

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, fun-
cionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o --
que establezca el Gobierno Federal, se inició una reestructu-
ración de los contratos de fideicomiso ya formalizados para -
adecuarlos a las estipulaciones contenidas en el referido De-
creto.

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 -- más tarde, no se habían efectuado los estudios necesarios que permitieran determinar si eran o no necesarios, o si su estructura administrativa era la más adecuada.

El decreto del 27 de febrero de 1979, en cuanto a la -- constitución del fideicomiso, señalaba en su Art. 2o; que el Ejecutivo Federal otorgaría su autorización a través de la -- Secretaría de Programación y Presupuesto (S.P.P.), en las que se establecerían los objetivos y características generales -- del fideicomiso, y sería la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (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 Presupuestos. 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 toda la relacionado con el fideicomiso, desde su constitución hasta - su extinción. (3)

Las políticas que dicha Secretaría establece para la --- constitución de los fideicomisos son de variados trámites bu rocráticos que son: proposición de la Secretaría (cabeza de sector) a la S.P.P.; análisis, evaluación, programación y pre supuestación, así como un estudio jurídico que finalmente se dictamina para la autorización o no del fideicomiso.

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 de fideicomiso en forma precisa.
- 2.- Los derechos y obligaciones del fideicomitente, de la fiduciaria y de los fideicomisarios si existieren, debien-

do 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.

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

Organización del Fideicomiso

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.

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 - 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) Procedimientos 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.

Operación del Fideicomiso

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 Art. 351, pfo. 2o, lo siguiente: "Los bienes que se den en fideicomiso se considerán efec-

tos 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 Art. 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 facultades 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 depende más de aspectos 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 cuerpo 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 establecimiento de tasas de interés, autorizar la celebración de contratos, etc.

Sumando a lo anterior se encuentran las funciones del Delegado Fiduciario Especial que, como analizaremos más 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 sociedad 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 necesario 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 constituyendo 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 más obstaculizada que permite una adecuada operación de los fideicomisos.

El 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 fideicomisos 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 integrán el patrimonio del fideicomiso.

En relación a este punto, el Art. 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal señala: "Los fideicomisos públicos a que se refiere el Art. 3, fracción III de esta Ley son aquellos que el Gobierno Federal o alguna de las demás entidades parastatales constituyen, con el propósito de -auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, que cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades y que tengan Comités Técnicos:

En los fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal, la Secretaría de Programación y Presupuesto fungirá como fideicomitente único de la Administración Pública Centralizada. (D.R.14-V-86)

Conforme a lo anterior, además de la Secretaría de Programación y Presupuesto, podrán ser fideicomitentes las entidades con personalidad jurídica y patrimonio propios que inte

gran la administración pública paraestatal relacionadas en el Art. 3o de la Ley antes citada, así como el Departamento del Distrito Federal, mencionado en el Art. 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.

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 conjunción 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 reformas.

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 limitaciones, 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 incluyen poderes que impliquen la expresión de voluntad de mando de decisión.

8.- Establecer en el contrato constitutivo la facultad de revocar el fideicomiso, sin perjuicio de los derechos que correspondan a terceros.

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. 350 de la L.G.T.O. C.)

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 más 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 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 permanente 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 firmados por un Delegado Fiduciario General.

6.- Establecer sistemas de auditoría interna.

7.- En los fideicomisos que puedan contraer obligaciones de pasivo, la Fiduciaria deberá trámitar 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, Artículos 39 al 44.

La Fiduciaria y sus Límites de Responsabilidad

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 debe examinar, primeramente, los términos del acto constitutivo, -- donde encontrará, con el grado de precisión que el fideicomis--

tente 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". (4)

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 Art. 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 Art. 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 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 modificaciones.

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 otro, debe 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 fiduciarias deberán atenerse a lo establecido en el Art. 9o del Decreto de fecha 27 de febrero de 1979, que en su primer párrafo señala: "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 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 mas 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 desarro-- llar y la institución fiduciaria debe limitarse a cumplir to-- dos los acuerdos de este cuerpo colegiado.

Al respecto conviene citar aquí lo dispuesto en el segundo párrafo del Art. 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 viola-- ción 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 sino un marco legal aplicable a sus facultades y funciones.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Acosta Romero Miguel: Teoría General de Derecho Administrativo, Ed. Porrúa, S.P., México, 1979, pág. 215.
- (2) Villagordoa Lozano, José Manuel: Ob. Cit., pág. 210
- (3) Los fideicomisos de la Administración Pública Centralizada, Secretaría de Programación y Presupuesto, México, - 1983, pág. 4
- (4) Krieger, Emilio: Manual del Fideicomiso Mexicano, Ed. Banobras, México, 1976, pág. 111

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

CUARTO CAPITULO
ELEMENTOS ADMINISTRATIVOS DEL
FIDEICOMISO Y SUS FUNCIONES

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". (1) 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". (2)

Este comentario se basa en lo que disponía el Artículo 45,

Fracc. IV, Párrafo 2o de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organismos Auxiliares, que señala: "Bastará 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."

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.

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." (3)

En su obra dedicada al estudio del Fideicomiso, Rodolfo - Batiza comenta: "La función del delegado fiduciario es de carácter esencial jurídico pues, como observa Powell, la administración del Trust, desde el comienzo hasta su fin, está permitida 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 semi--llas de la controversia estan siempre presentes." (4)

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.

Delegado Fiduciario Especial

En la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, en su Artículo 45 Fracción IV se establecen las facultades de la Institución Fiduciaria para nombrar uno o más funcionarios designados especialmente al efecto y - de cuyos actos responderá directa e ilimitadamente la Institución situación ratificada en la Ley de Banca y Crédito en su Artículo 61 y confirmada por el Artículo 21 de la Ley Federal de Entidades Paraestatales, en donde establece que sólo el Presidente de la República designará Delegados Fiduciarios Especiales o Directores Generales de Fideicomisos Públicos.

La Ley de Banca y Crédito, en lo referente a fideicomisos, y en todo lo que no se oponga expresamente a por sentada la vigencia de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, a razón por la que constantemente estaremos haciendo referencia a la misma, aunque se encuentre derogada.

En el decreto del 10 de enero de 1979 se establecen las facultades y funciones de estos funcionarios - - - -

en sus artículos 4o y 7o.

Cuando por virtud de la naturaleza, especialización u -- otras circunstancias de los fideicomisos, la Institución Fiduciaria designe, con fundamento en el artículo 45 fracción IV de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, delegado fiduciario especial, éste 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.

Las facultades de este decreto son específicas para delegados fiduciarios, pues las funciones de que habla el Artículo 59 de la Ley Federal de Entidades Paraestatales, respecto a las funciones de los Directores Generales de las entidades son con un enfoque más general, supuesto que va dirigido a todos los directores de entidades paraestatales, incluidos los directores de Fideicomisos especiales.

La sustentación legal del precepto señalado, la encontramos en las reformas realizadas en los Arts. 45 y 46 a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y en el Artículo 40 de la propia Ley de Entidades Paraestatales.

Así, poniendo un poco de orden a los conceptos vertidos, la justificación del delegado fiduciario especial, al encontrarse originalmente en la Fracción IV del Artículo 45 de la L.G.I.C.O.A. y en los Artículos 4o. y 7o. del Decreto del 27 de febrero de 1979. La Ley reglamentaria del Servicio de Banca y Crédito, ratificara en su Artículo 61 esta designación y al no incluir modificaciones ni hacer alusión expresa a las obligaciones y facultades de estos funcionarios, tal como lo refiere la ley anterior se infiere que ésta (la anterior) continúa vigente en tanto no se oponga a la nueva.

Por otro lado, tanto la L.O.A.P.F. como la Ley para el control por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal van a ratificar la designación, pero refiriendo unicamente a los fideicomisos Públicos. Con las más recientes reformas a estos ordenamientos y a la sustitución de la Ley para el control de Paraestatales por la Ley Federal de Entidades Paraestatales, no sólo continúan mencionando al Fideicomiso Público como auxiliar de la Administración Pública Federal, sino que contemplan una serie de modificaciones que van a hacer aún más específico el término Fideicomiso Público.

En estos ordenamientos no sólo se establece la posibilidad del delegado fiduciario especial, sino la obligación de tal -

designación para todos los Fideicomisos Públicos, designación que corresponde hacer al Ejecutivo Fedral, por mandato expreso de Ley, Artículo 21 de L.F.E.P.

Existe la idea de que más que efecto, la designación de un delegado fiduciario especial fue una causa. Esto parece quedar demostrado con el hecho de que la designación de estos funcionarios no han venido siendo por parte de la Institución Fiduciaria, sino directa del Ejecutivo Federal, y esto probablemente debido a una más amplia y expedita toma de decisiones por parte del Ejecutivo, por la virtual independencia del delegado con relación a la fiduciaria.

La otra alternativa sería creer que, por el tamaño y la importancia de algunos fideicomisos, un delegado fiduciario general, materialmente hablando, no podría atenderlo sin desatender sus demás funciones, lo que provoca la delegación de facultades y con ello la aparición de delegados especiales para fideicomisos de la misma indole. (5)

Atentos siempre a lo que establece la Ley, si analizamos la normatividad que sustentaba la aparición de este delegado, estaba perfectamente regulado.

Controlado por la Institución Fiduciaria que contaba en todo momento con la información y los elementos suficientes -

para la toma de desiciones, siendo el delegado realmente un -
empleado a cargo de la institucion fiduciaria, de muy alta je
rarquia, pero empleado finalmente, esto en terminos legales,
la institucion delegaba sus funciones en un funcionario, habi
da cuenta de la importancia del negocio y del tratamiento es-
pecial que debia darsele, y siguiendo los cauces legales la-
informacion llegaria simultaneamente, a la fiduciaria, al Co-
mité Técnico y a la Secretaria cabeza de sector, donde todos,
actuando conjuntamente, tomarian las desiciones más adecuadas
y adiestrarian al delegado respecto a su accionar.

Pero es el caso que el delegado fiduciario especial rara
vez, por no decir nunca, fué designado por la Institucion Fi-
duciaria, con lo que, legalmente se encontraba como subordina
do de ella, pero en la práctica a quien rendia cuentas era a -
otro.

Con las más recientes reformas, esta situacion se confir-
mó y el delegado o director general de cualesquiera fideicom-
sos públicos, será designado directamente por el Presidente -
de la Republica, rompiendo totalmente el vinculo que hubiera
podido existir entre este funcionario y la Institucion Fidu-
ciaria.

Es importante aclarar que la designacion de un delegado-
fiduciario especial, con todas las ventajas que podria traer,

conlleva muchas desventajas. Abulta aún más el presupuesto - asignado a cada fideicomiso, pues en la práctica vemos que la designación de un puesto de esta magnitud viene acompañado de todo un aparato burocrático, mas grande o más pequeño, pero - que redundante siempre en perjuicio del erario público, con lo - que la principal ventaja que es el de desahogar de trabajo a un delegado fiduciario general podría suplirse con empleados de muy alto nivel, con los suficientes conocimientos y experiencia para dedicarse especialmetne a estos fideicomisos pero utilizando el mismo aparato administrativo del fiduciario.

Respecto a las ventajas que el Ejecutivo Federal tiene, con un manejo más directo de estos fideicomisos, vía delegado especial, lo deseable sería la completa reestructuración jurídica de la figura Fideicomiso Público, o mejor dicho, la estructura de la misma, pues no esta estructurada como tal, antes de querer modificar alguno de sus vicios.

Comité Técnico

Si el Comité Técnico: Un cuerpo colegiado designado - en el acto constitutivo del fideicomiso, o posteriormente, - sus facultades se fijan en el propio acto constitutivo. En - la práctica es un órgano auxiliar de la administración del fideicomiso y su duración puede ser temporal o por la vigencia - del fideicomiso.

La nueva Ley de Entidades Paraestatales, en su Artículo 40, nos remite, para la formación, integración y funcionamiento de los Comifes Técnicos en los Fideicomisos Públicos a lo establecido para los órganos de Gobierno, en cuanto sea compatible con su naturaleza en los Artículos, 56, 57 y 58 del mismo ordenamiento.

El origen de los Comités Técnicos lo podemos encontrar en los Trust Companies en donde se creaban cuerpos colegiados con un interés de asesoría y consejo, comités formados por personas de alto prestigio profesional, moral y administrativo, y que no funcionaban para un negocio o Trust en particular sino como cuerpo asesor de la empresa, sin tener intereses particulares por ninguna de las partes del negocio.

En el Fideicomiso mexicano estos cuerpos colegiados se asemejan más a las funciones de un consejo de administración-empresarial.

En la legislación, encontramos referencias a estos cuerpos en la fracción IV del Artículo 45 de la L.G.I.C.O.A. en donde se da la facultad, al fideicomitente, de crear un Comité Técnico o de Distribución de fondos, dar las reglas de su funcionamiento y fijar sus facultades y en la parte final indicando textualmente" "...cuando la Intitución Fiduciaria obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este Comité,

estará libre de toda responsabilidad."

El fideicomitente, libremente podía fijar patrones de -- comportamiento para cada Comité Técnico. En función de la le gislación actual, el Artículo 15 de la Ley de Entidades Pa--- raestatales establece: "En las leyes o decretos relativos - que se expidan por el Congreso de la Unión o por el Ejecutivo Federal para la creación de un organismo descentralizado (léa se también Fideicomiso Público de acuerdo al Artículo 47 re- formado de la Ley Orgánica de la Administración Pública Feder- ral) se establecerán entre otros elementos:.....V.- La mane- ra de integrar el órgano de Gobierno..."

Las funciones y atribuciones de los Organos de Gobierno se indican en el Artículo 58 de la misma Ley y son los siguien tes:

Establecer, en congruencia con los programas sectoriales, las políticas generales y definir las prioridades relativas a la producción, productividad, comercialización, finanzas, in- vestigación, desarrollo tecnológico y administración general; aprobar los programas y presupuestos; fijar y aprobar precios de bienes y servicios que preste la entidad; aprobar la con- certación de prestamos; aprobar anualmente los estados finan- ceros, aprobar los convenios, contratos, acuerdos, etc, que- celebre la entidad con terceros; aprobar la estructura básica

de la organización; autorizar la creación de Comités de apoyo; nombrar y remover, a propuesta del director, los servidores -- públicos de la entidad, al secretario y presecretario; establecer las bases para la adquisición, arrendamiento y enajenación de inmuebles; analizar y aprobar los informes que rinda el director; acordar los donativos y pagos extraordinarios, y vigilar su correcta aplicación; y aprobar las bases para cancelar adeudos. Entre sus principales funciones.

Como se podrá observar, y al igual que lo que ocurre con las funciones del delegado fiduciario establecidas en el mismo ordenamiento, por estar éste destinado a todos los organismos descentralizados y no específicamente a los fideicomisos, las disposiciones son de carácter general.

En el Decreto del 27 de febrero en su Artículo 8o. se establecen los atributos de estos Comités, completando en el Artículo 9o. sus funciones y obligaciones, y en lo que no se oponga expresamente a las leyes vigentes, se considera como tal. A continuación transcribimos dichos Artículos.

Artículo 8.- "En los Comités Técnicos de los fideicomisos siempre se incluirá, por lo menos, un representante del coordinador de sector y otros de la S.H.C.P. La institución Fiduciaria deberá mantener un representante permanente en el citado cuerpo colegiado, que concurrirá con voz pero sin voto.

"..... 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 uno de los representantes de la dependencia que actúe como coordinador de sector, al cual se le deberá de atribuir voto de calidad para caso de empate."

Artículo 9.- "En los contratos de fideicomiso deberán precisar las facultades que el fideicomitente fije al Comité Técnico, conforme a las instrucciones del Ejecutivo Federal, si las hubiere, indicando cuales asuntos requieren de la aprobación del mismo, para el ejercicio de acciones y derechos -- que correspondan al fiduciario entendiéndose que las facultades del citado cuerpo colegiado constituyen limitaciones para la Institución Fiduciaria.

" La Institución Fiduciaria deberá abstenerse de cumplir las resoluciones que el Comité Técnico dicte, en exceso de 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.

" Cuando para el cumplimiento de la encomienda fiduciaria se requiere la realización de actos urgentes, cuya omisión pueda causar notoriamente perjuicios al fideicomiso, si

no es posible reunir al Comité Técnico, por cualesquier circunstancias, la Institución Fiduciaria procederá a consultar al Gobierno Federal, a través del coordinador de sector quedando facultado para efectuar aquellos actos que éste autorice."

En el Artículo 8o, de la Ley Federal de Entidades Paraestatales, se otorga la coordinación de sectores a los titulares de las distintas Secretarías de Estado, y en los Artículos 14 y 23 del mismo ordenamiento se establecen los lineamientos generales de su formación, como dijimos antes, estos lineamientos son generales y no se oponen expresamente a ninguna de las disposiciones asentadas, por lo que continúan siendo vigentes, con las actualizaciones que cada caso imponga, sobre todo en la referencia que hace la S.H.C.P. como fideicomitente único y que actualmente corresponde hacer a la S.P.P.

De todo lo anterior puede entresacarse lo siguiente: En el Comité Técnico siempre fungirá por lo menos un representante de la dependencia coordinadora de sector.

-Siempre habrá uno de la S.P.P.

-El fiduciario tendrá uno sin voto pero con voz.

-La presidencia del Comité le sera encomendada, salvo pacto en contrario, al representante, o uno de ellos, de la dependencia cabeza de sector.

-Las facultades del Comité Técnico implican limitaciones a la Institución Fiduciaria.

-La fiduciaria deberá abstenerse de cumplir las resoluciones del Comité que en exceso de facultades fijadas en el acto constitutivo o en violación a las cláusulas del contrato de fideicomiso (en aparente contradicción con la última parte de la fracción IV del Artículo 45 de la L.G.I.C.O.A.)

-El Gobierno, en casos urgentes, se reserva el derecho a intervenir directamente en ausencia del Comité Técnico, a través de la dependencia coordinadora previamente designada.

Podrá apreciarse que el mencionado decreto no aporta mayores luces sobre la integración y funcionamiento del Comité Técnico, de lo que se alude que el Comité Técnico es un cuerpo colegiado que el fideicomitente, discrecionalmente, prevé en el acto constitutivo del fideicomiso, y que en los Fideicomisos Públicos viene realizando funciones de un consejo de administración, con diferencias en cada fideicomiso, pues cada Fideicomiso Público, para serlo, deberá contar con un Comité Técnico.

Breve Análisis Jurídico-Laboral en los Fideicomisos

La ley establece que será la Institución Fiduciaria la que contratará el personal técnico y administrativo necesario

y suficiente para la consecución del fin objeto del fideicomiso a través de los funcionarios designados por la propia Institución.

En el Artículo 45 fracción IV se puede leer: "Las Instituciones Fiduciarias desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de uno o más funcionarios que se designen especialmente al efecto...." y en la fracción XIV del propio ordenamiento invocado se lee: "El personal que las Instituciones Fiduciarias utilicen directa o exclusivamente para el desempeño de mandatos o comisiones o la realización de fideicomisos, no tomará parte del personal de la Institución, sino que, según los casos, se considerará al servicio del mandante o comitente o del patrimonio dado en fideicomiso. Sin embargo, cualesquiera derechos que asistan a esas personas -- conforme a la ley, los ejercerán contra la Institución Fiduciaria, la que, en su caso, para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte, afectará en la medida que sea necesaria, los bienes materia del fideicomiso, de acuerdo con lo que establece la fracción III de este Artículo;" Si regresamos a la fracción IV ésta nos sigue indicando: --- "..... de cuyos actos (los funcionarios designados por la Institución) responderá directa e ilimitadamente la Institución....."

Este "ilimitadamente" podemos interpretarlo no únicamente en el sentido de la afectación de los bienes fideicomitidos, sino del respaldo de la Institución con su patrimonio propio, dejando libre, como la propia ley establece, los patrimonios de los demás fideicomisos.

Villagordos Lozano establece, en base al análisis de las fracciones IV y XIV, así como de la interpretación de la Ley en materia laboral, que habremos de distinguir dos clases de personal en una fiduciaria, los que directa o exclusivamente se dediquen a mandatos, comisiones o fideicomisos; y que no formarán parte de la Institución Fiduciaria y se considerarán según el caso, al servicio del mandante o comitente, o del patrimonio fideicomitado. Y los empleados que, además o exclusivamente se dediquen a otras funciones propias del fiduciario.

Vistas así las cosas, pareciera fácil hacer la separación del personal a cargo de la Institución Fiduciaria o no, pues las actividades señaladas en los incisos del Artículo 44 son por demás numerosas como para que el fiduciario pueda necesitar un buen número de personas dedicadas a estos menesteres y que de manera adicional colaboren para los mandatos, comisiones o fideicomisos; y en aquellos fideicomisos cuya importancia o tamaño requiera de personal especializado, contratarlo expreso considerándolos empleados del mandante,

comitente o del patrimonio fideicomitado. Los problemas se inician aquellos fideicomisos que son lo suficientemente pequeños como para requerir delegado fiduciario especial y con ello todo el aparato que esto implica, pero que a la vez son lo suficientemente grandes como para requerir de un cierto número de empleados dedicados "directa o exclusivamente" a su atención, y todavía más, cuando dos o más fideicomisos, de fideicomitentes distintos requieren la atención de un grupo reducido de empleados. ¿Van a considerarse al servicio de los mandantes?, ¿De cuál de ellos?, ¿De cuál patrimonio fideicomitado?, o es que acaso sea necesario más personal para determinar con precisión el trabajo devengado por cada empleado para cada fideicomiso que atiende, o será necesario contratarlos por servicios profesionales dependiendo del flujo de trabajo existente.

Si habremos de atenernos a lo que la ley establece, deberían buscarse alternativas en este sentido, en la práctica -- las Instituciones Fiduciarias se han asimilado, en lo que a personal respecta, a toda la institución, y los empleados de cualquier departamento, gerencia, dirección o cualquier otro nombre que adopte la división fiduciaria de una Institución de Crédito, son considerados empleados de la Institución toda, adscritos a una área determinada del banco y perfectamente diferenciados de los que son contratados para fideicomisos especiales, otorgándoseles sueldos, prestaciones y demás conside-

raciones similares al resto del personal, con la total desobediencia al precepto legal invocado y los problemas administrativos y laborales, tanto para la Institución como para los -- propios empleados, que esto trae consigo, pues los empleados -- se saben "fijos" al servicio de la Institución, y mientras -- tengan trabajo por un buen número de fideicomisos todo marcha bien, pero que ocurre cuando termina ese trabajo, bien por -- haberse cumplido con el objeto del mismo, bien por cualquier otra causa de extinción o, todavía más cuando por necesidades del fideicomiso, éste crece y se hace necesaria la presencia del personal especializado ya no al servicio de la Institución sino al servicio directo y exclusivo del fideicomiso; en ambos casos planteados el personal tendrá problemas de ubicación, - pues estará sin ella hasta que se decida su suerte, o hasta - que llegue más trabajo. Con el consiguiente malestar y soslbra de si causará baja de la Institución, etc, o la presión - de abandonar ésta para incorporarse al fideicomiso, pero ya - como un nuevo patrón.

La Institución también tiene problemas y no menos graves, la disyuntiva de contratar peronal cuando tiene gran cantidad de trabajo, a sabiendas que este trabajo será temporal y después ¿Cómo reubicar a todo este personal? o ¿En qué utilizarlo?, pues liquidarlo es un gasto a todas luces infructuoso, toda vez que los flujos de trabajo son inconstantes y habría- que contratar más personal a la vuelta de unos meses.

La solución parecería ser la exacta aplicación en este sentido, del Artículo. 45 en su Fracción XIV y, de alguna manera, independizar al fiduciario también en su aspecto laboral, contando con una planta lo más reducida de personal necesario a las labores generales del fiduciario y con una cartera --- importante de servidores por tiempo determinado o por servicios profesionales, con un mayor sueldo del vigente en el mercado, para hacer atractivo el plan, éste beneficiará a las - Instituciones pues sólo contarán con el personal cuando lo ne cesiten estrictamente y gastarán menos, con un ahorro por --- prestaciones, jubilaciones, etc, no obstante los altos honorarios que finalmente serán por cuenta del patrimonio fideicomitido. Y servirá a los empleados que sabrán de antemano las - condiciones con que están siendo contratados, logrando una saludable competencia y retroalimentación tanto entre empleados como entre Instituciones Fiduciarias, manteniéndose ambos en buenas condiciones competitivas.

Todo lo emitido en los párrafos anteriores, de ninguna - manera invalidan o menoscaban este inciso, las obligaciones - de la Institución Fiduciaria, en materia laboral, son ilimitadas, por lo que sería perfectamente válido el acudir a la Institución Fiduciaria como instancia previa en caso de conflicto laboral, y ésta tendría, en todo momento, obligación de intervenir y tratar de llegar a un acuerdo.

Desde luego que esta afirmación implica muchas cosas que nos llevarían incluso a otra tésis o cuando menos a un trabajo bastante más profundo del tema, lo que si no podemos negar es la responsabilidad que en casos de quiebra o insolvencia del fideicomiso, para cubrir los saldos en su contra, la Institución Fiduciaria debera responder hasta el límite de sus posibilidades, sin comprometer, desde luego, los bienes de los demás fideicomisos, tratándose de aspectos laborales.

Los empleados de los distintos fideicomisos están pues, al servicio de quien haya designado, en su caso el Comité Técnico respectivo, y estarán sujetos al Artículo 123 Constitucional en su apartado "A". Considerando al Comité o al patrimonio fideicomitado como patrón y al delegado fiduciario especial como representante directo haciendo las veces de gerente de la "empresa", empresa que cuenta en todo momento con el apoyo de la Institución Fiduciaria, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 45 Fracción XIV ya mencionado, pero también de conformidad con el Artículo 10 de la Ley Federal del Trabajo.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Batiza, Rodolfo: Op. Cit., pág. 186
- (2) Cervantes Ahumada, Raúl: Titulos y Operaciones de Crédito, Ed. Porrúa, S.A., México 1979, pág. 293
- (3) Krieger, Emilio: Op. Cit., pág. 114
- (4) Batiza, Rodolfo: Op, Cit., p.p. 187 y 188
- (5) Es importante mencionar que la existencia de un delegado fiduciario especial no es característico del Fideicomiso Público, sólo de aquellos que, por su dimensión o importancia lo requieren. Con las recientes reformas todos los Fideicomisos Públicos deberán contar con delegado fiduciario especial

CONCLUSIONES

1. Los procedimientos establecidos para constituir y organizar los fideicomisos públicos, así como los criterios de operación y funcionamiento, sólo se aplican parcialmente, ya que en su manejo siguen prevaleciendo los aspectos políticos sobre las necesidades técnicas.
2. El legislador mexicano, al implementar esta figura, crea una distinta, situandola hábilmente en la rama del derecho mercantil, en un afán de proteger a la sociedad toda, de un uso indebido. Sitúa a las Instituciones de Crédito, como las únicas capacitadas para fungir como Fiduciarios, con lo que convierte al Fideicomiso en un acto de comercio.
3. 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.

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. Al no realizarse un estudio de visibilidad muchos de los - fideicomisos que son constituidos no desempeñan adecuada-- mente 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.

6. 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.

7. El uso desmedido que se ha hecho del fideicomiso ha propiciado que operaciones que deberian 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 más a una sociedad u organismo con personalidad jurídica que a un fideicomiso.

8. 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 más adecuadamente los fines para los -- que fue creado.

BIBLIOGRAFIA

Acosta Romero, Miguel: Teoría General del Derecho Administrativo, Ed. Porrúa, S.A., México, 1979.

Alfaro, Ricardo J.: Adaptación del Trust Anglosajón al Derecho Civil, Academia de Derecho Comparado e Internacional, --- La Habana, Cuba, 1948.

Arocha Morton, Carlos S.: Notas sobre una posible Ley de Fideicomisos de la Administración Pública Paraestatal, Nacional Financiera, S.A., México, 1981.

Batiza, Rodolfo: El Fideicomiso, Ed. Porrúa, S.A., México, 1979

Campillo Sáinz, José: Tecnología e Inversiones Extranjeras. Una Nueva Política de Desarrollo, Secretaría de Industria y Comercio, México, 1973.

Cervantes Ahumada, Raúl: Títulos y Operaciones de Crédito, Ed. Porrúa, S.A., México, 1979.

Ferrera, Francisco: Teoría de las Personas Jurídicas, Ed. Reus, Madrid, 1929.

Krieger, Emilio: Manual del Fideicomiso Mexicano, Ed. Bano-brás, México, 1979.

Lepaulle, Pierre: Tratado Teórico y Práctico de los Trust, - Ed. Porrúa, S.A., México, 1981

Moya Palencia, Maria: El Fideicomiso Público en México, Se-cretaría de Hacienda y Crédito Público, México, 1981.

Rodríguez y Rodríguez, Joaquín: El Fideicomiso Esquema sobre su Naturaleza, Estructura y Funcionamiento, Ed. Porrúa, S.A., México, 1976.

Villagordoa Lozano José Manuel: Doctrina General del Fideico-miso, Ed. Porrúa, S.A., México, 1982.

Los Fideicomisos de la administración Pública Centralizada, - Secretaría de Programación y Presupuesto, México, 1983.

LEGISLACION CONSULTADA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. - Andrade, México, 1988.

Ley del Presupuesto, Contabilidad y Gastos Público Federal, - Ed. Porrúa, S.A., México, 1984.

Ley Federal de Entidades Paraestatales, Ed. Porrúa, S.A., -
México, 1988.

Ley Federal del Trabajo, Ed. Porrúa, S.A., México, 1988.

Ley General de Bienes Nacionales, Ed. Porrúa, S.A., México,
1984.

Ley General de Deuda Pública, Ed. Porrúa, S.A., México, 1984.

Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxi
liares, Ed. Porrúa, S.A., México, 1982

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ed. Porrúa,
S.A., México, 1988.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ed. Po---
rrúa, S.A., México. 1988.

Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, -
Diario Oficial de la Federación de fecha 14 de enero de 1985.

Código Civil, Ed. Librerías Teocalli, México, 1988.

Código Penal, Editores Mexicanos Unidos, México, 1988