

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

**El fideicomiso público y su aplicación
práctica en el Paraguay, teniendo en cuenta
la experiencia mexicana.**

**TESIS
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRA EN DERECHO
PRESENTA LA ABOGADA
ELIDA SALVADORA VILLALBA VARGAS**

**DIRECTOR DE TESIS
DR. JESÚS DE LA FUENTE RODRÍGUEZ**

Cuidad Universitaria, enero de 2007



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

*A mis padres,
por su ejemplo, amor y
por darme fuerzas para concluir mis estudios.*

*A mi hermana Chabeli
por su apoyo, y sus oraciones.*

*Al Dr. Jesús de la Fuente Rodríguez
por toda su paciencia, apoyo incansable y los
conocimientos brindados.*

*Al Gobierno mexicano
a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores
por otorgarme la beca que me permitió conocer y estudiar
en este maravilloso país.*

*A la Universidad Nacional Autónoma de México
a través de su cuerpo académico y administrativo,
por abrirme sus puertas y convertirse en
mi Alma Máter.*

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL FIDEICOMISO

I. EN ROMA.....	3
II. EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN.....	7
1. El trust inglés hasta la Ley de Usos de 1534.....	7
2. El trust moderno	12
3. Diferencias entre el fideicomiso romano y el trust inglés.....	18
III. EL FIDEICOMISO EN LATINOAMÉRICA	19
1. El Código de Andrés Bello.....	19
2. La Ley de Alfaro	20
IV. EN MÉXICO.....	21
1. Orígenes.....	21
2. Primeras leyes.....	23
3. Leyes vigentes	25
4. El fideicomiso público	26
V. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN EL PARAGUAY	28

CAPÍTULO II

EL FIDEICOMISO PÚBLICO EN MÉXICO

I. CONCEPTO	31
1. Doctrinal	31
2. Legal	33
II. NATURALEZA JURÍDICA	35
III. CLASIFICACIÓN DEL FIDEICOMISO PÚBLICO CONFORME A LA NORMATIVIDAD VIGENTE	41
IV. FIDEICOMISO PÚBLICO FEDERAL SIN ESTRUCTURA.....	45

1. Marco legal.....	45
2. Elementos del fideicomiso.....	52
A. Sujetos intervinientes.....	52
a. Fideicomitente.....	53
b. Fiduciario.....	54
c. Fideicomisario.....	56
B. Patrimonio.....	58
C. Fines.....	61
D. Comité Técnico.....	62
E. Órganos de regulación y control de los fideicomisos públicos.....	65
a. Secretaría de Hacienda y Crédito Público.....	65
b. Comisión Nacional Bancaria y de Valores.....	66
c. Auditoría Superior de la Federación de la Cámara de Diputados.....	67

CAPÍTULO III

EL FIDEICOMISO PÚBLICO EN PARAGUAY

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL FIDEICOMISO PÚBLICO EN EL PARAGUAY.....	68
II. CONCEPTO.....	69
III. MARCO LEGAL VIGENTE.....	70
1. Ley No. 921/96 de Negocios Fiduciarios.....	70
2. Resolución No. 6 del Banco Central del Paraguay.....	72
3. Primera norma que prevé la formación de un fideicomiso público.....	77
III. CARACTERÍSTICAS.....	80
1. Partes.....	80
A. Fideicomitente.....	80
B. Fiduciario.....	83
C. Fideicomisario.....	91
2. Órganos de regulación y control de los fideicomisos públicos.....	94
A. Superintendencia de bancos.....	94
B. Contraloría General de la República.....	96
C. Ministerio de Hacienda.....	98

CAPITULO IV

PROPUESTAS PARA MEJORAR EL MARCO JURÍDICO Y LA PRÁCTICA DEL FIDEICOMISO PÚBLICO EN EL PARAGUAY

I. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE SU UTILIZACIÓN POR EL ESTADO.....	100
1. Ventajas	100
2. Desventajas.....	103
II. PROPUESTAS PARA MODIFICAR EL MARCO JURÍDICO DEL FIDEICOMISO EN PARAGUAY	104
III. PROPUESTAS PARA INCENTIVAR LA UTILIZACIÓN PRÁCTICA.....	107
CONCLUSIONES.....	109
BIBLIOGRAFÍA	111

INTRODUCCIÓN

La elección del tema de mi investigación no ha sido fortuita. Cuando supe que tenía la posibilidad de realizar mi maestría en México, y que debía escoger un tema de tesis, me interesó hacerlo sobre el fideicomiso público, debido a que consideré que el tema es novedoso para el Paraguay y a la gran experiencia mexicana en el mismo.

La problemática abordada en el trabajo es que si bien en el Paraguay se encuentra regulada la figura del fideicomiso, a diez años de la promulgación de la Ley de Negocios Fiduciarios, existe una escasa experiencia en el tema. Y a la fecha no se han realizado prácticas de fideicomisos públicos. Considero que la figura del fideicomiso público sería un gran apoyo para el Estado en la realización de obras de interés social. El hecho de realizar la investigación en México fue de un gran valor teniendo en cuenta que es pionera en el uso de esta figura a lo largo de los años. Y creo que podríamos tomar de ella algunos aspectos para incentivar su uso en el Paraguay.

Para la realización de la investigación me he auxiliado del método analógico a fin de comparar el marco jurídico del fideicomiso público entre México y Paraguay, y estudiar aquellos aspectos del fideicomiso mexicano que serían de utilidad para que se realice prácticas de fideicomisos públicos en el Paraguay. Para ello, el trabajo se basa en la técnica documental.

Se ha dividido el trabajo en cuatro capítulos. El primero, aborda los antecedentes históricos del fideicomiso, que tiene mucha importancia para entender la figura en el derecho latinoamericano. El capítulo segundo estudia el fideicomiso público en México, la evolución que ha tenido en cuanto a su

naturaleza jurídica, el marco normativo, y algunos aspectos resaltantes. El capítulo tercero se refiere al fideicomiso público en el Paraguay, estudio de la regulación, y análisis de ciertos aspectos que podrían constituir los impedimentos por los cuales la figura no tiene la aceptación que tiene en México. Por último, el cuarto es un capítulo de propuestas para modificar el marco jurídico e incentivar la práctica del fideicomiso en el Paraguay, a más de un análisis de las ventajas y desventajas que conlleva el uso de esta figura.

El acercamiento a personas vinculadas a la materia, la lectura de una vasta doctrina mexicana, me han nutrido mucho sobre la materia, y esperamos que el trabajo refleje algunas de estas aportaciones y todos aquellos comentarios y pacientes explicaciones que me han realizado en estos dos años mis buenos y queridos amigos mexicanos.

Esperamos que esta humilde tesis pueda ser de un apoyo para mis compatriotas, que pueda aportar un poco en el conocimiento y la difusión de esta institución que tanto se ha desarrollado en México, y que puede ser de utilidad para auxiliar al Estado en sus diversas funciones.

CAPÍTULO I ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL FIDEICOMISO

I. EN ROMA

La idea del presente capítulo es realizar un breve análisis de los antecedentes históricos del fideicomiso a fin de comprender esta figura jurídica en nuestros sistemas legales, cómo nació, y cómo fue evolucionando.

La mayoría de los doctrinarios están de acuerdo que el antecedente remoto del fideicomiso se encuentra en Roma, en las instituciones de fiducia y los fideicomisos testamentarios.

El fideicomiso, dentro del derecho romano, normalmente se utilizaba con el único fin de permitir que ciertas personas que no tenían capacidad para heredar pudieran ser favorecidas por la voluntad del dueño de la cosa, con objeto de disfrutar *post mortem* de la misma.¹

Comenzó siendo un negocio basado únicamente en la confianza que el transmitente tenía en el adquirente. El primero le transmitía al segundo la propiedad de un bien, y le encomendaba que hiciera uso de las facultades de dueño conforme a sus instrucciones.²

Indudablemente que el fideicomiso era la única forma posible para lograr que heredaran las personas incapacitadas por la Ley Romana, como los libertos, los

¹ Cfr. ROALANDINI, Jesús, *El fideicomiso mexicano. Retrospectiva, aspectos jurídicos y su patrimonio*, Textos jurídicos Bancomer, México, 1998, p. 24.

² Cfr. FREIRE BETTINA V., *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, Ábaco, Buenos Aires, p. 25.

pobres, los hijos póstumos, los casados sin hijos, los esclavos, los solteros, las mujeres, de conformidad con ciertas prohibiciones de aquella época, etcétera. Entonces el testador, para lograr beneficiar a quien por ley no podía heredar, buscaba un heredero o legatario aparente, y en *mortis causa* le suplicaba que los bienes que con motivo de su fallecimiento le iban a ser transmitidos, los entregase posteriormente y en forma adecuada a quien efectivamente debía ser su beneficiario.³

Se aceptó como concepto de *fiducia* a la *mancipatio*, forma solemne de transmitir la propiedad, hecha con la obligación del *accipiens* que la recibía de *remancipar*. Podemos afirmar que la *fiducia* romana consistió en la *mancipatio*, forma solemne de transmitir la propiedad, o en una *in jure cesio*, que se acompañaba de un *pactum fiduciae*, mediante el cual, el *accipiens*, quien recibía la propiedad del bien transmitido, se obligaba a su vez frente al *tradens*, de transmitirlo, después de que se realizaran determinados fines, al propio *tradens* o a una tercera persona.⁴

Existieron en Roma dos formas de *fiducia*: la *fiducia cum creditore* y la *fiducia cum amico*. La primera tuvo gran importancia, porque sirvió para garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones. Este tipo de *fiducia* operaba en la forma siguiente: el deudor para garantizar su adeudo, transmitía determinados bienes a su acreedor, quien los recibía con tal fin a su vez obligada, en virtud del *pactum fiduciae*, a retransmitirlos al deudor, cuando hubiere pagado su crédito. En caso de que el deudor no cumpliera con su obligación el acreedor tenía el derecho implícito en el pacto de retener la cosa para sí o para enajenarla.

Se puede reconocer que el *pactum fiduciae cum creditore* cumplió un destacado papel antes de haberse conocido las formas modernas de contratos de garantía, presentaba dos serias desventajas: cuando el acreedor-fiduciario

³ Cfr. BOJALIL, Julián, *Fideicomiso*, Porrúa, México, 1962, p. 13.

⁴ Cfr. VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *Doctrina general del fideicomiso*, 2a. ed., Porrúa, México, 1982, p. 2.

abusando de su posición enajenaba el bien, el deudor quedaba colocado en una difícil situación, pues careciendo de acción real, no podía perseguir el bien de manos de terceros y tenía que limitarse a ejercitar una acción personal contra su acreedor, quien podía insolventarse o caer en una mala situación. El deudor, por otra parte, no tenía la posibilidad de conservar el bien a título precario, pues si con el tiempo tal posibilidad fue consagrada, el acreedor siempre podía demandar la entrega del bien respectivo.

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

Según nos comenta VILLAGORDOA LOZANO, en su obra *Doctrina general del fideicomiso*, en la última etapa del derecho romano, cuando cayeron en desuso las formas tradicionales de transmitir la propiedad (*mancipatio, in jure cesio*) el empleo de la *fiducia* se fue sustituyendo por otros contratos reales, que por el desarrollo tenido en esa época, adoptaron formas más perfeccionadas, como lo fue el comodato y la prenda o hipoteca.

El fideicomiso testamentario se empleaba cuando un testador quería favorecer a una persona con la cual no tenía la *testamenti factio*, por lo que no le quedaba más recurso que rogar a su heredero fuese el ejecutor para dar al incapaz un objeto particular o parte del acervo hereditario. El testador, en su testamento, para establecer esta institución usaba los términos *rogo, fideicomitto*.

Al heredero gravado se le llamó fiduciario y a aquél a quien debía transmitirle los bienes, fideicomisario.

El fideicomiso en Roma, en sus comienzos, quedó a la a la buena fe y a la conciencia del heredero fiduciario, pero era muy frecuentemente incumplida, vista en forma desfavorable por la opinión pública. “Posterior a las Guerras Púnicas, con frecuencia los fiduciarios deshonestos no cumplían en Roma con el encargo, pues el dinero valía más que la buena reputación”.⁵ A raíz de esto, Augusto los hizo ejecutar con la intervención de los cónsules. Hasta la creación de un pretor especial, el *praetor fideicommissarius*.

Los senados consultos Trebeliano y Pegasiano, de la época de Claudio, concedieron a los herederos fideicomisarios las situaciones de *loco heredis* y *loco legatarii*, respectivamente, para que se les transmitieran las acciones hereditarias a título de útiles y al heredero fiduciario el derecho de retener la cuarta parte del fideicomiso, como lo permitía la Ley Falcidia, a los herederos gravados con la entrega de los legados.⁶ Esta Ley Falcidia es de la época de Vespasiano. Los derechos y acciones correspondían al fideicomisario, quien también debía soportar las cargas inherentes a su condición, eximiendo al fiduciario de toda responsabilidad originada en las deudas de la sucesión.

Ya en el derecho Justiniano, el heredero fideicomisario llegó a adquirir un derecho real, en lugar de un derecho de crédito, teniendo a su favor la *rei vindicatio* sobre los bienes materiales del fideicomiso, aún contra los terceros de buena fe, que ejercitaba dicho heredero fideicomisario el día en que la restitución debía tener lugar en su beneficio.

Cabe acotar que el fideicomiso testamentario previsto en el derecho romano pasó a todos los gobiernos que se rigieron por dicho derecho, siendo prohibido por el Código Napoleónico, pues eran utilizadas para conservar los bienes en una sola familia y, como consecuencia obvia, las grandes riquezas llegaron a concentrarse en unas pocas manos.

⁵ ACOSTA ROMERO, Miguel y Pablo Roberto Almazán Alaniz, *Tratado teórico práctico de fideicomiso*, Porrúa, México, 1997, p. 2.

⁶ *Ibidem*, p. 4.

II. EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

1. *El trust inglés hasta la Ley de Usos de 1534*

Muchos autores sostienen que el *trust* es sucesor histórico del *use* (uso), y que éste fue creado tomando como base al *Treuhand* o *Salman* alemán y no el *Fideicomissum* romano.

ACOSTA ROMERO afirma que el origen del *use* es oscuro, pero que puede afirmarse que en cierta forma fue un instrumento ideado por el pueblo para defenderse de las pesadas e injustas cargas que imponían el sistema feudal y los señores feudales sobre sus vasallos y por otro lado para burlar el régimen imperante en esa época, y en esto podría estribar la diferencia con el fideicomiso romano, pues el *use* fue una defensa del pueblo contra los señores feudales, un instrumento muy flexible que servía para muchas finalidades. Algunas de ellas muy especiales como la de mancipar esclavos.⁷

El *use* consistía fundamentalmente en que una persona (*settlor*) propietario de la tierra, traspasara a otra (*feoffee to uses*) el dominio de ella, con el entendimiento entre las partes de que aún cuando el cesionario sería el dueño legítimo de la cosa, una tercera persona (*cestui que use*) tendría el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios y prerrogativas de verdadero propietario respecto de dicho bien.

Muchos historiadores consideran que el origen principal del *use* fue la práctica empleada por las corporaciones eclesiásticas en Inglaterra, para eludir las restricciones que las “Leyes de manos muertas” imponían a la iglesias, en materia de propiedad sobre bienes raíces. Para eludir estas leyes, el clero inglés ideó el procedimiento de que estas donaciones en vez de ser directas, en cuyo caso

⁷ Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel y Pablo Roberto Almazán Alaniz, *Tratado teórico práctico de fideicomiso, op. cit.*, p. 4.

hubiesen incurrido en la prohibición legal, se hiciesen a un tercero, pero en provecho del establecimiento religioso que se quería beneficiar.⁸

Durante la guerra con Francia y la de las Dos Rosas, entre las casas de York y la de Lancaster, se generalizó este procedimiento para testar a favor de los hijos, para evitar posibles confiscaciones, testando a favor de alguien de confianza a favor de los hijos.

Vemos que esta concepción anglosajona al igual que la romana se basa en la confianza y fue creada para burlar ciertas restricciones. En el caso Inglés, el derecho no reconocía otras fuentes de obligaciones a excepción de los derechos creados por una “Ley Statute”, que los contratos, delitos y casi delitos. Como la *fiducia* tomaba la forma de una donación o un legado hecho al fiduciario, con la promesa de éste último de entregar la cosa al término convenido al beneficiario, la donación contenida en el contrato o en el legado, como toda otra donación o todo otro legado, era traslativa de la propiedad, y por su parte la misión de confianza que el fiduciario había aceptado estaba desprovista de toda acción. O sea, la situación del beneficiario quedaba a merced del arbitrio del fiduciario, pues el derecho común llamado *Common Law* no lo protegía. Así, los jueces sólo reconocían al titular del dominio, ignorando al titular del *use*, por lo que apareció una nueva jurisdicción, encomendándose su aplicación al canciller del Rey, quien era una persona que se encargaba de administrar justicia independientemente del rigorismo del *Common Law*, que terminó por regular el *use*. Se crearon así los tribunales de equidad los cuales se encargaban de aplicar la rama jurídica separada del *Common Law*, llamada *Equity*.

El Lord Canciller, guardián de la conciencia del Rey, y los magistrados del Tribunal de la Cancillería, del cual era el presidente, eran quienes aplicaban la

⁸ BOJALIL, Julián, *Fideicomiso, op. cit.*, p. 31.

equidad, la obligación de conciencia o de confianza crea un derecho verdadero, “Equitable Right”.⁹

Si para el derecho común no había más que un propietario, el fiduciario, para el Tribunal de la Cancillería este fiduciario no era más que un intermediario encargado de la administración de los bienes y el propietario en verdad era el beneficiario. Así, el derecho del fiduciario era un derecho legal, “*Legal Right*”, y el derecho del beneficiario era un derecho equitativo, “*Equitable Right*”.

El Tribunal de la Cancillería, fundado en la equidad, no negaba la propiedad legal, porque no se permitía ponerse enfrente de la ley, pero en el ejercicio de su jurisdicción sobre las conciencias, obligaba al propietario legal a no usar de este título más que en provecho de aquellos a quienes el que dispuso de los bienes había querido realmente beneficiar.

Con los *uses* muchos propietarios lograban eludir las graves cargas que les imponía el régimen feudal, como el deber de donar parte de sus tierras al señor feudal o participarle de los frutos de las mismas y obtener hombres armados para la guerra, etcétera. Pero también muchas personas deshonestas utilizaron estos *uses* para dejar de pagar sus deudas.

La institución del *use* evolucionó paulatinamente transformándose de una obligación moral a un acto de naturaleza jurídica, creado y desenvuelto por el derecho de equidad. El incumplimiento del *use* ya no quedaba exclusivamente a la buena fe del *Feoffee to use*, pues en caso de incumplimiento de su parte, el canciller estaba facultado para ordenar que se ejecutara, materialmente, el cumplimiento de una obligación en sus términos, y aun que se restituyera cualquier propiedad.

⁹ *Ibidem*, pp. 32 y 33.

La práctica del *use* fue extendiéndose y se convirtió en algo muy utilizado y ya no constituía una excepción, creando serios inconvenientes a la Corona y a los señores feudales. El Parlamento Inglés expidió durante el reinado de Enrique VIII la “Ley Sobre Usos”.

Esta Ley sobre Usos disponía que:

Quien gozara del Uso sería considerado en lo sucesivo como propietario de pleno derecho, dando como resultado que todo traspaso de un bien raíz a determinada persona para uso de otra, produciría el efecto jurídico de transmitir la propiedad tanto conforme al Common Law como conforme al Equity Law para con el beneficiario del uso, por lo que se eliminaba al intermediario o al Feoffee to Usee...¹⁰

El objeto principal de esta ley era abatir la distinción entre la dualidad legal de dominios, conforme al *Common Law*, y beneficios, según la *Equity Law*.

Cabe repetir que la justicia, para las peticiones de los beneficiarios de los *uses*, empezó a ser reconocida por el canciller y hacia el siglo XV se aceptó la fuerza legal de los *uses* y los *trusts*. En esa época los cancilleres eran hombres de Iglesia, su conciencia recibía fuertes impactos por la injusticia de los *feoffees of uses* que se negaban a cumplir sus obligaciones. Fueron presentadas numerosas demandas en contra de *feoffees* infieles al canciller o al Consejo del Rey a fines del siglo XIV y principios del XV.

Con el paso del tiempo y el uso indiscriminado, el *use* trajo aparejado serios inconvenientes y fraudes, e incluso el disgusto de la Corona, eran medios para defraudar a acreedores, a herederos, a compradores y desde luego a los señores feudales que perdían de este modo sus derechos; pero especialmente la Corona, que también perdía derechos.

¹⁰ ACOSTA ROMERO, Miguel y Pablo Roberto Almazán Alaniz, *Tratado teórico práctico de fideicomiso, op. cit.*, p. 7.

Fue, como ya mencionamos, en el año 1535, cuando Enrique VIII insistió en la necesidad de hacer algo sobre el particular y consiguió que el Parlamento promulgara el *Statute of uses*. Esto fue un golpe directo contra las congregaciones religiosas quienes fueron las más beneficiadas con esta figura. Debemos aclarar que para VILLAGORDOA LOZANO, la Ley sobre Usos data del año 1534.¹¹

La finalidad del *Statute* fue precisamente abolir los *uses* y eliminar la existencia de los *feoffees of uses*, así como dar al *cestui que uses* la propiedad legal. Quien gozaba de un *use* sería considerado en lo sucesivo como propietario de pleno derecho, esta consecuencia inmediata se llamo “ejecutar el uso”.¹²

¿Qué pasó a partir de la promulgación de esta ley? ¿Logró su objetivo de desaparecer el *use*? Aunque su objetivo era terminar con el *use*, lo que en realidad ocurrió fue una mutación del mismo, de la posesión derivada.

La mencionada ley sólo consiguió vigorizar el *use*, pero con un nuevo nombre: surgió el *Trust* con la insospechada fuerza que le dio el derecho de equidad.

Quedaron fuera del ámbito de aplicación de la “Ley de Usos” los siguientes casos: 1) Cuando el *use* se refería exclusivamente a bienes muebles. 2) Los usos que implicaban una labor positiva y de administración que debía realizar el fiduciario, quien tenía el deber activo de llevarlas a efecto. Estos usos activos recibirán el nombre de trusts. 3) Y los usos que se constituían sobre otro anterior, aquellas que se constituían en cadena.¹³

De esta manera a través de esta tres excepciones expuestas dentro de la categoría de los *uses*, éstos lograron salvar el obstáculo que les opuso la ley expedida en 1534. El único cambio fue el de la expresión *use* por la de *Trust*.

¹¹ Cfr. VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *Doctrina general del fideicomiso, op. cit.*, p. 16.

¹² *Idem.*

¹³ *Idem.*

Probablemente los usos activos fueron llamados *Trust*, o que las Cortes de Equidad queriendo evitar la expedición de otra nueva ley sobre la materia hicieron que la expresión *Use* fuera desapareciendo o bien; al constituirse un *Use* sobre otro se decía: *unto and of the use ofs b in trust for C*, lo que equivale decir: *unto and to use of B to the use for C*.¹⁴

2. El trust moderno

La intención en este tópico, al analizar el *Trust* moderno no es realizar un exhaustivo análisis, sino resaltar sus principales características y el papel que cumplen las partes que participan en ella. Muchos doctrinarios han realizado estudios detallados de las principales características del *trust*, las partes que intervienen en ella, las diferentes especies existentes, así como los requisitos indispensables para su constitución. Pero el objeto de incluirlo como parte de esta investigación es a efectos de tener una visión de sus particularidades y con ello mediar las diferencias con el fideicomiso que conocemos en América Latina, punto que se desarrollará mas adelante.

El nombre de *Trust* fue aplicado después del *Statute* a todos aquellos intereses de equidad tenidos por tales y usado como sinónimo del *use* en las sentencias, y fueron reconocidos obligadamente como *Trust*, base del moderno sistema de derecho. A partir de los siglos XVII fue evolucionando y adaptándose a los diversos cambios sociales y a las necesidades económicas.

El sistema Inglés de equidad y jurisprudencia, del cual formaba parte el *use*, fue adoptado por las colonias y por los trece Estados Americanos originales, y actualmente constituye el fundamento jurídico sobre el cual se basa la actual *Ley de Trusts* Norteamericana.¹⁵

¹⁴ RABASA, Oscar, *El derecho angloamericano. Estudio expositivo y comparado del Common Law*. FCE, 1994, p. 270. Cit por Villagordoa Lozano, José Manuel, *op. cit.*, p. 117.

¹⁵ Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel y Pablo Roberto Almazán Alaniz, *op. cit.* p 7.

En Inglaterra gran parte del derecho de los Trusts ha sido codificado a partir de 1850 para estar de acuerdo con las cambiantes condiciones de la sociedad, de los negocios, y de la ley de propiedad.¹⁶

El *Trust* moderno puede ser definido como

Una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por la cual la persona que los posee (*trustee*) está obligada en derecho de equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (*cestui que trust*); negocio que surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el *trust* (*settlor*).¹⁷

En virtud de esa relación fiduciaria, el beneficiario está obligado a depositar su entera confianza en el fiduciario en virtud de la relación estrecha que une a ambas partes, porque el segundo tiene gran influencia y control sobre los bienes e intereses del primero. En cuanto al carácter personal de la relación fiduciaria, el *Restatement* asienta que el fiduciario está generalmente obligado a no delegar a otra persona su deber de ejecutar y alcanzar el fin que se le encomendó al constituir el *Trust*; con lo que manifiesta que si el *trustee* fue señalado en virtud de la confianza que se supone entre las partes, tiene la obligación de desempeñar su oficio.¹⁸

El límite que tiene el *Trust* es la licitud y la voluntad del *settlor* y puede ser privado y de carácter público o de beneficencia.

Las personas que intervienen en el *Trust* normalmente son tres:

- El *settlor* (fiduciante o fideicomitente) es el creador del *Trust*, y generalmente, desaparece una vez constituido, salvo que se reserve el derecho de revocarlo, alterarlo o enmendarlo, pudiendo también reservarse el derecho de dirigir al *trustee* o fiduciario en materia de inversiones y vigilar los actos que, a su

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ FREIRE BETTINA V, *op. cit.*, p. 36.

¹⁸ Cfr. SERRANO TRASVIÑA, Jorge. *Aportación al fideicomiso*, México, 1950, pp. 88 y 89. Cit. por VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *Doctrina General del Fideicomiso*, *op. cit.* p. 18.

juicio, lo precisen. Es quien dispone y entrega los bienes para ser afectados a un destino por él determinado.

Para poder ser fiduciante, se requiere tener capacidad de hacer testamento, de contratar, de gozar y ejercitar sus derechos patrimoniales y poder disponer de ellos a su arbitrio.

- El *trustee* quien se convierte en el titular legal del bien o derecho que se fideicomite. Para ser *trustee* no solo se requiere tener la capacidad de gozar de los bienes y derechos que constituyen su materia sino necesita tener la capacidad de ejercitar tales derechos, pues de lo contrario un tribunal de equidad deberá proceder a la remoción del *trustee* designado que carezca de la capacidad de ejercicio para evitar de esta manera los perjuicios que se le puedan ocasionar a los beneficiarios del *trust*.¹⁹

El *settlor* del *trust* puede válidamente nombrar a cualquiera como *trustee*, por ejemplo, un niño, un incapaz, un insolvente o un extranjero. En una época se pensó que una corporación no podía ser *trustee*, por la misma razón que no podía cometer un delito, a saber, que no tenía conciencia o alma; pero en la actualidad se ha establecido lo contrario: en efecto, es muy común que una corporación sea el *trustee*. En sentido estricto, el Estado no puede ser *trustee* porque no puede ser demandado.²⁰

Actualmente en los Estados Unidos de América el *trustee* tiende a ser profesional y en consecuencia, recibe compensación por su trabajo. “Las *trusts companies* y los bancos que tienen facultad para actuar como *trustees* son profesionales y actúan en el campo de los negocios de administración de *trusts*”.²¹

¹⁹ Cfr. VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *Doctrina General del Fideicomiso*, op. cit. p. 20.

²⁰ *Idem*.

²¹ ACOSTA ROMERO, Miguel y Pablo Roberto Almazán Alaniz, *Tratado Teórico Práctico del Fideicomiso*, op. cit. p. 13.

Cabe señalar también, que pueden coincidir las condiciones de fiduciante y fiduciario cuando el primero se nombra a si mismo *trustee*, y siempre que se tenga la capacidad suficiente de transmitir los bienes o derechos materia del *trust* a un tercero. En este caso no existe transmisión de bienes o derechos sino únicamente la separación de los mismos dentro del patrimonio personal del *settlor trustee*, al crearse el patrimonio propio del *Trust*. Sin embargo, no pueden coincidir las calidades de fiduciario y beneficiario de un mismo negocio.

Se toma como excepción a la regla anterior cuando un grupo de personas es designado *trustee* y beneficiario a la vez,

pues en este caso no existe precisamente una fusión que anula el *trust* como tal [...] Lo anterior se explica en función de que habiendo varios *trustee-cestuis*, los derechos que corresponden a los mismos individuos en uno y otro carácter son esencial y recíprocamente diferentes.²²

Es importante mencionar que el *trustee* puede ser designado por la Corte de Equidad. Si no fue nombrado el *trustee*, la equidad sufre esa falta, lo mismo cuando este no acepte el cargo. Puede igualmente ser removido por ella bajo ciertas situaciones. Algunas de ellas son: si se causa perjuicio al interés del beneficiario; sea por falta de capacidad para administrar el *trust* o porque el *trustee*, infringiendo su deber, comete un *breach of trust* o sea violación al deber encomendado, por abuso, por prevaricación o por faltar al deber que surge en virtud del desempeño del cargo; o porque se rehúse a exhibir la fianza requerida o a rendir cuentas; ya por comisión de un delito, por incompetencia debida a la edad, embriaguez habitual o poco juicio, por ausencias desproporcionadas, por favoritismos entre los beneficiarios, entre otros. En síntesis, la equidad vela porque el fideicomiso no falle por el deseo de un *trustee*.

- El *cestui que trust* o beneficiario. “Es el que goza del beneficio real de la disposición, aquél en cuyo provecho se constituyó y funciona el *Trust*. Su derecho

²² SERRANO TRASVIÑA, Jorge. Cit. por VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *Doctrina General del Fideicomiso*, op. cit. p. 21.

se llama *equitable state*, porque es protegido por el Tribunal de Equidad, más eficazmente que lo pueden hacer los tribunales ordinarios”.²³ Estos pueden ser cualquiera que tenga la facultad de gozar de la propiedad.

Los derechos de que es titular, son fundamentalmente el de obligar al fiduciario a que cumpla con los fines del *Trust*, y perseguir los bienes fideicomitidos cuando se encuentren en manos de terceros por actos indebidos del fiduciario, con el objeto de reintegrarlos al *trust* del que deben formar parte.

Es importante mencionar que la parte idónea para reclamar la propiedad del *trust* cuando ésta es equivocadamente tomada y enajenada, es el *trustee* y no el *cestui*. Si se rehusara o fallara al ejecutar este deber, el recurso del *cestui* consiste en demandar al *trustee* y obtener un decreto de una corte de equidad para obligarlo a deducir la acción apropiada en derecho o a demandar en equidad contra dicha tercera persona.

En cuanto a los terceros de buena fe, sólo están protegidos contra la acción del beneficiario, en el caso que haya dado por la cosa *valuable consideration* y que no tuviese noticia de que había *breach of trust* antes de la realización completa de su obra. En cuanto a la donación, incluso las de buena fe, están obligados a restituir los bienes al beneficiario del *trust*.²⁴

Cuando se trata de negocios de índole privada es importante que el beneficiario se encuentre designado de forma tal que no exista lugar a dudas sobre su identidad.

En los *Trusts* de carácter público o de beneficencia, los numerosos beneficiarios serán indeterminados individualmente, formando un grupo de

²³ BOJALIL, Julián, *op cit.* pp. 37 y 38.

²⁴ *Idem.*

personas a quienes se les brinda un servicio social. En este caso, basta señalar un grupo de personas a quienes se pretende beneficiar.²⁵

Las dos características fundamentales que diferencian los *Trust* de caridad, de los privados, son: que el beneficiario no necesita estar definido, y que el *Trust* puede durar para siempre.

Para concluir este apartado, cabe mencionar que los requisitos para la constitución del *Trust* fueron evolucionando conforme al transcurso del tiempo.

Cuando aún estaba vigente el *use*, el derecho positivo inglés exigía que al constituirse este negocio, las partes satisficieren un requisito formal que recibía el nombre de *consideration* y encierra la idea de compensación o contraprestación. Debido a ella ninguna persona podía en el sistema anglosajón crear un *use* si los beneficiarios no correspondían al acto del *settlor* con una contraprestación proporcionada a los bienes que aquel destinaba al negocio.²⁶

La expedición de la Ley sobre Usos, modificó parcialmente el ordenamiento relativo a la *consideration*, autorizando la creación de un *Trust* a favor de un pariente cercano con una mera declaración bajo sello, formalidad que en los países de derecho latino equivale a los documentos que se otorgan ante notario y se inscriben, en su caso, en el Registro Público de la Propiedad, sin mediar contraprestación o *consideration*.²⁷

Fuera de la excepción expuesta, la constitución del *Trust* requería siempre la contraprestación que, por su carácter compensatorio, era denominada *valuable consideration*. Esto cambia a partir del año 1811.

²⁵ Cfr. FREIRE, Bettina V, *op. cit.* p. 39.

²⁶ SERRANO TRASVIÑA, Jorge. *Cit.* por VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *Doctrina General del Fideicomiso, op. cit.*, p. 34.

²⁷ *Idem.*

3. Diferencias entre el fideicomiso romano y el trust inglés

Concluyendo con los rasgos fundamentales del *Trust* inglés y del *fideicomisum* romano, notamos ciertas diferencias que tienen relación con la diversa idiosincrasia de los pueblos que les dieron vida y los utilizaron para servirse de estas figuras jurídicas en situaciones dispares.

A diferencia del fideicomiso romano, el *Trust* anglosajón sobrevivió al paso del tiempo, pues tanto uno como otro sirvieron en principio para eludir las restricciones contenidas en el derecho positivo de la época, pero mientras el fideicomiso romano desaparecía por la ausencia de las antiguas restricciones para heredar, el *Trust* se fue depurando al paso del tiempo, convirtiéndose hasta nuestros días en una institución jurídica con aplicación práctica ilimitada.²⁸

En el negocio fiduciario de origen romano existía un solo derecho de propiedad sobre un bien o grupo de bienes que estaba atribuido al fiduciario, en cambio en el *Trust*, existía una doble titularidad, es decir, había dos propietarios sobre el mismo bien, uno legal (*in law*) y otro en equidad (*in equity*).²⁹

El sistema inglés del *common law* y el *equity* son muy diferentes al sistema del derecho romano, que hemos heredado en Latinoamérica. Ejemplo de esto es que el sistema de derecho romano posee el *numerus clausus* de los derechos reales, la publicidad registral requerida para que un acto sea oponible a terceros y la inexistencia del concepto de doble propiedad sobre un mismo bien.³⁰ Todo esto ajeno al sistema inglés.

²⁸ Cfr. SÁNCHEZ SODI, Horacio, *El Fideicomiso en México*, Greca, México, 1996, p. 14.

²⁹ Cfr. FREIRE, Bettina V., *op. cit.* p. 42.

³⁰ *Idem.*

III. EL FIDEICOMISO EN LATINOAMÉRICA

1. *El Código de Andrés Bello*

Se considera que el Código Civil chileno promulgado en 1855, constituye un antecedente directo de la Ley de Alfaro, que es el antecedente del fideicomiso latinoamericano.

El gran jurista chileno, Andrés Bello, preparó los diversos proyectos y formuló notas que permiten entender el proceso de creación del Código Civil de Chile.

La propiedad fiduciaria se concibió como una limitación de dominio y se incluyó en el título VII “De las limitaciones del dominio y primeramente de la propiedad fiduciaria”.³¹

El artículo 733 del mismo cuerpo legal, dice textualmente:

Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición. La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso. Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria. La translación de la propiedad da las personas en cuyo favor se ha constituido e fideicomiso se llama restitución.³²

Puede afirmarse, por tanto, que la propiedad fiduciaria así constituida es concebido como una verdadera propiedad sujeta a una condición resolutoria, en la que la figura del fiduciario y fideicomisario se confunden en una sola persona, quien es dueña y usufructuaria de la propiedad fiduciaria.

³¹ MALAGÓN, Jaime, *Fideicomiso y concesión. Ensayo sobre estructuras financieras para obras y servicios públicos en Latinoamérica*, Porrúa, México, 2002, p. 24.

³² BELLO, Andrés, 1781-1865, *Obras completas de Andrés Bello*, Caracas, vol. 13, Ediciones del Ministerio de Educación, 1952. Cit. por Jaime F. Malagón, *ob. cit.* p.26.

El fideicomiso previsto por Bello, se limitaba a 30 años de duración y no podían constituirse dos fideicomisos sucesivos.

Mencionamos como antecedente histórico el Código de Andrés Bello, por considerar que es importante para dar un panorama amplio de América Latina en los albores de la verdadera inserción de esta figura en nuestros sistemas jurídicos.

2. La Ley de Alfaro

Todos los autores coinciden que el fideicomiso latinoamericano tiene su origen con la Ley de Alfaro de Panamá.

Ricardo Alfaro, en 1920, publica su obra *Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución nueva semejante al Trust del derecho inglés*.³³ Dicho proyecto fue aprobado como ley en Panamá en el año 1925 y tomó al Código Civil colombiano como modelo, y éste a la vez al Código de Andrés Bello.

El artículo primero del proyecto define al fideicomiso como:

Un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los trasmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario.³⁴

Mencionaba ALFARO:

Lo que hace el fiduciario es en resumidas cuentas desempeñar un encargo del fideicomitente, y si de acuerdo con la jurisprudencia el contrato de mandato es aquél por medio del cual una persona se obliga a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa por cuenta o encargo de

³³ *Idem*.

³⁴ DOMÍNGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.* p. 146

otra, hay que concluir rectamente que el fideicomiso es en sustancia mandato, en el cual el fiduciario es el mandatario y el fideicomitente es el mandante.³⁵

Por lo expuesto, parecería que el jurista asimila el fideicomiso al mandato. Pero concluye que el mandato es insuficiente para explicar el fideicomiso puesto que éste puede ser irrevocable a diferencia del mandato, y en el fideicomiso tiene lugar una transmisión de bienes que no se presenta en el mandato, por lo que concluye que el fideicomiso es un contrato tripartito *sui generis*.³⁶ Vemos como posteriormente nuestro fideicomiso en Latinoamérica ha evolucionado a partir de estos conceptos, pues en un principio sí fue considerado irrevocable.

IV. EN MÉXICO

1. Orígenes

En México no se encuentran antecedentes históricos del fideicomiso con anterioridad al año 1900.

Diversos autores citan como el primer antecedente del fideicomiso en México un *Trust* constituido en los Estados Unidos y con el propósito de financiar la construcción de ferrocarriles de las compañías mexicanas ferroviarias, en el año 1905.

Pero no todos los autores coinciden en que este *Trust* sea un antecedente del fideicomiso en México. ACOSTA ROMERO Y ALMAZÁN ALANIZ opinan: “No creemos que este acto pueda ser considerado como un verdadero antecedente doctrinal o legislativo, por no haber tenido mayor trascendencia”.³⁷

³⁵ Cfr. *Idem*.

³⁶ Cfr. MALAGON, Jaime F., *op. cit.* p. 27.

³⁷ ACOSTA ROMERO, Miguel y Pablo Roberto Almazán Alaniz, *op. cit.* p. 19

Continúan explicando:

Únicamente hemos de señalar que este *trust*, llamado *trust deer*, fue otorgado en el extranjero y surtía efectos en nuestro país al amparo del Código Civil de 1884 y de la Ley para Ferrocarriles de 29 de abril de 1899 y que para algunos autores, fue considerado como un contrato de préstamo, mandato e hipoteca.³⁸

Fue a partir del siglo XX cuando surge la necesidad de legislar la figura del fideicomiso en México. El 21 de noviembre de 1905 José Y. Limantour, Secretario de Hacienda, envió al Congreso de la Unión una iniciativa de ley relativa al establecimiento de instituciones fiduciarias. Aunque es conocido con el nombre Proyecto Limantour, su verdadero autor fue Jorge Vera Estañol.

“Por motivos políticos la iniciativa de referencia no llegó a convertirse en ley y quedó sólo como intento doctrinal de su autor”.³⁹

El proyecto constaba de ocho artículos y supeditaba la creación de las instituciones “fideicomisarias” a la autorización y vigilancia de la Secretaria de Hacienda, y preveía exenciones y privilegios en materia de impuestos a favor de las mismas.

Don Enrique Creel presentó en el año 1924 otro proyecto sobre Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro, en este proyecto el autor corrigió la expresión de “Instituciones Fideicomisarias” por la denominación “Compañías Bancarias de Fideicomisos y Ahorro”, más que crear una legislación, trató de explicar la práctica norteamericana de esta institución.

³⁸ RABASA, Oscar, *El derecho angloamericano, Estudio expositivo y comparado del Common Law*, FCE, México, 1944, pp.448. Cit. por Miguel Acosta Romero y Pablo Roberto Almazán Alaniz, *op. cit.* p. 5

³⁹ MACEDO, Pablo. *Estudio sobre el fideicomiso mexicano, en la traducción de la obra de Pierre Lepaulle, Tratado teórico y práctico de los trusts*, Porrúa, México, 1975, p. XIII.

La principal operación que regulaba era la aceptación de hipotecas, de contratos de fideicomisos, de toda clase de propiedades, bonos de compañías, ferrocarriles, etcétera, así como recibir bienes de viudas, huérfanos y niños.

Así, el anterior proyecto quedó sólo como antecedente de las leyes posteriores que sí fueron aprobadas y regularon el fideicomiso mexicano.

En el año 1926 aparece el último antecedente doctrinal mexicano sobre el fideicomiso. Se trata del proyecto presentado por Vera Estañol, quien ya había hecho el primer proyecto, como bien lo mencionamos. El documento elaborado por este jurista se denominó “Proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro” y mantuvo la misma línea de ideas del anterior proyecto.

2. Primeras leyes

El 16 de enero de 1925 el *Diario Oficial de la Federación* publica la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Fiduciarios, que para algunos autores como MALAGÓN, constituye la primera ley mexicana sobre fideicomiso.⁴⁰ Nuevamente no tuvo aplicación práctica, pero sirvió como base para la ley posterior, y fue la primera en introducir la práctica fiduciaria en México.

La Ley de Bancos de Fideicomiso, promulgada el 30 de junio de 1926 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de julio de 1926, dio una primera estructura a la institución. Estuvo influenciada por la Ley de Alfaro. Podemos mencionar entre otras cosas que definía al fideicomiso como

un mandato irrevocable, en virtud del cual se entregan al Banco, con carácter de fiduciario, determinados bienes, para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario”.

⁴⁰ Cfr. MALAGON, Jaime F., *op. cit.* p. 29.

Vemos que la influencia de Alfaro se nota claramente en que se define como mandato irrevocable.

La vigencia de la Ley de Bancos de Fideicomiso fue en verdad corta (4 meses) ya que en el mismo año (1926) se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* (16 de noviembre) la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios.

Entre otras cosas, se puede resaltar que esta ley reiteró la prohibición a las instituciones de crédito extranjeras llevar a cabo operaciones de fideicomiso en México. El artículo 102 coincide con el 6 de la ley anterior en cuanto que se considera al fideicomiso como un mandato irrevocable. Determina que todos los bienes pueden ser dados en fideicomiso excepto los derechos personales, debiendo ser inscritos los inmuebles en la sección del Registro Público. Incorporó varios preceptos de la ley anterior, por lo tanto, también se encuentra influenciado por la Ley de Alfaro. Tuvo una vigencia escasa de seis años.

En opinión de Roberto MOLINA PASQUEL, durante la vigencia de la Ley de 1926, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público no otorgó ninguna concesión para bancos fiduciarios y no se practicó ningún fideicomiso propiamente dicho, según lo informó la Dirección General de Crédito de la Secretaría.⁴¹

En el año 1932 se promulgó la nueva Ley General de Instituciones de Crédito. Dicha ley dice en su exposición de motivos, que la ley de 1926, a pesar de haber introducido el fideicomiso en México y ser de gran utilidad para la actividad económica del país, no precisó su carácter sustantivo y dejó gran vaguedad de conceptos en torno a ella, necesitándose una Ley de Títulos y de Operaciones de Crédito y una reglamentación adecuada de las instituciones que actúen como fiduciarias.

⁴¹Cfr. MOLINA PASQUEL, Roberto, *Los derechos del fideicomisario*, Jus, México, 1946, p. 103. Cit por Pablo Macedo, *op. cit.*, pp. XX- XXI.

Así, en la nueva ley se autoriza la constitución de fideicomisos cuando el fiduciario es una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado y mantiene las prohibiciones conducentes a impedir que se den sustituciones indebidas o a la constitución de patrimonios alejados del comercio jurídico normal. Las fiduciarias se consideran como instituciones de crédito sujetas a concesión del Gobierno, conforme al artículo 3, y en el artículo 5 se reitera la prohibición de que las sucursales de bancos extranjeros puedan actuar como fiduciarias. Esta ley regula la representación de estas instituciones por medio de funcionarios especialmente autorizados, la contabilidad, la actividad que se sujetará a obrar como en conciencia lo haría un hombre honrado y de conocimiento y experiencia ordinarios, la renuncia de una institución fiduciaria y sobre el régimen fiscal, exenciones, entre otros.

3. *Leyes vigentes*

Finalmente se promulga el 26 de agosto de 1932 la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que es complementaria a la Ley de Instituciones de Crédito mencionada anteriormente. Esta ley regula el fideicomiso en el Título II, capítulo V, artículos 346 a 359. Permaneciendo sin modificaciones hasta el año 1984.

Esta ley define al fideicomiso diciendo: “En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de este fin a una institución fiduciaria” (artículo 381). Vemos que sigue la doctrina de afectación de bienes.

La ley fiduciaria, como podemos observar, refleja el *Trust*, con antecedentes en los ordenamientos mexicanos previos, basados en buena medida en la Ley Alfaro, tomó también elementos de la doctrina LEPAULLE.⁴²

⁴² MALAGÓN, Jaime F., *op. cit.* p. 31.

En los motivos de la ley se expone que la implantación sólida en México dentro de los límites de la estructura jurídica general del fideicomiso significará un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de la economía. Intentaba corregir los errores y lagunas más evidentes de la Ley de 1926. La nueva ley conservaba en principio el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, circunscribía a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias y establecía las reglas indispensables para evitar los riesgos que con la prohibición absoluta de instituciones similares al fideicomiso ha tratado de eludir siempre la legislación mexicana.

En cuanto a las Instituciones de Crédito, en 1941 se promulgó una Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, que abrogó la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, y la reglamentación que contenía de las operaciones fiduciarias estuvo en vigor hasta fines de 1984.

La actual Ley de Instituciones de Crédito fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de julio de 1990, y su última modificación es del 18 de agosto de 2006.

4. *El fideicomiso público*

En los tópicos anteriores hemos visto el surgimiento del fideicomiso en México, desde sus antecedentes doctrinarios, las primeras leyes y la regulación actual. Pero al referirnos específicamente al fideicomiso público, debemos mencionar que sus primeras prácticas datan de 1936 en la actividad agropecuaria.⁴³ Fue realizado entre la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y el Banco Nacional de Crédito Agrícola Ganadero. A partir de entonces se ha extendido su uso por parte del Estado para actividades económicas, culturales, sociales; es usada en la agricultura, ganadería, forestación, turismo, solo por mencionar algunas.

⁴³ Cfr. BATIZA Rodolfo. *El Fideicomiso. Teoría y Práctica. op. cit.* p.144.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público para el año 1943 organizó un sistema de registro de fideicomisos públicos, creando diez años después una sección especial en la dirección de crédito. Para 1956 se habían registrado 475 contratos.⁴⁴

A partir de los años 50, el Estado mexicano empezó a utilizar el fideicomiso para opción de administración para resolver problemas de la más diversa índole y como apoyo a las actividades económicas, de los sectores prioritarios del país. Esta figura ha jugado un papel relevante como instrumento del desarrollo económico.⁴⁵

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal de 24 de diciembre de 1976, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de mismo mes y año, estableció las bases de organización de la administración pública federal, ubicando a los fideicomisos como integrantes de la administración pública paraestatal, pero careciendo de personalidad jurídica.

Progresivamente se fueron constituyendo fideicomisos públicos por el Ejecutivo Federal para cumplir diferentes fines. México es el país que tiene más experiencias prácticas de la utilización de esta figura como instrumento de auxilio del Gobierno para impulsar áreas prioritarias del desarrollo nacional.

En el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2006, se publicó la lista de los fideicomisos públicos clasificados según las diferentes Secretarías y organismos de los cuales dependen, existiendo un total de 215 fideicomisos. Este listado no incluye aquellos fideicomisos considerados entidades paraestatales.

⁴⁴ Cfr. SANABRIA, L de G. *El Ejecutivo federal como fideicomitente*. Tesis. México. 1956. p. 100 cit. por Rodolfo Batiza, op. cit. p. 208.

⁴⁵ Cfr. ROALANDINI, Jesús, *ob. cit.* p. 93.

Tampoco incluye a grupos aeroportuarios y las empresas en los que el Gobierno Federal mantiene participación accionaria.⁴⁶

V. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN EL PARAGUAY

En el Paraguay, el fideicomiso se reguló por primera vez en la Ley 417/73 General de Bancos y de Otras Entidades de Financieras, que establecía en su artículo 31 inc. G) que correspondía a los Bancos de Inversión actuar como fideicomisarios y depositarios de fondos comunes de inversión fiduciarios.

Dicha ley fue derogada por la Ley 861/96 General de Bancos, Financieras y otras Entidades de Crédito, que en su artículo 40, al detallar las operaciones que pueden efectuar los bancos, en el inciso 22 dispone: “Actuar como fiduciarios en contratos de fideicomiso”; de igual manera en su artículo 75 al detallar las operaciones que pueden ser llevadas a cabo por las financieras, en su inciso 20, expresa: “Actuar como fiduciarios en contratos de fideicomisos”.

Sobre este rudimentario ordenamiento normativo se estructuraron algunas experiencias de fideicomiso antes de la sanción de la Ley 921/96 de Negocios Fiduciarios que definitivamente incorpora y tipifica esta figura en el Paraguay. Esta ley está estructurada en ocho capítulos, y cuenta con 45 artículos. El capítulo primero trata de las disposiciones generales aplicables a los negocios fiduciarios; el capítulo segundo, de disposiciones especiales aplicables a los negocios fiduciarios; los capítulos tercero, cuarto y quinto tratan de las partes intervinientes en el negocio fiduciario, ocupándose respectivamente del fideicomitente, fiduciante o constituyente; del fiduciario; del beneficiario o fideicomisario, el capítulo sexto establece las normas contables básicas aplicables a los negocios fiduciarios; el séptimo trata de las normas fiscales básicas aplicables a los negocios fiduciarios, y por último, el capítulo octavo trata de las normas complementarias.

⁴⁶ *Diario Oficial de la Federación*, fecha de consulta 20 de diciembre de 2006. www.dof.gob.mx.

Esta ley vino a sustituir a la Resolución No. 5, del 22 de setiembre de 1994, dictada por el Banco Central del Paraguay, que reglamentaba las operaciones fiduciarias, pues de conformidad al artículo 11, de la Ley No. 921/96, se faculta al Banco Central del Paraguay a reglamentar los negocios y operaciones fiduciarias que puedan realizar los bancos, las financieras y las empresas fiduciarias, así como las sociedades filiales de los bancos y las financieras, debidamente constituidas.

La doble limitación de la actividad fiduciaria, la primera que solo podían hacerlo los Bancos y de Inversión y la segunda que estos Bancos de Inversión solo podían actuar como fideicomisarios y/o depositarios de fondos comunes de inversión fiduciarios, no contribuyó a potenciar esta figura y menos a aprovechar todos los beneficios y posibilidades que la misma es susceptible de brindar en un mercado financiero.

No obstante ello, proyectos de inversión como la construcción del Palacete Municipal, liderado por el entonces Banco de Inversiones del Paraguay (B.I.P.) fueron llevados a cabo con la aplicación del artículo 31, inc. G), de la Ley 417/73.

Es, sin embargo, a partir del año 1996 con la sanción de la Ley 921/96 de Negocios Fiduciarios, que el fideicomiso fue introducido y tipificado verdaderamente en el Paraguay, y hoy cuenta con sendas resoluciones del Banco Central del Paraguay y a su vez, resoluciones y circulares de la Superintendencia de Bancos. Entre las más importantes, tenemos las Resolución No. 2 de fecha 24 de octubre de 1997, que ha reglamentado las operaciones fiduciarias. El reglamento está estructurado en cuatro títulos: Título I, Normas generales aplicables a los negocios fiduciarios; Título II, del fideicomitente, fiduciante o constituyente; Título III, Del fiduciario; y Título IV, Disposiciones finales.

Dicho ordenamiento fue sustituido por la Resolución No. 6, proveniente del Acta No. 104, de fecha 22 de noviembre de 2004, del Directorio del Banco Central del Paraguay. Lo veremos cuando estudiemos este importante marco legal.

CAPÍTULO II

EL FIDEICOMISO PÚBLICO EN MÉXICO

I. CONCEPTO

1. *Doctrinal*

En doctrina existen muchas definiciones del fideicomiso público. Para ACOSTA ROMERO:

Es un contrato por medio del cual el Gobierno Federal, a través de sus dependencias y en su carácter de fideicomitente, transmite la titularidad de bienes del dominio público o del dominio privado de la Federación, o afecta fondos públicos, en una institución fiduciaria (por lo general instituciones nacionales de crédito), para realizar un fin lícito, de interés público.¹

Si bien la definición anterior se refiere a los fideicomisos constituidos por el gobierno federal, el autor nos dice que puede ser aplicado igualmente en los ámbitos local, estatal y municipal.

Para CASTAÑEDA NIEBLA:

El fideicomiso público es la entidad, unidad económica u organismo especial que, sin gozar de personalidad jurídica propia, es decir que se refiere que el mismo debe adecuarse a lo que la norma prescribe, no ser contrario a la ley constituye una nueva estructura administrativa en virtud de la cual, el Estado, representado por sus órganos administrativos en su carácter de fideicomitente y por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, transmite a una institución

¹ ACOSTA ROMERO, Miguel, *Derecho Bancario*, Porrúa, México, 1978, p. 340; y *Tratado Teórico Práctico del Fideicomiso*, Porrúa, México, 1997, pp. 347 y siguientes. Cit por José Manuel Villagordoa Lozano, *ob.cit.* p.p. 322-323.

nacional de crédito autorizada para realizar operaciones fiduciarias, en su carácter de fiduciario público, la titularidad de ciertos bienes o derechos destinados a la realización de un fin lícito determinado a favor del fideicomisario que pueden serlo, uno o varios organismos públicos o privados e incluso, sectores sociales, sujetándose a las modalidades contenidas en el acto constitutivo y las disposiciones legales aplicables en esta materia.²

Considero que esta definición no es muy acertada por varias razones: en primer término, no podemos decir que el fideicomiso público constituya una entidad, unidad económica u organismo especial, puesto que existen fideicomisos públicos que no poseen una estructura, a diferencia de los fideicomisos públicos entidades paraestatales. Por otro lado, no siempre la fiduciaria será una institución nacional de crédito, y esto no obsta para que el fideicomiso tenga el carácter de público.

Otra definición doctrinal nos la da CERVANTES ALTAMIRANO, para quien:

El fideicomiso estatal es un negocio jurídico típico por virtud del cual la Administración Pública Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda como único fideicomitente constituye un patrimonio autónomo cuya titularidad se atribuye a una institución nacional de crédito como fiduciaria.³

Sin entrar a discutir sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso, si es un negocio jurídico típico o no, debemos mencionar que la fiduciaria no es indefectiblemente una institución nacional de crédito. Si bien en los fideicomisos públicos se prefiere que así lo sea, no es un requisito obligado. Además, la transmisión no sólo es de la titularidad sino puede ser de la propiedad de los bienes afectos al fideicomiso, como lo menciona la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

² CASTAÑEDA NIEBLA, Arturo, *Los fideicomisos públicos*, Tesis profesional, Facultad de Derecho, U.N.A.M., pp.227 y 228. Cit por José Manuel Villagordoa Lozano, *ob.cit.* pp. 324-325.

³ CERVANTES ALTAMIRANO, Efrén, *Los fideicomisos estatales*, Estudio inédito, p. 61. Cit por José Manuel Villagordoa Lozano, *ob.cit.* p. 325

2. Legal

Si bien es importante considerar las definiciones de la doctrina sobre el fideicomiso en México, la legislación ya se ha ocupado en definir a esta figura jurídica. En efecto, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el Capítulo V, sección primera, artículo 381, define al fideicomiso en general:

En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.⁴

Por su parte, la Ley Federal del Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, en el artículo 9, establece que:

Son fideicomisos públicos los que constituye el Gobierno Federal, por conducto de la Secretaría en su carácter de fideicomitente única de la administración pública centralizada, o las entidades, con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias y estratégicas del desarrollo. Asimismo, son fideicomisos públicos aquellos que constituyan los Poderes Legislativo y Judicial y los entes autónomos a los que se asignen recursos del Presupuesto de Egresos a través de los ramos autónomos.

Derivado de los conceptos anteriores podemos determinar las características principales de un fideicomiso público:

- El fideicomitente es el Gobierno Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, aunque también existen fideicomisos locales establecidos por las entidades federativas e incluso contratadas por municipios.

⁴ LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CREDITO, Agenda Mercantil, ISEF, Empresa Lider, México, 2006, art. 381.

- La segunda característica representativa, es que el patrimonio está formado por bienes del dominio público o del dominio privado de la federación.

- Y su fin es de interés público.

Cabe destacar, que para muchos autores lo que distingue a los fideicomisos públicos es la característica especial del fideicomitente, que puede ser el Gobierno Federal, los estados, o los municipios. En los fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público fungirá como fideicomitente única de la administración pública centralizada (artículos 3 y 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y 40 de la Ley Federal de Entidades Paraestatales).

Pero no es ésta una característica exclusiva, también el carácter público lo determina el origen de los recursos. Así, el decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación del 2005, en el artículo 18, fracción II, y en el artículo 10, de la Ley Federal del Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, se dispone:

En el caso de fideicomisos constituidos por particulares, la suma de los recursos públicos federales otorgados no podrá representar en ningún momento más del 50 por ciento del saldo en el patrimonio neto de los mismos...

La característica de las fiduciarias no determina el carácter del fideicomiso. Asimismo, si bien no existe una prohibición que en estos fideicomisos actúe como fiduciaria una banca múltiple, generalmente cumple esa función un banco de desarrollo.

No debemos obviar que estas conceptualizaciones del fideicomiso público se refieren específicamente a México, pues su gran desarrollo en este país, insistimos, ha hecho que sea tomado en cuenta por el legislador y puesto como parte de la administración pública, siendo regulada por diversas leyes que atañen a la misma, como veremos a continuación de este tópico.

II. NATURALEZA JURÍDICA

En cuando a la naturaleza jurídica del fideicomiso se ha dicho mucho, existen coincidencias así como disidencias al respecto entre los doctrinarios. A efectos del presente trabajo, sólo expondremos algunas teorías consideradas más relevantes, para luego señalar nuestra opinión.

Para el jurista francés Pierre LEPAULLE: “El ‘trus’ es una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y cuya unidad está constituida por una afectación libre, en los límites de las leyes en vigor y del orden público”.⁵ Para este autor, la naturaleza jurídica del fideicomiso es de un patrimonio de afectación. Basa su teoría en que “Los patrimonios especiales son universalidades jurídicas pertenecientes a su propio destino. No tienen ningún sujeto, o por lo menos, parecen no tenerlo, pues efectivamente, son los bienes que los componen o el fin a que están afectos, los que desempeñan ese papel”.⁶

Lo concebido por el autor francés, ha sido desechado por la doctrina, pues en nuestro derecho de tradición romanista no existe posibilidad de la existencia de un patrimonio sin sujeto. El autor para sustentar su teoría, señala varios ejemplos de un gran número de instituciones que son patrimonios sin ser personas morales, como las fundaciones, la fiducia, sucesiones vacantes, masa de una quiebra, etcétera. Lo que cabe señalar al respecto, es que en relación a las sucesiones y la quiebra, existe una ficción jurídica de la continuidad de la transmisión de bienes. Nuestro sistema jurídico no admite el patrimonio sin titular, si bien en el fideicomiso hablamos de un patrimonio afecto a un fin, no podemos decir que no tenga un titular. De hecho, el fideicomitente trasmite la titularidad o la propiedad de

⁵ LEPAULLE, Pierre, *Tratado teórico práctico de los trusts*, Traducción y estudio sobre el Fideicomiso Mexicano por Pablo Macedo, Porrúa, México, 1975, pp. 23-24.

⁶ *Ibidem*, p. 29.

los bienes afectos al fin que el fideicomiso persigue al fiduciario, quien funge como titular de dichos bienes.⁷

Además de la teoría antes mencionada, es también de vital importancia, por su implicancia en la legislación mexicana, la formulada por el jurista panameño Ricardo ALFARO. Quien en un primer momento sostuvo que el fideicomiso gozaba de la naturaleza jurídica de un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten al fiduciario determinados bienes, para que disponga de ellos y de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario.⁸

A continuación extraemos parte del pensamiento del jurista para justificar su teoría:

Ahora bien, si por una parte se hallaba que el mandato era la institución más análoga al trust, pero por la otra se observaba que el mandato resultaba ineficaz para los fines del trust por el hecho de ser revocable, ¿Qué figura surgía ante la mente como la más apropiada para presentar ante la mentalidad latina la institución extraña del trust?. Pues la figura antitética y contradictoria de un mandato irrevocable, de una comisión o encargo sui generis, especial, nuevo, un encargo que el mandante no pudiera deshacer y mediante el cual se desprendiera definitivamente del dominio de las cosas objeto del encargo. Sólo así se podría crear un patrimonio independiente cuyo dominio adquiriría el fiduciario en forma definitiva y no precaria, y con la obligación de cumplir con las disposiciones del trust...⁹

Es evidente que la postura señalada por el jurista panameño responde a una necesidad de justificar la “nueva figura jurídica” en Latinoamérica. El mismo rectificó parte de su postura anterior, diciendo que recurría a la figura del mandato pues era la más acertada para explicar didácticamente la figura. Y definió nuevamente al fideicomiso como:

⁷ L.G.T.O.C. art. 381.

⁸ Cfr. VILLAGORDOA Lozano, José Manuel, *ob cit.*, p. 105.

⁹ ALFARO, Ricardo J., *Adaptación del trust del Derecho Anglosajón al Derecho Civil*, Cursos Monográficos, vol I., Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, La Habana. Cuba, 1948, pp. 41-42. Cit. por Villagordoa Lozano, José Manuel, *op.cit.* p. 106.

Un acto en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena la persona que los transmite, llamada fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario¹⁰.

Nos adherimos a las críticas formuladas a la teoría de Alfaro, en el sentido que el fideicomiso no puede gozar de la naturaleza jurídica de un mandato irrevocable, porque si se pudiera simplemente asimilar ambas figuras no tendría sentido la existencia del fideicomiso, se usarían los mandatos. Sin embargo, el fideicomiso tiene una función diferente, es más, en la actualidad de ningún modo se puede decir que el encargo del fiduciario sea irrevocable, la misma ley señala causales de rescisión y también las mismas pueden ser fijadas en su constitución misma.

Por último, como un aporte de la doctrina respecto a este tema, tenemos la teoría de Rodolfo Batiza, para quien el fideicomiso goza de la naturaleza contractual y con quien coincidimos totalmente.

Antes de formular su teoría, el citado jurista realiza unas críticas a las posturas que sostienen que el fideicomiso constituye en negocio jurídico o un acto unilateral. En primer término, sostiene que no puede ser considerado en México como un negocio jurídico, pues

El fideicomiso no representa un tipo de negocio fiduciario porque no consiste en un negocio formado por dos elementos cuyos efectos son contradictorios entre sí y en que el primero es real, exteriorizado, jurídicamente obligatorio en tanto que el segundo sólo tiene eficacia interna entre las partes". "El fideicomiso es un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo, un vínculo único con validez y eficacia idénticas entre las partes y frente a terceros."¹¹

Respecto a las consideraciones formuladas por algunos que opinan que representa un acto unilateral, puesto que la declaración de voluntad obliga a quien

¹⁰ *Idem.* p. 107.

¹¹ BATIZA, Rodolfo, *El Fideicomiso. Teoría y Práctica*, 4ta ed., Jus, México, 2001, p. 134.

lo emite, y que no puede ser modificada sin el consentimiento del fideicomisario, y que para exista la figura no se necesita de la aceptación del fiduciario ni del beneficiario. En efecto, FERNANDEZ RUIZ, afirma:

Habida cuenta de la posibilidad de su constitución por la vía testamentaria evidencia que no es un contrato, lo que no impide se use éste para hacer constar su constitución o para la trasmisión de la propiedad de los bienes dados en fideicomiso, en consecuencia, es dable afirmar que el fideicomiso es un negocio jurídico, consistente en una declaración unilateral de voluntad en cuya virtud se trasmite al fiduciario la titularidad de bienes determinados o determinables, con la obligación de efectuar exclusivamente los actos necesarios para el logro del fin al que se destinan.¹²

En contrapartida, Batiza sostiene que

La pretendida naturaleza del acto unilateral que se quiere dar al fideicomiso carece de base jurídica y la declaración correspondiente no pasa de ser una simple oferta o policitación, que puede tener carácter irrevocable, modalidad que no altera en forma alguna los principios del derecho común en la materia.¹³

Podemos agregar que por más que en ciertos tipos de fideicomiso, como el testamentario, pueda surgir como un acto unilateral de la voluntad, para que surta efectos se requiere la aceptación del encargo por parte del fiduciario, siendo esto un presupuesto de su validez (artículo 382, tercer párrafo, de la LGTOC).

El fideicomiso tiene naturaleza contractual, de la cual gozan también los fideicomisos públicos,

en especial, en aquellos en que el Gobierno Federal es fideicomitente, que podrían estimarse como actos obligatorios de autoridad por provenir de leyes, decretos, acuerdos presidenciales o de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y en que la subordinación jerárquica del

¹² FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, "El fideicomiso como forma de gestión de la administración pública en México", *RES PUBLICA. Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, México, año I, núm. 1, Enero-abril de 2005, p. 151.

¹³ BATIZA, Rodolfo, *El Fideicomiso. Teoría y Práctica*, ob.cit. p. 134

fiduciario (casi invariablemente instituciones nacionales de crédito) frente al fideicomitente, les podría dar un carácter unilateral estos fideicomisos son también de naturaleza contractual, ya que su existencia jurídica está condicionada a la celebración del contrato de fideicomiso, como puede comprobarse en numerosos ejemplos.¹⁴

Coincidimos con Batiza en que el fideicomiso tiene naturaleza contractual, pues no existe ni surte ningún efecto en tanto que no se llegue a un acuerdo de voluntad con la institución que pudiera fungir como fiduciaria. Una vez que el encargo es aceptado por la fiduciaria, empieza a surtir sus efectos. Volvemos a mencionar que la L.G.T.O.C. señala que “El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado, y conste la aceptación del encargo por parte del fiduciario”. Por lo mismo, se descarta la teoría de que constituye un contrato a favor de terceros como lo señala Villagordoa.¹⁵

Coincide asimismo en esta naturaleza del fideicomiso, el maestro ACOSTA ROMERO, quien opina: “El fideicomiso es un contrato, y de ninguna manera se desprende que un contrato dé nacimiento a una persona jurídica distinta de las partes contratantes, es decir, fideicomitente, fiduciario y fideicomisario”.¹⁶

Finalmente, podemos señalar que en la actualidad la naturaleza contractual del fideicomiso ha sido confirmada y definida por la jurisprudencia y las leyes mexicanas. Evidentemente que para llegar a este punto, ha sido la práctica quien la ha ido forjando y la ha moldeado. La S.C.J.N. en la Séptima Época empezó por

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Rebatiendo las afirmaciones de Batiza en cuanto a la naturaleza contractual del fideicomiso, Villagordoa Lozano sostiene: “Este autor sostiene que el fideicomiso es un contrato bilateral, sinalagmático perfecto, pero no hace referencia alguna a su estrecha relación con los contratos a favor de terceros pues si sólo se consideraran las recíprocas relaciones entre las partes contratantes, únicamente nos encontraríamos con los derechos y obligaciones a favor y a cargo del fideicomitente y del fiduciario, quedando el fideicomisario fuera de la relación contractual, quien en su carácter de tercero beneficiario del fideicomiso, tiene a su vez ciertos derechos y obligaciones tanto con el fideicomitente como con el fiduciario”. *ob. cit.* 129.

¹⁶ ACOSTA ROMERO, Miguel, *Compendio de Derecho Administrativo*, Parte General, 3ra ed. Actualizada, Porrúa, México, 2001, p. 268

disponer que se trataba de un patrimonio de afectación,¹⁷ para luego afirmar que se trataba de un negocio jurídico o un acto jurídico.¹⁸ Ya en la actualidad, ha acotado la naturaleza contractual del fideicomiso en numerosas tesis.¹⁹

De todo lo arriba apuntado se puede señalar que para que el fideicomiso exista en el mundo jurídico y surta efectos, entre las partes debe existir un acuerdo de voluntades entre el fideicomitente y el fiduciario; que en el mismo se pueden señalar algunas causales de rescisión del contrato, como por ejemplo, la falta de pago de honorarios a la fiduciaria, o el incumplimiento debido del encargo por parte de esta.

La legislación mexicana más reciente sobre la materia, ya tipifica al fideicomiso como un contrato, a modo de ejemplo, podemos señalar al Manual de Normas Presupuestarias para la Administración Pública Federal, publicada por el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 2004, que en el Título Séptimo, regula sobre los fideicomisos, mandatos y contratos análogos que involucran recursos públicos federales. Ya desde el título se puede deducir que asimila al fideicomiso dentro de los contratos, así en el artículo 164, dispone:

¹⁷ “Según puede advertirse de los artículos 346, 351 y 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en nuestra legislación se concibe el fideicomiso como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, afectación por virtud de la cual el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicometidos, de los que pasa a ser titular la institución fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito encomendado”. Tesis, Amparo directo 4391/69 Banco Hipotecario, Fiduciario y de Ahorros, S.A. 6/11/1970, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, México, p.27.

¹⁸ “El fideicomiso es un acto jurídico que debe constar por escrito...”. Tesis, Amparo directo 45/71, Crédito Algodonero de México, S.A., 16/03/77, Sala Auxiliar, *Semanario Judicial de la Federación*, México, p. 71. “El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el contrato respectivo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria para la realización de un fin determinado”. Amparo en revisión 769/84, Unitas, S.A. de C.V. , 26/08/86, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, México, p. 52.

¹⁹ “El fideicomiso es un contrato mercantil, por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado...” Tesis, Amparo en revisión 49/90, Inmobiliaria Matecar, S.A. de C.V., 29/03/1990, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, México, p. 466.

Las dependencias y entidades que requieran constituir fideicomisos o celebrar contratos análogos, deberán: III. Elaborar el contrato a través de la Dirección General Jurídica de la dependencia o de su equivalente en las entidades. Los proyectos de contrato deberán señalar [...].

Asimismo, el Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, en el capítulo XVI, de los Fideicomisos y Mandatos, tiene una Sección III, que trata de la celebración de contratos. Queda claro que estas leyes están reglamentando sobre la forma de instrumentalizar y hacer efectivo el fideicomiso y esto se da a través del contrato. No obstante ello, y como ya lo habíamos mencionado, si esto no se realiza, si no existe un contrato como tal, el fideicomiso no existe, puede existir tal vez una declaración de voluntad de constitución, pero mientras el contrato no se concrete la figura no se concreta.

III. CLASIFICACIÓN DEL FIDEICOMISO PÚBLICO CONFORME A LA NORMATIVIDAD VIGENTE.

En puntos anteriores, hemos hablado de los factores que determinan el carácter público de un fideicomiso, que resumiendo, consiste en dos condiciones básicas, una de ellas, es el carácter del fideicomitente que debe ser una entidad pública, y por otra parte, el origen de los recursos aportados que debe representar más del 50 % del saldo del patrimonio neto de los mismos (artículo 10, inciso III, de la Ley Federal del Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, y artículo 124 inciso III, segundo párrafo, del Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria).

Mas, los fideicomisos públicos no pueden ser reducidos a un sólo tipo, pues al menos en México se distinguen considerando que es un país dividido en entidades federativas. Por lo mismo, dependiendo de quien constituye el fideicomiso así cómo está conformada su estructura.

Al respecto, Jorge FERNÁNDEZ RUIZ²⁰ los clasifica de la siguiente manera:

- Fideicomisos del Gobierno Federal
- Fideicomisos de los Gobiernos de las Entidades Federativas
- Fideicomisos de los Gobiernos Municipales
- Fideicomisos de las entidades paraestatales de la Federación
- Fideicomisos de las entidades paraestatales de las Entidades Federativas
- Fideicomisos de las entidades paraestatales de los Municipios

La L.G.T.O.C. al mencionar al fideicomitente sólo dice que lo pueden ser las personas con capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso, según sea el caso, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes para ello (artículo 384). Por lo tanto, ésta legislación marco, poco o nada menciona, y menos aún, distingue las diversas especies de fideicomisos públicos.

Pero podemos intuir esta clasificación a partir de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, que en su artículo 40, dispone:

Los fideicomisos públicos que se establezcan por la Administración Pública Federal, que se organicen de manera análoga a los organismos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, que tengan como propósito auxiliar al Ejecutivo mediante la realización de actividades prioritarias, serán los que se consideren entidades paraestatales conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y quedarán sujetos a las disposiciones de esta Ley.

Los fideicomisos públicos considerados entidades paraestatales se rigen principalmente por la Ley supra mencionada, y como la misma ley especifica, los requisitos para constituir una entidad paraestatal, entre otros, es que debe organizarse de manera análoga a los organismos descentralizados o empresas de

²⁰ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *“El fideicomiso como forma de gestión de la administración pública en México”*, op. cit., p. 152.

participación estatal mayoritaria. Al respecto, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, dispone en el artículo 45:

Son organismos descentralizados las entidades creadas por ley o decreto del Congreso de la Unión o por decreto del Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cualquiera que sea la estructura legal que adopten.

Se menciona en aquí el primer requisito para su creación.

Al respecto, y como una crítica a la ley, el maestro ACOSTA ROMERO sostiene: “Creo que no hay ningún artículo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que otorgue facultad expresa al presidente de la República para crear por decreto personas jurídicas de Derecho Público [...]”.²¹ Con esto nos señala el peligro de constituir por decreto personas jurídicas con patrimonio propio. Y que sería más sano al crear estas personas de derecho público, ejercer la facultad que posee, y que consiste en realizar una iniciativa de ley que someta al Congreso de la Unión.

Se puede mencionar también, en los fideicomisos públicos federales, un factor distintivo es que el fideicomitente es el Ejecutivo Federal quien actúa por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en su carácter de fideicomitente único (artículo 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y 41 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales). En cuanto a su fin, será la de auxiliar al Ejecutivo mediante la realización de actividades prioritarias (artículo 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y 40 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales). Por otro lado, a más de la estructura similar a las demás entidades --descentralizadas o de participación estatal mayoritaria-- debe contar con un comité técnico.

²¹ ACOSTA ROMERO, Miguel, *Compendio de Derecho Administrativo*, ob. cit. p. 222.

Si consideramos la estructura de estos fideicomisos y su marco normativo, vemos que forma parte de la administración pública, por lo tanto, se encuentra supeditado a la vigilancia de los comisarios designados por la Secretaría de la Función Pública.

Llegados a este punto, podemos ver, que no todos los fideicomisos públicos cuentan con estas características y por ello no forman parte de los fideicomisos públicos, entidades paraestatales. Podemos inferir que éstos pueden ser creados por ley, decreto o por otra vía, toda vez que el fideicomitente sea una institución pública. Aquí pueden fungir como fideicomitentes el gobierno o entidades y dependencias federales, los gobiernos estatales y municipales. Su fin será variado y no solamente corresponde a las áreas prioritarias de desarrollo. Por lo tanto, si bien no figura en la ley que deba contar con comités técnicos, en la práctica se volvió una obligación.

Si bien la mencionada clasificación no existe en la doctrina, en la legislación mexicana sí puede notarse esta diferenciación. En diversas disposiciones del Manual de Normas Presupuestarias para la Administración Pública Federal de 2005, se encuentra esta distinción. En el cuarto párrafo, del artículo 161 de la citada Ley, se estipula que “Las dependencias y entidades que conforme a las disposiciones aplicables constituyan o incrementen el patrimonio de fideicomisos públicos no considerados entidad, o que celebren mandatos o contrato análogos requerirán la autorización de la Secretaría”. Sucesivamente esta ley regula la forma de constitución, y otras formalidades, y lo contempla en forma separada de las entidades.

La Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria en el artículo 9, donde define al fideicomiso público, que ya se ha comentado, también realiza la distinción entre estos dos tipos que estamos viendo:

Los fideicomisos públicos considerados entidades en términos de los dispuesto por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y de

la Ley Federal de las Entidades Paraestatales podrán constituirse o incrementar su patrimonio con autorización del Ejecutivo Federal, emitida por conducto de la Secretaria, la que en su caso, propondrá al titular del Ejecutivo Federal la modificación o extinción de los mismos cuando así convenga al interés público. Los fideicomisos públicos no considerados entidades sólo podrán constituirse con la autorización de la Secretaria en los términos del Reglamento.

El Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, en el artículo 213, dispone:

Las dependencias por conducto de la Secretaria, en su carácter de fideicomitente única de la Administración Pública Centralizada, y las entidades, sólo podrán constituir los fideicomisos públicos sin estructura orgánica a que se refiere el artículo 9 de la Ley o, aquellos cuya constitución se determine por ley.

Sucesivamente se van regulando este tipo de fideicomisos, por lo que claramente se distinguen de aquellos considerados “entidad”. Consideramos muy visibles en estos artículos el diferente tratamiento que reciben estos fideicomisos en cuanto a su constitución, modificación, extinción y fiscalización, y las autorizaciones que se requieren para ello; sin embargo, consideramos que operativamente no se rigen por la normatividad pública sino por la Ley de Instituciones de Crédito y la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

IV. FIDEICOMISO PÚBLICO FEDERAL SIN ESTRUCTURA

1. *Marco legal*

En líneas generales hemos comentado algunos artículos respecto a la regulación de este tipo de fideicomiso. Sin olvidar dónde se encuentra ubicado (público) nos remitiremos a señalar su marco normativo más importante. Tenemos que tener en cuenta que el fideicomiso público no cuenta con un marco regulatorio específico en la legislación mexicana. La L.G.T.O.C. lo regula sustantivamente, al igual que a los fideicomisos privados, como veremos a continuación.

En primer lugar, tomemos en cuenta que el fideicomiso es una actividad mercantil, esta condición no varía con los fideicomisos públicos. Y por lo tanto, son aplicables a él muchas de las disposiciones legales que regulan estas actividades.

Sustantivamente, el fideicomiso público en México se encuentra regulado por la L.G.T.O.C. publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de agosto de 1932, y por la L.I.C. publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 1990. Estas leyes definen sus elementos, su objeto, su forma, su plazo, sus condiciones, causas de extinción, organización, estructura, reglas de funcionamiento, sobre el comité técnico, delegado fiduciario, entre otros temas fundamentales. Este marco normativo es válido tanto para fideicomisos privados como para los públicos. Como veremos más adelante, los públicos poseen una normatividad especial en cuanto son parte de la administración pública, y los recursos que se utilizan son públicos. De igual modo estas leyes constituyen su marco regulatorio sustancial.

En la L.G.T.O.C. el fideicomiso se encuentra regulado dentro de la clasificación de las operaciones de crédito en el capítulo V. En este apartado se regula lo esencial del fideicomiso, en el artículo 381, y lo define así:

En virtud del fideicomiso, el fideicomitente, transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.²²

Vemos que se trata de afectación de bienes a favor del fiduciario para la realización de los fines del fideicomiso. Con la única condición de que los fines sean lícitos y determinados. Se habla de transmisión de la propiedad o la titularidad. Consideramos que se refiere al primer término cuando se trata de bienes, y titularidad tratándose de derechos.

²² L.G.T.O.C. *ob. cit.*

Específicamente, si nos remitimos a lo que atañe a los fideicomisos públicos, el artículo 384, de la L.G.T.O.C., dispone que “Sólo pueden ser fideicomitentes las personas con capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso, según sea el caso, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes para ello.”²³ Este artículo claramente faculta a la constitución del fideicomiso a las autoridades estatales, judiciales o administrativas.

En cuanto a los facultados para ser fideicomisarios, el artículo 382 de la L.G.T.O.C. dispone que son todas aquellas personas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica. Pero el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado y conste la aceptación del encargo por parte del fiduciario.

Si bien todos los artículos atinentes al fideicomiso en general en la L.G.T.O.C. pueden ser aplicados al fideicomiso público, pues se trata de la ley marco en la legislación mexicana, podemos mencionar por su trascendencia, entre otros, al artículo 387, que dispone que la constitución del fideicomiso deberá constar siempre por escrito. Aquellos que recaigan en bienes inmuebles deberán inscribirse en la Sección de Propiedad del Registro Público del lugar donde los bienes estén ubicados (artículo 388, de la L.G.T.O.C.).

La otra ley que regula el contenido sustantivo de los fideicomisos en general, y es aplicado tanto al privado como al público, es la Ley de Instituciones de Crédito cuya última reforma fue publicada el 18 de agosto de 2006, que regula a todo el sistema bancario mexicano, y por lo tanto, es de trascendental importancia para los fideicomisos, que como ya se mencionó, es una actividad mercantil y forma parte de los servicios bancarios.²⁴

²³ *Idem*, artículo 384.

²⁴ LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/43.pdf>, fecha de consulta 4 de diciembre de 2006.

Esta ley, en su artículo 3, dispone que el Sistema Bancario Mexicano estará integrado por el Banco de México, las instituciones de banca múltiple, las instituciones de banca de desarrollo, el Patronato del Ahorro Nacional y los fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico²⁵.

El artículo 46 se refiere a las operaciones que especialmente pueden realizar las instituciones de crédito, en la fracción XV, dispone que pueden realizar fideicomisos conforme a lo dispuesto por la L.G.T.O.C. El artículo 47 establece que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público es la encargada de dictar los lineamientos y establecer las medidas y mecanismos que procuren el mejor aprovechamiento y canalización más adecuada de los recursos de las instituciones de banca de desarrollo, considerando planes coordinados de financiamiento entre este tipo de instituciones y las organizaciones nacionales auxiliares de crédito, los fondos y fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico y las instituciones de banca múltiple.

En las operaciones de fideicomiso considerados como servicios que prestan las instituciones bancarias, se deberá abrir contabilidades especiales para cada contrato, debiéndose registrar en los mismos y en la propia contabilidad, el dinero y demás bienes, valores o derechos que se confíen, así como los incrementos o disminuciones por los productos o gastos respectivos, debiendo coincidir invariablemente los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la institución de crédito con los de las contabilidades especiales (artículo 77, de L.I.C.).

Queda claro que el patrimonio fiduciario es un patrimonio de afectación que pasa a manos del fiduciario, pero como un bien separado de los propios, determinado y afecto a fin específico.

²⁵ *Idem, artículo. 3.*

La ley también regula lo atinente a la responsabilidad de las fiduciarias, y señala: “Las instituciones responden civilmente por los daños y perjuicios causados por la falta de cumplimiento de las condiciones y términos señalados en los fideicomisos....” (artículo 80 L.I.C.). Así mismo, el artículo 84 de la citada ley dispone sobre la remoción de la fiduciaria en caso de rendir cuentas de la gestión al ser requerida y dentro de los 15 días.

Si bien la L.I.C. no es privativa de los fideicomisos públicos, es un marco regulatorio muy importante porque sitúa a los fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal como parte integrante del sistema bancario mexicano. Determina lo referente a la responsabilidad del fiduciario, el tratamiento que se le dará al patrimonio fideicomitado, y en general todas las reglas para su funcionamiento.

El fideicomiso público, como parte de la administración pública federal se encuentra regulado por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1976. Esta ley establece las bases de la organización de la administración pública federal, centralizada y paraestatal.

En la última parte del artículo 1, dispone:

Los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y de fianzas y los fideicomisos, componen la administración pública paraestatal.²⁶

²⁶ LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL, artículo 1, último párrafo, <http://www.funcionpublica.gob.mx/leyes/loapf2000.htm#t1>, fecha de consulta 4 de diciembre de 2006.

Continúa el artículo 3:

El Poder Ejecutivo de la Unión se auxiliará, en los términos de las disposiciones legales correspondientes, de las siguientes entidades de la administración pública paraestatal: I. Organismos descentralizados; II. Empresas de participación estatal, instituciones nacionales de crédito, organizaciones auxiliares nacionales de crédito e instituciones nacionales de seguros y fianzas, y III. Fideicomisos.²⁷

Además, esta Ley, en el artículo 47 regula y define lo que debe entenderse por fideicomiso público, señalando que en los fideicomisos públicos del Gobierno Federal, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, fungirá como fideicomitente única de la administración pública centralizada.²⁸

Los fideicomisos públicos también se encuentran reglados por la Ley del Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1976, en su artículo 2, establece que “el gasto público federal comprende las erogaciones por concepto de gasto corriente, inversión física, inversión financiera, así como pagos de pasivo o deuda pública, y por responsabilidad que realizan las dependencias y entidades de la administración pública federal, entre las que se incluyen a *los fideicomisos en los que el fideicomitente sea el Gobierno Federal, el Distrito Federal o alguno de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal mayoritaria*”; en este último caso, el fideicomitente entendido como la persona jurídica que tiene capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, lo será el organismo descentralizado o la empresa de participación estatal que lo crea y que forzosamente debe tener personalidad jurídica y patrimonio propios.²⁹

En esta ley se vuelve a aclarar que es el Poder Ejecutivo por intermedio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la que puede fungir de fideicomitente (artículo 2, última parte). Quien emitirá la autorización para la constitución,

²⁷ *Idem*, artículo 3.

²⁸ *Idem*, artículo 47.

²⁹ *Ley del Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal*, artículo 2.

incrementación, a través de la Secretaría de Programación y Presupuesto, así como esta última, es la facultada a proponer su modificación, o disolución cuando así conviniere al interés público.

El decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2005, regula lo que en una oportunidad habíamos mencionado y es lo atinente al monto máximo que debe ser aportado por entidades federativas, tratándose de fideicomisos públicos y que no debe exceder del 50 por ciento de los mismos (artículo 18, inciso II).

Consideramos asimismo aplicable a este tipo de fideicomisos, la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de marzo de 2006, y el Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de junio de 2006, pues regulan en materia de programación, presupuestación, aprobación, ejercicio, control y evaluación de los ingresos y egresos públicos federales. Como ya vimos anteriormente, esta ley define al fideicomiso público, así como de la modificación de los contratos (artículo 219 R. L. F. P. R. H.), suspensión, extinción y terminación de contratos (artículo 220 al 222 del R.L.F.P.R.H.); y propiamente distingue entre aquellos considerados entidades y aquellos que no lo son. Asimismo, regula sobre el registro que debe llevar la S.H.C.P. de los fideicomisos.

No podemos dejar de mencionar las circulares del Banco de México que regulan al fideicomiso como parte de la actividad bancaria, al efecto, la Circular 1/2005, publicada el 17 de junio de 2005, con su última modificación el 7 de agosto de 2006. Estos lineamientos son muy importantes porque a más de regular la formación misma del contrato, hace énfasis en la necesidad del manejo transparente de los mismos. Realiza unas definiciones sobre las instituciones que han de operar el fideicomiso, regula sobre la conformación del comité técnico, la forma de invertir los recursos, medidas de transparencia, prohibiciones para las

fiduciarias y hasta la forma de estipular los honorarios del fiduciario. El Banco de México como órgano rector del sistema financiero mexicano actúa como contralor de las instituciones bancarias, y en lo referente al fideicomiso considero que suple por medio de esta circular, los vacíos que pudiera dejar la legislación.

Todas estas leyes van modelando la figura del fideicomiso público, se complementan y deben ser consideradas en su conjunto, pero no constituyen la totalidad del marco regulatorio. No se agotan en los *supra* mencionados, sino diferentes ordenamientos deben ser tenidos en cuenta en diversos sentidos. Si nos avocamos al fiduciario, dependiendo de que institución sea nos remite a su ley orgánica, por citar algunos tendremos la principal que ya hemos visto, la L.I.C., la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, entre otras. En cuanto a las entidades rectoras, tenemos la ley del Banco de México y la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. No debemos dejar de lado las leyes supletorias mercantiles, el Código de Comercio y el Código Civil para el D.F.

En los fideicomisos públicos pueden actuar como fiduciarios cualquier institución bancaria, aunque hemos visto que en la práctica se acostumbra que lo haga una institución de banca de desarrollo. Por lo que cada fideicomiso deberá ajustarse a la propia normatividad de la institución que actué como fiduciaria.

2. Elementos del fideicomiso

A. Sujetos intervinientes

Las partes intervinientes en la operación del fideicomiso son tres: el fideicomitente, el fiduciario, y el fideicomisario o beneficiario. Se puede mencionar que el fideicomitente puede constituirse en fideicomisario, o sea, beneficiarse a sí mismo con el fideicomiso. Como también puede no existir la figura del fideicomisario, sin que ello obste la validez del contrato (artículo 382, tercer

párrafo, de la L.G.T.O.C.). Al mencionar anteriormente el marco regulatorio de los fideicomisos ya nos hemos referido a algunos aspectos que regulan a las partes intervinientes. Sin embargo, a fin de darle un orden al trabajo conviene volver a referirnos brevemente a ellos.

a. Fideicomitente

El fideicomitente es aquél que transmite la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos a la institución fiduciaria, para destinarlos a un fin lícito y determinado, conforme lo establece la L.G.T.O.C. en el artículo 381.

La misma ley supra mencionada, establece en el artículo 384, que pueden ser fideicomitentes: “las personas con capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso, según sea el caso, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes para ello”.³⁰ La ley no prevé mayores obstáculos para ser fideicomitentes, salvo la capacidad que se tenga para transmitir la propiedad o titularidad de un bien. En este aspecto podemos mencionar que la capacidad de las personas está regulada en el Código Civil para el Distrito Federal, así como las personas reconocidas por el derecho, que pueden ser físicas o morales. En esta segunda clasificación se encuentran las entidades públicas que constituyen fideicomisos, que obran a través de sus órganos.

Específicamente, refiriéndonos al Gobierno Federal como fideicomitente, se puede mencionar que: “desde 1936 se inicia la constitución de fideicomisos públicos, cuya cuantía y campo de aplicación han aumentado en forma notable y que representan, por su importancia, una categoría aparte”.³¹ Como ya se mencionó al evocar el marco legislativo de los fideicomisos públicos federales, la

³⁰ L.G.T.O.C. artículo 384.

³¹ BATIZA, Rodolfo, *ob. cit.* p. 197.

Secretaría de Hacienda actúa como fideicomitente única de la administración pública centralizada (artículo 47, párrafo segundo, de la L.O.A.P.F).

Entre las facultades del fideicomitente, tenemos que es quien elige a la institución que va a actuar como fiduciaria, y puede plasmar en el contrato algunas causales de rescisión del mismo. Asimismo, elige al fideicomisario, pudiendo designar varios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso (artículo 382, segundo párrafo y 383 de la L.G.T.O.C.), o constituirse a sí misma en beneficiaria.

El fideicomitente señala los fines que el fideicomiso va a perseguir (artículo 381 de la L.G.T.O.C.). En realidad, el contrato nace a partir de la voluntad del fideicomitente de afectar bienes o derechos a un fin determinado y beneficiar a un tercero (fideicomisario), o a sí mismo.

Otra atribución importante es que el Comité Técnico se forma por su voluntad, elige a los miembros de dicho órgano, cuya actuación es de vital importancia para el desenvolvimiento del contrato (Art. 80 de la L.I.C.).

Entre las obligaciones del fideicomitente, la ley es omisa al señalarlo, sin embargo podemos mencionar, que siendo el que transmite los bienes o derechos objeto del contrato, debe ocuparse de que éstos estén libres de gravámenes, así como ocuparse de los gastos que devenguen de la celebración y operación del fideicomiso, honorarios del fiduciario, o del personal contratado si lo hubiere. Estas disposiciones no se encuentran reguladas expresamente, pero en la práctica forma parte esencial de las cláusulas contractuales.

b. Fiduciario

Es quien recibe la propiedad o titularidad de los bienes o derechos del fideicomitente. Y debe ocuparse por tanto de conseguir los fines propuestos.

Sólo pueden actuar como fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello, conforme a la ley (artículo 385 de la L.G.T.O.C.). En los fideicomisos públicos pueden ser fiduciarias tanto instituciones de banca múltiple como los bancos de desarrollo, no existiendo al respecto ninguna restricción legal. Pero como bien ya se mencionó anteriormente, la práctica ha demostrado que en la constitución de fideicomisos públicos generalmente lo realiza una banca de desarrollo. Cabe agregar que, el fideicomitente puede designar uno o más fiduciarios para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso (artículo 350, párrafo tercero del L.G.T.O.C.).

La Circular 1/2005 emitida por el Banco de México, dispone que se denominan Instituciones Fiduciarias a “las Instituciones de Crédito, Casas de Bolsa, Instituciones de Seguros, Instituciones de Fianzas, Sofoles y a la Financiera Rural, que lleven a cabo la operación fiduciaria”. Dentro de las instituciones de crédito, distingue entre banca múltiple y banca de desarrollo.

Como parte del sistema bancario, las instituciones que operan fideicomisos, se encuentran bajo control del Banco de México, y es quien regula ciertas condiciones a tenerse en cuenta, como el manejo de transparencia, y las prohibiciones para las mismas. La doctrina nos dice que las fiduciarias deben obrar como un “buen padre de familia”, queriendo significar esto que las operaciones fiduciarias se basan aun hoy en la confianza. Esto mismo se plasma en la legislación mexicana, en el artículo 391, de la L.G.T.O.C.

Entre sus múltiples obligaciones, podemos mencionar: Apegarse al encargo que le ha sido confiado. Como parte de la administración pública, existen obligaciones del fiduciario tales como: llevar la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la contabilidad separada a la propia institución, entre otras.

No se puede dejar de mencionar que es al fiduciario a quien corresponde la defensa de los bienes fideicomitidos. Es quien comparece en juicio como actor o demandado en defensa del patrimonio, por ser quien tiene todos los derechos y acciones que se requieren para el cumplimiento del fideicomiso. Es la hipótesis defendida por la Suprema Corte de la Nación y sostenida en diversas jurisprudencias.³²

Debemos mencionar que si su actuación se apega a lo que decide el comité técnico, queda liberado de responsabilidades. (artículo 80, de la L.I.C.).

c. Fideicomisario

También conocido como beneficiario del fideicomiso, es quien recibe el provecho que el fideicomiso implica.

La ley marca que pueden ser fideicomisarias las personas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica, y quien podrá ser designada por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en un acto posterior. (artículo 382 de la L.G.T.O.C.). Este artículo establece que el contrato será válido aún sin nombrar un fideicomisario, siempre que se den los demás requisitos necesarios para su constitución. Además, dispone una excepción a la regla de que no pueden ser fideicomisarios los fiduciarios, y se refiere a los casos de que constituyan garantías para créditos por la propia institución para la realización de actividades empresariales. Este punto tratado en la ley, es de suma importancia, y ha sido adicionada por una reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 13/06/03, pues por regla general no puede constituirse al fiduciario como beneficiario del fideicomiso, salvo esta excepción prevista. Como bien lo menciona BATIZA:

³² Jurisprudencia, Contradicción de tesis 6/90, Tercera Sala, Octava Época, Tesis 259, Apéndice de 1995, Tomo IV, Parte SCJN, p. 176.

Al exigir capacidad a los fideicomisarios, este artículo debe interpretarse en el sentido, no de aludir a la capacidad activa para ser fideicomitente, sino más bien a la ausencia de alguna incapacidad especial derivada de la ley, puesto que el fideicomiso puede constituirse a favor de incapacitados y aun de no nacidos.³³

El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso. (artículo 383, de la L.G.T.O.C.). En el caso de los fideicomisos públicos federales es común que los beneficiarios no se encuentren especificados y figuren como una colectividad. Esto facilita la operación del fideicomiso porque no genera la participación de los mismos en el contrato. Es muy difícil dar participación a un grupo grande de personas y que exijan sus derechos ante el comité técnico, o ante el fiduciario, que se evita si ellos son mencionados como una colectividad. En estos casos, el Ministerio Público ejerce la representación. La misma ley tuvo que ser reformada (13/06/03) en el sentido de regular en cuanto a la manifestación de voluntad de los fideicomisarios cuando fueren más de dos, los votos de los mismos serán computados por representaciones y no por personas, debiendo decidir en caso de empate por el juez de primera instancia del lugar del domicilio del fiduciario (artículo 383, párrafo segundo).

La capacidad a la que se refiere el artículo 382, de la L.G.T.O.C., es la capacidad jurídica, que como bien lo regula el Código Civil para el Distrito Federal, se adquiere desde el nacimiento. Sin embargo, la incapacidad se suple por medio del tutor o del Ministerio Público, según el caso (artículo 390, último párrafo, de la L.G.T.O.C.).

Los derechos del fideicomisario pueden ser pactados en el contrato de fideicomiso. Puede exigir el cumplimiento de las cláusulas contractuales ante la institución fiduciaria,

³³ BATIZA, Rodolfo, *ob. cit.* p. 215.

atacar la validez de los actos que esta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso (artículo 390, de la L.G.T.O.C.).

VILLAGORDOA LOZANO, al mencionar los derechos de los fideicomisarios, dice que se tratan de derechos personales.³⁴ Toda la doctrina es constante al mencionar que el fideicomisario no se convierte en propietario de los bienes afectos al fideicomiso por lo tanto no puede presentar la acción reivindicatoria como tal.

Al hablar de las obligaciones de los fideicomisarios, podemos mencionar que si son nombrados unilateralmente por el fideicomitente no generan en ellos obligaciones.³⁵ Si son establecidos previo acuerdo entre fideicomitente y fideicomisario, se encontrarán obligados a lo que del contrato respectivo surja.³⁶

B. Patrimonio

La L.G.T.O.C., en su artículo 386, nos señala que “Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular”. Esta parte del artículo señala qué cosas pueden ser afectadas para la realización del fideicomiso. Como se verá, es un amplio margen, salvo aquellos bienes y derechos estrictamente personales y que por lo mismo no se encuentre dentro del comercio ni sean transferibles. En el tipo específico de fideicomiso que nos estamos refiriendo el Gobierno Federal a través de sus dependencias puede disponer de ciertos bienes que posea y afectarla a un fin específico.

La jurisprudencia ha distinguido entre la propiedad civil y la titularidad fiduciaria, sosteniendo que existe una gran diferencia entre ambas. La primera, se

³⁴ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. *op. cit.* p. 204.

³⁵ *Ibidem*, p. 208.

³⁶ *Idem*.

tiene la facultad de gozar y disponer de un bien, solamente con las modalidades y limitaciones que fijan las leyes. En cambio, en la segunda, el titular no tiene el derecho de gozar del bien, porque no puede disponer para su provecho de la posesión y de los frutos, pues normalmente dichos derechos se destinan a los fideicomisarios, y la titularidad fiduciaria se desarrolla dentro de los límites fijados en el contrato de fideicomiso.³⁷

El Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, en el artículo 214, regula sobre los recursos presupuestarios que pueden ser otorgados a fideicomisos, mandatos y análogos, con las condiciones entre otras de que sea con la autorización indelegable de su titular (de la dependencia en cuyo sector se coordine la operación de los fideicomisos), previo informe de la Secretaría.³⁸

Por una modificación publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13/06/03 la L.G.T.O.C. adicionó al artículo 386, una segunda parte en el sentido de señalar que:

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

Los bienes afectos al fideicomiso conforman un patrimonio separado tanto de los bienes del fideicomitente así como del fiduciario, por lo que respecto a ellos no pueden ejercitarse más derechos que los establecidos específicamente en el contrato o que fueran adquiridos con anterioridad a su constitución. Aquí, el artículo toca un punto muy sensible, porque los bienes no pueden ser perseguidos

³⁷ Jurisprudencia, Amparo directo 2158/76 Séptima Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, p. 53.

³⁸ R.L.F.P.R.H., artículo 214.

por acreedores de ninguna de las partes si cuando se constituyó el fideicomiso no existían sobre estos bienes alguna carga. Sería viable el ejercicio de la acción pauliana si en un fideicomiso el deudor quedara con imposibilidad de hacer frente una obligación anterior a la misma.

Deben distinguirse los tipos de bienes que se otorgan en un fideicomiso; si éstos constituyen inmuebles, deben inscribirse en la Sección de la Propiedad del Registro Público del lugar donde los bienes estén ubicados, para que surta efectos ante terceros.³⁹ Tratándose de muebles, la ley prevé otros requisitos, distinguiéndose: si son crédito no negociable, o un derecho personal, título nominativo, o cosa corpórea, o títulos al portador.

En este tipo particular de fideicomisos, públicos y constituidos por el Gobierno Federal, se debe considerar lo dispuesto en las leyes que regulan las erogaciones del Estado. El Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, dispone en el capítulo XVI sobre los fideicomisos y mandatos, específicamente en la sección II, nos habla sobre el otorgamiento de los recursos, en el artículo 214 señala:

Las dependencias y entidades sólo podrán otorgar recursos presupuestarios a fideicomisos, mandatos y análogos que hayan celebrado, observado lo siguiente: I. Con autorización indelegable de su titular; II. Previo informe a la Secretaría conjuntamente con la autorización de la adecuación presupuestaria correspondiente, mediante los sistemas electrónicos establecidos para ello, cuando los recursos no estén incluidos en las partidas correspondientes del presupuesto aprobado. Quedan exceptuados del informe y autorización a que se refiere el párrafo anterior, las entidades no apoyadas que hayan constituido fideicomisos o celebrado mandatos o análogos, así como los fondos a que se refiere la Ley de Ciencia y Tecnología [...] III. A través de las partidas específicas del Clasificador por objeto del gasto

Cuando los recursos aportados a un fideicomiso son federales, existe una normatividad específica como la que hemos mencionado, esto busca

³⁹ L.G.TO.C. artículo 388.

transparentar en qué se utilizan los recursos y qué fines persiguen los fideicomisos, pues entre alguna de las prohibiciones se encuentra la de no duplicar funciones que existen en la administración pública (artículo 214, último párrafo).

C. Fines

Para VILLAGORDOA LOZANO, se denomina fin del fideicomiso a “la actividad jurídica que realiza el fiduciario, por instrucciones del fideicomitente, al través (sic) del ejercicio obligatorio de los derechos que le transmite dicho fideicomitente”.⁴⁰

La L.G.T.O.C. señala que el fideicomiso será válido toda vez que su fin sea lícito y determinado (artículo 382, tercer párrafo). Vemos que la ley deja un amplio margen de usos a esta figura, pudiendo ser utilizada en los más variados fines toda vez que éstos sean lícitos y determinados. Consideramos que aquí se encuentra el valor del fideicomiso, su versatilidad y posibilidad de ser aplicado a los más diversos fines.

En los fideicomisos públicos pudiera ser una limitante el que no se puedan constituir fideicomisos cuyos fines dupliquen funciones, estructuras y fines de la Administración Pública Federal.⁴¹

En cuanto a la licitud, podemos afirmar que no deben ser contrarios a las leyes, ni al orden público. El artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal señala que un hecho es ilícito si es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. Como el fideicomiso es un contrato, debe considerarse a la ley sustantiva en la materia. Esta ley marca como uno de los requisitos de los contratos que su objeto deber ser lícito y posible. Por lo que consideramos debe

⁴⁰ VILLAGORDOA Lozano, José Manuel, *ob. cit.* p. 214.

⁴¹ R.L.F.P.R.H. artículo 215 inciso IV.

agregarse ese requisito a los fines del fideicomiso: la posibilidad de realización del objeto o fin de su constitución.

Los fideicomisos públicos no considerados entidad pueden tener los más diversos fines, a diferencia de las entidades que deben auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo (artículo 47 de la L.O.A.P.F. y 40 de la L.F.E.P.).

D. *Comité Técnico*

Un elemento importante del fideicomiso mexicano es la figura del Comité Técnico, pues el artículo 40 del L.I.C., establece que en su constitución o en sus reformas se podrá prever la formación de un Comité Técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades.

La formación del Comité Técnico en los fideicomisos con estructura es obligatoria, la ley no prevé este requisito para los demás tipos de fideicomisos; sin embargo, la práctica ha demostrado su gran utilidad por lo que tratándose sobre todo de fideicomisos públicos por lo que se prevé su formación en los contratos invariablemente.⁴²

Uno de los aspectos fundamentales de la constitución de un Comité Técnico es que si el fiduciario realiza sus actuaciones en el marco de lo dispuesto por el comité queda liberado de responsabilidad si éstos se adecuan a los fines del contrato (artículo 80, tercer párrafo, de la L.I.C.).

Como la misma ley dispone, puede preverse la formación del comité en la constitución del contrato, o por acto posterior, especificándose sus atribuciones en el contrato. Puede asimismo señalarse que quien lo conforma es el fideicomisario, pero que tratándose de un contrato implica la aceptación del fiduciario. Ni la

⁴² ROALANDINI, Jesús, *ob. cit.* 112.

legislación ni la jurisprudencia se ocupan de regular sus funciones ni sus obligaciones, por lo que todo esto debe constar en el contrato, por ejemplo, su conformación, funciones, forma de votación, etcétera.

Al respecto nos señala ROALANDINI que:

esta figura se ha conformado de acuerdo con una costumbre bancaria, como un cuerpo colegiado, representativo de los intereses involucrados, auxiliar en aspectos técnicos, muchas veces se incorporan representantes o asesores de otras áreas de la propia institución fiduciaria, y es práctica que también figure el fiduciario. Algunas veces con voz pero sin voto.

Agrega algo muy importante el autor

no tienen personalidad jurídica propia, ni capacidad para obligarse. Es un órgano colegiado deliberante, que toma decisiones pero no ejecuta. No debe contar con personal propio bajo sus órdenes, ni adquirir bienes. Es el fiduciario quien realiza los actos jurídicos y materiales en relación con el fideicomiso y con los bienes que forman el patrimonio.

Subraya que es un auxiliar del fiduciario en la toma de decisiones para realizar los fines del fideicomiso.⁴³

En los fideicomisos públicos la ley no señala a quien corresponde la designación del comité técnico, pero es designado generalmente en el acuerdo presidencial respectivo, o en los contratos celebrados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público u otras dependencias con la entidad fiduciaria, en donde se establecen las reglas que rigen al comité técnico, sus facultades, y las que se otorgan al director general del fideicomiso, o bien al delegado fiduciario especial.⁴⁴

⁴³ *Ibidem.* p. 110.

⁴⁴ *Ibidem.* p. 113.

Si bien es facultad discrecional del fideicomitente elegir a los miembros del Comité Técnico, tratándose de fideicomisos públicos el Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, en el artículo 215, dispone que

Las dependencias y entidades que requieran constituir fideicomisos o análogos a éstos, deberán: I. Asegurarse de que los miembros con derecho a voto del Comité Técnico con que, en su caso, cuente el fideicomiso sean en su mayoría servidores públicos de la Administración Pública Federal, cuyas facultades estén relacionadas con el objeto de éste y se prevean en el contrato. Asimismo, los integrantes del Comité Técnico que no sean servidores públicos serán considerados como particulares que manejan o aplican recursos públicos en los términos de las disposiciones aplicables

Podemos concluir sosteniendo que, siendo el fideicomiso un contrato, si bien es facultad del fideicomitente constituir el Comité Técnico, irremediamente debe estar de acuerdo el fiduciario. Si hablamos de la conformación posterior a la constitución del fideicomiso, también debe prestar acuerdo el fideicomisario, si lo hubiere. En el contrato respectivo, deben figurar todas sus atribuciones, facultades, así como los detalles de su funcionamiento como son sesiones, forma de llevar a cabo la votación, remuneración, etcétera. Conviene advertir que este órgano es de mucha utilidad para el funcionamiento del fideicomiso, y un gran apoyo para la institución fiduciaria, quien se encarga de ejecutar los acuerdos del comité. Si bien expresamos más arriba que el fiduciario es quien se encarga de defender el patrimonio fiduciario, y quien se presenta en juicio como actor y demandado, la ley le exonera de responsabilidades toda vez que actúe en cumplimiento de los acuerdos del comité. Si se tuviera que realizar contrataciones de personal para el fideicomiso, esto lo realiza el fiduciario pero por órdenes del comité, por lo que cualquier responsabilidad en la que incurriera, responde con el patrimonio del fideicomiso. En fideicomisos que demanda una gran estructura de operación es de vital importancia y utilidad la conformación de este órgano que, como ya mencionamos, no es de constitución obligatoria para

todos los fideicomisos, salvo los que son entidades paraestatales, pero en la práctica se ha dado su conformación invariable.

E. Órganos de regulación y control de los fideicomisos públicos

a. Secretaría de Hacienda y Crédito Público

Es el órgano contralor más importante, tratándose de fideicomisos públicos federales, y es la fideicomitente única de la administración pública centralizada (artículo 47, última parte, de la L.O.A.P.F., artículo 213, del Reglamento de la L.F.P.R.H.). Sólo con su autorización se forman éstos fideicomisos (artículo 9, tercer párrafo, de la L.F.P.R.H.).

Las disposiciones legales vigentes le conceden facultades para: resolver sobre la constitución de los fondos; tener un representante en el comité técnico de cada fideicomiso; dictar lineamientos para la mejor canalización de los recursos que se destinen a estos fondos y el régimen de inversión de los propios recursos.⁴⁵

Asimismo, la Secretaría lleva un registro de todos los fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal (artículo 217, del Reglamento de la L.F.P.R.H.). Es la responsable de proveer los datos al sistema de control y transparencia de fideicomisos donde reporta los datos de los fideicomisos que constituye el Estado.

Una dependencia importante dentro de la Secretaría es la Sub Procuraduría Fiscal Federal de Legislación y Consulta que tiene entre sus atribuciones emitir opinión jurídica sobre los instrumentos jurídicos de los fideicomisos en los que la Secretaría actué como fideicomitente única de la administración pública centralizada, así como en aquellos donde lo constituyan las entidades paraestatales. Es la encargada de emitir opiniones en lo referente a gastos;

⁴⁵ DE LA FUENTE RODRIGUEZ, Jesús, *Análisis y jurisprudencia de la Ley de Instituciones de Crédito, exposición de motivos, disposiciones de la SHCP, BANXICO, CNBV, y ABM*, Tomo I, *op. cit.* p. 21.

fomenta y orienta las iniciativas de decretos, leyes. Cabe afirmar que dentro de la estructura orgánica de la Secretaría, esta dependencia se encuentra dentro de la Procuraduría Fiscal de la Federación.

b. Comisión Nacional Bancaria y de Valores

Los fideicomisos públicos forman parte del sistema bancario mexicano conforme lo establece el artículo 3, de la L.I.C.⁴⁶ Por lo tanto, se encuentra bajo la inspección, regulación, supervisión de la C.N.B.V., órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

El artículo 2, de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, dispone:

La Comisión tendrá por objeto supervisar y regular en el ámbito de su competencia, a las entidades financieras, a fin de procurar su estabilidad y correcto funcionamiento, así como mantener y fomentar el sano y equilibrado desarrollo del sistema financiero en su conjunto, en protección de los intereses del público.

También será su objeto supervisar y regular a las personas físicas y demás personas morales, cuando realicen actividades previstas en las leyes relativas al citado sistema financiero.

En primer término, las instituciones fiduciarias forman parte del sistema financiero, por lo cual se encuentran vigiladas por la comisión. Pero así mismo, los fideicomisos públicos son considerados como parte de las entidades del sector financiero o entidades financieras, conforme lo establecido en el artículo 3, de la L.I.C., ya mencionada. Entre las principales facultades de la comisión, está la de

⁴⁶ *“El Sistema Bancario Mexicano estará integrado por el Banco de México, las instituciones de banca múltiple, las instituciones de banca de desarrollo, el Patronato del Ahorro Nacional y los fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico, así como aquellos que para el desempeño de las funciones que la ley encomienda al Banco de México, con tal carácter se constituyan”.* Art. 3, L.I.C. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/43.pdf>, fecha de consulta 15 de diciembre de 2006.

Realizar la supervisión de las entidades financieras, los organismos de integración, así como de las personas físicas y demás personas morales cuando realicen actividades previstas en las leyes relativas al sistema financiero [...] (artículo 4, fracción I.)

El control que ejerce la Comisión es en el sentido de que las operaciones que se realicen en el sistema financiero se ajusten a las disposiciones legales y que las operaciones se cumplan debida y eficazmente. Evidentemente la fiscalización y vigilancia se acentúa en las operaciones que se realicen dentro del mercado bursátil.

c. Auditoría Superior de la Federación de la Cámara de Diputados

Entre las entidades fiscalizadas por este órgano se encuentran, entre otros:

Los poderes de la Unión, los entes públicos federales, entidades federativas y municipios, que ejerzan recursos públicos federales; los mandatarios, fiduciarios o cualquier otra figura análoga, así como el mandato o fideicomiso público o privado que administren, cuando haya recibido por cualquier título, recursos públicos federales y, en general, cualquier entidad persona física o moral, pública o privada, que haya recaudado, administrado, manejado o ejercido recursos públicos federales. (artículo 2, de la Ley de Fiscalización Superior de la Federación.)

En los fideicomisos públicos federales, tipo particular que estudiamos en este trabajo, se conforma con recursos públicos federales, por lo que este órgano se encarga de la supervisión a fin de transparentar los usos que se den a esos fondos.

CAPÍTULO III

EL FIDEICOMISO PÚBLICO EN PARAGUAY

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL FIDEICOMISO PÚBLICO EN EL PARAGUAY

En este capítulo analizaremos la figura del fideicomiso público en el Paraguay, advierto al lector que esta figura tiene una vida reciente en el país, por lo que se ha generado escasa doctrina al respecto.

Nos basaremos fundamentalmente, en el análisis de las disposiciones legales existentes en la materia, como son: leyes y resoluciones del Banco Central del Paraguay.

El fideicomiso, tanto el público como el privado, está poco explorado en el país, y goza aún de notoria novedad y poca aplicación en el mercado. Si bien la Ley de Negocios Fiduciarios vigente, data del año de 1996, a diez años de su promulgación ha tenido poca aplicación, tal vez porque la figura es poco difundida y quizás esto genere desconfianza sobre su uso.

Cabe mencionar que en el ámbito privado se empezó a utilizar el fideicomiso, sobre todo los de garantía, administración, y de inversión. Según el informe de octubre de 2003, de la FELABAN (Federación Latinoamericana de Bancos), en el Paraguay se manejan fideicomisos privados aproximadamente por la suma de treinta y siete millones de dólares americanos, correspondiendo veintisiete millones de dólares americanos a fideicomisos de administración, y el resto a

fideicomisos de garantía.¹ En dicho informe no se registra ningún dato sobre fideicomisos públicos.

A la fecha no se han realizado fideicomisos públicos. Si bien, como veremos a continuación, ha sido previsto uno específico por ley, no se ha concretado su práctica.

II. CONCEPTO

En el Paraguay, el fideicomiso se encuentra regulado materialmente en la Ley de Negocios Fiduciarios, donde se hace las principales definiciones sobre sus elementos más importantes.

Esta ley reconoce al negocio fiduciario como el género y distingue dos especies del mismo: el encargo fiduciario y el fideicomiso. En el artículo 1 de la Ley 921/96 de Negocios Fiduciarios, se define al negocio fiduciario de esta manera:

Por el negocio fiduciario una persona llamada fiduciante, fideicomitente o constituyente, entrega a otra, llamada fiduciario, uno o más bienes especificados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta los administre o enajene y cumpla con ellos una determinada finalidad, bien sea en provecho de aquella misma o de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario.

Distingue entre las especies de negocios fiduciarios y los define: “El negocio fiduciario que conlleve la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitados se denominará fideicomiso; en caso contrario, se denominará encargo fiduciario”.

Es de señalarse, que para que exista un fideicomiso, los bienes han ser fideicomitados, deben ser de propiedad del fideicomitente y debe realizarse la

¹ http://www.felaban.com/estadisticas_fiduciarias_paraguay.php, fecha de consulta 9 de noviembre de 2006.

transmisión de los mismos de conformidad a lo que dispone el Código Civil Paraguayo. Este requisito no es necesario para el encargo fiduciario, este tipo de negocio puede ser realizado por el poseedor de la cosa a ser fideicomitida.

Este concepto del fideicomiso, hecho en la Ley de Negocios Fiduciarios, como una especie del negocio fiduciario, es el único que existe en el Paraguay, pues no existe un aporte de la doctrina al respecto y menos aún en la jurisprudencia, pues no se han generado casos de controversias que lo ameriten.

Por la definición dada en esta Ley, podemos llegar a la conclusión que los bienes afectos al fideicomiso podrán ser objetos corporales o inmateriales. Los primeros son llamados cosas y los segundos bienes, conforme lo dispone el Código Civil Paraguayo.²

Consideramos que la definición de esta Ley es muy actual y en mi opinión completa, tal vez sea fruto de la experiencia de otros países con más práctica en el uso de la figura.

III. MARCO LEGAL VIGENTE

1. *Ley No. 921/96 de Negocios Fiduciarios*

En primer término, como marco legal de esta figura tenemos a la citada Ley 921/96 de Negocios Fiduciarios. Este ordenamiento, como ya lo mencionamos, constituye el marco legal sustantivo específico de los negocios fiduciarios en el Paraguay. Contiene 45 artículos, divididos en VIII capítulos.

El capítulo I sobre las “Disposiciones Generales Aplicables a los Negocios Fiduciarios”, nos señala el concepto de los negocios fiduciarios (lo cual ya

² CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO y CODIGO PROCESAL CIVIL, Ediciones Librería el Foro S.A., Asunción, 2005, artículos 1872 y 1873 .

transcribimos) y las especies de negocios fiduciarios como son: el fideicomiso y el encargo fiduciario. Regula todo lo referido a los bienes objeto del negocio fiduciario, las formas en que se pueden constituir estos contratos, la inscripción, la liquidación de los costos, gastos de la celebración y ejecución del negocio, efectos de la celebración del mismo, nulidad y anulabilidad, así como las facultades del Banco Central del Paraguay.

En el capítulo II que trata sobre las “Disposiciones Especiales aplicables a los Negocios Fiduciarios” (artículos 12 al 15), se regulan los efectos de la celebración de fideicomisos, acciones sobre los bienes que conforman el patrimonio especial, efectos de la celebración de los encargos fiduciarios y normas aplicables a los mismos. El capítulo III norma sobre el fideicomitente, fiduciante o constituyente, sus derechos, facultades, y obligaciones. El IV nos habla del fiduciario, de la supervisión y control de las empresas fiduciarias por parte de la Superintendencia de Bancos, requisitos para la autorización de empresas fiduciarias, de la posibilidad de que exista pluralidad de fiduciarios, de las facultades y las obligaciones de éstos, la naturaleza de las obligaciones, prohibiciones, remuneración, renuncia, remoción y responsabilidad. En el capítulo V se regula sobre el beneficiario, su definición, facultades y derechos de los mismos.

En los siguientes capítulos se regulan las normas contables básicas, en el VI; y sobre normas fiscales básicas, impuesto a la renta, al valor agregado, a actos y documentos (en el VII). Y el VIII y último capítulo denominado “Normas Complementarias”, extinción y terminación, y procedimiento para la liquidación, sobre la competencia judicial, y así mismo los compromisos arbitrales.

A grandes rasgos, la Ley No. 921 se regula de la forma supra mencionada al negocio fiduciario. No entramos en detalle en los tópicos porque serán desarrollados más adelante cuando abordemos a las partes, y las autoridades de vigilancia y control y algunos rasgos resaltantes de la figura. Más, podemos

determinar que en la Ley, se trata de regular lo más posible para no dejar vacíos al arbitrio de las partes. Un ejemplo de esto último, es que estima que la remuneración del fiduciario debe ser pactada entre las partes, y en su defecto, percibirá la remuneración usual en el comercio para este género de negocios que se determine por expertos o peritos atendiendo a la naturaleza y alcance de la gestión encomendada (artículo 28, de la Ley 921).

Esta Ley es de aplicación general a todo tipo de negocios fiduciarios, fideicomisos y encargos fiduciarios. No se menciona en forma especial al fideicomiso público, pero tratándose de la Ley marco de la figura genérica, podemos concluir que es aplicable a todo tipo de fideicomisos, incluso a los públicos, más si vemos que lo que hace a éste último diferente, es el recurso aportado (recurso público), y la figura del fideicomitente (un órgano del Gobierno).

2. Resolución No. 6 del Banco Central del Paraguay

Otro ordenamiento de suma importancia para los negocios fiduciarios es la Resolución No. 6 del Banco Central del Paraguay, inserta en el Acta 104, de fecha 22 de noviembre de 2004. Esta normativa fue emitida por el Directorio del Banco, y viene a constituir la regulación sobre el funcionamiento del fideicomiso. Como ya veremos con más puntualidad, el Banco Central del Paraguay es el órgano supervisor y de vigilancia tanto de esta figura como de todo el sistema bancario paraguayo, a través de su órgano técnico que es la Superintendencia de Bancos.

En esta norma se regulan específicamente los tipos de fideicomisos que pueden operar en el sistema financiero paraguayo, siendo éstos, entre otros:

- fiducia de inversión;
- fiducia de garantía;
- fiducia para la administración inmobiliaria de proyectos de construcción;
- fiducia para la movilización de activos ilíquidos o titularización;

- fiducia para la colocación entre el público, bajo la modalidad de mayores esfuerzos, sin garantía de su colocación, de todo o parte de una emisión de títulos o valores, a un precio fijo o no y dentro de un plazo determinado; entre otros, sin que esta enumeración sea taxativa sino enunciativa.³

La resolución establece para los bancos, las financieras y las empresas fiduciarias actuando directamente o por intermedio de sociedades filiales debidamente constituidas, una autorización general para la realización de operaciones y negocios fiduciarios, estableciendo para ello una serie de requisitos entre los cuales los más llamativos son: se exige que la actividad fiduciaria se encuentre prevista en sus correspondientes estatutos sociales.

Por otra parte, que cuenten con un área o departamento especializado dotado de desarrollo tecnológico para operar esta figura; que posea la infraestructura humana, administrativa y tecnológica que le permita velar diligentemente por los derechos de los fideicomitentes o beneficiarios; que posea un sistema de control interno que proporcione una razonable seguridad; sus funcionarios demuestren especiales características de habilidad, capacidad y experiencia para cumplir eficientemente con los procedimientos de control interno establecidos.⁴

Estos requisitos limitan en cierta medida el ejercicio de esta actividad para aquellas entidades que no posean una infraestructura sólida para realizar esta operación, y podrían constituir uno de los obstáculos que hace que muy pocas instituciones financieras y bancarias (todas privadas) estén autorizadas y realicen esta operación. Para que los bancos nacionales (de desarrollo) lo realicen, deben modificar sus leyes orgánicas y deben agregar una cláusula que les autorice a operar el fideicomiso.

³ Resolución No. 6 del Directorio del Banco Central del Paraguay, Acta No. 204 de 22 de noviembre de 2004, www.bcp.gov.py, consultado el 15 de noviembre de 2006, art. 2.

⁴ *Ibidem*, art. 3 inc. a.

En el artículo 4 de la misma norma, se regula sobre la remisión de información de operaciones fiduciarias a la Superintendencia de Bancos, que debe realizarse en un plazo de 60 días de antelación al inicio de operaciones. Una comunicación, en tal sentido, en la cual se debe indicar puntualmente el detalle de las operaciones, tales como: la clase de operaciones y negocios fiduciarios, el perfil de los fideicomitentes, el procedimiento técnico mediante el cual se establecerá el valor del fondo y de los activos y bienes que conformarán su portafolio de inversiones, y la periodicidad en que se lleve a cabo; la forma y periodicidad de liquidación de los rendimientos; hasta la descripción de los recursos técnicos y humanos con que cuenta la fiduciaria; y una descripción detallada de los datos personales, antecedentes profesionales de las personas del departamento fiduciario. Se puede ver que es fundamental que cada institución que opere con fideicomiso tenga un departamento especializado con personal entrenado para trabajar con este contrato. Sobre estos informes que se deben enviar a la Superintendencia, si se interpretara la resolución que deben ser por cada fideicomiso constituido en forma individual sería una traba para la realización de estas operaciones, pues restaría agilidad a la figura y volvería aún más complicada su operación.

Si alguna entidad que quiera operar como fiduciaria no cumple con todos los requisitos previstos para la autorización general que prevé la ley, podrá solicitar una autorización especial a la Superintendencia, y ésta deberá analizar las condiciones para determinar si lo habilita o no.

Un punto a analizar en esta resolución es el inciso a) del artículo 7 Organización de empresas fiduciarias, que regula sobre la organización y funcionamiento de éstas, donde dispone:

“El capital estará representado por acciones; nominativas”, incluso determina como estará compuesto el directorio, y del control interno, como de la

infraestructura. Lo resaltante es la mención a la forma de constitución del capital. Se puede deducir que deberán estar constituidas como sociedades anónimas.

Si bien el artículo 10, de la Ley 861/96, dispone: “ Forma de constitución: Las entidades que integran el sistema financiero se constituirán bajo la forma de sociedades anónimas, estando representado su capital por acciones nominativas, salvo cuando se trate de una entidad creada por una Ley específica para ello, o de sucursales de bancos del exterior”. La constitución de los bancos nacionales es diferente a los privados y a las instituciones fiduciarias, su forma de constitución (por ley) y la integración de su capital es diverso.⁵

En esta resolución no se hace mención de los bancos nacionales, que también pueden operar como fiduciario si reúne los requisitos exigidos para su autorización. La Ley de Negocios Fiduciarios no contiene ninguna prohibición al respecto.

Una novedad de la Resolución No. 6, es que incluye modelos de contratos de negocios fiduciarios, y señala algunos puntos a ser incluidos en las cláusulas: como las prohibiciones; directrices sobre la redacción y presentación (los caracteres tipográficos deben ser legibles y reflejar con claridad, fidelidad y precisión las condiciones jurídicas y económicas que se derivan del contrato).

En el título segundo del reglamento, en el capítulo I, se regula sobre las normas generales aplicables a la fiducia de inversión. Este tipo de fiducia se divide en individual y fondos comunes de inversión. En esta forma de fiducia se prevé la figura del administrador fiduciario. Siendo muy poco clara al respecto la normativa, pero de ningún modo se asemeja a un administrador de fideicomisos en México.

⁵ “Bancos del Estado: Las entidades bancarias del Estado o con participación estatal prestarán sus servicios con sujeción a las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas y las normas de la presente Ley, competirán en igualdad de condiciones con las entidades bancarias privadas en sus negocios y operaciones comerciales y no podrán recibir tratamiento preferencial por parte del Banco Central del Paraguay. Ley 861/96, art. 8.

Un punto muy controvertido en el país es el que se refiere al “depósito de garantía”, previsto en el artículo 41 de la Resolución, que prevé la constitución con recursos propios, dinero que formen parte de los activos (del fiduciario) una garantía equivalente al diez por ciento del total de los recursos recibidos en virtud de la celebración de negocios fiduciarios de fondos comunes de inversión. Este artículo fue recibido con recelo por todas las entidades que pretenden operar con estos negocios, pues como se podrá ver, existen muchas trabas para el uso de la figura, siendo ésta una muy importante; pues las entidades que lo pretendan realizar deben tener una estructura y un patrimonio muy sólidos, este requisito se suma al capital social que se les exige. Aunque considerando las graves crisis financieras en el país, esta cláusula aseguraría parte del patrimonio fideicomitado. Muchas veces dicho patrimonio podría superar al capital integrado por la institución.

Otros tipos de operaciones fiduciarias que se contemplan en esta norma son: la de garantía, el fideicomiso para la ejecución y desarrollo de proyectos de construcción, y para la movilización de activos o titularización. Todas ellas se encuentran definidas, y reguladas en cuanto a sus particularidades.

En el Título cuarto, capítulo Único, se regula sobre el fideicomitente, fiduciante o constituyente, previendo que lo pueda realizar la entidad fiduciaria cuando los bienes fideicomitados sean inmuebles o carteras de préstamos con calificaciones 4 y 5. Lo veremos con detalle al analizar sobre las partes intervinientes en el contrato.

Por último, en la Resolución se dispone sobre las normas contables aplicables, y el papel de la Superintendencia de Bancos, como órgano fiscalizador del cumplimiento de la norma.

3. Primera norma que prevé la formación de un fideicomiso público

En el año 2003 se promulgó la Ley que crea el Sistema de Infraestructura Vial del Paraguay (SIVIPAR), Ley No. 2148/03, que regula en el Título III, la creación de un fideicomiso y dispone:

El Estado celebrará un contrato de fideicomiso, transfiriendo la propiedad fiduciaria de los bienes fideicomitidos para su administración, en los términos de la Ley N° 921 del 28 de agosto de 1996, DE NEGOCIOS FIDUCIARIOS, por parte del Fiduciario.⁶

Esta Ley cuenta con 39 artículos y se divide en 3 títulos: el primero, “De la Creación del Sistema”, se divide en 2 capítulos: capítulo I, “De la Estructura y objetivos”; el capítulo II, “Régimen de contrataciones del Sistema de Infraestructura Vial del Paraguay”. En el Título II, “De los Ingresos”, cuenta con un capítulo Único, donde se dispone los montos de ingresos y como serán distribuidos; el Título III regula “Sobre la Constitución del Fideicomiso”, en el capítulo I, “De la Creación del Fideicomiso”, en el capítulo II “De los Bienes Fideicomitidos”, y el capítulo III “Destino de los Bienes Fideicomitidos”.

Expondremos algunos puntos relevantes de dicha norma a fin de tener una visión de cómo se concibe la figura de este fideicomiso público, y realizaremos un análisis sistemático del mismo a fin de determinar si se ajusta a la ley marco del fideicomiso, así como a las disposiciones que regulan a las instituciones públicas involucradas. Cabe resaltar que dicha ley no ha tenido una aplicación práctica a la fecha. No existen documentos oficiales que demuestren el motivo de su inaplicabilidad, pero podemos mencionar que tenemos conocimiento, por fuentes de la Superintendencia de Bancos, que la misma no ha sido aplicada porque el Gobierno se ha basado en dictámenes de instituciones privadas que han visto de imposible aplicación la norma por contraponerse a la Ley de Negocios Fiduciarios.

⁶ Ley 2148/2003 que crea el Sistema de Infraestructura Vial del Paraguay. Art. 22 segundo párrafo.

Si bien en la Ley de Negocios Fiduciarios no se contempla expresamente la creación de fideicomisos públicos, ni en la Resolución No. 6, no se pueden considerar a esos ordenamientos como privativos de los fideicomisos privados. Por ello, esta ley es importante porque crea el primer fideicomiso público en el país, y constituye un precedente, aunque como ya se mencionó, no tuvo una aplicación hasta la fecha.

Entre los muchos puntos controvertidos, podemos señalar en primer término, que la Ley crea el fideicomiso por el artículo 22, que dispone:

Créase el Fideicomiso de Infraestructura Vial con los bienes fideicomitidos, de acuerdo a como éstos se definen en el Artículo 28 de la presente ley". "El Estado celebrará un contrato de fideicomiso, transfiriendo la propiedad fiduciaria de los bienes fideicomitidos para su administración, en los términos de la ley No. 921 del 28 de agosto de 1996, DE NEGOCIOS FIDUCIARIOS, por parte del Fiduciario.

En este artículo no se especifica la figura del fideicomitente, pues, decir "El Estado" es un término muy genérico, puede ser representado por muchos órganos. Atendiendo el contexto de esta ley se puede intuir que se trata en este caso del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, pues el artículo 2 de la ley, señala: "El Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, será la autoridad de aplicación del SIVIPAR...". De todas formas, el artículo es perfectible en el sentido de que puede ser más clara en cuanto a la figura del fideicomitente.

El artículo que genera muchas controversias y por cuya razón este fideicomiso no ha sido aplicado, es el que define al fiduciario, artículo 23, tercer párrafo:

Fiduciario: es el banco o la entidad financiera autorizados a operar, como fiduciario de los bienes que se transfieren en fideicomiso en los términos de la ley No. 921/96, con el destino exclusivo e irrevocable que se establece en la presente ley y cuya función será administrar los recursos del Fideicomiso de Infraestructura Vial, de conformidad con las

instrucciones que imparta el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones y/o quien este designe en su reemplazo.

En el artículo 28 se individualiza al fiduciario:

El Fideicomiso de Infraestructura Vial será administrado por el Fiduciario que para los efectos de esta Ley será el Banco Central del Paraguay, con el destino único e irrevocable que se establece en la presente Ley de acuerdo con las condiciones que se establezcan en el contrato de fideicomiso.

Este artículo puede entrar en conflicto con lo dispuesto en la Ley de Negocios Fiduciarios, donde no se contempla que el B.C.P. pueda constituirse como fiduciario, y teniendo en consideración que para que una entidad funja como fiduciaria debe estar autorizada por su acta constitutiva o bien por su Ley Orgánica. El Banco Central no tiene contemplada la posibilidad de operar con fideicomisos, salvo las prerrogativas atribuidas por la Ley 921 y por la Resolución 6 a la Superintendencia de Bancos, como órgano de vigilancia y control de esta figura.

Por otro lado, el artículo 26 dice:

El Fiduciante no podrá disponer en modo alguno de los bienes fideicomitidos para atender gastos de funcionamiento, o de sus empleados dependientes, ni podrá crear organismo, consejo, comité directivo o ente alguno con facultades decisorias o de control sobre el Fiduciario.

Aquí se distingue una gran diferencia con el fideicomiso mexicano que prevé la figura del comité técnico, que es un requisito obligado tratándose de fideicomisos públicos. De alguna manera esta figura facilitaría mucho la operación del fideicomiso que se pueda tener un órgano encargado de controlar al fiduciario o auxiliarlo en el cumplimiento de su labor. Más aún, cuando la Ley no es clara en qué órgano será el fideicomitente, o qué parte de la estructura que compone al Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones. Si bien el artículo 36 dispone que

será el Ministro de Hacienda y/o el Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones o quienes éstos designen en su reemplazo, quienes podrán suscribir en representación del Estado el contrato de fideicomiso.⁷

Este tipo de fideicomiso por su magnitud requiere de una estructura para su buen funcionamiento, confiamos que si se prevé la formación de un órgano especializado que pudiera tomar las decisiones sería de mucho apoyo para el fiduciario. Siendo el fiduciario una entidad del sector bancario aunque pusiera toda su pericia en los logros de los fines, no podría conocer todas las operaciones específicas relacionadas con los mismos.

III. CARACTERÍSTICAS

1. *Partes*

De la definición dada en el artículo 1, de la Ley No. 921 de Negocios Fiduciarios,

Por el negocio fiduciario una persona llamada fiduciante, fideicomitente o constituyente, entrega a otra llamada fiduciario, uno o más bienes especificados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta los administre o enajene y cumpla con ellos una determinada finalidad, bien sea en provecho de aquélla misma o de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario”.

Podemos extraer los sujetos que intervienen en esta figura jurídica, y que veremos con más puntualidad abajo.

A. *Fideicomitente*

Así como en el fideicomiso mexicano es fideicomitente quien entrega los bienes a ser fideicomitados, como bien lo señala el artículo 1, *supra* mencionado,

⁷ Ley 2148/03, artículo 36,

puede transferir o no la propiedad de los mismos al fiduciario. Esto dependerá del tipo de negocio fiduciario que quiera realizar: un fideicomiso o un encargo fiduciario. Queda claro que quien transmite la propiedad de un bien sólo puede ser el propietario del mismo.⁸

En el artículo 16, capítulo III, de la Ley de Negocios Fiduciarios, denominado “Del Fideicomitente, Fiduciante o Constituyente”, se enumeran las personas que pueden realizar esta actividad.

Sólo pueden tener la calidad de fideicomitentes, fiduciantes o constituyentes: 1) Las personas, físicas o jurídicas, que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que implica la celebración del negocio fiduciario; 2) Las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación les corresponda a ellas o a las personas que designen para el efecto.

De este artículo podemos inferir que las autoridades administrativas u órganos del Gobierno pueden afectar bienes a fideicomisos. El artículo es claro en cuanto no prevé que lo sean exclusivamente personas físicas o morales de carácter privado. Toda vez que los bienes de alguna forma estén bajo la potestad de alguna autoridad, ésta la puede afectar a fideicomiso. En éste caso tendríamos un fideicomiso público.

Además de lo mencionado más arriba, en la Resolución No. 6 analizada precedentemente, se prevé en el artículo 60

Los Bancos y las Financieras como Fideicomitentes: A los efectos previstos en el artículo 16 de la Ley 921/96 “De Negocios Fiduciarios”, los bancos y las financieras podrán actuar como fideicomitentes en negocios fiduciarios, únicamente cuando los bienes fideicomitados sean

⁸ “La ley garantiza al propietario el derecho pleno y exclusivo de usar, gozar y disponer de sus bienes...” “El propietario tiene facultad de ejecutar respecto de la cosa todos los actos jurídicos de que ella es legalmente susceptible: arrendarla y enajenarla a título oneroso o gratuito, y si es inmueble gravarla con servidumbres o hipotecas. Puede abdicar su propiedad y abandonar la cosa simplemente, sin transmitirla a otra persona”. Artículo 1954 del Código Civil Paraguayo, ob. cit. p. 321.

inmuebles o cartera de préstamo con calificación 4 y 5 conforme a las normativas vigentes. La calidad de fideicomitente es incompatible con la calidad de fiduciario respecto de un mismo negocio fiduciario, conforme a lo dispuesto en los artículos 8 numeral 1 y 19 inciso 2 de la Ley 921/96 De Negocios Fiduciarios.

Quien emite la calificación de las carteras de préstamo, es la Superintendencia de Bancos, y al mismo tiempo es la entidad contralora de las instituciones habilitadas para realizar negocios fiduciarios, como veremos más adelante.

Es evidente que estos negocios fiduciarios donde una institución del sistema bancario funge como fideicomitente, tienen unas reglas especiales, sobre todo en cuanto hace al patrimonio. El artículo 61, de la Resolución No. 6, nos cita algunos de estos efectos:

Tratándose de contratos de fideicomiso, una vez perfeccionados y constituido el correspondiente patrimonio autónomo, se reducen los saldos de las diferentes cuentas del activo de la entidad fideicomitente en las que se encuentren registrados los bienes fideicomitados, para contabilizarlos en el activo bajo el rubro “Derechos en Fideicomisos” en la cuenta o cuentas que para el efecto determine la Superintendencia de Bancos.

En cuanto a los derechos y facultades que tienen los fideicomitentes, podemos resumir que pueden estipularse todos aquellos que no sean incompatibles con los del fiduciario, los del beneficiario o con la naturaleza del negocio fiduciario.⁹ Entre los principales, tenemos que es quien puede elegir al fideicomisario y al fiduciario. Puede solicitar la remoción de éste último por causales previstas en la ley, exigirle que rinda informes periódicos, detallados y documentados acerca de los resultados de la gestión encomendada, que efectúe un inventario de bienes fideicomitados, y cuentas comprobadas de su gestión, entre otros. Tiene todos aquellos derechos reservados sobre los bienes

⁹ Ley de Negocios Fiduciarios, artículo 17 inc. 13..

fideicomitidos. Asimismo puede revocar el negocio fiduciario cuando se haya reservado esa facultad.

Entre sus obligaciones se encuentran todas aquellas que son estipuladas al momento de la celebración del acto constitutivo. Y entre las señaladas en la ley se encuentran las de entregar al fiduciario los bienes objeto del negocio fiduciario; señalar la finalidad a la cual deben destinarse los bienes fideicomitidos (que puede ser interpretada como una facultad); pagarle al fiduciario la remuneración a la que tiene derecho por su gestión, en la forma que se estipule en el respectivo negocio fiduciario; sanear los bienes fideicomitidos de vicios o defectos ocultos cuya causa sea anterior a la celebración del negocio fiduciario, de vicios de evicción o de hechos propios, que no permitan destinarlos al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo, y las demás que le imponga la ley.

B. Fiduciario

Es la entidad supervisada por la Superintendencia de Bancos que tiene capacidad legal conforme a las Leyes No. 861/96 y No. 921/96, para recibir los bienes objeto del negocio fiduciario y destinarlos al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo.¹⁰

La Ley No. 921/96, dispone:

Solamente podrán tener la calidad de fiduciaros los bancos y empresas financieras y las empresas fiduciarias especialmente autorizadas por el Banco Central del Paraguay, conforme a lo dispuesto en esta ley. En ningún caso el fiduciario podrá reunir la calidad de fideicomitente o de beneficiario en un negocio fiduciario.¹¹

De hecho está previsto que los bancos y financieras puedan actuar como fideicomitentes cuando los bienes a ser afectados sean inmuebles o créditos de

¹⁰ TORRES KINSER, RIOS AVALOS y MORENO RODRÍGUEZ, *Derecho bancario*, Intercontinental, Asunción, 2002, p. 439.

¹¹ Ley de Negocios Fiduciaros, artículo 19.

calificación 4 o 5. Pero “La calidad de fideicomitente es incompatible con la calidad de fiduciario respecto de un mismo negocio fiduciario”.¹²

Para que una institución pueda operar con fideicomisos, debe estar autorizada por el Banco Central del Paraguay y estar sujeta a la reglamentación que al efecto se expida. En la actualidad, la reglamentación que regula esta actividad es la Resolución No. 6, a la cual hemos hecho mención.

A fin de especificar cuales son aquellas instituciones del sistema financiero que pueden realizar esta operación, analizaremos los requisitos exigidos a los mismos por el Banco Central del Paraguay, establecidos en el artículo 3 de la Resolución No. 6, a saber:

Los bancos, las financieras y las empresas fiduciarias, actuando directamente o por intermedio de sociedades filiales debidamente constituidas, según el caso, están autorizadas de manera general para “celebrar y ejecutar, en calidad de fiduciarios, las operaciones y negocios fiduciarios a que se refiere la Ley 921/96 DE NEGOCIOS FIDUCIARIOS Y esta resolución siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:

- Que la actividad fiduciaria se encuentre prevista dentro de los correspondientes estatutos sociales de la respectiva entidad.

Esto nos lleva a concluir que una vez que las entidades cumplan con todos los requisitos exigidos por el B.C.P. deben modificar su estatuto social si en él no se contempla la posibilidad del ejercicio de esta actividad. Pero si hablamos de estatuto social, nos estamos refiriendo a sociedades anónimas (bancos y entidades financieras privadas). Cabe destacar que los bancos nacionales no tienen estatutos, sino ley orgánica.¹³ Por tanto, creo que en esta Resolución no se ha contemplado a los bancos del Estado para la utilización de esta figura, aunque

¹² Resolución No. 6, artículo 60, segundo párrafo,

¹³ Artículo 8° de la Ley No. 861/96, “Bancos del estado: Las entidades bancarias del Estado o con participación estatal prestarán sus servicios con sujeción a las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas y las normas de la presente Ley, competirán en igualdad de condiciones con las entidades bancarias privadas en sus negocios y operaciones comerciales y no podrán recibir tratamiento preferencial por parte del Banco Central del Paraguay”

la Ley No. 921/96 no lo prohíbe. Es cuestión de que los bancos del Estado modifiquen sus leyes orgánicas y adecuen su infraestructura a lo que marca la ley para solicitar su autorización.

- Que, conforme a lo dispuesto en los artículos 18 y 42 de la Ley 861/96 General de Bancos, Financieras y otras Entidades de Crédito, la respectiva entidad cuente con una o más áreas o departamentos especializados y separados, claramente diferenciados de las demás áreas o departamentos a través de los que se llevan a cabo las demás actividades empresariales, los cuales deberán estar dotados de adecuados desarrollos tecnológicos.

Estando el patrimonio del fideicomiso afecto a un fin y pasando a manos del fiduciario, es lógico que el contralor de esta operación busque asegurarla por medio de las personas que lo realizan, así como de la estructura con que cuenta la institución.

- Que la respectiva entidad posea una adecuada capacidad técnica e infraestructura humana, administrativa y tecnológica que le permita velar diligentemente por los derechos de los fideicomitentes y/o de los beneficiarios designados por aquellos.

Es un énfasis al párrafo anterior. Se reitera la importancia de contar con personal competente y estructura adecuada, a más de especificar que es para velar por los intereses del fideicomitente o del beneficiario.

- Que las áreas o departamentos a través de las cuales se desarrollarán las actividades fiduciarias cuenten con adecuados sistemas y procedimientos de control interno que proporcionen una razonable seguridad acerca del cumplimiento de los objetivos y políticas de la entidad, la efectividad y eficiencia de las operaciones y negocios fiduciarios, la confiabilidad de los reportes financieros y, en general, el cumplimiento de las disposiciones legales y administrativas que regulan la actividad fiduciaria.

Este apartado sigue previendo lo necesario para el buen desempeño de quienes trabajen en el área de fideicomisos y la honestidad y transparencia en el manejo de recursos.

- Que sus funcionarios demuestren especiales características de habilidad, capacidad, y, si es del caso, experiencia, para cumplir eficientemente con los procedimientos e control interno establecidos.

Si bien puede ser tomado este párrafo simplemente como una expresión de buenos deseos de difícil inspección, se dificultan estas operaciones, porque el Reglamento prevé además una descripción detallada de los recursos técnicos y de la infraestructura humana, especificando nombre y descripción de los antecedentes personales y profesionales de las personas que trabajan en estas áreas.¹⁴

Hemos visto, al analizar la Ley que Crea el Sistema de Obras Viales, que en la misma se designa al Banco Central del Paraguay como fiduciario del fideicomiso creado por esa ley. Sin embargo, la banca central no establece explícitamente en su Ley Orgánica la posibilidad de realizar esta operación. Y aunque pudiera modificar su legislación para hacerlo, también debería contar con un departamento especializado y cumplir con todos los requisitos que determina la ley. Aunque exista cierta desconfianza para que el mismo órgano que funge como contralor, lo pueda hacer como fiduciario, consideramos que sí es factible, y lo puede hacer toda vez que existen otros órganos del Estado que pueden vigilar el buen cumplimiento y funcionamiento de estas operaciones, como lo veremos más adelante. El Banco de México ha sido fiduciario en fideicomisos públicos muy importantes, y al contrario de ser dudosa su actuación como tal, por ser el Banco más importante del país, puede respaldar la certeza en la ejecución de su encargo.

La Ley No. 921 de Negocios Fiduciarios prevé que puedan existir pluralidad de fiduciarios. Si éstos son designados para que actúen en forma sucesiva, el fiduciario saliente le rendirá cuentas comprobadas de su gestión y le entregará copia de los documentos sustentatorios al fiduciario sustituto, quien deberá acusar recibo y manifestar su conformidad o inconformidad. Si existe disconformidad por

¹⁴ Artículo 4 inc. 3 de la Resolución No. 6, ob. cit.

parte del nuevo fiduciario o del fideicomitente, el fiduciario saliente seguirá en sus funciones hasta que se decida la controversia judicial o extrajudicialmente.

Entre las facultades otorgadas a las fiduciarias, la Ley No. 921/96 nos hace una enumeración que no es taxativa, pues en el acto constitutivo se pueden fijar otras, amén de las que se reconoce en la Ley. Algunas de ellas son: celebrar y ejecutar todos los actos y contratos que sean indispensables para el cumplimiento de la finalidad señalada por el fideicomitente en acto constitutivo; administrar, libremente y con sujeción a la finalidad señalada en el acto constitutivo, los bienes fideicomitados, pudiendo mudar su forma aunque conservando su integridad y valor, salvo que el fideicomitente al momento de la celebración del negocio se haya reservado algunos derechos para ejercerlos directamente sobre los mismos; percibir la remuneración pactada con el fideicomitente, en las condiciones, monto y forma previstos en el acto constitutivo del negocio fiduciario; obtener el pago de las compensaciones estipuladas a su favor en el acto constitutivo del negocio fiduciario, así como el reembolso de los gastos razonables efectuados para el cumplimiento de la finalidad del mismo; renunciar a su gestión por los motivos expresamente señalados en el contrato y, en su defecto, en esta Ley; y los demás que establezca la ley.¹⁵

Las obligaciones del fiduciario también pueden ser estipulados en el acto constitutivo. La Ley enumera algunos de los más importantes, todas se refieren a la diligencia y la honestidad con la que se debe desempeñar. Debe pedir instrucciones al fideicomitente o al Superintendente de Bancos cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones, así como elaborar y remitir al fideicomitente y al fideicomisario por lo menos cada tres meses, un informe detallado y documentado acerca de los resultados de la gestión encomendada. Debe oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada contra los o de ejecución tomada contra los bienes fideicomitados o por

¹⁵ Artículo 24 de la Ley No. 921/96 de Negocios Fiduciarios, ob. cit.

obligaciones que no los afecte.¹⁶ En este último tópico, podemos ver que es el fiduciario quien se encuentra legitimado para actuar en juicio como actor y demandado para la defensa de los derechos y obligaciones que devienen del patrimonio fideicomitado. De esta misma manera se realiza en México.¹⁷

Un punto a resaltar es que la Ley menciona que la naturaleza de la obligación del fiduciario es de medio y no de resultado, debiendo desplegar todo su esfuerzo, conocimiento y diligencia para la consecución de la finalidad que se señalen en el acto constitutivo. La doctrina ha sostenido siempre esta tesis, agregando que el fiduciario “deberá actuar siempre como un buen padre de familia”, frase que retoma la legislación mexicana.¹⁸

La Ley No. 921/96 es muy específica en resguardar la licitud en el fin que persiguen los negocios fiduciarios, así como los intereses del fideicomitente y del beneficiario. Existen muchas prohibiciones para el fiduciario a fin de evitar los conflictos de intereses que podrían darse en la ejecución del fideicomiso. Entre algunas de ellas, tenemos que: no puede celebrar operaciones de cualquier clase y naturaleza consigo mismo o para su propio provecho, o el de los miembros de su directorio, o el de sus presidentes, o el de sus gerentes o en general, de las personas que tengan facultades de representación legal, salvo alguna autorización del Banco Central del Paraguay, toda vez que no existan conflictos de intereses. No puede celebrar con los bienes fideicomitados operaciones de cualquier clase y naturaleza por cuya virtud resulten o puedan resultar deudores los miembros de su directorio, sus presidentes, gerentes, administradores y, en general, sus empleados, los síndicos y auditores internos y externos, o su matriz, o las sociedades controladas por estas personas. En ningún modo puede realizar cualquier operación con los bienes fideicomitados que no sean los expresamente establecidos en los fines estipulados en el acto constitutivo. Asimismo, la ley

¹⁶ Artículo 25 de la Ley No. 921/96 de Negocios Fiduciarios, ob. cit.

¹⁷ *Jurisprudencia*, Contradicción de tesis 6/90, Tercera Sala, Octava Época, Tesis 259, ob. cit., p. 176

¹⁸ *L.G.T.O.C.*, artículo 391.

prohíbe que el fiduciario delegue el cumplimiento de la gestión encomendada, a no ser que éstas sean indispensables por estar especializadas en determinadas materias.¹⁹ La ley realiza una enumeración exhaustiva de estas prohibiciones, al contrario de lo que sucede en México. Debido a que la Ley es de reciente promulgación ya prevé ciertas situaciones que puedan darse y constituir un ilícito en cuanto al manejo de los bienes dados en fideicomiso.

Otro punto que se señala en la ley que estamos analizando es la remuneración del fiduciario, que debe estar pactada en el acto constitutivo, y no ser así se percibirá una remuneración usual para este género de negocios, o lo que determinen los expertos o peritos atendiendo a la naturaleza y alcance de la gestión encomendada. Incluso se estipula que si la remuneración pactada contractualmente es manifiestamente desproporcionada, el fideicomitente podrá solicitar a un juez o a un árbitro, según el caso, que decrete su reducción, acreditando que la remuneración usual en el comercio para la clase de gestión encomendada es notoriamente inferior a la pactada en el negocio fiduciario, o acreditando, mediante expertos o perito a la desproporción, a falta de remuneración usual en el comercio. La reducción no podrá solicitarse cuando la remuneración fue voluntariamente pagada por el fideicomitente después de la extinción o terminación del negocio fiduciario.²⁰ Si bien se quiere proteger al fideicomitente de un probable abuso de parte del fiduciario, considero que este artículo puede prestarse a que el fideicomitente luego de ser beneficiado por la utilización de este negocio quiera valerse de este artículo para solicitar la reducción de los honorarios del fiduciario. Además, siendo pactado en el acto constitutivo el monto o porcentaje de la remuneración, el fideicomitente es libre de aceptar o no las condiciones contractuales tales como lo referente a los honorarios.

¹⁹ Ley No. 921/96 de Negocios Fiduciarios, artículo 27.

²⁰ *Ibidem*, artículo 28, párrafo 1 y 2.

Aunque en la última parte del artículo se estipule que:

En cualquiera de los casos previstos en este artículo, no se podrán establecer formas de remuneración mediante las cuales se mimetice la garantía de un resultado o se desnaturalice la obligación del fiduciario de procurar el mayor rendimiento de los bienes fideicomitidos. La remuneración tampoco podrá consistir en todo o parte de las utilidades, ganancias o beneficios que eventualmente generan los bienes fideicomitidos.

Esto último iría en contra de la naturaleza de la figura, donde si bien en el fideicomiso el fiduciario es propietario de los bienes fideicomitidos tiene que cumplir con ellos el fin que se especifica en el acto constitutivo, no beneficiarse directamente con ellos, pues de ser así pasaría a ser fideicomisario al mismo tiempo y esto está prohibido por la ley por ser contrario su fin.²¹

La Ley prevé la renuncia por parte del fiduciario, debiendo pedir para ello autorización a la Superintendencia de Bancos y justificando su decisión. Las causales pueden estar estipuladas en el contrato, la ley enumera específicamente tres causas justificadas: que el beneficiario no pueda o se niegue a recibir las prestaciones establecidas a su favor de acuerdo con el acto constitutivo del negocio fiduciario; que los bienes fideicomitidos no rindan productos suficientes para cubrir las compensaciones estipuladas a favor del fiduciario; y que el fideicomitente, sus causahabientes o el beneficiario, en su caso, se niegan a pagar dichas compensaciones.

Puede así mismo ser removido de su cargo por pedido del fideicomitente, del beneficiario o por causa justificada a criterio del Superintendente de Bancos, puede ser nombrado como medida preventiva un fiduciario interino que continúe con la ejecución del negocio fiduciario. Señala la Ley, que el fiduciario puede ser removido por el juez competente a solicitud de parte interesada y cuando se presente alguna de estas causales: por incapacidad o inhabilidad; cuando tenga

²¹ Artículo 8 “Serán nulos los negocios fiduciarios en los siguientes casos:...Cuando en un mismo negocio fiduciario se reúna la calidad de fiduciario y beneficiario...”, Ley No. 921/96, ob. cit.

intereses incompatibles con los del fideicomitente o el beneficiario; cuando se le compruebe dolo o grave negligencia o descuido en el cumplimiento de sus funciones como fiduciario o en cualesquiera otros negocios propios o ajenos, de tal modo que se dude fundamentadamente del buen resultado de la gestión encomendada; y cuando rehúse a verificar el inventario de los bienes fideicomitados, o a tomar las medidas de carácter conservatorio que le imponga el juez competente. Continúa sosteniendo el artículo que este proceso ante el juez, se hará de manera sumaria y citándole al fideicomitente y al beneficiario.²²

El descuido y la falta de diligencia en el cumplimiento de la gestión que le fue encomendada, ocasiona la responsabilidad civil del fiduciario aun por la culpa leve.²³ Si bien la ley no lo señala, consideramos que incluso puede ser imputado penalmente cuando exista lesión de confianza o incluso fraude en el manejo de los recursos o desvío en los fines del contrato. Como se puede apreciar, la ley trata de prever cualquier conducta que pueda menoscabar los derechos del fideicomitente y del fideicomisario y asegurar que esta figura sea usada con transparencia y buen manejo de los bienes y se cumplan los fines propuestos.

C. Fideicomisario

Es la persona física o jurídica en cuyo favor el fiduciario debe cumplir el encargo recibido. Pueden ser beneficiarios o fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan capacidad de goce para recibir las prestaciones económicas o beneficios que el fideicomiso implica, es decir, se requiere capacidad de derecho.²⁴

²² Ley No. 921/96, artículo 30.

²³ *Ibidem*, artículo 31

²⁴ TORRES KIRMSER, RIOS AVALOS, MORENO RODRÍGUEZ, *ob. cit.* p. 444.

Al referirnos a la capacidad de derecho lo hacemos a la capacidad de goce, que en las personas físicas empieza desde la concepción.²⁵ La Ley nos indica que pueden ser beneficiario o fideicomisario las personas físicas o jurídicas que tengan capacidad de goce para recibir las prestaciones económicas o beneficios que el fideicomiso implica. La calidad de beneficiario puede recaer en el mismo fideicomitente. En caso de recaer en un tercero, el fideicomiso es revocable por la sola voluntad del fideicomitente mientras aquel no haya aceptado expresa o tácitamente el beneficio.

El negocio fiduciario puede celebrarse en favor de uno o varios beneficiarios o beneficiarios. Es válido el negocio fiduciario celebrado sin designar beneficiario, siempre que su fin sea lícito y determinado. También es válido el negocio fiduciario cuando al momento de su celebración no exista el beneficiario, siempre que la existencia de éste sea posible y se realice dentro del término de su duración, de suerte que sus fines puedan tener plenos efectos.²⁶

Ya hemos mencionado que está prohibido que recaiga en una misma persona la calidad de fiduciario y beneficiario en un mismo negocio, o utilizar los bienes fideicomitados para un fin distinto para el que se constituyó.

No se mencionan en la Ley obligaciones por parte del beneficiario, sus facultades o derechos pueden ser estipulados en el acto constitutivo. La ley señala entre las más importantes: exigir el fiel y oportuno cumplimiento de las obligaciones a cargo del fideicomitente derivadas del negocio fiduciario y de la ley y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de las mismas; impugnar los actos anulables realizados por el fiduciario, dentro de los cinco años contados

²⁵“ *La persona física tiene capacidad de derecho desde su concepción para adquirir bienes por donación, herencia o legado. La irrevocabilidad de la adquisición está subordinada a la condición de que nazca con vida, aunque fuere por instantes después de estar separada en el seno materno*”. Artículo 28 del Código Civil Paraguayo, *ob. cit.* p. 4. “Las personas jurídicas poseen, para los fines de su institución, la misma capacidad e derecho que las personas físicas para adquirir bienes o contraer obligaciones, por intermedio de los órganos establecidos en sus estatutos...” Artículo 95 del Código Civil Paraguayo, *ob. cit.* p. 14.

²⁶ Ley No. 921/96, artículo 23, último párrafo.

desde el día en que el beneficiario haya tendido noticia del acto que origina la acción. Este término no empezará a correr para los menores e interdictos sino a partir de su mayoría de edad o desde la fecha en que cese la interdicción; oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada contra los bienes fideicomitidos o por obligaciones que no los afecten, en caso de que el fiduciario no lo hiciere. Para estar legitimado judicialmente, considero que el fideicomisario debe probar la falta de acción por parte del fiduciario. Pues, aunque es interesado directo en la preservación de los bienes, quien es el encargado de su protección es el fiduciario, pues a él corresponde la propiedad de los bienes en el caso de fideicomiso. La ley mexicana prevé la facultad de atacar la validez de un acto cometido en su perjuicio, de mala fe o en exceso de sus facultades, y el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.²⁷ Pero esta situación es distinta porque aquí el menoscabo al derecho del beneficiario se da por el propio fiduciario y no por un tercero. También se prevé el de solicitar al Superintendente de Bancos, por causa justificada, la remoción del fiduciario y, como medida preventiva, la designación de un fiduciario interino para que continúe ejecutando el negocio fiduciario; exigirle al fiduciario que efectúe un inventario de los bienes fideicomitidos; y las demás que le confiera la ley.

Hemos visto que en los fideicomisos públicos en general los beneficiarios no están individualizados, sino que pertenecen a una colectividad que es la que el Estado quiere beneficiar con esta figura. Al respecto, en la legislación paraguaya, si bien se menciona que es válido este tipo de fideicomiso, no se menciona quien podrá ejercer su defensa, al contrario de lo que ocurre en la legislación mexicana donde se prevé que en caso de que el fideicomisario sea indeterminado o incapaz, sus derechos pueden ser ejercidos por quien ejerza la patria potestad, tutor o el Ministerio Público.²⁸

²⁷ L.G.T.O.C., artículo 390.

²⁸ *Ibidem*, artículo 390 último párrafo.

2. Órganos de regulación y control de los fideicomisos públicos

A. Superintendencia de bancos

La Superintendencia de Bancos es un órgano técnico que goza de autonomía funcional, administrativa y financiera en el ejercicio de sus atribuciones.²⁹ Es un órgano dependiente del Banco Central del Paraguay que es una persona jurídica de derecho público, con carácter de organismo técnico y con autarquía administrativa y patrimonial y autonomía normativa en los límites de la Constitución Nacional y las leyes.³⁰

En la Ley No. 861/96 General de Bancos, Financieras y otras Entidades de Crédito, en el Título IX, Capítulo I, en el artículo 102, señala:

Inspección y vigilancia: Corresponderá a la Superintendencia de Bancos ejercer, en representación del Banco Central del Paraguay, las funciones de control, inspección, vigilancia y examen de las Entidades del Sistema Financiero, así como toda aquella que opere con fondos del público, conforme a lo establecido por esta Ley y la correspondiente de la Ley Orgánica del Banco Central del Paraguay [...] Todos los organismos del Estado estarán obligados a prestar la colaboración que la Superintendencia de Bancos les solicite.³¹

La Ley No. 921/96 dispone que las empresas fiduciarias estarán sujetas a la supervisión y vigilancia de la Superintendencia de Bancos.³²

Todas las instituciones que desempeñen la actividad fiduciaria deben estar autorizadas por la Superintendencia de Bancos, y es quien ejerce la supervisión y

²⁹ Ley No. 489/95 Orgánica del Banco Central del Paraguay, artículo 30, http://www.bcp.gov.py/Banco_Central/presidencia/Ley_489.aspx. Fecha de consulta 3 de diciembre de 2006.

³⁰ *Ibidem*, artículo 1.

³¹ Ley 861/96, artículo 102.

³² Ley No. 921/96, artículo 21.

Control sobre estas operaciones. Los bancos, financieras y empresas fiduciarias deben rendir informes a este órgano con antelación al inicio de las operaciones.³³

La Ley No. 921/96 menciona entre las facultades especiales del Banco Central del Paraguay, la de reglamentar estos negocios fijando los criterios técnicos y jurídicos para su cumplimiento; calificar como actividad fiduciaria ciertas prácticas privadas en atención a su naturaleza y contenido.³⁴ No menciona explícitamente a la Superintendencia de Bancos como órgano contralor de los mismos, pero considerando su función dentro de la estructura del Banco Central del Paraguay, a las disposiciones de la Ley No. 489/95 Orgánica del Banco Central del Paraguay, la Ley No. 861/96 de Bancos, Financieras y otras entidades de crédito y la Resolución No. 6 se determina que es el encargado de autorizar, controlar, y supervisar la ejecución de los negocios fiduciarios.

La Ley Orgánica del Banco Central del Paraguay, 489/95, en el capítulo III, artículo 31, dispone:

Funciones de la Superintendencia de Bancos. Corresponderá en exclusividad al Banco Central del Paraguay, por medio de la Superintendencia de Bancos, fiscalizar el cumplimiento de las leyes de carácter impositivo por parte de los bancos, financieras y demás entidades de crédito y adoptar las medidas de ordenación, vigilancia y disciplina de:

- a) Los bancos, las financieras y las demás entidades de crédito, públicos o privados, nacionales o extranjeros, que operen en el país;
- b) Las entidades que sin ser bancos, financieras o entidades de crédito realicen una o varias actividades propias de éstas;
- c) Las casas de cambios; y,
- d) Las personas físicas o jurídicas que correspondan por leyes especiales.

³³ Resolución No. 6, artículo 2 inc. 6 y 4 primer párrafo.

³⁴ Ley No. 921/96, artículo 11.

B. Contraloría General de la República

Consideramos que el control sobre las actividades fiduciarias realizadas por la Superintendencia de Bancos sería insuficiente en el caso de los fideicomisos públicos, donde se utiliza recursos públicos. Si bien el órgano *supra* analizado está encargado de la supervisión del sistema financiero del país, tanto de bancos privados como los del Estado, no estaría de más que exista otro control paralelo cuando se trate de la afectación de fondos públicos para la realización de fines de utilidad pública por parte del Estado.

La Contraloría General de la República

Es el organismo de control de las actividades económicas y financieras del Estado, de los Departamentos y de las Municipalidades, en la forma determinada por la Constitución Nacional y por esta Ley. Goza de autonomía funcional y administrativa.³⁵

La Contraloría General, dentro del marco determinado por los artículos 281 y 283 de la Constitución Nacional del Paraguay, tiene por objeto velar por el cumplimiento de las normas jurídicas relativas a la administración financiera del Estado y proteger el patrimonio público, estableciendo las normas, los procedimientos requeridos y realizando periódicas auditorías financieras, administrativas y operativas; controlando la normal y legal percepción de los recursos y los gastos e inversiones de los fondos del sector público, multinacional, nacional, departamental o municipal sin excepción, o de los organismos en que el Estado sea parte o tenga interés patrimonial.³⁶

Entre sus atribuciones, se citan como las principales: el control, vigilancia y la fiscalización de los bienes públicos y del patrimonio del Estado, los de las entidades regionales o departamentales, los de las Municipalidades, los del Banco

³⁵ Ley No. 276/94 Orgánica De La Contraloría General de la República, artículo 1, www.contraloria.gov.py.

³⁶ *Ibidem*, artículo 2.

Central y los de los demás Bancos del Estado o mixtos, los de las entidades autónomas, autárquicas o descentralizadas, así como los de las empresas del Estado o mixtas; el control de la ejecución y la liquidación del Presupuesto General de la Nación; fiscalizar las cuentas nacionales de las empresas o entidades multinacionales de cuyo capital participe el Estado en forma directa o indirecta, en los términos de sus respectivos tratados y/o cartas orgánicas; el requerimiento de informes sobre la gestión fiscal y patrimonial a toda persona o entidad pública, mixta o privada que administre fondos, servicios públicos o bienes del Estado, a las entidades regionales o departamentales y a los municipios, todas las cuales deben poner a su disposición la documentación y los comprobantes requeridos para el mejor cumplimiento de sus funciones, dentro de un plazo de cinco a veinte días; realizar auditorias financieras, administrativas, operativas o de gestión de todas las reparticiones públicas de la Nación; dar a conocer a ambas Cámaras del Congreso y al Poder Ejecutivo toda trasgresión de disposiciones constitucionales y legales de que tenga conocimiento como resultado de su función de control y fiscalización de la ejecución del Presupuesto General de la Nación.³⁷

Por lo que puede notarse en algunas de las facultades mencionadas *supra*, la Contraloría General de la República es la institución idónea en cuanto a la vigilancia del manejo de los fondos de los fideicomisos públicos, así como para seguir el cumplimiento cabal de los fines propuestos en los mismos.

La Ley No. 2869 que aprueba el Presupuesto General de la Nación para el año 2006, en el artículo 76, dispone:

Los recursos del Estado provenientes de cualquier origen de financiamiento, en el marco de ejecución de programas y proyectos de cualquier naturaleza deberán ser administrados por los organismos y entidades del Estado. La ejecución de obras, servicios, estudios de proyectos y fiscalización podrán ser realizados por empresas nacionales, internacionales, agencias especializadas en igualdad de

³⁷ *Ibidem*, artículo 14.

condiciones y en estricto cumplimiento de lo establecido en la Ley N° 2051/2003 De Contrataciones Públicas de Bienes y Servicios y la Ley N° 1533/2000 De Obras y Servicios Públicos y sometidos a control de la Contraloría General de la República

C. Ministerio de Hacienda

Tratándose de fideicomisos públicos, y considerando que en los mismos el fideicomitente sería algún organismo público del Estado, departamento o municipio, y que los recursos son públicos, el Ministerio de Hacienda también puede actuar como un contralor en estas operaciones.

Ministerio de Hacienda es la Secretaría Estatal que tiene a su cargo administrar el patrimonio y el proceso presupuestario del Estado paraguayo, así como la formulación y manejo de su política fiscal y de endeudamiento interno y externo. Verifica el uso y conservación de los bienes públicos. Realiza la programación, formulación, ejecución, control y evaluación del proceso presupuestario del sector público. Es la que formula y administra la política de endeudamiento interno y externo del sector público, la política fiscal del Estado en coordinación con las demás políticas gubernamentales. Atiende las relaciones del Gobierno con los Organismos Financieros del Sector Público. Realiza la emisión, control y rescate del régimen de los valores fiduciarios. Mantiene las relaciones del Banco Central del Paraguay con el Poder Ejecutivo.

En la Ley de Administración Financiera del Estado, Ley No. 1535/99, se dispone que:

El Ministerio de Hacienda tendrá a su cargo la administración del Sistema de Presupuesto, Inversión Pública, Tesorería, Crédito y Deuda Pública y Contabilidad, de conformidad con esta ley y demás disposiciones legales³⁸.

³⁸ Ley No. 1535/99, De Administración Financiera del Estado, artículo 4, www.hacienda.gov.py/sseaf, consultado el 3 de diciembre de 2006.

Además menciona que

El Ministerio de Hacienda mantendrá el equilibrio presupuestario y resguardará el cumplimiento del Plan de Ejecución del Presupuesto. Para el efecto los organismos y entidades del Estado presentarán al Ministerio de Hacienda, cada año, el plan anual de cuotas de ingresos y gastos sobre la base del calendario de realizaciones, del cual derivarán los requerimientos de fondos para financiar los recursos humanos y materiales requeridos para el cumplimiento de los objetivos y metas.³⁹

Considero que si bien en el país no existe ninguna disposición que señale que el Ministerio de Hacienda sea el fideicomitente único del Poder Ejecutivo, considerando el papel que desempeña, conforme se aprecia en algunas disposiciones analizadas, daría mejor organización y tendría el Estado mejor control de los recursos públicos si así fuera. A más de controlar los fondos presupuestarios y su correcta ejecución para los fines propios de las diversas instituciones. En este caso, la experiencia mexicana es satisfactoria en cuanto que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público mantiene un control sobre los fideicomisos federales como ya hemos visto.

³⁹ *Ibidem*, artículo 4.

CAPITULO IV

PROPUESTAS PARA MEJORAR EL MARCO JURÍDICO Y LA PRÁCTICA DEL FIDEICOMISO PÚBLICO EN EL PARAGUAY

I. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE SU UTILIZACIÓN POR EL ESTADO

1. *Ventajas*

Estamos convencidos que la figura del fideicomiso público ha sido de gran utilidad en México. Ha servido de gran ayuda para la consecución de numerosas obras de gran trascendencia social.

Basta mencionar que existen aproximadamente diecinueve fideicomisos considerados entidades paraestatales creados para diferentes fines. Sumado a un gran número de fideicomisos públicos no considerados entidades (215).¹ Sólo por mencionar algunos, podemos citar:

- Al FOVI (Fondo de Operación y Financiamiento Bancario a la Vivienda) constituido desde 1963. Tiene por objeto otorgar apoyos financieros y garantías para la construcción y adquisición de viviendas de interés social, canalizando los recursos a través de los intermediarios financieros.² Convertido en la Sociedad Hipotecaria Federal en el año 2001.

- El Fideicomiso para la Cineteca Nacional destinado a la preservación de diversas colecciones relativas al quehacer fílmico y a la difusión del cine mundial de arte y ensayo. Fue creado en 1974.³

¹ DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, publicado el 14 de agosto de 2006, *ob. cit.*

² FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo y Administración Pública*, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, pp. 604 y 606.

³ *Ibidem*, pp. 610 y 611.

- El FONATUR (Fomento Nacional de Fomento al Turismo), creado para el fomento de la actividad turística.⁴

Entre las ventajas de los fideicomisos públicos, tenemos: un buen manejo del fideicomiso público por parte del Estado paraguayo serviría para paliar numerosos problemas sociales. Sería una herramienta de utilidad para auxiliar al Ejecutivo en áreas prioritarias para el desarrollo nacional.

El fideicomiso público permite, entre otras cosas, el manejo de recursos públicos destinados a un fin determinado, donde el fiduciario es el encargado de administrarlos.

Pueden ser creados por un tiempo definido hasta tanto sirva para cumplir el fin para el cual fue creado, permitiendo de esta manera la realización de obras prioritarias. Sin que se necesite la creación de más instituciones, que contribuyen a agrandar la burocracia estatal. Otra característica es que el personal del fideicomiso no es necesariamente funcionario público, por lo tanto la creación meditada de esta figura para determinados y muy específicos sectores permitiría una labor por parte del Estado que no requiera el nombramiento de funcionarios públicos, ni la creación de más instituciones públicas. La proliferación de estas últimas sólo fomenta una burocracia poco útil y que no puede ser desaparecida por estar al amparo de leyes públicas y laborales que protegen al funcionario público.

Un buen manejo de fondos públicos, por un fiduciario que creemos debe ser preferentemente una banca nacional, permite que un tercero intervenga en la administración de los fondos públicos destinados a la realización de un fin. El fiduciario está supervisado, vigilado y regulado por el Banco Central del país, a más de los demás organismos de control de los fondos presupuestarios.

⁴ *Ibidem*, p. 613.

Pudiendo contemplarse que para un mejor manejo de los recursos, la creación de una figura análoga al Comité Técnico mexicano.

Evidentemente que para el éxito en el manejo de esta figura se requiere un buen sistema de vigilancia y control. Que es muy factible, y existe, por un lado, tenemos a la Superintendencia de Bancos como órgano contralor de todo el sistema bancario, que supervisa el manejo de los bienes fideicomitidos por parte del fiduciario. Por otro lado, el Ministerio de Hacienda que vigila el manejo y destino de recursos presupuestarios, y puede supervisar al fiduciario en su labor de administración; y, el Poder Ejecutivo tiene una contraloría interna que puede monitorear la evolución y cumplimiento de los fines del fideicomiso. Además, como hemos visto, la Contraloría General de la República cuida que las dependencias públicas hagan un buen uso de los recursos públicos, y que puede actuar en un doble sentido, por un lado vigilar al fideicomitente (dependencias del Estado) para que los fideicomisos constituidos tengan relación con los fines propios de la entidad; y si el fiduciario es una banca del Estado que exista transparencia en su manejo.

Haciendo que esta figura sea ágil, y buscando los mecanismos de transparencia en el uso de los bienes públicos, tiene más ventajas que desventajas en su utilización. Podría actuar ahí donde en hoy no llega el apoyo del Gobierno, como ejemplo en el incentivo de las pequeñas y medianas empresas, (PYMES), e incentivar así el crecimiento de la economía nacional. Otras áreas carentes de soluciones son el fomento a las viviendas de interés social, y el sector rural. La creación de fideicomisos para apoyar a la agricultura, en un país eminentemente agrícola constituiría un impulso para la economía.

2. Desventajas

No podemos olvidar las desventajas que también podría ocasionar el mal manejo y el uso indiscriminado del fideicomiso público. Una de las críticas que se ha hecho al fideicomiso mexicano es que

Tanto ha sido el éxito del fideicomiso en México, tan amplia su utilización –extendida en el derecho privado y público- y de tal modo decisiva su influencia en vastos sectores de la actividad bancaria y de la propiamente jurídica, que la mayor crítica que se le ha hecho es la de que sus mismos resultados podrían obtenerse recurriendo a otras figuras reconocidas por nuestro sistema legal.⁵

Creemos que la crítica no es justificada toda vez que, si bien existen otras figuras jurídicas que pudieran ser utilizadas, el fideicomiso ha tenido la aceptación para que su uso haya ido mejorando con la práctica y la experiencia haya suplido las deficiencias y lagunas legales.

El peligro que pudiera generarse es su uso indiscriminado; se debe evitar la duplicidad de funciones que ya cumplen otras dependencias estatales. Utilizar el fideicomiso especialmente para aquellos sectores abandonados por el Estado, que el fin justifique suficientemente su creación.

Asimismo, es imprescindible la transparencia en el manejo de los recursos. Un peligro en ese sentido, es que puedan desviarse recursos públicos, o que los fines no sean de interés público y beneficie a un sector muy reducido de la sociedad. En este sentido se han hecho críticas al fideicomiso mexicano. Pero esto con un buen control por parte de los organismos contralores se puede evitar.

⁵ BATIZA, Rodolfo, *ob. cit.* p. 152.

II. PROPUESTAS PARA MODIFICAR EL MARCO JURÍDICO DEL FIDEICOMISO EN PARAGUAY

Creemos que lo que resta agilidad y crea muchos candados para el uso del fideicomiso público en Paraguay, es el marco jurídico con que cuenta en la actualidad. Analizaremos algunos artículos de las leyes que lo regulan para proponer sus modificaciones.

Sostenemos que, aunque no expresamente, la Ley No. 921/96 de Negocios Fiduciarios contempla la figura del fideicomiso público, en cuanto que las autoridades judiciales o administrativas pueden tener la calidad de fideicomitentes. La Ley en general está muy completa, prevé muchas situaciones en las cuales existen lagunas legales en México. Creemos que es fruto de las experiencias de muchos años de la práctica de esta figura en otros países latinoamericanos. No obstante ello, es perfectible en sentido de que con unas modificaciones podría abrir el camino para que se recurra más a su práctica.

En el capítulo IV “Del Fiduciario”, la Ley No. 921/96 de Negocios Fiduciarios, sólo prevé que puedan tener la calidad de fiduciarios los bancos, empresas financieras y las empresas fiduciarias especialmente autorizadas por el Banco Central. Este artículo es taxativo, por lo que ha resultado de imposible aplicación la Ley 2148/03 que Crea el Sistema de Infraestructura Vial del Paraguay, donde se dispone que el Banco Central del Paraguay sea el fiduciario en el fideicomiso que se crea por la ley.

Si bien el Banco Central es el que reglamenta el fideicomiso, y lo vigila y controla a través de la Superintendencia de Bancos que es un órgano interno del mismo, ello no obsta que pueda desempeñar el papel de fiduciario. Esto considerando que existen otros órganos contralores cuando se manejan fondos públicos.

El Banco Central por ser la banca oficial del Estado, es la más autorizada a administrar los fondos públicos, podría contar con un departamento especializado en fideicomiso para realizarlo en determinados y especiales casos. Sobre todo cuando por su importancia y monto lo amerite. En vez de desacreditar estas operaciones fiduciarias por ser regulador y parte, daría mucha seguridad en el manejo de los recursos.

En este sentido, el artículo mencionado tendría que ser modificado en el sentido de disponer:

Solamente podrán tener la calidad de fiduciarios los bancos y empresas financieras y las empresas fiduciarias especialmente autorizadas. Así como el Banco Central del Paraguay en aquellos fideicomisos que realice el Gobierno para fines de interés público.

Otro artículo que pudiera ser modificado es el 3 de la Resolución No. 6, que dispone:

Los bancos, las financieras y las empresas fiduciarias, actuando directamente o por intermedio de sociedades filiales debidamente constituidas, según el caso están autorizadas de manera general para celebrar y ejecutar, en calidad de fiduciarios, las operaciones y negocios fiduciarios a que se refiere la Ley 921/96 de Negocios Fiduciarios.

El artículo modificado quedaría así:

Los bancos, las financieras y las empresas fiduciarias, actuando directamente o por intermedio de sociedades filiales debidamente constituidas, según el caso están autorizadas de manera general para celebrar y ejecutar, en calidad de fiduciarios, las operaciones y negocios fiduciarios a que se refiere la Ley 921/96 de Negocios Fiduciarios. Se encuentra asimismo autorizado en Banco Central del Paraguay para aquellos fideicomisos constituidos por el Gobierno para fines de utilidad pública.

La Ley No. 921/96, en el artículo 40, dispone:

Con el fin de salvaguardar los intereses económicos de los fideicomitentes y de los beneficiarios designados por aquellos. El Banco Central del Paraguay podrá disponer en cualquier momento que los fiduciarios constituyan garantías o seguridades especiales para los casos que considere necesario y en las cuantías que determine mediante normas de carácter general.

En marco de este artículo, la Resolución No. 6, en el artículo 41, dispone:

Con el fin de salvaguardar los intereses económicos de los fideicomitente, tratándose de negocios fiduciarios de inversión cualquier que sea su modalidad, es decir, inversión individual o inversión colectiva mediante la conformación de fondos comunes, las entidades fiduciarias deberán constituir con recursos propios, esto es, con dineros que formen parte de sus activos, una garantía equivalente al diez por ciento (10%) del total de los recursos recibidos en virtud de la celebración de esta clase de negocios fiduciarios. La garantía se constituirá dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, debiendo mantenerse durante el lapso restante de este último a la orden exclusiva del Banco Central del Paraguay.

Con el afán de precautelar los intereses del fideicomitente, la ley prevé esta garantía, que como ya lo mencionamos, se hace para cuidar del patrimonio fideicomitado. Pero también cabe manifestar, que la constitución de esta garantía adicional al capital integrado con que debe contar indefectiblemente toda institución bancaria o financiera, hace que las fiduciarias requieran una infraestructura muy solvente. Esto desalienta la realización de la operación y hace que no sea del interés de las fiduciarias, que a más de ganar con la operación antes debe contar con un capital muy sólido. Traslademos esto a grandes fideicomisos públicos, sería muy costoso y difícil cumplir con este requisito, además de que es innecesario y no tiene ningún sentido si existen otros mecanismos para asegurar el buen manejo de los bienes fideicomitados.

Por otro lado, es de vital importancia que la ley prevea la formación de un órgano similar al Comité Técnico mexicano, conformado con personas designadas

por el fideicomitente y que sea el responsable del logro de los fines del contrato, a cuyas instrucciones responda el fiduciario.

Otra modificación necesaria a la Ley de Negocios Fiduciaros, es que tratándose de fideicomisos constituidos por el Gobierno, debe prever quien fungirá como fideicomitente. Podríamos tomar el ejemplo del fideicomiso mexicano donde la Secretaría de Hacienda y Crédito Público es la fideicomitente única de los fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal. Esto concentra la figura del fideicomitente en un solo órgano y permite un mejor control de los fideicomisos. En los comités técnicos pueden ser designados representantes de las secretarías u organismos en quien recaerá el beneficio del cumplimiento de los fines.

III. PROPUESTAS PARA INCENTIVAR LA UTILIZACIÓN PRÁCTICA

Estimo que la práctica del fideicomiso se mejorará, en primer lugar, si la figura es más conocida. Existe un desconocimiento sobre sus ventajas, tanto para el Estado como para las fiduciarias.

Bastaría que un fideicomiso sea constituido para la consecución de un fin que llegue a paliar una carencia social, y con el éxito de esa experiencia se podría empezar a impulsar a esta figura como un instrumento para que el Estado realice obras con agilidad, y con buen control en el manejo de la cosa pública.

Como ha ocurrido con anterioridad en el país, por ejemplo cuando se quiso incentivar el mercado bursátil, se puede incentivar el uso del fideicomiso público creando algunos beneficios fiscales. Estos beneficios podrían ser en primer término para las fiduciarias, haciendo que con esto tengan interés en habilitarse para realizar estas operaciones.

Principalmente, como ya mencionamos, para su práctica se requiere facilitar la operación del fideicomiso a las fiduciarias. Con un buen control, y la creación de

departamentos fiduciarios con personas capacitadas se beneficiarían las instituciones que están habilitadas para realizar esta operación. De algún modo, el Estado debería incentivar que los bancos de desarrollo realicen modificaciones a sus leyes orgánicas, incluyendo entre sus facultades la de realizar fideicomisos.

Se deben suprimir los candados legales, la excesiva regulación de requisitos para las instituciones bancarias y financieras antes de tener un beneficio ha ocasionado que se desalentara la realización de esta operación. Un ejemplo es que deben rendir informe a la Superintendencia de Bancos antes de constituir cada fideicomiso, con los detalles que tendrá la operación. Esto genera un excesivo trabajo, y requiere contar con un número muy grande de personal a cargo. Esto podría aliviarse con un informe trimestral sobre las operaciones de fideicomisos que se llevan a cabo.

Dejar sin efecto el artículo que requiere que las fiduciarias constituyan una garantía extra por cada operación de fideicomiso, desalienta la realización de esta operación. De todas formas, la Superintendencia vigila la solidez de las instituciones del sistema bancario.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El fideicomiso es una figura que ha cobrado importancia en América Latina desde inicios del Siglo XX. El fideicomiso latinoamericano se diferencia del *Trust* inglés y se adapta a nuestro sistema de derecho romanista. La práctica ha ido moldeando y perfeccionándola.

SEGUNDA. En México, la naturaleza jurídica del fideicomiso es la de un contrato. Si bien el fideicomiso público ha cobrado importancia y la ley lo asimila con las entidades paraestatales con quienes comparte muchas características, para que surta efectos requiere el consentimiento de la fiduciaria, lo que le convierte en un contrato. Los fideicomisos testamentarios no surten efectos mientras no sea aceptado el encargo por el fiduciario nombrado.

TERCERA. En el Paraguay la figura del fideicomiso es de más reciente data. Si bien la Ley de los Negocios Fiduciarios es del año 1996, la práctica del fideicomiso privado inició hace apenas unos años. Siendo nula la experiencia de fideicomisos públicos a la fecha.

CUARTA. La experiencia mexicana en los fideicomisos públicos ha sido muy satisfactoria. Su marco normativo cuenta con muchas lagunas, pero fue la experiencia práctica la que ido moldeando la figura y perfeccionando los contratos. Muchos fideicomisos públicos han cobrado tanta importancia a lo largo de los años que se han transformado en organismos públicos.

QUINTA. El marco normativo del fideicomiso público en el Paraguay requiere de algunas modificaciones para que la figura adquiera agilidad y su utilización sea de mayor alcance. Con reformas a la ley se puede lograr un mayor interés por parte de los bancos y financieras para que promocionen y operen con esta figura.

SEXTA. Es importante que la ley sea modificada en el sentido de prever una figura similar al del Comité Técnico mexicano que sea designado por el fideicomitente para tomar las decisiones en el fideicomiso público

SEPTIMA. Se debe contemplar que el Banco Central del Paraguay pueda realizar fideicomisos públicos, cuando la importancia del mismo así lo amerite, y su fin sea de utilidad pública.

OCTAVA. El Estado debe incentivar las modificaciones de las leyes orgánicas de los bancos nacionales para que éstos puedan realizar fideicomisos, como fiduciarios.

NOVENA. Se debe contemplar en la Ley No. 921/96 de Negocios Fiduciarios, que el Ministerio de Hacienda funja como fideicomitente única del Gobierno, para que se pueda tener un control y registro de todos los fideicomisos públicos.

DECIMA. El uso del fideicomiso por el Estado será de un gran apoyo para paliar problemas sociales que no están siendo atendidas por él, por ejemplo, el incentivo de las PYMES para incentivar la economía interna del país.

UNDÉCIMA. Entre las ventajas del fideicomiso público tenemos que sin agrandar el aparato estatal con la contratación de funcionarios públicos, se pueden crear fideicomisos cuyos fines sean de utilidad pública, pero que su duración esté determinada por la realización del fin propuesto.

DUODÉCIMA. La experiencia mexicana en fideicomisos públicos es satisfactoria, se ha agilizado la figura y han contemplado mecanismos de transparencia que pueden ser aplicados al Paraguay, como la creación del Comité Técnico.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel y Pablo Roberto Almazán Alaniz, *Tratado teórico práctico de fideicomiso*, Porrúa, México, 1997.
- ACOSTA ROMERO, Miguel, *Compendio de derecho administrativo. Parte general*, 3a. ed., Porrúa, México, 2001.
- ALAMO, Javier, *Los 140 tipos de personas reconocidas por el derecho mexicano. La sociedad anónima mexicana, no es anónima es nominada, la sociedad de gestión colectiva, no es de gestión es representativa simple*, Porrúa, México, 2000.
- BATIZA, Rodolfo, *El fideicomiso. Teoría y práctica*, 4a. ed., Jus, México, 2001.
- BELLO, Andrés, *1781-1865. Obras completas de Andrés Bello*, Caracas, Ediciones del Ministerio de Educación, vol. 13, 1952.
- BOJALIL, Julián, *Fideicomiso*, Porrúa, México, 1962.
- FUENTE RODRIGUEZ, Jesús de la, *Análisis y jurisprudencia de la Ley de Instituciones de Crédito, exposición de motivos, disposiciones de la SHCP, BANXICO, CNBV, y ABM*, 2a. ed., Porrúa, México, 2003.
- FUENTE RODRIGUEZ, Jesús de la, *Tratado de derecho bancario y busátíl. Seguros, fianzas, organizaciones y actividades auxiliares de crédito, grupos financieros*, 3a. ed., Porrúa, México, t. I, 2002.
- DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. *El fideicomiso, Negocio Jurídico: Régimen fiscal inmobiliario; instrumento en la inversión extranjera*, 7a. ed., Porrúa, México, 1997.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho administrativo y administración pública*, Porrúa-UNAM, México, 2006.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, "El fideicomiso como forma de gestión de la administración pública en México", *RES PUBLICA. Revista de la Asociación*

- Iberoamericana de Derecho Administrativo*, México, año I, núm. 1, Enero-abril de 2005.
- FREIRE, Bettina V., *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, Ábaco, Buenos Aires, 1997.
- GALINDO SIFUENTES, Ernesto, *Derecho mercantil, comerciantes, comercio electrónico, contratos mercantiles y sociedades mercantiles*, Porrúa, México, 2004.
- LEPAULLE, Pierre, *Tratado teórico práctico de los trusts*, trad. y estudio sobre el fideicomiso mexicano por Pablo Macedo, Porrúa, México, 1975.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Contratos. Parte especial*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, t. II, 2003.
- MACEDO, Pablo, "Estudio sobre el fideicomiso mexicano, en la traducción de la obra de Pierre Lepaulle", *Tratado teórico y práctico de los trusts*, Porrúa, México, 1975.
- MALAGÓN, Jaime, *Fideicomiso y concesión. Ensayo sobre estructuras financiables para obras y servicios públicos en Latinoamérica*, Porrúa, México, 2002.
- MOLINA PASQUEL, Roberto, *Los derechos del fideicomisario*, Jus, México, 1946.
- MUÑOZ, Luis, *El fideicomiso*, Cárdenas Editor Distribuidor, México, 2001.
- RABASA, Oscar, *El derecho angloamericano. Estudio expositivo y comparado del Common Law*, FCE, México, 1994.
- ROALANDINI, Jesús, *El fideicomiso mexicano. Retrospectiva, aspectos jurídicos y su patrimonio*, Textos jurídicos Bancomer, México, 1998.
- SÁNCHEZ SODI, Horacio, *El fideicomiso en México*, Greca, México, 1996.
- SERRANO TRASVIÑA, Jorge, *Aportación al fideicomiso*, México, 1950.
- TORRES KINSER, RIOS AVALOS y MORENO RODRÍGUEZ, *Derecho bancario*, Intercontinental, Asunción, 2002.
- VÁZQUEZ DEL MERCADO, Óscar, *Contratos mercantiles*, 10a. ed., Porrúa, México, 2001.
- VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *Doctrina general del fideicomiso*, 2a. ed., Porrúa, México, 1982.

Puede consultarse en la página de la Felaban en:
http://www.felaban.com/estadisticas_fiduciarias_paraguay.php. Consultada el 9 de noviembre de 2006.

LEYES, DECRETOS, JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

Código civil paraguayo y Código procesal Civil, Ediciones Librería el Foro, Asunción, 2005.

Constitución Nacional, Ediciones Librería el Foro, Asunción.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Agenda Mercantil, ISEF, México, 2006.

Ley de Instituciones de Crédito. Puede consultarse en:
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/43.pdf>. Consultada el 4 de diciembre de 2006.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, puede consultarse en:
<http://www.funcionpublica.gob.mx/leyes/loapf2000.htm#t1>. Consultada el 4 de diciembre de 2006.

Ley del Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, puede consultarse en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/61.pdf>

Resolución No. 6 del Directorio del Banco Central del Paraguay, acta no. 204 de 22 de noviembre de 2004, puede consultarse en: www.bcp.gov.py. Consultada el 15 de noviembre de 2006.

Ley No. 489/95 Orgánica del Banco Central del Paraguay, puede consultarse en:
http://www.bcp.gov.py/Banco_Central/presidencia/Ley_489.aspx. Consultada el 3 de diciembre de 2006.

Ley No. 276/94 Orgánica de la Contraloría General de la República, artículo 1, en www.contraloría.gov.py.

Ley No. 1535/99 de Administración Financiera del Estado, artículo 4, en www.hacienda.gov.py/sseaf. Consultada el 3 de diciembre de 2006.

Ley No. 861/96 de Bancos, Financieras y Otras Entidades de Crédito, puede consultarse en:

http://www.leyes.com.py/todas_disposiciones/1996/leyes/ley_861_96.htm.

Consultada el 4 de diciembre de 2006.

Ley No. 2148/2003 que Crea el Sistema de Infraestructura Vial del Paraguay, puede consultarse en:

http://www.leyes.com.py/todas_disposiciones/2003/leyes/ley_2148_03.htm.

Consultada el 2 de diciembre de 2006.

TESIS. Amparo directo 4391/69 Banco Hipotecario, Fiduciario y de Ahorros, S.A. 6/11/1970, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, México.

TESIS. Amparo directo 45/71, Crédito Algodonero de México, S.A., 16/03/77, Sala Auxiliar, *Semanario Judicial de la Federación*, México

TESIS. Amparo en revisión 769/84, Unitas, S.A. de C.V. , 26/08/86, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, México.

TESIS. Amparo en revisión 49/90, Inmobiliaria Matecar, S.A. de C.V., 29/03/1990, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, México.

JURISPRUDENCIA, CONTRADICCIÓN DE TESIS 6/90, Tercera Sala, Octava Época, Tesis 259, Apéndice de 1995, Tomo IV, *Semanario Judicial de la Federación*. México.

JURISPRUDENCIA. Amparo directo 2158/76, Séptima Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, México.