



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

EL FIDEICOMISO PÚBLICO.
PROPUESTA CONCEPTUAL DE MEJORAS EN SU
REGULACIÓN.

TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
MAESTRO EN DERECHO
PRESENTA
OSWALDO ANÍBAL MENDOZA POPOCA

ASESOR:
DR. JESÚS DE LA FUENTE RODRÍGUEZ



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.

DEDICATORIAS

A mi Papá, abogado, humanista,
hombre sabio, amoroso apoyo,
lobo de las estepas, árabe de corazón,
ejemplo inalcanzable.

A mi Mamá, fuerza espiritual,
impulso de mi niñez,
molde de carácter, aliento sin fin.

A Maru, mi Esposa, compañera inseparable,
por nuestra decisión de hacer de su vida y de la mía...
una sola.

A nuestras hijas, Paula y Mariana, estrellas en el cielo,
flores de nuestra existencia, luz, agua, música,
Inspiración divina.

A Ceci, hermana mía, presencia de amor y fe
en el vínculo de la sangre.

A Mario y Tere por la hermandad nacida en el
corazón y en el pensamiento, para unir con
sentimiento sincero.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	I
-------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

NOCIONES DE FIDEICOMISO

I. GENERALIDADES.....	1
A. Servicio Bancario.....	3
B. Concepto de ley.....	8
C. Concepto esencial.....	9
D. Naturaleza jurídica del fideicomiso.....	10
1. El Fideicomiso y los hechos jurídicos.....	13
2. El Fideicomiso y otras instituciones.....	23
3. El Fideicomiso y las teorías patrimonialistas.....	33
II. ELEMENTOS PERSONALES, MATERIALES Y	
FORMALES DEL FIDEICOMISO.....	42
A. Elementos personales.....	43
1. El fideicomitente. Capacidad y derechos.....	43
2. El fideicomisario. Capacidad y derechos.....	46
3. La Fiduciaria.....	48
a. Capacidad.....	48
b. Derechos y obligaciones.....	50
1) Obligaciones de hacer.....	50
2) Obligaciones de no hacer.....	51

B. Elementos materiales.....	51
1. El patrimonio en fideicomiso. Concepto.....	51
2. Clases de bienes.....	54
C. Elementos formales.....	55
1. Transmisión de la propiedad o titularidad.....	56
2. Fines del fideicomiso.....	57
3. La Encomienda.....	59
4. La Afectación.....	60
5. La Forma.....	62
III. OTROS ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO.....	63
A. Duración.....	63
B. Causas de extinción.....	63
C. Comité técnico.....	65
D. Personal de los fideicomisos.....	67
E. Delegados fiduciarios.....	68
F. Apoderados fiduciarios.....	70
IV. LIMITACIONES EN EL DESEMPEÑO FIDUCIARIO.....	70
A. Circular Banxico 1/2005.....	70
B. Prohibiciones.....	72
C. Secreto fiduciario.....	72

CAPÍTULO SEGUNDO

EL FIDEICOMISO PÚBLICO. GENERALIDADES

I. CONCEPTO.....	76
-------------------------	-----------

II. EL FIDEICOMITENTE EN EL FIDEICOMISO PÚBLICO.....	76
III. LA FIDUCIARIA Y LOS FIDEICOMISARIOS EN EL FIDEICOMISO PÚBLICO.....	81
IV. LOS BIENES EN EL FIDEICOMISO PÚBLICO.....	83
A. Bienes muebles e inmuebles.....	86
B. Recursos en Numerario.....	88
V. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS.....	91
A. Clases de fideicomisos públicos.....	92
1. Fideicomisos paraestatales.....	92
2. Fideicomisos no paraestatales.....	93
3. Fideicomisos mixtos.....	98
B. Requisitos en cuanto a la constitución de fideicomisos públicos.....	98
C. Requisitos en cuanto al objeto de los fideicomisos públicos.....	99
D. Requisitos en cuanto a la estructura administrativa de los Fideicomisos públicos.....	100
E. Requisitos en cuanto al comité técnico de los fideicomisos públicos.....	100
F. Previsiones contractuales.....	101
G. Extinción.....	102

CAPÍTULO TERCERO

EL EJECUTIVO FEDERAL Y EL FIDEICOMISO

I. LOS ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN ACTUAL.....	103
II. LEY PARA EL CONTROL, POR PARTE DEL GOBIERNO FEDERAL, DE LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS Y EMPRESAS DE PARTICIPACIÓN ESTATAL.....	108
III. DECRETO POR EL QUE SE ESTABLECEN BASES PARA LA CONSTITUCIÓN, INCREMENTO, MODIFICACIÓN, ORGANIZACIÓN, FUNCIONAMIENTO Y EXTINCIÓN DE LOS FIDEICOMISOS ESTABLECIDOS O QUE ESTABLEZCA EL GOBIERNO FEDERAL....	110
A. Identificación de ámbitos de competencia.....	111
B. Responsabilidad de la Fiduciaria.....	112
C. Integración y Facultades del Comité Técnico.....	113
D. Delegados Fiduciarios.....	114
IV. VIGENCIA DE LAS DISPOSICIONES INVOCADAS.....	116

CAPÍTULO CUARTO

EL FIDEICOMISO PÚBLICO: UN INTENTO HERMENÉUTICO Y UNA PROPUESTA CONCEPTUAL DE MEJORAS.

I. COMENTARIO PRELIMINAR.....	117
II. HERMENÉUTICA. NOCIONES BÁSICAS.....	120

III.HERMENÉUTICA DE LAS NORMAS QUE CONFIGURAN AL	
FIDEICOMISO PÚBLICO FEDERAL.....	126
A. La identificación de los fideicomisos públicos federales.....	126
B. Ciencia y Tecnología. Un caso de excepción.....	133
IV.PROPOSTA CONCEPTUAL DE MEJORAS EN LA REGULACIÓN....	135
CONCLUSIONES.....	141
BIBLIOGRAFÍA.....	144

INTRODUCCIÓN

La figura del fideicomiso se introdujo en la legislación federal en el año de 1932 y, en la iniciativa de ley correspondiente, se dijo de ella paradójicamente, que se trataba de una figura extraña a nuestra cultura jurídica, pero que su inclusión era benéfica pues facilitaba la contratación que en otras circunstancias sería muy compleja.

Durante 64 años esta figura permaneció sin cambio en la ley y con un extraordinario desarrollo en la práctica. Tanto las personas privadas, como las públicas, acudieron a ella en búsqueda de soluciones efectivas para proyectos de todo tipo.

En los primeros años de la utilización del fideicomiso para asuntos públicos, se carecía de una regulación especial; se aplicaban la ley sustantiva en la materia, esto es, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, así como las normas relacionadas con el manejo de recursos públicos, de la misma manera en que se actuaba en otras muchas operaciones. El marco jurídico aplicable a los fideicomisos públicos y a los fideicomisos privados era prácticamente el mismo, con algunas escasas excepciones, por ejemplo la del Fondo de Garantía a la Pequeña y Mediana Industria, que fue establecido en 1953 por virtud de Ley promulgada para regular su funcionamiento, lo que no se convirtió en ejemplo, pues después hubo muchos otros fideicomisos públicos creados por meros actos de autoridad del Ejecutivo Federal.

A paso y medida en que el fideicomiso se convirtió en un instrumento eficaz para llevar a cabo diversas acciones de gobierno, fue ganando aceptación en el medio de los asuntos públicos. Cuando se le utilizó para poner en práctica programas de gobierno con los que se buscó beneficiar a grupos numerosos de la población, o que eran de compleja aplicación pues requerían la realización de múltiples actividades de manera permanente, se dio el caso de que fuera indispensable contratar personal que a eso se dedicara de manera exclusiva; en síntesis, muchos fideicomisos tuvieron su propio personal, creando en la práctica, que no en la ley, nuevos organismos públicos que a la postre resultaron cuestionados por el costo presupuestal que generaron.

Hubo épocas en las que de plano se abusó de la utilización de la figura del fideicomiso, pues se antojaba que era un vehículo adecuado para poner en práctica cualquier tipo de programa de trabajo. El uso abusivo facilitó el desorden y éste el dispendio (por decir lo menos), lo que trajo como consecuencia el propósito regulador y controlador que alcanza su mayor expresión, primero con la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal que incorporó a los

fideicomisos a la administración pública y después con la Ley Federal de las Entidades Paraestatales .

Fue precisamente el exceso lo que motivó la necesidad de generar disposiciones legales de carácter adjetivo que fueran estableciendo un marco de control para evitar el manejo inadecuado de los recursos públicos materia de los fideicomisos creados por el Ejecutivo Federal.

Con la Ley Federal de la Entidades Paraestatales inicia una etapa en la que abundan las disposiciones de regulación del comportamiento del Gobierno Federal, en lo general, y en lo que toca a su carácter de fideicomitente. Las más recientes de esas disposiciones son la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y su Reglamento.

Hoy día existen numerosas disposiciones de carácter adjetivo, que generan un marco de regulación muy complejo para los fideicomisos públicos. Dichas disposiciones están contenidas tanto en leyes, como en acuerdos y circulares, y entre éstas últimas podemos señalar a manera de ejemplo a las que adelante se anotan:

- *Disposiciones de Carácter general en materia de contabilidad, aplicables a los **fideicomisos públicos**, emitidas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 22 de diciembre de 2006.*
- *Oficio Circular 307-A-0532 del 7 de abril del 2006 de la Unidad de Política y Control Presupuestario de la Subsecretaría de Egresos de la SHCP, por el cual comunica criterios complementarios a los Lineamientos para el manejo y entrega de información sobre **fideicomisos sin estructura, mandatos o actos análogos** (actos jurídicos), en el marco del sistema del Proceso Integral de Programación y Presupuesto (PIPP), emitidos por esta Unidad mediante oficio número 307-A-0552, de fecha 13 de julio de 2005.*
- *Lineamientos en materia de Clasificación y Desclasificación de Información relativa a **operaciones fiduciarias y bancarias**, así como al cumplimiento de obligaciones fiscales realizadas con recursos públicos federales por las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, emitidos por el IFAI y publicados en el Diario Oficial de la Federación el 22 de diciembre de 2004.*
- *Acuerdo que establece los lineamientos que deberán observar las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, para el control, la rendición de cuentas e informes y la comprobación del manejo transparente de los recursos públicos federales otorgados a **fideicomisos, mandatos o contratos análogos**. (Publicado en el DOF el 6 de septiembre de 2004).*

Para que las muchas normas contenidas en acuerdos y circulares contribuyan al fortalecimiento de las operaciones de fideicomiso, debieran ser claras, sistemáticas, sencillas. De esa manera también se contribuiría al eficaz uso de los recursos públicos, a la transparencia respecto de su empleo, y al adecuado

manejo de los conceptos técnicos de una figura que a lo largo de 77 años ha demostrado ser una sólida institución de nuestro sistema jurídico. Sin embargo no siempre se logran esos ideales, y por lo contrario suele ocurrir que las normas adjetivas contienen defectos que obstaculizan la eficacia de las operaciones.

En lo sustantivo, el fideicomiso en general cuenta con una legislación contenida en una sola ley que abarca 14 artículos (no incluye las disposiciones relativas al fideicomiso de garantía) y que permaneció sin cambios a lo largo de muchos años, pues fue apenas en los años de 1996, 2000 y 2003, que se practicaron reformas importantes; por el contrario, en lo adjetivo el fideicomiso público está regulado por cinco leyes que en conjunto destinan a esta figura más de 50 artículos entre los cuales hay sin duda incongruencias e inconsistencias. Así ocurre, por ejemplo, en lo relativo a la caracterización de estos fideicomisos, ya que la Ley Federal de las Entidades Paraestatales señala que serán auxiliares del Ejecutivo Federal en actividades prioritarias (artículo 40) y por su parte la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria dispone que sean auxiliares en áreas prioritarias y estratégicas del desarrollo (artículo 9). He ahí una incongruencia que debe ser subsanada.

Siendo muchas las disposiciones adjetivas que regulan el fideicomiso público federal, tanto a nivel de leyes como a nivel de reglamentos y disposiciones administrativas, se generan complicaciones en diversos aspectos para, por ejemplo: la caracterización de los fideicomisos públicos; la delimitación entre los que, siendo públicos, son entidades paraestatales y los que, siendo públicos también, no son entidades paraestatales; la identificación de facultades de los funcionarios públicos en la creación de fideicomisos; la identificación de la secuencia procesal para la creación de fideicomisos públicos; la precisión de las facultades y responsabilidades que corresponden a las instancias que intervienen en los fideicomisos públicos (fiduciaria, coordinadora de sector, dependencia presupuestalmente involucrada, dependencia programáticamente involucrada, etc.); la clasificación de la información relativa a estos fideicomisos, para propósitos de divulgación al público; la identificación del alcance de las facultades de las instancias de supervisión y control.

En cada uno de los siete casos enunciados podemos encontrar alguna dificultad de mayor o menor grado, pero todos ellos afectan sin duda la eficacia de la utilización del fideicomiso. Hagamos a continuación un esbozo de la situación que priva en cada supuesto:

a) La identificación de los fideicomisos públicos.

La multiplicidad de normas ha provocado un importante grado de incertidumbre respecto del comportamiento de quienes intervienen en los fideicomisos públicos, pues el marco no es claro ni para las partes fideicomitentes (entre las cuales es necesario considerar tanto a la administración centralizada como a la paraestatal), ni para las partes

fiduciarias, que lo son tanto la banca múltiple como la banca de desarrollo, sin descartar a otros intermediarios financieros autorizados para actuar como fiduciarios.

El artículo 9 de la Ley Federal de presupuesto y Responsabilidad Hacendaria contiene referencias para identificar lo que es un fideicomiso público. Atendiendo a lo que se señala en el artículo primero de la misma ley, habría que considerar que tales referencias tienen sólo efectos presupuestales y de control de los recursos públicos, sin embargo, el referido artículo 9 hace una enunciación concreta y específica de características que difieren de las señaladas en la legislación que por su materia sí tiene por propósito definir cuáles son las dependencias y entidades de la administración pública federal; nos referimos a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y a la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, respectivamente, y en ese orden. El resultado es claramente generador de confusión, lo que impide contar con certeza en la identificación de los fideicomisos públicos.

- b) La delimitación entre los que, siendo públicos, son entidades paraestatales y los que, siendo públicos también, no son entidades paraestatales.

A manera de ejemplo podemos citar que en el segundo párrafo del artículo 9 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria se establece que los fideicomisos no considerados entidades se podrán constituir con autorización del Ejecutivo Federal. El término "entidades" es uno de los que están definidos en el artículo 2 de la misma Ley y resulta ser que la definición remite a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la cual no distingue entre los fideicomisos que son entidades de la administración pública federal paraestatal y los que no lo son.

He ahí un caso ilustrativo de las deficiencias que aquejan a la legislación que nos ocupa y que conviene eliminar, por más que en lo administrativo nos topemos con más frecuencia de lo deseable con este tipo de situaciones.

- c) La identificación de facultades de los funcionarios públicos en la creación de fideicomisos.

En concordancia con lo expresado en el apartado inmediato anterior podemos afirmar que si la legislación es confusa en la identificación de lo que debe entenderse por fideicomiso público paraestatal y fideicomiso público no paraestatal, resulta explicable que se susciten dudas sobre el marco de actuación de los funcionarios públicos en el proceso de creación de los fideicomisos públicos.

- d) La identificación de la secuencia procesal para la creación de fideicomisos.

El procedimiento para la creación de los fideicomisos públicos está previsto en la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y en su Reglamento. Estos ordenamientos prevén la realización simultánea de actos de diferente naturaleza y alcance, lo que impide contar con certeza respecto del trámite a seguir. Así ocurre por ejemplo cuando en la Ley se señala que la dependencia o entidad fideicomitente deberá contar previamente con informe y autorización de la SHCP y por su parte el Reglamento establece que el informe lo debe rendir la dependencia o entidad fideicomitente (Artículos 9 y 214, respectivamente). En la lógica del funcionamiento de las cosas, se aprecia que lo erróneo está en el texto de la Ley y seguramente en la práctica se le da preeminencia a lo que dispone el Reglamento sin hacer énfasis en la contradicción, pero lo cierto es que se trata de una incongruencia que conviene subsanar y que es un caso de los que en la práctica suelen ser usados por los órganos de supervisión para cuestionar por fruslerías la actuación de los funcionarios públicos.

- e) La precisión de las facultades y responsabilidades que corresponden a las instancias que intervienen en los fideicomisos (Fiduciaria, Coordinadora de Sector, Dependencia presupuestalmente involucrada, Dependencia programáticamente involucrada, etc.)

A la incertidumbre contribuyen algunas disposiciones legales que plantean regímenes diferentes en tratándose de fiduciarios de banca múltiple y de banca de desarrollo, sin que en la distinción se encuentre ninguna razón lógica para fideicomisos de igual objetivo. Es el caso del régimen en materia de adquisiciones que se señala en la fracción II del artículo 5 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, régimen que es distinto si el fiduciario es banco múltiple o banco de desarrollo.

Un ejemplo claro de contradicción (antinomía impropia) lo es el artículo 43 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales que establece que en ciertas condiciones la institución fiduciaria, de común acuerdo con la coordinadora de sector, instruirán al delegado fiduciario. Esta disposición resulta impropia con respecto a lo dispuesto por el artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito que señala que en las operaciones de fideicomiso, dichas instituciones desempeñaran su cometido y ejercerán sus facultades por conducto de sus delegados fiduciarios. La disposición contenida en el citado artículo 43, implica que, en teoría, el delegado fiduciario se instruya a sí mismo.

Desde el punto de vista presupuestal la regulación de los fideicomisos públicos es especialmente difícil. Rigen para el caso las mismas normas

que para cualquier otra erogación de recursos públicos, pero a tal regulación es necesario agregar la que abarca los capítulos de creación, modificación, extinción, registro e información periódica que es necesario presentar a la Subsecretaría de Egresos de la Secretaría de Hacienda. Sólo para ilustrar sobre la referida complejidad, conviene mencionar que conforme a los artículos 214 y 215 del Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, para la creación de un fideicomiso público se requieren por lo menos 8 diferentes trámites, algunos de los cuales involucran, de manera indelegable, al Titular de la Dependencia o Entidad que aporte los recursos materia del fideicomiso, lo que significa hacer intervenir, para un trámite, a un Secretario de Estado o al Director de un organismo descentralizado o de una empresa de participación estatal mayoritaria, lo cual no es práctico en manera alguna.

- f) La clasificación de la información relativa a estos fideicomisos, para propósitos de divulgación al público.

A propósito del fideicomiso público es posible formular diversas preguntas inquiriendo sobre la pertinencia de su existencia. Las preguntas surgen por información que es del dominio público y que dejan ver, a los ojos de cualquier lector, que se le usa por los gobernantes para propósitos que no resultan del todo claros en los términos de la información a la cual tiene acceso el público.

Esto es muestra de que hay un manejo inadecuado de la información que se transmite al público en general, pues idealmente debiera informársele con precisión a efecto de que conozca con la mayor claridad posible cómo se manejan los recursos públicos. Debiera prevalecer sin duda la transparencia.

Lamentablemente no es así y existen vicios en la transmisión de los datos que llegan al público que por lo regular los recibe sólo de manera parcial y con el enfoque que el medio de comunicación quiera darles de acuerdo a su criterio u orientación política.

A eso es necesario sumar que las autoridades actúan de manera contraria, por absurdo que parezca, a sus propios intereses, sea por ignorancia, sea por torpeza, y nunca proveen a clarificar la información del dominio público, ni siquiera cuando todo apunta a descalificar gravemente su propia actuación.

En la materia que nos ocupa, recurrentemente surgen informaciones por las cuales se censura la existencia de varias operaciones fiduciarias constituidas por el Gobierno Federal. Así, por ejemplo, se dice que existen numerosos fideicomisos públicos a través de los cuales se manejan muy cuantiosas sumas de recursos en numerario que, por ser materia de esos

fideicomisos, escapan al control de las autoridades correspondientes; también se dice que cuando se pide información en términos de la legislación de la materia, (acceso a la información pública), se la niega pretextando el “secreto fiduciario”.

Otros acontecimientos en asuntos específicos han contribuido a generar incertidumbre sobre los fideicomisos públicos. Tal es el caso de un fideicomiso vinculado con la empresa cuyas siglas son ISOSA y que se ha convertido en un caso ejemplificativo de todo género de dudas sobre la actuación de las autoridades públicas. Otro caso es el fideicomiso creado para el pago de ciertas prestaciones a los Magistrados del Tribunal Federal Electoral, fideicomiso que fue objeto de comentarios varios en tono por demás crítico.

Algunos asuntos públicos que se manejan a través de fideicomisos son por sí mismos de la máxima importancia, es decir, el fideicomiso no contribuye a convertirlos en tema de significación especial y sí por el contrario suele constituir un ingrediente de complejidad. En este tipo de asuntos, el exceso de reglamentación es fuente de imprecisiones graves, pues al factor político o de razones de Estado que reviste el tema en cuestión, es menester sumarle la complejidad de la regulación administrativa propia del fideicomiso público, la cual resta efectividad y oportunidad a las acciones que en otras condiciones pudo haber tomado la autoridad de no haber colocado el asunto en un marco regulatorio tan complicado. Juega al respecto un papel preponderante el régimen de responsabilidad de los funcionarios públicos y tal pareciera que se crea el fideicomiso con el propósito de eludirla o tratar de trasladarla hacia otras instancias, generalmente las del fiduciario.

Estos hechos no guardan en sí mismos una relación directa con las virtudes o inconvenientes de los fideicomisos públicos, pero son ilustrativos de acontecimientos que surgen en el marco de una legislación muy compleja que no es del general conocimiento y que dificulta dar una puntual explicación, pues, por una parte, tendrían que abordarse particularidades de carácter técnico que no es fácil explicar (lo que representa obstáculos para hacer llegar aclaraciones al público en general), y por otra parte es muy posible que las propias autoridades desconozcan dichas particularidades lo que las hace temer cualquier pretendida explicación, sin descartar en algún caso como lo fue el del “secreto fiduciario”, cierta dosis de perversidad en el ánimo de las autoridades fideicomitentes que lo usaron como pretexto (fue un argumento sin sustento en la ley toda vez que el fiduciario es el destinatario de la prohibición a que se refiere la figura del “secreto fiduciario”) para no dar información.

- g) La identificación del alcance de las facultades de las instancias de supervisión y control.

Si las normas que regulan el fideicomiso público fueran menos y hubiese congruencia entre ellas resultaría relativamente fácil el manejo de los fideicomisos de ese tipo. Incluso las propias autoridades supervisoras tendrían una mejor visión del marco de regulación y les sería más claro el alcance de sus facultades, lo que les evitaría recibir respuestas negativas por peticiones infundadas; dicho de otra manera, podrían canalizar sus exigencias con sustento en normas que serían de fácil comprensión.

La profusión de normas lleva al error tanto a autoridades como a estudiosos de la figura, aunque claro es que tiene relevancia el de las primeras. Es el caso de que las instancias de supervisión, teniendo frente a sí un conjunto tan vasto, no atinan a encuadrar adecuadamente los propósitos de su indagación; saben que deben verificar la aplicación de los recursos públicos, pero no tienen claridad sobre las reglas que necesitan tomar como referencia para constatar la legalidad de las acciones. De esta manera equivocan el supuesto y atribuyen al acto consecuencias que no le corresponden y exigen de los supervisados la asunción de conductas sin sentido respecto de lo revisado; el desacuerdo surge y genera conflictos que incluso han llegado a los tribunales, pues las instancias de revisión han pretendido exigir lo que no les es dado. De ello dan cuenta múltiples casos que se viven diariamente entre las dependencias y entidades fideicomitentes y las instituciones fiduciarias.

Ilustra lo anterior una resolución del Pleno de la Corte, ante una controversia constitucional promovida por el Ejecutivo Federal en contra de actos de la Auditoría Superior de la Federación que estimó que los recursos que se depositaron en un fideicomiso público debieran haber sido enterados a la Tesorería de la Federación. La Corte resolvió que los recursos en cuestión no eran fiscales y por tanto no había lugar a cuestionar su entrega al Fiduciario de dicho fideicomiso, de donde se infiere que el mencionado órgano de fiscalización carecía de competencia para revisar el uso de los aludidos recursos y por tanto para fincar responsabilidades como lo pretendía respecto de tres altos funcionarios federales¹.

Como se ha anotado, la situación de la regulación del fideicomiso público es particularmente compleja y da lugar a muchas situaciones que son conflictivas. A ello se suma lo que ya se refirió antes: la percepción generalizada es que cuando de fideicomisos públicos se habla, se está en presencia de algo con connotaciones negativas y a lo cual contribuye la tendencia entre los medios de comunicación para censurar al fideicomiso. Se critica al fideicomiso, como si la

¹ Controversia constitucional 84/2004

figura fuera la causa directa de las conductas ilícitas, y así se generan apreciaciones equivocadas entre grupos importantes de la población².

En suma, el fideicomiso público está afectado en las posibilidades de su utilización eficaz, por problemas derivados de una legislación con deficiencias, y una deformada información que sobre él se proporciona al público en general.

Los problemas derivados de los defectos de la legislación, son técnicamente subsanables; es posible corregir los inconvenientes que existen en las normas que regulan al fideicomiso público. En la medida en que la legislación sea clara y congruente se contribuirá a evitar que se critique sin razón a la figura y se proveerá a un marco regulatorio que facilitará la identificación de las conductas fuera de la ley, mismas que siempre han estado presentes en el terreno de los hechos, con independencia del medio jurídico respecto del cual se hayan llevado a cabo. Asumir, como erróneamente se hace, que hay una liga directa entre la ilicitud de ciertas conductas con el fideicomiso, además de muestra de ignorancia, es tan torpe como suponer, por ejemplo, que la sociedad anónima es inconveniente habida cuenta del incumplimiento de las obligaciones fiscales que en muchas de ellas se incurre. La licitud es requisito de esencia en la formación de todo fideicomiso, los públicos, por supuesto incluidos. Es muy poco probable, extremadamente improbable, aunque no imposible como hecho, que se establezca un fideicomiso con fines ilícitos, pero a fortalecer la probabilidad de la licitud se proveerá, en la medida en que la legislación que a los de carácter público regula, sea clara, sencilla, transparente.

En este trabajo se pretende analizar tan sólo uno de los siete casos antes mencionados, ya que es, sin duda, el de mayor trascendencia, porque se refiere a la caracterización del fideicomiso público e involucra la verificación de congruencia entre disposiciones de la Carta Magna y de leyes a ella secundarias, es decir, estamos hablando de una situación que nos permite verificar la validez de normas desde el punto de vista constitucional. Los otros seis casos son importantes, pero están referidos a legislación ordinaria y reglamentaria tan sólo y ameritan un tratamiento sumamente detallado que puede ser planteado en trabajos de otra naturaleza.

En el curso de este trabajo, se lleva a cabo un análisis de diversas teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso y también se efectúa un repaso de sus elementos, tanto los personales, como los materiales y formales,

² En tan sólo tres meses y medio meses, del 16 de noviembre de 2008 al 1 de marzo de 2009, y tan sólo en el periódico diario Reforma, se publicaron cinco reportajes con los que se hizo una crítica del fideicomiso público, con títulos escandalosos, como sigue: a) 16 de noviembre del 2008, suplemento Enfoque, página 2, "Donativos y fideicomisos: opacidad latente". Autor: Sara Murúa; b) 12 de enero de 2009, 1ª sección, Nacional, página 6, "Señalan corrupción en los fideicomisos". Autor: Claudia Guerrero; c) 13 de enero del 2009, 1ª sección, Nacional, "Tiene el poder judicial jugosos fideicomisos". Autor: Víctor Fuentes; d) 19 de enero de 2009, 1ª sección, Opinión, "Triple obstáculo a fideicomisos", Autor: Juan Ciudadano; e) 1 de marzo de 2009, Suplemento Enfoque, página 4 y sig., "Fideicomisos: la caja negra del 2008", Autor: Martha Martínez.

además de otros elementos que la ley establece; con ello se proporciona una visión panorámica del fideicomiso mexicano.

Después se aborda la estructura del fideicomiso público y se le analiza a la luz de las normas de derecho administrativo que lo rigen, tratando problemas tanto de carácter patrimonial como presupuestal en la administración pública, al tiempo que se hace una clasificación del fideicomiso público en razón de sus características de acuerdo a las leyes que inciden en su regulación.

Posteriormente se hace un análisis de las normas que se han establecido para procurar el control del fideicomiso público, partiendo de algunas consideraciones de hecho que se manejan a manera de antecedentes y que son útiles para explicar cómo el comportamiento de las autoridades ha hecho indispensable el establecimiento de mecanismos de control, y cómo es que esos mecanismos han influido en la regulación del fideicomiso.

Por último se encontrará una interpretación sistemática de las disposiciones que configuran al fideicomiso público, desde sus orígenes en la regulación constitucional, pasando por otras normas secundarias, y vinculándolas a todas ellas para efectos de la mencionada interpretación, a efecto de lograr la identificación de las debilidades que pueden afectar el manejo de esta figura, no sólo por incongruencias, sino en razón de su validez a la luz de las disposiciones constitucionales. Todo lo mencionado es el antecedente lógico de una propuesta conceptual de mejora en la regulación, que constituye la tesis del sustentante partiendo de la hipótesis de considerar que la regulación del fideicomiso público necesita modificaciones para eliminar las deficiencias que obstaculizan su manejo en el campo de la administración pública.

Con la estructura que se acaba de referir, en este trabajo se procura dejar en claro que el fideicomiso es una institución jurídica que encierra conceptos de enorme riqueza y que es del todo inadecuado que se le censure por acontecimientos que no le son propios, pero al mismo tiempo, se hace énfasis en la conveniencia de llevar a cabo modificaciones que eliminen los defectos que hoy aquejan a la legislación que la regula en sus aplicaciones para los efectos de actos de gobierno, pues de esta manera se le fortalecerá para que siga siendo un medio jurídico de la mayor eficacia en la consecución de propósitos de todo género.

CAPÍTULO PRIMERO

NOCIONES DE FIDEICOMISO

I. GENERALIDADES

El fideicomiso es una figura jurídica que tiene gran aceptación entre el sector público y el sector privado de nuestro país, ya que es un medio para la realización de propósitos de muy diverso orden, gracias a su flexibilidad y versatilidad.¹

Al fideicomiso se recurre para poner en práctica proyectos privados de inversión en diferentes áreas como la turística, la habitacional, industrial, o agrícola, o para la creación de reservas físicas destinadas a cubrir prestaciones en favor de los trabajadores, por citar algunos casos entre los más conocidos, pero también tiene aplicación para la satisfacción de intereses personales de quienes han encontrado en la figura un medio adecuado para tutelar o proteger a los integrantes del núcleo familiar, asegurando beneficios, por ejemplo, de educación o alimentación.

En el ámbito de la administración pública el fideicomiso ha sido utilizado para llevar a cabo programas del gobierno federal o de los gobiernos de los estados, a efecto de impulsar el desarrollo de algún sector de la economía, o para brindar apoyo a ciertos grupos de la población, o para atender necesidades específicas como consecuencia de los embates de la naturaleza, o con la finalidad de destinar recursos a la organización de otros acontecimientos que ameritan de un esfuerzo particular, cual ha sido el caso de conferencias internacionales en foros económicos.

El fideicomiso en sus inicios generó muchas dudas y recibió fuertes críticas de quienes consideraron que se trataba de algo ajeno a nuestra cultura y régimen jurídicos e incluso en la iniciativa de ley que dio como resultado la General de Títulos y Operaciones de Crédito, se mencionó que el fideicomiso representaba riesgos de importación de figuras extrañas, pero que se le adaptaba a nuestro sistema legal, pues podría servir a propósitos que no se

¹ Sergio Monserrit Ortiz Soltero, en su libro *El fideicomiso mexicano* (3ª ed México, Porrúa, 2006, p. 175), hace una enunciación más o menos amplia de los ámbitos de aplicación del fideicomiso y así cita: en la construcción y comercialización de desarrollos turísticos, de desarrollos inmobiliarios de vivienda media y popular, de desarrollos turísticos destinados al régimen de tiempo compartido; en la emisión de acciones societarias para mexicanizar empresas; en la constitución de fondos para que los inmigrantes rentistas cumplan con las condiciones impuestas por la Ley; en la constitución de empresas maquiladoras en la zona fronteriza del país; en la adquisición de inmuebles, por parte de terceros, en la “zona restringida”; en la constitución de fondos para el pago de pensiones por jubilación, becas educacionales para los hijos de trabajadores, pago de primas de antigüedad, pago de despensas y gatos funerarios, cajas de ahorro, fomento de la investigación y desarrollo tecnológico; en la emisión de acciones, obligaciones quirografarias o cualquier título sujeto a oferta pública, bonos carreteros, certificados de participación mobiliaria e inmobiliaria; en la construcción de parques industriales ; en la constitución de garantías a entidades financieras del exterior; en los sistemas de comercialización de bienes o servicios mediante la integración de grupos de consumidores; en la administración de bienes; en la inversión de capitales.

lograrían por el mero juego de otras instituciones jurídicas, o que por lo menos exigirían una complicación extraordinaria en la contratación.

Cuando en 1932 se promulgó la ley antes mencionada, se inicia la vida del fideicomiso en México, pues, aunque es cierto que antes de esa fecha ya había habido varios intentos de establecer la figura, todos ellos fueron insuficientes y por tanto con resultados casi nulos en la práctica.

Hoy día, la figura del fideicomiso tiene poco más de tres cuartos de siglo de vida, y durante este tiempo se observa en ella un importantísimo desarrollo. Durante la mayor parte del lapso antes mencionado, la regulación en la Ley de Títulos permaneció igual y sin cambio. Fue en 1993 cuando se dio la primera modificación para permitir la intervención de las casas de bolsa, aseguradoras y afianzadoras como fiduciarias. Tres años después se dio el segundo cambio cuando se estableció la posibilidad de que la institución fiduciaria fuera a la vez fideicomisaria en el mismo fideicomiso, siempre y cuando éste tuviera por finalidad el servir como fuente de pago de créditos adeudados a la propia institución fiduciaria. Sin dejar de mencionar las modificaciones del 2008, otros dos cambios realizados respectivamente en los años 2000 y 2003 son parte de un importante esfuerzo legislativo por establecer condiciones propicias para que fluyese el crédito que en los años anteriores había estado estancado; es así que se introdujo la figura del fideicomiso de garantía en un esquema inconveniente al inicio y reformado en el 2003 para darte mayor viabilidad.

En lo sustantivo, la legislación reguladora del fideicomiso ha tenido el comportamiento que antes ha quedado referido. En lo adjetivo, dicha regulación ha seguido la suerte de la legislación bancaria, pero en términos generales el contenido de esas normas adjetivas es prácticamente igual desde que se promulgó en 1941 la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, con adecuaciones de forma contenidas en las leyes posteriores a la citada.

Como ya se dijo, en el año 2008 se produjeron algunos pequeños cambios, con motivo de las reformas a la Ley de Instituciones de Crédito y a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el primero de febrero y el 20 de agosto del año invocado. De ellas destacan la adición de una causal de extinción del fideicomiso, para el caso de que no se cubran al fiduciario los honorarios que se hayan pactado en su favor, y la inclusión de las uniones de crédito entre las instituciones facultadas para desempeñar el cargo de fiduciarias en fideicomisos de garantía.

Ahora bien, en el contexto de la legislación adjetiva, es necesario referir que la modificación más significativa es producto de los cambios efectuados en las normas relativas al funcionamiento de la banca, ya que, en la Ley de 1941 se facultaba para realizar un gran número de operaciones a las instituciones que gozaban de concesión para actuar como fiduciarias², y ahora, de esas

² La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, disponía: “Artículo 44.- Las sociedades o las instituciones de crédito que disfruten de concesión para llevar a cabo operaciones fiduciarias, estarán autorizadas en los términos de esta ley: a) Para practicar las operaciones de

operaciones, en la vigente Ley de Instituciones de Crédito, únicamente tres están expresamente identificadas como aquéllas que corresponden a ese mismo ramo: nos referimos a los fideicomisos, mandatos y comisiones. Así resulta de la lectura relacionada de la fracción XV del artículo 46 y del artículo 80 de la segunda de las leyes citadas³ y, en consecuencia, conforme a la ley en vigor, la actividad fiduciaria queda reducida al desempeño de esas tres actividades.

Ahora bien, las operaciones fiduciarias están incluidas en el capítulo de los servicios que prestan las instituciones de crédito; esto es, el género de la actividad es el de servicio, y los fideicomisos, mandatos y comisiones son especies de aquél, de manera tal que para abordar el estudio del fideicomiso, cual se pretende en este trabajo, es indispensable iniciar por el tratamiento del género, razón por la cual a continuación haremos una revisión de los servicios.

A. Servicio Bancario.

La actividad bancaria tiene muchas facetas, pues lo mismo se la identifica en la

fideicomiso...b) para intervenir en la emisión de toda clase de títulos de crédito...; para actuar como representantes comunes de los tenedores de títulos; para hacer el servicio de caja o de tesorería...; para tomar a su cargo los libros de registro correspondientes y para representar a los socios, accionistas, acreedores u obligacionistas en juntas o asambleas; c) Para desempeñar el cargo de comisario o miembros del consejo de vigilancia de sociedades...; d) Para encargarse de llevar contabilidad y libros de actas y de registro de toda clase de sociedades y empresas; y para ceder su domicilio para pagos, notificaciones, celebración de juntas o asambleas...e) Para desempeñar la sindicatura o encargarse de la liquidación judicial o extrajudicial de negociaciones, establecimientos, concursos o herencias; f) Para desempeñar los cargos de albacea, ejecutor especial, interventor, depositario judicial, representante de ausentes o ignorados, tutor o curador y patrono de instituciones de beneficencia; g) Para administrar toda clase de bienes inmuebles que no sean fincas rústicas... h) Para encargarse de hacer avalúos...i) Para emitir certificados, haciendo constar la participación de los distintos copropietarios...i)-bis También estarán autorizadas para emitir los certificados de vivienda... j) Para recibir en depósito, administración o garantía, por cuenta de terceros, toda clase de bienes muebles, títulos o valores; k) Y en general para llevar a cabo cualquier clase de negocios de fideicomisos y para desempeñar toda clase de mandatos y comisiones...”

³ Como se ha anotado, la Ley de 1941 contenía una clara y expresa mención de las facultades que se conferían a las instituciones fiduciarias. La fracción IV del artículo 45 de la misma Ley señalaba que: “IV.- Las instituciones fiduciarias desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de uno o más funcionarios que se designen especialmente al efecto...” De la lectura de esa fracción se desprende con claridad que las instituciones fiduciarias estaban representadas por ciertos y específicos funcionarios, sin que en la ley hubiese alguna denominación que los identificara, aunque por razón de los usos bancarios ya se les señalaba como delegados fiduciarios. Este régimen continuó igual en la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1983, y fue hasta 1985, cuando en la ley bancaria de ese año que tomó el mismo nombre que el de su predecesora, se recogió en el texto legal la denominación de delegados fiduciarios en el artículo 61 que al efecto establecía: “Art. 61.- En las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 30 de esta Ley, las instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios”. El hecho de que la representación legal de los bancos para la actividad fiduciaria haya quedado en manos de los funcionarios que en la práctica fueron identificados como delegados fiduciarios y que tal denominación haya pasado a la ley, y que en esta, a partir de 1985, se les atribuya la representación para fideicomisos, mandatos y comisiones, es lo que lleva a considerar que la actividad fiduciaria, en sentido estricto, queda restringida a esas tres operaciones. Las demás que hoy todavía establece la ley de Instituciones de Crédito en las fracciones de la XVI a la XXII del artículo 46 y que en el texto de la ley de 1941 eran de las que correspondían a la actividad fiduciaria, estimamos que pueden ser catalogadas como actividades fiduciarias en sentido amplio en razón de sus connotaciones y de los antecedentes que aquí han quedado referidos.

apertura de una cuenta de ahorros, que en el otorgamiento de un crédito, o en una inversión de capital de riesgo en un proyecto nuevo de larga maduración.

Todas esas facetas se llevan a cabo en estrecha vinculación con el público en general, sea captando recursos, cual ocurre en el caso de la cuenta de ahorros, o bien sea canalizando esos recursos hacia terceras personas como sucede en los otros dos ejemplos.

En ese tenor de cosas, la actividad bancaria está caracterizada como una opción hacia el público para que reciba servicio de las organizaciones que se dedican al ejercicio de la misma. Así, el que tiene recursos monetarios, sin importar su cuantía, tiene la posibilidad de encomendar su custodia a un tercero, es decir, de pedir a ese tercero que reciba los recursos para que los detente por encargo que para tal efecto se le haga. De semejante manera se nos presenta el caso de que, quien necesita recursos para un objetivo dado, puede acudir a quien los tiene a efecto de solicitar que se los facilite.

Los dos extremos de la relación están representados por el depositante de un lado y el solicitante de recursos por el otro; en el medio está la banca que recibe dinero de quien lo tiene y lo entrega a quien lo necesita. Dicho de otra manera, la banca tanto sirve a los depositantes, como sirve a quienes necesitan de recursos.

La banca es pues un servicio y así lo tipifica la Ley de Instituciones de Crédito en su artículo segundo que establece que *“...se considera servicio de banca y crédito la captación de recursos del público en el mercado nacional para su colocación en el público, mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados”*.

Conviene mencionar que para algunos autores no es adecuado identificar un servicio de “banca y crédito”. En ese sentido se pronuncia Humberto Enrique Ruiz Torres cuando dice: *“Al parecer, es un exceso del legislador hablar de banca y crédito para referirse al mismo fenómeno y quizá resulte más adecuado considerar como servicio de banca a todos los actos jurídicos que la ley permite realizar a los bancos, entre los cuales quedan comprendidos los créditos”*. Concluye este autor proponiendo como concepto de servicio de banca: *“...las actividades activas, pasivas y de servicios que conforme a la ley son atribuidas a las instituciones de crédito (banca múltiple y banca de desarrollo), incluyendo, de manera exclusiva, la recepción de depósitos irregulares de dinero en cuenta de cheques”*⁴

Creemos que la opinión del autor citado, con las modalidades que apunta, nos permiten reforzar la tesis de que la actividad bancaria, en su conjunto, es un servicio. Ahora bien, es pertinente mencionar que del concepto que nos da la ley, es posible extraer algunos elementos, de cuyo repaso nos ocuparemos en seguida: el primer elemento es la captación que es la actividad a través de la cual la banca recibe del público la encomienda de la custodia de sus recursos

⁴ Ruiz Torres, Humberto Enrique, *Derecho bancario*, 1ª ed., México, Oxford, 2003, pp 41 y 42.

monetarios; en segundo lugar tenemos a la colocación que es la actividad a través de la cual la banca hace llegar los recursos hacia el público en general y cuya manifestación más frecuente, cotidiana y conocida, es el crédito; en tercer lugar señalaremos a las obligaciones de las instituciones de crédito en lo que toca a reintegrar el principal depositado por el público y de pagar a éste una contraprestación (intereses) durante el tiempo en el cual los recursos permanezcan depositados.

El servicio de banca y crédito según la descripción que del mismo se hace en la ley, representa para las instituciones que lo ofrecen la posibilidad de recibir recursos del público, con la consecuente obligación de devolverlos en un momento dado, e incluso de pagar por el uso de ellos una contraprestación que equivale a los intereses o rendimientos que el público ahorrador recibe por su dinero. Las obligaciones que tienen los bancos con respecto al público, son un pasivo y provienen de todas las operaciones de depósito de dinero, pero también se generan pasivos a cargo de las instituciones de crédito por aceptar préstamos, así como de la emisión de bonos bancarios y obligaciones subordinadas.

El extremo opuesto de la relación está identificado por el conjunto de operaciones a través de las cuales las instituciones de crédito toman el carácter de acreedoras en las operaciones que celebran con el público en general. En estos casos su posición ya no es pasiva, sino que resulta ser activa. Las operaciones que corresponden a esta posición, es decir, las activas, son aquellas por virtud de las cuales los bancos hacen llegar al público que los solicita, los recursos previamente captados. Las formas a través de las cuales se provee a la colocación de los recursos son varias, pero en todos los casos las instituciones de crédito toman un carácter acreedor. Así ocurre al efectuar descuentos, préstamos o créditos; también cuando se expiden tarjetas de crédito o en los casos de celebración de operaciones por cuenta de terceros (aceptaciones bancarias, endosos, avales o emisión de cartas de crédito), sin dejar de mencionar algunas otras operaciones como el arrendamiento financiero, el factoraje o las inversiones de capital, respecto de las cuales no hay uniformidad en su tratamiento doctrinal, pues encontramos diferencias entre los autores de obras en materia de derecho bancario.⁵

Es importante hacer notar que el flujo que se genera a partir de la captación para llegar a la colocación de los recursos y después transcurrir a la inversa hasta llegar al punto en el cual se reintegra al público lo depositado, implica una particularidad en el manejo de la figura de depósito, la cual se explica de la siguiente manera. En términos generales quien deposita un bien, encomienda al depositario la guarda y custodia del mismo; éste por su parte asume el compromiso de conservar dicho bien y reintegrarlo sin demérito al depositante.

⁵ El Dr Jesús de la Fuente Rodríguez, en su *Tratado de derecho bancario y bursátil*, (5ª ed, México, Porrúa, 2007, Tomo I, p. 409) incluye al arrendamiento financiero entre las operaciones activas; Humberto Enrique Ruiz Torres, en su *Derecho bancario* (1ª ed., México, Oxford University Press, 2003, p. 95) adiciona el factoraje financiero, así como el promover la organización de empresas; por su parte, Mendoza Martell y Preciado Briceño, en su obra *Lecciones de derecho bancario* omiten las operaciones aquí citadas.

Así está establecido en los artículos 2516 y 2522 del Código Civil Federal.⁶ Las cosas ocurren así porque, en lo general, los depósitos se constituyen respecto de bienes no fungibles, pero en el caso de los depósitos bancarios tenemos una principal diferencia ya que el bien depositado es aquel que es el bien fungible por excelencia, esto es, el dinero.

Esa diferencia abre la posibilidad de disponer de los bienes depositados en la medida en que se les reponga por otros en igual cantidad. Esta posibilidad de disposición que no existe en el depósito en lo general, constituye la particularidad de referencia y hace que los doctrinarios digan que el depósito bancario es un depósito irregular. Dice al respecto Joaquín Rodríguez Rodríguez: *“Se llama depósito irregular, porque el banco depositario adquiere la propiedad del dinero depositado, y no tiene la obligación de restituir el mismo dinero que fue objeto del depósito, sino otro tanto de la misma especie y calidad”*.⁷

Ahora bien, en adición a las operaciones pasivas y activas que están plenamente identificadas en el concepto de servicio de banca y crédito, la ley faculta a los bancos para desempeñar un tercer género de actividad que es el de los servicios.

Los servicios están identificados por un conjunto de actividades que pueden ser tipificadas como fiduciarias tomando en cuenta el antecedente histórico que ya quedó mencionado antes.⁸ Se les llama fiduciarias por la existencia de un factor preponderante consistente en la confianza que el público deposita en las instituciones de crédito. Se trata de actividades que por su naturaleza requieren de ese factor que provoca una previa rigurosa selección del prestatario en atención a sus calidades técnicas, aunque también tienen importancia las referencias de prestigio. Son operaciones cuya realización es materia de encargo solo si quien ha de llevarlas a cabo reúne las características necesarias, pues no a cualquiera se le daría la encomienda correspondiente.

Los servicios a que nos referimos son los siguientes: representaciones comunes; servicio de caja y tesorería; llevar contabilidades, libros de actas y de registro; albaceazgos, sindicaturas y liquidaciones; avalúos y cajas de seguridad. Al conjunto de todos ellos se les conoce como servicios fiduciarios en sentido amplio.

De esos servicios fiduciarios, de los que con mayor frecuencia se demandan

⁶ **Artículo 2516.-** El depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble que aquél le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida al depositante.

Artículo 2522.- El depositario está obligado a conservar la cosa objeto del depósito, según la reciba, y a devolverla cuando el depositante se lo pida, aunque al constituirse el depósito se hubiere fijado plazo y éste no hubiere llegado.

En la conservación del depósito responderá el depositario de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieren por su malicia o negligencia.

⁷ Rodríguez y Rodríguez Joaquín, *Derecho mercantil*, 15ª ed. México, Porrúa, 1980, p. 58.

⁸ Vid. supra, p. 3

tenemos al de las representaciones comunes y al de los avalúos. Los servicios de cajas de seguridad, son frecuentes a nivel individual; los de sindicaturas y liquidaciones son de uso muy esporádico y de los demás, se puede decir casi sin temor a equivocación, que han caído en desuso.

Por su importancia, sin considerar la frecuencia de su utilización, creemos que destacan los casos de las representaciones comunes, sindicaturas y liquidaciones, por lo que conviene dar un breve concepto de cada uno de ellos.

La representación común (Ley de Instituciones de Crédito, art. 46 fr. XVII) es un mandato conferido a una persona física o moral para actuar por el conjunto de tenedores de títulos de crédito emitidos en serie o en masa en un crédito colectivo.

La representación común está prevista en los casos de emisión de:

- Obligaciones (Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, arts. 216 y 217).
- Certificados de Participación (Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, art. 228-r).
- Certificados Bursátiles (Ley del Mercado de Valores, art. 14 bis-7).

El representante común tiene como obligación principal el vigilar el comportamiento de la emisión, a efecto de tutelar los derechos de los tenedores de los títulos, en beneficio de su interés como acreedores.

La sindicatura (Ley de Instituciones de Crédito, art. 46 fr. XXI) es una función que se prestan con motivo de la entrada en un proceso de quiebra de una negociación mercantil. El síndico tiene a su cargo la administración de la empresa en quiebra a efecto de enajenar los activos y pagar a los acreedores reconocidos (Ley de Concursos Mercantiles, arts. 189 y 197).

Por último, la intervención de un liquidador se presenta con la finalidad de concluir las operaciones sociales de una sociedad mercantil que ha sido disuelta por encontrarse en alguno de los supuestos que al efecto establece el artículo 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Dicho funcionario debe vender los activos y con el producto de la venta pagar los pasivos, según lo establece el artículo 242 de la Ley antes mencionada.

Las sindicaturas y las liquidaciones son operaciones muy poco frecuentes en la banca. La utilización de la primera de ellas será aún menos frecuente ahora, en virtud de que en la nueva legislación en materia de concursos mercantiles se introdujeron una serie de mecanismos que pretenden evitar que una organización con serias dificultades financieras llegue hasta el punto de la quiebra, que es el momento en el cual el síndico tiene intervención. En el caso de las liquidaciones nos encontramos frente a procesos que desafortunadamente no se observan cuando en realidad una empresa se ve en la circunstancia de desaparecer, ya que en el terreno de los hechos, no se siguen los procedimientos formales y únicamente deja de operar cerrando sus puertas sin que se sigan las disposiciones que para el caso prevé la legislación.

Los fideicomisos, mandatos y comisiones son los servicios fiduciarios en sentido estricto. El más importante de ellos es el fideicomiso y de él habremos de ocuparnos a lo largo de este trabajo, de manera tal que ahora haremos referencia de muy breve forma a los otros dos casos.

Conforme al Artículo 2546 del Código Civil Federal, el mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga.

En la noción del mandato podemos identificar la existencia de una encomienda y de una finalidad consistente en la realización de actos jurídicos. Estos dos elementos son los que, considerando al mandato como operación bancaria, le proporcionan una naturaleza semejante a la del fideicomiso. Sobre este punto, dice Rodolfo Batiza: *“Tanta es la semejanza del fideicomiso con el mandato, que se recordará cómo las leyes de 1926, inspiradas en el Proyecto Alfaro, lo definían como un mandato irrevocable y cómo la Suprema Corte no acertó en un principio a diferenciar entre sí ambas figuras. La dificultad de la distinción deriva de la vaguedad de la misma ley, pero los antecedentes mediatos e inmediatos del fideicomiso, la doctrina que los interpreta y diversas ejecutorias de la Suprema Corte, coinciden en cuanto a que el criterio de distinción radica en la transmisión de dominio producida por el fideicomiso”*⁹

A la conclusión que apunta Batiza se arriba hoy día con mayor facilidad en virtud de la reforma a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito efectuada en el año 2003, y por la cual se introdujo, de manera expresa, la transmisión de propiedad en el concepto del fideicomiso, por lo que las diferencias doctrinarias al respecto han quedado eliminadas con la mencionada reforma, lo que hace ahora más evidente la diferencia con el mandato.

La comisión, conforme al Art. 273 del Código de Comercio es un mandato aplicado a actos concretos de comercio. Puesto que participa de la naturaleza del mandato y solo se distingue de éste en función de la materia de los actos jurídicos por realizar, es válida respecto de la comisión la explicación dada en los párrafos superiores y a ella nos remitimos para efectos de evitar ociosas repeticiones.

B. Concepto de ley

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, (LGTOC) en su art. 381 nos proporciona un concepto del fideicomiso conforme a lo siguiente:

“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”.

⁹ Batiza, Rodolfo, *El fideicomiso, teoría y práctica*, 3ª ed. México, Porrúa, 1976, p. 150.

Este es un concepto formal que tiene el inconveniente de no identificar un género que señale la naturaleza del fideicomiso, sino que alude directamente a la consecuencia de la celebración del mismo con la utilización de los vocablos “en virtud del”.

A reserva de revisar con detalle cuales son las notas que deben singularizar al fideicomiso para esclarecer su naturaleza jurídica, es indispensable hablar ahora de la esencia misma de la operación, esto es, dar un concepto fundamental o esencial.

C. Concepto esencial

Cuando se celebra un fideicomiso se da el fenómeno de la intervención de dos partes, a saber, quien lo crea (fideicomitente) y quien lo desempeña (fiduciaria).

El fideicomitente entrega a la fiduciaria ciertos bienes y encarga a ésta que los aplique a la consecución de una determinada finalidad. Es posible, pero no indispensable, que dicha finalidad persiga beneficiar a una tercera persona (fideicomisario), pero bien puede ocurrir que el beneficiario sea el propio fideicomitente, o que, simplemente, no se identifique a persona alguna como receptora del beneficio. Hay algunos fideicomisos en los cuales las circunstancias que los rodean provocan que desde su origen participen las tres partes, pero hay otros muchos en los cuales solo intervienen las dos primeras no obstante lo cual el fideicomiso será válido, ya que así lo prevé el tercer párrafo del artículo 382 de la ya mencionada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que a la letra dice: *“El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario...”*

Si se reflexiona que al crear un fideicomiso se busca que alguien lleve a cabo una finalidad deseada y que ese alguien no es ni el dueño presente de los bienes ni tampoco el beneficiario de la propia finalidad, resulta necesario apreciar, de manera general, que esa situación es producto de factores diversos, y que esos factores provocan que se busque a un tercero que es el fiduciario, a fin de que se encargue de hacer lo necesario para obtener el resultado apetecido.

Por supuesto que de un caso a otro tales factores cambian, sin embargo hay uno que está siempre presente y que se identifica en la palabra misma que denota a la figura de la que nos estamos ocupando: se trata de la confianza, la que se le proporciona al fiduciario. Pablo Macedo así lo destaca en el estudio que sobre el fideicomiso mexicano hace para prologar a la versión en español del Tratado Teórico y Práctico de los Trusts de Pierre Lepaulle¹⁰, cuando cita que en el esfuerzo de adaptación e inteligencia del trust a nuestro derecho, *“...pueden destacarse los siguientes conceptos: la confianza en el trustee como esencia del trust; la transmisión de bienes al trustee en forma de propiedad fiduciaria o legal; las limitaciones que esos conceptos implican...”* Más adelante, en el mismo estudio, Macedo refiere palabras de Toribio Esquivel Obregón, que aún cuando fueron externadas para censurar la incorporación del

¹⁰ Lepaulle, Pierre, *Tratado teórico práctico de los trusts*, 1ª ed. México, Porrúa, 1975, p. X.

fideicomiso a nuestra cultura jurídica, tienen para efectos de este trabajo el efecto positivo de destacar nuevamente el factor del que venimos hablando, pues se expresa de la siguiente manera: “...se le da una significación [al vocablo fideicomiso] que no tiene de común con la castiza y que le es propia, más que el de que ella implica confianza en determinada persona para cumplir algún encargo o administrar ciertos bienes en beneficio del dueño o de la persona que él designe, sin que tal encargo se haga especialmente en un testamento ni tenga efecto precisamente después de la muerte de quien lo hace”

Si para alcanzar la finalidad requerida es necesario, por ejemplo, poner en juego elementos técnicos que no tienen ni el fideicomitente ni el fideicomisario, ello explica la intervención del fiduciario. Si, en otro caso hipotético, para alcanzar tal finalidad, entre fideicomitente y fideicomisario no existe suficiente confianza que sustente la relación, entonces también se explica la conveniencia de la intervención del fiduciario.

Cuando la intervención de tal fiduciario se centra en razones técnicas, la confianza sigue jugando un papel preponderante, pues en muchos casos no es suficiente la destreza o sabiduría para recibir una encomienda; a las habilidades debe sumarse la confianza de los terceros respecto de la correcta aplicación de dichas habilidades para el logro del objetivo por alcanzar.

En suma, se busca la intervención de un fiduciario por la confianza que en él es posible depositar. El fiduciario se convierte en un intermediario entre el fideicomitente, los objetivos por alcanzar y el fideicomisario. El fideicomiso es sin duda, una intermediación de confianza. Decía Ricardo J. Alfaro sobre este tema, que: “Siempre es la fe que se tiene en el fiduciario¹¹ lo que impele al fideicomitente a encomendarle el encargo¹²”

Raúl Lemus García en su “Derecho Romano”¹³ señala al respecto lo siguiente: “El término fideicomiso deriva del Latín, fides que significa fe y commisus que se traduce por confiado; consecuentemente, fideicomiso etimológicamente quiere decir confiar en la buena fe, referida ésta a un tercero¹⁴”

D. Naturaleza jurídica del fideicomiso

El fideicomiso está regulado en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Conforme al artículo primero de la ley citada, las operaciones de crédito que la misma ley reglamenta son actos de comercio. Las disposiciones relativas al fideicomiso se encuentran en el título II que se refiere a las

¹¹ “Fiduciario ‘que depende del crédito y confianza; conservado para otro debido a su confianza’: latín *fiduciarius* ‘confiado en depósito; relativo a la confianza’, de *fiducia* ‘confianza’ (de *fidere* fiar, confiar” Gómez de Silva Guido, *Diccionario Etimológico de la Lengua Española*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 300

¹² Citado por Batiza, Rodolfo, op cit. Nota 8, p. 121.

¹³ Lemus García Raúl, *Derecho romano (personas-bienes-sucesiones)*, México, Editorial Limsa, 1964, p. 313.

¹⁴ En el mismo sentido se puede consultar a Corripio Fernando, *Diccionario Etimológico General de la Lengua Castellana*, 3ª ed, Barcelona, Bruguera, 1984, p. 200

operaciones de crédito. Así pues el fideicomiso es un acto de comercio, consistente en una operación de crédito.

Estas referencias, por su obviedad derivada de la ley, pudieran ser unánimemente aceptadas como suficientes para explicar la naturaleza del fideicomiso y sin embargo no es así. Se les considera insuficientes, porque ciertamente lo evidente de los datos proporcionados dice poco respecto del tema materia de estudio, apenas unas cuantas notas relativas a su aspecto formal, de manera tal que es indispensable llevar a cabo un análisis de mayor alcance para tratar de precisar su esencia.

Como es sabido, el fideicomiso provocó muchos cuestionamientos desde la época de su introducción a nuestro sistema jurídico, lo cual proviene básica y fundamentalmente, de que se dijo que se le recogía del trust,¹⁵ y que ésta es una institución que forma parte del sistema jurídico anglosajón cuyas bases de organización difieren sustancialmente de aquellas que conforman la familia romano-canónica de la cual proviene nuestro ordenamiento.

En estas condiciones, el proceso de incorporación, adaptación y aceptación a nuestra vida jurídica no resultó fácil, pues en muchos aspectos difería de lo que era comúnmente admitido. A este respecto conviene recordar que en la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 se le definía como un “mandato irrevocable”, siguiendo las ideas del jurista panameño Ricardo J. Alfaro quien en ese punto argumentaba que era indispensable darle tal tratamiento con la finalidad de acercar el fideicomiso al trust y al mismo tiempo alejarlo de la figura de igual nombre (fideicomiso) del derecho romano.

Este tipo de situaciones fueron las que provocaron inquietud entre los tratadistas que no acertaban a admitir la transformación de principios e instituciones a consecuencia de la aplicación de la nueva legislación contenida en apenas 14 artículos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Es explicable por tanto que tratando de precisar la naturaleza jurídica del fideicomiso se hayan expuesto muy diversos puntos de vista que trataremos de plantear de manera sintética.

Antes de iniciar el estudio del tema anunciado, es menester recurrir a algunas reflexiones sobre lo que la expresión “naturaleza jurídica” significa, en virtud de que al revisar lo que los expertos exponen como explicación de sus respectivos resultados en las indagaciones que han hecho para precisar la que al fideicomiso corresponde, se encuentra que aluden a objetos que no parecen tener conexión entre sí, de donde resulta que, en apariencia y dada la diversidad de resultados, la búsqueda no estaba orientada hacia lo mismo, es decir, no había una referencia básica respecto de la cual pudieran haberse planteado diferencias según lo que cada investigador hubiese hecho y hubiese obtenido.

¹⁵ Pablo Macedo reconoce en el prólogo al *Tratado teórico y práctico de los trusts*, nota 9, ser el autor del texto original del capítulo relativo al fideicomiso de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y también que ahí se logró, “captar la verdadera naturaleza jurídica del trust o fideicomiso anglosajón que se pretendió reconstruir dentro de la estructura jurídica mexicana”, p. XXXIX.

Así, lo mismo se le trata de explicar en tanto se asemeja a un contrato (el mandato), que se toma como punto de partida su aspecto patrimonial y por tanto se dice que es un patrimonio sin titular o un desdoblamiento del derecho de propiedad, o un patrimonio de afectación; otros aluden a uno de sus efectos (la transmisión de derechos) y hay quienes privilegian el enfoque del origen, esto es, un acontecimiento que tiene consecuencias de derecho, y hablan del fideicomiso como negocio jurídico, o como negocio fiduciario; por último, podemos mencionar que algunos enfocan su reflexión en su contenido obligacional y buscan la explicación en la declaración unilateral de la voluntad o acaso en el contrato en general.

Lo expuesto evidencia uno de los problemas importantes que enfrenta la ciencia jurídica y que consiste en la carencia de un método auténticamente propio y uniforme que lleve a resultados que puedan ser aceptados, por lo menos, entre la generalidad de los juriconsultos que formen parte de quienes viven sujetos a un mismo régimen jurídico. No es este el momento de abordar ese tipo de cuestiones que están totalmente fuera del marco de referencia de este trabajo; bástenos mencionar que estas situaciones impulsan fuertemente la crítica hacia el terreno de lo jurídico, cuestionando de manera severa su carácter científico.¹⁶

Para explicar que es la “naturaleza jurídica” de un objeto sujeto a análisis, es necesario indagar primero qué se entiende por naturaleza. Este vocablo tiene por lo menos cuatro connotaciones generalmente aceptadas, la primera de las cuales corresponde al uso corriente del término, esto es, el principio de vida y de movimiento de todas las cosas existentes. La segunda acepción la entiende como orden y necesidad, acentuando la regularidad del devenir. Un tercer sentido es el que habla de lo natural como aquello que está fuera de la conciencia y es lo imperfecto, lo accidental, lo mecánico y como tal, una degradación del espíritu. Finalmente, el cuarto concepto nos dice que es el campo objetivo al se refiere la observación científica; es una concepción funcional y no dogmática que no se identifica con un principio o con una apariencia metafísica, ni con un determinado sistema de relaciones necesarias.¹⁷

¹⁶ En sustento de lo mencionado, es posible referir que en los años 90 del siglo pasado, se llevaron a cabo reuniones de lo que se llamó “La Comisión Gulbenkian para la reestructuración de las ciencias sociales” Esta Comisión, integrada por diez expertos de diferentes países (seis de las ciencias sociales, dos de las ciencias naturales y dos de las humanidades), bajo la coordinación del profesor Immanuel Wallerstein, de la Universidad de Binghamton (Nueva York, USA), se reunió para “examinar las ciencias sociales y el papel que desempeñan, tanto en términos de las relaciones entre las distintas disciplinas como en la relación de todas ellas con las humanidades y las ciencias sociales”. La Comisión produjo un informe en el cual se hizo constar: “Los estudios legales son el tercer campo que nunca llegó a ser del todo una ciencia social... Los científicos sociales nomotéticos veían la jurisprudencia con cierto escepticismo. Les parecía demasiado normativa y con demasiado poca raíz en la investigación empírica. Sus leyes no eran leyes científicas, su contexto parecía demasiado idiomático” Este informe está publicado y comprende una obra cuyos datos son: *Abrir las ciencias sociales*, Coordinado por Immanuel Wallerstein, 9ª ed en español, México, Siglo XXI editores en coedición con el Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, 2006, p. 32.

¹⁷ Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 1ª ed en español, 3ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, pp. 837-840.

Es claro que cuando hablamos de la naturaleza de un objeto desde un punto de vista jurídico, estamos usando el término en esa cuarta acepción que ya hemos referido y cuya parte medular es la identificación del término con una concepción funcional. El vocablo “funcional” es un adjetivo que deriva o proviene del sustantivo función, el cual significa “la operación propia de la cosa, en el sentido de que es lo que ésta hace mejor que las otras cosas. En este sentido, la palabra tiene un uso frecuente tanto en el lenguaje científico como en el común”.¹⁸

Conjugando las ideas expuestas, es posible decir que cuando se trata de precisar la naturaleza jurídica de un objeto de estudio, estamos intentando efectuar un análisis que nos lleve a identificar qué es lo que ese objeto hace mejor en el terreno de lo jurídico, o dicho de otra manera, cuál es la mejor posición que a ese objeto podemos darle en razón de la función que desempeña. Así pues, para encontrar la naturaleza jurídica del fideicomiso tenemos que preguntarnos cuál es la función que tiene, jurídicamente hablando, lo cual no ha de llevarnos en manera alguna a sus aplicaciones en la práctica, sino al exclusivo terreno de lo jurídico para ubicar la posición que juega en el gran mundo de las relaciones contempladas por el derecho.

A las diferentes maneras de abordar el asunto se les puede reunir en tres grandes grupos: el primero está constituido por aquellos intentos de explicación que se preocupan de ubicar al fideicomiso, o de dar al fideicomiso un lugar dentro del amplio conjunto de los hechos jurídicos; el segundo, pretende explicar la esencia del fideicomiso equiparándolo a alguna otra institución jurídica; el tercer enfoque podemos llamarlo patrimonialista porque los intentos de explicación giran alrededor de los efectos de la celebración de un fideicomiso respecto del conjunto de los bienes que el mismo comprende.

1. El Fideicomiso y los hechos jurídicos

Para referir a las posiciones del primer grupo, es necesario hacer un repaso somero de las principales teorías que se han elaborado con relación a los hechos jurídicos.

Se dice que los acontecimientos que se producen cotidianamente en la vida, tienen en ocasiones trascendencia para el derecho y en otras no la tienen¹⁹; cuando ocurre lo primero, estaremos en presencia de un hecho jurídico, el cual puede ser resultado de un suceso natural sin intervención del hombre, o bien producto de alguna acción de éste, por lo que así tenemos una primera clasificación de hechos jurídicos que quedan divididos, según palabras de Borja Soriano, en involuntarios y voluntarios²⁰. Ejemplos de los primeros, según Rico

¹⁸ Ibidem, pp. 575 y 576.

¹⁹ “Hay hechos que no producen efectos de derecho, por ejemplo leer un libro. Otros los producen, pues el derecho los toma en consideración para atribuirles consecuencias jurídicas. Los efectos de derecho pueden consistir en la creación, transmisión, modificación y extinción de obligaciones o derechos. Los hechos que producen estos efectos jurídicos se llaman hechos jurídicos, en el sentido general de esta expresión” Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 9a ed, México, Porrúa, 1984, p. 84.

²⁰ Ibidem, p. 85

Álvarez y Garza Bandala²¹, “son las catástrofes naturales, el nacimiento, la muerte de las personas”.

Los hechos que se producen con la intervención del hombre (voluntarios), se clasifican a su vez en dos apartados; la división se da en razón de la licitud o ilicitud de los hechos. Son ejemplos de lo primero, la gestión de negocios y el enriquecimiento ilegítimo; corresponden al segundo caso los delitos, tanto los intencionales como los culposos (aquellos que se cometen por imprudencia, negligencia o falta de previsión).

Los hechos voluntarios, evidentemente requieren del concurso de la voluntad humana, sin embargo, es importante dejar constancia de que aunque se trata de hechos en los que interviene un individuo, éste ha puesto en juego su voluntad para la realización del hecho y no necesariamente para que el mismo hecho genere a su vez, con respecto a él mismo, consecuencias de derecho. Más aún, en ciertos casos, como los delitos, las consecuencias jurídicas se producen por ministerio de ley e incluso en contra de lo que el individuo pudiera haber deseado respecto de la aplicación del ordenamiento legal.

Ahora bien, existe un tercer grupo de hechos jurídicos en los cuales la voluntad humana está dirigida a la obtención de consecuencias de derecho, esto es, a la producción, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones. Los hechos jurídicos que tienen esa condición volitiva, reciben el nombre de actos jurídicos. Borja Soriano los define como “una manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho y que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad”²² El acto jurídico suele tener a su vez un tratamiento clasificatorio que lo divide en unilateral y bilateral, correspondiendo a los unilaterales la declaración de voluntad, el testamento y la remisión de deuda; los bilaterales son el contrato que crea o transfiere derechos y obligaciones, y el convenio que las modifica o extingue.

Las ideas expuestas con algunas mínimas variantes en aras de simplificación, corresponden a la doctrina francesa o tradicional, que sufre los embates del pensamiento de otros tratadistas, básicamente alemanes²³, quienes generan la noción de negocio jurídico, respecto de la cual Ernesto Gutiérrez y González dice que: “viene a ser lo mismo que el acto jurídico pero dicho en forma menos clara”²⁴

²¹ Rico Álvarez Fausto y Garza Bandala Patricio, *Teoría general de las Obligaciones*, 3ª ed, México, Porrúa, 2007, p.29

²² Op cit, nota 18, p 84

²³ “La consagración del negocio jurídico como término técnico y figura básica de la dogmática del Derecho privado, se debe al esfuerzo de los pandectistas alemanes para sistematizar la ciencia jurídica (Hugo, Heise, Thibaut, Savigny). Puede destacarse como decisiva la obra de Savigny, que utilizando como sinónimos los términos declaración de voluntad y negocio jurídico, estudia unitaria y detalladamente la problemática del negocio jurídico; cuya distinción respecto del concepto de acto jurídico resultará desde entonces evidente” De Castro y Bravo, Federico, *El negocio Jurídico*, reimpresión de la 2ª ed, Madrid, España, Editorial Civitas, 1991, p. 20.

²⁴ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 16ª ed aumentada y puesta al día por la Dra. Raquel Sandra Contreras López, México, Porrúa, 2007, p. 117

El agudo comentario de tan ilustre jurisconsulto tiene algo de extremoso a la vez que encierra cierto grado de verdad, pues la doctrina del negocio jurídico admite que el acto jurídico es el género y el negocio jurídico una de las especies. Así lo afirma Jorge Alfredo Domínguez Martínez²⁵, quien señala: “Así como el hecho en sentido estricto y el acto jurídico, son especies del hecho jurídico lato sensu, el acto cuenta también con dos especies a saber: acto jurídico, en su acepción limitada y negocio jurídico”²⁶

De acuerdo con los tratadistas, por negocio jurídico se entiende al acto que se celebra con la expresa intención de generar consecuencias de derecho, pero no algunas que previa y expresamente contenga el orden jurídico, sino unas especiales y específicas producto del libre juego de la voluntad de los que en el acto participan, de donde viene a ser que el negocio jurídico es auténticamente creador de consecuencias de derecho. Para contribuir al esclarecimiento de esta noción, es necesario precisar que al negocio jurídico lo distingue del acto jurídico en sentido estricto, el que en este segundo caso las consecuencias de derecho que se producen son las que ya están establecidas en la ley; la voluntad humana, en el caso del acto jurídico, juega un papel relativamente secundario, pues no es generadora de consecuencias, sino que actúa para colocar al individuo en el marco que está previamente definido.

“Lo que diferencia el acto jurídico en sentido estricto de negocio jurídico es el papel que juega la autonomía de la voluntad de las partes, en un caso, limitado a la decisión de aplicar un régimen existente, y en otro, a definir el contenido del régimen aplicable”²⁷, o en palabras de Jorge Alfredo Domínguez²⁸ “...el negocio jurídico viene a ser el acontecimiento cuya esencia consiste en que el particular dicte y se dé normas...constituyen, insistimos, manifestaciones de voluntad destinadas precisamente a crear determinadas consecuencias de contenido jurídico”.

Antes de pasar al repaso de la vinculación entre negocio jurídico y fideicomiso, resulta indispensable hacer alguna consideración sobre las ideas expuestas, es decir, respecto de lo que se tiene por negocio jurídico. Para identificar esa noción, se recurre consistentemente a señalar que se trata de una especie del acto jurídico y que su especificidad radica en el concurso de la voluntad humana para generar consecuencias jurídicas. Al mismo tiempo señalan, quienes hacen esa afirmación, que las consecuencias jurídicas consisten en la creación, modificación, transmisión y extinción de derechos y obligaciones. Así pues, resulta que la distinción entre acto y negocio jurídico es prácticamente inexistente en función de la terminología empleada. Raúl Ortiz Urquidí²⁹ lo admite de manera expresa cuando dice que “...nuestro concepto de negocio es puntualmente el mismo que el alemán *–rechtsgeschaefte–* o sea el acto de los franceses, de los españoles y de nuestro Derecho patrio...” y en términos

²⁵ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico*, 11ª ed. México, Porrúa, 2006, p.21.

²⁶ En el mismo sentido se pronuncia Raúl Ortiz Urquidí (*Derecho civil. Parte general*, 3ª ed. México, Porrúa, 1986, p. 227), quien al respecto expresa: “el negocio es una especie del género *acto* y éste a su vez una especie del género *hecho*”.

²⁷ Rico Álvarez y Garza Bandala, op cit, nota 20, p. 31

²⁸ Op cit, nota 24, p 24 y 26.

²⁹ Op. cit., nota 26, p. 250.

semejantes se conduce Villoro Toranzo³⁰, ya que, sin que haya un pronunciamiento de su parte para hacerse partidario de la tesis que sostiene la existencia de los negocios jurídicos, sí refiere esa categoría, y al hacerlo, menciona que el derecho exige ciertos elementos, que vienen a ser los requisitos de existencia y validez de los contratos que señala la legislación civil.

Esta situación viene a confirmar la opinión de Gutiérrez y González ya antes referida, pues todo parece indicar que se trata tan sólo de un afán de introducir vocablos para hacer distinciones hasta cierto punto artificiosas, pues no se aprecia una verdadera razón de fondo, con sustento lógico y lingüístico, que lleve a denominar con palabras diferentes a lo que en esencia es lo mismo.

Para quienes se sienten inclinados a aceptar la tesis de los negocios jurídicos en los términos expuestos, convendría que hiciesen un estudio filológico con incidencia en el idioma alemán, de manera tal que se indagara si en esa lengua, el vocablo equivalente a “negocio” tiene alguna connotación que explique o justifique la distinción con respecto al vocablo “acto”. Vale la pena citar que incluso en la teoría francesa no hay un señalamiento que haya llevado a designar con la palabra “acto” a aquellos acontecimientos con los que se busca intencionalmente la producción de consecuencias jurídicas; “acto” (ejercicio o resultado de hacer) y “hecho” (acción que se ha llevado a cabo), tanto en francés como en español tienen significados sinónimos, y en alguna acepción, la palabra “negocio” (ocupación, quehacer o trabajo) se asemeja a las anteriores. Bien sabido es que las ciencias crean sus propios términos; que las palabras que emplean tienen sentidos específicos que difieren de los del uso general o común, pero esa situación no debe ser llevada a un punto tal en el que se coloquen vocablos diferentes a los previamente aceptados por la propia ciencia, sólo por un propósito de originalidad, pues cuando así ocurre, como parece que se trata en el caso que nos ocupa, se pierde seriedad y se debilita la posición del conocimiento.

A nuestro juicio las explicaciones que se dan sobre lo que pudiera entenderse como negocio jurídico, parten del empleo erróneo de términos. Cuando se habla de consecuencias jurídicas se admite unánimemente que se hace alusión a crear, modificar, transmitir y extinguir derechos y obligaciones y eso es lo que da identidad o igualdad, al acto y al negocio. Bajo ese enfoque no hay diferencia.

Si se reservara el término “consecuencias” para lo que tradicionalmente se ha usado y en el intento de separar al negocio del acto jurídico se hablara de “finalidades”, entonces sí habría distinción. Expliquémoslo de la siguiente manera: cuando se habla de consecuencias jurídicas, poco importan los propósitos específicos que busquen o tengan los que en el acontecimiento participan, porque a fin de cuentas, según lo hemos podido apreciar, tanto en la doctrina francesa como en la alemana e italiana, las consecuencias jurídicas son las mismas; el concurso de la voluntad no podrá ir más allá de crear, o transmitir, o modificar o extinguir derechos y obligaciones. Si se piensa en finalidades, esto es, en el contenido mismo que se le pueda dar a los derechos

³⁰ Villoro Toranzo Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 6ª ed. Porrúa, México, 1984, p. 365.

y a las obligaciones en un libre juego de la voluntad, en el fin o motivo que impulse a los participantes a la realización del acontecimiento, entonces sí cabe la posibilidad de la distinción.

Estamos hablando del objeto indirecto de esos acontecimientos que reciben el calificativo de jurídicos. Es evidente que las leyes contemplan o definen el contenido de muchos acontecimientos y que los individuos tienen la posibilidad de optar por colocarse, para efectos de su realización, en la hipótesis normativa (acto jurídico); sin embargo, la voluntad no habrá de llegar más allá de decidir precisamente la realización del acto, y de aceptar que ese acto tenga para sí el contenido que la ley prevé. Con independencia de los motivos que a alguien lo impulsen a comprar una cosa, del uso que a la misma piense dar, o del tiempo que tenga contemplado conservarla en su patrimonio, el que compra, desde el punto de vista del acto jurídico, decidió colocarse en el supuesto de comprador y de atraer para sí las consecuencias previstas en el ordenamiento jurídico, que en el caso que se cita, son dos básicamente: adquirir la propiedad de la cosa y pagar el precio. Todo lo demás, es, por lo general, indiferente para el ordenamiento jurídico; la adquisición de un bien por compra, genera las consecuencias mencionadas que están definidas en la ley y que corresponden al género “crear” derechos y obligaciones. En cambio, si el ordenamiento jurídico abre la posibilidad de que en ciertos acontecimientos los individuos establezcan libremente el contenido de los derechos y obligaciones, esto es, que sin más restricción que el respeto a las leyes de orden público y las buenas costumbres definan los alcances de los hechos positivos o negativos, de las obligaciones de dar, hacer o no hacer que entre ellos deseen establecer, estaremos en presencia de una categoría diferente a aquella que se ha denominado tradicionalmente como acto jurídico.

Para este tipo de situaciones viene bien la denominación de “negocio jurídico”, ya que el vocablo “negocio”, en una de sus acepciones, conforme al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española³¹, significa “acción y efecto de negociar” y a su vez, “negociar” significa “tratar asuntos públicos o privados procurando su mejor logro”, lo cual es algo que se hace en un proceso en donde dos o más voluntades tratan libremente de establecer normas y de dar a esas normas el contenido adecuado para tratar de satisfacer sus deseos, para tratar de alcanzar sus respectivos fines, o de concretar sus motivos.

Dado que en un fideicomiso es posible prever una gran variedad de consecuencias de hecho que estarán sustentadas legalmente por el contenido obligacional que el fideicomiso implica, algunos autores han estimado que la naturaleza jurídica de éste corresponde a la de un negocio jurídico, aunque no es uniforme la postura.

El Dr. Acosta Romero, por ejemplo, señala a propósito de tal afirmación que, *“...se trata más bien de una cuestión teórica que a nuestro modo de ver, más que aclarar los conceptos, origina imprecisión, no aporta ninguna utilidad práctica y sí contribuye en mucho a la confusión... Ahora bien, si hemos negado la categoría meramente teórica de los fenómenos jurídicos que en la doctrina*

³¹ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, <http://buscon.rae.es/draeI/>

*alemana e italiana se conoce con el nombre de negocio jurídico, lógicamente y si hemos de ser consecuentes con nuestro pensamiento, no debe aplicarse tal terminología al fideicomiso, pues además de que no resulta práctica, no ha sido aceptada por el uso mercantil y bancario de nuestro país*³². El mismo autor refiere que otros tratadistas mexicanos sí han aceptado que el fideicomiso es un negocio jurídico e incluye en ese grupo a Octavio A. Hernández, Mario Bauche Garciadiego, Raúl Cervantes Ahumada, Jorge Alfredo Domínguez Martínez y José Manuel Villagordoa Lozano.

Efectivamente, Octavio A. Hernández se inclinó por considerar que el fideicomiso es un negocio jurídico. Así lo señaló de manera expresa en los siguientes términos: *“fideicomiso es negocio jurídico por cuya virtud quien es titular de un derecho sobre una cosa o de un derecho sobre otro derecho, constituye con tal derecho un patrimonio autónomo cuya titularidad confiere a otra persona para que lo dedique a la obtención del fin lícito querido por el titular original o, en su caso, determinado por la ley”*³³

En lo que se refiere a Bauche Garciadiego y Cervantes Ahumada, también mencionan que el fideicomiso es un negocio jurídico, pero no dan información acerca del porqué arriban a esa conclusión, sin embargo es de suponer que se adhieren a la doctrina alemana y que la encuentran adecuada para explicar la naturaleza jurídica de nuestro fideicomiso.

Quien sin duda sostiene que el fideicomiso es un negocio jurídico con base en lo que los pandectistas alemanes y sus seguidores italianos y españoles han establecido, es el Dr. Jorge Alfredo Domínguez Martínez. Este autor, en sustento de sus afirmaciones, destaca la enorme posibilidad de crear situaciones jurídicas que la ley confiere a quienes intervienen en un fideicomiso, al hacer un recorrido por algunas de las normas que lo regulan, e ir encontrando: que la finalidad puede ser elegida sin más restricción que la licitud; que se puede designar o no fideicomisarios; que pueden ser lo mismo uno que varios; que los bienes materia del fideicomiso pueden ser varios y de diferente naturaleza, etc, situaciones todas ellas que a decir de este ilustre jurista, confirman que en el fideicomiso se encuentra una gran libertad contractual que se traduce en una amplísima posibilidad de generar consecuencias especiales de derecho, y por tanto estamos en presencia de un negocio jurídico³⁴

Por lo que toca a Villagordoa Lozano, en realidad, más que verlo como negocio jurídico, cataloga al fideicomiso como negocio fiduciario, lo cual viene a ser una institución diferente de la que estamos comentando ahora, tal y como lo podremos precisar un poco más adelante, ya que antes de analizar en qué consiste el negocio fiduciario, conviene hacer una reflexión sobre las

³² Acosta Romero, Miguel, “Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México”, 1ª ed. México, Banco Mexicano Somex, 1982, pp. 128 y 137.

³³ Hernández, Octavio A., *Derecho bancario mexicano*, México, Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, Tomo II, 1956, p. 298.

³⁴ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, op cit., nota 25, p. 35

posibilidades de libre actuación que tienen los individuos en el terreno de los contratos.

Desde siempre ha sido evidente que las leyes no alcanzan a recoger todas las posibilidades del hacer humano cuya enorme versatilidad rebasa con mucho la creación legislativa; más aún, ésta casi siempre actúa por reacción, colocando en la ley lo que es indispensable frente a acontecimientos de previa realización. De esta forma encontramos que la ley regula a posteriori las situaciones que fueron concebidas y ejecutadas antes por los individuos, y que, lógicamente, no contempla las que ya se están presentando y las que pronto surgirán como producto de la actividad creadora de los seres humanos.

Aunado a lo que antes se citó, es de referir que la propia legislación alienta el espíritu creativo en función del respeto a la libertad contractual, lo que permite un amplio margen para aplicar la imaginación que, dentro de los límites del respeto a las normas de derecho público o a las buenas costumbres³⁵, abre la oportunidad para que los contratantes regulen sus relaciones con amplia libertad.

En nuestro derecho la libertad contractual está regulada en varios artículos del Código Civil Federal; así, por ejemplo, encontramos al artículo 1832 relativo a la forma de los contratos, al 1839 relacionado con el contenido mismo de los contratos y muy señaladamente el artículo 1858 que alude a la posibilidad de contratar mediante el empleo de fórmulas distintas de aquellas que están expresamente contempladas en dicho Código.³⁶

Con relación a estas ideas, Ramón Sánchez Medal³⁷ hace una por demás conveniente precisión, pues deja en claro que no es lo mismo la libertad de contratar, que la libertad de contratación, ya que la primera se refiere a la posibilidad de celebrar contratos y la segunda se refiere a la posibilidad de pactar libremente el contenido de dichos contratos y pone al respecto el ejemplo del matrimonio (sin discutir ahora si es o no un contrato), en los siguientes términos: *“No debe confundirse la libertad contractual con la libertad*

³⁵ El Código Civil Federal señala con claridad el marco en el cual han de moverse los actos de los contratantes para efectos de ser considerados lícitos. La disposición al respecto consta en los artículos 1830 y 1831 que son del tenor literal siguiente:

Artículo 1830.- Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Artículo 1831.- El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

³⁶ Artículo 1832.- En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

Artículo 1839.- Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.

Artículo 1858.- Los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento.

³⁷ Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, 2ª ed, México, Porrúa, 1973, p. 8

de contratar, pues, por ejemplo, existe libertad de contratar a propósito del matrimonio, para casarse o no casarse y para hacerlo con ésta o con aquella persona; pero no existe libertad contractual en materia de matrimonio, porque las normas que rigen a esta institución son estatutarias e imperativas”

Esta prolija referencia al margen de flexibilidad contemplado en la legislación en punto de la celebración de contratos, es el antecedente inmediato para referir otra postura doctrinaria que trata de encontrar la naturaleza del fideicomiso en lo que se llama el negocio indirecto, entendiendo por tal, a un negocio jurídico que se celebra siguiendo el patrón de una figura típica contemplada en la ley, pero a la cual se adosan otras estipulaciones que son especialmente pactadas por las partes para que el resultado, siendo diferente de lo que contempla expresamente la legislación, sirva a específicos fines por ellas contemplados. Se trata pues de una apariencia de contrato que persigue propósitos diferentes de los que la ley regula para la figura que se eligió como modelo.

El negocio indirecto, como fácilmente se aprecia en su misma denominación, vendrá a ser una especie del negocio jurídico y algunos le encuentran semejanza con el fideicomiso, en función de que más allá de las estipulaciones que se convengan, hay una pretensión ulterior, una especie de finalidad no manifiesta que tal vez se hubiera podido obtener con el empleo de otra figura típica recogida en la legislación. En el fideicomiso encuentran, quienes tratan de asemejarlo al negocio indirecto, dos situaciones claramente establecidas: por un lado la transmisión de propiedad; por otro un complemento consistente en alguna finalidad determinada por el fideicomitente que se convierte en lo medular, ya que la transmisión de propiedad opera sólo como un vehículo de lo segundo.

Visto así, el negocio indirecto opera, a su vez, como un género respecto del negocio fiduciario cuyo comentario anticipábamos renglones arriba, ya que desde ahora podemos señalar que, conforme a lo que la doctrina identifica como negocio fiduciario, es claro que se trata de una modalidad del negocio indirecto.

En este tenor de ideas se pronuncia Joaquín Rodríguez Rodríguez³⁸ quien sostiene que el fideicomiso es un negocio indirecto, opinión que se complementa con otra aseveración suya que citaremos tan pronto como hayamos hecho constar la referencia a la teoría del negocio fiduciario.

Para explicar lo que es el negocio fiduciario, recordemos que ante las naturales limitaciones en la identificación de supuestos que la legislación implica, los individuos han recurrido a generar cierto tipo de relaciones que se caracterizan por la existencia de un preponderante factor de confianza entre ellos y por el hecho de que conllevan, hasta cierto punto, dos diferentes actos, uno que es público y por tanto evidente ante terceros, y otro de cuya existencia no necesariamente han de estar informados más allá de quienes en la relación participan.

³⁸ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, op cit, nota 6, Tomo II, p. 120

El acto que es público tiene una naturaleza real porque involucra la transmisión de bienes; del segundo se dice que tiene un carácter obligatorio porque implica un compromiso entre los participantes. La denominación de “obligatorio” se presta a confusión, porque sin duda el primer acto también tiene ese carácter como resultado del o los acuerdos habidos entre los participantes; tal vez fuera mejor distinguirlos usando la terminología usual y así los identificaríamos como el acto de características reales y el acto de características personales.

Por el primer acto, el real, una persona llamada fiduciante, transmite a otra, llamada fiduciario, ciertos bienes o derechos. Por el segundo, el obligatorio o personal, el fiduciario se compromete con el fiduciante a destinar los bienes o derechos al fin previsto en la celebración del acto y a retransmitirlos los bienes o derechos una vez alcanzada y satisfecha la finalidad, o bien transmitirlos a un tercero designado por el propio fiduciante.

Este tipo de pactos, tienen la característica de que se celebran para atender una situación que no tiene una regulación específica en la ley, es decir, son atípicos. Se dice además que generan relaciones contradictorias, pues por una parte hay una transmisión de propiedad, pero por la otra, el propietario actúa respecto de los bienes, no en función de un derecho, sino en razón de una obligación. Por último, es de mencionar que algunos ven a este tipo de pactos como algo que suele ser usado para propósitos antijurídicos pues se generan para superar limitaciones o prohibiciones contenidas en la ley, lo cual no quiere decir que eso sea su único uso, ya que nada impide que tenga aplicaciones para situaciones que simple y sencillamente no están contempladas en la legislación y que no contravienen normas de derecho público ni afectan derechos de terceras personas.

Esto es en síntesis lo que se llama negocio fiduciario, y que como se ve tiene mucha semejanza con nuestro fideicomiso, en tanto que en ambos casos hay transmisión de bienes o derechos, los cuales quedan destinados a la realización de un fin. También es elemento de ambas figuras y de la mayor importancia, la confianza que es indispensable entre ambos contratantes. En palabras de Jordano Barea invocado por Jorge Alfredo Domínguez Martínez,³⁹ *“la causa fiducia, informa el contenido del negocio fiduciario. Los efectos reales y los efectos obligatorios (obligación de retransmitir y de comportarse conforme al fin propuesto) tienen el mismo fundamento causal. La fides es el puente que une el lado real con el lado obligatorio, armonizándolos en lo posible dentro de la superior unidad del negocio. El negocio fiduciario es así un negocio real obligatorio”*.

De lo aquí relatado se puede colegir que el fiduciario goza de los atributos del negocio indirecto, pero éste se desenvuelve en un contexto mucho más amplio, ya que no refleja el factor de limitación que sí existe en el negocio fiduciario respecto de la estricta utilización de los bienes materia del pacto, ni tampoco en el compromiso de devolución o transmisión de esos bienes a una persona previamente señalada como beneficiario. Así lo hace constar Jorge Alfredo Domínguez Martínez cuando señala: *“En consecuencia, como todo negocio*

³⁹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, op cit, notas 25 y 34, p. 171.

*fiduciario es indirecto, situación que carece de reciprocidad, debe concluirse, con base en la manifiesta mayor amplitud de los negocios indirectos, que éstos son el género y los fiduciarios la especie de aquellos*⁴⁰

En el sentido de considerar que el fideicomiso es un negocio fiduciario, se inclinan el ya citado José Manuel Villagordoa Lozano⁴¹, y Jorge Barrera Graf, además de Joaquín Rodríguez Rodríguez⁴², quien al respecto expresa: “...el fideicomiso debe considerarse como un negocio fiduciario en cuanto se trata de un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación, de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan”.

En sentido opuesto se pronuncian autores como Cervantes Ahumada, Bauche Garciadiego, Octavio A. Hernández y Rodolfo Batiza. Los tres primeros argumentan básicamente que el negocio fiduciario es atípico, esto es, que no está regulado en la ley, lo cual sirve en cierta manera de referencia para sostener, en adición, que el negocio fiduciario es secreto, ilícito y que en él puede participar cualquier persona; en contraste, señalan, el fideicomiso está colocado en supuestos diametralmente opuestos, ya que se trata de una operación típica, lícita y en ella sólo pueden intervenir las instituciones expresamente facultadas para actuar como fiduciarias. Batiza sustenta su posición en dos tipos de observaciones; por el primero, a semejanza de lo invocado por los autores previamente citados, señala que el fideicomiso es un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo a diferencia del negocio fiduciario que es atípico; por el segundo tipo de argumentos, Batiza considera que el negocio fiduciario está integrado por dos elementos, uno externo de carácter real, y el otro que preponderantemente es interno y con efectos entre las partes que son contradictorios, a diferencia del fideicomiso que es un vínculo único con validez y eficacia idénticas entre las partes y frente a terceros.

Los argumentos que los doctrinarios sostienen con base en las condiciones establecidas en la ley y que vienen a constituir diferencias entre el fideicomiso y el negocio fiduciario, por particulares, específicos y concretos, no son útiles para el propósito que se persigue, pues sería tanto como limitar la naturaleza jurídica a datos de carácter contingente (los de la ley son contingentes porque están sujetos a lo que el legislador decida: hoy es de una determinada manera, pero mañana puede ser diferente). Por referirse a una cuestión más de fondo, parece mejor el segundo tipo de argumentos planteados por Batiza, sin embargo, es de considerar que, si bien es cierto que en un negocio fiduciario aparecen dos elementos (el externo y el interno), ello no es suficiente para considerar que configuran una característica que lo distingue del fideicomiso del cual se presume unidad, ya que también es cierto que, como dice Barrera Graf, esos dos elementos del negocio fiduciario no pueden existir el uno sin el otro, es decir, también el negocio fiduciario tiene unidad. Si esos elementos

⁴⁰ Ibidem, p. 185.

⁴¹ Villagordoa Lozano, José Manuel, *Doctrina general del fideicomiso*, 2ª ed. México, Porrúa, 1982, p. 97.

⁴² Rodríguez Rodríguez Joaquín, op. cit., notas 6,37, tomo II, p. 119.

existen concomitantemente en una relación de mutua dependencia, lo que significa que no están disociados, desde el punto de vista de un negocio fiduciario, no tendría sentido plantear una transmisión de propiedad sin la existencia de un compromiso de utilización de los bienes para un propósito determinado, pues eso equivaldría, simple y llanamente, a la celebración de alguno de los actos previstos en la legislación con efectos traslativos de dominio. Tampoco tendría sentido, en un negocio fiduciario, un compromiso de hacer algo sin el presupuesto necesario de la recepción de ciertos bienes. En función de lo expresado, no ha lugar a considerar adecuada la distinción que Batiza plantea.

Como se recordará, hemos hecho una clasificación en tres grupos de las teorías que intentan explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso. Hasta aquí llega el comentario relativo al primero de esos grupos y ahora iniciaremos el tratamiento del segundo, que corresponde a las posturas que tratan de identificar al fideicomiso con alguna institución jurídica preexistente.

2. El Fideicomiso y otras instituciones

Nos ocuparemos en primer término de referir aquella opinión por la cual se estima que el fideicomiso es una declaración unilateral de voluntad, por lo que es menester dejar constancia de lo que se entiende por tal institución, pero conviene aclarar que estamos utilizando el concepto “institución jurídica” en el sentido que propone el maestro Eduardo García Máynez quien anota que: “*Institución es el núcleo de preceptos que reglamentan relaciones de igual naturaleza*”⁴³ Bajo este enfoque procederemos a analizar a la declaración unilateral de voluntad.

En la actualidad se acepta, en términos generales, que la declaración unilateral de voluntad es fuente de obligaciones, sin embargo no siempre fue así. Su aceptación como una fuente independiente, es relativamente reciente, pues no fue sino hasta el siglo pasado que se la configuró e incorporó a la legislación mexicana.

Rojina Villegas nos dice que fue establecida por el derecho moderno y que no se encuentra antecedente de ella en el derecho romano, ni en el antiguo derecho francés, español o italiano. Dice este autor que: “Sólo se mencionan dos casos del derecho romano: la oferta hecha a favor de los dioses, y la hecha a favor de una ciudad... También el derecho canónico acepta que la promesa hecha a favor de Dios crea una obligación; pero son casos que como se ve, no tienen interés jurídico para constituir una fuente de obligaciones”⁴⁴. En relación a estos temas, cita Raúl Ortiz Urquidí⁴⁵ que “en Roma fueron admitidos, como excepcionales, dos solos casos de obligaciones nacidas de declaraciones unilaterales de la voluntad: *el votum*, del antiguo Derecho, o sea la promesa hecha a una divinidad, y la *policitatio*, del Derecho reciente, o sea la promesa hecha a una ciudad”.

⁴³ García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 24ª ed, México, Porrúa, 1975, p. 128

⁴⁴ Rojina Villegas Rafael, *Teoría general de las obligaciones o derechos de crédito*, Tomo II, México, El Nacional, 1943, p 191.

⁴⁵ Op. cit, nota 26, p. 281

A decir del maestro Manuel Bejarano Sánchez⁴⁶, la declaración unilateral de voluntad quedó descartada en el Código Napoleón de 1804, lo mismo que en la doctrina francesa y cita como referencia a los Mazeaud quienes dicen que es imposible que una persona tome el carácter de acreedor sin el concurso de su voluntad y únicamente porque así lo quiera otra persona que a su vez se torna en deudora.

Fue hasta 1896 que a la declaración unilateral de voluntad se la incluyó en el Código Alemán y una vez que tomó fuerza su posición como una institución regulada legalmente, se inició la discusión entre los tratadistas para determinar si los individuos están en la posibilidad jurídica de comprometerse a todo aquello que siendo lícito y posible puedan determinar, o bien sólo están en esa posibilidad en aquellos casos que prevea la legislación.

En nuestro medio, los códigos civiles de 1870 y 1884 no conocieron ese tipo de actos y es hasta 1928, con la promulgación del Código Civil de ese año que se recoge la declaración unilateral de voluntad como fuente generadora de obligaciones, pero en forma limitada ya que sólo se identifican ciertas formas de ella. Es de señalar que hay coincidencia entre los estudiosos del Derecho Civil para deducir de la ley cuatro formas de declaración unilateral de voluntad (oferta al público, promesa de recompensa, estipulación a favor de tercero, documentos civiles a la orden y al portador), pero respecto de sus alcances queda abierta la polémica que se menciona en el párrafo inmediatamente anterior.

El tema es por demás interesante y abre muchas posibilidades al análisis. Sólo a manera de ejemplo de lo que aquí se afirma, es posible referir que Fausto Rico Álvarez y Patricio Garza Bandala, en su ya citado libro "Teoría General de las Obligaciones"⁴⁷ mencionan la existencia de varias posiciones doctrinales, pues afirman que es posible hacer una clasificación que las agrupe, primero, entre las que aceptan que la declaración unilateral es una fuente de obligaciones y las que le niegan tal carácter, para después al primer grupo dividirlo en dos partes, relativas, respectivamente, a las posturas que esos autores identifican como radicales por un lado y moderadas por el otro (la declaración es una fuente excepcional de obligaciones). Las posturas radicales pueden, a su vez, dividirse en dos apartados, que son los radicales dogmáticos (el contrato está formado por dos declaraciones unilaterales de voluntad; el consentimiento es una ficción jurídica) y los radicales con apoyo en argumentos históricos (la declaración de voluntad es un producto de la evolución del derecho alemán).

Los tratadistas que se mencionan en el apartado superior, cuando emiten su opinión personal, se adhieren a la postura que niega el carácter de fuente de obligaciones a la declaración unilateral de voluntad y sustentan su posición en la consideración de que la declaración no genera una obligación en tanto que no es posible identificar acreedor alguno al momento en que se la emite; se

⁴⁶ Bejarano Sánchez Manuel, *Obligaciones civiles*, decimoséptima reimpresión de la 5ª ed, México, Oxford, 2008, p. 139.

⁴⁷ Rico Álvarez, y Garza Bandala, op cit, p. 195.

trata, dicen, de un deber jurídico⁴⁸, consistente en no revocar arbitrariamente el compromiso materia de la declaración.

Antonio Hernández Gil, citado por Manuel Bejarano Sánchez⁴⁹ nos dice que *“la obligación se diferencia del deber general en que éste sólo expresa el directo sometimiento a las normas, mientras que a través de la obligación ese sometimiento se traduce en un concreto deber de conducta hacia otros que integra el contenido de la obligación”*. Siguiendo con Bejarano Sánchez, es de citar que se inclina por considerar que la obligación es una especie de deber jurídico, y que en la declaración unilateral de voluntad hay vinculación con los conceptos clásicos de la obligación; así, por ejemplo, cuando se refiere a la promesa de recompensa, nos dice que, *“mientras no aparece un acreedor determinable con el cual se establezca la relación jurídica, el promitente tendrá sólo un deber jurídico, que eventualmente alcanzará el carácter de obligación, al surgir el acreedor y en el supuesto de que éste llegue a existir por haber realizado la conducta solicitada en la promesa”*

Una posición sumamente interesante es la de la Dra. Raquel S. Contreras López⁵⁰ quien propone el siguiente concepto de declaración unilateral de voluntad: *“Es la necesidad jurídica de mantenerse en aptitud de cumplir voluntariamente una prestación de carácter patrimonial (pecuniaria o moral), a favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir, o que existiendo, eventualmente puede llegar a aceptar”*. En este caso se hace una amalgama de diferentes puntos de vista y su mérito fundamental consiste en que incorpora expresamente dentro del concepto, lo que es la médula de la controversia, esto es, el hecho de que el declarante no tenga frente a sí un acreedor, al momento de efectuar la declaración.

En el fondo de estos temas gira una cuestión semejante a la que dio origen a la teoría del negocio jurídico y que consiste en aceptar o no que la voluntad individual pueda, de manera lícita, dar contenido a las normas más allá de lo que expresamente prevea el ordenamiento legal. La cercanía en estos temas queda evidenciada en el párrafo siguiente: *“El negocio jurídico no se confunde ya hoy con la declaración de voluntad, y se reconoce por todos que el supuesto de hecho negocial será generalmente una cuestión compleja. Afirmación que puede matizarse añadiendo, que si la declaración de voluntad sola no lo constituye, es ella el elemento indispensable o esencial del negocio jurídico”*⁵¹

La dilucidación acerca de los alcances de la declaración de voluntad es un punto que a su vez está vinculado con el principio de la autonomía de la voluntad que forma parte de los pensamientos que sostuvieron los ideólogos de la Revolución Francesa, específicamente Rousseau y su teoría del contrato social.

⁴⁸ Siguiendo algunas líneas del pensamiento de García Máynez, es posible considerar que el deber jurídico está constituido por una limitación que la norma impone a la libertad individual. Dicho autor nos dice al respecto: “Cuando un deber jurídico nace a cargo de un sujeto, éste pierde, al mismo tiempo, ya el derecho de omitir lo que se le ordena, ya el de hacer lo que se le prohíbe”, op cit, nota 30, p. 268.

⁴⁹ Op cit nota 32, p. 10

⁵⁰ Gutiérrez y González, Ernesto, op. cit, nota 17, p. 445

⁵¹ De Castro y Bravo Federico, op cit, nota 16, p.26

El principio de la autonomía de la voluntad, a decir de Villoro Toranzo⁵², implica: “1) una actividad libre del individuo; 2) que sea en materias diferentes de las reguladas coactivamente por mandatos y prohibiciones del orden jurídico; y 3) que sea creadora tanto de la existencia como de los límites, forma, naturaleza y contenido de relaciones jurídicas”⁵³.

La conexión de estos temas se da en el punto en el que los autores se cuestionan si las consecuencias jurídicas se producen por la voluntad de los individuos, o provienen exclusivamente de la ley, o se requiere el concurso de ambos factores. Si se acepta la primera posibilidad, se actúa en el marco liberal del principio de la autonomía de la voluntad, pero si se inclina la respuesta por admitir cualquiera de las otras dos posibilidades, se restringe el ámbito de aplicación de tal principio y ello tiene consecuencias con relación al tema de la declaración unilateral de voluntad que estamos tratando, en tanto que se le considere como apta fuente general de obligaciones, o bien sólo como fuente excepcional para los casos que expresamente prevea la ley.

El principio de la autonomía de la voluntad, en tanto que tal, tuvo sus mejores expresiones durante el siglo XIX, sin embargo la cruda realidad de diversos acontecimientos sociales y las corrientes de pensamiento que se fueron gestando a lo largo de ese siglo para propugnar por la mejora en las condiciones de vida de los grupos que en ese entonces eran menospreciados, fueron minando la vigencia de ese principio hasta el grado de que se le limita en aras de una pretendida socialización como aconteció en el caso del Código Civil de 1928 aplicable en el Distrito Federal en asuntos del orden común y en toda la República en el orden federal.

En su Teoría General de las Obligaciones, Borja Soriano⁵⁴ transcribe algunos significativos párrafos de la obra de otro gran jurista mexicano, el Lic. Ignacio García Téllez [*Motivos, colaboración y concordancias del nuevo Código Civil Mexicano, 1932*] quien señala: “...han hecho indispensable que el Estado intervenga para regular las relaciones jurídico-económicas, relegando a segundo término al no ha mucho triunfante principio de que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos...Es preciso socializar el Derecho...”

No obstante lo que se ha transcrito, es indispensable reconocer que el propósito socializante no se llevó al extremo de nulificar por completo el efecto generador de derechos y obligaciones que a la voluntad individual corresponde, de ahí que, conforme a Sánchez Meda⁵⁵, “no por ello puede afirmarse que las frecuentes limitaciones sociales a la libertad de contratar y a la libertad contractual han hecho desaparecer ese poder de autodeterminación de la persona, al cual suele llamarse en nuestros días la *autonomía privada* y se le define como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de

⁵² Op. cit. nota 29, p. 455

⁵³ En su ya citada obra (notas 16 y 50), Federico de Castro y Bravo, refiriéndose al tema de la autonomía privada, dice que los hombres de la Ilustración, piensan que “El Derecho Estatal debe limitarse a servir la voluntad individual y, en su caso, a completarla o suplirla, conforme a lo que puede presumirse querido”

Op. cit. p. 14

⁵⁴ Op. cit. nota 18, p. 124.

⁵⁵ Op. cit. nota 36, p. 7

sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social... No es, por tanto, de aceptarse la tesis extrema y opuesta que expusiera Duguit en 1911 al hablar de las transformaciones del Derecho Privado en sus célebres conferencias en la Universidad de Buenos Aires, para combatir y aniquilar el principio de la autonomía de la voluntad, pues a pesar de todo la regla sigue siendo la libertad contractual”

En función de lo anotado, es de estimar que la voluntad de los individuos puede llevarlos a la creación de normas jurídicas como ocurre en el caso de la declaración unilateral de voluntad, con respecto a la cual conviene ahora dilucidar en definitiva, si es una fuente general de obligaciones, o si solo es una fuente para los casos que específicamente señale la ley. Rojina Villegas opina en pro de la primera posibilidad de las citadas, pero es fuertemente criticado por Borja Soriano. El primero sustenta su postura en lo dispuesto por el artículo 1859 del Código Civil de 1928, el cual dispone: “Artículo 1859. Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos” Borja Soriano, por su parte, dice que, “Este precepto [el artículo 1859] se refiere, evidentemente, a los actos jurídicos ya existentes, o sea a aquellos en los que se reúnen la voluntad y la norma de derecho que los haga producir efectos”

Consideramos que Borja Soriano no quiso ceder al razonamiento de Rojina por alguna razón desconocida y adoptó una posición rigorista, y como tal, fallida. Paradójicamente, en su ya citada obra, Borja Soriano transcribe algunos párrafos de la exposición de motivos del Proyecto de Código, en los que se lee: “...y no se comprende por qué una persona capaz de obligarse con otra, no pueda imponerse voluntariamente una obligación o constreñir su conducta...” de lo que puede fácilmente concluirse que los redactores de dicho Proyecto admiten la posibilidad de que la declaración unilateral de voluntad sea una fuente general de obligaciones, lo que a su vez no está reñido con el hecho de que hayan incluido expresamente cuatro formas de ella en el propio Proyecto y que así se le haya aceptado y promulgado.

Así pues, si se admite que la declaración unilateral de voluntad es una fuente general de obligaciones y que puede adoptar diversas formas más allá de las cuatro que están reglamentadas en el Código Civil de 1928, parece admisible que el fideicomiso sea alguna de las que no están incluidas en dicho Código.

Entre los tratadistas hay uno que abiertamente se inclinó por considerar que el fideicomiso es una declaración unilateral de voluntad; se trata de Jorge Alfredo Domínguez Martínez, quien se expresa al respecto en los siguientes términos: “*el fideicomiso reconoce una sola voluntad creadora, o sea, la del fideicomitente que lo constituye...por lo que...es un acto unilateral...el fideicomiso en su fase constitutiva, es una declaración unilateral de voluntad*”⁵⁶. No obstante esa expresión tan contundente, en una publicación posterior a la

⁵⁶ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Dos aspectos de la esencia del fideicomiso mexicano*, 3ª ed, México, Porrúa, 2000, p. 27.

referida arriba con la transcripción correspondiente, ese mismo autor deja en claro que conforme a las disposiciones en vigor a partir del año 2003, el fideicomiso tiene una naturaleza contractual⁵⁷.

La variación se explica en función de los cambios habidos en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuyo texto sufrió, como quedó citado al inicio de este capítulo, una importante reforma en el año de 2003, de la que se desprende que el fideicomiso se establece mediante contrato. A esta conclusión llega el distinguido jurista mencionado, y lo hace dejando constancia de su desacuerdo con la reforma desde diversos puntos de vista que más adelante habrán de ser referidos.

En el estudio que hace sobre el fideicomiso mexicano a manera de prólogo del “Tratado Teórico y Práctico de los Trusts”, Pablo Macedo hizo notar, a propósito del cuarto párrafo de lo que era el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (ahora artículo 385), lo que en seguida se anota: “...se configura el caso como un contrato que requiere la voluntad de ambas partes...”, y se refería a la intervención del fideicomitente y de la fiduciaria.

Esa afirmación, además de otras consideraciones propias, ha hecho que algunos autores, aún antes de la citada reforma del 2003, hayan expresado su postura en pro de estimar que el fideicomiso es un contrato y nunca una declaración unilateral de voluntad. Batiza⁵⁸ señala expresamente que el fideicomiso tiene una naturaleza contractual, e incluso lo ubica en la clasificación de los bilaterales y sinalagmáticos perfectos. Acosta Romero, por su parte, dice que en ninguno de los artículos que regulan el fideicomiso se le cita como manifestación unilateral de voluntad y tampoco en los antecedentes legales de la figura en México, ni tampoco del pensamiento del legislador. En conclusión, menciona este autor, se le reconoce como un contrato⁵⁹.

Como ya se anticipaba, el tema es difícil y suscita opiniones encontradas, aunque no deja de llamar la atención el que se resalten los términos de ley y que al mismo tiempo se llegue a conclusiones por inferencia, pues ni el texto anterior ni el resultante de la reforma de 2003 señalan de forma expresa que el fideicomiso sea un contrato, lo cual evidencia nuevamente que los análisis jurídicos no son consistentes metodológicamente hablando.

Tan es inconsistente la situación que se pierde de vista alguna otra parte del texto legal que puede dar lugar a un resultado diametralmente opuesto. En efecto, el texto mismo en vigor de la ley, lleva a una duda razonable, pues reza el artículo 381 lo siguiente: “*Artículo 381. En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite... encomendando la realización...*”, y estas expresiones son casi iguales a las del texto anterior, salvo porque en lugar de la palabra “transmite”, se decía “destina”. La duda surge porque con el texto anterior, en función del empleo de los vocablos “destinar y encomendar”, Jorge Alfredo

⁵⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El fideicomiso de antes y de ahora*, México, Porrúa y Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2008, p. 50.

⁵⁸ Batiza, Rodolfo, op.cit.p.136

⁵⁹ Acosta Romero, Miguel, op. cit., pp. 179 y 183.

Domínguez Martínez encontró razones suficientes para sustentar su posición en pro de considerar que el fideicomiso era una declaración unilateral de voluntad. Ahora, el texto legal contiene el vocablo “transmite”, pero puesto que subsisten la noción de la encomienda y la expresión “En virtud del fideicomiso”, pudiera entenderse que la transmisión es tan sólo un efecto de la previa existencia del fideicomiso evidenciada con la frase que apenas se transcribió en este párrafo. Cuando se dice “En virtud del fideicomiso”, pareciera que se deja en claro que se trata de algo que ya está ahí, que ya está dado, y que a consecuencia de ello opera un efecto de transmisión de propiedad o de titularidad. Si se llegara a aceptar que el fideicomiso es algo preexistente, podría hacerse la deducción de que no se trata de un contrato, menos aún cuando que tal vocablo nunca fue introducido en el texto legal.

Las dudas también surgen de considerar que, conforme al texto de la ley, la intervención de la fiduciaria es tan sólo para el efecto de aceptar o no la encomienda, y no se le da intervención en algún otro aspecto. Siendo de la esencia del fideicomiso la definición de fines y habiendo quedado ello, en los términos de la ley, a la única decisión del fideicomitente, es aceptable dudar si se trata en realidad de un auténtico libre juego de voluntades respecto de la esencia misma del asunto y por tanto de un real contrato.

Vale la pena referir palabras del ilustre maestro de la Facultad de Derecho de la UNAM, el Sr. Lic. J. de Jesús Ledesma, citado por Ernesto Gutiérrez y González en su ya mencionada obra sobre Derecho de las Obligaciones⁶⁰: *“La densidad de las relaciones jurídicas está provocando una transformación en gran cantidad de conceptos tradicionales del Derecho; ese movimiento se hace sentir ya en el campo del Derecho Civil y en el campo del Derecho Mercantil. Las excepciones a las reglas generales se multiplican cada día más, y frente a la insuficiencia de la norma aparecen nuevos conceptos, o se ensanchan los ya existentes, deformándose.”*

Si seguimos la tónica de lo marcado por el Lic. Ledesma, es posible que en el caso del fideicomiso nos estemos enfrentando a una figura jurídica cuyas características la alejan de lo previamente establecido. Si de origen se dijo que se trataba de algo extraño a nuestra tradición jurídica, no sería imposible que en algunos otros aspectos se le pudiera considerar diferente a cualquiera otra institución. El hecho de que con las reformas del 2003 se haya efectuado una conveniente adaptación a necesidades de orden práctico en el manejo de la figura, eso no necesariamente ha de llevar a que se considere transformada de manera radical su naturaleza jurídica, ni que se renuncie de antemano a la posibilidad de encontrar en ella matices nuevos que permitan conformar una especie distinta dentro de la ciencia jurídica, pues la evolución de las cosas también afecta al campo del Derecho y debemos evitar la cerrazón que trata de encontrar siempre que todas las cosas quepan en los moldes de lo conocido.

Tal vez en otra ocasión sea dable tratar estos asuntos con la profundidad que su importancia amerita, pero dado que en este trabajo tienen sólo el efecto de fungir como antecedente, es necesario continuar en el repaso de las

⁶⁰ Gutiérrez y González, Ernesto, op. cit, notas 17 y 49, p. 441

instituciones a las cuales el fideicomiso ha sido asimilado, y toca su turno al mandato.

Seguiremos de primera instancia al destacado jurista Pablo Macedo, quien en su estudio sobre el fideicomiso mexicano⁶¹, nos proporciona datos sobre el tema que ahora nos ocupa. Así tenemos, de acuerdo con Macedo, que en un trabajo que publicó en 1930, Don Toribio Esquivel Obregón se ocupó del “Carácter legal de lo que la Ley Bancaria llama Fideicomiso”. En ese estudio dice Esquivel Obregón: *“Se ve por esto que la función de un llamado Banco de Fideicomiso, no es ni de fideicomiso, ni de trust; la palabra fideicomiso no es allí otra cosa más que un disparate, un neologismo engañoso para designar las únicas funciones que nuestra ley permite y para las cuales tiene un nombre cuya connotación es perfectamente conocida. Se llama mandato...”* Aunque estas palabras fueron escritas con la clara intención de rechazar la figura del fideicomiso en nuestra legislación, para los propósitos de este apartado tienen la importancia de que nos dejan ver que entre fideicomiso y mandato es posible encontrar una gran semejanza. Así resulta, de que tan afamado jurista sostenga que los propósitos que se persiguen con el fideicomiso se logran con el mandato.

Continuando con el trabajo de Pablo Macedo, resulta ser que un caso muy significativo de asimilación entre el fideicomiso y el mandato, es el del doctor Ricardo J. Alfaro, quien en su conocida obra “El Fideicomiso, estudio sobre la conveniencia y necesidad de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución nueva, semejante al trust del derecho inglés”, propuso un proyecto de ley en el cual define al fideicomiso como un mandato irrevocable.

Bajo la influencia del trabajo del doctor Alfaro, dice Macedo, en 1926 se promulgó en nuestro país la Ley de Bancos de Fideicomiso, en cuyo artículo sexto se establece que el fideicomiso es un mandato irrevocable. En ese mismo año se promulgó también la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios que sigue la tónica de la ley anterior y nuevamente califica al fideicomiso como mandato irrevocable en su artículo 102. Estas definiciones ya no fueron repetidas por la legislación de 1932, año en el cual se inicia la vigencia de nuestro actual fideicomiso. Hasta aquí la referencia al trabajo de Pablo Macedo.

Ahora bien, conviene intentar explicar la incuestionable semejanza habida entre ambas instituciones, la cual proviene de que tanto el mandato como el fideicomiso implican una encomienda, un encargo que una persona hace a otra para que ésta lleve a cabo cierta actividad, en función de la confianza bajo la cual la relación se manifiesta, pues ni en el fideicomiso, ni mucho menos en el mandato podemos perder de vista que el encargo correspondiente se otorga básica y fundamentalmente por la confianza que es posible depositar en el fiduciario y en el mandatario, respectivamente.

En el Derecho Romano, *“El mandato es un contrato por el cual una persona da encargo a otra persona, que acepta, de realizar gratuitamente un acto*

⁶¹ Op. cit. notas 9 y 14, pp X-XIX

determinado o un conjunto de operaciones⁶², y también el factor confianza estaba presente, pues a decir de Eugene Petit, “...el mandatario, en quien el mandante pone toda su confianza, debe merecerla por sus cuidados”⁶³, de ahí que una de las causas de terminación de la relación jurídica que nacía del contrato en cuestión fuera la muerte del mandante o del mandatario⁶⁴.

Entre los romanos y para efectos de este contrato era tan importante el mencionado factor de la confianza, que el vocablo “mandato” tiene en sus raíces una expresión de ello, pues siendo, como lo dice Ortolan⁶⁵, que el origen de esta figura puede encontrarse en la religión y en la amistad, no es de extrañar que la palabra misma con la que se le designa, revele un símbolo primitivo de la mano que se proporciona y se recibe en señal de fe⁶⁶.

Sólo para abundar en estos señalamientos, hemos de transcribir las palabras de Carlos Sepúlveda Sandoval, quien al respecto cita: “Desde el antiguo derecho romano, al mandato se le ha considerado como un contrato de carácter personal, es decir, como una convención *intuitu personae*; en virtud de que para su concertación se atienden aspectos o cualidades personales de los contratantes –por sobre todo del mandatario-, de entre los cuales destaca la confianza que debe existir entre éstas, al encomendarse la realización de actos jurídicos que implican (sic).”⁶⁷

En el Código Civil Federal, la definición del mandato contiene con claridad uno de los dos elementos de los que se ha venido hablando, ya que se establece en el Artículo 2546: “El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga”, de manera tal que no ha lugar a dudas sobre la existencia de la encomienda pues así está prevista expresamente con el vocablo “encarga”.

No aparece con tanta transparencia el elemento de confianza, pues en dicha definición es difícil ubicarlo; para lograr su identificación, es indispensable poner en juego el texto de otro de los artículos del Código de referencia. Se trata del 2574 que señala: “Artículo 2574. El mandatario puede encomendar a un tercero el desempeño del mandato si tiene facultades para ello”. Como se ve, esta disposición limita de manera importante la posibilidad de actuación del mandatario pues lo constriñe, en principio, al desempeño del mandato por sí mismo, salvo que expresamente se le haya autorizado para delegar su responsabilidad en otra persona. El hecho de que la ley contenga esta restricción hace llegar a la conclusión de que el mandato se otorga en función

⁶² Petit, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano*, trad. de José Fernández González, México, Editora Nacional, 1952, p. 412.

⁶³ *Ibidem*, p. 415

⁶⁴ “Como se trataba de un contrato *intuitu personae*, la otra parte no tenía obligación de continuar la relación jurídica en cuestión con los herederos del difunto” Margadant S. Guillermo F., *El Derecho privado romano*, 26 ed., México, Esfinge, 2008, p. 421.

⁶⁵ Ortolan J, *Instituts de l'empereur Justinien*, 12^a ed. Paris, E. Plon, Nourrit et Cie, 1883. p. 315

⁶⁶ Del Latín, “*mandare*”, encomendar, encargar; dar órdenes (sentido implícito): encargar, poner en manos de), de *manus*, mano+ *dare*, dar. Gómes de Silva Guido, *Breve diccionario etimológico de la Lengua Española*, 1^a ed. México, El Colegio de México y Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 434

⁶⁷ Sepúlveda Sandoval Carlos, *Contratos civiles*, 1^a ed. México, Porrúa, 2006, p. 810.

de las calidades que el mandatario reviste y por tanto no es permisible que haga intervenir a otro sujeto que no sea él mismo.

Nuevamente acudimos a la autorizada voz de Jorge Alfredo Domínguez Martínez quien sobre el particular señala lo siguiente: “dadas las características del mandato cuya celebración tiene como fundamento cualidades personales del mandatario...resulta de ello fácilmente comprensible que el mandatario debiera ejecutar personalmente los actos correspondientes al mandato, sin tener la posibilidad legal de a su vez encargarlos a un tercero, salvo si estuviere facultado expresamente para ello por el mandante”⁶⁸

Para concluir este repaso sobre dos aspectos de la esencia del mandato que lo asemejan al fideicomiso, recordemos palabras de dos ilustres juristas, iniciando por las del mexicano Ignacio García Téllez: “Por medio del mandato se desdobra la personalidad del individuo y puede éste, por conducto de personas de su confianza, obrar como si fuese en propia persona.”⁶⁹; ahora continuemos con las que en su oportunidad pronunció el panameño Ricardo J. Alfaro: “Conservo el nombre de fideicomiso...porque ese nombre resulta...tan expresivo y adecuado que es irremplazable. Siempre es la fe que se tiene en el fiduciario lo que impele al fideicomitente a encomendarle el encargo”⁷⁰

La coincidencia que se da entre fideicomiso y mandato en razón de la importancia que en ambas instituciones tienen la encomienda y la confianza depositada en el receptor de aquella, llevó a Alfaro a concluir que el fideicomiso es en sustancia un mandato, sin embargo ya apuntaba lo que en definitiva es la diferencia básica y fundamental entre uno y otro: la transmisión de propiedad que se opera en el caso del fideicomiso respecto de los bienes materia del encargo.

Ciertamente, ese es el punto que los distingue y que impide la asimilación, sin dejar de reconocer la fuerza e importancia de las notas que les son comunes. Asimismo es indispensable destacar que lo que constituye la diferencia apuntada, fue un punto de hondas discusiones y divergencias entre los tratadistas e incluso, por lo menos en una primera etapa, a nivel de los tribunales, que finalmente, con decisiones de la Suprema Corte, dejaron en claro que el fideicomiso tiene un efecto traslativo de dominio. Este punto hoy día ha dejado de ser materia de dudas, pues como ya se ha apuntado con anterioridad en este mismo trabajo, con motivo de las reformas habidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en el año de 2003, se reconoce expresamente que al fiduciario se le transmite la propiedad de los bienes materia del fideicomiso, si bien es cierto que esa propiedad tiene características propias y distintivas como más adelante se habrá de comentar.

En síntesis, fideicomiso y mandato están colocados, bajo ciertas perspectivas, en una situación común, pero la traslación de dominio que se opera en el

⁶⁸ Domínguez Martínez Jorge Alfredo, *Derecho civil teoría del contrato. Contratos en particular*, 2ª ed. México, Porrúa, 2002, p. 597.

⁶⁹ Citado por Figueroa Luis Mauricio, *Contratos Civiles*, 1ª ed. México, Porrúa, 2007, p. 177

⁷⁰ Citado por Batiza Rodolfo, notas 8, 11, 57, op. cit. p. 121, nota 205.

primero, los distingue con claridad; en palabras de Villagordo Lozano⁷¹ “En el mandato, en ningún caso, el mandante transmite derechos al mandatario para que produzca efectos la representación que implica este acto jurídico”

3. El Fideicomiso y las teorías patrimonialistas.

Es momento ahora de hacer el estudio del tercer grupo de teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, esto es, aquellas a las que hemos llamado patrimonialistas en razón de la importancia que confieren precisamente al régimen en el cual quedan colocados los bienes que son materia del fideicomiso.

Como otras varias cosas que han ocurrido cuando de estudiar al fideicomiso se trata, el punto al que se hace alusión en el párrafo inmediato superior ha provocado múltiples conjeturas, análisis y divergencia en las opiniones de los juristas.

El primer aspecto a dilucidar consiste en la determinación de si el fideicomiso implica necesariamente la traslación de la propiedad y en caso de que así sea, en cuál grado. Aunque parezca repetitiva la cuestión, resulta indispensable señalar que en función del texto vigente de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, hoy día, la situación parece resuelta habida cuenta de que en forma expresa en dicha ley se dice que en virtud del fideicomiso se transmite la propiedad a la fiduciaria, sin embargo, no se puede perder de vista que esta figura jurídica es en extremo rica desde el punto de vista conceptual y que al hacer consideraciones sobre la misma, si queremos encontrar su esencia, es necesario ir más allá de lo que la ley diga a la letra, como ahora se hace al referir los diversos puntos de vista de quienes del fideicomiso se han ocupado poniendo en juego su saber.

En efecto, desde la introducción del fideicomiso a nuestra vida jurídica en el año de 1932, se generó gran inquietud entre los tratadistas por precisar el régimen de los bienes fideicomitidos.

Es posible que el origen del asunto se encuentre en la resistencia del legislador de 1932 para establecer en el texto de la ley que el fideicomiso implica la transmisión de propiedad. Recordemos que el fideicomiso se encuentra regulado en el Capítulo V del Título Segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y que el autor del propio Capítulo lo fue el Lic. Pablo Macedo, quien dejó constancia de que no se le quiso llamar propietaria a la fiduciaria y que se limitó a concederle la titularidad. Muy ilustrativas son sus palabras cuando expresa: “...en ese patrimonio, que ya no pertenece al fideicomitente, pero no pertenece tampoco al fiduciario ni al fideicomisario, radica toda la institución. ¿Se trata de un patrimonio sin propietario? Esa es la conclusión de Lepaulle. Sin llegar a ella, pues no nos atrevimos a adoptar una teoría que no tenía pacífica aceptación, tampoco la rechazamos, pues no acogimos ni quisimos construir un nuevo tipo de propiedad fiduciaria, o hacer un desdoblamiento de la propiedad en legal y económica. Nos limitamos a

⁷¹ Op. cit., nota 40, p 104

conceder al fiduciario la titularidad, sin conferirle empero a este carácter, categoría de propiedad. La razón para proceder así consistió en que cuanto más se profundizaba el estudio, más numerosas resultaban las teorías sustentadas por los autores consultados.”⁷²

Rodolfo Batiza se expresa en tono crítico con respecto a la falta de definición en el texto original de la ley sobre el régimen de propiedad y se pronuncia por sostener que se creó un nuevo concepto, tomando en cuenta que el antecedente inmediato de nuestro fideicomiso lo es el *trust* anglosajón en el cual la propiedad puede estar sujeta a un doble sistema (*legal y de equidad*), de ahí que señale: “La única actitud realista, por tanto, es reconocer que el fideicomiso ha producido, más aún, presupone, un desmembramiento del derecho de propiedad, un nuevo derecho real con caracteres distintivos propios, lo que podría denominarse *propiedad fiduciaria*, cuya reglamentación rebasa el marco de las leyes mercantiles y que corresponde estrictamente al Código Civil. Establecidas en éste las bases de la *propiedad fiduciaria*, al lado de los derechos reales ya consagrados, no habrá necesidad alguna de recurrir, para caracterizar al mecanismo peculiar del fideicomiso y al derecho de naturaleza especial que transfiere, a un término de contenido y alcance tan imprecisos como es el de *titularidad*”⁷³

El párrafo de Batiza que se acaba de transcribir, aborda por lo menos dos temas muy importantes, a saber: en primer término el relativo al efecto traslativo de propiedad que él caracteriza como “*desmembramiento*” y en segundo lugar la crítica al concepto “*titularidad*”. Ahora bien, con respecto al primero, Rodolfo Batiza no se limitó a evidenciar que la regulación del fideicomiso era omisa en el señalamiento del régimen al que quedaban sujetos los bienes materia del fideicomiso desde el punto de vista de la propiedad, sino que fue más allá y propuso que se considerara que el fideicomiso implica un nuevo régimen de propiedad, algo distinto de lo regulado, y a lo cual llama simplemente “propiedad fiduciaria”.

Conviene resaltar que el propio Pablo Macedo⁷⁴ incurre en una importante imprecisión por las razones que en seguida se mencionan: a) dice este autor que al redactar el Capítulo V de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se optó por concederle al fiduciario la *titularidad*, sin embargo, tal expresión no consta en ninguno de los 14 artículos que lo conforman; b) afirma expresamente que el patrimonio materia del fideicomiso no pertenece ni al fideicomitente, ni al fiduciario ni al fideicomisario, sin embargo ni adopta, ni rechaza (así lo dice de manera expresa) la teoría del patrimonio sin propietario; c) más adelante señala que por virtud de la afectación, el fideicomiso implica tanto un patrimonio distinto del personal del fideicomitente, como la salida de los bienes de ese patrimonio personal, cual si la afectación fuese la causa eficiente de la traslación de los bienes; d) después reitera la idea de la salida de los bienes para dar lugar a la constitución del patrimonio fiduciario, y, aunque con esa afirmación deja clara evidencia de que hay una enajenación, sigue en la tónica de no llamarle propiedad al derecho que tiene el fiduciario

⁷² Op. cit. notas 9, 14 y 60, p. XXV

⁷³ Op. cit., notas 8, 15, 69, p. 155

⁷⁴ Ibidem, p. XXV y sig.

sobre los bienes enajenados. Todo lo mencionado deja en claro que hay una gran ambigüedad en el manejo de los conceptos, lo que necesariamente arroja falta de precisión, y esta situación es destacable por provenir precisamente del autor del texto legal.

Con este tipo de reflexiones, es claro que el debate estaba abierto, y los autores tomaron distintas posiciones sobre el alcance de las facultades de que se hacía gozar a la institución fiduciaria con respecto a los bienes materia del fideicomiso. Los tratadistas coincidían en aceptar la formación de un patrimonio diferente al patrimonio del fideicomitente y del patrimonio propio de la fiduciaria, y también coincidían en que ese patrimonio estaba afecto a la realización del fin establecido por el fideicomitente. No se cuestionaba, y por tanto se aceptaba sin restricción, que el fiduciario tuviese las *facultades necesarias* para el cumplimiento del propio fideicomiso tal y como se preveía en el artículo 356 (ahora 391) de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; lo que motivaba dudas era el sustento de esas mismas *facultades necesarias* en función de propiedad. Dicho de otra manera, tales *facultades necesarias* podrían ser distintas en su alcance según el fiduciario fuese o no propietario de los bienes fideicomitados.

Joaquín Rodríguez Rodríguez decía que el fideicomiso crea una nueva estructura en el derecho de propiedad, que implica una traslación de dominio a favor del fiduciario, lo que quiere decir que éste aparece como dueño y que los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio separado, un patrimonio fin o de afectación.⁷⁵

Cervantes Ahumada, por su parte, afirmaba que el fideicomiso constituye un patrimonio autónomo, distinto de los patrimonios propios de quienes intervienen en el fideicomiso; que ese patrimonio está afectado a un fin determinado y por tanto se encuentra fuera de la situación normal en que los patrimonios se encuentran colocados, y cuya titularidad se atribuye al fiduciario, entendiendo por titularidad, a la cualidad jurídica que determina la entidad del poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica.⁷⁶

En cierta medida, con expresiones de alcance semejante dejaba constancia de su parecer el maestro Octavio A. Hernández, al decir: “Quien constituye el fideicomiso, transmite su título sobre el patrimonio por fideicomitir, a la fiduciaria, que adquiere su titularidad. El poder de la fiduciaria sobre el patrimonio fideicomitado estará determinado por el acto constitutivo del fideicomiso o, en su defecto, por la naturaleza del fin al que se destine el patrimonio fideicomitado. De lo dicho es posible inferir que el alcance de la titularidad de la fiduciaria sobre el patrimonio fideicomitado está limitado por: 1º. El fin a cuya consecución tienda el fideicomiso; y 2º. La naturaleza de la titularidad que tuvo el fideicomitente sobre el patrimonio fideicomitado”.⁷⁷

⁷⁵ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *op cit.* Nota 6, 37, 41, p. 121

⁷⁶ Cervantes Ahumada, Raúl, *Títulos y operaciones de crédito*, 13ª ed., México, Editorial Herrero, 1984, pp. 289 y 290.

⁷⁷ Hernández, Octavio A., *op. cit.*, nota 32, t II, pp. 276 y 277

En una noción de dominio limitado dejaba su punto de vista Mario Bauche Garciadiego, pues anotaba que los bienes fideicomitidos pasan a ser titulares (sic) de la institución fiduciaria, en un efecto traslativo de dominio que recae en el banco, el cual puede disponer de ellos pero sólo para los fines que se pacten.⁷⁸

El Dr. Jesús de la Fuente Rodríguez se inclina por la noción de titularidad, pues expresamente señala que: "...el fideicomiso es un contrato por medio del cual una persona física o moral (Fideicomitente), transmite a una institución bancaria o no bancaria (Fiduciario), la titularidad de uno o más bienes o derechos..."⁷⁹

Otras dos opiniones destacadas es menester citar. Se trata en primer lugar de la que externa José Manuel Villagordoa Lozano quien dice que la transmisión que se realiza al fiduciario es una transmisión plena, de la propiedad, si se trata de bienes; de titularidad, si se trata de derechos de crédito. Sin embargo, más adelante establece una variante que matiza su afirmación inicial, pues cita textualmente: "Ahora bien, admitimos que la transmisión hecha al fiduciario no es absoluta, ya que dicho fiduciario no puede disponer de los derechos transmitidos en su propio provecho. La limitación...no modifica la esencia del derecho de propiedad...sino únicamente implica una modalidad de dicho derecho de propiedad"⁸⁰

La segunda de las opiniones anunciadas es la que corresponde a Jorge Alfredo Domínguez Martínez, pues este autor expresa lo siguiente: "...no es que el fideicomitente transmita los bienes a la fiduciaria, por el contrario, el fideicomitente, como propietario de los bienes fideicomitidos, conserva la propiedad sobre los mismos..." Continúa señalando este autor: "...la institución fiduciaria es la titular de los bienes fideicomitidos, estos continúan siendo propiedad del fideicomitente, con la salvedad de que por la constitución del fideicomiso dichos bienes quedan destinados a la realización de un fin lícito y determinado, que la propia ley protege al establecer que sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que se refieran a ese fin..."⁸¹

Como se puede apreciar, el fideicomiso ha dado lugar a muchas deliberaciones y a puntos de vista muy diferentes entre los estudiosos del derecho. Hemos efectuado un repaso somero de varias opiniones relativas a un punto concreto que dejan ver con claridad que el fideicomiso es un terreno fértil para la reflexión. Así pues, siguiendo con este asunto, es de apuntar que algunas resoluciones del Poder Judicial Federal denotan cierta ambivalencia por la referencia a distintas nociones, no obstante que, en términos generales, puede decirse que se aceptó que el fideicomiso tiene un efecto de traslación de la propiedad⁸².

⁷⁸ Bauche Garciadiego, Mario, *Operaciones bancarias*, 3ª ed. México, Porrúa, 1978, p. 360

⁷⁹ De la Fuente Rodríguez, Jesús, *op cit.*, nota 4, p. 458

⁸⁰ Villagordoa Lozano José Manuel, *op. cit.*, notas 40, 70, pp. 68 y 69

⁸¹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op cit*, notas 25, 34, 39, pp. 212 y 213

⁸² - "Aun cuando el fideicomiso es una institución que participa de la naturaleza de la cesión de bienes y del concurso, no puede equipararse a ninguno de ellos en particular;"

Amparo civil en revisión 4010/35. Riveroll Roberto. 2 de julio de 1936. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

5a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; XLIX; Pág. 30; [T.A.];

- “El fideicomiso es traslativo de dominio, ya que por virtud del contrato, el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre el bien que es su objeto, acciones y derechos que se transfieren a la institución fiduciaria, para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito que le es encomendado; es decir, se sustituye en el derecho pleno de administrar y disponer que, antes del contrato, correspondía al dueño del bien afectado, atenta la restricción de esos derechos, limitada tan sólo por aquellos adquiridos con anterioridad a la constitución del fideicomiso.”

Amparo administrativo en revisión 4572/48. Financiera de Construcciones, S.A. 31 de agosto de 1950. Unanimidad de cinco votos. Relator: Franco Carreño.

5a. Época; 2a. Sala; S.J.F.; CV; Pág. 2047; [T.A.];

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

Amparo civil directo 2064/52. Acosta Sierra Francisco. 26 de octubre de 1953. Unanimidad de cuatro votos. El Ministro Gabriel García Rojas no intervino en este asunto por las razones que constan en el acta del día. Ponente: Vicente Santos Guajardo.

5a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; CXVIII; Pág. 1083; [T.A.];

- “La fiduciaria adquiere el dominio de los bienes sobre los que se constituye el fideicomiso, siempre que requiera de facultades de dominio para ejecutar el fin del fideicomiso, llegando a ser en este caso titular de un derecho de dominio con más o menos limitaciones, según se haya fijado en el acto constitutivo, puesto que la fiduciaria, como dueña puede disponer de dichos bienes.”

Amparo civil directo 1822/54. Acosta Sierra Francisco. 1o. de julio de 1955. Mayoría de tres votos. El Ministro José Castro Estrada no votó por habersele aceptado la excusa que presentó. Disidente: Gabriel García Rojas. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.

5a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; CXXV. Pág.: 25. Tesis Aislada. Materia(s): Civil

- “Conforme a los artículos 346, 351 y 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se concibe al 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 fideicomitados, de los cuales pasa a ser titular la institución fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito encomendado.”

Amparo directo 1355/67. Jesús Galindo Galarza. 30 de septiembre de 1968. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mariano Azuela.

6a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; Cuarta Parte, CXXXV; Pág. 77; [T.A.];

- “El fiduciario es titular, pero no propietario de los bienes afectados (no obstante que, si se trata de

La ambigüedad que estaba latente según el texto original del Capítulo V de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no fue eliminada del todo con la reforma del 2003, aunque pareciera que tal era la intención del legislador. Paradójicamente, la reforma acentúa la necesidad de esclarecer los conceptos, pues al señalar el texto vigente de dicha ley (Art. 381) que el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria la propiedad de los bienes materia del fideicomiso y no hacer distinción sobre el alcance que dicha propiedad tiene, bien pudiera entenderse que se trata de una propiedad plena, sin limitación ni modalidad alguna, aplicando el conocido aforismo “*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”⁸³.

Aún más, y siguiendo con las reformas del año citado, resulta ser que también se modificó el texto del artículo 384 que ahora establece que sólo pueden ser

inmuebles, deben transmitírsele en la misma forma en que se tramite la propiedad de los mismos), y según el artículo 356 de la ley en referencia, tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto,...”

Amparo directo 3176/65.-Elvira Rascón de Macin y coag.-22 de septiembre de 1970.-Cinco votos.- Ponente: Salvador Mondragón Guerra.-Secretario: Rodolfo Carrillo Barragán. Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 21, Séptima Parte, página 39, Sala Auxiliar.

- “*El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio fiduciario autónomo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria, para la realización de un fin determinado; pero al expresarse que es un patrimonio fiduciario autónomo, con ello se señala particularmente que es diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el fideicomiso, o sea, es distinto a los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario. Es un patrimonio autónomo, afectado a un cierto fin, bajo la titularidad y ejecución del fiduciario, quien se halla provisto de todos los derechos y acciones conducentes al cumplimiento del fideicomiso, naturalmente de acuerdo con sus reglas constitutivas y normativas. Los bienes entregados en fideicomiso, salen, por tanto, del patrimonio del fideicomitente, para quedar como patrimonio autónomo o separado de afectación, bajo la titularidad del fiduciario, en la medida necesaria para la cumplimentación de los fines de la susodicha afectación; fines de acuerdo con los cuales (y de conformidad con lo pactado), podrá presentarse dicho titular a juicio como actor, o demandado, así como vender, alquilar, ceder, etcétera.*”

Amparo directo 5567/74. Banco Internacional Inmobiliario, S.A. 15 de junio de 1979. Mayoría de tres votos. Ponente: José Alfonso Abitia Arzapalo. Secretario: José Guillermo Iriarte y Gómez.

7a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; 121-126 Cuarta Parte; Pág. 43; [T.A.];

- “*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 de agosto de 1986. Mayoría de diecisiete votos. Disidentes: Mariano Azuela Güitrón, Atanasio González Martínez y Ulises Schmill Ordóñez. Ponente: Felipe López Contreras. Secretario: Diego Isaac Segovia Arrazola.

7a. Época; Pleno; S.J.F.; 205-216 Primera Parte; Pág. 52; [T.A.];

⁸³ “*Donde la ley no distingue, nosotros tampoco debemos distinguir*”. Cisneros Farías Germán, *Diccionario jurídico: más de 750 frases y aforismos latinos*, 1ª ed, México, Trillas, 2006, p. 107.

fideicomitentes las personas con capacidad para transmitir la propiedad de los bienes objeto del fideicomiso. Esta modificación es significativa, porque en el texto anterior a la reforma que se comenta, el artículo en cuestión se refería a la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, es decir, se refería a una noción totalmente distinta. Ahora el texto en vigor habla de la propiedad y ello naturalmente genera dudas sobre los alcances de ésta.

El problema podría plantearse en los siguientes términos: ¿es el fiduciario un propietario sin limitación, o su propiedad tiene límites o modalidades no obstante que la ley no las establece?; ¿la propiedad del fiduciario es equiparable a la nuda propiedad?; suponiendo que se aceptara que se trata de una propiedad sui géneris, una propiedad especial, una categoría diferente de propiedad, ¿cuál es la naturaleza de los derechos y acciones que se refieren al fin que en cada caso se establezca y que son los únicos que se pueden ejercitar respecto de los bienes en fideicomiso, según reza el segundo párrafo del artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito?

Las cuestiones de ese tenor y otras semejantes que seguramente los estudiosos de esta figura han planteado, no tienen todavía una respuesta satisfactoria y lo único que parece cierto es que las reformas del 2003 generaron un marco legal hasta cierto punto incongruente en tanto que hoy día el texto en la ley alude a la transmisión de propiedad y sigue conservando como una parte esencial de la figura, al régimen de afectación, que es “un régimen legal impuesto por alguien a una parte de sus bienes, sin necesidad de pensar en un desprendimiento patrimonial”⁸⁴, es decir, una limitación que impone el propietario, pero que en el caso del fideicomiso es una limitación impuesta por quien ya dejó de ser precisamente propietario, por lo que es oportuno volver a invocar a Domínguez Martínez, quien dice: “...la situación observada es una ensalada en la cual se combina la transmisión y la afectación de bienes...”⁸⁵

Es pertinente ahora referir otras opiniones, recientes ellas, que son ilustrativas del problema que se encuentra irresoluto. Sergio Monserrit lo dice en los siguientes términos: “En tanto que consideremos que el fideicomiso tiene influencia del *trust* debemos admitir también que carece de tradición jurídica en nuestro derecho y que se crea un concepto de propiedad diferente a la del Derecho Romano, en tanto que en éste la propiedad legal excluye la propiedad de “hecho” y en aquél coexisten la “propiedad fiduciaria” de carácter legal (*trustee*) y la “propiedad económica” del fideicomisario (*cestui que trust*)”⁸⁶ Por su parte, De la Mata Pizaña y Garzón Jiménez señalan: “...el derecho que tiene el fiduciario no corresponde al dominio que ostenta el propietario, aunque pueda inclusive enajenar el bien fideicomitado a fin de cumplir el fin del fideicomiso...Consideramos que por vía del fideicomiso se impone a los bienes fideicomitados una modalidad al derecho real de propiedad del fideicomitente derivada de la afectación impuesta a los bienes fideicomitados...el fiduciario sólo adquiere legitimación sobre bienes ajenos a fin de poder cumplir con lo

⁸⁴ Domínguez Martínez Jorge Alfredo, op. cit., notas 25, 34, 39, 81, p. 374

⁸⁵ Idem

⁸⁶ Monserrit Ortiz Soltero Sergio, op. cit. Nota 1, p. 104

dispuesto en el negocio constitutivo...(pese a lo que se indica de manera aberrante en la citada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito)⁸⁷ ”

Como se puede apreciar, las reformas del 2003 no han eliminado el debate, e incluso, a juzgar por las dos opiniones antes mencionadas, podría decirse que lo han alimentado llevándolo a posturas radicales, pues Monserrit se inclina por considerar que el término “propiedad” se refiere a una categoría diferente de la tradicional, en tanto que De la Mata y Garzón se pronuncian por una postura semejante a la que en su oportunidad sustentó Domínguez Martínez, pues afirman que el fideicomitente continúa siendo el propietario de los bienes y, en esa tesitura, califican al texto legal vigente de “aberrante”.

Aún cuando con el texto original de la Ley el asunto se manifestó polémico, es de reconocer que había un grado de sutileza que evidenció mejores reflexiones por parte de su autor, que aquellas que inspiraron la modificación del 2003, que resultó burda por el afán de precisión terminológica que se logró de tosca manera. Se insiste en que la esencia de la controversia está dada por la mezcla de los conceptos de propiedad y de afectación. Esta mezcla no existía en el texto original y tenía, por tanto, mayor congruencia. Con el texto en vigor, el fideicomitente transmite la propiedad de los bienes, pero, sin que la ley haga distinción, se entiende que tal transmisión no es plena pues los bienes quedan afectos a la realización de una finalidad, de donde resulta que el propietario-fiduciario, no es tal en términos de la concepción romanista de la propiedad, no obstante que la ley dice que se le transmite la propiedad y la ley es omisa en indicar que tal propiedad tiene alguna limitación. En síntesis, un galimatías.

La reforma del 2003, en el punto específico que nos ocupa, buscó eliminar de tajo la duda preexistente sobre el alcance del derecho de la fiduciaria con relación a los bienes materia del fideicomiso. Desde ese enfoque, el intento es positivo, sin embargo no se le materializó de la mejor forma y el resultado es una modificación parcial, que se ve mal hecha y que sigue suscitando comentarios varios en tono dubitativo o francamente crítico.

Puesto que ya se utilizó la noción de propiedad, tal vez ahora correspondería complementarla con el adjetivo “fiduciaria”, lo que permitiría identificar que se trata de algo diferente a lo tradicional; también pudiera señalarse que el propietario fiduciario no tiene el dominio, pero sí la facultad de disposición para el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

Conviene aquí hacer una precisión terminológica con la finalidad de tratar de configurar adecuadamente el asunto. Aunque conforme a la lingüística los vocablos dominio y propiedad tienen acepciones sinónimas,⁸⁸ en el terreno de lo jurídico no necesariamente significan lo mismo⁸⁹. En su Diccionario de

⁸⁷ De la Mata Pizaña Felipe y Garzón Jiménez Roberto, *Bienes y derechos reales*, 1ª ed. Porrúa, México, 2005, pp. 52, 53 y 54.

⁸⁸ Conforme al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, dominio significa “derecho de propiedad”. <http://buscon.rae.es/draeI/>

⁸⁹ “Sutilezas apreciativas” les llama el Dr. Ignacio Burgoa, en su *Diccionario de Derecho Constitucional, garantías y amparo*, 2ª ed. México, Porrúa, 1989, p. 128.

Derecho, Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara⁹⁰ mencionan lo siguiente: “Dominio. Conjunto de las facultades que sobre la cosa en propiedad corresponden a su titular”. “Propiedad. Derecho de goce y disposición que una persona tiene sobre bienes determinados, de acuerdo con las leyes, y sin perjuicio de tercero...”

Nótese como el dominio viene a ser, de acuerdo a este concepto, una especie de atributo, una condición que singulariza al propietario consistente en la suma de facultades que puede ejercer respecto de aquello que es de su propiedad. Si nos atenemos a este concepto, dominio y propiedad no son lo mismo, y por tanto es perfectamente factible que alguien, siendo propietario de algo, en tanto no reúna todas las facultades correspondientes, carezca del dominio sobre ese algo. Si así son las cosas, el fiduciario podrá ser un propietario que carece del dominio.

Rojina Villegas nos dice que la propiedad es el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible ese poder jurídico a un sujeto pasivo universal; también cita ese autor que el aprovechamiento se ejerce bajo la forma de uso, disfrute o disposición de la cosa.⁹¹

En concordancia con lo expresado, podría señalarse que el fiduciario es un propietario que no tiene el dominio, porque la afectación que el fideicomitente establece al crear el fideicomiso implica que el bien fideicomitado se aproveche sólo en la medida de lo necesario para conseguir el fin establecido, es decir, el bien se usará, disfrutará o dispondrá, únicamente en la medida en que cualquiera de esas tres acciones contribuyan a lograr la finalidad deseada, de donde resulta que el fiduciario carece del poder jurídico del que habla Rojina ya que el aprovechamiento está predeterminado por un factor de calidad consistente en la realización de una cierta y determinada finalidad. Además, el aprovechamiento no es total puesto que la finalidad establecida, por lo menos en términos generales, no puede beneficiar al fiduciario quien para estos efectos está colocado en una situación semejante a la de cualquier otro tercero, o a la del sujeto pasivo universal de que habla Rojina Villegas, en razón de lo cual, la ley faculta tanto al fideicomitente como al fideicomisario para reclamar del fiduciario cualquier comportamiento que no se apegue a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso.

Por otra parte, la propiedad está considerada tradicionalmente como una facultad, como un derecho, y en tanto que tal, su titular lo ejerce de manera discrecional en razón de la libertad que todo derecho lleva implícita, sin embargo, tratándose del fideicomiso, la propiedad tiene un carácter ambivalente pues representa también una obligación para el fiduciario, ya que debe ejercer el derecho de que goza en cumplimiento del fideicomiso. El fiduciario no puede actuar discrecionalmente con respecto a la propiedad de la cual es titular; no actúa a discreción ni en el sentido de aprovechamiento al que ya se hizo alusión, ni en el sentido de temporalidad, ni en el sentido de

⁹⁰ De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 33ª ed. México, Porrúa, 2004, p.257.

⁹¹ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*, 3ª ed, México, Porrúa, 1970, T II, bienes, derechos reales y sucesiones, p.79

oportunidad, e incluso ni siquiera para efectos de desidia en la que tan frecuentemente caen muchas personas que no aplican el debido cuidado a los bienes de los que son propietarios. Por el contrario, el fiduciario tiene la obligación de aplicar los bienes materia del fideicomiso a la consecución de la finalidad establecida por el fideicomitente y de poner en juego para alcanzarla, toda su capacidad y conocimiento. Su derecho de propiedad es la causa eficiente de muchas de sus obligaciones.

Tal vez por razones como las anotadas, el propio Batiza distingue dos nociones de propiedad. Citando al jurista panameño Ricardo J. Alfaro, anota Batiza que “el fiduciario no es dueño absoluto...su dominio está sujeto a las limitaciones impuestas por el fideicomiso”.⁹² Y eso fue lo que lo llevó a considerar, como ya antes se anotó, que, “...al adoptarse el fideicomiso en nuestro sistema legal no sólo se ha reglamentado una institución jurídica nueva, sino que correlativamente se ha trasplantado con ella un nuevo concepto de la propiedad... lo que podría denominarse “propiedad fiduciaria...”

A esto cabría tan sólo agregar que la “propiedad fiduciaria” tiene los límites que en cada caso se impongan por virtud del destino que para los bienes fideicomitados establezca el fideicomitente, es decir, la afectación será la medida de los límites, lo que no impide desde luego, que se faculte o legitime al fiduciario para transmitir a terceras personas la plena propiedad, sin limitación, y en los términos del concepto tradicional.

II. ELEMENTOS PERSONALES, MATERIALES Y FORMALES DEL FIDEICOMISO.

Siendo que el propósito central de este trabajo es el efectuar un análisis de ciertos aspectos del fideicomiso público, resulta indispensable ubicar de la mejor manera posible la referencia que permita distinguir a aquél del fideicomiso en lo general. Más allá de lo que pueda resultar obvio con el calificativo “público”, consideramos que las diferencias esenciales entre uno y otro se dan en lo concerniente a los sujetos, bienes y formalidades. De ahí que es indispensable ocuparnos de esos puntos en lo relativo al fideicomiso en general, para después hacerlo en lo concerniente al fideicomiso público.

Bajo esta consideración, podemos decir que del concepto que la ley nos da acerca de lo que es el fideicomiso es posible desprender tres tipos de elementos que son los siguientes:

- Elementos personales
- Elementos materiales
- Elementos formales

Por elementos personales entendemos la referencia a quienes intervienen en el acto constitutivo del fideicomiso. Se trata en consecuencia del fideicomitente

⁹² Batiza, Rodolfo, op cit. Notas 8, 15, 69, 72, p. 130.

y de la fiduciaria. También en este grupo es posible considerar un tercer elemento personal que no es indispensable al momento de la creación del fideicomiso; estamos aludiendo al fideicomisario.

Por elementos materiales entendemos al conjunto de bienes o derechos que el fideicomitente decide destinar a la realización de determinados fines.

Por elementos formales entendemos a los efectos que tiene, desde el punto de vista jurídico, la celebración del fideicomiso, así como a la forma propiamente dicha en la que este deberá materializarse. En este caso estamos aludiendo a la transmisión de propiedad o titularidad, a los fines del fideicomiso, a la encomienda o encargo y a la forma.

A. Elementos personales

1. El fideicomitente. Capacidad y derechos.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su art. 384 nos dice que pueden ser fideicomitentes las personas con capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes para ello.

En la lectura del precepto antes invocado se aprecia con facilidad que: no todas las personas están capacitadas para actuar como fideicomitentes; que éstos son una categoría especial de individuos; y que esa categoría está integrada por los sujetos que tienen los atributos que la ley exige cuando de transmitir la propiedad o la titularidad se trata.

Eso coloca al intérprete en la necesidad de discernir quiénes forman parte de esa categoría; cuáles son las características que su especial condición reviste; qué se quiere decir con la expresión “tener capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de bienes o derechos”.

En el intento de dar respuesta a esos cuestionamientos, tal vez el primer asunto a precisar sea el de la noción de capacidad jurídica, respecto de la cual Rojina Villegas dice que es el atributo más importante de las personas⁹³. Fausto Rico, Patricio Garza y Claudio Hernández corroboran esa idea y agregan: “dado que implica la cualidad de ser titular de derechos y obligaciones”⁹⁴

Conforme a estos mismos autores, “La capacidad jurídica es el atributo de la persona que consiste en la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, así como de ejercitar, asumir, cumplir y defender por sí, tales derechos y obligaciones”

Claramente se aprecia en tal definición o concepto, que quedan subsumidas en

⁹³ Rojina Villegas Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, 5ª ed, México, Porrúa, 1970, T I, Introducción, personas y familia, p. 158

⁹⁴ Rico Álvarez Fausto, Garza Bandala Patricio y Hernández de Rubín Claudio, *De la persona y de la familia en el código civil para el Distrito Federal*, 2ª ed., México, Porrúa, 2007, p. 35

él las dos especies que tradicionalmente han quedado identificadas al hablar de capacidad, ya que cuando se alude a la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, se hace referencia a lo que se llama capacidad de goce, la cual como es sabido es consustancial al individuo y sólo puede ser exceptuada por disposición de la ley. La segunda parte de la definición se refiere a la llamada capacidad de ejercicio. Rojina Villegas dice que esta clase de capacidad “supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales”⁹⁵

El caso que nos ocupa nos lleva hacia la capacidad de ejercicio, relativa a un acto jurídico en el cual ha de transmitirse la propiedad pues tal es la referencia que se anota en la disposición legal correspondiente (que es, como ya lo vimos, el artículo 384 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito). Queda más que clara la situación, si, con las palabras de Rojina Villegas, hacemos énfasis en que estamos explorando cuál es la capacidad requerida para celebrar un acto jurídico consistente en un fideicomiso y contraer las obligaciones que al momento de celebrarlo se establezcan.

El Código Civil Federal señala en su artículo 1798 que son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley, de donde se entiende que la ley presume en cualquiera la capacidad de ejercicio y que sólo por disposición expresa habrá que señalar que alguno la tiene limitada. Así, para identificar la capacidad de ejercicio es necesario proceder en sentido negativo, esto es, señalando más bien los casos en los cuales es posible identificar la incapacidad correspondiente.

Ahora bien, para poder vincular estas nociones al caso del fideicomiso y puesto que, como se ha visto, la ley requiere que el fideicomitente tenga capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de bienes o derechos, resulta indispensable identificar en primer término cuáles son los actos a través de los cuales se transmite la propiedad, hecho lo cual el siguiente paso consistirá en revisar si conforme a la regulación de esos actos se contemplan supuestos limitantes de la capacidad.

La opinión generalizada dice que los contratos traslativos de dominio (utilizamos ahora esta palabra como sinónimo de propiedad, dejando a salvo la anotación referida arriba) son la compraventa, permuta, donación y mutuo, y, en términos generales es posible decir que la recogen tratadistas como Domínguez Martínez⁹⁶, Rojina Villegas⁹⁷ Sepúlveda Sandoval⁹⁸, Sánchez Medal⁹⁹, aunque algunos de ellos introducen variantes.

En nuestra legislación civil federal, las disposiciones relativas a los contratos

⁹⁵ Op cit p. 164, nota 92

⁹⁶ Domínguez Martínez Jorge Alfredo, *Derecho Civil teoría de contrato. Contratos en particular*, 3ª ed. México, Porrúa, 2007, p. 103

⁹⁷ Rojina Villegas Rafael, *Compendio de derecho civil*, 26ª ed, México, Porrúa, 1999, Tomo IV, Contratos, p. 25

⁹⁸ Op. cit. Nota 66, p. 79

⁹⁹ Op. cit., Nota 36, p. 75

antes mencionados están colocadas en ese mismo orden y tal vez por ello así los citan los tratadistas, pero no contienen reglas que les sean comunes, ni hay forma de identificar, con base a señalamiento alguno que la ley pudiera contener, que el orden mencionado obedezca a algún propósito de clasificación o de reunión por razón de rasgos comunes. De esa suerte resulta que no hay reglas comunes, ni principios generales en materia de capacidad, más allá de lo ya citado y que está contenido en el artículo 1798 y su complemento en el artículo siguiente, por lo que el análisis sobre reglas de capacidad tiene que ser casuístico referido a cada uno de los mencionados tipos de contrato.

Un análisis de dichas figuras contractuales permite identificar diversos supuestos que podría decirse que son efectivamente limitantes de la capacidad para celebrarlas, sin embargo es indispensable precisar que dado que por lo regular se refieren a ciertas condiciones planteadas como requisitos, más que hablar de capacidad en esos casos, tendríamos que aludir al concepto de legitimación. Así por ejemplo, los que ejercen la patria potestad, para enajenar los inmuebles o muebles preciosos que correspondan al hijo, deben obtener la autorización judicial acreditando una absoluta necesidad o evidente beneficio, según lo establece el artículo 436 del Código Civil Federal. En un caso como el que aquí estamos mencionando, se presume que quien tiene la patria potestad tiene también la capacidad de ejercicio, la cual podrá poner en práctica para los efectos de sus propios asuntos, sin embargo por tratarse de un asunto en interés del hijo resulta necesario que queden satisfechos los requisitos antes mencionados, hecho lo cual, el que ejerce la patria potestad quedará legitimado para actuar en representación del menor a los efectos de la enajenación.

Dado que en similares condiciones se encuentran las disposiciones legales relativas a la permuta, donación y mutuo, es de concluir que, (i) por una parte, las limitaciones establecidas se refieren a procesos que habrán de llevar a legitimar a la parte enajenante y que no son en rigor formas de limitar la capacidad de ejercicio, y (ii) puesto que la regulación las vincula directa e inmediatamente con cada una de las figuras contractuales antes mencionadas, no son útiles para esclarecer el punto que nos ocupa que es el relativo a la capacidad para transmitir la propiedad a fin de establecer un fideicomiso.

Lo anotado también permite arribar a una tercera conclusión que consiste en que, para efectos de un fideicomiso, rige la regla general de capacidad contractual a la que se refiere el ya citado artículo 1798, norma a la cual habrá que complementar, en términos de capacidad, con las reglas generales que identifican los supuestos de incapacidad general, natural y legal y con la regla genérica de legitimación contenida en el artículo 830 que faculta al propietario para gozar y disponer de la cosa de su propiedad.

En estas condiciones, conforme a los artículos 24, 450, 641, 643 y 830 del Código Civil Federal, para constituir un fideicomiso se requiere únicamente ser mayor de edad o emancipado, propietario del bien materia del fideicomiso y no tener incapacidad natural y legal; dicho de otra manera, siendo propietarios de los bienes que deseen dar en fideicomiso, pueden ser fideicomitentes quienes hayan cumplido 18 años de edad y que no tengan alguna enfermedad mental o

adicción que los limite, o bien los mayores de 14 años pero menores de 18, que hayan contraído matrimonio, y que reciban la autorización judicial para llevar a cabo la transmisión de propiedad que el fideicomiso requiere.

Por lo que toca a las personas morales, el artículo 28 del Código Civil Federal establece que se registrarán por las leyes correspondientes, por su escritura constitutiva y por sus estatutos. En atención a lo mencionado, es posible decir que su capacidad de goce está definida en razón de su objeto social. Su capacidad de ejercicio está regulada por los artículos 26 y 27 del mismo ordenamiento, ya que en ellos se establece que pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de la institución y que obran por medio de los órganos que las representan. Dichos órganos a su vez deberán estar legitimados para llevar a cabo el acto de disposición que el fideicomiso implica y la legitimación tendrá que ser analizada en razón de las disposiciones estatutarias correspondientes.

Los fideicomitentes tienen varios derechos que la ley establece en su favor en los artículos 381, 382, 386, 392 fr. VI, 393 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y en el artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito. Tales derechos son:

- Designar fiduciario;
- Designar fideicomisarios;
- Reservar para sí algunos derechos sobre los bienes materia del fideicomiso;
- Revocar el fideicomiso;
- Recibir bienes remanentes por extinción del fideicomiso;
- Recibir indemnización por mala fe o actuación en exceso de facultades por parte del fiduciario;
- Reservar derechos de pedir cuentas, exigir responsabilidad, pedir remoción.

2. El fideicomisario. Capacidad y derechos.

Dice la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que podrán ser fideicomisarios las personas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica (art. 382).

El distinguido jurista Pablo Macedo, como sabemos autor del texto original de la Ley mencionada,¹⁰⁰ omitió hacer comentario alguno de fondo a este punto, cuando redactó su estudio sobre el Fideicomiso Mexicano a manera de prólogo a la edición en español del Tratado de los Trusts de Pierre Lepaulle, cosa por demás lamentable porque hubiera sido muy interesante encontrar una explicación a esa disposición; Macedo simplemente dijo: “...la capacidad de quien ha de recibir el beneficio es solución pacíficamente requerida en todas las legislaciones...sin peculiaridad alguna en la institución que comentamos”

De las palabras transcritas podríamos deducir que Macedo optó por referirse a

¹⁰⁰ Véase nota 14

la capacidad, en vez, de referirse simplemente a cualquier persona física o moral, expresión que tal vez le sonó poco satisfactoria por común, pero que hubiese sido más adecuada. Hablar de que el fideicomisario debe tener la capacidad necesaria, es hablar de la capacidad de goce, de la aptitud de ser titular del derecho que por el fideicomiso se le confiere; es la posibilidad de disfrutar de una situación gananciosa; es una posición pasiva en abstracto. Tiene que ser así, porque dada la multiplicidad de finalidades que pueden ser concebidas para su realización a través de un fideicomiso, no habría manera de considerarlas en el texto de la ley, y por consiguiente tampoco habría forma de establecer un catálogo de limitaciones.

El Licenciado Macedo, cuando redactó las disposiciones que formaron el capítulo de fideicomisos en la Ley cambiaria de 1932, tomó en cuenta la obra del jurista panameño Ricardo J. Alfaro que estaba fuertemente influida por el trust anglosajón, por lo que sin duda puede decirse que nuestro fideicomiso tiene en esa figura su antecedente inmediato. Siendo así las cosas, no puede pasar inadvertido al Lic. Macedo que el Trust sirve para todo como Lepaulle afirma cuando dice: "Así pues, puede crearse un trust para un viejo sirviente, durante su vida, para que se digan misas por el reposo del alma de un difunto pariente, para los menores huérfanos de una ciudad, para cuidar de los perros que se dejan en la propia casa al morir, para erigir un monumento al primer marido de la esposa, etc."¹⁰¹

Si del antecedente inmediato se colegía que el fideicomiso pudiera tener innumerables finalidades, carece de sentido presumir la posibilidad de que el beneficiario pudiera no tener la mínima e indispensable capacidad que es la de goce. Dice al respecto el artículo 22 del Código Civil Federal que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el propio Código. Esa es la expresión que en la ley encontramos sobre la capacidad de goce, que es la necesaria para ser fideicomisario; no se trata de la de ejercicio porque ese tipo de capacidad está referida, no a la recepción del beneficio, sino a la exigibilidad de ese mismo beneficio. El fideicomisario tiene derechos varios, algunos de los cuales le facultan para exigir del fiduciario que actúe en cumplimiento de la encomienda que recibió, y es para este tipo de situaciones, en donde podremos encontrar limitaciones a la capacidad del fideicomisario, pero en todo caso se tratará de la capacidad de ejercicio y tales limitaciones pueden quedar subsanadas a través de diversas vías, por ejemplo, con la intervención de un representante legal.

Si se toma en cuenta que es posible establecer un fideicomiso para beneficio de un incapaz, sea menor de edad, o sea mayor de edad que sufra de perturbación mental o de alguna afección por enfermedad o deficiencia, resulta incongruente y tal vez contradictorio el señalamiento que en la ley se hace respecto de la "capacidad necesaria" en el fideicomisario. Si en un fideicomiso se concede beneficios a un incapaz, cual pudiera ser el caso del pago de una renta periódica, dicho incapaz asumirá plenamente su condición de

¹⁰¹ Op. cit. p. 8

fideicomisario, sin que para ello sea obstáculo su situación mencionada. Por supuesto para los efectos del fideicomiso habrá de actuar por conducto de su representante legal.

Por tanto, insistimos, al hablar de la capacidad del fideicomisario, se alude a lo que la ley civil conceptúa como capacidad de goce, que es una capacidad que se adquiere por todas las personas desde el momento mismo de la concepción. En función de lo expresado es posible decir que todas las personas físicas tienen la capacidad de actuar como fideicomisarios. En lo que toca a las personas morales su capacidad para recibir el provecho de un fideicomiso está limitada por su propio objeto social, lo que significa que solo pueden ser fideicomisarios en circunstancias acordes a su propósito corporativo.

Es necesario destacar que el fideicomisario es un elemento prescindible. El mismo art. 382 de la ley general de Títulos y Operaciones de Crédito establece con claridad que el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario. También resulta indispensable citar que el mismo artículo establece que es nulo el fideicomiso que se constituye a favor del fiduciario. Esta prohibición tiene dos excepciones, la primera de las cuales proviene de la reforma legal de 1996 cuando se introdujo en la legislación la figura de los fideicomisos fuente de pago y la segunda del año 2000 cuando se estableció el fideicomiso de garantía. En estos dos tipos de fideicomisos es válido designar como fideicomisario al propio fiduciario.

Los fideicomisarios gozan de varios y diversos derechos que la ley establece. A diferencia de lo que ocurre en el caso de los fideicomitentes, los fideicomisarios ven robustecida su posición de derechohabientes a través de la libertad contractual, (art. 390 Ley general de Títulos y Operaciones de Crédito) puesto que son los beneficiarios del fideicomiso y por consiguiente tendrán tantos derechos y tantas modalidades de derechos como beneficios se pacten en su favor en cada fideicomiso. Los derechos legalmente establecidos son los que a continuación se anotan:

- Exigir cumplimiento del fideicomiso
- Atacar validez de los actos realizados por el fiduciario en su perjuicio
- Reinvidicar bienes que hayan salido del fideicomiso
- Pedir cuentas al fiduciario
- Exigir responsabilidad al fiduciario
- Pedir remoción del fiduciario
- Estos derechos están establecidos básicamente en dos artículos: el citado artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y el 84 de la Ley de Instituciones de Crédito.

3. La Fiduciaria.

a. Capacidad.

Los artículos 385 y 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

identifican cuales son las instituciones que pueden actuar como fiduciarias. El primero de los artículos mencionados señala que solo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas por la ley; el segundo establece cuales podrán actuar como fiduciarias en fideicomisos de garantía.

Lo previsto en el artículo 385 antes invocado, a fin de precisar cuáles son las instituciones autorizadas, debe ser complementado con otras reglas contenidas en ordenamientos diferentes. Así tenemos el caso de la Ley de Instituciones de Crédito, en cuyo artículo 46, fracción XV, se faculta a esas mismas instituciones para “practicar las operaciones de fideicomiso”; aunque la redacción no es precisamente la más acertada porque bien podría entenderse que se refiere a la posibilidad de actuar como fideicomitentes o como fideicomisarias, lo cierto es que es de general aceptación el criterio de que dicha disposición se refiere a su intervención con el carácter de fiduciarias. El caso es significativo porque en otros supuestos referidos a operaciones fiduciarias, la ley está redactada en forma clara que no deja lugar a dudas; así ocurre por ejemplo cuando habla de actuar como representante común (art. 46, fr. XVII), o cuando faculta a tales instituciones para “desempeñar el cargo de albacea” (fr. XX), sin embargo, como se dijo, no es cuestionado el alcance de la disposición de referencia.

En la Ley del Mercado de Valores, la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros y la Ley Federal de Instituciones de Fianzas se faculta a otras organizaciones distintas a las instituciones de crédito para actuar como fiduciarias en otros fideicomisos distintos de los de garantía.

Las instituciones de crédito no enfrentan limitación alguna para el desempeño fiduciario; las casas de bolsa, instituciones de seguros e instituciones de fianzas tienen capacidad para desempeñar el cargo de fiduciarias en fideicomisos cuyas finalidades estén relacionadas con su objeto social y también para intervenir con ese carácter en fideicomisos de garantía; las sociedades financieras de objeto múltiple, los almacenes generales de depósito y las uniones de crédito solo en estos últimos.

La descripción completa es la siguiente:

- Casas de bolsa: negocios vinculados a su actividad (arts. 22 y 103 de la Ley del Mercado de Valores).
- Instituciones de seguros: administración de recursos relacionados con primas de seguros, primas de antigüedad, rentas vitalicias, dividendos, sumas aseguradas y fondos de pensiones (arts. 34, 35 y 62 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros).
- Instituciones de fianzas: garantías sobre recursos relacionados con pólizas de fianzas (arts. 16 y 60 Ley Federal de Instituciones de Fianzas).
- Sociedades financieras de objeto múltiple: fideicomisos de garantía (art. 395 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).
- Almacenes generales de depósito: fideicomisos de garantía (art. 395 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).
- Uniones de crédito: fideicomisos de garantía (art. 395 Ley General de

b. Derechos y obligaciones.

El art. 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que la fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso. Pablo Macedo anotó a propósito de esta disposición lo siguiente: "...la fiduciaria tiene cuantas facultades se requieran para el cumplimiento de su cometido: no sólo las que se le confieran expresamente para ciertos fines y en determinadas condiciones: todas"¹⁰² Este señalamiento categórico no debe llevar a la confusión, pues es necesario tener siempre presente que la universalidad de derechos y acciones a que alude el Lic. Macedo está referida al fin del fideicomiso; dicho de otra manera, son todas, pero en función de los objetivos por alcanzar, lo que hace indispensable un examen casuístico de cada contrato de fideicomiso a fin de esclarecer cuáles son las facultades que a la fiduciaria corresponden. Esta tesis se refuerza con la mención contenida en el artículo invocado que dice "salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo", lo cual deja en claro que la fuente de información sobre el alcance de los derechos y acciones conferidas a la fiduciaria es el contrato por el cual se establece el fideicomiso.

Sin perjuicio de lo que en concordancia con la ley se pacte contractualmente, la fiduciaria tiene algunos deberes legalmente establecidos, tales como rendir cuentas (art. 84 Ley de Instituciones de Crédito), cumplir el fideicomiso según el contrato, y la más significativa de todas que es la de obrar como buen padre de familia¹⁰³. Estas dos últimas están establecidas en el artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Otros artículos contienen también algunas disposiciones de las que podemos extraer obligaciones a cargo de las fiduciarias. Tales obligaciones las reunimos en dos grupos, refiriendo respectivamente obligaciones de hacer y obligaciones de no hacer.

1) Obligaciones de hacer.

Son obligaciones de hacer:

- Respetar disposiciones legales y administrativas
- Apegarse a las sanas prácticas que propicien seguridad y procuren adecuada atención a los usuarios.
- Abrir contabilidades especiales.

¹⁰² Véanse notas 14 y 99

¹⁰³ Nuevamente acudimos al autor del texto legal para constatar su pensamiento a propósito de este señalamiento que invoca un comportamiento ideal. Es de hacer notar que Pablo Macedo dijo sobre este particular: "...se acogió la noción objetiva del buen padre de familia, referida al derecho común, por ser tradicionalmente conocida, estar configurada con precisión, y evitarse así la necesidad de una nueva construcción, que quizá hubiese sido desacertada y sin duda alguna peligrosa por su novedad".

2) Obligaciones de no hacer:

Son obligaciones de no hacer:

- Otorgar servicio en condiciones fuera de mercado
- Otorgar préstamos con garantía sobre derechos respecto de fideicomisos cuya materia sean obligaciones subordinadas a cargo de la misma institución.
- Responder por los deudores de los fideicomisos o por lo emisores de los valores que se adquieran en los fideicomisos.
- Garantizar rendimientos.
- Utilizar fondos de fideicomisos, mandatos o comisiones para préstamos a funcionarios de la institución.
- Administrar fincas rústicas.
- Excusarse del cargo.

Las obligaciones de hacer y no hacer que han quedado relatadas, se encuentran establecidas en los artículos 77, 79 y 84, 106 fr. V y XIX de la Ley de Instituciones de Crédito; 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; 103 de la Ley del Mercado de Valores; 35 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros; 16 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

El conjunto de obligaciones que establece la ley más las que contractualmente deriven para las fiduciarias, conforman un marco en el cual podemos ubicar la referencia del alcance de la responsabilidad fiduciaria, sin embargo creemos que existen tres normas que mejor identifican la enorme trascendencia que tiene el desempeño fiduciario en la relación cliente-proveedor, esto es, fideicomitente y fideicomisario frente al fiduciario. Las normas en cuestión son las que obligan a la fiduciaria a: obrar como buen padre de familia; responder civilmente por falta de cumplimiento a la encomienda recibida; responder directa e ilimitadamente de los actos realizados por sus funcionarios.

B. Elementos materiales

1. El patrimonio en fideicomiso. Concepto.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su art. 386 nos dice que pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo los estrictamente personales de su titular.

Esas breves líneas, encierran tres nociones que debemos distinguir: por una parte la idea del objeto; en segundo término la noción de bienes y derechos; por último la relativa a los derechos estrictamente personales. En ese orden habrán de ser analizadas a continuación.

El empleo del vocablo “objeto” genera confusiones pues tiene varios significados, tanto desde el punto de vista de la lingüística, como desde el punto de vista jurídico. Los significados de nuestro mayor interés en ambos

casos, son coincidentes, ya que “objeto” significa tanto para los efectos del idioma como para los del derecho, la materia de que se ocupa una ciencia o estudio, y, simplemente, cosa.

El punto del que nos ocupamos ahora a propósito del objeto, consiste en precisar en cuál de los dos sentidos está usado el término “objeto” y para ello debemos hacer una breve explicación sobre los significados de esa palabra, haciendo énfasis, desde luego, en la connotación jurídica.

El objeto de los contratos (objeto directo según los tratadistas que cita Borja Soriano¹⁰⁴) es la creación o transmisión de derechos y obligaciones. El objeto de las obligaciones (u objeto indirecto de los contratos) es un dar, un hacer, o un no hacer. Además, “...aún la cosa misma se considera como objeto de la obligación y del contrato”, apunta el propio Borja Soriano.

Si nos ocupamos del objeto de los contratos, la cosa vendrá a ser un objeto meta-indirecto; si nos ocupamos del objeto de las obligaciones, la cosa es el objeto indirecto.

Toda vez que el artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dice que pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, es claro que está haciendo alusión al objeto indirecto de la obligación, esto es a la cosa misma, y no al efecto generador de obligaciones y derechos, ni al contenido de las primeras.

Esta conclusión nos lleva directamente al segundo de los asuntos enunciados arriba, ya que los estudiosos del Derecho Civil han encontrado asimilación entre las expresiones “cosas” y “bienes”. “Jurídicamente dentro del género COSAS encontramos la especie BIENES. Las COSAS se convierten en BIENES no cuando son útiles al hombre, sino cuando quedan APROPIADAS...BIEN deriva del latín BONUM, que significa dicha, bienestar.”¹⁰⁵

Tomando en consideración el criterio expresado, resulta ser que pueden ser objeto del fideicomiso, todas las cosas que tengan dueño, pues la circunstancia de la apropiación es la que las convierte en bienes; claro es, por otra parte, que, como ya fue analizado con anterioridad, se requiere que el bien sea de alguien, quien en el carácter de fideicomitente, habrá de evidenciar que cuenta con la capacidad necesaria (legitimación) para transmitir la propiedad del mismo.

El Código Civil Federal señala en sus art. 747, 748 y 749: que pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio; que las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley; que están fuera del comercio, por su naturaleza, las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y que están fuera del

¹⁰⁴ Borja Soriano, op. cit. Notas 18, 21, 53, p. 139

¹⁰⁵ Ibarrola, Antonio de, *Cosas y sucesiones*, 6ª ed.. México, Porrúa, 1986, p. 79.

comercio por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular.

Con las anteriores menciones se habrá precisado a qué se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito cuando se refiere a bienes como objeto del fideicomiso; falta ahora esclarecer el concepto de derechos en esa misma condición.

Los derechos tienen también la condición de bienes, si el objeto del derecho es una cosa mueble o una cantidad exigible en virtud de acción personal, pues así lo dispone el artículo 754 del Código Civil Federal. En atención a ello, podría decirse que los derechos a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, serán aquellos cuyo objeto sea un hacer o un no hacer, sin embargo, este enfoque no es aceptable si seguimos el criterio de Rojina Villegas quien señala: “En nuestra legislación los derechos personales siempre son bienes muebles...Sólo los derechos reales sobre inmuebles pueden considerarse como inmuebles, y todos los derechos personales, incluso los que tienen por objeto obligaciones de dar sobre inmuebles, se reputan muebles...Estos artículos (se refiere a los artículos 750 y 754 del Código Civil ahora Federal) deben relacionarse con el 759...”¹⁰⁶ En efecto, el mencionado artículo 759 establece que en general, son bienes muebles todos los demás no considerados por la ley como inmuebles, y si se sigue el criterio de tan ilustre jurista, resulta que el término “bienes” también comprende a los “derechos”, lo que lleva a estimar que lo que se quiere hacer cuando en el artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se alude a los derechos, es precisamente establecer de manera categórica que no serán materia del fideicomiso los que tienen el carácter de estrictamente personales.

Ahora bien, puesto que ya nos hemos acercado a la tercera de las nociones por analizar, es indispensable precisar qué se entiende por derechos estrictamente personales. Corresponden a este grupo los derechos respecto de los cuales no es posible efectuar su transmisión o enajenación. Todos los individuos tienen algunos de esos derechos y en otros casos todos los individuos colocados en un cierto supuesto tienen alguna clase de tales derechos, pero en ambos casos la característica común es que no es posible transferirlos. Así ocurre, por ejemplo, con algunos de los atributos de la persona (nombre o estado, p. ej.) para el primero de los casos mencionados y con los derechos a testar, recibir alimentos, o a desempeñar la patria potestad para el segundo de los casos enunciados.

Aunque no se trata de una noción de carácter estrictamente legal, ya que no está contemplada de manera expresa en ordenamiento alguno, si conviene citar que en los usos bancarios y mercantiles (norma supletoria de interpretación en la materia que nos ocupa), es común establecer que el concepto de patrimonio del fideicomiso equivale a la suma de todos los activos, lo que nos lleva a estimar que es válido afirmar que el patrimonio de un fideicomiso es igual al conjunto de derechos y obligaciones cuantificables en dinero que al fideicomiso corresponde.

¹⁰⁶ Op. cit. Nota 90, p. 74

2. Clases de bienes

Puesto que es posible dar en fideicomiso toda clase de bienes y derechos, haremos a continuación un repaso de las condiciones legales que a ellos se refieren, iniciando por señalar que en materia de bienes la ley identifica dos grupos que son los inmuebles y los muebles.

Por bienes inmuebles, conforme al art. 750 del Código Civil Federal se comprende al suelo, construcciones y en general todo lo que les esté unido de manera fija.

Por bienes muebles, es necesario distinguir dos tipos que son los siguientes:

- Muebles por naturaleza, que son los cuerpos o cosas que pueden trasladarse de un lugar a otro, sea por sí mismos, sea por efecto de una fuerza exterior (art. 753 del Código Civil Federal)
- Muebles por disposición de ley, que son las obligaciones o derechos que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal (art. 754 del Código Civil Federal)

A propósito de los bienes materia del fideicomiso es necesario recordar que en la reforma del año 2003 se estableció la transmisión de propiedad de bienes y derechos al momento de constituir un fideicomiso. Como ya se explicó antes esta noción resulta básica para la mejor comprensión del carácter de la intervención de la fiduciaria y es un punto medular que debe tenerse siempre presente para la mejor aplicación de las normas correspondientes en el acto de creación del fideicomiso o en cualquiera subsiguiente que lleve a incrementar el patrimonio del mismo.

Con relación a los bienes inmuebles es necesario decir que para llevar a cabo su afectación en fideicomiso no existe alguna disposición especialmente derivada de esta materia porque son aplicables todas las reglas que rigen los actos relativos a su transmisión.

En esa virtud, para efectos de identificar la norma aplicable al caso concreto es necesario distinguir de manera casuística las circunstancias del acto particular, a efecto de precisar detalles tales como la personalidad pública o privada del fideicomitente, las condiciones del bien por transmitir en cuanto al régimen que lo regula (por ejemplo si es del dominio público o del dominio privado de la federación) y el acto asimilable al caso concreto materia de estudio para efectos de precisar requisitos que pudieran ser distintos si la transmisión de propiedad se realizara contra el pago de una contraprestación en numerario, o bien contra la entrega de otro bien, o a título gratuito.

Los bienes muebles, como es fácilmente comprensible, tienen una mayor diversidad que los inmuebles, razón por la cual es conveniente hacer una reflexión por separado respecto de algunos de ellos, en concreto el dinero y los valores bursátiles.

Con respecto al dinero se presentan diferentes versiones que tratan de identificar su esencia o naturaleza, no obstante que todos tenemos una clara percepción del mismo. Hay quienes dicen que se trata de un instrumento que sirve como referencia de valor; otros lo ven como un instrumento de cambio; algunos lo identifican como simple poder de compra; los últimos dicen que es el valor mismo que se mide con él.

Nuestra legislación no contempla una definición del dinero y tampoco habla de su naturaleza; nos dice solamente cuales son las monedas circulantes y se trata de los billetes del Banco de México y las monedas metálicas acuñadas por el mismo (art. 2 de la Ley Monetaria); la misma Ley en su art. 8 establece que la moneda extranjera no tendrá curso legal en la República Mexicana, pero interpretado a contrario sensu, este artículo permite la contratación en moneda extranjera, por lo que podemos concluir que es lícito establecer fideicomisos cuya materia sea dinero tanto en moneda nacional como extranjera.

En lo que se refiere a valores bursátiles se debe tener en cuenta que la Ley del Mercado de Valores en la fracción XXIV del artículo 2, identifica qué se entiende por valores bursátiles. De la lectura del precepto podemos establecer que se trata de acciones, obligaciones, bonos, certificados y títulos de crédito en general que:

- Se emitan en serie o en masa
- Sean susceptibles de circular en el mercado de valores

Cuando los valores no reúnan esos atributos para efectos de circulación se regirán por las disposiciones aplicables a los títulos de crédito.

La transmisión en fideicomiso de valores bursátiles objeto de oferta pública, se realizará mediante depósito o registro ante una institución para el depósito de valores según lo establece el artículo 283 de la Ley del Mercado de Valores. La transmisión en fideicomiso de títulos de crédito se realizará mediante endoso e inscripción en los registros del emisor (arts. 24 y 26 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito)

Respetando las normas que regulan la circulación de los valores bursátiles y títulos de crédito en general, todos ellos pueden ser materia de fideicomisos.

Del concepto legal de fideicomiso se desprende con claridad que los derechos pueden ser materia del mismo.

Ya establecimos antes que hay ciertos derechos cuya transmisión no es posible pero ahora debemos abundar señalando que constituyen casos de excepción a la regla general por virtud de la cual todos los derechos son transmisibles.

En algunos casos es necesario satisfacer algún requisito para la transmisión de los derechos, por ejemplo si se pactó obtener previamente el consentimiento del deudor, o cuando, tratándose de derechos sobre bienes públicos concesionados, sea indispensable obtener el consentimiento del gobierno

federal para llevar a cabo la transmisión correspondiente. En síntesis respecto de los derechos rige el principio de que la transmisión se efectuará conforme a la ley de la materia relativa al o los derechos correspondientes.

C. Elementos formales

1. Transmisión de la propiedad o titularidad

El fideicomitente, cuando crea el fideicomiso, transmite a la fiduciaria la propiedad o titularidad de bienes o derechos. Cuando se habla de transmitir la propiedad se está haciendo referencia a que alguien que es el propietario de bienes o derechos, está en disposición de dejar de serlo porque con la celebración del acto también está manifestando su intención de transferir la propiedad a otra persona. El acto de transferencia de la propiedad representa el dejar de tener ésta, por lo que resulta conveniente insistir en qué es lo que implica ser propietario de algo.

Dice el Código Civil Federal en su art. 830 que el que es propietario puede gozar y disponer de las cosas. La doctrina agrega la posibilidad de usarlas como atributo de la propiedad. Rojina Villegas la define como poder jurídico total.¹⁰⁷

El que es propietario usa, goza y dispone de sus bienes de manera totalmente libre; la única restricción que la ley le impone es la de no causar perjuicios a un tercero (art. 840 Código Civil Federal). Hay libertad absoluta para que los propietarios usen, gocen y dispongan de sus bienes, sin embargo estas condiciones no se dan respecto de la fiduciaria; cuando la ley dice que se le transmite la propiedad, se está refiriendo a una situación distinta a la general, a una noción diferente de propiedad.

Esta situación se explica analizando el concepto de fideicomiso, ya que, como hemos visto repetidamente, en virtud del fideicomiso la fiduciaria recibe una encomienda para la realización de fines lícitos y determinados con los bienes cuya propiedad se le transmite. La idea antes anotada se expresa también en otro giro, cuando se señala que los bienes materia de un fideicomiso están afectos al fin que el fideicomitente establece. No abundamos sobre el particular ya que este tema quedó ampliamente tratado cuando se hizo el análisis de la naturaleza jurídica del fideicomiso.¹⁰⁸

Consecuencia de lo expresado es que la fiduciaria carece de la libertad que caracteriza al propietario pues solo puede valerse de su “propiedad” sobre los bienes materia del fideicomiso para realizar la encomienda recibida. La fiduciaria es una propietaria “sui generis” pues ejerce su derecho siempre y cuando ello le permita realizar la finalidad encomendada.

Es por esta razón que la fiduciaria no incrementa sus activos con los bienes de los fideicomisos recibidos, respecto de los cuales tiene que abrir contabilidades

¹⁰⁷ Dice este autor que: “El poder jurídico total significa que el aprovechamiento se ejerce bajo la forma de uso, disfrute o disposición de la cosa...” Op. cit., Notas 90 y 105, p. 79.

¹⁰⁸ Véase I.D.3

diferentes a la propia. La misma ley así lo establece cuando señala que “la institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad” (art. 386 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito). Por su parte, la Ley de Instituciones de Crédito dispone en el artículo 79 que en las operaciones de fideicomiso, las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato.

2. Fines del fideicomiso

Un elemento medular de todo fideicomiso es el relativo a sus fines, ya que el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que el fideicomitente transmite a la fiduciaria ciertos bienes, “...para ser destinados a fines lícitos y determinados...” Este señalamiento en la Ley constituye un caso de excepción en la regulación de los contratos en general, pues se refiere claramente a lo que el fideicomitente busca como finalidad, de donde resulta que al contratar un fideicomiso, la intención ulterior de una de las partes habrá de quedar expresa de manera necesaria, a diferencia de lo que ocurre con cualquiera otro contrato en donde la ley deja a la potestad de las partes el hacer o no evidente sus respectivas finalidades.

Para lograr una mejor comprensión de lo que se ha anotado en el párrafo inmediato superior, es indispensable hacer un breve recorrido sobre los requisitos que el Código Civil Federal establece para determinar la existencia y validez de los contratos.

Conforme al artículo 1794 del citado Código Civil Federal, para la existencia de los contratos se requiere consentimiento y objeto que pueda ser materia del contrato. El consentimiento se define como “...acuerdo de dos o más voluntades destinadas a producir consecuencias o fines de interés legal en la celebración de cualquier convenio o contrato”¹⁰⁹, y según señala el artículo 1807 del mismo Código, el contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación. Por lo que toca al objeto, según lo establece el mismo ordenamiento, puede ser la cosa que el obligado debe dar¹¹⁰, o puede ser el hecho que el obligado debe hacer o no hacer. La cosa debe existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio. El hecho por hacer o no hacer debe ser posible y lícito. La posibilidad se define en la ley en razón de su compatibilidad con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización. Hasta aquí los requisitos de satisfacción necesaria para lograr la existencia de los contratos.

Por otra parte, para la validez de los contratos, entre otros requisitos que no viene al caso ahora analizar, es indispensable que el objeto, o el motivo, o el fin de los contratos sea lícito. La licitud, por su parte, está establecida en función de la concordancia con las leyes de orden público y las buenas costumbres. Dice también la ley (artículo 1831), que el fin o motivo determinante de la

¹⁰⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, Tomo I, A-C, p. 779

¹¹⁰ Véase el punto II.B.1

voluntad de los que contratan, no debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

De las disposiciones que hemos invocado se infiere que tanto el objeto como el fin, deben tener la característica de la licitud. En este aspecto hay concordancia entre la ley civil y la de Títulos, pues ambas establecen el mismo requisito para los fines.

Al hablar de fines se refiere a algo que se desea alcanzar, algo que se desea obtener o concretar. Fines e intenciones son ideas vinculadas, son vocablos que refieren un deseo o impulso de la voluntad. Gramaticalmente, fin, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, significa objeto o motivo con que se ejecuta algo. Abbagnano, en su Diccionario de Filosofía¹¹¹ nos dice que fin es el "...punto de mira o causa final, en el sentido de la cuarta de las cuatro causas aristotélicas."¹¹² En este significado la palabra española *meta*, la italiana *scopo*, la francesa *but*, y la inglesa *purpose* resultan más adecuadas"

Borja Soriano cita al respecto a Duguit y anota que este autor señala: "La declaración de voluntad, que es el acto jurídico, está forzosamente, como todo acto de voluntad, determinado por un motivo y ese motivo determinante debe tener forzosamente consecuencias sobre el valor y sobre los efectos de esta declaración...Si por causa se entiende el motivo determinante de un acto de voluntad, hay una causa que tienen una importancia de orden jurídico. Pero indudablemente, la palabra causa es mala y suscita muchas confusiones; es preciso decir: el fin o el motivo determinante no de la obligación sino de la declaración de voluntad, soporte del acto jurídico. Así es en efecto, según se verá en los ejemplos dados en las notas siguientes, como la jurisprudencia francesa conscientemente o no, entiende la causa...en todo acto de voluntad hay un motivo determinante y este es precisamente el fin del acto jurídico, que es el acto de voluntad considerado"¹¹³

Gutiérrez y González señala por su parte, que el motivo o fin, "es la razón contingente, subjetiva, y por lo mismo variable de individuo a individuo, que lo induce a la celebración del acto jurídico."¹¹⁴

Borja Soriano hace una precisión que es por demás conveniente, pues dice de manera textual que "No hay que confundir la causa final o la causa impulsiva, de que hemos hablado, con la causa eficiente. Esta es la fuente de las obligaciones, es decir, el contrato, el delito, etc."¹¹⁵ Esta aseveración permite reiterar que el motivo o fin constituyen la causa final de los contratos.

¹¹¹ Op. cit., p 556

¹¹² "La causa final es la meta inscrita en la naturaleza de la evolución de un ente. El principio de causalidad se refiere preferentemente a la causa eficiente; en Ética interesa sobremanera el análisis de la causalidad final" Gutiérrez Sáenz Raúl, *Historia de las doctrinas filosóficas*, 16ª ed. México, Esfinge, 1985, p. 57

¹¹³ Op. cit. Notas 18, 21, 53, p. 165

¹¹⁴ Op. cit. Notas 17, 49, 60

¹¹⁵ Op. cit., Notas 18, 21, 53, 111, p 166.

Cuando una persona decide tratar de realizar alguna finalidad empleando de manera específica ciertos bienes y utilizar como medio un fideicomiso, es indispensable que logre el concurso de la parte fiduciaria para que sea ésta la que se encargue de realizar todos los actos materiales que lleven a la oportunidad de alcanzar lo que el fideicomitente se propuso. Para otorgar el encargo correspondiente a la fiduciaria se requiere un acuerdo que da lugar a la celebración de un contrato. El objeto de ese contrato está constituido por la obligación de hacer que toma a su cargo la fiduciaria para tratar de conseguir la finalidad establecida por el fideicomitente. El contenido de esta obligación está constituido por los actos materiales que el fiduciario habrá de llevar a cabo, por las actividades que se compromete a poner en práctica. Si los actos materiales cuya ejecución se obliga a poner en práctica la fiduciaria son posibles y lícitos conforme a las disposiciones legales que antes han sido invocadas, el fideicomiso será existente desde el punto de vista jurídico y válido legalmente.

Al establecer fines en un fideicomiso se define el deseo del fideicomitente y éste deseo constituye la esencia misma del fideicomiso, la razón por la cual se crea, el motivo que impulsó su establecimiento. Estos fines, al igual que el objeto, deben ser lícitos, y así se satisface el concepto legal del fideicomiso que establece que los fines del mismo deben ser lícitos y determinados. De esta manera la voluntad del fideicomitente, su deseo particular, su intención especial identificada en el acto constitutivo del fideicomiso, podrá ser llevada a la práctica por la fiduciaria puesto que reúne los atributos de la posibilidad y licitud que constituyen las únicas referencias obligatorias en la concepción de fines realizables a través de esta figura.

3. La Encomienda

Ahora bien, cuando la fiduciaria toma el compromiso de realizar los fines, está aceptando un encargo, una encomienda; los actos materiales que tendrá que poner en juego, son el contenido de esa encomienda. Hay una identificación entre encomienda y objeto del contrato por el cual se constituye el fideicomiso

Las obligaciones contractuales, como ya se ha visto, pueden consistir en un dar, en un hacer, o en un no hacer (art. 1824 CCF).

El primer caso se presenta en los contratos que involucran cosas como ocurre en el fideicomiso, pues ya reiteradamente hemos hablado de los bienes que quedan afectos a la realización de un fin. El fideicomitente, al constituir el fideicomiso asume una obligación de dar los bienes materia del mismo, obligación que cumple y agota en su totalidad en el mismo momento en el que constituye el fideicomiso por la transmisión de propiedad que éste conlleva.

Por su parte la fiduciaria asume obligaciones de hacer, ya que toma a su cargo el compromiso de poner en práctica los actos materiales necesarios para alcanzar la finalidad que el fideicomitente establece.

Esa finalidad es el encargo que se le da a la fiduciaria; es la encomienda misma, es la identificación de lo que el fideicomitente desea y que lo lleva a depositar su confianza en la fiduciaria por las condiciones que en ésta aprecia.

Si queremos ver las cosas en un orden cronológico, el fideicomitente, una vez que ha decidido crear un fideicomiso, considerará las condiciones de los oferentes de los servicios fiduciarios y elegirá a aquél que mayor confianza le genere; al lograr un acuerdo con la institución fiduciaria, le dará la encomienda correspondiente, le hará el encargo sustentado en la confianza que en él está dispuesto a depositar. De esta manera podemos ver que ambas ideas están íntimamente relacionadas desde un punto de vista valorativo. Por otra parte, encomienda y objeto están a su vez vinculadas, pues se refieren a lo mismo, la primera, como ya se dijo en función de ideas de valor y la segunda desde el punto de vista de lo jurídico. La situación es muy clara pues el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dispone en su última parte: "...encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria".

4. La Afectación

Afectar, es un vocablo equívoco y desde el punto de vista lingüístico en uno de sus sentidos significa producir alteración o mudanza en algo. Este significado está muy relacionado con el término latino *affectare* que significa a su vez, pretender, conseguir, aspirar, frecuentativo de *afficere* 'hacer algo a'¹¹⁶ Jurídicamente hablando, de manera primaria podemos decir que afectar es imponer un gravamen u obligación, pero este sentido genera una noción que no es suficiente para los propósitos del análisis del fideicomiso porque los vocablos antes mencionados tienen una connotación bien determinada que podría generar una idea equivocada, aunque hemos de señalar que no es del todo ajena, pues como se señala en el Diccionario Jurídico Mexicano¹¹⁷ podemos entenderla como limitación o modalidad de la propiedad.

Desde este último punto de vista es útil para los efectos del fideicomiso, pues los bienes que de él forman parte, no pueden ser dispuestos de manera libre, y por el contrario, como ya lo hemos visto, sólo pueden ser usados para los efectos de la realización de los fines correspondientes. Dicho de otra manera, se trata de bienes que están afectados, pues soportan una limitación en cuanto a su uso, disfrute, aprovechamiento y disposición; tienen, en cierto sentido, una carga, un gravamen.

A esa noción se alude cuando se dice que un bien está afecto a la realización de un fin. La misma idea se expresa diciendo que está un bien destinado a la realización de un propósito.

El fideicomitente que concibe un fideicomiso determina una finalidad por alcanzar y selecciona ciertos bienes de entre su patrimonio para tratar de lograr ese fin en sus bienes. Decide en consecuencia usarlos solo en la medida en que sean útiles para el logro del propósito deseado, lo que significa que les impone la carga, o el gravamen, pues limita de manera expresa el empleo de dichos bienes.

¹¹⁶ Gómez de Silva Guido, op.cit., p 35

¹¹⁷ Op. cit. Nota 109, p. 2802

El acto de la limitación es la afectación. Es la acción de impedir el uso o disposición libres de ciertos bienes por destinarlos a un propósito determinado, y este acto se concreta en el momento mismo de la constitución del fideicomiso.

Nuestra legislación regula otras operaciones a través de las cuales se afecta un bien o un conjunto de bienes a un fin determinado. Algunos ejemplos tomados del Código Civil Federal son:

- Patrimonio familiar (arts. 723-746)
- Régimen de sociedad conyugal (arts. 194 y 197)
- Patrimonio del ausente (arts. 649, 660, 681)
- Patrimonio hereditario (art. 1678)

Por su parte la Ley de Concursos Mercantiles, en sus artículos 3 y 65, regula también un caso de patrimonio de afectación, que es precisamente el patrimonio materia del concurso.

Dice Eridani Gallegos que "...como la persona puede tener diversos fines jurídico-económicos por realizar, pueden existir distintos patrimonios en una misma persona, como masas autónomas que además pueden transmitirse por actos ente vivos, principalmente por contrato. Asimismo, de acuerdo con esta teoría, el patrimonio se caracteriza porque los bienes están afectados a un fin lícito determinado, el ejemplo más característico es el fideicomiso."¹¹⁸

La idea de la afectación se concreta mediante la identificación de la finalidad y el propósito de que los bienes materia del fideicomiso queden destinados a la realización de ese fin. Conceptualmente destino y afectación son vocablos con sentido sinónimo. Los bienes están afectados por que se les destinó a la realización del fin establecido, y en la medida en que hay un destino para esos bienes, quiere decir que están afectados a la realización del fin.

La idea de afectación estaba recogida textualmente en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en el artículo 346 (ahora 381), pero con las reformas del año 2003, al introducir el concepto de transmisión de propiedad se la eliminó, no obstante lo cual a ella se puede aludir también con base en el sentido del destino de los bienes, cuando en el artículo 381 usa la expresión "para ser destinados a fines lícitos y determinados". La idea de afectación es de las de mayor importancia en el régimen del fideicomiso; Pablo Macedo la llama "fundamental". "Partiendo de la base del patrimonio afectado, se erigieron los conceptos del destino que a ese patrimonio habría de darse y el fin que con ello se habría de perseguir. Esto es -por así expresarlo-, la cristalización en el fideicomiso de los móviles y de los objetivos que motivan su constitución."¹¹⁹

La asimilación de los conceptos de afectación y destino se identifica con mucha claridad en el segundo párrafo del artículo 386, cuando dice que los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan; dice

¹¹⁸ Gallegos Alcántara Eridani, *Bienes y derechos reales*, 1ª ed México, Iure, 2004, p. 6

¹¹⁹ Op. cit. Nota 100, p. XXVI

Pablo Macedo al respecto: “El patrimonio fideicomitido queda constituido por los bienes y derechos que lo integran y que desde ese momento no podrán tener más destino que el que se les asigne por el fideicomitente. Éste podrá, sin embargo, limitar ese destino en la forma que tenga por conveniente, con tal de que así lo consigne en el acto constitutivo.”¹²⁰ Jorge Alfredo Domínguez Martínez dice al respecto: “...referirse a que los bienes fideicomitados estén *afectos*, como suele calificarlo la LGTOC, tiene idéntico significado a que dichos bienes estén *destinados*; tan es así, que hay artículos en el ordenamiento que hemos venido comentando, que hacen alusión indistintamente a uno u otro calificativo”¹²¹

5. La Forma

Dice la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 387 que la constitución del fideicomiso debe constar siempre por escrito.

Los documentos que permiten cubrir la formalidad escrita son privados o públicos, y a efecto de distinguir cuál de esos dos documentos debe usarse en la constitución del fideicomiso, resulta indispensable seguir las reglas del derecho civil.

En el caso de bienes muebles sólo se requiere documento privado si su valor fluctúa entre 200 y 5,000 pesos. Debe usarse escritura pública si el valor de los bienes excede de la segunda cantidad mencionada (art. 2344 Código Civil Federal).

Tratándose de bienes inmuebles es indispensable la formalidad de documento público si su valor rebasa 365 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal (art. 2320 Código Civil Federal).

Es importante considerar también algunas otras reglas relativas a formalidades cual es el caso de las que son necesarias para que el fideicomiso surta efectos frente a terceros.

El fideicomiso sobre bienes muebles surte efectos contra tercero en los siguientes supuestos (art. 389 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito):

- Desde que se notifica al deudor de un crédito no negociable o derecho personal
- Desde que se endosa el título nominativo y se inscribe en los registros del emisor
- Desde que los bienes se entregan a la fiduciaria si se trata de cosas corpóreas o títulos al portador.

¹²⁰ Ibidem, p. XXXI

¹²¹ Op. cit. Notas 25, 34, 39, 81, 84, p. 214

En lo que toca a bienes inmuebles, el fideicomiso surtirá efectos contra terceros desde la fecha de su inscripción en el registro público de la propiedad. (art. 388 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

La modificación y la extinción de los fideicomisos no están referidas expresamente en la ley para efectos de identificar la forma por observar. En todo caso será recomendable seguir la misma que se hubiese seguido al momento de la constitución, particularmente cuando se trata de extinguir un fideicomiso puesto que es un acto por el cual la fiduciaria deja de ser propietaria de los bienes materia del mismo. En este supuesto rige la misma regla relativa a la inscripción en el registro público de la propiedad.

III. OTROS ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO

A. Duración

La ley contiene algunas disposiciones para definir la duración de los fideicomisos. Las normas correspondientes están establecidas en los artículos 394 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y 85 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Para determinar cuál es la duración de un fideicomiso, es necesario distinguir si el fideicomisario es persona física, o persona moral. Cuando el fideicomisario es una persona física el fideicomiso, por disposición de ley, tiene una duración indefinida. Si el fideicomisario es una persona moral la regla general de duración es con un límite de 50 años, pero esta regla tiene algunas excepciones si el fideicomisario es una persona moral de derecho público o institución de beneficencia, caso en el cual la duración es indefinida. La misma excepción rige si el fideicomiso es declarado como de interés público.

Dado que la ley contempla la posibilidad de constituir fideicomisos sin designar fideicomisarios, es necesario determinar cuáles son las normas aplicables a este supuesto a efectos de establecer la duración del fideicomiso. En términos generales se aplica la regla de duración con límite de 50 años, pero existe una excepción consistente en que si el fin del fideicomiso es el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico sin fines de lucro, entonces la duración será indefinida.

B. Causas de extinción.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece diversas causas de extinción del fideicomiso. No todas están contempladas en el mismo artículo y no todas obedecen al mismo supuesto, por lo que conviene hacer una clasificación de ellas en los términos siguientes:

1. En relación a la voluntad de las partes.

El fideicomiso puede concluir sí así lo convienen de manera expresa el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario (art. 392, fr. V). También se extingue el fideicomiso si no fuere posible lograr la intervención de un fiduciario sustituto si el que haya sido designado renunció al cargo. (art. 385).

El fideicomitente puede reservarse el derecho de revocar el fideicomiso. Si ejerce tal derecho, el fideicomiso se extinguirá (art. 392, fr. VI).

2. Como sanción.

El fideicomiso se extingue si se declara la nulidad del mismo por haber sido constituido en fraude de acreedores (art. 392 fr. VII)

Ante la falta de cumplimiento de sus deberes el fiduciario puede ser removido del cargo. Si así ocurre y no fuere posible que intervenga otra institución como sustituta, el fideicomiso se extingue (art. 385)

3. En relación al fin del fideicomiso.

Cuando el fin del fideicomiso queda debidamente satisfecho o su realización se hizo imposible, tiene lugar la extinción del mismo (art. 392, frs. I yII).

4. En relación a las condiciones.

Un fideicomiso puede quedar sujeto en su vigencia, a condiciones suspensivas o resolutorias. Si es imposible la realización de la condición de las primeras citadas, o no se realiza en el término previsto, o bien ya tuvo lugar la condición de la segunda clase mencionada, es procedente la extinción del fideicomiso (art. 392, frs. III y IV).

5. Consecuencias de la extinción.

La ley regula dos supuestos al respecto. Una primera consecuencia consiste en que, al producirse la extinción del fideicomiso, se deberá efectuar la transmisión de bienes al fideicomitente o al fideicomisario según corresponda¹²². La segunda de las consecuencias anunciadas consiste en que para que la transmisión surta efectos contra terceros, bastará, según la Ley dispone, que se inscriba en el Registro Público de la Propiedad una declaración de la fiduciaria por la que manifieste que se ha llevado a cabo dicha transmisión. (art. 393).

¹²² Conviene destacar que la Ley dice que esta consecuencia se dará si no se hubiese pactado lo contrario, lo cual constituye un error, un defecto de redacción, pues no puede haber situación alguna contraria u opuesta a la entrega de bienes al fideicomitente o fideicomisario. La Ley debió haber anotado el vocablo “diferente” en lugar del que erróneamente utilizó.

C. Comité técnico.

El fideicomiso es un instrumento útil para la realización de cualquier clase de fines, con la única limitante de que éstos sean posibles y lícitos.

Esta situación, que está contemplada en la ley, abre la posibilidad del establecimiento de muy diversas finalidades para su realización a través de fideicomisos. Cualquier género de actividad cabe como propósito a realizar, lo que representa un amplísimo abanico de posibilidades ante las cuales tienen que enfrentarse las instituciones fiduciarias. Salvo por el hecho de que por lo regular en cada contrato de fideicomiso se pactan medios de apoyo, para que pudieran cumplir con su responsabilidad sería indispensable que las fiduciarias contasen con expertos en todas y cada una de las materias que pueden estar consideradas en la amplísima gama de finalidades que los fideicomisos plantean, lo cual, sin duda, no es factible.

Para suplir esa natural y lógica limitación, en la práctica las fiduciarias suelen tener ayuda en la intervención de terceras personas quienes integran el Comité Técnico. Este es un resultado de la práctica que ha sido recogido por las normas reguladoras del fideicomiso público, como más adelante lo veremos, pero en lo que se refiere al fideicomiso en general, no existe en la ley ninguna mención que especifique el alcance de la intervención de dicho Comité, aunque es de suponer que en la ley se previó la conformación de ese cuerpo colegiado para que auxilie y colabore con la fiduciaria en el empleo del conocimiento de la materia en cada caso aplicable. De esta suerte, las directrices para poner en práctica las actividades que el cumplimiento de los fines requiere, provendrán de expertos integrantes del referido cuerpo colegiado.

Cuando se introdujo la figura del Comité Técnico, lo cual ocurrió por primera ocasión en la ley bancaria de 1941, no había precedente alguno. Acosta Romero afirma que nada se dice en la exposición de motivos, y, aún más, señala ese autor, de las trece páginas que la constituyen, sólo un párrafo está destinado a las actividades fiduciarias.

Tomando en cuenta que nuestro fideicomiso está muy relacionado con el Trust del derecho anglosajón, pudiera pensarse que en esa legislación tuviera antecedentes la figura del Comité Técnico, sin embargo, la respuesta es igualmente negativa. Ciertamente en la regulación del Trust es posible encontrar mecanismos de apoyo a la fiduciaria¹²³, sin embargo ninguno tiene características que lo asemejen a nuestro Comité Técnico. Tampoco es posible negar la vinculación de forma total. Es de suponer que el legislador de 1941 tuvo conocimiento de las reglas relativas a esos mecanismos de apoyo y eso pudo servir de orientación para el establecimiento del Comité, pero eso es meramente especulativo, pues como ya se dijo, no se dejó constancia al respecto.

¹²³ Pierre Lepaulle cita la existencia de diferentes órganos de colaboración, entre los que, curiosamente, incluye a los tribunales, pero a fin de cuentas ninguno de ellos tiene características parecidas al Comité Técnico. Op. cit. Nota 100, pp 157-160

Este comité técnico puede ser creado para cada fideicomiso, pero la ley vigente no define quien se encargará de decidir su creación. Tomando en cuenta que en la ley de 1941 se atribuía esa facultad a los fideicomitentes,¹²⁴ pareciera natural que la decisión al respecto fuera tomada por el fideicomitente ya que es él quien elige, selecciona o identifica los fines por realizar, circunstancia que en la práctica ha sido reconocida y por tanto se usa atribuir tal facultad al referido fideicomitente.

La ley establece que el comité técnico podrá ser creado al constituir el fideicomiso, o bien al modificarlo. En el caso de los fideicomisos públicos, las leyes que los regulan prevén la existencia de éste comité como algo obligatorio,

Suponiendo que las circunstancias que originan el establecimiento en la ley de éste tipo de cuerpos colegiados sean del tipo de las que se comentaron líneas arriba, resulta lógica y congruente la disposición por la que se exime de responsabilidad a las fiduciarias cuando actúan en cumplimiento de las instrucciones del comité técnico. Para dar certeza a las relaciones, la ley señala que en la constitución del fideicomiso o en sus reformas se fijarán las facultades del comité técnico.

Ahora bien, en el caso de los fideicomisos públicos la regulación del comité técnico tiene algunas especificaciones que habremos de referir a continuación, iniciando por señalar, a propósito de las facultades que están predeterminadas, pues la ley las establece y consisten básicamente en lo siguiente:

- establecer políticas.
- aprobar programas y presupuestos.
- fijar precios.
- aprobar préstamos.
- aprobar estados financieros.
- aprobar estructuras.

En adición a las facultades que la ley contempla, en el contrato podrán considerarse algunas otras, las que sean necesarias y convenientes, en concordancia con los fines del fideicomiso.

¹²⁴ Decía el artículo 45 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares: “Artículo 45.- La actividad de las instituciones fiduciarias se someterá a las siguientes reglas:

...
IV.
...
...

En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, que requerirán el consentimiento del fideicomisario, si lo hubiere, podrán los fideicomitentes prever la formación de un comité técnico o de distribución de fondos, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución fiduciaria obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad.”

Con una redacción semejante se regula la existencia del Comité Técnico en la ley vigente, pues en el tercer párrafo del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito se establece:

“En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de responsabilidad”.

Siguiendo con los fideicomiso públicos, hemos de citar que, si bien es cierto que el comité técnico tiene su razón de ser en la búsqueda de un apoyo para la fiduciaria en función de la especialización que los fines del fideicomiso requieran, también es cierto que por disposición expresa contenida en el artículo 44 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, las facultades conferidas al comité técnico constituyen limitaciones para la actuación de la fiduciaria.

En adición a lo mencionado, y como otra particularidad en la regulación de los fideicomisos paraestatales, es necesario mencionar que en términos del artículo invocado en el párrafo inmediato superior, la fiduciaria tiene el deber de abstenerse de actuar si el comité dicta instrucciones en exceso de sus facultades o en violación a las disposiciones contractuales.

La regulación general del fideicomiso no contempla norma especialmente aplicable para definir la integración de éstos órganos, sin embargo en los fideicomisos paraestatales la integración debe efectuarse incluyendo a respectivos representantes de la Secretaría de Hacienda, de la coordinadora de sector, y de las dependencia y entidades vinculadas.

D. Personal de los fideicomisos.

Bajo consideraciones semejantes a las que llevaron al establecimiento del comité técnico, debe estimarse que el legislador decidió prever la posibilidad de contratar personal que trabaje en apoyo de la fiduciaria para la realización de los fines de un fideicomiso dado.

Es de estimar que la ejecución de ciertos fines requiera conocimientos especiales sobre alguna rama que rebasen la capacidad del personal de la fiduciaria; también es de tomar en cuenta que para cumplir con los propósitos de un fideicomiso, resulte necesario llevar a cabo una gran tarea administrativa que supere en mucho a la capacidad física de la fiduciaria.

Este tipo de acontecimientos son frecuentes sobre todo en los fideicomisos públicos pues inciden por lo regular en materias que no forman parte del acervo natural de información de las instituciones de crédito y además tienen un muy amplio campo de acción que amerita la intervención de un gran número de personas que muchas veces superan al conjunto del personal que tiene la institución fiduciaria.

Para dar curso a este tipo de situaciones, el artículo 82 de la Ley de Instituciones de Crédito establece la posibilidad de contratación del personal necesario para la realización de fideicomisos, el cual, conforme a dicho artículo estará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso, el que, a su vez, para efectos de establecer la relación legal correspondiente, está representado por la propia fiduciaria.

Los fideicomisos paraestatales también en esta materia tienen una regulación particular, ya que la contratación de personal y el consecuente establecimiento de una estructura análoga a la de otras entidades paraestatales, se convierte

en el punto central que permite la configuración de un fideicomiso como una entidad de la administración pública federal paraestatal (arts. 47 y 40 Ley Federal de las Entidades Paraestatales).

E. Delegados fiduciarios.

La función fiduciaria es una actividad de gran responsabilidad que requiere preparación, experiencia y conocimiento técnico. Las instituciones fiduciarias tienen frente a sus clientes el deber muy importante de dar cumplimiento a los fideicomisos recibidos y de cuidar debidamente los bienes que para cada caso se hayan destinado, bienes que, como es sabido, no incrementan los activos de la institución sino que se mantienen por separado y están afectos a la realización del fin correspondiente.

La ley refuerza el sentido de especialidad que la función tiene cuando establece que las instituciones fiduciarias desempeñarán su cometido en fideicomisos, mandatos y comisiones a través de sus delegados fiduciarios. Consecuentemente son tales delegados fiduciarios los funcionarios responsables al interior de las instituciones fiduciarias de todo lo concerniente al cumplimiento de los deberes que cada fideicomiso, mandato o comisión conlleva. Los delegados fiduciarios son los representantes legales de las instituciones fiduciarias por virtud de un poder especial que les es conferido para actuar en fideicomisos, mandatos y comisiones.

La designación de estos funcionarios se realiza por el Director General de las instituciones de banca de desarrollo, pues así lo prevé el artículo 43 de la ley de Instituciones de Crédito. En el caso de la banca múltiple la designación de los delegados fiduciarios se hará según se defina en sus respectivos estatutos.

Las funciones de los delegados fiduciarios no están expresamente señaladas en la ley, pero dado que se prevé, como ya se dijo, que son los representantes de la fiduciaria para el desempeño de fideicomisos, mandatos y comisiones, es de entender que una primera referencia sobre sus facultades está dada por lo dispuesto en el artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en el sentido de que las instituciones fiduciarias tendrán todas las facultades que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso salvo las limitaciones que se establezcan al constituir el mismo. Esto significa que la definición de las facultades de la fiduciaria, mismas que ejercerá a través de su delegado fiduciario, son identificables en razón de los fines de cada fideicomiso.

En el caso de los fideicomisos públicos, la ley contempla algunas menciones de las cuales podemos deducir ciertas obligaciones de los delegados fiduciarios; estas menciones están establecidas en el artículo 43 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, y con base en ellas deben los delegados fiduciarios:

- preparar estructura administrativa;
- consultar los actos por celebrar y los asuntos a tratar en el comité técnico;

- informar de la ejecución de acuerdos y sobre la situación contable del fideicomiso.

El análisis de este régimen lleva a la conclusión de que en la ley de referencia se recogió una situación derivada de la práctica y se pretendió canalizarla de manera positiva. La situación consiste en el hecho de que los directores generales de los fideicomisos paraestatales que además tenían el nombramiento de delegado fiduciario, solían actuar de manera arbitraria colocando en muchas ocasiones a su representada, esto es, a la fiduciaria, en una grave situación de posible asunción de responsabilidad frente a terceros o frente al fideicomitente. Para evitarla se estableció la norma que estamos comentando y que obliga a los funcionarios de referencia a consultar previamente con la fiduciaria los asuntos que ya han quedado mencionados, así como de informarle sobre aspectos destacados.

Esta regulación tiene un propósito sano pero evidencia un defecto de técnica legislativa pues generalizó lo que era particular (la actuación arbitraria), provocando una confusión sobre el carácter y posición que tienen los delegados fiduciarios con respecto a su representada, lo cual solo se puede aclarar en razón del conocimiento de los antecedentes del origen de tal disposición.

La naturaleza jurídica del nombramiento como delegado fiduciario es la de un poder especial con facultades generales para representar a la fiduciaria en las operaciones de fideicomiso, mandato y comisión, con base en lo dispuesto por el artículo 2554 del Código Civil Federal.

Los actos celebrados por los delegados fiduciarios de las instituciones de crédito, al igual que los actos de los demás funcionarios y empleados de éstas, colocan a dichas instituciones en la situación de responder de manera ilimitada, (art. 91 Ley de Instituciones de Crédito), de allí la importancia que tiene la designación de los referidos delegados fiduciarios, puesto que en la mayor parte de los casos, el monto de los bienes recibidos en fideicomiso, es superior en varios tantos al del capital social de las mismas instituciones.

Quizás como reflejo de ésta situación es que en el caso de las casas de bolsa, instituciones de seguros y de fianzas el legislador uso la expresión “responderán civilmente por los daños y perjuicios causados” que es de mejor técnica legislativa y de una mayor claridad sobre el nivel de responsabilidad que tienen esas instituciones en el desempeño de fideicomisos por la actuación de sus delegados fiduciarios.

Para acreditar la personalidad de los delegados fiduciarios, establece la Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 90 que bastará exhibir una certificación de su nombramiento expedida por el secretario del consejo de administración o consejo directivo.

La legislación prevé en los artículos 25 y 43 de la Ley de Instituciones de Crédito, 393 de la Ley del Mercado de Valores, 31 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de seguros y 82 de la Ley Federal de

Instituciones de Fianzas, que las Comisiones Nacionales, Bancaria y de Valores, y de Seguros y Fianzas, respectivamente, podrán ordenar la remoción, suspensión o veto, por falta de calidad técnica, honorabilidad e historial crediticio inadecuado de los delegados fiduciarios, o cuando incurran reiteradamente en infracciones a la ley.

Cuando a los delegados fiduciarios se les da el carácter de especiales, las facultades de las que gozan solo las pueden ejercer para cierto tipo de fideicomisos, mandatos o comisiones, o para alguno de ellos en particular, cual es el caso más frecuente. La denominación "especial", proviene de una aplicación adecuada y lógica de las disposiciones que regulan al mandato, pero no está reconocida en la ley. Solo en la legislación orgánica de algunas instituciones de banca de desarrollo se hace la distinción identificando como delegado fiduciario general, al titular de la institución correspondiente.

F. Apoderados fiduciarios.

Son representantes legales de la fiduciaria por disposición contractual. Representan a ésta en un fideicomiso en particular para el cumplimiento de sus fines, o para la celebración de actos concretos y particulares.

Su designación se efectúa conforme a lo pactado en el contrato de fideicomiso, pero por lo regular se lleva a cabo por instrucción del comité técnico.

La naturaleza jurídica de su nombramiento es la de un apoderado especial, que representa a la fiduciaria en un fideicomiso, y su responsabilidad es de naturaleza civil, al igual que la de cualquier otro mandatario.

Estos representantes acreditan su personalidad con poder otorgado en escritura pública, y por lo general podemos identificar 3 tipos de apoderados: aquellos que ocupan además el cargo de director general de un fideicomiso y que cuentan con poderes amplísimos para llevar a cabo los fines del mismo; apoderado para la defensa del patrimonio, con poderes para pleitos y cobranzas; apoderados para otro acto de definición casuística.

IV. LIMITACIONES EN EL DESEMPEÑO FIDUCIARIO

A. Circular Banxico 1/2005

El Banco de México, en ejercicio de las facultades que la ley le confiere, emitió el 17 de junio de 2005, la circular 1/2005 que sustituye a otras varias emitidas con anterioridad en lo referente a la actividad fiduciaria.

A través de ésta nueva circular el Banco de México en su carácter de autoridad frente a las instituciones de crédito, casas de bolsa, instituciones de seguros,

afianzadoras, sofoles y la Financiera Rural establece diversas disposiciones a través de las cuales rige su comportamiento en la materia fiduciaria.

Las normas contenidas en la circular de referencia, complementan a las que están establecidas en las diversas leyes que regulan el funcionamiento de las instituciones antes mencionadas y las reglas de la nueva circular inciden en aspectos de detalle que las leyes no contemplan. Es por eso que a dicha circular se le refiere en el presente capítulo que alude a limitaciones del quehacer fiduciario.

Para tratar de facilitar la comprensión de las normas contenidas en la circular de referencia, las agruparemos en distintos temas conforme a continuación se anotan:

1. Normas de legalidad en sentido amplio.

En este apartado se reúne a aquellas disposiciones con las que se pretende impulsar que los contratos de fideicomiso y los actos ejecutados en cumplimiento de los mismos estén apegados a derecho y contribuyan a hacer transparente la actividad fiduciaria.

Tales normas se refieren a:

- evitar vicios de legalidad.
- realizar inversiones conforme a los pactos expresos.
- ostentarse como fiduciaria en los actos que se celebren.
- entregar a los clientes en el fideicomiso, una copia del contrato y del inventario de los bienes recibidos.
- establecer expresamente que el fiduciario asume responsabilidad civil.
- establecer notoriamente medidas preventivas cuando se celebren operaciones con la misma institución para evitar conflictos de interés.
- insertar en el contrato de manera notoria todas las prohibiciones establecidas en la legislación.

2. Normas para inversiones y administración.

- establecer el procedimiento para llevar a cabo la inversión de los recursos fideicomitidos.
- identificar bienes o títulos materia de inversión.
- identificar los plazos de inversión.
- identificar a los emisores y sus características.

3. Normas en operaciones con la misma institución.

- pactar la tasa más alta si la inversión se realiza con la propia institución.
- pactar necesidad de aprobación expresa en cada caso, o bien el tipo de operaciones y sus características por celebrar con la misma institución.
- evitar la extinción de obligaciones por confusión.
- evitar interdependencia entre áreas.

4. Normas relativas al comité técnico.

- establecer la forma de integración.
- establecer la forma de tomar resoluciones.
- establecer el mecanismo de comunicación con la fiduciaria.

5. Normas relativas a fideicomisos de garantía

- identificar obligaciones garantizadas.
- identificar bienes o derechos.
- identificar proporción que deben guardar las obligaciones con respecto a los bienes.

B. Prohibiciones

La Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 106, la Ley del Mercado de Valores en su artículo 186, la Ley de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros en su artículo 62 y la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en su artículo 60 establecen diversas prohibiciones para las instituciones fiduciarias que son las siguientes:

- otorgar servicio en condiciones fuera de mercado.
- otorgar préstamos con garantía sobre derechos provenientes de fideicomisos cuya materia sean obligaciones subordinadas a cargo de la misma institución.
- responder por deudores de los fideicomisos y por los emisores de los valores que se adquieran.
- garantizar rendimientos.
- utilizar fondos de fideicomiso, mandatos o comisiones para conceder préstamos a funcionarios de la institución.
- administrar fincas rústicas.
- excusarse del cargo.
- celebrar operaciones con la propia institución salvo autorización general del Banco de México.
- captar recursos del público a través de fideicomiso.
- desempeñar fideicomisos que funcionen como sociedades de inversión.
- desempeñar fideicomisos para evadir prohibiciones de las leyes financieras.

C. Secreto fiduciario.

El secreto fiduciario es una prohibición sumamente especial que enfrentan las instituciones que desempeñan el cargo de fiduciarias y constituye una protección de los intereses del público.

Se establece esta prohibición en el propósito de evitar la divulgación de información a la cual solo deben tener acceso los respectivos titulares de cada operación. Se le establece en concordancia con la confianza que priva en la relación fiduciaria que involucra discreción, reserva, responsabilidad. Se

entiende que sin importar cuantía, los datos que obran en poder de las instituciones fiduciarias solo son útiles a los respectivos clientes; se trata de información privada a la cual nadie debe tener acceso si no es con la autorización del titular de la operación de que se trate. No hay razón que impulse a la divulgación de lo que es legítimamente de exclusivo interés privado. Con el secreto bancario y el fiduciario se provee respeto a la particularidad, a la intimidad y se difunde el valor de evitar la intromisión en asuntos que son ajenos a cualquiera, procurando la tutela de la esfera individual de acción.

Hasta diciembre del año 2005, secreto bancario y fiduciario estaban regulados en disposiciones diferentes, los artículos 117 y 118 respectivamente, de la Ley de Instituciones de Crédito, ya que el día 29 de ese mes se promulgó el decreto por el que quedó reformada dicha Ley y a consecuencia de la cual se derogó el artículo 118 que regulaba el secreto fiduciario. Con la reforma, las prohibiciones de que se viene hablando quedaron reguladas, ambas, en el artículo 117.

Antes de esa reforma, el secreto fiduciario fue manejado con absoluto desapego de su sentido y de su regulación; dolosamente algunas autoridades esgrimieron la prohibición que de él derivaba para presentar obstáculos y dificultar el acceso a información pública gubernamental.

Esta situación, lamentable de por sí, lo fue más por el hecho de que fueron autoridades hacendarias las que lo usaron de manera impropia, y, por tratarse de funcionarios en los que se supone conocimiento de la legislación financiera, la explicación del erróneo manejo dado al secreto fiduciario, solo puede tener dos orígenes, a saber, torpeza en grado extremo, o dolo; nos inclinamos por lo segundo.

La historia al respecto es a grandes rasgos la siguiente:

El gobierno federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, desde hace muchos años ha venido constituyendo fideicomisos no paraestatales. A través de ellos maneja cantidades muy importantes, sumamente cuantiosas, para destinarlas a propósitos muy diversos.

La complejidad que singulariza a la legislación administrativa sobre todo cuando con ella se pretende evitar la corrupción gubernamental, genera una gran cantidad de instancias a superar para el ejercicio de los recursos, lo que a su vez provoca que el trabajo de revisión, supervisión y control de las autoridades competentes, tenga que incidir en todas y cada una de las referidas instancias, por lo que ese trabajo se convierte de muy difícil ejecución.

Cada instancia de las mencionadas puede provocar la intervención de una o más dependencias o entidades, por lo que la revisión tendrá que acudir a diferentes fuentes para obtener la información que le permita constatar el debido cumplimiento de la normatividad.

En ese vasto panorama, cuando se trató de la revisión del empleo de los recursos colocados en fideicomisos no paraestatales, las autoridades

supervisoras tuvieron que acudir, entre otras instancias, a las de las instituciones fiduciarias. Cuando pidieron información a éstas se toparon con respuestas negativas pues las fiduciarias adujeron, con razón, fundamento y en apego a derecho, el secreto fiduciario. Hasta ese momento las cosas eran conforme a la ley.

Ante la fundada negativa de las fiduciarias, las instancias de supervisión y control voltearon sus llamamientos hacia las partes fideicomitentes, que lo eran tanto el gobierno federal por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, como varias entidades paraestatales. En respuesta a la solicitud de información, de manera absurda dijeron las partes fideicomitentes que no estaban en posibilidad de dar datos pues lo prohibía el secreto fiduciario.

Las solicitudes de información en varios casos estaban referidas sobre asuntos destacados a nivel de la opinión pública, razón por la cual la negativa cobró notoriedad. Fue evidente el malestar y la indignación del público a grado tal que el tema se convirtió en noticia de ocho columnas.

La situación se volvió extremosa pues las autoridades hacendarias incluso promovieron juicios de amparo respecto de los requerimientos de información argumentando el secreto fiduciario, pero afortunadamente el poder judicial rechazó las peticiones señalando que los presuntos quejosos carecían de interés jurídico en la promoción de tales juicios.

Para entonces habían ya transcurrido muchos meses, un par de años quizás, y es de suponer que ese clima de incertidumbre generado por el absurdo comportamiento de las autoridades hacendarias fue uno de los factores que impulsaron la reforma promulgada a fines del año 2005 por la cual se derogó el artículo 118 de la Ley de Instituciones de Crédito y se reformó el 117 de la misma ley.

La reforma tiene dos consecuencias en el nuevo texto del artículo 117. Por una parte, quedan sujetos al mismo régimen los llamados secreto bancario y secreto fiduciario. Por otra parte, se amplía considerablemente el conjunto de autoridades que ahora pueden solicitar información, ya que antes estaba limitado a la autoridad judicial en los conflictos en los que el cliente fuera parte, a las autoridades fiscales y desde luego a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Conforme al texto en vigor a partir del 31 de diciembre de 2005, están facultadas para solicitar información, las siguientes autoridades:

- Autoridad judicial en juicio en el que el fideicomitente, fideicomisario, mandante o comitente sea parte o acusado.
- Procurador General de la República.
- Procuradores locales.
- Procurador Militar.
- Autoridades hacendarias federales para efectos fiscales.

- Secretaría de Hacienda y Crédito Público para efectos de prevención de los delitos de terrorismo, violación de inmunidad y de neutralidad, y de operaciones con recursos de procedencia ilícita.
- Tesorero de la Federación.
- Auditoría Superior de la Federación.
- Secretario y Subsecretarios de la Función Pública.
- Instituto Federal Electoral.

Todas estas autoridades deben canalizar sus peticiones por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la que por sí misma también está facultada para requerir cualquier clase de información. La Ley faculta al Procurador General de la República, la Auditoría Superior de la Federación y al Instituto Federal Electoral, para que, si así lo deciden, canalicen su petición por conducto de la autoridad judicial, la que a su vez está facultada para presentar su petición ante la citada Comisión o directamente a la institución de crédito.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL FIDEICOMISO PÚBLICO

GENERALIDADES

I. CONCEPTO

El fideicomiso, en general, puede ser constituido por las personas que tengan la capacidad legal necesaria para hacer la transmisión de propiedad o de titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso. Dado que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no señala limitación alguna, es de entenderse que pueden actuar como fideicomitentes tanto personas físicas como personas morales; entre las segundas es necesario distinguir aquellas de carácter privado de las que son de carácter público.

Si el fideicomitente es una persona moral de carácter privado, el fideicomiso en cuestión tendrá la misma connotación, pero si interviene como fideicomitente una persona pública, el fideicomiso resultante tendrá a su vez ese mismo carácter. Al señalar esta dicotomía no se pretende tomar parte en el viejo conflicto que se centra en elucidar si el derecho admite separación entre público y privado, o si por el contrario debe prevalecer la unidad y solo sea permisible hablar de derecho sin calificativo de especie alguna. Cuando se menciona al fideicomiso como algo que puede ser público o privado, lo único que se quiere señalar es la existencia de dos regímenes aplicables dependiendo del carácter que tenga la persona que actúa como fideicomitente.

Cuando el creador del fideicomiso es una persona moral privada, el régimen que corresponde aplicar es aquél que ya quedó señalado en el capítulo anterior. El propósito de este segundo capítulo es precisamente hacer referencia al otro régimen, es decir, el que se aplica cuando el fideicomitente es una persona moral pública.

II. EL FIDEICOMITENTE EN EL FIDEICOMISO PÚBLICO

En estas condiciones, lo primero por atender, consiste en señalar quiénes son personas morales públicas. Dice al respecto el Código Civil Federal en la fracción I del artículo 25 que son personas morales, la Nación, los Estados y los Municipios. Al relacionar esta mención con lo que señala la fracción II del mismo artículo, se deja en claro que tales personas morales lo son públicas,

pues la citada fracción II establece de manera textual lo siguiente: “II Las demás corporaciones de carácter público reconocidas en la ley” Es evidente que el empleo del vocablo “demás” incluye tanto a lo citado en la fracción I como lo mencionado en la referida fracción II.

El concepto “nación” ha traído consigo la necesidad de formular aclaraciones, pues así como se le cita en el Código Civil Federal, también se le usa en nuestra Constitución Política de una manera indiferenciada con la palabra “estado”. Para tratar de evitar una confusión sobre el alcance de ambos términos, en su Derecho Constitucional Mexicano, el maestro Felipe Tena Ramírez¹²⁵ cita al tratadista italiano Alfonso Tesaurò quien señala: “ No obstante la diversidad del significado atribuido al término Nación en las varias legislaciones y en las varias disposiciones en su contenido efectivo, aparece evidente que para los varios ordenamientos actualmente en vigor en Europa, y de modo particular para el nuestro, la nación, al igual que como opina la doctrina dominante, es una entidad diversa y distinta de aquella en la que se concreta el Estado; ella es, precisamente, una unidad étnicosocial, mientras que el Estado es una unidad jurídica que ejercita su potestad, ora sobre individuos pertenecientes, por lo menos en su casi totalidad, a la misma Nación, ora sobre individuos de nacionalidad diversa, como en el caso de Suiza, cuya población está constituida por individuos de nacionalidad francesa, alemana e italiana. Además, la Nación, como unidad social apoyada en la conciencia de la existencia de vínculos comunes, continúa en tanto permanece este elemento espiritual que liga a la mayor parte de los individuos; el Estado, en cambio, está destinado a sufrir continuamente las profundas transformaciones debidas a los conflictos y a los choques de intereses de los varios Estados entre sí. El Estado, sin embargo, aunque diferenciándose de la Nación, tiende a identificarse con ella.”

Así pues, con lo que se ha transcrito arriba, es posible afirmar que no es lo mismo el concepto “nación” que el concepto “estado”. Fausto Rico, Patricio Garza y Claudio Hernández dicen al respecto que: “Equivocadamente el Código Civil utiliza el término nación, que es un término sociológico e inapropiado; debió utilizar el término Estado, que sí es un término jurídico”¹²⁶. Ya antes se había expresado en similares términos el maestro Tena Ramírez, pues en su citada obra sobre el Derecho Constitucional Mexicano¹²⁷ hablaba de que la doctrina francesa, que a su juicio era la más aceptable de todas, considera al Estado como la personificación jurídica y política de la nación, aunque hacía alguna salvedad señalando que en el caso de un régimen federal como lo es el nuestro, es más adecuado señalar que la nación ejerce su soberanía a través de los dos órdenes que en él existen, es decir, a través de la federación y a través de los estados miembros de la misma. Es este el punto donde podemos encontrar convergencia con lo señalado por la legislación civil que, aún dentro de la deficiencia ya anunciada, alude con claridad a dos entidades diferentes e incluso a una tercera constituida por los municipios.

¹²⁵ Tena Ramírez Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 23a ed. México, Porrúa, 1989, p. 189

¹²⁶ Rico Álvarez Fausto, Garza Bandala Patricio, Hernández de Rubín Claudio, *De la persona y de la familia en el Código Civil para el Distrito Federal*, 2ª ed. México, Porrúa, 2007, p. 100

¹²⁷ Idem.

Si se acepta la propuesta de Fausto Rico y coautores, podríamos decir, interpretándola, que nuestra legislación civil alude al Estado Mexicano, a las entidades federativas y a los municipios, sin embargo la imprecisión sigue siendo evidente, pues como se dijo, esta mención proviene de una interpretación y no del texto literal de la ley, por lo que conviene todavía hacer algunas reflexiones complementarias.

Cuando aborda el tema del Estado, Enrique Sánchez Bringas dice que "...es la personificación de un sistema normativo...el máximo centro de imputación normativa que puede aportar un sistema jurídico. En otras palabras, el Estado es la persona jurídica creada por el derecho que, por su magnitud, expresa al orden normativo en su totalidad...Esta realidad cobra existencia a través de las normas que integran su orden normativo interno. Hasta que sucede este fenómeno, podemos hablar de la existencia del Estado como persona jurídica pero esto no significa que antes de que se produzca el orden normativo no exista el Estado como una realidad social...Jurídicamente, el fenómeno estatal surge cuando el Estado como realidad social se da su derecho, es decir, con el nacimiento del orden normativo que adopta una sociedad"¹²⁸

Conforme a Sánchez Bringas, el Estado toma el carácter de persona jurídica cuando una sociedad establece un orden normativo; el Estado es persona jurídica porque así deriva de la existencia de ese mismo orden normativo. Ahora bien, ese orden normativo tiene su primera expresión en una norma constituyente llamada constitución. "Es la que inicia el 'deber ser', es la primera norma y, por lo mismo, no es precedida por otra. En ese atributo reside su cualidad constituyente porque una vez establecida se inicia y desarrolla el orden normativo, porque crea los órganos de producción normativa y delimita sus competencias...su validez depende de la circunstancia de que se aplique...Después, cuando se establecen y funcionan los órganos que crea y se producen las leyes...la Constitución adquiere validez jurídica y será 'más válida' en la medida en que se aplique con mayor intensidad"¹²⁹

Sánchez Bingas va resolviendo el asunto de la identificación de las personas morales públicas cuando nos dice que "la Constitución crea a las personas que tienen a su cargo el despliegue de la potestad pública en todos los grados y formas o señala las bases para que su creación se haga en otras instancias normativas" y constituyen "el ámbito personal de aplicación normativa"¹³⁰ ,.

Esas personas están referidas en varios de los artículos de nuestra constitución y se les identifica en una lectura correlacionada, iniciando por el artículo 40 en el que se consignan decisiones políticas fundamentales del pueblo mexicano y de las cuales deriva la existencia de una federación, a la cual se asimila como el Estado Mexicano, o más propiamente como los Estados Unidos Mexicanos. Como es sabido, la organización primaria de esa federación, según el artículo 49 de la propia Constitución recae en tres órganos que tienen a su cargo el desempeño de las tres funciones a que aluden sucesivamente los artículos 73,

¹²⁸ Sánchez Bringas Enrique, *Derecho constitucional*, 2ª ed. México Porrúa, 2000, pp. 18-20. En este párrafo, el autor citado hace alusión a Kelsen.

¹²⁹ Ibidem, pp 132 y 133

¹³⁰ Ibidem, pp. 148 y 149

89, y 103 al 107 de la Ley Suprema. Dejemos en claro que estos órganos no tienen personalidad por sí mismos¹³¹ y son solamente medios a través de los cuales el estado (que sí tiene personalidad) ejerce sus atribuciones.¹³² Tales órganos son, por supuesto, el legislativo, el ejecutivo y el judicial.

Siguiendo en la lectura del citado artículo 40, se aprecia que la República que el pueblo mexicano decidió constituir, está compuesta de Estados (libres y soberanos) unidos en Federación según reza el propio artículo, los cuales a su vez están detallados en el artículo 43 de la Constitución, luego entonces, un segundo grupo de personas morales públicas está integrado por lo que en la Constitución se llaman Estados, Estados de la Federación (art. 45), y también entidades federativas (art. 46).

El siguiente grupo de personas morales públicas está identificado en el artículo 115 de la Carta Magna cuando señala que los Estados tienen como base de su división territorial y de su organización política y administrativa al Municipio Libre. Es de hacer notar que aunque no lo hizo respecto de la Federación, ni tampoco respecto de las entidades federativas, el constituyente sí señaló de manera expresa que el Municipio Libre tiene personalidad jurídica, pues así se asienta en la fracción II del referido artículo 115.

En función de lo expuesto es posible afirmar con mayor sustento, que en nuestro régimen jurídico las personas morales públicas son los Estados Unidos Mexicanos o Federación, los Estados miembros de ésta y los Municipios que a su vez forman parte de dichos Estados. Estas son las personas que están en la posibilidad de establecer fideicomisos a los cuales, en razón de las características de los fideicomitentes, habremos de calificar como “públicos”, pero hemos de hacer notar que la referencia a ellas no agota el género “personas morales públicas”.

Ello obedece en primer lugar, a que, como ya se vio, el Código Civil Federal, en la fracción II de su artículo 25, alude a otras “corporaciones”, y también a que en el intento de precisar cuáles son, es necesario efectuar un análisis de otras disposiciones del texto constitucional.

Cada uno de los órganos de la Federación rige su funcionamiento en los términos de sus respectivas leyes orgánicas, mismas que en los casos de los órganos legislativo y ejecutivo están respectivamente previstas en los artículos 70 y 90 constitucionales, y en el caso del órgano judicial sólo hay referencias genéricas en diversos artículos del Capítulo IV del Título Tercero de la Constitución.

¹³¹ Gabino Fraga lo señala diciendo: “...los órganos, que no constituyen sino una parte de la personalidad jurídica del Estado, que no son sino esferas de competencia cuyo conjunto forma la competencia misma del Estado...los órganos no tienen derechos propios y que por tanto carecen de personalidad...” *Derecho Administrativo*, 45ª ed., revisada y actualizada por Manuel Fraga, México, Porrúa, 2006, p. 123

¹³² “La función no es tampoco de los órganos del Estado, de su legislativo, su ejecutivo o su judicial, sino que la función es del Estado, y la ejerce por razón de la materia, a través de los diferentes órganos que tiene, según sea el caso. Gutiérrez y González Ernesto, *Derecho administrativo y derecho administrativo al estilo mexicano*, 1ª ed. México, Porrúa, 1993, p. 532

Las leyes orgánicas atribuyen facultades de representación a algunos funcionarios de los órganos de la Federación y con base en ello dichos funcionarios celebran los actos jurídicos que el desempeño de las funciones del órgano requiere. La persona moral de carácter público denominada Estados Unidos Mexicanos, actúa como fideicomitente con la intervención de sus respectivos órganos, cada uno de los cuales lo hace a su vez en el marco de su respectiva competencia definida de origen en el texto constitucional y después en la correspondiente Ley Orgánica. Es pertinente citar que en los contratos que se celebran para constituir fideicomisos, por una situación hasta cierto punto viciosa, no se hace alusión a la intervención de los Estados Unidos Mexicanos, sino que se estila referir tan solo la intervención de la cámara, dependencia, o área del órgano correspondiente y de su respectivo representante, con base en lo que al efecto dispone cada una de las leyes orgánicas. Si se quisiera actuar en puridad, habría que referir, invariablemente, la intervención de la persona moral y no únicamente la de sus órganos.

Con las menciones efectuadas en los párrafos superiores, se podrá apreciar cómo es que el Estado Mexicano, en tanto que es una persona moral pública, interviene como fideicomitente a través de sus órganos, los cuales comparecen representados por ciertos y específicos funcionarios a los cuales las leyes atribuyen esas facultades.¹³³ En situación semejante habría que considerar el caso de las entidades federativas y de los municipios, pero, evidentemente, para lograr la precisión correspondiente habría que estudiar la legislación particular de cada una de esas entidades federativas, lo cual rebasa en mucho los propósitos de este trabajo, por lo que, en lo que a entidades federativas y municipios se refiere, no se hará ninguna otra mención, más allá de reiterar que en unión de la federación constituyen un primer grupo de personas morales públicas.

El caso del órgano ejecutivo, para efectos del establecimiento de fideicomisos, es diferente al de los otros dos órganos, toda vez que la ley le proporciona una organización de mayor amplitud que la que tienen el legislativo y el judicial. En primer término es necesario considerar que conforme al artículo 90 de la Constitución, la estructura de este órgano está sustentada en un concepto específico, totalmente vinculado a la esencia misma de su función que es la administración. De esta suerte, esa estructura está literalmente identificada como Administración Pública Federal y, según se señala en el artículo antes invocado, está conformada por dos partes, respectivamente denominadas Administración Pública Centralizada y Administración Pública Paraestatal.

¹³³ El representante de la Cámara de Diputados lo es el presidente de su Mesa Directiva, según lo dispone el artículo 23, inciso 1) de la Ley Orgánica del Congreso general de los Estados Unidos Mexicanos. En semejante situación se encuentra el Presidente de la Mesa Directiva de la Cámara de Senadores, según dispone el numeral 1 del artículo 67 de la misma Ley. En lo que toca al órgano ejecutivo, la ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en su artículo 47, segundo párrafo, establece que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público actuará como fideicomitente único de la Administración Pública Centralizada. El caso del órgano judicial está regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación que en sus artículos, 14 fracción I, 85 fracción I y 191 fracción I, atribuye facultades de representación a los respectivos Presidentes de la Suprema Corte de Justicia, Consejo de la Judicatura Federal y Tribunal Federal Electoral.

La Administración Pública Paraestatal, comprende varios tipos de entidades, algunas de las cuales por propia naturaleza son personas morales. Tal es el caso de las que se encuentran formando el grupo de las empresas de participación estatal mayoritaria, como lo son las sociedades nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y fianzas (sociedades mercantiles anónimas las segundas y terceras), así como las sociedades civiles y las asociaciones civiles en las que la mayoría de los asociados sean a su vez dependencias o entidades de la Administración Pública Federal, o servidores públicos que participen en razón de sus cargos. Otro tipo de entidades que forman también parte de este sector, son los organismos públicos descentralizados, que por disposición de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, contenida en su artículo 45, tienen personalidad jurídica y patrimonio propios, cualquiera que sea la estructura legal que adopten. El último caso de las entidades de la Administración Pública Paraestatal, es precisamente el de los fideicomisos públicos que, conforme al artículo 47 constituyan el Gobierno Federal o alguna otra entidad paraestatal, sin embargo, como ya hemos visto antes, no es posible decir que el fideicomiso cuente con el atributo de la personalidad.

Así pues, estamos ahora en la posibilidad de identificar un segundo grupo de personas morales públicas que lo son aquellas que forman parte de la Administración Pública Paraestatal, con excepción hecha de los fideicomisos.

De esta manera, con el propósito de resumir lo antes anotado, se puede establecer que son personas morales públicas y consecuentemente habrán de crear fideicomisos públicos, los Estados Unidos Mexicanos, los Estados miembros de la Federación, los Municipios que de éstos forman parte, y las entidades de la Administración Pública Paraestatal de la Administración Pública Federal, sin incluir a los fideicomisos.

III. LA FIDUCIARIA Y LOS FIDEICOMISARIOS EN EL FIDEICOMISO PÚBLICO.

En el capítulo anterior de este trabajo se hizo un análisis de la capacidad necesaria en las instituciones que puedan intervenir como fiduciarias y en el curso de ese análisis, no se encontró en la ley, mención alguna que permitiera distinguir sobre alguna condición especial para recibir la encomienda en fideicomisos de carácter público. Dicho de otra manera, la capacidad de las instituciones que actúan como fiduciarias, les permite desempeñar el cargo tanto para fideicomisos públicos como para fideicomisos privados. Por tanto no sería exacto afirmar que los fideicomisos públicos se establecen exclusivamente en la banca de desarrollo, porque es absolutamente lícito hacerlo también con la banca múltiple, o incluso si el caso de acuerdo a sus finalidades así se configurase, con cualquiera de las otras instituciones que están facultadas para actuar como fiduciarias.

En lo que se refiere a los fideicomisarios se presenta una situación similar, ya que no hay prohibición en la ley que limite la intervención de persona alguna como fideicomisario en un fideicomiso público, lo que permite decir, en principio, que en los fideicomisos constituidos por personas morales públicas no hay limitación en cuanto a la designación de fideicomisarios, sin embargo, el asunto debe ser visto a la luz de las facultades que para la disposición de los bienes públicos tienen las personas morales públicas, porque por ejemplo y a reserva de tocar el tema más adelante, las limitaciones pueden provenir de la legislación en materia presupuestal, en la medida en que ahí se establezcan reglas específicas para la asignación de beneficios a particulares, lo cual a su vez puede tener trascendencia para los efectos de la designación de fideicomisarios. En síntesis, este punto debe tratarse en términos de la legislación que regula el comportamiento de las organizaciones públicas y no en lo que se refiere a la configuración legal de los fideicomisos públicos.¹³⁴

Conviene hacer una segunda mención sobre el tema de los fideicomisarios en los fideicomisos públicos, ya que, como se ha visto con anterioridad, la figura del fideicomisario no es indispensable en la estructura de cualquier fideicomiso, supuesto que desde luego también es aplicable para el caso que nos ocupa. Esta situación tiene mucha relevancia en la práctica del fideicomiso público cuando sus finalidades prevén la generación de beneficios colectivos, o la selección de sujetos en función del cumplimiento de ciertos requisitos. Dado que, como lo veremos con posterioridad, los fideicomisos públicos que se constituyan con la intervención de la Administración Pública Federal deben procurar la atención de actividades prioritarias en apoyo al Ejecutivo Federal, las más de las veces se encuadran en el supuesto de generar algún beneficio a una colectividad o a sujetos indeterminados, lo cual provoca que se establezcan sin designación de fideicomisarios. Si se trata de apoyar, por ejemplo, a los trabajadores, basta decirlo así al establecer los fines del fideicomiso, sin que ese grupo de personas reciba el carácter de fideicomisarios; si el caso es el de establecer mecanismos de apoyo para, por ejemplo, un grupo de empresas, sean pequeñas o medianas, de igual manera bastará con así citarlo sin que se les atribuya el mencionado carácter de fideicomisarias.

La designación genérica de potenciales beneficiarios obedece a varias consideraciones, la primera de las cuales es que el grupo como tal no reúne el requisito que establece el artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito para la identificación de los sujetos que puedan tener el carácter de fideicomisarios, pues tal requisito radica en gozar de la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica, lo cual es una cualidad atribuible a personas individualmente determinadas. Otra

¹³⁴ A manera de ejemplo es posible citar que el Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2009, contempla en su Título Cuarto diversos programas, algunos de los cuales podrán contener padrones de beneficiarios que podrán ser tanto personas físicas, como personas morales, dependiendo del programa correspondiente, según se desprende de su Artículo 28. Algunos de los programas se pondrán en práctica a través de fideicomisos. El Artículo 32 del propio Presupuesto de Egresos menciona, por ejemplo, el Fideicomiso México Emprende y el Fideicomiso de Contra-garantía para el Financiamiento Empresarial. En el caso de que en dichos fideicomisos se prevea incluir como fideicomisarios a los beneficiarios de los programas, tal inclusión estará sujeta a lo que al respecto se contemple en el Presupuesto de Egresos.

circunstancia radica en que, suponiendo que fuera posible identificar individualmente a las personas que hayan de ser receptoras del apoyo que se canaliza a través del fideicomiso, dado que estamos en presencia de actos que por definición (se trata de fideicomisos públicos) deben contemplar acciones colectivas, necesariamente tales personas habrán de constituir un grupo numeroso lo que representa obstáculos importantes ante la posibilidad de extinguir o modificar el fideicomiso, pues en ambos casos se requeriría de su manifestación de voluntad. Al respecto conviene recordar que para los efectos de la extinción el texto actualmente en vigor de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, expresamente contempla la intervención del fideicomitente, de la fiduciaria y del fideicomisario, en la fracción V del artículo 392 de dicha Ley¹³⁵; no es así en el caso de la modificación, pues en ese tema la ley es omisa, sin embargo, es práctica común entre las instituciones fiduciarias, desde mucho antes de las modificaciones del año 2003 a la Ley que se cita, el procurar la intervención de las tres partes en ambos tipos de actos como una medida que provee seguridad jurídica. Así pues, si es el caso de que hay muchos fideicomisarios, la conformación del consentimiento se vuelve tarea harto difícil y la oposición de uno sólo de ellos pudiera impedir la modificación o la extinción del fideicomiso, por lo que, en la práctica es común que los fideicomisos públicos se establezcan sin designación de fideicomisarios, lo cual de ninguna manera significa que eso se observe de manera fatal.

IV. LOS BIENES EN EL FIDEICOMISO PÚBLICO

En lo que corresponde a los bienes, para el caso del fideicomiso público rige el mismo principio que para el fideicomiso en general, esto es, pueden ser materia del mismo toda clase de bienes y derechos, siguiendo lo establecido en el artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sin embargo, existe una diferencia a marcar, no obstante su obviedad, que consiste en que se trata de bienes y derechos que están sujetos al régimen de lo público y por tanto distinto de aquél que aplica para los bienes de particulares.

Efectivamente, tal y como se dice en el párrafo superior, los bienes propiedad de las personas morales públicas tienen un tratamiento legal específico, mismo que ahora habremos de repasar con el propósito de identificar bajo qué condiciones podrán ser materia de un fideicomiso, público en este caso.

¹³⁵ Como se sabe, en el año de 2003 se hicieron importantes modificaciones en el Capítulo V del Título II de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que resultaron en una transformación radical de varios conceptos que sustentaron de origen el establecimiento del fideicomiso, como se puede constatar en la lectura del Capítulo I de este Trabajo. Entre esas modificaciones debemos considerar a aquella que resaltó el carácter contractual de esta figura jurídica, lo cual quedó también de manifiesto en la disposición expresa que se cita y que requiere la conformación de consentimiento para llevar a cabo la extinción de un fideicomiso.

Para emprender ese análisis conviene citar a manera de referencia genérica, que las personas morales públicas tienen en propiedad tanto bienes inmuebles como muebles, y recursos en numerario que constituyen una parte muy importante de su patrimonio y tienen especial significación para los propósitos de los fideicomisos públicos, tal y como se verá más adelante. Otra referencia genérica, hablando de los bienes del Estado Mexicano en su equivalente a la Federación, es decir, sin considerar el caso de los bienes de las entidades federativas ni los de los municipios, consiste en señalar que están sujetos a un régimen que lleva a distinguir precisamente los recursos en numerario del resto de los bienes de la Federación, ya que aquellos se aplican conforme a las normas de carácter presupuestal y los segundos se manejan en función de una ley específica que es la Ley General de Bienes Nacionales.

De esta suerte, y para los efectos del estudio que estamos realizando, será indispensable seguir la tónica de lo anotado y efectuar el tratamiento de los bienes de la Federación en dos bloques que son, por un lado, el relativo a los bienes inmuebles y muebles a que se refiere la ya mencionada Ley General de Bienes Nacionales, y por el otro los recursos en numerario que para efectos de enajenación tienen su regulación en las leyes de carácter presupuestal, cual es el caso del Presupuesto de Egresos de la Federación y la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

Cabe precisar que todos los bienes antes mencionados, haciendo de ellos un conjunto, constituyen el patrimonio del Estado. Así lo considera por ejemplo Rafael I. Martínez Morales, quien en su Derecho Administrativo, 2º curso, nos dice que se trata de “universalidad de bienes, derechos y recursos financieros con que cuenta el estado para cumplir sus atribuciones”¹³⁶. Ya antes se había expresado en similares términos el maestro Serra Rojas pues decía que el patrimonio del estado contaba con los siguientes elementos: “a. Un conjunto de bienes, recursos, inversiones y demás derechos sobre las cosas; b. Que se valoran pecuniariamente y estimulan el intercambio o tráfico de bienes; c. Afectados a una finalidad pública, interés general o utilidad pública, que se traduce en la prestación de servicios a cargo del Estado; d. Y forma una unidad, de la cual es titular el Estado o las entidades públicas por él creadas o reconocidas.”¹³⁷ El maestro Gutiérrez y González nos dice que “patrimonio del estado es su conjunto de bienes, pecuniarios y morales, obligaciones y derechos, que constituyen una universalidad de Derecho”¹³⁸. De este concepto nos indica el autor mencionado que el patrimonio del estado se divide en pecuniario y moral, y que corresponden al primero los bienes muebles e inmuebles, así como los recursos financieros o “sumas que normalmente en dinero, le deben entregar todos y cada uno de los habitantes del país, en calidad de impuestos, y otras prestaciones que se designan genéricamente en el Código Fiscal de la Federación como contribuciones”, y al segundo diversos bienes que no tienen un valor económico y que son invaluable en dinero, cual

¹³⁶ Martínez Morales Rafael I., *Derecho administrativo, 2º curso*, 4ª ed., México, Oxford, 2007, p. 20

¹³⁷ Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, 5ª ed. México, 1972, Tomo II p. 860

¹³⁸ Op. cit. Nota 8, p. 686

es el caso de los monumentos históricos, arqueológicos, o la Bandera, el Escudo y el Himno Nacional.¹³⁹

En un enfoque un poco diferente, pero que resalta también la unicidad del patrimonio estatal, Sergio F. de la Garza indica que el “Derecho Financiero es un conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad financiera del Estado en sus tres momentos, a saber: en el establecimiento de tributos y obtención de diversas clases de recursos, en la gestión o manejo de sus bienes patrimoniales y en la erogación de recursos para los gastos públicos, así como las relaciones jurídicas que en el ejercicio de dicha actividad se establecen entre los diversos órganos del Estado o entre dichos órganos y los particulares, ya sean deudores o acreedores de Estado.”¹⁴⁰ Más adelante, este mismo jurista señala que tradicionalmente los autores han dividido el derecho Financiero en tres ramas que guardan similitud con los momentos o fases en que se divide la actividad financiera del Estado: la obtención, el manejo y la erogación de los recursos del Estado, a los que corresponderían el Derecho Tributario, el Derecho Patrimonial del Estado y el Derecho Presupuestario¹⁴¹. De lo anotado se puede concluir que para Sergio F. de la Garza, en un punto de vista de sistematización para efectos de estudio, agrupa al patrimonio del Estado en un conjunto de normas que se divide en razón de criterios de utilización, sin embargo lo que es destacable para nuestros propósitos, consiste en que también coincide en que, no obstante su diversa naturaleza, medios, y tiempos de obtención y aplicación a los fines propios del Estado, todos sus bienes integran una unidad.¹⁴²

¹³⁹ Ibidem, p. 774

¹⁴⁰ De la Garza Sergio Francisco, *Derecho financiero mexicano*, 6ª ed. México, Porrúa, 1975, p. 13

¹⁴¹ Ibidem, p. 14

¹⁴² Es interesante observar que en el estudio de estos temas, los autores hacen una tajante separación entre los dos subconjuntos que hemos señalado, es decir, por una parte los bienes inmuebles y muebles en general, y por la otra los recursos en numerario. Como podrá observar el lector, hay coincidencia en considerar que ambos subconjuntos forman una unidad que es el patrimonio del Estado, sin embargo para efectos de estudio los separan cual si fueran objetos totalmente desligados. Así se habla por ejemplo de la actividad financiera del Estado para referirse al análisis del régimen legal de los recursos líquidos que a éste corresponden, y de la actividad patrimonial para estudiar las normas que se aplican a los bienes muebles e inmuebles. Es claro que en uno y en otro caso estamos hablando de normas que tienen su origen en ordenamientos distintos, pero eso no debiera ser razón suficiente para desligar casi radicalmente el estudio de estos temas, ya que si a fin de cuentas los bienes de que estamos hablando tienen un dueño que es el mismo, eso significa que todos en conjunto constituyen su patrimonio y por tanto al estudiarlos debiera hacerse bajo ese enfoque unitario, con independencia de que el resultado del análisis se vaya desplegando en una adecuada forma sistemática que permita identificar particularidades y diferencias. En esta situación incurren prácticamente todos los autores consultados, distinguidos publicistas todos ellos, incluso el maestro Gutiérrez y González, que es quien con mayor claridad dejó constancia de que los recursos provenientes de las contribuciones también forman parte del patrimonio estatal. Debe admitirse en descargo de todos ellos que no cabe duda de que los conjuntos normativos que se refieren a los distintos bienes del Estado, han generado diferentes disciplinas jurídicas como bien lo apunta Sergio F. de la Garza, pero en tanto el punto de partida sea el patrimonio del Estado, la referencia debiera ser genérica. Por el contrario, para los civilistas la conclusión es clara y les permite decir que el patrimonio de las personas, “estará siempre integrado por un conjunto de bienes, de derechos y, además, por obligaciones y cargas; pero es requisito indispensable que estos derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio sean siempre apreciables en dinero, es decir, que puedan ser objeto de una valoración pecuniaria” (Rojina Villegas, op. cit., notas 90, 105, 106, Capítulo I, p. 7); Messineo, citado por Gallegos Alcántara, dice acerca del patrimonio que es el conjunto de derechos y obligaciones de una persona valorables en dinero,

Para poder precisar cuáles son los bienes que son susceptibles de quedar afectos a un fideicomiso público, es indispensable repasar el régimen aplicable a los que forman parte del patrimonio del Estado, repaso que efectuaremos a continuación siguiendo el orden que ya se había anunciado, esto es, primero el que corresponde a los bienes muebles e inmuebles, y después el que es propio de los recursos en numerario.

A. Bienes muebles e inmuebles.

El régimen que corresponde a estos bienes está establecido en la Ley General de Bienes Nacionales de reciente promulgación y que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 2004¹⁴³.

Conforme a esa Ley, son bienes nacionales: la plataforma continental, los zócalos submarinos y minerales, yacimientos y sustancias que en ellos se encuentren; las aguas de mares, ríos, lagos y lagunas; la zona económica exclusiva delimitada en los mares circundantes al territorio nacional; fuertes, cuarteles, almacenes de depósito y demás inmuebles destinados al servicio público o al uso común; los bienes muebles e inmuebles de la Federación, de las entidades paraestatales de la administración pública federal y los de los organismos autónomos.

Con excepción de los bienes de los organismos autónomos y los correspondientes a las entidades paraestatales que no sean organismos descentralizados, los bienes nacionales son bienes sujetos al régimen de dominio público, y por tanto están exclusivamente bajo la jurisdicción de los poderes federales; son inalienables, imprescriptibles e inembargables; y quedan sujetos a las disposiciones de la Ley de referencia, los actos relativos a la adquisición, administración, control, uso, vigilancia, protección jurídica, valuación y enajenación de los mismos.

Los bienes de los organismos autónomos son inembargables e imprescriptibles, pero en sus respectivas leyes específicas se establecen las disposiciones que regulan los actos de adquisición, administración, control y enajenación de tales bienes.

los cuales están vinculados entre sí (Gallegos Alcántara Eridani, *Bienes y derechos reales*, 1ª ed, México, Iure Editores, 2004, p. 1); Tapia Ramírez señala al respecto: “Desde el punto de vista jurídico, el patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones, o de relaciones jurídicas activas y pasivas, que en un momento determinado pertenecen a una persona y son susceptibles de apreciación en dinero” (Tapia Ramírez Javier, *Bienes. Derechos reales, derechos de autor y registro público de la propiedad*, 2ª ed, México, Porrúa, 2007, p. 10); el maestro Antonio de Ibarrola señala que el patrimonio “es el conjunto de los derechos y compromisos de una persona, apreciables en dinero”, op. cit., nota 104, Capítulo I, p. 41. Como se ve, el concepto de patrimonio es incluyente, trata de abarcar la totalidad de los bienes, y por ello, en las nociones recientes, se considera que forman parte del patrimonio incluso algunos que no son estimables en dinero cual es el caso de la parte moral de los derechos de autor.

¹⁴³ La regulación que se menciona en este apartado, está contenida, básicamente, en los artículos 4, 9, 13, 23, 29, 84 a 94, 95, 96, 97, 98, 101, 116, 117, y 118 de la Ley General de Bienes Nacionales.

En lo que se refiere a los bienes de los órganos Legislativo y Judicial federales, la Ley de Bienes Nacionales establece que, a nombre de la Federación, podrán adquirir inmuebles, asignarlos al servicio de sus propios órganos y administrarlos, además de enajenarlos. Se dispone asimismo que estas atribuciones podrán ejercerlas de manera independiente la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores.

Los inmuebles federales que no sean útiles para destinarlos al servicio público o que no sean de uso común, conforme a la Ley de referencia, podrán ser objeto de, entre otros, los siguientes actos: enajenación a título oneroso, o a título gratuito cuando la transmisión se haga a favor de instituciones públicas para resolver problemas de habitación popular; donación a favor de organismos descentralizados federales cuyo objeto sea educativo o en materia de salud; aportación al patrimonio de entidades paraestatales de la administración pública federal; aportación a fondos de fideicomisos públicos en los que el Gobierno Federal sea fideicomitente o fideicomisario.

Para llevar a cabo los actos mencionados en el párrafo anterior se requerirá la emisión del acuerdo administrativo que desincorpore del régimen de dominio público de la Federación a los inmuebles de que se trate. Es de la competencia de la Secretaría de la Función Pública el emitir dicho acuerdo, y los inmuebles correspondientes perderán el carácter de inalienables. Cuando se requiera la intervención de notario respecto de los actos jurídicos mencionados, se celebrarán ante los Notarios del Patrimonio Inmueble Federal que nombrará la misma Secretaría. El acuerdo de desincorporación se publicará en el Diario Oficial de la Federación.

La enajenación de inmuebles de los organismos descentralizados, está sujeta al cumplimiento del requisito de su desincorporación del régimen de dominio público de la Federación mediante el acuerdo administrativo correspondiente que también emitirá la Secretaría de la Función Pública, salvo en los casos en los que el inmueble no sea útil para el cumplimiento del objeto del organismo correspondiente y su órgano de gobierno autorice el llevar a cabo la enajenación, o bien se trate de organismos cuya función sea la comercialización de inmuebles o la regularización de la tenencia de la tierra, casos en los cuales están además eximidos del requisito de la emisión del acuerdo de desincorporación.

En los casos de enajenación de inmuebles de los órganos Legislativo y Judicial, también será necesaria su previa desincorporación del régimen de dominio público de la Federación, mediante acuerdo que emitirán los propios órganos Legislativo y Judicial.

Los bienes inmuebles de las entidades paraestatales de la administración pública federal no se encuentran sujetos al régimen de dominio público de la federación, por lo que podrán ser objeto de cualquier acto jurídico sujetándose a las normas que establezcan sus órganos de gobierno, sin requerir autorización de la Secretaría de la Función Pública.

Los bienes muebles de la administración pública federal, es decir, tanto centralizada como paraestatal, serán objeto de enajenación, previa emisión del acuerdo de desincorporación que efectuarán los oficiales mayores o sus equivalentes. La enajenación será procedente en los casos en los que los bienes ya no sean adecuados o su uso resulte inconveniente, y en términos generales se realizará mediante venta y siguiendo un proceso de licitación. En condiciones semejantes está regulada la enajenación de los bienes muebles de los órganos Legislativo y Judicial. Dado que la enajenación tiene como presupuesto la inutilidad de los bienes, es de entenderse que difícilmente se constituirán fideicomisos sobre los mismos.

En razón de lo que se ha expuesto, es posible afirmar, a manera de resumen, que respecto de los bienes de la administración pública federal centralizada y de los organismos descentralizados, es posible llevar a cabo la constitución de fideicomisos, siempre y cuando se trate de bienes inmuebles y se observe el proceso de desincorporación correspondiente. Además intervendrá Notario del Patrimonio Inmueble Federal, si la operación involucra como una de las partes a la Federación, lo cual hace extensivo el régimen, al caso de fideicomisos que constituyan los órganos Legislativo y Judicial. En lo que toca a las entidades de la administración pública federal paraestatal se puede decir que están facultadas para constituir fideicomisos cuya materia sean bienes inmuebles siguiendo los lineamientos que fijen sus respectivos órganos de gobierno, y que tienen además la facultad de elegir a cualquier notario de la localidad en la que estén ubicados los bienes para efectos de la protocolización correspondiente.

B. Recursos en Numerario.

La regulación relativa al manejo de los recursos en numerario del Estado, ha dado lugar a la conformación de la disciplina que lleva por nombre Derecho Financiero. Son pocos los autores que como Sergio F. de la Garza integran bajo esa denominación a las diversas materias que se ocupan del estudio del patrimonio del Estado, y no deja de llamar la atención que este mismo autor identifica a una de ellas como Derecho Patrimonial, no obstante que esa rama del derecho, al igual que el Derecho Tributario y el Derecho Presupuestal se refieren, las tres, de acuerdo a la propuesta de este autor, a lo que se estima que constituye el patrimonio del Estado.

Aunque hay una evidente inconsistencia en el manejo de este tipo de nociones (de lo que ya hemos dejado constancia con anterioridad en la nota 142 de este mismo Capítulo), siguiendo la pauta marcada por destacados publicistas, habremos de efectuar el análisis de los recursos en numerario, en tanto que pueden ser objeto de un fideicomiso público, partiendo de algunas consideraciones sobre lo que es la disciplina citada en el párrafo inmediato anterior, esto es, el Derecho Financiero.

Etimológicamente, la palabra financiero proviene del francés '*finances*' que significa 'hacienda pública'¹⁴⁴. Dice Serra Rojas que en su origen, *financiar* es pagar y su sentido se ha extendido a la manera de obtener dinero y a su

¹⁴⁴ Gómez de Silva Guido, op. cit., nota 116, p. 303

empleo o utilización; “es al final de cuentas una labor creadora de instrumentos o medios económicos con elevadas finalidades”¹⁴⁵ El Derecho Financiero es entonces un conjunto de normas que se refieren a diversas facetas de la actividad del Estado, que tienen un denominador común y que consiste en el manejo de recursos en numerario, sea para su obtención (mediante los tributos, cargas fiscales o contribuciones como quiera que se les llame, o bien por créditos o empréstitos provenientes de fuentes privadas o públicas), sea para su aplicación a la satisfacción de las necesidades sociales. Dice al respecto Maurice Duverger, citado por el maestro Serra Rojas¹⁴⁶: “En definitiva, parece que se pueden distinguir dos categorías de instituciones financieras. Las unas constituyen para el Estado medios de acción, que le permiten intervenir en la vida económica y social; tales son los gastos públicos, las tasas administrativas y parafiscales, el impuesto, el empréstito, los mecanismos de tesorería, las manipulaciones monetarias, etc. Las otras forman de alguna manera el cuadro en el interior del cual son empleados los medios de acción precedentes; la originalidad de la actividad financiera, en efecto, es que ella está planificada, es que ella se desarrolla según un programa de acción anual que se llama presupuesto. Todo lo que se orienta al establecimiento de ese presupuesto y su ejecución (contabilidad pública), constituye lo que se podría llamar el plan financiero”.

El ámbito material del Derecho Financiero es muy amplio pues abarca normas que regulan la actividad que el Estado realiza para allegarse los recursos que su propio accionar requiere, y además las reglas relativas al uso de esos mismos recursos. Recordemos que según Sergio F. de la Garza comprende también las normas que regulan el manejo de los bienes muebles e inmuebles del Estado. No son del interés de este apartado ni las primeras ni las últimas de las mencionadas; estamos tratando de identificar cuáles son las condiciones que permiten la utilización de los recursos públicos en numerario para los efectos de que sean objeto de un fideicomiso (con independencia de los fines que a éste puedan atribuirse), razón por la cual sólo se habrá de poner atención en las normas que regulan el uso de dichos recursos y que son aquellas que se refieren a lo que los doctrinarios identifican como el Derecho Presupuestal, pues como ya se vio antes en palabras de Duverger, la aplicación de los recursos dinerarios se lleva a cabo en función de un plan previamente establecido el cual se llama presupuesto.

“Varios son los aspectos bajo los cuales se puede considerar el presupuesto: económico, contable y jurídico. Desde el punto de vista económico expresa la condición financiera del Estado...es la expresión sintética de la política financiera del gobierno en un período de tiempo determinado; en su aspecto contable expresa el desarrollo del sistema de las cuentas públicas y la aptitud de las cosas que maneja el Estado para poder reducirlas a cuenta o cálculo; en su aspecto jurídico se consideran las normas jurídicas que organizan y determinan el funcionamiento de las instituciones financieras”¹⁴⁷

¹⁴⁵ Serra Rojas, Andrés, op. cit., nota 12, p. 760

¹⁴⁶ Idem

¹⁴⁷ Serra Rojas, op. cit., p. 772

Es pertinente aclarar que la concepción del presupuesto en los términos antes anotados, puede llevar, como de hecho ocurre entre los tratadistas, a considerar que el presupuesto es un instrumento que incluye tanto la función recaudadora como la función ejecutora, es decir, tanto se habla de presupuesto de ingresos como de presupuesto de egresos, sin embargo, esa concepción no se seguía con fidelidad en el caso del Estado Mexicano, sino hasta en fecha muy reciente, en la que, con motivo de la entrada en vigor de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 30 de marzo de 2006, ya se contempla que las normas reguladoras de la materia abarcan la programación, presupuestación, aprobación, ejercicio, control y evaluación de los ingresos y egresos públicos federales, según reza el artículo primero de la Ley de referencia.

El presupuesto, según lo expresa Armando Miranda Pérez, convierte la riqueza de los particulares en ingresos del Estado para la satisfacción de las necesidades públicas, lo cual es una simple previsión o cálculo de lo que el Estado espera recaudar; respecto a los gastos, dice este autor, el presupuesto es la autorización que contiene las cantidades que pueden gastarse, generalmente en un año de calendario.¹⁴⁸

En materia de ingresos (a la cual hacemos alusión sólo para el efecto de seguir un orden lógico y natural que complete las ideas relativas al proceso de presupuestación), rigen los principios contenidos en los artículos 31, fracción IV y 73, fracciones VII y XXIX de nuestra Constitución Política. La primera de dichas disposiciones establece la obligación de los mexicanos de contribuir para los gastos públicos de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes; en el artículo 73 encontramos que se atribuyen al Congreso las facultades necesarias para imponer las contribuciones necesarias a cubrir el presupuesto sobre las materias que se especifican en la mencionada fracción XXIX. El conjunto normativo reglamentario al efecto, lo es el Código Fiscal de la Federación, cuyo artículo primero reitera el principio constitucional ya señalado cuando dice que las personas físicas y las morales, están obligadas a contribuir para los gastos públicos conforme a las leyes fiscales respectivas.

En materia de egresos, los principios rectores están contemplados en los artículos constitucionales que se señalan a continuación. En primer término es de mencionar el artículo 126 que establece que no podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el Presupuesto; de este artículo los tratadistas desprenden los principios de universalidad, unidad, y especialidad, consistentes, respectivamente, en que el presupuesto debe abarcar la totalidad de las erogaciones que se pretende llevar a cabo, en que sólo puede haber un presupuesto, y finalmente en que las autorizaciones presupuestales deben darse detallando para cada caso el monto correspondiente.¹⁴⁹ En segundo lugar debe ser citado el artículo 134 que dispone que los recursos del Gobierno Federal y del Gobierno del Distrito Federal, así como los de sus respectivas administraciones públicas paraestatales, se administrarán con eficiencia,

¹⁴⁸ Miranda Pérez Armando, "Nociones de derecho constitucional presupuestario", en Nava Escudero Oscar y Ortega Maldonado Juan Manuel, (coordinadores), *Derecho presupuestario (temas selectos)*, México, Porrúa, 2006, pp. 105 y 106

¹⁴⁹ Fraga Gabino, op. cit., nota 7, p. 330

eficacia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados. Por último, es de citar que la fracción IV del artículo 74 de la Carta Magna atribuye a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, la facultad exclusiva de la aprobación del Presupuesto de Egresos de la Federación, lo cual según se establece en esa misma fracción, deberá ocurrir anualmente, lo que a su vez constituye otro de los principios básicos de la materia que se está comentando.

La ya citada Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria es la reglamentaria de los artículos constitucionales mencionados en el párrafo inmediato anterior y contempla disposiciones de las que es posible inferir que con recursos en numerario asignados a los órganos del Estado Mexicano es posible constituir fideicomisos, pues en sus artículos 9, 10 y 11 se contienen las previsiones correspondientes, las cuales en algunos aspectos son complementarias de otras contenidas en las Leyes Orgánica de la Administración Pública Federal y Federal de las Entidades Paraestatales. Posteriormente se efectuará el análisis correspondiente a este punto, ya que ahora, para los propósitos de este Capítulo queda limitado el tratamiento a señalar que la legislación presupuestal general que está contenida en la Ley que se comenta, contiene disposiciones que regulan la erogación que implica la constitución de un fideicomiso público con recursos en numerario.

Efectivamente, en el artículo 9 de la Ley de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria se prevé la posibilidad de que los órganos federales, esto es, tanto el Ejecutivo, como el Legislativo y el Judicial constituyan fideicomisos. También se considera el caso de la constitución de fideicomisos por parte de los organismos federales autónomos a los que se les asignen recursos en el Presupuesto de Egresos de la Federación, así como los que constituyan las entidades paraestatales federales.

Otro caso contemplado en las disposiciones que aquí se citan, concretamente en el artículo 10, es el de los fideicomisos en los cuales son fideicomitentes las entidades federativas o personas particulares, a los cuales es posible aportar recursos considerados en el Presupuesto de Egresos de la Federación, a título de subsidios y donativos.

En el artículo 11 se establece que los fideicomisos a que se refieren los artículos 9 y 10 ya aludidos, deberán registrarse ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y también que el registro es materia de renovación anual.

Resumiendo, es posible señalar que los recursos en numerario que forman parte de la hacienda pública, con base en las disposiciones de carácter presupuestal, pueden ser materia de fideicomisos públicos.

V. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LOS FIDEICOMISOS PUBLICOS

A continuación se hará una enunciación de los principales datos contenidos en la legislación para efectos de regular la estructura y funcionamiento de los fideicomisos públicos, con el propósito de tener la referencia básica de la

regulación que más adelante permita efectuar el ejercicio de valoración y propuesta de modificación que constituyen la parte medular de este trabajo.

A. Clases de fideicomisos públicos

Los fideicomisos en los que intervenga el Estado Mexicano por conducto de los órganos federales pueden ser ubicados en tres categorías, que son:

- Fideicomisos que forman parte de la administración pública paraestatal (fideicomisos paraestatales)
- Fideicomisos que no forman parte de la administración pública paraestatal (fideicomisos no paraestatales)
- Fideicomisos constituidos por las entidades federativas o por particulares en cuyo patrimonio cuentan con recursos federales (fideicomisos mixtos)

Los anotados arriba, son los grupos que están contemplados básicamente en la legislación presupuestal. Si se toman en cuenta las disposiciones de otras leyes sería posible agregar otros grupos, sin embargo se considera que los tres citados son los básicos y que cualquier otro grupo que pueda identificarse, necesariamente quedará incluido en alguno de los tres antes señalados¹⁵⁰.

1. Fideicomisos paraestatales

El artículo 3º de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, establece que el Ejecutivo de la Unión se auxiliará de las entidades de la Administración Pública Paraestatal que en el mismo artículo se especifican, y que son, los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito e instituciones nacionales de seguros y de fianzas, y los fideicomisos. En el artículo 47 de la misma Ley se precisa cuáles son los fideicomisos a los que alude el artículo 3, esto es, a los que tienen el carácter de entidades paraestatales, y así se señala que son aquellos que (i) constituya el gobierno federal u otra entidad paraestatal, (ii) con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, (iii) que cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades y (iiii) que tengan comités técnicos.

¹⁵⁰ Un par de ejemplos ilustrará sobre lo mencionado. La Ley de Instituciones de Crédito, en su artículo 3 establece que formarán parte del Sistema Bancario Mexicano, entre otras instituciones, los fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico que realicen actividades financieras. Como se anota en dicho artículo, se trata de fideicomiso cuyo fideicomitente es el Gobierno Federal, de manera tal que necesariamente corresponden a alguno de los dos grupos arriba señalados, es decir, se trata de fideicomisos paraestatales o no paraestatales, dependiendo de la reunión de los atributos correspondientes. Por otra parte, en la Ley de Ciencia y Tecnología se regula el funcionamiento de fideicomisos bajo el nombre genérico de Fondos, en los cuales actuarán como fideicomitentes, sea el CONACYT o sea el Gobierno Federal con cargo al presupuesto de una dependencia en particular, o bien una entidad de la administración paraestatal. Nuevamente podemos observar que la denominación con la que se identifica estos fideicomisos en los términos de la Ley citada, no altera su esencia en tanto que fideicomisos públicos y sólo para efectos de constitución, que no de operación, podrán quedar ubicados en alguna de las dos categorías ya conocidas.

Claramente se aprecia que en términos de la Ley citada, los fideicomisos que forman parte de la Administración Pública Federal Paraestatal, deben reunir los cuatro requisitos anotados en el párrafo superior. Esta noción está reiterada en la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, aunque con menos orden y claridad, pues de la lectura de su artículo 40 pudiera deducirse que bastan los tres primeros de los requisitos mencionados, ya que ahí no se hace alusión al Comité Técnico, sin embargo, en la parte final del artículo 41 se menciona que dicho Comité debe existir obligadamente en los fideicomisos de que se trata, razón por la cual el concepto es coincidente en ambas leyes.

Con base en el concepto establecido en el art. 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal podemos señalar, para efectos de resumir, que caracterizan a los fideicomisos paraestatales las siguientes notas:

- Fideicomitente: Ejecutivo Federal por conducto de la SHCP, o alguna de las entidades de la administración paraestatal.
- Objeto: auxiliar al ejecutivo en áreas prioritarias
- Estructura análoga a las otras entidades
- Comité técnico

Es conveniente precisar quiénes intervienen en el establecimiento de un fideicomiso paraestatal, pues el mero concepto de la administración pública federal no proporciona suficiente precisión en cuanto a la identificación de los potenciales fideicomitentes que pueden ser:

- Administración pública centralizada 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)
- Organismos descentralizados
- Empresas de participación estatal mayoritaria
- Sociedades nacionales de crédito
- Organizaciones auxiliares nacionales de crédito
- Instituciones nacionales de seguros y de fianzas
- Fideicomisos paraestatales.

En lo que se refiere a las instituciones fiduciarias pueden desempeñar el cargo en los fideicomisos paraestatales, desde luego las instituciones de crédito de banca múltiple y de banca de desarrollo, pero también las casas de bolsa, aseguradoras o afianzadoras si las actividades materia del fideicomiso corresponden como áreas prioritarias a algunas de las actividades incluidas en el objeto social de dichas instituciones.

2. Fideicomisos no paraestatales

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal no hace alusión a los fideicomisos no paraestatales. Tampoco la Ley Federal de las Entidades Paraestatales. Si el estudioso se atiene a esta circunstancia podría llegar a la conclusión de que el Estado Mexicano, a través de los órganos federales, sólo puede crear fideicomisos que vengan a formar parte de la Administración

Pública Paraestatal, sin embargo, la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, sin definirlos, sí contempla expresamente a los fideicomisos no paraestatales en el tercer párrafo del artículo 9 que dice textualmente: “Los fideicomisos públicos no considerados entidades...” Cabe aclarar que el término “entidades” está definido en la fracción XVI del artículo 2 de la misma Ley y significa: “Entidades: los organismos descentralizados, empresas de participación estatal y fideicomisos públicos, que de conformidad con la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal sean considerados entidades paraestatales”.

En atención a estas disposiciones, es claro que a partir de la entrada en vigor de la mencionada Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, lo cual ocurrió el 1º de abril de 2006, la legislación contempla las dos clases de fideicomisos a los que venimos haciendo alusión, pero eso no explica el porqué de la existencia de un gran número de fideicomisos no paraestatales constituidos con antelación a la promulgación de la mencionada Ley. A fin de tratar de disipar la duda, es conveniente hacer una explicación al respecto que nos permita, primero, identificar qué es lo que singulariza a los fideicomisos no paraestatales, y después cuáles fueron las disposiciones legales que sustentaron la creación de ellos antes de la fecha citada en este párrafo.

Es necesario iniciar la reflexión tendiente a identificar cuáles son los fideicomisos no paraestatales, haciendo algunas convenientes precisiones, la primera de ellas para citar que es el Reglamento de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales el instrumento legal que establece el proceso a seguir para la constitución de las propias entidades paraestatales, a efecto de lo cual señala en su artículo 5º que corresponde hacer la propuesta de creación a la dependencia Coordinadora de Sector o a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y que ésta someterá a la consideración del Ejecutivo Federal tal propuesta. Además es indispensable un dictamen favorable de la Comisión Intersecretarial de Gasto-Financiamiento. El Ejecutivo Federal autorizará la constitución de entidades paraestatales por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la que emitirá la resolución respectiva, salvo que por las características particulares (no se especifican tales características) de una entidad se requiera que se constituya por ley o decreto del Congreso de la Unión, o se trate de un organismo descentralizado, supuesto éste en el que la creación se realiza por ley o decreto del Congreso de la Unión, o decreto del mismo Ejecutivo Federal, conforme al artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Aunque las disposiciones citadas dejan mucho que desear en pro de la conveniente claridad que debiera ser característica fundamental de las leyes administrativas, se puede decir que las entidades paraestatales se crean con la intervención del Ejecutivo federal o del Congreso de la Unión.

Una segunda precisión radica en que el artículo 9 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, como ya se dijo antes, no define o menciona las condiciones que deben reunir los fideicomisos no paraestatales y se limita tan solo a presuponer su existencia cuando dice: “Los fideicomisos públicos no considerados entidades sólo podrán constituirse con la autorización

de la Secretaría en los términos del Reglamento. Quedan exceptuados de esta autorización aquellos fideicomisos que constituyan las entidades no apoyadas presupuestariamente”

Al relacionar el artículo 5 del Reglamento de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales con lo señalado por el artículo 9 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, podemos identificar una primera característica de los fideicomisos no paraestatales que consiste en que sólo se requiere la intervención de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para autorizar su creación, a diferencia de los paraestatales en los que, como ya se apuntó, es necesario que intervengan el Ejecutivo Federal, o el Congreso de la Unión.

Ahora bien, la característica que no sin esfuerzo se ha podido identificar, es de carácter procedimental, por lo que es de preguntar si hay alguna otra que apunte hacia la estructura o composición misma de los fideicomisos no paraestatales. La respuesta es positiva porque sí la hay, pero tampoco se la ubica de primera mano, sino que al igual que en el caso anterior, es indispensable poner en juego varias disposiciones.

El artículo 213 del Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria dice que las dependencias (se refiere a las Secretarías de Estado, Departamentos Administrativos, órganos administrativos desconcentrados, y Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal por correlación entre los artículos 2 del propio Reglamento y 2 de la Ley), por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y las entidades (con el mismo fundamento jurídico se alude, a los organismos descentralizados, a las empresas de participación estatal y a los fideicomisos paraestatales) por sí mismas, sólo podrán constituir los fideicomisos públicos sin estructura orgánica a que se refiere el artículo 9 de la Ley.

El texto del mencionado artículo 9 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria no hace mención sobre la existencia o no de estructura orgánica para efectos de identificar a alguno de los fideicomisos que en ese mismo artículo están previstos, por lo que, si se quiere ubicar a qué se refiere el Reglamento, resulta necesario, nuevamente, reunir información consignada en varios ordenamientos,¹⁵¹ pues ya se sabe que tanto la Ley

¹⁵¹ El tema que se está abordando es realmente sencillo, pues se trata tan sólo de precisar las características que identifican a un acto de la administración pública, sin embargo, tal y como el lector lo habrá apreciado, las notorias deficiencias del texto legal, obligan al intérprete a un esfuerzo significativo, que se hubiera podido obviar con un mínimo e indispensable orden. No es así, porque esta ley y otras muchas de los años recientes han sido elaboradas con base en los criterios y directrices que fijan los que no son expertos en Derecho y que colocan a los que se supone que sí lo son, en un papel secundario, limitado y, porque no decirlo, acomodaticio a las exigencias de los tecnócratas que abundan en las principales posiciones de las dependencias federales. Las opiniones jurídicas por lo regular son vistas con desdén y como un requisito que es indispensable desahogar sin darle mayor importancia. Por ello las leyes como las que ahora se han venido refiriendo están llenas de frases sin sentido, huecas y en ocasiones con severas deficiencias de sintaxis. Un ejemplo ayudará a reforzar lo que aquí se expresa: en el tercer párrafo del artículo 9 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria se lee lo siguiente: “Quedan exceptuados de esta autorización aquellos fideicomisos que constituyan...” La autorización a que esa parte del artículo se refiere, no se otorga a los fideicomisos, sino a quienes los establecen; las

Orgánica de la Administración Pública Federal, como la Ley Federal de las Entidades Paraestatales y su Reglamento señalan que para crear un fideicomiso paraestatal es necesario que se reúnan cuatro condiciones, una de las cuales consiste en que tengan una estructura orgánica análoga a las de las otras entidades, de donde resulta que, al relacionar lo señalado en los artículos, 9 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y 213 de su Reglamento, la ausencia de dicha estructura es la condición que permite identificar a un fideicomiso no paraestatal. En conclusión, en la medida en que no cuenten con estructuras análogas a otras entidades paraestatales, podremos identificar a los fideicomisos no paraestatales¹⁵².

Como se anotó líneas arriba, el descrito es el régimen que entró en vigor hace apenas tres años y, sin embargo, muchos fideicomisos sin estructura orgánica análoga a las de las otras entidades, se han constituido desde mucho tiempo atrás. Dice Acosta Romero que “las primeras disposiciones legales que hablaron del fideicomiso público fueron la Ley de Ingresos de la Federación para 1970, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de 1969, en su artículo 15, párrafo segundo; la Ley para el Control por parte el Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal (D.O. de 31 de diciembre de 1970), cuyos artículos 25 y 26, los previnieron”¹⁵³ Posteriormente, de acuerdo a lo señalado por Acosta Romero, la regulación a los fideicomisos públicos se estableció en diversas leyes, de las cuales las principales son: Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, Ley General de Deuda Pública, publicadas todas ellas en el Diario Oficial de la Federación en diciembre de 1976; Ley General de Bienes Nacionales, publicada el 8 de enero de 1982; Ley Federal de las Entidades Paraestatales, publicada el 14 de mayo de 1986 y las leyes de Ingresos y Presupuesto de Egresos correspondientes a cada ejercicio fiscal.

El 27 de febrero de 1979 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto que establece las bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal. En ese decreto se estableció que para la constitución de fideicomisos era indispensable contar con autorización del Ejecutivo Federal emitida por conducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto, aunque se conservó para la Secretaría de Hacienda y Crédito

autorizaciones se otorgan a sujetos de derecho y no al acto que tales sujetos pretenden celebrar y que motiva la solicitud de la autorización.

¹⁵² Los fideicomisos no paraestatales de los que se viene hablando, son los que establece el órgano Ejecutivo del Estado Mexicano, ya sea por conducto de la administración centralizada, ya sea por conducto de la administración paraestatal, sin embargo, en la misma categoría habría que incluir los fideicomisos que constituyen los órganos Judicial y Legislativo, así como las personas morales con autonomía constitucional, pues el artículo 9 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, expresamente menciona que se trata de fideicomisos públicos. Este es otro caso que evidencia deficiencias en la ley administrativa pues en la lógica de la estructura del artículo 9 mencionado, para constituir fideicomisos del Judicial y del Legislativo, así como los de los entes autónomos se requiere autorización de la SHCP. Por otra parte, según lo dispone el artículo 11 de la Ley de referencia, tales fideicomisos deben inscribirse en el registro que lleva la misma Secretaría. Por último, conforme al artículo 12, los órganos de que se trata deben publicar trimestralmente el saldo de los fideicomisos que hayan constituido.

¹⁵³ Acosta Romero Miguel, *Tratado teórico práctico de fideicomiso*, 2ª ed., México, Porrúa, 1997, p. 356.

Público la facultad de actuar como fideicomitente. Este Decreto, como su nombre lo indica, señaló las condiciones genéricas conforme a las cuales se podría crear fideicomisos por parte del Ejecutivo Federal, a diferencia de las demás leyes que se han citado, que regulaban únicamente el caso de la creación de los fideicomisos que formarían parte de la administración pública federal con el carácter de entidades paraestatales. Las disposiciones que regulaban el comportamiento de las autoridades en materia presupuestal, aludían a las erogaciones relativas a fideicomisos, pero tendiendo a éstos como ejecutores del gasto público y sólo hacían mención de la erogación para efectos de establecer un nuevo fideicomiso, cuando se trataba de aquellos que serían entidades paraestatales. El Decreto en cuestión, regulaba además diversos aspectos inherentes al funcionamiento de los fideicomisos, y las disposiciones que al efecto contenía pasaron a formar parte de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, de manera tal que a los asuntos de esa naturaleza se les dio continuidad en las normas posteriores, pero no a las relacionadas con la constitución de fideicomisos en lo general.

Con este movimiento legislativo en lo que se refiere a la constitución de fideicomisos, resultó que la única previsión expresa contenida en instrumentos normativos que desde el punto de vista formal reciben el carácter de ley, es la que alude al establecimiento de los que son entidades paraestatales, pero se omitió el tratamiento genérico para la constitución de otros fideicomisos, de ahí que el sustento de los que se constituyeron con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales (15 de mayo de 1986) fue específico en función de las disposiciones contenidas en el Presupuesto de Egresos de la Federación correspondiente al año en el cual cada fideicomiso fue creado. Esta situación omisa en cuanto a regulación genérica, fue en cierta forma subsanada con la emisión que en el año de 1996 llevó a cabo la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de un instrumento normativo al que denominó Manual de Normas Presupuestarias de la Administración Pública Federal, que contempló, entre otras muchas, un conjunto de reglas dirigidas a las dependencias y entidades para prever la creación, funcionamiento, registro y extinción de fideicomisos, mandatos y contratos análogos. Este documento fue cambiando año con año y para el caso de los fideicomisos no paraestatales, en mucho funge como antecedente directo de la regulación contenida en el Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, ya que las disposiciones que dicho Reglamento contiene en esa materia, son casi las mismas que se introdujeron en la última versión de dicho Manual, la inmediata anterior a la promulgación del Reglamento en cuestión.

Así pues, tenemos que la constitución de fideicomisos no paraestatales anteriores a la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, a partir de mayo de 1986, tiene sustento en el Presupuesto de Egresos de la Federación y desde el punto de vista administrativo, en las normas contenidas en el Manual antes aludido.

3. Fideicomisos mixtos

Los que hemos llamado fideicomisos mixtos siguiendo la denominación que propone Jorge Ortega González¹⁵⁴, son aquellos a cuyo patrimonio se aportan recursos públicos federales, sin que los órganos federales tomen el carácter de fideicomitentes, pues tal categoría corresponde a las entidades federativas o a los particulares que los constituyen. Se trata de fideicomisos que también están sujetos a control por parte de los órganos federales correspondientes, pues claramente se dice en el artículo 10 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria que al otorgar a dichos fideicomisos subsidios o donativos, “mantienen su naturaleza jurídica de recursos públicos federales para efectos de su fiscalización y transparencia...”

Dichos fideicomisos están sujetos a ciertas condiciones que se establecen en los artículos 10 y 11 de la ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Administrativa y para el propósito de señalarlas seguiremos la autorizada voz de Ortega González¹⁵⁵:

“Que la suma de los recursos públicos federales aportados representen menos del 50% del patrimonio del fideicomiso. A menos que se trate de un fideicomiso estatal y el titular de la dependencia o entidad paraestatal aportante autorice que se rebase dicho porcentaje...”

“Que los recursos públicos federales aportados provengan de subsidios o donaciones autorizados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público”

“Que en los estados financieros se establezca una subcuenta específica a efecto de poder identificar los recursos públicos federales y diferenciarlos del resto de las aportaciones”

“Que se registre el fideicomiso ante la Secretaria de Hacienda y Crédito Público”

“Que se informe a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público el saldo de las subcuentas en que se administren los recursos federales”

B. Requisitos en cuanto a la constitución de los fideicomisos públicos.

Para establecer fideicomisos públicos, es indispensable satisfacer diversos requisitos que son diferentes según se trate de fideicomisos paraestatales o de fideicomisos no paraestatales.

Los requisitos en cuestión derivan de la aplicación del principio que en general rige la vida toda de la administración pública, esto es, que las autoridades solo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente facultadas, de ahí que la ley considere algunos requisitos especialmente determinados que deben quedar cabalmente satisfechos al momento de la constitución del fideicomiso.

¹⁵⁴ Ortega González Jorge, *Derecho Presupuestario mexicano*, 1ª ed., México, Porrúa y Universidad Iberoamericana, 2007, p. 67

¹⁵⁵ Idem

En el caso de los fideicomisos paraestatales según ya quedó aquí asentado, conforme al art. 9 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, es necesario que el Ejecutivo Federal autorice la constitución del fideicomiso por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. El segundo requisito es la obtención de un dictamen favorable de la Comisión Intersecretarial de Gasto-Financiamiento, según lo prevé el art. 5 del Reglamento de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales.

Para constituir un fideicomiso no paraestatal el artículo 9 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria establece que se requiere la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público “en los términos del Reglamento”, el cual regula esta materia en el Capítulo XVI del Título Cuarto que se refiere al Ejercicio del Gasto Público Federal. El capítulo mencionado en su Sección II contiene disposiciones relativas al otorgamiento de recursos presupuestarios y en la Sección III las correspondientes a la celebración de contratos (se alude a los de fideicomiso, mandatos y análogos). En el artículo 214 que forma parte de la Sección II reitera lo que se dispone en el artículo 9 de la Ley cuando establece que para otorgar recursos públicos a fideicomisos, tanto las dependencias como las entidades de la administración pública federal deberán contar con (i) autorización indelegable de su titular, (ii) informe previo a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y autorización de la misma, y (iii) partidas específicas. Porque los requisitos están consignados en Secciones distintas, parece que se trata de situaciones diferentes y que la autorización de la que habla el artículo 9 de la Ley está referida al acto de creación de un fideicomiso y que los otros tres requisitos están relacionados con las aportaciones que se puedan realizar con posterioridad a tal acto.

En adición a lo anotado, en el artículo 215 del Reglamento, mismo que ya corresponde a la Sección III, se establecen otros requisitos que son: que se prevea que en el Comité Técnico los integrantes sean en su mayoría servidores públicos; elaborar el proyecto de contrato a través de la unidad jurídica de la dependencia o entidad; contar con la opinión favorable del fiduciario respecto al proyecto de contrato antes de someterlo a la autorización presupuestaria y opinión jurídica de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; solicitar la autorización presupuestaria de la misma Secretaría, señalando que no se duplicarán funciones, estructuras y fines (sic) de la Administración Pública Federal; solicitar la opinión jurídica de la Secretaría.

C. Requisitos en cuanto al objeto de los fideicomisos públicos.

Tanto los fideicomisos paraestatales como los no paraestatales se crean para auxiliar al ejecutivo federal en áreas prioritarias del desarrollo, según se dispone en el primer párrafo del multicitado artículo 9 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

Para la identificación de lo que son áreas prioritarias dice el art. 6 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales que se trata de aquellas que se establezcan conforme a los art. 25, 26 y 28 de la constitución, especialmente las que tiendan a la satisfacción de los intereses nacionales y necesidades populares.

Es de hacer notar que los artículos constitucionales invocados no contienen una definición de lo que son áreas prioritarias. Para lograr precisión en cuanto a ellas, resulta necesario acudir a las disposiciones de la Ley de Planeación y a la consulta particular del Plan Nacional de Desarrollo y a los programas sectoriales e institucionales, instrumentos todos ellos que se emiten con base en la Ley de Planeación.

D. Requisitos en cuanto a la estructura administrativa de los fideicomisos públicos.

Solo los fideicomisos paraestatales tienen estructura administrativa. Radica su razón de ser en el hecho de que la realización de tareas de auxilio en áreas prioritarias del desarrollo genera necesidades muy importantes desde el punto de vista de la preparación técnica en alguna materia dada, de la cobertura geográfica, del volumen de recursos por manejar, y de las cargas administrativas que todo ello provoca.

Es por eso que la ley contempla en los artículos 51 y 53 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales que en los fideicomisos paraestatales será necesario formular presupuestos y programas financieros conforme lineamientos generales de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y específicos de la coordinadora de sector.

Los artículos 21 y 59 del ordenamiento referido establecen que estos fideicomisos contarán con un director general que será designado por el Presidente de la República. En adición a lo citado los artículos 60, 62 y 63 de la misma ley prevén la existencia de un órgano de control interno y el art. 22 del Reglamento de la ley que se viene invocando, establece que la operación se regirá por los programas sectoriales e institucionales en congruencia con el Plan Nacional de Desarrollo.

E. Requisitos en cuanto al comité técnico de los fideicomisos públicos.

Tanto los fideicomisos paraestatales como los que no lo son deben contar con un comité técnico.

En los fideicomisos paraestatales su comité técnico contará invariablemente con un representante de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, pero será presidido por el Titular de la coordinadora de sector, o por quién aquél designe, según está dispuesto en los artículos 9 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales y 16 de su Reglamento.

La ley atribuye facultades indelegables al comité técnico las cuales serán complementadas con las que el contrato establezca, y en apoyo a sus tareas podrá constituir subcomités especializados (artículos 41, 44, 56 y 58 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales).

F. Previsiones contractuales

El contrato por el cual se constituya un fideicomiso paraestatal, debe ser claro y expreso en lo que toca a la identificación de derechos y obligaciones de las partes. La ley prevé que deberán precisarse los derechos y acciones que correspondan a la fiduciaria respecto de los bienes fideicomitidos, así como las limitaciones que corresponda establecer por derechos de terceros y los que el fideicomitente se reserve (art. 41 Ley Federal de las Entidades Paraestatales).

Un caso singular consiste en que la ley prevé la posibilidad de que la institución fiduciaria requiera establecer controles especiales. En este supuesto la ley hace una separación entre lo que es la estructura administrativa de la propia institución fiduciaria y lo que sería un delegado fiduciario especial a cargo del propio fideicomiso. Esta es la forma en la que debe interpretarse el sentido del artículo 43 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, ya que señala que la institución fiduciaria, de común acuerdo con la coordinadora de sector instruirá al delegado fiduciario para:

- Someter a la consideración de la fiduciaria los actos de los que resulten derechos y obligaciones para el fideicomiso o para la propia institución.
- Consultar con la fiduciaria los asuntos a tratar en las reuniones del comité técnico.
- Informar a la fiduciaria sobre la ejecución de los acuerdos del comité.
- Presentar a la fiduciaria la información contable requerida.

El fideicomitente debe establecer en el contrato que se reserva la facultad de revocación del fideicomiso (artículo 45 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales).

Otro caso singular está constituido por el hecho de que la ley establece a cargo de la fiduciaria, la obligación de abstenerse de cumplir las resoluciones que el comité técnico dicte en exceso de las facultades expresamente fijadas por el fideicomitente, o en violación a las cláusulas del contrato de fideicomiso. En esta materia también la ley establece que las facultades conferidas al comité técnico se entienden como limitaciones a la institución fiduciaria (artículo 44 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales).

En los fideicomisos no paraestatales, aunque la normatividad no lo prevé así, es de considerar que los contratos correspondientes podrán incluir estipulaciones semejantes a las que corresponden a los fideicomisos paraestatales, en adición a las cuales será necesario incluir algunas otras que están previstas en el artículo 215 del Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, entre las cuales conviene mencionar:

- En el contrato se establecerá el plazo de vigencia
- Se precisará la unidad responsable de la aplicación de los recursos a los fines establecidos
- Se asentará declaración precisando que no se duplican funciones o estructuras

- Se establecerá obligación para el fiduciario de rendir cuentas
- El fideicomiso deberá ser inscrito en el registro que lleva la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

G. Extinción

En esta materia la legislación aplicable a los fideicomisos públicos considera algunas normas especiales, tales como que, tratándose de fideicomisos paraestatales, conforme al artículo 9 del Reglamento de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, o el comité técnico emitirán lineamientos para la extinción, sin perjuicio de que la coordinadora de sector proponga a la citada Secretaría las acciones por adoptar.

CAPÍTULO TERCERO

EL EJECUTIVO FEDERAL Y EL FIDEICOMISO

I. LOS ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN ACTUAL

Desde el inicio de este trabajo se ha venido comentando que cuando las organizaciones estatales lleva a cabo sus actividades mediante el uso del fideicomiso, se topan de lleno con una gran cantidad de normas que en buena medida dificultan la consecución de sus propósitos mediatos e inmediatos, entendiendo por los inmediatos a los que en el fideicomiso correspondiente figuren como los fines del mismo, y por los primeros a aquellos que las acciones de gobierno pretendan lograr en un contexto mucho más amplio y relativo a las funciones del Estado en beneficio de la colectividad.

La existencia de tales normas se explica en los afanes por evitar la dispersión de recursos públicos a consecuencia de un simple desorden, pero también a consecuencia de actos de corrupción, y como parte de los controles que desde hace buen tiempo se han tratado de establecer en la administración federal, tanto centralizada como paraestatal. La existencia de tales normas lleva precisamente a la elaboración de este trabajo, pues como ya se anticipó, siendo tantas, entre ellas hay incongruencias que es necesario subsanar.

Para entender porqué el fideicomiso ha sido objeto de muchas de las normas de control a la fecha vigentes, es indispensable mencionar, aunque sea de manera panorámica, qué tanto se le ha utilizado como instrumento del Gobierno para la consecución de muy diversos objetivos.

Cómo es sabido, el fideicomiso quedó plenamente establecido en nuestras instituciones jurídicas con motivo de la promulgación de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y, a decir de Batiza, fue en 1936, apenas a cuatro años de distancia de la promulgación de la ley mencionada, que por primera vez se utilizó el fideicomiso por parte de las autoridades federales, en un caso con la intervención de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y el Banco Nacional de Crédito Agrícola y Ganadero¹⁵⁶. Sin embargo, y según este mismo autor, “No fue sino hasta 1943 cuando se organizó un sistema de registro de fideicomisos en el Departamento de Bancos, Moneda e Inversiones de la Dirección de Crédito de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y diez años después se creó una Sección de Fideicomisos”¹⁵⁷

La creación de un mecanismo a través del cual se lleve nota y razón de lo que el Estado Mexicano había venido haciendo mediante el empleo de la figura del fideicomiso, nos deja ver con claridad que en unos cuantos años cobró importancia por la frecuencia de su utilización para fines diversos. Dice con tino

¹⁵⁶ Batiza, Rodolfo, *op.cit.*, Cap. I, notas 8, 15, 69, 72, 91, p. 163.

¹⁵⁷ *Idem.*

Villagordoa Lozano¹⁵⁸ que “...el fideicomiso deja de ser una simple forma contractual, pues desempeña una función social encaminada a proteger a ciertas clases o grupos sociales...” y que, “...dada la complejidad de sus fines, desembocan en la producción masiva de actos de comercio, por lo que se requiere la constitución de unidades económicas empresariales”.

Ciertamente el fideicomiso se tornó en un mecanismo de una compleja proyección pues fue visto como el medio adecuado para emprender diferentes acciones de gobierno, y así fue tomando un lugar propio en el contexto de las estructuras de la administración pública, a grado tal que su posición fue equiparable a la de los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal, ya que para el cumplimiento de sus fines a muchos de ellos se les dotó de personal propio e instalaciones por separado de las que formaban parte de las respectivas instituciones fiduciarias. Así el fideicomiso quedó asociado tanto al concepto de empresa pública como al de la descentralización de los servicios administrativos, en tanto que se les concibió en muchos casos como las fórmulas convenientes para proporcionar apoyos a la población frente a diversas circunstancias.

Alejandro Carrillo Castro, citado por Villagordoa Lozano, identifica tres momentos en la evolución de la empresa pública de la siguiente manera: “a) El de la creación atomizada de las empresas públicas, que abarcaría en forma aproximada de 1925 a 1946 y que se caracterizó por el establecimiento coyuntural, por agregación y asistemático de las empresas citadas, según lo fue requiriendo el desarrollo del país; b) El segundo se inicia formalmente en 1947 con la expedición de la primera Ley para el Control de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, y se prolonga hasta la primera mitad de la década de los años sesenta, donde se concluye que la programación oportuna y la coordinación eficaz de sus actividades deviene en el mejor control de las empresas que nos ocupan; c) El último, que tiene vigencia hasta hoy (se refiere a 1980), en el que se realizan múltiples esfuerzos por establecer mecanismos que contemplen , ya no sólo el control, sino la programación y la coordinación de las empresas y de los fideicomisos públicos a fin de que coadyuven de una manera más coherente y efectiva al proceso de desarrollo integral del país”¹⁵⁹

Siguiendo las líneas de evolución antes referidas, encontramos que en esa segunda etapa a la que se refiere Carrillo Castro se crearon varios fideicomisos en el contexto de las empresas públicas, aunque es importante aclarar, conforme al pensamiento de Villagordoa Lozano, que “ no hay propiamente empresas públicas constituidas como fideicomisos, sino que al través de esta figura jurídica se constituyen y manejan ciertas unidades empresariales, o bien, se crean estructuras para operar empresas públicas”¹⁶⁰

Aunque no podemos calificarlo como empresa pública, conviene citar a manera de ejemplo de un fideicomiso de gran relevancia correspondiente al segundo período de referencia, al Fondo de Garantía y Fomento a la Industria Mediana y

¹⁵⁸ Villagordoa Lozano, op.cit., notas 40 y 70, p. 287

¹⁵⁹ Ibidem, pp 298 y 299.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 292

Pequeña (FOGAIN), creado el 28 de diciembre de 1953 "...con la finalidad de otorgar apoyo financiero a los pequeños y medianos industriales, mediante el redescuento crediticio, a través de la Banca y de las Uniones de Crédito del país"¹⁶¹. En otro ejemplo de ese período, el Dr. Jesús de la Fuente nos dice que "El FIRA fue constituido el 31 de diciembre de 1954 por contrato celebrado el 24 de junio de 1955, ha procurado una mayor participación de la banca en el financiamiento de las explotaciones agropecuarias, principalmente de ejidatarios y productores de bajos ingresos, mediante apoyos financieros y de asistencia técnica, con el fin de aumentar la producción de alimentos para satisfacer las necesidades del consumo nacional, mejorar las condiciones de vida de los productores agropecuarios y coadyuvar a la capitalización del agro mexicano"¹⁶².

Otros muchos fideicomisos fueron creados en el período que se comenta y por ello se fue haciendo patente la conveniencia de establecer una regulación que más allá de las normas relativas al funcionamiento de esta figura como tal, proveyera a definir un marco de mayor certeza en el manejo de recursos públicos vía fideicomiso. En esa segunda etapa a la que venimos haciendo referencia según la propuesta de Alejandro Carrillo Castro, se había comprobado que el fideicomiso era una figura de la mayor utilidad para los propósitos públicos y por lo tanto de utilización harto frecuente, en función de lo cual vino entonces el esfuerzo de regulación a través de normas varias.

La promulgación de reglas que se ocuparon del fideicomiso público, podría considerarse como la circunstancia que da inicio a la tercera de las etapas de referencia. Recordemos que Acosta Romero nos dice que "...las primeras disposiciones legales que hablaron del fideicomiso público fueron la Ley de Ingresos de la Federación para 1970, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de 1969, en su artículo 15, párrafo segundo; la Ley para el Control por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal (D.O. de 31 de diciembre de 1970), cuyos artículos 25 y 26 los previnieron"¹⁶³. Si se toma en cuenta que en los años de la década de los setenta se crearon muchos fideicomisos públicos, se entiende mejor el intento de regulación. De manera un tanto anecdótica, Fernando Menéndez Romero cita: "Los gobiernos federal, estatal y municipal han recurrido en no pocas ocasiones a esta figura jurídica para cumplir con su responsabilidad social, inclusive Luis Echeverría, presidente de México en el sexenio de 1970-1976 decía que para cada compromiso era necesario crear un fideicomiso, fueron tantos los creados que los gobiernos perdieron la brújula del número de entes creados. Ya en el gobierno de José López Portillo su número era exorbitante"¹⁶⁴.

Los tratadistas que se ocupan del fideicomiso, al hacerlo respecto del público, refieren algunos datos que nos dan una idea complementaria de lo que arriba se transcribe, aunque es de aclarar que no hay uniformidad ni congruencia en

¹⁶¹ Nacional Financiera, *Principales fondos de fomento económico, 1986-1987*, p. 29

¹⁶² De la Fuente Rodríguez, op cit., p 582

¹⁶³ Acosta Romero Miguel y Almazán Alanís Pablo Roberto, *Tratado teórico práctico de fideicomiso*, 2ª ed. México, Porrúa, 1997, p. 355

¹⁶⁴ Menéndez Romero Fernando, *Derecho bancario y bursátil*, 1ª ed. México, Iure editores, 2008, p. 224.

el manejo de la información, lo cual se puede atribuir al hecho de que no funcionaban con eficiencia los mecanismos de registro de las operaciones que a través de fideicomisos llevaba a cabo la administración pública. Decía en 1975 Pablo Macedo: “En el sector público, los fideicomisos se manejan en general por las instituciones de crédito oficiales: Banco de México y Nacional Financiera, principalmente. Son, además, en algunos casos, controlados por alguna Secretaría de Estado, Hacienda y Crédito Público o Patrimonio Nacional, por ejemplo. Ya estos datos nos indican una proliferación demostrativa de la popularidad que ha adquirido el fideicomiso, aunque a la vez demuestran una dispersión que, mucho lo tememos, ha de hacer que se pierda un rigor de control que sería de desearse en una materia cuyo manejo debe ser tan limpio y técnicamente adecuado, por tratarse de fondos provenientes del erario. Entre los fideicomisos sujetos a la vigilancia de la Secretaría del Patrimonio Nacional podemos decir que se encuentran registrados, de marzo de 1971 a noviembre de 1973, 385...para cualquier fin en que el Estado estime que debe crearse una “infraestructura”, o reforzar, sostener, impulsar o suplir a la iniciativa privada...Podemos sólo decir que los fideicomisos del Estado sirven para todo y que en ellos se manejan los fondos que se estiman necesarios. Sin poder afirmar la veracidad de estos datos parciales y que no son oficiales, tenemos conocimiento de que hay actualmente 509 fideicomisos “culturales” vigentes con un importe de dieciocho mil millones de pesos”¹⁶⁵

Se reitera que los datos de aquella época no guardan congruencia, no obstante lo cual no deja de ser ilustrativo que Villagordoa Lozano diga que “...al año de 1975 los fideicomisos públicos representaban el 40% del total de las entidades paraestatales existentes, porcentaje que se redujo al 25% en el año de 1976, como consecuencia de la depuración realizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público”.¹⁶⁶ Estos datos dejan ver que, por lo menos, durante la administración que encabezó Luis Echeverría, en efecto creció mucho el número de fideicomisos públicos, y que, posiblemente en una acción coordinada con quien habría de ser Presidente de la República durante los años de 1976 a 1982, se efectuó una disminución significativa en 1976, anticipando los cambios por hacer en aras de evitar el desorden.

Que había preocupación al respecto, es algo que se evidencia con acciones tomadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, según se puede leer en la nota que se inserta como comentario al apartado relativo a la intervención del Gobierno Federal como Fideicomitente, de la obra de Rodolfo Batiza y Marcial Luján¹⁶⁷ y que es del siguiente tenor literal: “El Secretario de Hacienda y Crédito Público, a principios de enero de 1975, expresaba que la figura del fideicomiso ha sido utilizada por el Ejecutivo Federal desde hace muchos años para atender diversas materias de importancia para el país; que actualmente, por su volumen, monto y diversidad, resulta deseable que se adopten medidas para que esos instrumentos financieros alcancen mayor eficiencia y se coordine la acción de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público con otras

¹⁶⁵ Macedo Pablo, *El Fideicomiso Mexicano*, en Lepaulle Pierre, op. Cit Capítulo I nota 100, p. XLIX

¹⁶⁶ Op.cit. p. 288

¹⁶⁷ Batiza Rodolfo y Luján Marcial, *El fideicomiso. Teoría y práctica*, 9ª ed. México, Porrúa y Universidad Panamericana, 2009, p. 214.

entidades de la administración pública, evitando innecesaria duplicación de tareas. Como fideicomitente único del Gobierno Federal, dicha Secretaría, por conducto de la Dirección General de Crédito, tomará a su cargo lo siguiente: 1. Transmitir a las instituciones fiduciarias disposiciones generales y específicas para la constitución, operación y extensión (sic) de los fideicomisos. 2. Fijar la política a seguir en cuanto a los fideicomisos cuyas finalidades comprendan operaciones de crédito. 3. Tomar medidas para que los fideicomisos en que concurre tal situación sean absorbidos por las instituciones del sector público respectivo y, siendo procedente, la administración de fondos se haga a través del Presupuesto de Egresos de la Federación. 4. Cuidar que no se constituyan fideicomisos para tareas que correspondan a entidades del sector público. 5. Liquidar los fideicomisos cuya finalidad principal se haya cumplido y su patrimonio se aplique al Gobierno Federal. 6. Girar instrucciones de carácter general y particular a sus representantes ante los comités técnicos de los fideicomisos. 7. Autorizar el suministro de fondos para los fideicomisos, su incremento o ampliación, con cargo al Presupuesto de Egresos de la Federación, estando previstos en el programa financiero de la Secretaría. 8. Mantener organizada y actualizada la información necesaria para cumplir su función como órgano de consulta del Gobierno Federal en materia de fideicomiso. 9. Cuidar que las instituciones fiduciarias y los delegados fiduciarios especiales proporcionen la información requerida, envíen oportunamente los programas de trabajo de los fideicomisos, los presupuestos de egresos para cada ejercicio, las inversiones físicas, amortizaciones de deuda, estimaciones de ingresos, y los resultados de la operación de los fideicomisos en relación con el propósito para el que fueron constituidos (Bases 5 y 9 del oficio del 2 de enero de 1975 dirigido por el Secretario de Hacienda y Crédito Público al Director General de Crédito, *Numérica*, num. 6, marzo de 1975)”

Al inicio del sexenio 1976-1982 durante el cual José López Portillo fue el titular del órgano Ejecutivo Federal, se hicieron modificaciones legales importantes con las que se pretendía transformar radicalmente la estructura y manejo de la administración pública federal, en mucho con la pretensión de establecer mejores mecanismos de control. Se promulgaron y publicaron en diciembre de 1976 las leyes Orgánica de la Administración Pública Federal, de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y General de Deuda Pública y en todas ellas se contempla regulación para los fideicomisos públicos, sobre todo en la primera de las citadas y que es hasta la fecha el ordenamiento que sustenta la conformación de los fideicomisos públicos. Posteriormente, el 27 de febrero de 1979, se publica en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se establecen bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal. Este es el momento con el que, que podría decirse, se inicia, en lo que a los fideicomisos toca, la tercera de las etapas a que se refiere Alejandro Carrillo, pues es más que evidente el interés del Gobierno Federal de tratar de controlar el manejo de los fideicomisos públicos.

Después del Decreto en cuestión, vinieron la Ley Federal de las Entidades Paraestatales y su Reglamento, así como menciones varias en otros distintos ordenamientos destinados a regular la contratación de obras públicas, los

servicios y las adquisiciones, además de las leyes relativas al funcionamiento de los órganos de control del órgano Legislativo y una gran cantidad de oficios y circulares emitidos por las instancias de supervisión de diferentes Secretarías de Estado, del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (tanto en su estructura y funciones actuales, como en las anteriores que estuvieron vigentes durante los primeros años de la etapa a la que se está haciendo referencia) y sin obviar el Manual de Normas Presupuestarias para la Administración Pública Federal que fue emitido por la Subsecretaría de Egresos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público¹⁶⁸ y que fue el antecedente inmediato de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y su Reglamento, ordenamiento con el cual culmina este proceso regulador y que funge, para efectos de este trabajo, como el punto de partida del análisis que el mismo implica y que tiende a la formulación de una propuesta de modificación conceptual a la legislación en vigor.

Por la importancia que para efectos de la evolución del fideicomiso público en su momento tuvieron, conviene hacer un repaso de la Ley para el Control por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal publicada el 31 de diciembre de 1970, así como del Decreto del 27 de febrero de 1979 por el que se establecen bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal, y a tal efecto están destinados los siguientes apartados.

II. LEY PARA EL CONTROL, POR PARTE DEL GOBIERNO FEDERAL, DE LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS Y EMPRESAS DE PARTICIPACIÓN ESTATAL.

Como ya se mencionó antes, la Ley que se cita arriba fue la primera con la que se reguló el funcionamiento de los fideicomisos públicos, si bien no se hizo de manera general, pues el legislador se limitó a considerar en sus supuestos a tres clases de fideicomisos, a saber, los que tuvieran por objeto la inversión, manejo o administración de obras públicas; la prestación de servicios; la producción de bienes para el mercado. Salvo que en una interpretación amplia se considerara que el otorgamiento de crédito es una actividad por la cual se presta un servicio, a la letra de la ley parece que quedaban fuera de la regulación en la misma establecida los fideicomisos de carácter financiero, o también llamados fondos de descuento.

¹⁶⁸ La primera versión del Manual se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 28 de Diciembre de 1996. Ese instrumento, que en mucho fue útil para conformar el contenido de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, pero sobre todo en la integración del Reglamento de ésta, contenía disposiciones encaminadas a regular el manejo de los fideicomisos públicos. De la versión inmediata anterior (31 de diciembre de 2004) a la expedición del Reglamento se tomaron casi sin cambio dichas disposiciones y así quedaron incorporadas en éste integrando el Capítulo XVI (Fideicomisos y Mandatos) del Título Cuarto (Del Ejercicio del Gasto Público Federal).

Conforme a la ley que se comenta, los fideicomisos públicos, del tipo de los antes mencionados, quedaban sujetos al control y vigilancia de la Secretaría del Patrimonio Nacional, la cual ejercería esas funciones a través de un comisario que ella misma designaría (Artículo 25). Además, en ese mismo artículo se estableció que los fideicomisos deberían ajustarse a las prevenciones contenidas en la ley en todo en lo que en cada caso fuera aplicable.

Conforme a esa disposición, los fideicomisos quedaban sujetos a una auditoría permanente y a una inspección técnica para, informarse de su marcha administrativa, procurar su eficiente funcionamiento económico, vigilar el cumplimiento de disposiciones en materia de inversión pública y del ejercicio del presupuesto. De igual manera quedaron obligados a concentrar sus recursos en la Tesorería de la Federación, así como obtener la autorización previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para contratar crédito y suscribir títulos de crédito.

Por su parte la Secretaría del Patrimonio Nacional quedó facultada para: revisar los sistemas de contabilidad, control y auditoría internos, y dictar medidas para la mejoría de los mismos; revisar los estados financieros y los dictámenes de los auditores externos; vigilar el cumplimiento de los presupuestos y programas anuales de operación, revisar las instalaciones e inspeccionar los sistemas y procedimientos de trabajo y producción, a efecto de los cual los fideicomisos deberían presentar a dicha Secretaría sus presupuestos y programas anuales, así como la información financiera pertinente.

La propia Secretaría del Patrimonio Nacional contaría con un representante con voz pero sin voto ante los órganos de gobierno y podría proponer modificaciones a la estructura y bases de organización y operación, y, en su caso, la iniciativa para disolver o liquidar aquellos fideicomisos que no cumplieran con sus fines, o cuyo funcionamiento ya no fuera conveniente desde el punto de vista de la economía nacional o del interés público.

Para celebrar actos de adquisición, enajenación, arrendamiento y donación de bienes muebles e inmuebles a través de los fideicomisos, se requería previa autorización de la Secretaría del Patrimonio Nacional y se disponía en la ley en comentario que la falta de cumplimiento a los requisitos que en la misma se establecían, produciría la nulidad de pleno derecho de los actos correspondientes, y por tanto no producirían efecto legal alguno.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público quedó obligada a inscribir los fideicomisos en el Registro que llevaría la Secretaría del Patrimonio Nacional.

Esta Ley estuvo formalmente en vigor durante 16 años, pero para efecto de los fideicomisos públicos sus disposiciones quedaron superadas por la emisión de otros ordenamientos que modificaron la estructura de la administración pública federal y que distribuyeron las competencias de manera diferente entre las dependencias del Ejecutivo Federal, particularmente con motivo de la creación de la Secretaría de Programación y Presupuesto que, como es sabido, asumió

funciones que antes correspondían a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y también se le asignaron las que en materia de control presupuestal del sector paraestatal correspondían a la Secretaría del Patrimonio Nacional. Tal es el caso de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal que entró en vigor el primero de enero de 1977.

III. DECRETO POR EL QUE SE ESTABLECEN BASES PARA LA CONSTITUCIÓN, INCREMENTO, MODIFICACIÓN, ORGANIZACIÓN, FUNCIONAMIENTO Y EXTINCIÓN DE LOS FIDEICOMISOS ESTABLECIDOS O QUE ESTABLEZCA EL GOBIERNO FEDERAL

Ya quedó señalado antes que una vez que el Gobierno Federal se percató de que el fideicomiso era una figura jurídica que por su flexibilidad era fácilmente adaptable a las acciones del Estado, la fue utilizando hasta caer en una situación extrema. En pocas palabras, el Gobierno Federal abusó en el empleo de esta figura.

Ello es un buen antecedente para explicar el porqué, durante la administración del Presidente José López Portillo, en plena época de lo que se llamó la Reforma Administrativa, se trató de evitar el desorden y de buscar una mejor coordinación y colaboración entre todos quienes participaban en el funcionamiento de los fideicomisos.

Con la emisión del Decreto que se refiere al inicio de este apartado, se trató de eliminar los fenómenos que afectaban con deficiencias la marcha de estos instrumentos., dada la intervención simultánea de varias instancias, como ocurría en diferentes supuestos, por ejemplo, dos secretarías de Estado tenían injerencia en la creación de fideicomisos públicos: la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que era la que gozaba de competencia para los efectos de creación formal en su carácter de fideicomitente único de la administración centralizada, y la Secretaría de Programación y Presupuesto que era el vehículo de la planeación global y de la asignación de recursos. A ellas habría que agregar a la Coordinadora de Sector que era a su vez la proponente de la creación y la que definía el ámbito en el cual el fideicomiso correspondiente habría de tener acción, para lo cual, en el terreno de los hechos, requería de la conformidad de la segunda de las Secretarías mencionadas.

Si se toma en cuenta que en esa época se acudió con enorme frecuencia a la obtención de recursos mediante la contratación de financiamientos, se encuentra entonces otra explicación a la emisión del Decreto, pues era la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la dependencia encargada de aprobar la asunción de deuda y ejercer supervisión sobre el empleo de los recursos correspondientes, con lo que sin duda planteaba frenos a las pretensiones de las otras instancias.

Un tercer factor ha de considerarse en este panorama, y que responde más bien a condiciones de hecho producto de las particularidades del sistema político mexicano, tal y como funcionaba en aquellos momentos. Se trata de

que la creación de los fideicomisos públicos provocó, en un gran número de casos, posiblemente la mayoría en un alto porcentaje, el establecimiento de nuevas organizaciones, nuevas estructuras administrativas y la encomienda de su dirección era un privilegio del Titular del Poder Ejecutivo, que así ensalzaba a algunas personas que cobraban notoriedad e importancia, y llegaban incluso a competir con algunos de los principales funcionarios de la administración pública en un escenario en el que tomaba vuelos aquél que obtuviese la conformidad del Presidente en acciones que incluso pudieran no estar siquiera consideradas en los planes de trabajo formalmente reconocidos. En el medio de la lucha política, muchas veces se localizaba a las instituciones fiduciarias que tenían frente a sí la responsabilidad legal que el cargo implica, y las presiones de hecho que los personajes de la política ejercían amenazando la estabilidad laboral de los funcionarios bancarios.

Con el Decreto en cuestión se trató de ubicar a las piezas de esta maquinaria en el lugar que a cada una correspondía conforme a la ley, y de equilibrar las relaciones con la definición de un marco legal particular para los fideicomisos públicos. Hasta donde se tiene conocimiento, el Decreto fue útil en algunos casos, pero no fue suficiente para superar los vicios del sistema político que se reflejaban en este sector de la administración pública, no obstante lo cual, es por demás necesario hacer un repaso de sus disposiciones.

A. Identificación de ámbitos de competencia.

Se reiteró en el Decreto que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público tenía a su cargo la función de constituir mediante contrato los fideicomisos del Gobierno Federal y que en el instrumento formal correspondiente la Secretaría mencionada debería precisar, fines del fideicomiso, condiciones y términos, derechos y acciones (el derecho de revocación debería reservarse expresamente), limitaciones y facultades del comité técnico, todo lo cual lo haría en función de la autorización e instrucciones que hubiese dado el Ejecutivo Federal, en ambos casos por conducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto.

La modificación o extinción de los fideicomisos, eran actos que emanaban, como propuestas, de la Secretaría de Programación y Presupuesto o de la dependencia coordinadora del sector correspondiente. En estos supuestos, el Decreto atribuía facultades de opinión a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y, aunque no lo decía expresamente, es de suponer que las de formalización del acto (modificación o extinción) de que se tratara.

La Secretaría de Programación y Presupuesto llevaría un registro de fideicomisos del Gobierno Federal, en el que se harían los asientos relativos a la constitución, modificación y extinción de dichos fideicomisos. A la Secretaría de Hacienda y Crédito Público se la facultaba para abstenerse de autorizar financiamientos relativos a programas que no estuvieran en los planes y programas previamente aprobados. Si el plan o programa sí estuviese considerado en el presupuesto, pero se hubiese omitido incluir el financiamiento, para la contratación de éste sería indispensable la autorización

del Ejecutivo Federal, a través de la Secretaría de Programación y Presupuesto.

Ambas Secretarías, de Hacienda y Crédito Público, y de Programación y Presupuesto, en el ámbito de sus respectivas competencias, estarían facultadas para interpretar el Decreto, a efectos administrativos, así como para expedir las disposiciones complementarias que se requiriesen a fin de lograr su debido cumplimiento.

B. Responsabilidad de la Fiduciaria

En el Decreto que se comenta, se incluyeron algunas disposiciones reiterativas de normas que ya estaban contempladas en la ley; en la parte considerativa del mismo, se expresa al respecto: “Que también es conveniente precisar la posición de las instituciones fiduciarias, con motivo de la ejecución de los acuerdos de los comités técnicos o de distribución de fondos en su caso, cuyas facultades deben quedar debidamente señaladas en los contratos de fideicomiso...”

La explicación al respecto habrá que buscarla en hechos que tal vez funcionaron como antecedente. En el exceso en que había incurrido el Gobierno Federal creando fideicomisos para toda clase de objetivos, planes y programas, se presentaron muchas conductas abusivas, sobre todo de parte de quienes habían sido designados como encargados directos del manejo de estos instrumentos, cualquiera que haya sido la denominación que al cargo se hubiese dado (Director General, Gerente, Secretario Técnico, etc.). Además otro factor a considerar, es el hecho de que las normas reguladoras de los fideicomisos no eran (y tal vez a la fecha aún no lo son) suficientemente conocidas, de manera tal que fue frecuente que se presentara a la autorización de los comités técnicos, la realización de actividades sin orden ni concierto, rebasando incluso los límites que los fines del fideicomiso hubieran podido representar.

Dependiendo de la Institución fiduciaria fue posible observar dos conductas a manera de modelo: por un lado las de quienes, siendo las menos, pretendieron siempre actuar en el estricto marco del orden jurídico, atrayendo sobre ellas todo género de críticas e inconformidades; de otro lado, las que participaban en un juego de conveniencias y así navegaban en aguas menos procelosas dejando que las decisiones emanaran de los comités técnicos y poniendo como escudo de cualquier posible reclamación, a la disposición legal que establecía la eximiente de responsabilidad de la fiduciaria, cuando actuara en cumplimiento de instrucciones de ese órgano colegiado.

Para las primeras, el Decreto funcionó como soporte de su comportamiento y como valladar a las críticas; para las segundas, un nuevo enfoque en su juego de adaptabilidad. Desde el punto de vista del Gobierno Federal, y más concretamente de las dependencias globalizadoras, es decir las Secretarías de Hacienda y Crédito Público, y de Programación y Presupuesto, la posibilidad de ejercer un mayor control y de poner en práctica un mecanismo que incluyera a las fiduciarias, para frenar los impulsos desbordados de los responsables de

los fideicomisos, que como ya dijo casi siempre gozaban del beneficio de su cercanía con el Titular del Ejecutivo Federal, y de los intereses políticos de los funcionarios de las coordinadoras de sector, que por lo general actuaban de común acuerdo con los primeros.

Con esos datos a manera de prolegómenos, es comprensible que en el Decreto se haya señalado que la fiduciaria sería la responsable de realizar los fines del fideicomiso y de asumir el cumplimiento de las obligaciones legales y de las estipulaciones contractuales. Con un espíritu restrictivo, en el Decreto se estableció también que en los contratos se precisaría que, para el caso de otorgar mandatos, no se incluirían poderes que impliquen expresión de voluntad de mando o decisión, ni facultades de substitución, salvo en el caso de pleitos y cobranzas. También se previó que ante la necesidad de nombrar un delegado fiduciario especial, éste debería actuar "...con apego a las determinaciones de la Institución de Crédito que desempeñe el cargo de fiduciario". Claramente se trató de evitar que la delegación de facultades se convirtiera en un medio por el cual el personal de la institución fiduciaria obviara su responsabilidad.

De manera particular debe mencionarse el caso contenido en el penúltimo párrafo del Artículo 9 del Decreto, en el que se señala que la fiduciaria debería abstenerse de cumplir las resoluciones que el comité técnico dicte, "...en exceso de las facultades expresamente fijadas por el fideicomitente, o en violación a las cláusulas del contrato de fideicomiso, debiendo responder de los daños y perjuicios que se causaren, en caso de ejecutar actos en acatamiento de acuerdos dictados en exceso de dichas facultades, o en violación al citado contrato". Con esta disposición, que ahora está contenida en la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, se pretende evitar que el factor de influencia política sea la causa de dar atención a acuerdos ilegales.

Para el caso de asuntos urgentes, se facultó en el Decreto a las coordinadoras de sector para instruir a las fiduciarias, si en el lapso de tiempo en el que hubiere que atender la urgencia, no fuere posible reunir al comité técnico.

C. Integración y Facultades del Comité Técnico

En el Decreto se incluyeron algunas breves normas relativas a la integración de los comités técnicos, previendo que formarían parte de ese cuerpo colegiado la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la coordinadora de sector, y que correspondería a ésta la presidencia del comité técnico, en el caso de que la autorización de creación del fideicomiso, no la atribuyese a otra instancia. También se señaló que la institución fiduciaria debería mantener un representante permanente en el comité técnico, el cual concurriría con voz, pero sin voto.

En lo referente a las facultades de ese órgano colegiado, el Decreto estableció que en el contrato de fideicomiso se señalarían los casos en los cuales sería

indispensable contar con la aprobación del propio comité, y además que las facultades del mismo constituyen limitaciones para la institución fiduciaria.

D. Delegados Fiduciarios

En el Decreto se precisaron algunas atribuciones de los Delegados Fiduciarios. Es de destacar, en primer término, aquella por las que se les colocó en el deber de firmar los proyectos anuales de presupuestos y presentarlos a la Secretaría de Programación y Presupuesto, a través y con la conformidad de la coordinadora de sector. También se les estableció la obligación de proporcionar a la Secretaría mencionada, la información presupuestal, contable, financiera y de cualquiera otra índole.

Estas obligaciones se establecieron a cargo de lo que en el Decreto se menciona como delegado fiduciario general, para tratar de responsabilizar en esas materias al personal de las instituciones fiduciarias, ya que en el terreno de los hechos se estaba siguiendo la práctica de designar al Director General del Fideicomiso como Delegado Fiduciario Especial y con ello las instituciones fiduciarias disminuían sensiblemente su injerencia en el fideicomiso correspondiente. Esta tónica seguía el ejemplo de algunos fideicomisos creados por disposición de ley especial, casos en los cuales se estableció que el fideicomiso quedaría a cargo de un delegado fiduciario, al cual se le designaba como “especial”, con la finalidad de dejar en claro que el nombramiento únicamente le confería facultades respecto del fideicomiso correspondiente. Esa distinción llevó a considerar que todos aquellos delegados fiduciarios que no fuesen designados para un fideicomiso en particular, eran, por oposición, delegados fiduciarios generales, denominación esta que no estaba, ni está, contemplada en la ley, salvo en algunas de las orgánicas de ciertos Bancos de Desarrollo.

En la realidad de los hechos, el manejo presupuestal de los fideicomisos siguió en manos de sus responsables directos, pues se asumió por todas las partes involucradas, incluyendo desde luego a las dos Secretarías globalizadoras, que se trataba de una materia difícil técnicamente hablando, que requería conocimiento profundo de las necesidades de cada fideicomiso, que la dimensión de los fideicomisos del gobierno federal era una de las razones que justificaban y explicaban que contaran con una estructura administrativa ajena a la de la institución fiduciaria, que la materia presupuestal está íntimamente vinculada a factores de carácter político que no necesariamente convenía que fueran conocidos por otras instancias diferentes a la coordinadora de sector y el personal directamente encargado del manejo del fideicomiso, que la conformación de los presupuestos por programas era una técnica que en esos años apenas se estaba introduciendo en nuestro país, y que en esas condiciones era prácticamente imposible que los delegados fiduciarios generales pudieran tomar a su cargo la responsabilidad de firmar el presupuesto.

Por otra parte, en el Decreto se contempló un régimen específico para la actuación de quienes fueran nombrados como delegados fiduciarios especiales, de manera tal que se les obligaba a: someter a la previa consideración de la fiduciaria, los actos, contratos y convenios de los que resultaran derechos y obligaciones para el fideicomiso; manejar de acuerdo con la fiduciaria, los recursos del fideicomiso, los títulos de crédito y cualquier documento que consigne una obligación o fuera necesario para ejercer un derecho; consultar anticipadamente con la fiduciaria, los asuntos que deban tratarse en el comité técnico; informar a la fiduciaria acerca de la ejecución de los acuerdos del comité técnico, así como al propio comité; presentar mensualmente a la fiduciaria, la información contable requerida para precisar la situación financiera del fideicomiso; cumplir los requerimientos de la fiduciaria. Se aclaró que en caso de no haber delegado fiduciario especial, dichas obligaciones corresponderían al director o gerente y que la información citada también deberían entregarla a la coordinadora de sector.

Estas disposiciones, si bien son explicables desde el punto de vista de los hechos, contienen un contrasentido jurídico, ya que la institución fiduciaria actúa por conducto de sus delegados fiduciarios y es absurdo que se establezca que el representante legal de éstas actúe como si fuera el caso de un mandatario al cual, contractualmente, se le obliga a consultar con el mandante cualquier acto que se pretenda llevar a cabo, pues en el caso que nos ocupa, la ley ya establecía características diferentes para la intervención de tales representantes legales que son los ejecutores de las responsabilidades que en la materia fiduciaria tienen a su cargo las personas morales por las cuales actúan.

Sin embargo, como ya dijimos, en el campo fáctico hay explicación cabal que encontramos en la situación ya descrita de la desvinculación entre quienes actuaban más por interés político que técnico y los que, en general, procedían de manera opuesta y que eran los funcionarios bancarios. Los responsables de los fideicomisos, hasta antes de la emisión del Decreto, se movían con independencia de las instituciones fiduciarias, eran ajenos a ellas, manejaban los recursos sin darles cuenta de su acción y tomaban compromisos que eran cuestionables desde el punto de vista jurídico, todo lo cual colocaba a la institución fiduciaria en una endeble posición, habida cuenta de la responsabilidad que la ley le imponía, sobre todo cuando el director o gerente del fideicomiso era además delegado fiduciario. La separación era tan notoria como la distancia física entre sus respectivas oficinas, de ahí que con la emisión del Decreto se buscó limitar la libertad de la que habían venido disfrutando los responsables de los fideicomisos, y al mismo tiempo abrir un marco de referencia que le permitiera a las fiduciarias cumplir de mejor manera con sus responsabilidades, o, si se quiere ver de otro modo, reiterarles que ellas eran las responsables legales del cumplimiento de los fines de los fideicomisos.

Nuevamente las buenas intenciones se toparon con la cruda realidad, pues lo único que se logró fue atenuar el margen de libre acción de la que gozaban los responsables de los fideicomisos, y las dependencias globalizadoras se dieron

por satisfechas con la oportunidad que ahora tenían de requerir información con expreso sustento en disposiciones legales.

IV. VIGENCIA DE LAS DISPOSICIONES INVOCADAS

La Ley para el Control por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, quedó abrogada con motivo de la promulgación de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales. Así lo dispone el artículo Segundo Transitorio del Decreto por el cual ésta se promulga.

En lo que se refiere al Decreto por el que se establecen bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal, es de considerar que también quedó abrogado, si bien es cierto que no existe disposición expresa al respecto. La abrogación podría provenir básicamente del hecho de que en la Ley Federal de las Entidades Paraestatales se recogen muchas de las disposiciones del Decreto, en algunos casos, casi con idéntica redacción, cual es el caso, por ejemplo, de las prevenciones relativas a la obligación de abstención de actuar que se impone a las fiduciarias, cuando los acuerdos del comité técnico sean ilegales.

CAPÍTULO CUARTO

EL FIDEICOMISO PÚBLICO: UN INTENTO HERMENÉUTICO Y UNA PROPUESTA CONCEPTUAL DE MEJORAS.

I.- COMENTARIO PRELIMINAR

Como se ha visto, el fideicomiso público tiene en nuestro país una historia más o menos larga; se le ha usado para muchos propósitos y en algunas etapas de la segunda mitad del siglo pasado fue objeto de utilización excesiva. Recién que en nuestro país se estableció la figura del fideicomiso, se le aplicó para propósitos públicos sin mayor regulación que la establecida en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pero a paso y medida en que se convirtió en medio frecuente de acciones de gobierno, se consideró que era conveniente darle una regulación especial que en el transcurso del tiempo se fue haciendo mayor, hasta llegar a la situación presente que se caracteriza por que la figura está considerada en varios ordenamientos legales en los cuales se aprecia una clara intención de tratar de evitar que su uso sea pretexto para eludir el cumplimiento de otras normas.

Lo que ahora parece excesivo, no es tanto el empleo del fideicomiso, sino su regulación. Primero se le incluyó en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, después y en una medida consecuente, en la Ley Federal de las Entidades Paraestatales. Más adelante empezó a ser considerado en las leyes presupuestales y de deuda pública, así como en las leyes reguladoras de las adquisiciones y de las obras públicas, siempre con un enfoque claro de control. Recientemente se le consideró como un instrumento para la aplicación de recursos destinados al impulso de la ciencia y la tecnología, con matices especiales que lo hacen ser un caso de excepción desde el punto de vista del tratamiento presupuestal de los recursos públicos. También está considerado en las leyes de fiscalización y de transparencia, y por supuesto en múltiples disposiciones administrativas de varias autoridades. El caso más próximo en el tiempo, es el de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y su Reglamento, ordenamientos que se ocupan del fideicomiso público de manera importante y vienen a constituir por demasía y defecto, la cima del exceso.

El derecho administrativo, conforme a Gabino Fraga¹⁶⁹, se ocupa de regular: a) la estructura y organización del Poder encargado normalmente de realizar la función administrativa; b) los medios patrimoniales y financieros que la Administración necesita para su sostenimiento y para garantizar la regularidad de su actuación; c) el ejercicio de las facultades que el poder público debe realizar bajo la forma de la función administrativa; d) la situación de los

¹⁶⁹ Fraga Gabino, op. cit. Cp. II, notas 7 y 25, p.

particulares con respecto a la Administración. La materia a la que se refiere el último de los cuatro casos señalados por el maestro Fraga, no forma en realidad un asunto ajeno a los otros tres; por el contrario, se trata de algo que necesariamente habrá de ser analizado en forma conjunta con cualquiera de ellos, ya que la actividad toda que realiza la administración pública, sólo tiene sentido con respecto a los particulares, incluyendo al caso de la organización del propio aparato administrativo, pues de las normas que de ese asunto se ocupan, se habrán de extraer las relativas a la competencia de cada órgano para lograr la definición de lo que puede legalmente hacer en aras a la satisfacción de los intereses colectivos. En ese orden de ideas, la legislación administrativa debiera ser siempre sencilla, simple, clara, bien ordenada, lógica, accesible, para que el gobernado pueda constatar con facilidad cuáles son sus derechos, cuáles las obligaciones de la administración, y de esa forma se provea con facilidad al ejercicio de los primeros y al cumplimiento de las segundas. Debiera ser breve, la estrictamente indispensable para definir claramente el campo de actuación de la administración pública, sin que fuera escasa en perjuicio de la conveniente regulación de los supuestos que la evolución misma de las cosas va generando. La simplicidad de las normas contribuiría también al mejor control de la actuación de las autoridades pues sería fácil constatar la adecuación de los hechos a los supuestos normativos. Sin embargo, no es así.

La legislación administrativa, por el contrario, suele ser mucha, compleja, oscura y linda con frecuencia con lo tosco y burdo; la necesidad de confinar la actuación de las autoridades para evitar que se muevan más allá de convenientes límites¹⁷⁰, provoca que, aunque no en todos, sí en muchos casos

¹⁷⁰ El establecimiento de límites a la actividad de los funcionarios y autoridades, es una protección en beneficio de los gobernados. Montesquieu lo señalaba en las siguientes palabras: “La democracia y la aristocracia no son Estados libres por su naturaleza. La libertad política no reside fuera de los gobiernos moderados. Pero en los Estados moderados tampoco la encontraremos siempre; sería indispensable para encontrarla en ellos que no se abusara del poder, y nos ha enseñado una experiencia eterna que todo hombre investido de autoridad abusa de ella. No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación... Para que no se abuse del poder, es necesario que le ponga límites la naturaleza misma de las cosas. Una constitución puede ser tal, que nadie sea obligado a hacer lo que la ley no manda expresamente, ni a no hacer lo que expresamente no prohíbe” (Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, versión castellana de Nicolás Estévez, Buenos Aires, Ediciones Libertad, 1944, p. 149). A partir de Locke y Montesquieu, la división de poderes halla su complemento en la limitación que supone el garantizar ciertos derechos a todos los individuos. Esta limitación es una protección a la libertad individual que tiene la función de identificar, para todas las personas, una esfera de autonomía dentro de la cual puedan actuar libremente, protegidas contra los abusos de autoridades, servidores públicos y de particulares. Porque, como dijera Rousseau: “... los depositarios del poder ejecutivo no son los dueños del Pueblo, sino sus funcionarios. El Pueblo puede nombrarlos y destituirlos cuando le plazca; no es de su incumbencia contratar, sino obedecer, y al encargarse de las funciones que el Estado les impone, no hacen mas que cumplir con su deber de ciudadanos, sin tener ningún derecho para discurrir sobre las condiciones” (Rousseau Jean Jacques, *El contrato social*, trad de Enrique Azcoaga, Madrid, Sarpe, 1983, p. 154). Al identificar todos aquellos aspectos que para su tutela se consideran consustanciales a lo humano, se determinan límites a la actuación de los gobernantes, lo que significa que se les fija un ámbito de intervención, o lo que es lo mismo, su competencia.

las normas sean fórmulas planas, burdas expresiones, objetivación de lo evidente, planteamiento de lo elemental, configuración de lo dado, negación de la sutileza, (la cual no obsta para que haya simplicidad que facilite su cumplimiento), y en un empeño lleno de torpeza, el legislador ha venido procurando la complicación extrema de las cosas a base de sumar y sumar detalles, en algo que parece un intento deliberado de propiciar la falta de transparencia y de contribuir a la acción de la ilegalidad que en la confusión del texto legal encuentra siempre un campo fértil para eludir el cumplimiento de éste.

Eso ocurre con la legislación administrativa que se ocupa del fideicomiso público y por ello es necesario estudiar con cuidado los textos legales correspondientes en los que se encontrará incongruencia y falta de conocimiento jurídico, pero también, en al menos un caso, franca ilicitud. Al estudiar los textos que lo regulan, no podemos perder de vista que, por tratarse de un medio que el Estado utiliza para proveer al cumplimiento de sus deberes, rige invariablemente el principio constitucional de legalidad que, en palabras del maestro Burgoa consiste "...en que las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite...deben gozar de facultades expresas para actuar, o sea, que la permisión legal para desempeñar determinado acto de su incumbencia no debe derivarse o presumirse mediante la inferencia de una atribución clara y precisa...La exigencia de fundar legalmente...impone a las autoridades diversas obligaciones, que se traducen en las siguientes condiciones: 1.- En que el órgano del Estado del que tal acto provenga, esté investido con facultades expresamente consignadas en la norma jurídica (ley o reglamento) para emitirlo; 2.- En que el propio acto se prevea en dicha norma; 3.- En que su sentido y alcance se ajusten a las disposiciones normativas que lo rijan;..."¹⁷¹

El principio de legalidad debe sustentar invariablemente la actuación del Estado y para respetarlo, debe éste informar sus acciones preferentemente en el texto constitucional, pues de lo contrario se está en el riesgo de caer en lo que Ferrajoli¹⁷² llama la "...crisis de la legalidad, es decir, del valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos. Se expresa en la ausencia o en la ineficacia de los controles, y, por tanto, en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder".

La regulación excesiva contribuye a la presentación de fenómenos como los referidos por Ferrajoli y también contribuye a la generación de incongruencias o inconsistencias que son una forma de la ilegalidad. El mismo autor se refiere a ello cuando dice: "La multiplicidad de las funciones exigidas al estado social, la inflación legislativa, la pluralidad de las fuentes normativas, su subordinación a imperativos sistémicos de tipo económico, tecnológico y político, y, por otra parte, la ineficacia de los controles y los amplios márgenes de irresponsabilidad de los poderes públicos, generarían...una creciente incoherencia, falta de plenitud, imposibilidad de conocimiento e ineficacia del sistema jurídico. De aquí se seguiría un debilitamiento de la misma función normativa del derecho y, en particular, la quiebra de sus funciones de límite y vínculo para la política y el

¹⁷¹ Burgoa Ignacio, *Las garantías individuales*, 10a ed. México, Porrúa, 1977, p. 603

¹⁷² Ferrajoli Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª ed. Madrid, Trotta, 2006, p. 15

mercado, y, por tanto, de garantía de los derechos fundamentales, tanto de libertad, como sociales”.¹⁷³

Tratándose de un medio que el Estado emplea frecuentemente para poner en práctica las acciones contempladas en los programas de gobierno, cobra importancia que la legislación reguladora de dicho medio, en este caso el fideicomiso público, guarde congruencia en función del respeto al principio de legalidad, teniendo siempre como referencia básica al texto constitucional, y después a las normas secundarias en razón de la sistematización adecuada que para ellas se debe manejar al momento de su creación, para evitar las dispersiones, las deficiencias, el desorden que tanto caracteriza a la legislación administrativa en general y que es un fenómeno del que no escapa la materia que nos ocupa.

En esas condiciones, en este capítulo se llevará a cabo un trabajo de carácter hermenéutico de las principales normas reguladoras del fideicomiso público, y con un enfoque sistemático se procurarán las comparaciones, a efecto de identificar precisamente las incongruencias de que se habla y los vicios de legalidad que ya se citaron, porque, sin pretender de manera alguna que este trabajo esté a la altura de las condiciones que el pensamiento de un autor como Ferrajoli marca, si es válido decir que en algo influye para que la búsqueda que aquí se haga esté orientada por el deseo de la unidad, coherencia y plenitud del ordenamiento, porque “...es la crítica del derecho inválido dirigida a propiciar su anulación lo que constituye la principal tarea, científica y política a la vez, de la ciencia jurídica”¹⁷⁴

II. HERMENÉUTICA. NOCIONES BÁSICAS.

Según se anota en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española¹⁷⁵, hermenéutica significa, “arte de interpretar textos”. Por su parte, Nicola Abbagnano en su Diccionario de Filosofía¹⁷⁶ establece que se trata de una técnica cualquiera de interpretación, y de este vocablo nos dice que se trata de la posibilidad de referir un signo a su designado o también la operación mediante la cual un sujeto (intérprete) refiere un signo a su objeto (designado).

De lo dicho podría inferirse que hermenéutica es la operación del intelecto por la cual se individualiza a un objeto designándolo con un signo, lo cual parece ser una actividad de gran simpleza, sin embargo, como se sabe, la actividad interpretativa plantea retos sumamente arduos y está presente en casi todos los órdenes de la vida, señalamiento que no por obvio debe dejar de hacerse

¹⁷³ Ibidem, p. 17

¹⁷⁴ Ibidem, p. 29

¹⁷⁵ Diccionario de la Lengua Española, <http://buscon.rae.es/draeI/>

¹⁷⁶ Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 1ª ed en español, 3ª reimpression, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 603

para poder enfatizar los problemas que alrededor de ella se presentan y que, desde luego afectan también al mundo de lo jurídico.¹⁷⁷

La interpretación es un asunto de comunicación y consiste básicamente en el proceso de asimilación que un receptor sigue con relación a un acontecimiento proveniente de una agente emisor. Ese proceso se ve afectado por una enorme gama de factores que inciden desde la generación misma del acontecimiento, hasta las circunstancias en las cuales el receptor se encuentre cuando se percata de la existencia de tal acontecimiento. La interpretación no se realiza exclusivamente respecto de la actividad humana, pues también los acontecimientos de la naturaleza son susceptibles de interpretación, sin embargo, para los efectos de este trabajo, habremos de estar haciendo referencia sólo a la interpretación de los mensajes habidos entre personas y por supuesto particularmente los que se dan en el terreno del derecho. Dice al respecto el maestro Gracia Máynez: “El problema que consiste en determinar qué sea la interpretación no es exclusivamente jurídico. Tratase de un interrogante de orden filosófico, que naturalmente cabe plantear concretamente, en relación con los preceptos de un determinado sistema de derecho”.¹⁷⁸

Continúa el maestro García Máynez diciendo que en el proceso de la interpretación es necesario distinguir tres elementos: 1.- La expresión en su aspecto físico, es decir, el signo mismo, sean voces, letras, etc. 2.- La significación que los signos tienen, lo que equivale a aludir al vínculo existente entre los signos y aquello a lo que se refieren; 3.- El objeto o lo referido con los signos.

Tratándose de la ley, se dice por lo general que el intérprete trata de identificar el sentido que la expresión tiene, trata de asir la significación de la expresión. “El objeto de la interpretación es el texto legal como “portador” del sentido en él depositado, de cuya comprensión se trata en la interpretación. Interpretación es, si nos atenemos al sentido de las palabras, la separación, difusión y exposición del sentido dispuesto en el texto, pero, en cierto modo, todavía oculto. Mediante la interpretación se hace hablar a este sentido, es decir, éste es enunciado con otras palabras más claras, expresado más precisamente y hecho comunicable. Al efecto es característico para el proceso de la interpretación que el intérprete sólo quiere hacer hablar al texto, sin añadir o preterir cosa alguna”¹⁷⁹.

El intérprete de la ley tiene frente a sí un conjunto de signos que se refieren a una determinada situación objetiva u objeto de la regulación, pero el problema

¹⁷⁷ Conforme al Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II, D-H, p. 1864, un principio básico de la hermenéutica es que la lectura de cualquier mensaje implica una interpretación de su sentido, por mínima que sea. Por ello, la hermenéutica es la ciencia de la interpretación, que lo puede ser de textos escritos o de cualquier otro fenómeno generalizado...La hermenéutica...puede, asimismo, concebirse como el estudio de los procesos de comprensión y de su correlato, que son los procesos de producción de sentido: en términos estrictos, producir sentido es tanto emitir un mensaje, como “recibirlo” o leerlo y comprenderlo.

¹⁷⁸ Gracia Máynez, op. Cit., p. 325

¹⁷⁹ Larenz Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed. Trad. de M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 2001, p. 309

consiste en poder precisar la significación de la expresión respecto de esa situación objetiva, y aunque, como antes se dijo, pudiera parecer que se trata de un asunto de fácil solución, en muchos casos no es así por la presencia de los factores ya aludidos que dificultan la identificación de la significación. “Hay que advertir algo que frecuentemente se nos escapa: el texto porta sentido. Pero ese sentido, para aparecer, para hacerse explícito, requiere de un discurso de interpretación. Y nada en el mundo garantiza que el discurso hermenéutico, de lectura del sentido, sea idéntico al producido por el o los autores del texto. Siempre será posible que haya una diferencia sustancial entre ambos sentidos: el producido y el interpretado. Esto es verdad respecto de todos los textos, pero de los jurídicos como de ningunos otros.”¹⁸⁰

Algunos de esos factores están relacionados con la emisión de las ideas, pues no siempre lo que se tiene en mente se traslada a los signos con fidelidad y por el contrario en muchos casos hay variantes entre lo que se consideró y lo que se asentó en la expresión física. Otros de los factores se presentan con respecto al sentido que los signos puedan tener cuando se usan vocablos equívocos; en ocasiones la dificultad puede provenir de que los signos tengan, desde el punto de vista de una disciplina dada, cierta especial significación, cierto sentido técnico especial y concreto que sea del conocimiento de los cultivadores de esa disciplina pero no del conocimiento generalizado. También influye la situación misma del intérprete, porque como dice Oscar Correas, la actividad de interpretación no es pasiva. “Porque el intérprete, el lector, el hermeneuta, lee desde su propia posibilidad de comprensión; desde su propia ideología; desde su propia manera de estar en el mundo; desde sus ideas; sus deseos; sus emociones. Y, sobre todo, de sus conocimientos del mundo. De modo que es necesario, para entender qué es interpretar textos, despojarse de la idea, poco feliz, de que el intérprete recibe el sentido albergado en el texto. En realidad, el intérprete recrea el sentido. Esto nos resulta, a veces, un tanto extraño, porque tenemos la idea, mala idea, de que leer es recibir el sentido pasivamente. Pero el lector nunca es pasivo. Y los juristas menos que nadie”¹⁸¹.

Así pues, aunque la interpretación es una labor harto compleja y sensible a muy diferentes estímulos, podemos por lo menos dejar en claro que su objetivo consiste básicamente en la identificación de la significación de los signos, o, como también se dice, en desentrañar su sentido. Ahora bien, cuando la labor de interpretación se efectúa respecto de un texto legal, es indispensable dilucidar una segunda cuestión, a saber, qué se entiende por el sentido de la ley. El asunto reviste capital importancia porque, como es sabido, una misma norma podrá tener diferentes sentidos, dependiendo de quién la lea y cómo la lea, lo cual se hace más que patente en el caso de conflictos que giran, las más de las veces, alrededor de por lo menos dos sentidos que las partes en conflicto atribuyen a la norma y que suelen ser diferentes y en ocasiones opuestos.

El asunto es que, idealmente, la norma jurídica debiera tener un solo sentido, una significación universal que debiera estar al alcance de todo individuo y que

¹⁸⁰ Correas Oscar, *Metodología jurídica II*, 1ª ed, Fontamara, México, 2006, p. 207.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 208

todo individuo debiera poder identificar sin mayor complejidad, de manera tal que las relaciones que están reguladas por dicha norma, fluyan sin contratiempo, orientando la conducta de los individuos bajo la misma tónica, siempre hacia la consecución del mismo propósito, en un contexto armónico en el que todos caminan hacia el mismo lugar, cual si se tratase de un faro que en la oscuridad todos quieren alcanzar. Esa es la pretensión implícita en la promulgación de toda regla, pero no pasa de ser un buen deseo que regularmente no se alcanza, habida cuenta de que la interpretación que cada individuo haga de esa norma, seguramente tendrá matices distintos que le darán sentidos diferentes, en contraposición a la supuesta univocidad que “el sentido de la ley” tiene.¹⁸²

Para encontrar la significación de las normas jurídicas, dice Rafael Sánchez Vázquez¹⁸³ que Savigny precisó los elementos que participan en el proceso interpretativo y que son, a saber: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático, aunque, aclara Sánchez Vázquez, hoy día se incluyen otros que son el sociológico, económico y político. Con el primer elemento se trata de obtener el significado verbal según su sentido más generalizado y reglas propias de la lengua de que se trate, salvo que se trate de un vocablo utilizado en un sentido técnico o especializado, caso en el cual se tomará éste como referencia. El elemento lógico presenta muchas complejidades a su vez, pues depende de la posición que el intérprete tenga respecto del papel que la lógica ha de jugar con respecto al derecho, para entonces precisar cómo interviene a fin de dilucidar las cuestiones relativas a la interpretación. Si se sigue el pensamiento de García Máynez, “el razonamiento de aplicación de los preceptos del derecho es de tipo silogístico”¹⁸⁴. El elemento sistemático está dado por la pertenencia a un sistema jurídico. Dice Sánchez Vázquez al respecto y siguiendo la línea del pensamiento de Kelsen, que una norma dada pertenece a un orden jurídico determinado si es conforme con la norma superior que regula su creación. Por último, el elemento histórico permite identificar precedentes, tanto remotos como inmediatos, constituidos, respectivamente, por las legislaciones de otros pueblos que hayan influido en la conformación del orden vigente y por los trabajos previos inmediatos a la

¹⁸² Tratando de evitar los problemas que la búsqueda de la significación genera por la simple lectura de cualquier texto legal, es que se vienen usando en años recientes, cada vez de manera más frecuente, las normas interpretativas o definitorias. Se trata de reglas con las que se busca precisar el significado de ciertos términos, para, en teoría, eliminar la posibilidad de interpretaciones diferentes. Así, en muchas de las más recientes leyes es común encontrar entre los primeros de sus artículos, alguno en el que queden definidos ciertos vocablos. Esto tiene la ventaja, para ciertos casos, de reducir a mínima expresión frases que de otra manera serían repetitivas, cual es el caso, por ejemplo, de las denominaciones de dependencias oficiales, lo cual contribuye a la agilidad en la lectura de los textos correspondientes, sin embargo, a veces se ha caído en prácticas excesivas en donde un término queda definido por otro término que a su vez también está definido y así en ocasiones más de dos veces. Cuando esto ocurre, el texto es ininteligible y a contrario de la agilidad que se pudiera lograr, el análisis del texto se convierte en un ejercicio de la mayor complejidad, pues resulta indispensable estar recurriendo a las definiciones para poder lograr una mediana comprensión. A esto debe agregarse que, puede ocurrir, que la definición no esté bien lograda y entonces genere a su vez problemas de interpretación. Estos fenómenos son de la mayor frecuencia en los contratos relativos a las transacciones financieras, sobre todo cuando en ellos se da la intervención de entidades extranjeras, para las cuales esto es una técnica de redacción a la que están acostumbradas y que funciona bien en sus sistemas de derecho consuetudinario, pero que en nuestra tradición romanista (todavía, y que infortunadamente sufre duros embates) no resulta conveniente.

¹⁸³ Sánchez Vázquez Rafael, *Metodología de la ciencia del derecho*, 1ª ed, México, Porrúa, 1995, p. 283

¹⁸⁴ Gracia Máynez, op. Cit., nota 10, p. 321

promulgación de la norma que expliquen o permitan identificar el porqué de su creación.

Los datos que han quedado señalados en el párrafo anterior no nos llevan por sí mismos a la identificación del sentido de la ley, pues son meros indicadores del trabajo que el intérprete tiene frente a sí; son puntos de apoyo que pueden ser usados para la ejecución del trabajo del hermeneuta y, dependiendo de la complejidad del caso, se habrán de utilizar alguno, varios o todos, por lo que, sólo podemos considerarlos como medios, pero no la respuesta a la interrogante principal que consiste en saber qué debe entenderse por el sentido de la ley.

Son dos las respuestas que de manera principal se han ofrecido a la pregunta antes planteada. A una de ellas se le llama la postura subjetivista, porque se inclina por considerar que el sentido de la ley está en la voluntad del legislador; a la otra, por el contrario, se le conoce como objetivista, pues se dice que la ley tiene un sentido propio (tal vez los expertos en lógica encuentren un error en esta afirmación por cierta tautología implícita) que se va desplegando con cada acto de aplicación, pues su efectividad se va manifestando poco a poco en la medida en que resuelve situaciones que la voluntad del legislador no pudo contemplar por sus naturales limitaciones.

Según Karl Larenz, “A cada una de estas teorías corresponde parte de verdad; por ello, ninguna puede aceptarse sin limitaciones. La verdad de la teoría subjetiva es que la ley jurídica, a diferencia de la ley natural, es hecha por hombres y para hombres, es expresión de una voluntad dirigida a la creación de un orden justo, en cuanto sea posible, y adecuado a las necesidades de la sociedad. Detrás de la ley está una determinada intención reguladora, están valoraciones, empeños y reflexiones objetivas, que han hallado en ella una expresión más o menos clara...la ley...pertenece al estrato del ser del espíritu objetivo”¹⁸⁵ Por su parte, García Máynez se inclina hacia la posición objetiva. Así cabe deducirlo de varias afirmaciones que formula para restar valor a la idea de que el intérprete ha de encontrar la voluntad del legislador, ya que éste, nos dice, no es un individuo sino un grupo de personas que desempeñan una función y como grupo no reúne la cualidad de voluntad psicológica; “...la misión de los legisladores no estriba en dar expresión a lo que ellos quieren, sino a lo que jurídicamente debe ser”¹⁸⁶ El trabajo del legislador queda plasmado en una expresión, en el texto mismo de la ley, y esa expresión no necesariamente refleja la intención o la voluntad del legislador en función del conocido problema de la traslación de los propósitos hacia el mundo de los signos, por lo que el intérprete no puede buscar más allá de lo que los signos le muestran, sin perjuicio de que acuda a otros elementos igualmente objetivos para tratar de encontrar el sentido objetivo del texto materia de su interpretación. “El jurista se preocupa por la ley misma, pero debe determinar su contenido normativo como un sentido, como una aplicación de una comprensión referida a casos y situaciones específicos. Para poder hacer esto, necesita tanto del conocimiento de la historicidad de la ley como de la frescura que su uso le puede permitir dentro de los conocimientos sociales que le rodean. En este punto es la

¹⁸⁵ Larenz Karl, op. cit, nota 11, p.313

¹⁸⁶ García Máynez, op. cit. Nota 10, p. 359

hermenéutica jurídica la que muestra a las ciencias humanas el modelo de relación y tensión dialéctica ente pasado y presente. El jurista busca descubrir la idea legal de la ley ligándola con el presente. Él adapta la ley transmitida a las necesidades actuales para fines prácticos como el usuario utiliza el texto intentando la fusión de horizontes, pero en ningún caso la interpretación es simplemente un uso arbitrario. Comprender, interpretar y aplicar, una vez más, y en todo caso de la actividad humana dentro del mundo del sentido, son fases de un mismo proceso, del dilucidar un sentido textual válido”¹⁸⁷

Para terminar esta parte, conviene referir, aunque sea de manera somera, las reglas que nuestra Constitución establece para efectos de la interpretación. Tales reglas están contenidas en el cuarto párrafo del artículo 14 de la Carta Magna, conforme al siguiente tenor literal:

“Artículo 14

...
...

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.”

Un primer señalamiento a formular respecto de la disposición antes transcrita, consiste en que el acto de autoridad a que la misma se refiere es una “sentencia definitiva” dictada en un juicio civil, sin embargo, en razón del contenido del segundo párrafo del artículo 158 de la Ley de Amparo y de la jurisprudencia de la Suprema Corte, se ha dejado en claro que su alcance va más allá y que comprende también a las resoluciones dictadas por los tribunales administrativos y laborales. Así lo afirma el maestro Burgoa quien dice al respecto: “En conclusión, podemos afirmar que dicha garantía de seguridad jurídica rige a toda materia jurisdiccional, con excepción de la penal, traducida aquella en los diversos procedimientos contenciosos que se ventilan ante las autoridades judiciales propiamente dichas o ante órganos formalmente administrativos...que legalmente ejercite normal o excepcionalmente la función jurisdiccional...”¹⁸⁸

Un segundo apuntamiento consiste en que las resoluciones jurisdiccionales deben dictarse conforme a la letra de la ley, lo que hace suponer que el método de interpretación determinado por nuestra Constitución, es prioritariamente el gramatical, esto es, siguiendo las reglas aplicables al idioma español y conforme al significado usual de los vocablos, a no ser que se trate de palabras empleadas en un sentido técnico, caso en el cual habrá de prevalecer la connotación que la ciencia o el saber correspondiente le hayan dado.

Ahora bien, si la expresión que se trate de interpretar contiene signos equívocos, o es confusa, la interpretación, siguiendo el texto constitucional invocado, habrá de ser la jurídica. Dice el maestro Burgoa que la interpretación

¹⁸⁷ Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II, D-H, pp. 1865 y 1866.

¹⁸⁸ Burgoa Ignacio, op cit, capítulo IV nota 3, p. 581

jurídica ha de apoyarse, coordinadamente, en cuatro métodos, que son el lógico, el sistemático, el auténtico y el causal-teleológico. Por el primero entiende la búsqueda del sentido de la ley conforme a la recta razón, pero reconoce que es insuficiente porque los preceptos de la ley deben ser analizados en conjunción con los demás del propio ordenamiento, lo que lleva a la utilización del método sistemático que permite la obtención del sentido dentro del conjunto preceptivo. La interpretación auténtica, según el pensamiento del distinguido jurista, se dá en función de dos posibilidades que son, respectivamente, el análisis de la exposición de motivos y de los debates habidos en la discusión de la propuesta de la ley, o bien en una segunda ley dictada por el mismo órgano legislativo y que tiene por finalidad aclarar el sentido de aquella cuya interpretación se pretende, caso en el cual, la norma interpretativa prevalece sobre la interpretada. Por último el método causal-teleológico tiene aplicación en función del estudio de las circunstancias que rodearon la creación de la norma y los fines que su establecimiento pretende lograr, comparados contra los que efectivamente esté logrando.

La existencia de una prevención en el texto constitucional que nos permite tener una referencia sobre el camino a seguir en la interpretación, desafortunadamente no es una solución real al problema que se viene comentando. A pesar de los esfuerzos de uno de los más connotados juristas de nuestro país, como lo es el maestro Burgoa, es claro que no pudo aportar una fórmula satisfactoria para elucidar que se entiende por "interpretación jurídica", según la frase empleada en el artículo 14 de la constitución, pues es de tal alcance esa expresión, que a su vez requiere de un esfuerzo importante de interpretación como en buena medida lo hace el Dr. Burgoa, y es que casi es posible decir que nunca habrá salida efectiva de este asunto, pues los mejores esfuerzos también serán materia de interpretación, sea que se trate de proposiciones escritas, sea que se trate de aportaciones verbales. Cualquier propuesta interpretativa podrá ser sujeta de interpretación en una cadena sin fin.

III. HERMENÉUTICA DE LAS NORMAS QUE CONFIGURAN AL FIDEICOMISO PÚBLICO FEDERAL

A. La identificación de los fideicomisos públicos paraestatales.

El artículo 90 de nuestra Constitución contiene las primeras y principales disposiciones relativas a la organización del órgano ejecutivo del Estado Mexicano. En ese artículo se dispone que la Administración Pública Federal será de dos tipos, centralizada y paraestatal, que su regulación se efectuará a través de una Ley Orgánica que definirá los negocios del orden administrativo entre las Secretarías de Estado y que también definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales. El texto que se está refiriendo proviene de una reforma publicada el 21 de abril de 1981 en el Diario Oficial de la Federación y por la cual se asimiló el texto de la Constitución al de una ley secundaria, en este caso la Orgánica de la Administración Pública Federal, que había entrado en vigor cuatro años antes, en una más de esas situaciones

absurdas de la vida legislativa de nuestro país, ya que el texto constitucional consideraba de manera expresa la existencia tan sólo de las Secretarías de Estado y no la de otras formas de organización que sí estaban previstas en la mencionada ley secundaria.

Sin considerar la realidad de los acontecimientos, se entiende que conforme a lo dispuesto en el mencionado artículo 90 de la Carta Magna, será materia de una Ley posterior la organización de la administración pública, en función de la referencia básica que aporta el propio texto de la Constitución que claramente le identifica dos sectores. El mismo artículo 90 dispone que, en lo que toca al sector paraestatal, la Ley Orgánica se encargará de definir, las bases generales de creación de las entidades que de aquél habrán de formar parte, y también la intervención del Ejecutivo Federal en su operación. Por último, según el artículo que se comenta, las relaciones entre las entidades paraestatales con el Ejecutivo Federal y con las Secretarías de Estado serán materia de las leyes, aunque no especifica cuáles, a diferencia de lo relativo a la organización que quedó asignada a una ley en particular y cuya materia está identificada.

En función de lo anotado, podemos decir que el artículo 90 define: a) la división de la administración pública federal en centralizada y paraestatal; b) la delegación, a una Ley Orgánica, de la distribución de negocios del orden administrativo entre las Secretarías de Estado, del establecimiento de las bases generales de creación de las entidades paraestatales y de la intervención del Ejecutivo Federal en su operación; c) La encomienda a otras leyes, de la regulación de las relaciones del Ejecutivo Federal y de las Secretarías de Estado con las entidades paraestatales.

En la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal se satisface el mandato constitucional relativo a la distribución de negocios del orden federal entre las Secretarías de Estado. Tomando en cuenta que el significado primario de la palabra “base”, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española es el de “fundamento o apoyo principal de algo”,¹⁸⁹ en lo relativo al establecimiento de las bases de creación de las entidades paraestatales, se puede decir que también queda satisfecho dicho mandato en la Ley de referencia, toda vez que se señalan: (i) los tipos de organización que forman parte de la administración paraestatal, (ii) y cuáles son las entidades que corresponden a cada tipo, aunque para ello no se sigue un solo método, pues en el caso de los organismos descentralizados se les refiere de manera genérica identificando el supuesto de su creación, para el caso de las empresas de participación estatal se hace una enumeración específica, y en lo que toca a los fideicomisos se les identifica en función de ciertas características de cuyo análisis habremos de ocuparnos un poco más adelante.

En la parte relativa a la intervención del Ejecutivo Federal en la operación de las entidades paraestatales, hay coincidencia en el empleo de los vocablos, pues en los artículos 48, 49 y 50 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal se emplea la misma expresión (intervención del Ejecutivo

¹⁸⁹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22^a ed. <http://buscon.rae.es/draeI/>

Federal), con lo que se puede afirmar que también en este aspecto está debidamente atendida la disposición constitucional, aunque es de aclarar que en los tres artículos citados, se hace remisión general a otras leyes (no se identifica alguna) para los efectos de lograr la necesaria precisión sobre la forma y términos en los que dicha intervención habrá de llevarse a cabo, con lo que también se puede decir que se cumple con lo previsto en el artículo 90 constitucional, habida cuenta del señalamiento a que se ha hecho alusión en el inciso c) del párrafo penúltimo anterior.

En razón de lo expresado, es posible afirmar que en la legislación quedó claramente delineado un esquema de organización normativo de tipo jerárquico-piramidal, en el cual la cúspide está ocupada por el artículo 90 de la Constitución, el siguiente escalón inferior por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y el tercer lugar está ocupado por otras leyes entre las cuales tal vez habrá que colocar a la Federal de las Entidades Paraestatales. Este escalonamiento (que quizás resulta casual por el hecho de que el texto constitucional es posterior al de la ley secundaria), es importante y es una referencia básica para el análisis que aquí se está haciendo.

Conviene ahora repetir algo que ya se mencionó en un capítulo anterior de este trabajo: conforme a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (artículos 3 y 47), forman parte de la administración pública paraestatal, los fideicomisos que: (i) constituyen el gobierno federal o alguna de las demás entidades paraestatales, (ii) con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, (iii) que cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades, y (iiii) que tengan comités técnicos. Si seguimos la tónica de lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución, esas son las bases generales de creación de los fideicomisos que formen parte de la administración pública paraestatal; en esos cuatro puntos están identificadas dichas bases, y conforme a ellas debe desenvolverse la legislación que ocupe el tercer nivel en la escala jerárquica que ya antes mencionamos.

La función reglamentaria que la Ley Federal de las Entidades Paraestatales tiene con respecto a las normas que están ubicadas en los niveles superiores de la escala en cuestión, ya no fue producto de la casualidad, pues con claridad se expresó en la exposición de motivos de la iniciativa correspondiente, lo que a continuación se transcribe: “En estos preceptos se instituyen, de manera congruente con la Ley Orgánica de la Administración Pública vigente, las entidades paraestatales, reglamentando en su parte correspondiente al artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el objeto de regular la constitución, organización, funcionamiento, control, fusión extinción, transformación y disolución de las entidades paraestatales de la Administración Pública Federal así como sus relaciones con el Ejecutivo Federal o con sus dependencias”.¹⁹⁰ Además en ese mismo documento, con respecto a los fideicomisos, se expresa lo siguiente: “...se consignan normas específicas sobre los fideicomisos públicos, delimitando como tales a aquellos establecidos por la Administración Pública

¹⁹⁰ Ley Federal de las Entidades Paraestatales, Editorial Sista, 2003, p. 66

Federal, organizados de manera similar a los organismos descentralizados y a las empresas de participación estatal mayoritaria, que tengan como propósito auxiliar al Ejecutivo mediante la realización de actividades prioritarias, y se excluyen los que no cumplan los supuestos señalados”¹⁹¹.

Aunque en su artículo 2 la Ley Federal de las Entidades Paraestatales dice expresamente que “Son entidades paraestatales las que con tal carácter determina la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal”, lo que deja en claro que la identificación de dichas entidades está dada en esta última Ley, conviene hacer notar que en el texto de la primera se usan expresiones que un examen riguroso habría de llevar a resultados de diferencia.

En primer lugar, en el artículo 4 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales se alude a los fondos y fideicomisos públicos de fomento, haciendo una distinción entre fideicomisos públicos que no estaba contemplada en la mencionada Ley Orgánica y tampoco en la exposición de motivos; se trata pues de algo que genera incongruencia y por tanto debió haberse evitado, sobre todo por el hecho de que en ese mismo artículo se señala que, en unión de las demás instituciones que en el mismo están citadas, quedan sujetas a su legislación específica, la que en el caso de los mencionados fideicomisos era inexistente, de donde resulta que la distinción en nada contribuyó a la mejoría de las cosas, ya que en la práctica, los fideicomisos que pudieron haber quedado considerados en esa categoría, recibían desde la época de la promulgación de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales y siguen recibiendo a la fecha, el tratamiento de entidades paraestatales sin distinción respecto de las demás,¹⁹² lo cual se evidencia con la última publicación en el Diario Oficial de la Federación (15 de agosto de 2008) de la relación de entidades paraestatales en la cual están considerados siete fideicomisos que corresponden a la categoría de los fideicomisos de fomento económico que ahora contempla el segundo párrafo del artículo 3 de la Ley de Instituciones de Crédito.¹⁹³

¹⁹¹ Ibidem, p. 69

¹⁹² La expresión “fideicomisos de fomento”, al igual que la de “fondos”, se han venido usando en la práctica para referir a ciertos fideicomisos a través de los cuales se canalizan recursos en numerario para impulsar una actividad económica, o un sector productivo, o una zona o región de nuestro país, pero no estaban consideradas en legislación alguna, sino hasta la promulgación de la Ley de Instituciones de Crédito, en cuyo artículo 3 se aludió a los “fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico”, sin embargo esta mención no fue aclarada en dicha Ley, de manera tal que no pasó de ser una forma de referir algo sin que se pudiera precisar qué era ese algo. Pudiendo haberlo hecho pues está facultada para ello en la misma Ley, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público nunca dio a conocer algún criterio de interpretación sobre cuáles eran esos fideicomisos, y no fue sino hasta la reforma de febrero de 2008 a la Ley mencionada, que se hizo una precisión al respecto en el segundo párrafo del mismo artículo tercero. La precisión realizada, permite ahora saber a qué se refiere la expresión en cuestión, sin embargo, no implica modificación alguna en cuanto el carácter de entidades paraestatales que puedan tener esos fideicomisos si reúnen las características que se fijan en la ley de la materia, por lo que el valor o utilidad que se logra con la precisión es realmente mínimo y si se hubiese evitado la expresión eliminándola del texto de la Ley, tal vez hubiera sido mejor.

¹⁹³ En la relación de entidades paraestatales, se les incluye a esos siete fideicomisos bajo un rubro que expresamente dice “Fideicomisos Públicos que forman parte del Sistema Financiero Mexicano”, lo cual es erróneo porque el artículo 3 de la Ley de Instituciones de Crédito se refiere al Sistema Bancario Mexicano.

Otra diferencia podemos marcarla en relación a la identificación de la parte fideicomitente, pues según lo establece el artículo 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, los fideicomisos que forman parte de la administración paraestatal, son aquellos que "...el gobierno federal o alguna de las demás entidades paraestatales constituyen...", en cambio, en la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, se dice en el artículo 40, que "Los fideicomisos públicos que se establezcan por la Administración Pública Federal...", lo cual es un absurdo, pues no se identifica a persona alguna que actúe como fideicomitente. La Administración Pública es una mera referencia a un conjunto de instituciones que ejercen una función del Estado, la ejecutiva; Administración Pública no es persona de derecho y por tanto no puede actuar como fideicomitente; es, por así decirlo, una entelequia, una cosa irreal.

En la parte relativa a la estructura orgánica encontramos un tercer caso de diferencias. La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal señala que son fideicomisos públicos aquellos que cuenten con una "estructura orgánica análoga a las otras entidades". Esta expresión se ha interpretado siempre como que es una alusión a la estratificación, al acomodo en función de un orden jerárquico del conjunto de las personas que trabajen para una institución, en suma, a la organización misma, entendiéndose por ésta, a una entidad social, dirigida a metas, diseñada con una estructura deliberada y con sistemas de actividad coordinados, y vinculada con el ambiente externo. "Una organización existe cuando la gente interactúa para desempeñar funciones esenciales que la ayude a alcanzar metas"¹⁹⁴ "Organizar una empresa es dotarla de todos los elementos necesarios para su funcionamiento: materias primas, herramientas y útiles, capitales, personal. Pueden hacerse en este conjunto de elementos dos grandes divisiones: el organismo material y el organismo social...Provisto de los recursos materiales necesarios, el personal o cuerpo social debe ser capaz de desempeñar las funciones esenciales...en el mismo grado de desarrollo todos los cuerpos sociales se asemejan. Esta semejanza se explica por la igualdad de funciones en las empresas de la misma especie, o por la existencia de una mayoría de funciones semejantes en las empresas de especie diferente...Pero para crear un cuerpo social útil no basta agrupar a los hombres y asignarles sus funciones; es menester saber adaptar el organismo a las necesidades, hallar los hombres que se necesitan y colocar a cada uno de éstos en el lugar donde puede rendir el máximo de servicios..."¹⁹⁵. Aún con las peculiaridades de nuestro medio administrativo, es posible encontrar en sus instituciones, los rasgos que se han anotado antes, por lo que se refuerza la tesis aquí sostenida en el sentido de que se habla de la organización descrita.

Cuando en la Ley Federal de las Entidades Paraestatales se establece que los fideicomisos públicos serán los "...que se organicen de manera análoga a los organismos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria...", se coloca al intérprete en una disyuntiva pues la frase es ambigua y puede interpretarse, tanto en el sentido de una estructura orgánica del tipo de la citada en el párrafo anterior, como en el sentido de la forma legal.

¹⁹⁴ Daft Richard L. *Teoría y diseño organizacional*, 6ª ed, Trad de Adolfo Deras Quiñones, México, Thomson Editores, 1998, p. 11

¹⁹⁵ Fayol Henri, *Administración industrial y gerencial*, 2ª ed, Trad. de Constantino Dimitru, Barcelona, Ediciones Orbis, 1986, pp 60-64

Tómese en cuenta que respecto de los organismos descentralizados la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal deja abierta la posibilidad de que adopten cualquier estructura legal (artículo 45) y que en el caso de las empresas de participación estatal, la misma ley alude a figura societarias diversas, por lo que al hablar genéricamente de organización, nada impide que se entienda que se habla de la forma legal y a ese tipo de situaciones se lleva al intérprete sólo por una afán de originalidad que transforma el significado de las expresiones.

Requiere más atención el caso que ahora se habrá de considerar y que se refiere a los fines de los fideicomisos públicos. La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal les refiere un objetivo común cuando establece "...con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo...". Anotemos algo de inicio para evidenciar un defecto: en esa frase faltó citar que las atribuciones se desempeñan, o se atienden, o se desahogan, y con ello, hubiera tenido un sentido más claro, pero no siempre se logran idealmente las cosas al elaborar leyes. Hecho lo anterior es de mencionar que la frase a la que estamos aludiendo lleva implícita la idea de que el Estado tiene ciertas atribuciones para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, lo cual es congruente con el texto constitucional contenido en el artículo 25, cuyo párrafo quinto es del siguiente tenor literal: "Asimismo podrá participar por sí (se refiere al Gobierno Federal) o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo". En el marco de esta disposición de nuestra Constitución, se entiende que hay áreas prioritarias del desarrollo, que ameritan que se les impulse, es decir, se presupone la existencia de zonas, de contextos, de espacios en que se producen determinados fenómenos o se distinguen por ciertos caracteres geográficos, botánicos, zoológicos, económicos, administrativos, legales, etc., que requieren que una fuerza externa las empuje, incite, estimule. También se entiende conforme a la disposición que se comenta, que el Gobierno Federal podrá, por sí mismo, o en unión de los sectores social y privado, tomar el papel de esa fuerza externa que se ha mencionado. Ahora bien, en congruencia con lo anotado, en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, se establece que los fideicomisos públicos son medios de colaboración con el Ejecutivo Federal, a fin de que éste ejecute las atribuciones que el Estado tiene para impulsar las áreas de referencial. Los fideicomisos son sólo un soporte para el Ejecutivo Federal, de manera tal que éste cuente con los instrumentos necesarios para, en ejercicio de las atribuciones del Estado, estimular a las áreas prioritarias.

Este propósito se desvirtuó en el texto de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, pues textualmente se dice una cosa distinta cuando se habla de que los fideicomisos públicos "...tengan como propósito auxiliar al Ejecutivo mediante la realización de actividades prioritarias...". Conforme a este texto, ya no se trata de dar impulso a las áreas prioritarias, sino de realizar ciertas actividades a las que se llama, en esta ley, "prioritarias". No es lo mismo, desde ningún punto de vista, áreas que actividades, y tampoco es igual, impulsar que realizar. El sentido de las frases contenidas en las leyes que se han mencionado, habida cuenta del cambio de los vocablos que las integran, es totalmente diferente.

El cambio es significativo, pero no es el más grave, pues este calificativo corresponde al que se contiene en el texto de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, mismo que ahora habremos de citar. En el artículo 9 de esta Ley se contiene una regulación que no corresponde a la materia de la misma y esto se explica de la siguiente manera: dice su artículo 1º que tiene por objeto reglamentar los artículos 74 fracción IV, 75, 126, 127 y 134 de la Constitución, en materia de programación, presupuestación, aprobación, ejercicio, control y evaluación de los ingresos y egresos públicos federales. En una síntesis, se trata de la actividad presupuestal. Sin embargo, el contenido del mencionado artículo 9 se refiere a una materia que está establecida en el artículo 90 constitucional que ya se ha revisado en este trabajo, lo cual se comprueba fácilmente leyendo su texto que a continuación se transcribe en su parte inicial: “Artículo 9.- 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,...” Puesto que no se hace referencia ni a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, ni a la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, es clara la invasión de una materia que no es la que se pretende regular, habida cuenta del señalamiento contenido en el primer artículo de la Ley de Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y al cual se hizo alusión antes. El efecto de la invasión es grande, pues usando el género “fideicomisos públicos” que está regulado en el artículo 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, se extiende en su alcance hacia una figura que ésta Ley no contempla, que es la de los fideicomisos que no son entidades paraestatales, generando cierta confusión que convendría evitar. En este trabajo se ha aceptado que el género “fideicomisos públicos” cubre tanto los que son paraestatales como los que no lo son, sin embargo, no es conveniente que el uso de esa expresión se haga de manera incongruente, con un alcance en una ley y con otro alcance en otra ley. Más malo es el caso cuando que la ley a través de la cual se le da un sentido más amplio, lo hace regulando una materia que no le corresponde regular, como ocurre con la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria. La definición de los fideicomisos públicos corresponde hacerla en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, sin perjuicio de que, desde el punto de vista presupuestal se les regule, tanto a los paraestatales como a los que no lo son, para efectos del control en el manejo de los recursos públicos.

Lo que se anota, siendo inconveniente por sí mismo, lo es más en razón de lo que a continuación se apunta continuando en la transcripción del aludido artículo 9: “...con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias y estratégicas del desarrollo”. El texto que se acaba de transcribir, es idéntico al de la parte conducente del artículo 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, salvo porque se agrega el vocablo “estratégicas” que en ésta no se contempla. Según la Ley que regula la materia presupuestal, los fideicomisos públicos están también previstos para colaborar en áreas estratégicas, lo cual excede en mucho a lo que regula la ley que sí tiene esto por materia. Es evidente que estamos en presencia de una incoherencia de mucha importancia pues involucra temas de la mayor trascendencia en la vida jurídica e incluso

política del Estado Mexicano. Las actividades de carácter estratégico están reguladas y definidas en nuestra Constitución, en el cuarto párrafo del artículo 25 y en el cuarto párrafo del artículo 28, respectivamente, y en el siguiente párrafo de éste último se dice con toda claridad que “El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo...”, y aunque, como hemos visto en el primer capítulo de este trabajo, Villagordo Lozano parte de la noción de empresa para configurar al fideicomiso público, creemos que no es posible extender tal consideración como para afirmar que el texto constitucional incluye a los fideicomisos como un instrumento para el manejo de las áreas estratégicas. Se trata entonces de un problema de validez si lo vemos a la luz del texto constitucional, o por lo menos, si lo contemplamos únicamente en el enfoque de la incoherencia antes mencionada, de una antinomia de las que los estudiosos llaman impropias, “...toda vez que se refieren a distintos aspectos de tal ordenamiento, y no necesariamente a normas contradictorias jurídicamente”¹⁹⁶. Esta antinomia podría quedar resuelta, siguiendo el pensamiento de Álvarez Ledesma, por el criterio de especialidad, prevaleciendo entonces lo previsto en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. El hecho de que en el artículo 9 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria se haya anotado la palabra “estratégicas” para hacer referencia al propósito del establecimiento de los fideicomisos públicos, es un error muy grave que debe subsanarse eliminando de ese lugar a la mencionada palabra “estratégicas”, pues se trata de un defecto que pone en tela de juicio la constitucionalidad de la disposición y la congruencia del régimen del fideicomiso público.

B. Ciencia y Tecnología: un caso de excepción.

La regla general contenida en el artículo 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, señala que son fideicomisos públicos los que constituyen el gobierno federal o alguna de las demás entidades paraestatales.

Con base en dicha regla se tiene que cuando un organismo descentralizado o una empresa de participación estatal mayoritaria actúan como fideicomitentes y se dan los demás supuestos a que alude el citado artículo 47, el fideicomiso resultante tiene el carácter público y paraestatal.

Esa regla general tiene una excepción en el terreno de la ciencia y tecnología, pues los fideicomisos que en ese terreno constituya el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, no están sujetos al régimen que establecen la Ley antes mencionada y la Ley Federal de las Entidades Paraestatales.

El caso es significativo desde diversos puntos de vista, iniciando por el relativo a la importancia indudable que para el desarrollo del Estado Mexicano tiene la materia de la ciencia y tecnología, lo cual está plasmado en la Fracción I del artículo 2 de la Ley de Ciencia y Tecnología que a la letra dice:

¹⁹⁶ Álvarez Ledesma Mario I., *Introducción al derecho*, 1ª ed, México, Mc. Graw Hill, 1995, p. 261

“Artículo 2. Se establecen como bases de una política de Estado que sustente la integración del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, las siguientes:

- I. Incrementar la capacidad científica, tecnológica, de innovación y la formación de investigadores y tecnólogos para resolver problemas nacionales fundamentales, que contribuyan al desarrollo del país y a elevar el bienestar de la población en todos sus aspectos;...”*

Con claridad se dice en la disposición transcrita que la capacidad científica y tecnológica de nuestro país está directamente vinculada con la posibilidad de solución de los problemas fundamentales, y consecuentemente al incremento en los niveles de bienestar de la población, por lo que se trata de uno de los temas que mayor atención ameritan, en función de lo cual, si el fideicomiso es uno de los instrumentos que son aplicados a la consecución de esos propósitos, la figura se convierte también en algo de mucha trascendencia en la materia.

Es necesario destacar que el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, de conformidad con lo señalado en el artículo 2 de su Ley Orgánica, tiene por objeto ser la entidad asesora del Ejecutivo Federal y especializada para articular las políticas públicas del Gobierno Federal y promover el desarrollo de la investigación científica y tecnológica, la innovación, el desarrollo y la modernización tecnológica del país, y que, de conformidad con lo señalado en el último párrafo del artículo 4 de la misma Ley, al mencionado organismo se aplicará la Ley Federal de las Entidades Paraestatales en todo lo que no se oponga a su Ley Orgánica, es decir, prevalece ésta sobre aquella, constituyendo un caso más de entidades paraestatales que están sujetas a un régimen de excepción.¹⁹⁷

El Consejo en cuestión, está facultado para actuar como fideicomitente en diversos fideicomisos que, conforme a la Ley de Ciencia y Tecnología, están agrupados en dos categorías que reciben el nombre genérico, respectivamente, de Fondos Conacyt y Fondos de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico. Conforme a lo dispuesto en el artículo 26, fracciones V, VI, VII y IX de dicha Ley, para la creación de dichos Fondos (también modificación y extinción), se requiere exclusivamente de la aprobación del órgano de gobierno del Conacyt y de ninguna otra instancia; también ahí se

¹⁹⁷ Ya se ha visto antes que en un momento determinado de la vida del Estado Mexicano se consideró necesario establecer control sobre el comportamiento de las organizaciones que hoy día integran el sector paraestatal de la administración pública, los fideicomisos entre ellas, y eso en buena medida explica, por ejemplo, la evolución de la legislación presupuestal hasta llegar a la vigente Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, por lo que resulta contradictorio que poco a poco se vayan estableciendo los regímenes de excepción como el que se comenta. Tales regímenes van creciendo en número, en un proceso que funciona de manera inversa a la existencia de las entidades paraestatales que se han venido reduciendo. Esta es una más de esas paradojas que son de difícil comprensión para cualquier observador objetivo de la vida pública mexicana. Con motivo de recientes reformas a la Ley Federal de las Entidades Paraestatales (mayo de 2003, junio de 2006 y noviembre de 2008), se agregaron otras instituciones a esta situación, para que no esté tan lejos el día en que sea muy complicado entender la existencia de una excepción tan constante.

establece que las aportaciones de recursos se considerarán erogaciones devengadas del presupuesto federal, no se les considerará entidades paraestatales porque no tendrán personal propio para su funcionamiento, y los recursos que reciban como ingresos al igual que los que formen parte de su patrimonio a la extinción de ellos, pasarán a formar parte del fideicomitente.

Estas disposiciones marcan una notoria diferencia respecto de las reglas contenidas en la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria en la cual se establece que para constituir un fideicomiso se requiere la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y que los remanentes del ejercicio fiscal deben reintegrarse a la Tesorería de la Federación al igual que los recursos patrimoniales existentes al momento de la extinción de los fideicomisos públicos.

Como se puede ver, en lo que se refiere a la intervención del Conacyt como fideicomitente, el legislador optó por brindarle las oportunidades que prácticamente para ninguna otra instancia están conferidas. Si se toma en cuenta la ingente necesidad de impulsar el desarrollo científico y tecnológico de México, la regulación que se comenta está justificada, pero desde el punto de vista de la necesidad de propiciar que los funcionarios públicos ajusten su comportamiento a normas de aplicación general para facilitar el control y para beneficio de la transparencia en sus acciones, tal vez hubiera sido mejor constreñir el manejo de los fondos a los que se refiere la Ley de Ciencia y Tecnología, a las reglas que aplican para los fideicomisos públicos en general.

IV. PROPUESTA CONCEPTUAL DE MEJORAS EN LA REGULACIÓN.

El fideicomiso es una institución jurídica que ha mostrado ampliamente su utilidad, no obstante lo cual, como se comentó en la introducción de este trabajo, es motivo frecuente de críticas, curiosamente en sus aplicaciones públicas. No se conocen motivos de censura para las operaciones privadas en las que se toma como instrumento al fideicomiso, lo cual es muestra de que la existencia de problemas, es algo que se asocia a su manejo por las autoridades en acciones de gobierno, y que no afecta la esencia misma de la figura; no se ataca al fideicomiso per se, en tanto que tal; se cuestiona la manera en que se le maneja por los funcionarios públicos.

Es cierto que el fideicomiso, no obstante que desde 1932 se le incorporó de lleno a nuestra legislación, todavía suscita dudas y genera confusiones. El amplio trabajo doctrinario construido alrededor de esta figura, las decisiones de los tribunales al respecto, los cambios legislativos y el esfuerzo cotidiano, tanto de las instituciones que con ella prestan servicios, como de sus clientes, no han sido suficientes para lograr una cabal comprensión de sus alcances, de sus límites, de sus bondades que son muchas y de sus aspectos por mejorar que son, afortunadamente, los menos. Sigue siendo visto como algo extraño y difícil, incluso para el personal de las instituciones que prestan servicios fiduciarios, porque el común de quienes en ellas colaboran, encuentran más asequible la comprensión de cualquiera otro de los productos que ahí se

ofrecen, y cuando del fideicomiso se trata, o se le relega, o se le trata cual si fuese la más cara y fina de las mercancías materia de oferta; el caso es que pocos se atreven a acercarse y muchos prefieren tratarla de lejos.

Las circunstancias relatadas influyen para que el público en general, tenga una percepción equívoca del fideicomiso público y esté siempre dispuesto a pensar que se trata de algo propicio para disimular acciones de gobierno y también que se trata de algo que se mueve más cerca del terreno de la ilicitud que de lo positivo. Contribuye a ello, en muy buena medida, la actitud de los funcionarios públicos que poco se preocupan de dar cuenta fiel de sus acciones y tratan de no exponerse al escrutinio de la población, pues han encontrado que en nuestro medio es mejor no darse a notar para poder escalar en la pirámide laboral; también rehúyen las aclaraciones por temor a enfrentarse a lo desconocido, pues por lo regular ignoran las peculiaridades de la figura, desconocen sus aspectos técnicos y no comprenden las implicaciones de su regulación.

Con los comentaristas ocurre algo muy parecido pues, en el mejor de los casos, dejan traslucir su desconocimiento, pero para otros, las complicaciones propias del fideicomiso, son una buena razón para encontrar que todo está mal y que el fideicomiso se utiliza con aviesos propósitos de malversación de fondos y enriquecimientos inexplicables. Son los típicos cantantes de loas al escándalo y promotores del morbo que ven deformaciones hasta en la línea recta, siempre y cuando eso sea útil para que alguien acepte publicar alguno de sus escritos, y se atreven entonces, haciendo gala de torpeza, a criticar al fideicomiso y a hacer suponer que es la causa de muchos males, sin darse cuenta de que hablan de una gran institución que ha enriquecido de manera más que notable la vida jurídica de nuestro país, gracias a sus grandes cualidades que han sido materia de encomio por muchos de los más destacados juristas de México.

Ahora bien, siendo cierto como lo es, que entre los estudiosos del derecho el fideicomiso es una institución que genera admiración, interés, reflexión y que es, y seguirá siendo, fuente de esfuerzos productivos para el intelecto de sus cultivadores, también es cierto que en el terreno de lo público conviene que su regulación sea modificada para hacerla más precisa, congruente y armónica, con lo que se contribuiría a fortalecerla en aras a la transparencia y control. No se trata de sugerir que se le modifique en su esencia. No es así porque las normas esenciales no tienen los atributos de lo público ni de lo privado; son simplemente las normas que encierran la naturaleza de esta institución como quedó asentado en el primer capítulo de este trabajo. Se habla aquí de hacer cambios en aquellos aspectos, hasta cierto punto adjetivos del fideicomiso, que le dan, ellos sí, la condición pública. Se trata de las normas que dan identificación a la aplicación del fideicomiso para propósitos públicos, de las reglas que permiten definir cuándo un fideicomiso tiene la característica de ser público, porque, como se puede apreciar en la lectura de los anteriores apartados de este mismo capítulo, existen incongruencias significativas e incluso es cuestionable la validez de algunas disposiciones desde el punto de vista constitucional.

La mejoría en la regulación del fideicomiso público, si se llevara a cabo con mucho orden y concierto, buscando la sencillez y la simplificación de las normas, buscando también la claridad y la transparencia, daría a los funcionarios públicos muchas posibilidades de un comportamiento eficaz, sea para los propósitos de la supervisión de las acciones por las que se ejercen recursos públicos, sea para informar al público de los actos de gobierno, sea para aclarar y evitar la deformación de la información e impedir que la oscuridad aliente la suposición sin fundamento que tanto daña a gobernados y gobernantes.

La modificación tendría que iniciar por el mismo texto constitucional, en su artículo 90. Este artículo como es bien sabido, forma parte del Capítulo III del Título Tercero, y este Capítulo se refiere, textualmente, al Poder Ejecutivo; se trata de un conjunto de disposiciones que organizan a dicho órgano y que está depositado, según reza el artículo 80 constitucional, en un solo individuo que se denominará “Presidente de los Estados Unidos Mexicanos”. Si en nuestro régimen el Poder Ejecutivo es unipersonal, no hay razón alguna que justifique el empleo de una denominación genérica que hace difuso lo que de origen está claramente identificado. Se trata de la denominación contenida en la expresión “administración pública federal” que bien podría ser sustituida por otra en la que, con claridad, y en congruencia con lo dispuesto por el artículo 80 mencionado, se dijera que el Titular del Poder Ejecutivo se auxiliará de Secretarías de Estado y de instituciones con funciones delegadas a las que se llamará paraestatales, las cuales a su vez podrán ser de tres tipos, a saber, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria y fideicomisos. También resultaría conveniente señalar que la organización de las Secretarías de Estado y de las instituciones paraestatales, se llevará a cabo a través de una ley cuya materia será, precisamente, el organizarlas distribuyendo sus funciones y competencias.

Otro punto que amerita modificación en el texto constitucional, es el relativo a las áreas estratégicas y las áreas prioritarias. Conforme al texto en vigor, no hay suficiente claridad en la identificación de unas y otras, no obstante que en el cuarto párrafo del artículo 28 se contiene una especificación de las áreas estratégicas. Se trata de materias de la mayor importancia en la vida del Estado Mexicano y ello justifica un esfuerzo de precisión que es factible lograr. No se está proponiendo una definición de unas y otras porque eso resultaría asaz complicado; la propuesta va encaminada a puntualizar que la planeación de la actividad pública se hará en función de considerar que se atenderán áreas estratégicas y áreas prioritarias. Que las primeras son exclusivas del Estado y que las atenderá con apoyo en instituciones paraestatales (se diría cuáles de éstas) y que las áreas estratégicas son las que ahí mismo se especificarían. En lo que se refiere a las prioritarias, sería indispensable señalar, con toda claridad, que serán la base de la planeación y que en su atención podrán participar los sectores social y privado. También conviene especificar que la planeación se regulará en una ley especial y que en ella se establecerán criterios para la identificación de las áreas prioritarias, las cuales deberán especificarse en el Plan Nacional de Desarrollo que será el instrumento eje de toda la actividad del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, a diferencia de lo que ahora se anota cuando en el artículo 26 de la

misma Constitución se atribuye esa obligación a la Administración Pública Federal. Curiosamente es mejor en el aspecto técnico la Ley de Planeación, cuando en sus artículos 3 y 4 habla directamente del Ejecutivo Federal como responsable de las actividades de planeación.

En una primera impresión parecerá que lo asentado en el párrafo superior es una mera repetición de lo que ya se dice en el texto constitucional, sin embargo eso no será del todo cierto. Lo que ocurre es que lo que se está proponiendo es básica y fundamentalmente un cambio de forma, una modificación que hable de lo que ahora ya se trata en la Constitución, pero que lo haga de manera ordenada para tratar de evitar problemas de interpretación. Un ejemplo ayudará a aclarar lo que aquí se dice, para lo cual hacemos una transcripción de los párrafos cuarto y quinto del artículo 25 de la Constitución:

“El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el Artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan.

Asimismo podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo.”

Una lectura cuidadosa de los párrafos antes transcritos dará como resultado una duda principal: ¿cuál es el supuesto que se está regulando? De esa duda básica podríamos extraer otras secundarias: ¿El supuesto es la regulación de las áreas estratégicas, o de los organismos que ahí se citan? ¿Cómo se explica, lógicamente, la vinculación entre áreas estratégicas y organismos? Si la vinculación se sobre-entiende, ¿no sería mejor que se dijera? ¿Cuál es la acción que se encomienda al gobierno federal con base en esas disposiciones y respecto de las áreas estratégicas? ¿Qué significa tener a su cargo las áreas estratégicas? Con base en dichas disposiciones, ¿es claro que en las áreas estratégicas también habrá acciones para impulsarlas y organizarlas? Respecto de las áreas prioritarias, ¿qué significa participar con los sectores social y privado? ¿Significa acaso que se establecerán organismos y en ellos intervendrán los sectores social o privado? Si así fuera, ¿cuál será el alcance de su participación? ¿Accionaria por ejemplo, o sólo por vía de concesiones o permisos como se anota en el cuarto párrafo del artículo 28 en relación a la comunicación vía satélite y los ferrocarriles? ¿En dónde se define lo que son las áreas prioritarias?

En dichos párrafos se regulan, en realidad, varios supuestos y de diferente alcance. Es claro que la riqueza conceptual de este y otros preceptos de la Constitución es mucha, pero también es cierto que nada impide que el texto fundamental tenga convenientes precisiones en materias que son muy importantes, como parecen indicarlo, por lo menos en un plano estrictamente teórico, muchas de las 492 modificaciones¹⁹⁸ a artículos constitucionales.¹⁹⁹

¹⁹⁸ Fuente: Sumario de reformas publicado en la página electrónica de la Cámara de Diputados: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/sumario.htm>

¹⁹⁹ La definición clara y precisa de lo que es estratégico y lo que es prioritario, constituye la base de la planeación prevista en el texto constitucional. A esa conclusión se arriba en una interpretación sistemática

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal también requiere de cambios y adecuaciones. Con la experiencia a la fecha lograda a través de lo que se establece en varios ordenamientos, es recomendable que desde la primera mención a las instituciones paraestatales, se diga, en el caso de los fideicomisos, que son públicos. Este calificativo, en el texto en vigor de los ordenamientos que se comenta, se aporta hasta el texto del artículo 47 y se omite en el artículo 3 al cual aquél remite, lo que evidencia una incongruencia que genera dudas sobre la validez de lo que se anota en el texto del citado artículo 47, en función de la remisión que en el mismo se hace.

Otra modificación conveniente consiste en hacer una puntualización de las características que tendrán los fideicomisos públicos paraestatales. Se trata de convertir el texto que ahora es indicativo, en un texto ordinal, pues de esta forma no habría duda de que se están citando componentes de un todo, en ausencia de los cuales no se configura al fideicomiso público paraestatal. Es importante lograr una definición de lo que se considera estructura orgánica, tal vez siguiendo como ejemplo a la Ley de Ciencia y Tecnología, en la que sin ambages se dice que los Fondos que en la misma se regulan no tendrán personal propio, aunque claro es que en el caso de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de lo que se trata es de precisar exactamente lo contrario, es decir, que sí tendrán personal contratado para la exclusiva realización de sus fines.

Debe mejorarse en mucho la referencia a las áreas prioritarias, pues el texto en vigor es particularmente confuso en ese tema. Aquí hay involucrada una cuestión de principio que tendría que ser definida y que consiste en aclarar si el Ejecutivo Federal pone en práctica acciones (por sí solo o en unión de los sectores social y privado) para atender las áreas prioritarias, o pone en juego acciones para propiciar que otros las atiendan, o ambas cosas, y en su caso cuál es el papel que jugarán los fideicomisos.

También es necesario dejar en claro que la organización que en esa Ley se plantea para el sector paraestatal, será reglamentada a través de una ley especial, con lo que se harán precisiones que dejarían claramente sentados los principios de interpretación.

y armónica de los artículos 25, 26 y 28. La planeación, entendida como lo hace Arturo Pueblita Pelisio (Elementos económicos en las constituciones de México, 2ª ed. México, Trillas, 1987, pp. 154 y 155), como “una previsión científica del futuro, en la que se armonizan de manera consciente y racional, recursos, voluntades, en aras de alcanzar el crecimiento y la estabilidad económica y social”, es una herramienta fundamental, que debe iniciar en el texto de la propia Constitución que debe seguir un mínimo orden indispensable para lograr que las bases de la citada planeación sean sólidas y fuertes, a diferencia de lo que ahora ocurre en que son débiles por difusas, porque como bien dice Pueblita, “las sociedades democráticas modernas deben contar con un sistema de planeación que se alimente del espíritu de la democracia en todos los niveles de vida, como la voluntad general, perpetua y renovada de procurar el desarrollo humano integral. Es por ello que, en México, el constituyente entiende por planeación democrática el método que inspira la actividad pública, organiza sus tareas y cumple con las obligaciones que el ejercicio gubernamental entraña y, al mismo tiempo, permita incorporar en él las aspiraciones y demandas de la sociedad en sus múltiples formas de organización”.

La Ley Federal de las Entidades Paraestatales debería contener en su texto una clara mención de su finalidad reglamentaria de la estructura paraestatal cuyas bases están planteadas en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y en ese tenor de cosas, simplemente repetir lo que esté contenido en la Ley Orgánica para definir lo que son los fideicomisos públicos paraestatales. Su función reglamentaria estaría enfocada a proporcionar detalles de la organización y funcionamiento, pero sin variar, como ahora ocurre, la definición contenida en la Ley a la que reglamenta.

El punto más arduo es el de la precisión sobre lo prioritario. El mismo texto constitucional es incongruente al respecto, pues en el artículo 25 se le refiere en función de áreas, lo cual se repite en el cuarto párrafo del artículo 28, sin embargo en el párrafo quinto del mismo artículo se habla de áreas estratégicas y de actividades prioritarias. Por su parte, la Ley de Planeación no ofrece ninguna precisión al respecto, ya que en sus artículos del 21 al 26, inclusive, se mencionan “prioridades”, pero no hay alusión ni a áreas ni a actividades. La indefinición priva al respecto y estamos en presencia de algo que es medular, pues sin olvidar la incongruencia que ya se ha señalado, el texto constitucional hace una división entre lo estratégico y prioritario que debe regir y regular toda la actividad del Ejecutivo Federal.

Finalmente, se reitera lo que ya se dijo en líneas superiores: no hay ninguna explicación que justifique la inclusión de las áreas estratégicas en el texto del artículo 9 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, y por tanto debe eliminarse.

A manera de conclusión se apunta que, como todo en lo administrativo, el fideicomiso público debe contar con una regulación muy clara, muy ordenada, muy bien hecha, para bien del manejo de la figura, para su fortalecimiento, para su eficacia, pero también para ayudar a contener en límites claramente definidos, a las autoridades federales, y así evitar que hagan uso del fideicomiso en asuntos diversos tratando de extender la flexibilidad de la figura, hasta el punto en que se vuelve muy difusa la línea divisoria entre lo que es y no es lícito, porque como dijera el sabio Montesquieu, *“Para que no se abuse del poder, es necesario que le ponga límites la naturaleza misma de las cosas”*.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El fideicomiso es una operación jurídica que forma parte de los servicios que los intermediarios financieros están facultados para prestar, y aunque en la práctica de dichos intermediarios no es la principal de las actividades que llevan a cabo, sí es muy significativa, entre otras razones porque en su nombre identifica la esencia misma de su labor, ya que fideicomiso significa, literalmente, “encomienda de confianza”.

SEGUNDA: El fideicomiso, es por naturaleza, un negocio jurídico, entendiendo que el negocio jurídico se caracteriza por ser la operación en virtud de la cual las partes pactan libremente la realización de ciertas finalidades porque el orden jurídico así lo permite, a diferencia de lo que ocurre con los actos jurídicos que se singularizan porque el alcance de sus consecuencias está predeterminado por la legislación.

TERCERA: El fideicomiso implica necesariamente la transmisión de propiedad de los bienes materia del mismo. Lo es así, porque las disposiciones en vigor lo establecen de manera expresa, pero lo era de la misma manera desde antes, porque al aceptar que así sea, los tribunales reconocieron una característica que es fundamental para los efectos de lograr certeza y seguridad jurídicas, sin embargo, desde un punto de vista doctrinal, la afectación a la que están sujetos los bienes fideicomitados, permite sustentar, con fuerza, la tesis de que el propietario sigue siendo el fideicomitente, y que el fiduciario es titular de los derechos necesarios para la realización del fin establecido por aquél, entre los cuales puede estar considerada la transmisión a terceros de la propiedad en un sentido tradicional, pleno, romanista.

CUARTA: La propiedad (usando el término porque la ley lo contempla) que el fiduciario tiene, es una propiedad *sui generis*; no se trata de la noción tradicional de propiedad, porque conforme a ésta no es posible explicar la noción de afectación que caracteriza al fideicomiso y que implica una limitación para el “propietario” de los bienes materia de un fideicomiso. La mejor denominación posible es la de “propiedad fiduciaria” y conviene aceptar que con ella se está caracterizando un nuevo derecho íntimamente vinculado a la noción de patrimonio de afectación.

QUINTA: Las nociones de encomienda y afectación, son fundamentales para la comprensión de nuestro fideicomiso. La encomienda da origen a la operación; es el encargo que se hace a alguien y lleva implícito el depósito de confianza. La afectación es la médula misma de la encomienda, pues es el destino que se marca para los bienes materia del fideicomiso y que constituye una limitación a las posibilidades de disposición que tiene sobre los bienes el receptor de la encomienda.

SEXTA: El fideicomiso es una operación usual para los propósitos de gobierno, aunque en ciertas etapas se abusó de su aplicación. El marco regulador del

fideicomiso público es una respuesta clara a la evolución que la utilización de la figura ha tenido en el terreno de lo público.

SÉPTIMA: El fideicomitente en los fideicomisos públicos es el Estado Mexicano y conviene eliminar el empleo equívoco de expresiones como “gobierno federal” o “administración pública” que no identifican en puridad, a ninguna persona moral, y por tanto no es adecuado referirse a ellas para los efectos de señalar a quien actúa como creador de un fideicomiso público.

OCTAVA: En un fideicomiso público pueden identificarse fideicomisarios, sin embargo lo más adecuado resulta no hacerlo para efectos de lograr congruencia con los propósitos públicos que deben alentar el establecimiento de esta clase de fideicomisos, por lo menos en el terreno federal, ya que uno de los principios rectores de los mismos los vinculan a las prioridades del desarrollo nacional y ello da la pauta para considerar que deben caracterizarse por fines de beneficio colectivo, de manera tal que la identificación de fideicomisarios podría particularizar y podría constituir un obstáculo para los casos de modificación o extinción del fideicomiso, en la medida en que se requiere la intervención de todas las partes, incluidos, desde luego, los aludidos fideicomisarios.

NOVENA: Pueden ser materia de los fideicomisos públicos, todo tipo de bienes del Estado Mexicano, en la inteligencia de que para los efectos de transmisión de propiedad que el fideicomiso implica, habrán de cumplirse las formalidades que en cada caso la ley prevé. Es de destacar que la mayor parte de los fideicomisos públicos se establecen mediante la afectación de recursos en numerario, lo cual provoca la existencia de disposiciones específicas en la materia, desde el punto de vista del régimen presupuestal público.

DÉCIMA: El género que identifica a los fideicomisos que constituye el Estado Mexicano, es el de “fideicomisos públicos”. De ese género es posible extraer dos partes o especies, que son los fideicomisos paraestatales y los fideicomisos no paraestatales. Cada una de estas dos clases tiene una regulación especial en términos de la legislación reguladora de las entidades paraestatales y en términos de la legislación presupuestal.

DÉCIMA PRIMERA: La legislación que regula al fideicomiso público ha sido objeto de una evolución ligada al uso de la figura por el Estado Mexicano. En los inicios de la vigencia del fideicomiso a propósito de la promulgación de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, desde el punto de vista de la actividad pública, no hubo más disposiciones que las contenidas en dicha ley, sin embargo, a paso y medida en que el Estado Mexicano recurrió a esta figura de manera cada vez más frecuente, fue necesario establecer más normas tendientes a controlar la actividad administrativa en este terreno, lo cual ha provocado al paso del tiempo un exceso en la regulación.

DÉCIMA SEGUNDA: El exceso en la regulación provoca inconvenientes en diversos ámbitos de actividad, pero los más importantes de esos inconvenientes se manifiestan en tanto que la legislación contiene incongruencias que deben eliminarse.

DÉCIMA TERCERA: Las incongruencias afectan siempre a las posibilidades del cumplimiento eficaz de las normas correspondientes y eso es de la mayor importancia tratándose de reglas destinadas a regular el comportamiento de los órganos de gobierno, como ocurre a propósito de las normas que regulan al fideicomiso público.

DÉCIMA CUARTA: Hay incongruencias entre normas contenidas en leyes secundarias a nuestra Constitución, pero las hay también en el texto constitucional.

DÉCIMA QUINTA: Las incongruencias en las leyes secundarias a nuestra Carta Magna, por lo menos en un caso, revisten especial importancia porque implican una variante sobre el régimen que en la propia Constitución se establece para las actividades o áreas estratégicas y prioritarias, de donde resulta que estamos en presencia de un caso de inconstitucionalidad que afecta el régimen del fideicomiso público en su regulación presupuestal contenida en la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

DÉCIMA SEXTA: Las incongruencias deben subsanarse, y para ello es indispensable efectuar una revisión de normas constitucionales contenidas en los artículos 25, 26 y 28 de la Constitución, así como normas que forman parte de las Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ley Federal de las Entidades Paraestatales, Ley de Planeación y la ya citada Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

BIBLIOGRAFÍA

1. **Acosta Romero, Miguel**, *Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*, 1ª ed. México, Banco Mexicano Somex, 1982
2. **Álvarez Ledesma Mario I.**, *Introducción al derecho*, 1ª ed, México, Mc. Graw Hill, 1995.
3. **Batiza, Rodolfo**, *El fideicomiso, teoría y práctica*, 3ª ed. México, Porrúa, 1976.
4. **Bauche Garciadiego, Mario**, *Operaciones bancarias*, 3ª ed. México, Porrúa, 1978.
5. **Bejarano Sánchez Manuel**, *Obligaciones civiles*, decimoséptima reimpresión de la 5ª ed, México, Oxford, 2008.
6. **Borja Soriano, Manuel**, *Teoría general de las obligaciones*, 9a ed, México, Porrúa, 1984.
7. **Burgoa Ignacio**, *Las garantías individuales*, 10a ed. México, Porrúa, 1977.
8. **Cervantes Ahumada, Raúl**, *Títulos y operaciones de crédito*, 13ª ed., México, Editorial Herrero, 1984.
9. **Correas Oscar**, *Metodología jurídica II*, 1ª ed, Fontamara, México, 2006, p. 207.
10. **Daft Richard L.** *Teoría y diseño organizacional*, 6ª ed, Trad de Adolfo Deras Quiñoñes, México, Thomson Editores, 1998.
11. **De Castro y Bravo, Federico**, *El negocio Jurídico*, reimpresión de la 2ª ed, Madrid, España, Editorial Civitas, 1991.
12. **De la Fuente Rodríguez Jesús**, *Tratado de derecho bancario y bursátil*, 5ª ed., actualizada, México, Porrúa, 2007.
13. **De la Garza Sergio Francisco**, *Derecho financiero mexicano*, 6ª ed. México, Porrúa, 1975.
14. **De la Mata Pizaña Felipe y Garzón Jiménez Roberto**, *Bienes y derechos reales*, 1ª ed. Porrúa, México, 2005.
15. **Domínguez Martínez, Jorge Alfredo**, *El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico*, 3ª ed. México, Porrúa, 1982.
16. **Domínguez Martínez, Jorge Alfredo**, *Dos aspectos de la esencia del fideicomiso mexicano*, 3ª ed, México, Porrúa, 2000.
17. **Domínguez Martínez, Jorge Alfredo**, *El fideicomiso de antes y de ahora*, México, Porrúa y Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2008.
18. **Domínguez Martínez Jorge Alfredo**, *Derecho civil teoría del contrato. Contratos en particular*, 2ª ed. México, Porrúa, 2007.
19. **Fayol Henri**, *Administración industrial y gerencial*, 2ª ed, Trad. de Constantino Dimitru, Barcelona, Ediciones Orbis, 1986.
20. **Ferrajoli Luigi**, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª ed. Madrid, Trotta, 2006.
21. **Figueroa Luis Mauricio**, *Contratos Civiles*, 1ª ed. México, Porrúa, 2007,
22. **Fraga, Gabino**, *Derecho Administrativo*, 45ª ed., revisada y actualizada por Manuel Fraga, México, Porrúa, 2006.

23. **Gallegos Alcántara Eridani**, *Bienes y derechos reales*, 1ª ed, México, Iure editores, 2004.
24. **García Máynez, Eduardo**, *Introducción al Estudio del Derecho*, 24ª ed, México, Porrúa, 1975.
25. **Gutiérrez y González, Ernesto**, *Derecho de las obligaciones*, 16ª ed aumentada y puesta al día por la Dra. Raquel Sandra Contreras López, México, Porrúa, 2007.
26. **Gutiérrez y González Ernesto**, *Derecho administrativo y derecho administrativo al estilo mexicano*, 1ª ed. México, Porrúa, 1993.
27. **Gutiérrez Sáenz Raúl**, *Historia de las doctrinas filosóficas*, 16ª ed. México, Esfinge, 1985.
28. **Hernández, Octavio A.**, *Derecho bancario mexicano*, México, Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, Tomo II, 1956.
29. **Ibarrola, Antonio de**, *Cosas y sucesiones*, 6ª ed.. México, Porrúa, 1986.
30. **Larenz Karl**, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed. Trad. de M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 2001.
31. **Lemus García Raúl**, *Derecho romano (personas-bienes-sucesiones)*, México, Editorial Limsa, 1964.
32. **Lepaulle, Pierre**, *Tratado teórico práctico de los trusts*, 1ª ed. México, Porrúa, 1975.
33. **Margadant S. Guillermo F.**, *El Derecho privado romano*, 26 ed., México, Esfinge, 2008.
34. **Martínez Morales Rafael I.**, *Derecho administrativo, 2º curso*, 4ª ed., México, Oxford, 2007.
35. **Miranda Pérez Armando**, "Nociones de derecho constitucional presupuestario", en Nava Escudero Oscar y Ortega Maldonado Juan Manuel, (coordinadores), *Derecho presupuestario (temas selectos)*, México, Porrúa, 2006.
36. **Monserri Ortiz Soltero Sergio**, *El fideicomiso mexicano*, 3ª ed. Porrúa, México, 2006.
37. **Montesquieu**, *El espíritu de las leyes*, versión castellana de Nicolás Estévanez, Buenos Aires, Ediciones Libertad, 1944.
38. **Ortiz Urquidi Raúl**, *Derecho civil. Parte general*, 3ª ed. México, Porrúa, 1986
39. **Ortega González Jorge**, *Derecho Presupuestario mexicano*, 1ª ed., México, Porrúa y Universidad Iberoamericana, 2007.
40. **Petit, Eugène**, *Tratado elemental de derecho romano*, trad. de José Fernández González, México, Editora Nacional, 1952.
41. **Rico Álvarez Fausto, Garza Bandala Patricio y Hernández de Rubín Claudio**, *De la persona y de la familia en el código civil para el Distrito Federal*, 2ª ed., México, Porrúa, 2007.
42. **Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio**, *Teoría general de las Obligaciones*, 3ª ed. México, Porrúa, 2007.
43. **Rodríguez y Rodríguez Joaquín**, *Derecho mercantil*, 15ª ed. México, Porrúa, 1980.
44. **Rojina Villegas Rafael**, *Compendio de Derecho Civil*, 5ª ed, México, Porrúa, 1970, T I, Introducción, personas y familia.

45. **Rojina Villegas, Rafael**, *Compendio de derecho civil*, 3ª ed, México, Porrúa, 1970, T II, bienes, derechos reales y sucesiones.
46. **Rojina Villegas Rafael**, *Compendio de derecho civil*, 26ª ed, México, Porrúa, 1999, Tomo IV, Contratos.
47. **Rojina Villegas Rafael**, *Teoría general de las obligaciones o derechos de crédito*, Tomo II, México, El Nacional, 1943.
48. **Rousseau Jean Jacques**, *El contrato social*, trad de Enrique Azcoaga, Madrid, Sarpe, 1983.
49. **Ruiz Torres, Humberto Enrique**, *Derecho bancario*, 1ª ed., México, Oxford, 2003.
50. **Sánchez Bringas Enrique**, *Derecho constitucional*, 2ª ed. México Porrúa, 2000.
51. **Sánchez Medal, Ramón**, *De los contratos civiles*, 2ª ed, México, Porrúa, 1973.
52. **Sanchez Vázquez Rafael**, *Metodología de la ciencia del derecho*, 1ª ed, México, Porrúa, 1995.
53. **Serra Rojas, Andrés**, *Derecho administrativo*, 5ª ed. México, 1972, Tomo II.
54. **Sepúlveda Sandoval Carlos**, *Contratos civiles*, 1ª ed. México, Porrúa, 2006.
55. **Tapia Ramírez Javier**, *Bienes. Derechos reales, derechos de autor y registro público de la propiedad*, 2ª ed., México, Porrúa, 2007.
56. **Tena Ramírez Felipe**, *Derecho constitucional mexicano*, 23a ed. México, Porrúa, 1989.
57. **Villagordoa Lozano, José Manuel**, *Doctrina general del fideicomiso*, 2ª ed. México, Porrúa, 1982.
58. **Villoro Toranzo Miguel**, *Introducción al Estudio del Derecho*, 6ª ed. Porrúa, México, 1984.
59. **Wallerstein Immanuel** (coord), *Abrir las ciencias sociales*, 9ª ed en español, México, Siglo XXI editores en coedición con el Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, 2006.

DICIONARIOS

1. **Abbagnano, Nicola**, *Diccionario de filosofía*, 1ª ed en español, 3ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1983
2. **Burgoa Ignacio**, *Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo*, 2ª ed. México, Porrúa, 1989.
3. **Cisneros Farías Germán**, *Diccionario jurídico: más de 750 frases y aforismos latinos*, 1ª ed, México, Trillas, 2006.
4. **Corripio Fernando**, *Diccionario Etimológico general de la Lengua Castellana*, 3ª ed, Barcelona, Bruguera, 1984.
5. **Gómez de Silva Guido**, *Diccionario Etimológico de la Lengua Española*, México, El Colegio de México y Fondo de Cultura Económica, 1988.

6. **Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española**, <http://buscon.rae.es/drael/>
7. **Instituto de Investigaciones Jurídicas**, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.
8. **Pina, Rafael de y Pina Vara, Rafael de**, *Diccionario de Derecho*, 33ª ed. México, Porrúa, 2004.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
 Código Civil Federal.
 Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público
 Ley de Ciencia y Tecnología
 Ley de Concursos Mercantiles
 Ley de Instituciones de Crédito.
 Ley Federal de las Entidades Paraestatales.
 Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.
 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
 Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
 Ley para el Control por parte del Gobierno Federal de los Organismos.
 Descentralizados y Empresas de Participación Estatal (Hoy abrogada).
 Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria
 Circular 1/2005 del Banco de México.
 Decreto por el que se establecen bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el gobierno federal (Hoy abrogado).

OTRAS FUENTES

Nacional Financiera, *Principales fondos de fomento económico, 1986-1987*
<http://buscon.rae.es/drael/>
<http://www.banxico.org.mx>
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>
<http://es.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Portada>
<http://www.juridicas.unam.mx>
<http://www.scjn.gob.mx>
<http://www.shcp.gob.mx>