

177
29



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**EL FIDEICOMISO PARA LA COBERTURA
DE RIESGOS CAMBIARIOS**

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ALEJANDRA MARIA CHAVEZ LOPEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, MEXICO D. F., JUNIO DE 1988



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

Introducción	i.
Lista de Abreviaturas Usadas	iii.
Capítulo Primero.- <u>El Fideicomiso</u>	
I.1 Antecedentes	1
A) En el Derecho Romano	1
B) En el Derecho Inglés	3
C) En el Derecho Norteamericano	4
D) En el Derecho Mexicano	5
I.2 Concepto	9
I.3 Elementos	9
A) El Fideicomitente	9
B) El Fiduciario	14
C) El Fideicomisario	19
I.4 Otros Elementos	22
A) El Patrimonio	22
B) La Finalidad y Objeto	23
C) El Comité Técnico	24
I.5 Características Propias Sobre el Fideicomiso	25
A) Su Constitución	25
B) Vigencia	26
C) Prohibiciones	27
D) Nulidad	27
E) Extinción	28
I.6 Clasificación de los Fideicomisos	29
I.7 Consideraciones Acerca de la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso	31
A) El Fideicomiso como Negocio Fiduciario	31
B) El Fideicomiso como Declaración Unilateral de Voluntad	33
C) El Fideicomiso como Contrato	35
Notas del Capítulo Primero	37

Capítulo Segundo.- <u>El Fideicomiso Público en México</u>	
II.1	Concepto 42
II.2	Su Encuadramiento como Entidad de la Administración Pública Paraestatal 43
II.3	Elementos 45
	A) El Fideicomitente 45
	B) El Fiduciario 47
	C) El Fideicomisario 48
II.4	Otros Elementos 49
	A) El Patrimonio 49
	B) Objeto y Finalidad 51
	C) El Comité Técnico 53
	D) Los Delegados Fiduciarios 55
II.5	Su Constitución, Registro, Modificación y Extinción 57
II.6	La Coordinación y Agrupación Sectorial 61
II.7	Control, Vigilancia y Evaluación 63
II.8	Marco Jurídico 66
	Notas del Capítulo Segundo 69
 Capítulo Tercero.- <u>El Fideicomiso para la Cobertura de los Riesgos Cambiarios ["FICORCA"]</u>	
III.1	La Situación Económica del País Previa a la Constitución del FICORCA 73
III.2	El Régimen de Control de Cambios 78
III.3	Su Constitución 82
	A) El Acuerdo por el que se Autoriza la Constitución del FICORCA 82
	B) El Contrato Constitutivo 84
	- El Objeto y Finalidad del FICORCA 85
	- Su Patrimonio 86
	- Sus Operaciones y Actividades 88

- El Comité Técnico	92
- Control y Vigilancia	95
- Duración	96
III.4 Ventajas del Uso de la Figura del Fideicomiso ..	97
Notas del Capítulo Tercero	100
Capítulo Cuarto.- <u>Programas de Cobertura de Riesgos</u> <u>Cambiarior Administrados por el</u> <u>FICORCA</u>	
IV.1 Antecedentes	103
A) El "Programa Especial Depósito-Crédito"	103
B) El "Programa de Reporto Sobre Divisas"	105
IV.2 Programas para la Cobertura de Riesgos Cambiarior a la Deuda Comercial Administrados por el FICORCA	107
A) Programas para el Pago de Adeudos a Favor de Proveedores del Extranjero	107
- El "Programa para el Pago de Adeudos Vencidos a Favor de Proveedores del Extranjero"	107
- El "Programa para el Pago de Vencimientos Corrientes de Adeudos a Corto Plazo a Favor de Proveedores del Extranjero"	110
- El "Programa para el Pago de Adeudos a Favor de Proveedores del Extranjero"	111
B) Programas de Cobertura a Créditos Otorgados, Garantizados o Asegurados por Organismos Oficiales del Exterior	112
- El "Programa de Cobertura Transitoria" ..	117
IV.3 Programas para la Cobertura de Riesgos Cambiarior a la Deuda Financiera Administrados por el FICORCA	117
A) El "Programa de Cobertura de Riesgos Cambiarior Derivados de Endeudamientos Externos"	118
a) Sistema 1 (Contrato 1)	119

b)	Sistema 2 (Contrato 2)	120
c)	Sistema 3 (Contratos 3 y 4)	121
d)	Sistema 4 (Contratos 5 y 6)	121
-	Generalidades Respecto al Programa y a los Contratos de Cobertura	122
-	Los "Depósitos de Cobertura Transitoria"	129
B)	El "Programa de Cobertura de Riesgos Cambiarios Correspondientes a Nuevos Endeudamientos Externos"	130
C)	El "Programa para la Cobertura de Riesgos Cambiarios Correspondientes a Nuevas Reestructuraciones de Adeudos"	132
	Notas del Capítulo Cuarto	135
	Capítulo Quinto.- <u>El Refinanciamiento del Adeudo a Cargo del FICORCA</u>	
V.1	Antecedentes	137
V.2	El "Programa de Refinanciamiento del Adeudo a Cargo del FICORCA"	139
A)	Obligaciones del FICORCA Sujetas a Refinanciamiento	141
B)	Obligaciones No Sujetas al Programa	141
C)	Obligaciones Excluíbles	142
V.3	Ventajas y Desventajas del Programa	142
A)	Ventajas y Desventajas para los Acreedores ..	142
B)	Ventajas y Desventajas para las Empresas ...	144
V.4	El Contrato de Refinanciamiento de la Deuda a Cargo del FICORCA	145
A)	Generalidades	145
B)	Formalidades	147
C)	La Garantía de Pago por parte del Gobierno Federal	148
D)	Jurisdicción	150
E)	Ley Aplicable	152
	Notas del Capítulo Quinto	154

Conclusiones	155
Bibliografía General	161
Apéndice "A"	170

INTRODUCCION

Los acontecimientos económicos internacionales de finales de los años 70's y principios de los 80's entre los que figuraron la baja sustancial en los precios del petróleo y la recesión económica de los países industrializados, produjeron una profunda desestabilización de nuestra balanza de pagos así como de los sistemas financiero y cambiario.

Durante la presente Administración se ha realizado un esfuerzo continuo por sanear las finanzas públicas y disminuir el tamaño del sector público al igual que reestructurar la deuda externa tanto pública como privada a fin de hacer más eficiente el funcionamiento de la economía.

En el año de 1983, con el establecimiento del Fideicomiso para la Cobertura de Riesgos Cambiarios y la primera reestructuración de pasivos del sector privado con los acreedores del exterior por un monto aproximado de 11,500 millones de dólares, se iniciaron las gestiones para aliviar el peso de la deuda externa privada que amenazaba con paralizar a la planta productiva nacional. Desde entonces, los esfuerzos de reestructuración de esta deuda se han llevado a cabo dentro de lo posible en forma paralela a las negociaciones de la deuda pública externa.

La reestructuración de 1983 se basó primordialmente en el supuesto de que para cuando se presentaran los vencimientos de principal bajo los adeudos reestructurados, las empresas habrían recuperado el acceso al mercado externo del crédito. Sin embargo, esta situación no se ha presentado por lo que ha sido menester implementar un mecanismo de refinanciamiento de los pagos de pasivo por un monto aproximado de 3,500 millones de dólares que dicho Fi-

deicomiso en su oportunidad vaya haciendo a los acreedores.

Es el propósito del presente trabajo realizar un análisis del Fideicomiso para la Cobertura de Riesgos Cambiarios como un mecanismo a través del cual el Gobierno Federal administra programas de cobertura de riesgos cambiarios en favor de empresas establecidas en nuestro país, tanto públicas como privadas, respecto a sus adeudos en moneda extranjera en favor de acreedores del exterior, tendiendo a evitar el otorgamiento de subsidios.

El Capítulo Primero, a manera de introducción, tiene como finalidad determinar los elementos, efectos y características generales de la figura del fideicomiso dentro del ámbito del derecho privado. El Capítulo Segundo pretende establecer las notas distintivas del fideicomiso público, gubernamental o de estado frente a la figura del fideicomiso privado.

Se analizarán en el Capítulo Tercero los aspectos jurídicos en torno al FICORCA como fideicomiso integrante de la Administración Pública Paraestatal para después, en el Capítulo Cuarto hacer algunas consideraciones respecto a los programas que éste administra.

Finalmente, el Capítulo Quinto se referirá al acuerdo para refinanciar el adeudo a cargo del FICORCA en favor de las instituciones financieras del exterior, así como al contrato que lo documenta, poniendo de relieve los aspectos más importantes del mismo dentro del marco del Derecho Administrativo.

ABREVIATURAS USADAS

BANCOMEXT	Banco Nacional de Comercio Exterior
CC	Código Civil para el Distrito Federal
C.COM	Código de Comercio
CFE	Código Fiscal de la Federación
CPF	Costo Porcentual Promedio de Captación
EXIMBANK	Banco de Exportaciones e Importaciones (<u>"Export-Import Bank"</u>)
FCIA	Asociación Aseguradora del Crédito Externo (<u>"Foreign Credit Insurance Association"</u>)
FICORCA	Fideicomiso para la Cobertura de Riesgos Cambiarios
NAFIN	Nacional Financiera, S.N.C.
PIRE	Programa Inmediato de Reordenación Económica
LFEP	Ley Federal de las Entidades Paraestatales
LFRSP	Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos
LGBN	Ley General de Bienes Nacionales
LGDP	Ley General de Deuda Pública
LGIC	Ley General de Instituciones de Crédito
LGTOC	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
LIBOR	Tasa Interbancaria de Eurodólares Ofrecida por los Principales Bancos en Londres (<u>"London Interbank Offered Rate"</u>)
LOAPF	Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
LOBM	Ley Orgánica del Banco de México
LPCGF	Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público
LRSFPC	Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito

CAPITULO PRIMERO

El Fideicomiso

I.1 Antecedentes

A) En el Derecho Romano

Los antecedentes más remotos del fideicomiso actual son tres instituciones del derecho romano que surgieron con el fin de evadir el rígido formalismo jurídico imperante, así como para satisfacer las necesidades de confianza requerida para ciertos actos. Estas tres instituciones fueron el fideicomiso testamentario, la fiducia o pacto fiduciario y la substitución.

- El Fideicomiso Testamentario.- Esta figura tenía como objeto eludir numerosas incapacidades existentes para tener derecho a ser designado heredero. De esta forma, el autor de la herencia transmitía parte o la totalidad de sus bienes a una persona que contara con capacidad para heredar (testamenti actio passiva)⁽¹⁾ a fin de que esta persona los transmitiera a otra que no fuera capaz para heredar. Tal disposición en su origen civilmente, no tenía nada de obligatoria, era un asunto de conciencia y de buena fe para el heredero fiduciario⁽²⁾. Posteriormente se designaron funcionarios especiales encargados de vigilar el cumplimiento de los fines de los fideicomisos y se les dotó de las acciones necesarias para reclamar su incumplimiento.

- El Pacto Fiduciario o Fiducia.- En virtud de esta figura una persona transmitía a otra bienes de su propiedad a efecto de que el adquirente los utilizara con un

fin determinado. A su vez, el adquirente celebraba un pacto con la persona que le había transmitido los bienes, por medio del cual se obligaba a ejercer su derecho en la forma pactada y, transitoriamente, obligándose a devolver los bienes al cumplimiento del fin pactado.

La transmisión de bienes utilizando el pacto fiduciario constituía una translación de dominio; de esta manera el que adquiría el bien era considerado como su legítimo propietario y el que lo había enajenado carecía de acciones para ejercitar su derecho.

Más adelante, la autoridad pretoriana concedió al enajenante una acción para reclamar su derecho y de igual forma concedió al adquirente una acción para resarcirse de los daños o gastos que le hubiere ocasionado la tenencia de la cosa.

Posteriormente, las funciones de la fiducia o pacto fiduciario fueron substituidas mediante el empleo de figuras como el depósito, el comodato y la prenda. Sin embargo, el pacto fiduciario siguió utilizándose en el derecho romano debido a la variedad de fines que se podían lograr a través de esta figura.

- La Substitución.- Por medio de la substitución un testador designaba herederos sucesivos cuya obligación era la de transmitir los bienes heredados a una persona determinada, integrando así una cadena de propietarios.

Esta figura fué muy usada en México durante la colonia por las familias propietarias de grandes extensiones de tierras agrícolas, así como por las instituciones eclesiásticas que ocultaban sus propiedades, titulándolas a

favor de un "prestanombre", quien a su vez las transmitía a intermediarios sucesivos. Sin embargo, esta figura fué expresamente prohibida por nuestra legislación liberal a fin de lograr la desamortización de los bienes de manos muertas y facilitar la circulación de la riqueza⁽³⁾.

B) En el Derecho Inglés

- El "Use" y el "Trust".- A diferencia del uso dado al fideicomiso en el derecho romano, el "use" y más adelante el "trust" inglés fueron utilizados con el propósito de evadir la ley.

Con motivo de la promulgación en 1217 del "statute of mortmain" (ley de manos muertas), las corporaciones religiosas transferían sus bienes a una persona de confianza ("feoffee to uses") quien actuaba como prestanombre y permitía a la corporación el uso de los bienes. Esta práctica se generalizó y se utilizó dicha figura con diversos propósitos, tales como evitar la exacción de tributos feudales, defraudar acreedores y legar bienes que las instituciones feudales impedían legar.

En virtud del abuso mencionado, en 1534 se expidió el "statute of uses" el cual no consideró ilegales tales usos, sino que dispuso que se ejecutaran transfiriendo la plena propiedad al beneficiario ("cestui que use") una vez que el intermediario hubiese ejecutado el fin designado por quien enajenaba sus bienes⁽⁴⁾.

A partir de entonces el "use" fué denominado sucesivamente como "trust". A la persona que enajenaba sus bienes se le denominó "settlor", al intermediario "trustee" y al que recibía el beneficio "cestui que trust".

C) En el Derecho Norteamericano

Los Estados Unidos de Norteamérica heredaron de Inglaterra su sistema jurídico y con éste la figura del "trust". La vida del "trust" en su concepción norteamericana, está íntimamente vinculada con el crecimiento industrial y financiero del país y ha constituido un instrumento jurídico útil para las grandes operaciones financieras.

Cabe hacer mención de cuatro formas de fideicomiso utilizadas actualmente para el manejo de bienes de significación corporativa, y que en esa virtud desempeña funciones análogas a las de las sociedades mercantiles:

- El "trust" de inversión ("investment trust") a través del cual varias personas aportan bienes para constituir un fondo común cuyo manejo se confía a una compañía fiduciaria.

- El "trust" de voto ("voting trust") a través del cual un grupo de accionistas o participantes en una empresa encomiendan a una compañía fiduciaria representarlos en común.

- El "trust" con fines de monopolio ("holding trust") el cual se constituye cuando una compañía fiduciaria recibe aportaciones de personas individuales o colectivas dedicadas a actividades similares y manejando empresas distintas para la realización de un fin económico común.

- El "trust" con fines de garantía ("guarantee trust") mismo que opera de la siguiente manera: una empresa para obtener un empréstito emite, poniéndose a la venta,

bonos o certificados que están garantizados por los bienes de la empresa emisora, mismos que ésta entrega a una compañía fiduciaria para que con su producto se paguen los intereses y se redima paulatinamente la emisión (5).

D) En el Derecho Mexicano

La figura del fideicomiso en México nace de improviso, sin antecedentes previos en el derecho mexicano y deriva en algunos conceptos del "trust" angloamericano al que ya hemos hecho referencia.

El fideicomiso aparece por primera vez en 1924 en nuestra legislación regulado por la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, que hace referencia al fideicomiso y describe las funciones de los bancos de fideicomiso pero no reglamenta al fideicomiso como una operación de crédito. Asimismo, prevé la expedición de una ley especial sobre bancos de fideicomiso que no fué publicada sino hasta el 17 de julio de 1926.

Esta ley estaba integrada por 5 capítulos: objeto y constitución de los bancos de fideicomiso; operaciones de fideicomiso; departamento de ahorros; operaciones bancarias de depósito y descuentos, y disposiciones generales (6).

Con respecto a la expedición de esta ley, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público manifestó:

"La institución del fideicomiso es nueva en México y, en consecuencia, la ley relativa importa una creación o, mejor dicho, la legalización de una institución jurídica moderna que en otros países, especialmente en los anglosajones, se practica hace largo tiempo y que ha

producido fecundos resultados, permitiendo que las operaciones financieras y comerciales se hagan sin las trabas del derecho tradicional."

"El nombre del fideicomiso, aceptado en la nueva ley como el que tradicionalmente se ha dado en nuestra lengua a la institución anglosajona, no significa en manera alguna lo que por él se ha entendido en el derecho antiguo, pues el nuevo fideicomiso es en realidad una institución distinta de todas las anteriores y muy particularmente del fideicomiso del derecho romano. La reglamentación sancionada por la ley constituye, en el fondo, una adopción de las prácticas anglosajonas, pero con las modificaciones adecuadas para su adaptación a las demás disposiciones de nuestro derecho y muy particularmente a la legislación bancaria, a fin de que haya unidad en el sistema y se eviten discrepancias o conflictos entre unas y otras instituciones jurídicas ..."

"Es indudable que la ley expedida constituye solamente un ensayo para aclimatar entre nosotros una nueva institución y que, por lo tanto, habrá de transcurrir algún tiempo antes de que produzcan sus plenos resultados, siendo de preverse, además, que haya necesidad de introducir en ella las reformas que la práctica vaya aconsejando. De todas maneras es indudable que constituye un progreso importante y que es el complemento indispensable para la perfección del sistema bancario, aceptado por la ley de 1924." (7).

El Art. 6 de esta ley contiene la primera definición de fideicomiso dentro de nuestra legislación:

"El fideicomiso propiamente dicho es un mandato

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

Los artículos restantes establecían los lineamientos, bases y condiciones del fideicomiso.

Como señala Krieger⁽⁸⁾ la Ley de Bancos de Fideicomiso presenta una fusión de dos corrientes; una de ellas es la corriente pragmática norteamericana que atiende al órgano más que al negocio, y la otra doctrina encabezada por el jurista panameño Ricardo J. Alfaro que busca construir una noción jurídica del fideicomiso como mandato.

El 28 de junio de 1932 y el 27 de agosto del mismo año se publican respectivamente la Ley General de Instituciones de Crédito ("LGIC") en la cual se establecían las normas relativas a las operaciones fiduciarias y la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito ("LGTOC")⁽⁹⁾ la cual regula al fideicomiso como negocio.

Es interesante lo que se expresó en la exposición de motivos de la LGIC en cuanto a la figura del fideicomiso:

"La ley de 1926 introdujo en México, rompiendo la tradición, la institución jurídica del fideicomiso. Evidentemente esta institución puede ser de muy grande utilidad para la actividad económica del país y está destinada probablemente a un grande desarrollo; pero desgraciadamente la ley de 1926 no precisó el carácter sustantivo de la institución y dejó por tanto, gran vaguedad de conceptos en torno a ella. Para que la institución pueda

vivir y prosperar en nuestro medio, se requiera en primer término, una definición clara de su contenido y de sus efectos, siendo esta definición materia de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y una reglamentación adecuada a las instituciones que actúen como fiduciarias.

Quedará el fideicomiso concebido como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, precisándose así la naturaleza y los efectos de este instituto que la ley actualmente en vigor concibe obscuramente como un mandato irrevocable. Siguiendo en ello el precedente ya establecido por la ley actual, la nueva ley sólo autoriza la constitución de fideicomiso cuando el fiduciario es una institución especialmente sujeta a la vigilancia del estado, y mantiene todas las prohibiciones conducentes a impedir que, contra nuestra tradición jurídica, el fideicomiso dé lugar a substituciones indebidas o a la constitución de patrimonios alejados del comercio jurídico normal. La nueva ley conserva, también, respecto a las instituciones autorizadas para actuar como fiduciarias, la facultad de aceptar y desempeñar mandatos y comisiones de toda clase, de encargarse de albaceazgos, sindicaturas, tutelas, liquidaciones y, en general, de aceptar la administración de bienes y el ejercicio de derechos por cuenta de terceros. Destruye, pues, la nueva ley, toda confusión entre el fideicomiso y los actos de administración o de representación de terceros; pero por la semejanza de funciones y para asegurar a las instituciones fiduciarias un campo más amplio de acción, las deja autorizadas, como queda dicho, no sólo para encargarse de la ejecución de fideicomisos, sino para desempeñar todas las demás funciones enumeradas antes en términos generales." (10).

Actualmente son la LGTOC y la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito ("LRSPEC")⁽¹¹⁾ las que configuran la operación fiduciaria y regulan a las instituciones que prestan este servicio.

Será el propósito de los siguientes incisos el analizar el concepto de fideicomiso así como su operación al amparo de estas disposiciones, determinando al mismo tiempo sus elementos, características y los efectos que éste produce.

I.2 Concepto

El Art. 346 de la LGTOC define al fideicomiso como una figura jurídica en virtud de la cual "el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria."

Aún cuando esta definición no se ocupa de determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso, sí señala sus elementos y efectos. La naturaleza jurídica de esta figura será tratada en un inciso posterior.

I.3 Elementos

A) El Fideicomitente

El fideicomitente es la persona que constituye un fideicomiso y realiza la afectación de bienes o derechos.

A este respecto el Art. 349 de la LGTOC señala:

"Sólo pueden ser fideicomitentes las personas

IV.- Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal;

V.- Las sociedades cooperativas y mutualistas;

VI.- Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito siempre que no fueren desconocidas por la ley."

b) Las personas físicas o morales deben tener la capacidad de ejercicio necesaria para hacer la afectación de los bienes o derechos. En este sentido, Rojina Villegas⁽¹³⁾ afirma que la capacidad de ejercicio "supone la capacidad 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".

Cabe mencionar que todas las personas físicas en pleno ejercicio de su capacidad jurídica pueden ser fideicomitentes por sí mismas, lo que excluiría a los menores de edad y a los incapacitados.

Sin embargo, David Peñaloza⁽¹⁴⁾ señala que la afectación de bienes y derechos podrá llevarse a cabo válidamente por estas personas si se llenan los requisitos señalados en el derecho común o en la legislación especial para poder ejercitar tal derecho.

Por lo que respecta a las personas morales, ya

sean públicas o privadas, su capacidad para constituir fideicomisos se encuentra limitada, en el caso de las personas morales públicas, a su esfera de competencia y a los límites de sus facultades; y en el caso de personas morales privadas, al campo delimitado por su objeto social⁽¹⁵⁾.

Es importante aclarar que aún cuando se cuente con la capacidad de ejercicio necesaria para llevar a cabo la afectación de bienes o derechos en fideicomiso, el fideicomitente deberá tener, en el caso de los bienes, el dominio sobre los mismos. Por dominio se entiende el "conjunto de las facultades que sobre la cosa en propiedad corresponden a su titular"⁽¹⁶⁾.

De igual manera en el caso de la afectación de derechos, el fideicomitente deberá tener la titularidad de los mismos, entendiéndose tal como la "relación de correspondencia existente entre un derecho subjetivo y un sujeto determinado"⁽¹⁷⁾.

En cuanto a las facultades del fideicomitente, la LGTOC y la LRSFPC le otorgan las siguientes:

- 1.- Señalar y establecer los fines del fideicomiso (Art. 346 LGTOC).

En este sentido el fideicomitente es libre de actuar dentro de los límites de su capacidad jurídica como lo estime mejor, en el momento de la constitución del fideicomiso siempre y cuando el fin perseguido sea lícito.

- 2.- Designar una o varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente

desempeñen el fideicomiso, fijando el orden y las condiciones en las que hayan de substituirse (Art. 350, párrafo 3 LGTOC).

- 3.- Designar uno o varios fideicomisarios para que reciban el provecho del fideicomiso (Art. 348, párrafo 2 LGTOC).
- 4.- Reservarse determinados derechos sobre la materia del fideicomiso (Art. 351, párrafo 2 LGTOC).
- 5.- Prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades (Art. 61, párrafo 3 de la LRSPBC).
- 6.- Exigir a la fiduciaria el cumplimiento de su obligación o rendir cuentas de su gestión y, en su caso, exigir la responsabilidad civil por daños y perjuicios (Art. 1949 CC) así como la remoción de la fiduciaria cuando se haya reservado expresamente este derecho en el acto constitutivo o en las modificaciones del mismo (Art. 65, párrafo 2 LRSPBC).
- 7.- Celebrar con el fideicomisario convenio expreso para extinguir el fideicomiso (Art. 357, fracción V LGTOC).

Por otra parte el fideicomitente cuenta con ciertas obligaciones, a saber:

- 1.- Transmitir al fiduciario los bienes y derechos materia del fideicomiso, los cuales

se consideran afectos a un fin determinado por lo que únicamente podrán ejercitarse respecto de ellos los derechos y acciones que se refieran al mencionado fin (Art. 351, párrafo 2 LGTOC).

2.- Responder del saneamiento en el caso de evicción (Art. 2120 CC).

B) El Fiduciario

El fiduciario es la persona a quien se encomienda la realización del fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso y se atribuye la titularidad de los bienes fideicometidos. (18)

El Art. 350, primer párrafo de la LGTOC señala que solo pueden ser fiduciarias las personas autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito (actualmente la LRSBPC). Dicha autorización está contemplada en el Art. 30, fracción XV de la LRSBPC que dispone:

"Art. 30. Las instituciones de crédito solo podrán realizar las operaciones siguientes:

...

XV. Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y comisiones;

..."

se consideran afectos a un fin determinado por lo que únicamente podrán ejercitarse respecto de ellos los derechos y acciones que se refieran al mencionado fin (Art. 351, párrafo 2 LGTOC).

2.- Responder del saneamiento en el caso de evicción (Art. 2120 CC).

B) El Fiduciario

El fiduciario es la persona a quien se encomienda la realización del fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso y se atribuye la titularidad de los bienes fideicometidos. (18)

El Art. 350, primer párrafo de la LGTOC señala que solo pueden ser fiduciarias las personas autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito (actualmente la LRSPBC). Dicha autorización está contemplada en el Art. 30, fracción XV de la LRSPBC que dispone:

"Art. 30. Las instituciones de crédito solo podrán realizar las operaciones siguientes:

...

XV. Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y comisiones;

..."

La circunstancia de que en el fideicomiso mexicano el fiduciario debe ser una institución de crédito obedece a que en el campo de las funciones jurídicas públicas, el motivo determinante de la conducta de los titulares de los órganos de la administración pública federal no se encuentra en la búsqueda de sus intereses personales, sino en la prestación de un servicio público con las características de regularidad, uniformidad, adecuación e igualdad⁽¹⁹⁾ que le son inherentes.

Conforme a lo dispuesto por el Art. 350 de la LGTOC el fiduciario es normalmente designado por el fideicomitente, quien puede designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse. En caso de que no se designe nominalmente la institución fiduciaria al constituirse el fideicomiso, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario o, en su defecto, el juez de primera instancia del lugar de ubicación de los bienes, de entre otras instituciones expresamente autorizadas por la ley.

La designación del fiduciario es, en todo caso, un acto ajeno a este último, que se realiza sin que su consentimiento previo sea necesario y hasta sin su consentimiento.

El Art. 356 de la LGTOC dispone que la institución fiduciaria no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio.

Como se señaló anteriormente, las instituciones fiduciarias prestan un servicio público, por lo que están

obligadas a aceptar su designación como fiduciarias en un fideicomiso, y será únicamente por causas graves, a juicio del juez, que podrán excusarse del desempeño del cargo.

El fiduciario, como señala Cervantes Ahumada, no se convierte en propietario de los bienes, sino que será simple titular de los bienes o derechos en la medida establecida por el acto constitutivo o determinada por el fin del fideicomiso.

El Art. 356 de la LGTOC dispone, asimismo, que la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto al constituirse el mismo. De igual forma dispone que la institución fiduciaria estará obligada a cumplir el fideicomiso conforme al acto constitutivo y deberá obrar como un buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.

El fiduciario cuenta con las facultades que le son otorgadas por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso, y para su ejercicio deberá ajustarse a las normas jurídicas que le sean aplicables.

Las principales obligaciones del fiduciario son:

- 1.- Aceptar su designación y desempeñar el cargo (Art. 356 LGTOC).
- 2.- Realizar el fin que le ha sido encomendado por virtud del fideicomiso obrando como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran

por su culpa (Art. 356 LGTOC).

- 3.- Conservar los bienes y derechos recibidos (Art. 358 LGTCC a contrario sensu).
- 4.- Registrar en su contabilidad y en contabilidades especiales los bienes que reciba por cada fideicomiso (Art. 60, primer párrafo LRSPBC).
- 5.- Guardar la debida confidencialidad de las operaciones resultantes del fideicomiso (Art. 93 LRSPBC).

El cargo de fiduciario no es susceptible de delegarse, sin embargo, la ejecución del fideicomiso es llevada a cabo por los delegados fiduciarios a través de los cuales las instituciones fiduciarias desempeñan su cometido y ejercen sus facultades.

Los delegados fiduciarios deben ser designados libremente por el consejo de administración de la institución de crédito a la que vayan a representar (Art. 20, fracción I LRSPBC); sin embargo, su nombramiento debe ser confirmado por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros quien tiene la facultad de vetar o de relevar de su cargo a los delegados designados⁽²⁰⁾. Estos tendrán el carácter de apoderados y podrán ser designados como delegados fiduciarios generales o delegados fiduciarios especiales designados para el manejo de un determinado fideicomiso o para realizar una función específica⁽²¹⁾.

Asimismo, es necesario que las instituciones fiduciarias informen a dicha Comisión los nombres de las

personas que hayan dejado de fungir como delegados fiduciarios y los motivos por los que dejaron de ejercer esas funciones. De igual forma, deberán dar aviso a la Comisión de los cambios en la designación de cualquier delegado fiduciario (22).

En virtud de que la designación como delegado fiduciario constituye un mandato, los actos realizados por el delegado en ejercicio de sus facultades obligarán a la institución fiduciaria. En este sentido, el delegado fiduciario siempre deberá actuar sujeto a los términos del acto constitutivo del fideicomiso, a las resoluciones que dicte el comité técnico, en caso de haberlo, así como a las disposiciones legales aplicables.

Al respecto, el Art. 356 de la LGTOC dispone que "La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas y limitaciones que se establezcan al momento de constituirse el mismo ...". Asimismo el Art. 61, párrafos segundo y tercero, prevé que la institución responderá civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, mandato o comisión, o en la ley.

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 toda responsabilidad.

Por otra parte, la Secretaría de Hacienda y

Crédito Público determinó cuáles actos deben efectuarse directamente por el delegado y cuáles podrán ser desempeñados por dependientes. Al efecto dispuso: "Los actos mediante los que se tomen resoluciones de carácter discrecional, indelegables, que impliquen voluntad de mando o decisión, deberán ser realizados por los delegados fiduciarios; las funciones secundarias o auxiliares que no tienen tales características sino simplemente se reducen a formalidades o trámites, podrán ser desempeñadas por dependientes" (23).

C) El Fideicomisario

El fideicomisario es la "persona física o moral que recibe el beneficio derivado de un fideicomiso" (24). El Art. 348 de la LGTOC señala que pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

El fideicomisario no es un elemento esencial del fideicomiso, ya que conforme al Art. 347 de la LGTOC, se podrán constituir fideicomisos sin señalar fideicomisarios, siempre que su fin sea lícito y determinado. En este caso no habrá fideicomisario como sujeto jurídico y las acciones que le pudieran corresponder serán ejercitadas por el ministerio público (Art. 355, segundo párrafo LGTOC).

El fideicomisario podrá reunir las calidades de fideicomitente y fideicomisario simultáneamente, pero nunca podrá ser al mismo tiempo fideicomisario y fiduciario por disposición expresa de la ley (Art. 348, tercer párrafo LGTOC). Sin embargo, dentro de nuestra legislación existe una excepción a esta regla, la cual se refiere al Art. 9 de

la Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos⁽²⁵⁾, que establece:

"Art. 9.- Como excepción a lo dispuesto en el último párrafo del Art. 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en los contratos de fideicomiso que se constituyan para garantizar los derechos del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, Sociedad Nacional de Crédito, éste podrá actuar en el mismo negocio como fiduciario y fideicomisario."

El fideicomisario tiene los derechos que se le conceden al constituirse el fideicomiso, además de los que la propia ley le asigna. Dichos derechos pueden resumirse en los siguientes:

- 1.- Aceptar o rechazar el fideicomiso.
- 2.- Atacar la validez de los actos que la fiduciaria cometa en su perjuicio, de mala fé o en exceso de sus facultades (Art. 355, primer párrafo LGTOC).
- 3.- Perseguir los bienes que hayan salido del patrimonio fideicometido por mala fé o en exceso en el ejercicio de las facultades del fiduciario (Art. 355, primer párrafo LGTOC. Este artículo señala que el fideicomisario tiene derecho a reivindicar los bienes. No obstante lo que la ley señala, no se trata de una acción reivindicatoria sino de una acción persecutoria para que dichos bienes regresen al patrimonio fideicometido. Este derecho del fideicomisario no debe considerarse como

un derecho real sobre la cosa sino como un derecho personal contra terceros detentadores de los bienes fideicometidos).⁽²⁶⁾

- 4.- Solicitar que la fiduciaria le rinda cuentas, exigir la responsabilidad de la misma y, en su caso, pedir su remoción (Art. 65 LRSFPC).
- 5.- Decidir o participar en las decisiones relativas a la ejecución del fideicomiso, en la medida en que se haya previsto en el acto constitutivo (Art. 348, párrafo tercero y 355 LGTOC).

Al igual que los demás elementos personales del fideicomiso, el fideicomisario tiene obligaciones. Batiza⁽²⁷⁾ señala que "la obligación única que se impone al fideicomisario, subsidiariamente, puesto que en primer término corresponde al fideicomitente o a sus causahabientes, consiste en pagar a la institución fiduciaria las compensaciones estipuladas a su favor."

Por su parte Villagordoa Lozano⁽²⁸⁾ hace hincapié en la distinción que debe efectuarse a fin de establecer las obligaciones del fideicomisario y en tal sentido expresa:

a) Cuando se trata de fideicomisos cuya constitución se establece unilateralmente por parte del fideicomitente con intención de hacer una liberalidad al fideicomisario, ya sea en vida del fideicomitente o después de su muerte, el fideicomisario no tiene obligaciones a su cargo.

Krieger⁽²⁹⁾ agrega que la obligación del

fideicomisario en este caso se reduce a respetar el fin del fideicomiso y hacer posible su ejecución. Señala que "esta obligación asume especial importancia cuando son varios los fideicomisarios, pues todos ellos tendrán el deber de respetar recíprocamente el estatuto de sus co-fideicomisarios."

b) Cuando se trata de fideicomisos cuya constitución se realiza con el acuerdo expreso del fideicomitente y fideicomisario y se establece una contraprestación a favor del fideicomitente, por la enajenación que realiza el fideicomitente, el fideicomisario está obligado en todo caso a realizar la contraprestación convenida en el mismo documento constitutivo.

I.4 Otros Elementos

Además de los elementos personales del fideicomiso existen otros que lo integran tales como:

A) El Patrimonio

Son susceptibles de ser afectados en fideicomiso toda clase de bienes o derechos siempre que los primeros estén en el comercio y los segundos no sean estrictamente personales del fideicomitente, y que la entrega se haga para cumplir con la finalidad prevista, por lo que respecto a ellos sólo pueden ejercitarse los actos o acciones encaminados al cumplimiento del fideicomiso. Salvo los derechos adquiridos por los fideicomisarios o terceros con anterioridad al acto constitutivo o los que se reserve el fideicomitente, en ningún caso, los bienes fideicomitados estarán sujetos a otras responsabilidades que no sean las del objeto del fideicomiso (Art. 351 LGTOC).

"Los bienes fideicometidos salen del patrimonio del fideicomitente para colocarse en situación de patrimonio de afectación. Por tanto los acreedores del fideicomitente no podrán perseguir dichos bienes, salvo que el fideicomiso se haya constituido en fraude de sus derechos, en cuyo caso lo podrán nulificar por medio de la acción pauliana (Art. 351 in fine).

El fiduciario tendrá la titularidad del patrimonio fideicometido, es decir el poder sobre dicho patrimonio en la medida que sea necesaria para la consecución del fin del fideicomiso" (30).

Al término del fideicomiso, los bienes destinados a éste que se encuentren en poder de la institución fiduciaria serán devueltos al fideicomitente, sus herederos o las personas previstas en el fideicomiso (Art. 358 LGTOC).

B) La Finalidad y Objeto

El Art. 347 de la LGTOC, dispone que el fideicomiso será válido si su fin es lícito y determinado. De esa forma el legislador ha impuesto al fin del fideicomiso dos características:

- a) Licitud
- b) Determinación

De esta manera cualquier objetivo determinado en tanto sea lícito puede entrar en el fin del fideicomiso. El CC en su Art. 1830, señala como hechos ilícitos aquellos que son contrarios a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

C) El Comité Técnico

La LRSPBC en su Art. 61, tercer párrafo menciona: "... en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación en 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 toda responsabilidad."

El comité técnico es un órgano colegiado cuya finalidad es asesorar o regir a la institución fiduciaria en el cumplimiento de los fines del fideicomiso, que implica en cierto modo, la delegación de aquél quien determina el carácter rector o de simple asesoría del comité⁽³¹⁾.

Por lo que respecta a la última parte del tercer párrafo del Art. 61 de la LRSPBC arriba transcrito, se ha considerado que conforme a los principios generales de derecho, los delegados fiduciarios no deberán acatar las disposiciones dictadas por el comité técnico que sean contrarias a derecho o a los fines del fideicomiso, ya que de hacerlo incurrirían en responsabilidad. En este mismo orden de ideas, los comités técnicos que dicten disposiciones contrarias a la ley o a los fines del fideicomiso incurrirán en responsabilidad.

Se ha considerado que, salvo en los casos del fideicomiso público, cuando se hace participar al fideicomitente y/o fideicomisario o fideicomisarios en la integración del comité técnico, se desvirtúa la función del mismo. Así pues, cuando es el fideicomitente integrante del comité, éste no se desvincula de hecho de los bienes fideicometidos.

Cuando el fideicomisario es parte del comité, éste adquiere el carácter de juez y parte por el derecho que tiene de exigir el cumplimiento de los bienes del fideicomiso a la fiduciaria y el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fé o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le corresponden.

I.5 Características Propias del Fideicomiso

A) Su Constitución

El Art. 352 de la LGTOC establece que el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento, deberá constar siempre por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o de la propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.

Atendiendo a lo anterior, podemos considerar que el fideicomiso puede establecerse por los siguientes medios:

- Por acto entre vivos.- Este deberá otorgarse por escrito y cumpliendo con las formalidades que la ley exige para la transmisión de los derechos o de la propiedad que se otorgue en fideicomiso.

Si se trata de bienes inmuebles cuyo valor sea superior a quinientos pesos (Art. 2317 del CC), el acto constitutivo del fideicomiso deberá otorgarse en escritura pública y el testimonio deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad (Art. 353 de la LGTOC).

En el caso de bienes muebles, el acto constitutivo

del fideicomiso no requiere de formalidad alguna salvo otorgarse por escrito, sin embargo, el Art. 354 de la LGTOC establece las formalidades que deberán seguirse para que el fideicomiso surta efectos contra terceros. Dichas formalidades son:

I. Si se trata de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso sea notificado al deudor.

II. Si se trata de un título nominativo, desde que este se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor, en su caso.

III. Si se trata de cosa corporea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria.

- Por testamento.- El fideicomiso otorgado por testamento, igualmente deberá constar por escrito y dar satisfacción a los requisitos de forma establecidos por el CC según la clase de testamento, así como sujetarse a las formalidades arriba transcritas.

B) Vigencia

Conforme a lo dispuesto por el Art. 359, fracción III de la LGTOC, como por el Art. 66 de la LRSPBC, los encargos fiduciarios no podrán exceder de treinta años, excepción hecha de los relativos a fines culturales, educativos o científicos; cuando sean constituidos por el gobierno federal; cuando sean declarados de interés público o cuando se constituyan en beneficio de una persona física.

Al constituirse el fideicomiso deberá preverse su plazo de vigencia acorde con los fines pactados, mismo que no podrá exceder de treinta años con las excepciones arriba señaladas.

C) Prohibiciones

El Art. 359 de la LGTOC dispone lo siguiente:

"Art. 359.- Quedan prohibidos:

- I. Los fideicomisos secretos.
- II. Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente;
- III. Aquellos cuya duración sea mayor de treinta años cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de treinta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico, que no tengan fines de lucro.

D) Nulidad

La LGTOC sanciona con nulidad a los fideicomisos

constituidos en fraude de terceros (Art. 351, último párrafo), cuando se establezcan en favor del fiduciario (Art. 358, último párrafo) con la excepción contemplada en la Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C.; cuando se constituyen para violar la ley o las buenas costumbres (Art. 347); y los que se establezcan sobre bienes que están fuera del comercio o sobre derechos estrictamente personales (Art. 351, primer párrafo).

E) Extinción

El Art. 357 de la LGTOC prevé las causas de extinción del fideicomiso:

"Art. 357. El fideicomiso se extingue:

- I. Por la realización del fin para el cual fué constituido;
- II. Por hacerse éste imposible;
- III. Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de veinte años siguientes a su constitución;
- IV. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto;
- V. Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario;

VI. Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ése derecho al constituir el fideicomiso; y

VII. En el caso del párrafo final de artículo 350."

El último párrafo del Art. 350 arriba mencionado, señala que el fideicomiso cesará si no es posible la substitución de la institución fiduciaria cuando ésta no acepte, renuncie o sea removida de su cargo.

I.6 Clasificación de los Fideicomisos

La legislación mexicana no prevé clasificación alguna de los fideicomisos, sin embargo, se han hecho diversas clasificaciones con fines operativos.

La primera y más importante clasificación se ha hecho en base a la persona que constituye el fideicomiso. De esta manera podemos encontrar:

- Fideicomisos Privados.- Estos fideicomisos son constituidos por una persona física o moral de derecho privado.

- Fideicomisos Públicos.- Son aquellos fideicomisos establecidos por una persona de derecho público.

La siguiente clasificación distingue tres clases de fideicomisos con base en su finalidad:

- Fideicomisos de Inversión⁽³²⁾, mediante los cuales el fiduciario, con cargo al patrimonio fideicometido, debe

adquirir los bienes o derechos que el fideicomitente le señale.

Normalmente el patrimonio de este tipo de fideicomisos está constituido por productos de inmuebles, valores o dinero y la función del fiduciario consiste en percibir e invertir los productos, preservar los valores o invertir el dinero recibido en la adquisición de inmuebles, muebles o valores.

- Fideicomisos de Garantía⁽³³⁾, los cuales se constituyen con la finalidad de "asegurar el cumplimiento de obligaciones contraídas por quien lo constituye o por tercero"⁽³⁴⁾. Este fideicomiso ha sido muy usado como sustituto de la hipoteca.

- Fideicomisos de Administración, los cuales se constituyen para que el fiduciario proceda a la guarda, custodia y conservación del patrimonio fiduciario y, en su caso, también para que obtenga los mejores rendimientos y entregue sus productos al fideicomisario.

Esta clasificación, que cuenta con la sanción de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, carece, según Batiza⁽³⁵⁾ "de un enfoque sistemático y uniforme, pues, por una parte, se recurre a la aplicación particular dada al patrimonio en fideicomiso; por otra, a la función encomendada al fiduciario; y por último, a la finalidad perseguida, lo que refleja un criterio pragmático, pero no científico. La terminología de la clasificación, sin embargo, ha arraigado entre nosotros y no puede negarse que corresponde a las variedades más usuales del fideicomiso en la realidad bancaria ...".

Los fideicomisos podrán ser revocables e irrevocables atendiendo al hecho de que el fideicomitente se hubiese o no reservado el hecho de revocarlo en el acto constitutivo. También podrán ser onerosos o gratuitos dependiendo del hecho de que se pacte o no una contraprestación a cargo del fideicomisario.

En fin, las variedades del fideicomiso son infinitas y sólo están condicionadas a la amplitud y flexibilidad de las leyes y a la inventiva humana por lo que únicamente se ha hecho referencia a las más usuales.

I.7 Consideraciones Acerca de la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso

En México la legislación no ha sido clara al tratar de determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso; por su parte la doctrina mexicana se encuentra muy dividida al respecto.

A continuación se harán algunas consideraciones respecto a la naturaleza jurídica de esta figura la cual ha sido ampliamente controvertida.

A) El Fideicomiso como Negocio Fiduciario

Siguiendo la doctrina angloamericana se suele confundir al fideicomiso con los negocios fiduciarios. Antes de discutir si el fideicomiso constituye o no un negocio fiduciario es necesario aclarar los conceptos de negocio jurídico y negocio fiduciario.

- Negocio Jurídico.- Cabe hacer mención de que el negocio jurídico no está formalmente reconocido en la mayor

parte de la legislación del mundo y para ser más precisos, el negocio jurídico no está reconocido como tal ni definido en el sentido en que lo hacen los autores en ninguna disposición legal mexicana⁽³⁶⁾.

Castán⁽³⁷⁾ define al negocio jurídico como "un acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada dirigidas a la producción de determinado efecto jurídico y a las que el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece."

En el negocio jurídico, la voluntad interviene en dos momentos: en la realización del acontecimiento y en la producción de las consecuencias jurídicas. Un ejemplo típico es el contrato, pues voluntariamente lo realizan quienes lo celebran -primer momento- y los propios contratantes están deseando al celebrarlo -segundo momento- la producción de las correspondientes consecuencias jurídicas.

- El Negocio Fiduciario.- Esta figura es considerada como una especie del negocio jurídico y en tal sentido Octavio A. Hernández⁽³⁸⁾ la define como el "negocio indirecto no tipificado por el derecho, integrado por un negocio jurídico manifiesto válido ante terceros, y otro negocio jurídico oculto, que responde a la verdadera finalidad perseguida por las partes, válido sólo entre ellas, negocios jurídicos cuyos efectos no coinciden."

A este respecto Cervantes Ahumada⁽³⁹⁾ señala que "si el negocio fiduciario es atípico por definición, y el fideicomiso es un negocio típico, por principio queda excluida la equiparación. En el negocio fiduciario, como

vimos, los efectos del negocio aparente se destruyen por el negocio oculto: el fideicomiso es un negocio único, no compuesto de dos negocios, y cuyos efectos se derivan del acto constitutivo o de la ley, no de relaciones internas o secretas, que en el fideicomiso deben considerarse prohibidas."

Autores como Octavio A. Hernández⁽⁴⁰⁾, Bauche Garciadiego⁽⁴¹⁾ y Domínguez Martínez⁽⁴²⁾ coinciden en que en nuestro derecho se ha reconocido y reglamentado el fideicomiso como una especie de negocio fiduciario; sin embargo, dada la consideración de que el negocio jurídico no está formalmente reconocido por la legislación mexicana ni por los usos mercantiles o bancarios de nuestro país que se aplicarían supletoriamente (Art. 5, fracción II LGTOC), consideramos que dicha terminología no debe aplicarse al fideicomiso.

B) El Fideicomiso como Declaración Unilateral de Voluntad

Se ha hecho la aseveración de que el fideicomiso se presenta normalmente como un acto unilateral cuando el fideicomitente establece su voluntad por un acto entre vivos o por testamento.

Algunos autores aseguran que la manifestación unilateral es una fuente general de las obligaciones. Rojina Villegas sostiene que existe la posibilidad legal de formular manifestaciones unilaterales de voluntad innominadas. En este orden de ideas se podría considerar al testamento como manifestación unilateral de voluntad ya que éste produce determinados efectos jurídicos.

Otros autores sostienen que la voluntad unilateral sólo puede ser fuente excepcional de las obligaciones en los casos en que específicamente lo reconoce la ley (Arts. 1860 a 1881 del CC) que son:

- a) El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio;
- b) El compromiso mediante anuncios u ofrecimientos hechos al público de realizar alguna prestación en favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio;
- c) La apertura de concurso en que haya promesa de recompensa para quienes llenen ciertas condiciones con fijación de un plazo;
- d) La estipulación en favor de tercero.

Siguiendo la idea de Rafael de Pina de que la manifestación unilateral de voluntad, de acuerdo con la interpretación de las disposiciones conducentes de nuestro ordenamiento civil, sólo es eficaz tratándose de los casos expresamente autorizados, considero que la idea de catalogar al fideicomiso como una declaración unilateral de voluntad con efectos jurídicos no es procedente.

Asimismo, es importante señalar que en ninguno de los artículos que regulan el fideicomiso en nuestra legislación se utilizan las palabras "manifestación unilateral de voluntad del fideicomitente" a la que nuestro sistema jurídico le reconozca el efecto constitutivo del fideicomiso.

Finalmente, se ha considerado que la simple manifestación unilateral de voluntad no transmite los bienes o derechos, ya que para que esta transmisión se realice, es necesaria la aceptación de la persona que los va a recibir, por lo que mientras no haya aceptación de la institución fiduciaria no habrá transmisión de derechos y no se perfeccionará el fideicomiso.

C) El Fideicomiso como Contrato

En el inciso A) anterior se indicó que el fideicomiso no constituye un negocio jurídico; sin embargo, el fideicomiso puede encuadrarse como un acto jurídico, en virtud de que implica la voluntad de dos o más personas (fideicomitente y fiduciario) para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones.

Nuestro CC en sus Arts. 1792 y 1793 define al convenio como el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y, añade, los convenios que producen o transfieren obligaciones o derechos toman el nombre de contratos.

De las anteriores consideraciones podemos concluir que el fideicomiso como relación jurídica entre dos o más personas (siempre debe haber fideicomitente e institución fiduciaria) que establece derechos y obligaciones entre dos o más partes debe concebirse como un contrato.

A continuación se mencionan algunas disposiciones legales que sirven de apoyo a nuestra conclusión de que el fideicomiso tiene la naturaleza jurídica de un contrato:

- El Decreto por el que se establecen las bases

para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal⁽⁴³⁾ habla tanto en su tercer considerando como en sus Arts. 2, 6, 9, 12, 14 y 16 de que el fideicomiso es un contrato.

- La Comisión Nacional Bancaria y de Seguros reconoce al fideicomiso el carácter de contrato en las siguientes circulares y oficios circulares emitidos por esa dependencia: Núm. 362 de fecha 9 de junio de 1951, Núm. 480 de fecha 25 de julio de 1957, Oficio-Circular Núm. 11961-749 de fecha 4 de abril de 1970, Oficio-Circular Núm. 1441-751 de fecha 24 de abril de 1970 y Circular Núm. 711 de fecha 10 de junio de 1976.

Finalmente, cabe mencionar que la LGTOC no señala la naturaleza jurídica del fideicomiso, sin embargo los usos bancarios, los cuales son generadores de principios generales de derecho complementarios a la ley (Art. 2, fracción III de la LGTOC) le otorgan el carácter de contrato.

NOTAS DEL CAPITULO PRIMERO

- (1) MARGADANT, Guillermo F., El Derecho Privado Romano, México, ed. Esfinge, S.A., 11a. edición, 1982, p.473.
- (2) PETIT, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, México, ed. Porrúa, S.A., 1a. edición, 1984, p.579.
- (3) KRIEGER, Emilio, Manual del Fideicomiso Mexicano, México, Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A., 1976, p.15.
- (4) Idem, p.16.
- (5) Idem, p.18.
- (6) PENALOZA SANTILLAN, David, El Fideicomiso Público Mexicano, Mexico, ed. Cajica, S.A., 1a. edición, 1983, p.24.
- (7) Memoria de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de 1926, tomo I, p.249.
- (8) KRIEGER, Emilio, obra citada, p.19.
- (9) Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de agosto de 1932.
- (10) PENALOZA SANTILLAN, David, obra citada, pp.27-29.
- (11) Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito publicada en el Diario Oficial de la Federación

el día 14 de enero de 1985.

- (12) Código Civil para el Distrito Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de marzo de 1928.
- (13) ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, tomo I, México, ed. Porrúa, S.A., 12a. edición, p.164.
- (14) PEÑALOZA SANTILLAN, David, obra citada, p.79.
- (15) KRIEGER, Emilio, obra citada, p.36.
- (16) DE PINA, Rafael, Diccionario de Derecho, México, ed. Porrúa, S.A., 11a. edición, 1983, p.243.
- (17) Idem, p.466.
- (18) CERVANTES AHUMADA, Raúl, Títulos y Operaciones de Crédito, México, ed. Herrero, S.A., 13a. edición, 1984, p.292.
- (19) ACOSTA ROMERO, Miguel, Teoría General del Derecho Administrativo, México, ed. Porrúa, S.A., 6a. edición, 1984, p.506.
- (20) Artículo 24, último párrafo de la LRSBPC y Circular Núm. 274 de fecha 16 de junio de 1944 emitida por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.
- (21) Artículos 2546 y 2553 del Código Civil para el Distrito Federal.
- (22) Circulares Núms. 26730-341 y 8286-829 de fecha 27 de

agosto de 1957 y 21 de febrero de 1973 respectivamente, emitidas por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

- (23) Oficio Núm. 305-1-A-32676 de fecha 24 de octubre de 1966 emitido por la Dirección de Crédito de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
- (24) DE PINA, Rafael, obra citada, p.272.
- (25) Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 20 de enero de 1986.
- (26) CERVANTES AHUMADA, Raúl, citando a Molina Pasquel, obra citada, p.294.
- (27) BATIZA, Rodolfo, El Fideicomiso, México, ed. Librería de Manuel Porrúa, S.A., 1973, p.321.
- (28) VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, Doctrina General del Fideicomiso, México, ed. Porrúa, S.A., 1982, pp.174-175.
- (29) KRIEGER, Emilio, obra citada, p.52.
- (30) CERVANTES AHUMADA, Raúl, obra citada, pp.294-295.
- (31) PEÑALOZA SANTILLAN, David, obra citada, p.103.
- (32) El Oficio-Circular Núm. 816-45 de fecha 22 de enero de 1948 emitido por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros hace referencia al fideicomiso de inversión.

- (33) El Oficio-Circular Núm. 1327-46 de fecha 2 de febrero de 1948 y la Circular Núm. 597 de fecha 6 de septiembre de 1971 emitidos por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros hacen referencia a los fideicomisos de garantía.
- (34) HERNANDEZ, Octavio A., Derecho Bancario Mexicano, tomo II, México, ed. Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, 1956, Núm.990.
- (35) BATIZA, Rodolfo, obra citada, p.134.
- (36) Banco Mexicano Somex, S.A., Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, México, 1a. ed., 1982, p.134.
- (37) CABANELLAS, Guillermo y ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, Diccionario Enciclopédico de Derecho, tomo IV-J-O, Madrid, ed. Heliasta, S. de R.L., 12a. edición, 1979, p.535.
- (38) HERNANDEZ, Octavio A., obra citada, tomo II, pp.245-248.
- (39) CERVANTES AHUMADA, Raúl, obra citada, p.291.
- (40) HERNANDEZ, Octavio A., obra citada, tomo II, p.249.
- (41) BAUCHE GARCADIAGO, Mario, Operaciones Bancarias. Activas, Pasivas y Complementarias, México, ed. Porrúa, S.A., 3a. edición, 1978, p.362.
- (42) DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge A., El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico, México, ed.

Porrúa, S.A., 2a. edición, 1975, pp.34-35.

- (43) Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de febrero de 1979.

CAPITULO SEGUNDO

El Fideicomiso Público en México

Una vez analizada la figura del fideicomiso en el ámbito del derecho privado, haremos referencia a una variante del fideicomiso que se ha denominado como fideicomiso de estado, fideicomiso público o fideicomiso del gobierno federal.

Aún cuando en los últimos años se ha llevado a cabo un esfuerzo por tratar de regular a esta clase de fideicomisos de una manera sistemática, sobre todo a raíz de la expedición de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales⁽¹⁾, consideramos que el fideicomiso público aún se encuentra regulado por un sinnúmero de leyes especiales por lo que a lo largo del presente Capítulo trataremos de referirnos al mayor número de éstas.

Primero se determinará un concepto de fideicomiso público para después hacer referencia a cada uno de sus elementos, precisando las peculiaridades o diferencias que cada uno guarda en relación con los elementos discutidos en el Capítulo anterior relativo a la figura del fideicomiso privado.

II.1 Concepto

El fideicomiso público es un contrato por medio del cual el Gobierno Federal, a través de sus dependencias y en su carácter de fideicomitente, transmite, en su origen la titularidad de bienes del dominio público (previo decreto de desincorporación), o del dominio privado de la federación, o

afecta fondos públicos en una institución fiduciaria, para realizar un fin lícito, de interés público⁽²⁾.

II.2 Su Encuadramiento como Entidad de la Administración Pública Paraestatal

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal ("LOAPF")⁽³⁾ establece que dicha administración puede ser centralizada o paraestatal (Art. 1). El Gobierno Federal desempeña la función pública por conducto de ambos sectores.

La Administración Pública Centralizada está compuesta por las secretarías de estado y los departamentos administrativos. Por su parte, la Administración Pública Paraestatal se compone de organismos descentralizados, empresas de participación estatal, instituciones nacionales de crédito, organizaciones auxiliares nacionales de crédito, instituciones nacionales de seguros y de fianzas y de fideicomisos.

Los fideicomisos públicos, considerados como entidades de la Administración Pública Paraestatal de conformidad con lo dispuesto por la LOAPF, funcionan como auxiliares del Poder Ejecutivo y su operación es en sí una extensión del sector central, quien utiliza por este medio la personalidad jurídica y la capacidad instalada de las instituciones fiduciarias, para canalizar recursos a través del campo de acción de los propios fideicomisos públicos, con el fin de ampliar el desempeño de las actividades de sus secretarías y departamentos de estado, en el cumplimiento de los objetivos y programas.

Se ha discutido respecto a la clasificación del fideicomiso público como entidad de la administración

pública paraestatal, en virtud de que la naturaleza jurídica del fideicomiso es la de un contrato por lo que no resulta congruente otorgarle el carácter de entidad como lo hace la LOAPF.

Nosotros diferimos de esa opinión, ya que, reconociendo la naturaleza jurídica de contrato que se ha dado al fideicomiso, consideramos que el fideicomiso público tiene una finalidad de interés público (p.e. administrar programas de cobertura de riesgos cambiarios), misma que no podría cumplirse si no contara con una serie de facultades y atribuciones, así como con una estructura administrativa que de ningún modo podrían atribuírsele a la figura jurídica del contrato.

Reconocemos que el fideicomiso público tiene la naturaleza de un contrato administrativo. Por contrato administrativo podemos entender "El negocio bilateral que el estado realiza con una o varias personas privadas o públicas, con propósitos de utilidad pública, para constituir, modificar o extinguir un vínculo patrimonial o económico, regulado por leyes de interés público"⁽⁴⁾.

Consideramos, por otra parte, que el instrumento que crea al fideicomiso público puede ser una ley, un decreto o un acuerdo por lo que el contrato constitutivo del mismo vendría a ser únicamente una formalización del ente creado por dicha ley, acuerdo o decreto.

A mayor abundamiento, el fideicomiso público, a fin de atender a las necesidades del interés público, requiere de cierta autonomía tanto presupuestaria como de gestión lo cual sería muy difícil de conseguir, si se concibe al fideicomiso únicamente como un contrato que deberá cumplir

una dependencia de la Administración Pública Federal. Asimismo, la vigilancia y sobre todo la evaluación de las operaciones del fideicomiso se tornarían más complejas, ya que éstas vendrían a formar solamente una parte más de las operaciones realizadas por la dependencia a la que éste estaría supeditado.

Por todo lo anterior consideramos que el fideicomiso público se encuentra regulado por la LOAPF como entidad de la Administración Pública Paraestatal por razones prácticas de organización y eficiencia operativa plenamente justificadas, aún cuando su regulación en estricto derecho debería corresponder a la de un contrato administrativo.

II.3 Elementos

A) El Fideicomitente

a) El Gobierno Federal

El Gobierno Federal es quien estrictamente actúa como fideicomitente, ya que él es quien cuenta con personalidad jurídica, sin embargo, la LOAPF en su Art. 47 señala a la Secretaría de Programación y Presupuesto como fideicomitente único de la Administración Pública Centralizada.

A este respecto podemos señalar que el Gobierno Federal es el fideicomitente pero actuando a través de uno de sus órganos, por lo que podríamos considerar que las demás secretarías de estado, así como el Departamento del Distrito Federal, pueden

actuar como fideicomitentes ya que también forman parte de la Administración Pública Centralizada con el mismo rango (Arts. 1 y 10 de la LOAPP). De hecho el Distrito Federal, a través del Departamento del Distrito Federal, ha constituido fideicomisos públicos⁽⁵⁾.

Por lo que se refiere a la constitución de fideicomisos por las entidades de la Administración Pública Paraestatal, actuando como fideicomitentes, la ley no señala nada al respecto de lo que podemos concluir que las entidades paraestatales que cuentan con personalidad jurídica propia, pueden actuar como fideicomitentes, por conducto de sus órganos de administración o de representación, afectando bienes de dicho organismo a un fin lícito y de interés público.

- b) Los Gobiernos de las Entidades Federativas
- c) Los Ayuntamientos en los Municipios

Para los dos últimos supuestos no existe disposición alguna que les prohíba actuar como fideicomitentes a nivel estatal o local. En estos casos el contrato constitutivo lo celebran el gobernador de la entidad y el presidente municipal, respectivamente, en representación de dichas entidades, afectando bienes de los respectivos patrimonios.

Para evitar una posible falta de coordinación de políticas y criterios, en los contratos constitutivos de los fideicomisos de la administración pública federal, el Ejecutivo Federal siempre lo hará por conducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto, como fideicomitente único del gobierno federal, quien cuidará que queden debidamente precisados los derechos y acciones que corresponda ejercitar al fiduciario sobre los bienes fideicometidos, las limitaciones que establezca o que se deriven de derechos de terceros, así como los derechos que el fideicomitente se reserve y las facultades que fije en su caso al comité técnico (Art. 41 LFEP).

Asimismo, cuando para el cumplimiento de la encomienda fiduciaria se requiera la realización de actos urgentes, cuya omisión pudiera causar notablemente perjuicios al fideicomiso, si no es posible reunir al comité técnico, por cualquier circunstancia, la institución fiduciaria puede proceder a consultar al Gobierno Federal a través del coordinador de sector quedando facultada para ejecutar los actos que éste autorice (Art. 44 LFEP).

B) El Fiduciario

Tal como se mencionó en el Capítulo anterior el cargo de fiduciario deberá ser desempeñado por cualquier institución de crédito constituida de conformidad con la LRSPBC y autorizada para llevar a cabo operaciones fiduciarias. La mayoría de los fideicomisos públicos han sido constituidos en Nacional Financiera, S.N.C. y en el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C.

No obstante lo anterior, algunos fideicomisos, principalmente los denominados fondos de fomento económico

han sido constituidos en el Banco de México, quien actúa como fiduciario en los mismos. Aún cuando el Banco de México no es una institución de crédito regulada por la LRSPBC, y constituye un organismo descentralizado de la Administración Pública Paraestatal, éste se encuentra facultado por su Ley Orgánica para actuar como fiduciario. En este sentido el Art. 6, fracción XI de la Ley Orgánica del Banco de México ("LOBM") (6) dispone:

"Art. 6o.- El Banco de México, para la realización de sus funciones, podrá efectuar las operaciones siguientes:

...

XI. Actuar como fiduciario cuando por ley se le asigne esa encomienda o cuando se trate de fideicomisos cuyos fines coadyuven al desempeño de funciones del Banco. Este podrá canalizar recursos a los fideicomisos en los que tenga carácter de fiduciario, a través de las operaciones que esta ley le autoriza a realizar;

..."

C) El Fideicomisario

Una característica común de todos los fideicomisos públicos se refiere a que no señalan de manera específica a los fideicomisarios. Estos son grupos de personas que forman parte de los sectores activos de la población a los que de alguna forma el Gobierno Federal quiere beneficiar, así como el propio Gobierno Federal.

II.3 Otros Elementos

A) El Patrimonio

La transmisión de la titularidad de los bienes del dominio público o del dominio privado de la federación, o de los fondos públicos, deberá seguir la forma de transmisión que se requiere para cada tipo de bienes, pero en el caso de bienes del dominio público, éstos deberán desafectarse de dicho dominio y pasar al dominio privado de la federación, mediante el respectivo decreto de desincorporación dictado por el Ejecutivo Federal.

La Ley General de Bienes Nacionales ("LGBN") (7) señala en su Art. 1 que el patrimonio nacional se compone de:

- I. Bienes del dominio público de la federación, y
- II. Bienes del dominio privado de la federación.

Asimismo establece en su Art. 5 que los bienes del dominio público están sometidos a la jurisdicción exclusiva de los poderes federales. En caso de que los bienes se encuentren ubicados en el territorio de algún estado, se requerirá el consentimiento de la legislatura local, salvo que se trate de bienes adquiridos por la federación antes del 10. de mayo de 1917 o que la Constitución los haya nacionalizado. En caso de que la legislatura no llegase a otorgar su consentimiento, los inmuebles quedarán en la situación jurídica de los de dominio privado nacional.

"Como consecuencia de la jurisdicción federal se previene que los estados no podrán gravar los bienes de

dominio público nacional de ninguna forma, ni tendrán eficacia alguna, respecto de ellos, las disposiciones generales o individuales que emanan de cualesquiera de sus autoridades, a menos que obren por encargo o en auxilio de las autoridades federales" (8).

En virtud de lo anterior, debemos considerar que para que las entidades federativas o municipios donde estén ubicados los bienes del dominio público que vayan a ser afectados en fideicomiso por estas entidades, puedan afectarlos, deberá el Ejecutivo Federal emitir un decreto de desincorporación de conformidad con lo dispuesto por el Art. 17, fracción III de la LGBN, para que una vez que los bienes pasen al dominio privado nacional, puedan ser aportados por estas entidades al patrimonio fiduciario.

No obstante lo dispuesto por la LGBN debemos considerar que el estado cuenta dentro de su patrimonio con créditos a su favor, los que conocemos como créditos fiscales.

El Art. 4 del Código Fiscal de la Federación ("CFF") (9) conceptúa los créditos fiscales como los ingresos que el estado o sus organismos descentralizados tienen derecho a percibir que provengan de contribuciones, aprovechamientos o de sus accesorios.

Las contribuciones están constituidas por impuestos, aportaciones de seguridad social, contribuciones de mejoras y derechos. Los aprovechamientos son los ingresos que percibe el estado por funciones de derecho público distintas de las contribuciones, de los ingresos derivados de financiamientos y de los que obtengan los organismos descentralizados y las empresas de participación

estatal. Dentro de los aprovechamientos cabe el concepto de productos; contraprestaciones que se obtienen por los servicios que presta el estado en sus funciones de derecho privado así como por el uso, aprovechamiento o enajenación de bienes del dominio privado. Los recargos, sanciones, gastos de ejecución e indemnizaciones constituyen los accesorios⁽¹⁰⁾.

Por su parte la Ley de Ingresos de la Federación⁽¹¹⁾ destaca dentro de estos conceptos los ingresos derivados de financiamientos.

Así pues, el patrimonio fiduciario podrá constituirse con:

- a) Bienes del dominio público (previa desincorporación).
- b) Bienes del dominio privado.
- c) Dinero en efectivo y subsidios que pueden provenir de impuestos, derechos, productos y aprovechamientos.

B) Objeto y Finalidad

Los fideicomisos públicos pueden tener por objeto, alguno de los siguientes:

- a) La inversión en el caso de los fondos públicos.
- b) El manejo de, y la inversión en obras públicas.

- c) La prestación de servicios.
- d) La producción de bienes para el mercado⁽¹²⁾.

Sin embargo, el objeto de los fideicomisos públicos no puede limitarse a la lista antes mencionada ya que éstos pueden realizar una serie de actividades tales como:

- Regularizar la tenencia de la tierra.
- Promover, financiar y realizar planes de construcción de conjuntos habitacionales.
- Operar empresas.
- Administrar fondos conocidos como "Fondos de Redescuento" o "Fondos de Fomento" creados por el Gobierno Federal para operar con recursos propios, crediticios, presupuestarios o fiscales, tanto en el Banco de México como en Nacional Financiera, S.N.C., y en el Banco Nacional de Comercio Exterior, S.N.C. Estos fideicomisos operan como banca de segundo piso, tomando en redescuento⁽¹³⁾ el papel que la banca recibe para acreditar a su clientela.

Por lo que se refiere a la finalidad de los fideicomisos públicos, ésta puede variar dependiendo de la clase de fideicomiso y de lo que se hubiese pactado en el contrato constitutivo correspondiente, mas podemos afirmar que desde un punto de vista muy amplio, sus fines siempre serán de un claro interés público; por ejemplo, satisfacer mejor determinadas necesidades colectivas de interés social, obtener mejores rendimientos sociales y económicos de los elementos de la Administración Pública, optimizar alguna

actividad o tender a una mayor eficacia y eficiencia.

C) El Comité Técnico

La LFEP prevé una serie de disposiciones relativas a la integración, facultades y funcionamiento de los comités técnicos de los fideicomisos que se establezcan por la Administración Pública Federal, las cuales podemos resumir en las siguientes:

- El comité técnico deberá existir obligatoriamente en los fideicomisos públicos (Art. 41).

- Las Secretarías de Hacienda y Crédito Público y de Programación y Presupuesto tendrán miembros que las representen en los comités técnicos (Art. 9).

- El comité técnico para el logro de los objetivos y metas de sus programas, deberá ejercer sus facultades en base a las políticas, lineamientos y prioridades que establezca el Ejecutivo Federal (Art. 57).

- El comité técnico tendrá entre otras las siguientes facultades indelegables: establecer, en congruencia con los programas sectoriales, las políticas generales y definir las prioridades a las que deberá sujetarse el fideicomiso; aprobar los programas y presupuestos, así como sus modificaciones; aprobar la concertación de préstamos para el financiamiento de la entidad con créditos internos y externos (respecto a créditos externos la Secretaría de Hacienda y Crédito Público deberá otorgar la autorización correspondiente); aprobar los estados financieros; aprobar la estructura básica de la organización de la entidad y nombrar y remover

a propuesta de su presidente, entre personas ajenas a la entidad, al secretario, quien podrá ser miembro o no del comité técnico.

- El Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Programación y Presupuesto cuidará que en los contratos queden debidamente precisadas las facultades especiales que se fijen al comité técnico, entendiéndose que las facultades de dicho cuerpo colegiado constituyen limitaciones para la institución fiduciaria.

Por otra parte, el Decreto que Establece las Bases para la Constitución, Incremento, Organización, Estructura, Modificación y Extinción de los Fideicomisos Establecidos por el Gobierno Federal no define al comité técnico ni aclara sus facultades. Sin embargo, agrega en su Art. 8 lo siguiente:

- En el comité técnico siempre figurará por lo menos un representante de la dependencia que sea coordinadora del sector en el que está agrupado el fideicomiso.

- La institución fiduciaria deberá mantener también un representante con voz pero sin voto.

- La presidencia del comité, si no está encomendada expresamente al representante de alguna dependencia en el acto constitutivo, corresponderá a la que ejerza la coordinación del sector respectivo.

Respecto al funcionamiento del comité técnico, la ley no es muy explícita al respecto, por lo que éste deberá quedar consignado en el contrato constitutivo que se celebre

al efecto.

La LFEP únicamente establece en el Art. 9 que los fideicomisos deberán enviar con una antelación no menor de cinco días hábiles a los miembros del comité técnico el orden del día acompañado de la información y documentación correspondientes, que les permita el conocimiento de los asuntos que se vayan a tratar, para el adecuado ejercicio de su representación.

Asimismo, el decreto antes mencionado señala en su Art. 8 que la presidencia del comité técnico tendrá voto de calidad para el caso de empate.

D) Los Delegados Fiduciarios

Los delegados fiduciarios especiales son aquellas personas que se designan específicamente para actuar como delegados fiduciarios en los fideicomisos que establece el Gobierno Federal como fideicomitente.

El delegado fiduciario especial, al que generalmente se le denomina también director general, es designado en los términos del contrato constitutivo respectivo y su nombramiento corresponde:

- a) Al Presidente de la República; o
- b) Al Secretario de Estado o Jefe del Departamento de Estado que encabeza el sector respectivo; o
- c) Al comité técnico del fideicomiso.

En virtud de lo anterior, las instituciones

fiduciarias no tienen opción para designar al delegado fiduciario, sino que es propiamente un nombramiento discrecional del poder público que recae en una persona determinada, constituyendo así una excepción a las reglas aplicables a los delegados fiduciarios en relación con la ejecución de los fideicomisos privados.

Estos delegados fiduciarios especiales cuentan con una serie de facultades y obligaciones consignadas en el Art. 59 de la LFEP y que son, entre otras, las siguientes:

- Administrar y representar legalmente al fideicomiso.

- Formular los programas de corto, mediano y largo plazo, así como los presupuestos de la entidad y presentarlos para su aprobación al comité técnico.

- Formular los programas de organización.

- Tomar las medidas pertinentes a fin de que las funciones de la entidad se realicen de manera articulada, congruente y eficaz.

- Establecer los sistemas de control y mecanismos de evaluación necesarios.

- Presentar periódicamente al comité técnico el informe del desempeño de las actividades del fideicomiso, incluyendo el ejercicio de los presupuestos de ingresos y egresos y los estados financieros correspondientes.

- Ejecutar los acuerdos que dicte el comité técnico.

II.5 Su Constitución, Registro, Modificación y Extinción

Los fideicomisos del Gobierno Federal se pueden crear por medio de leyes, decretos o acuerdos presidenciales.

El Secretario de Programación y Presupuesto expide un acuerdo estableciendo las causas que motivan la creación del fideicomiso, su denominación, la integración de su patrimonio, la institución de crédito que fungirá como fiduciario, los fines del fideicomiso, la creación de su comité técnico y la duración del mismo (Art. 3 de la LOAPF y 2 y 9 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público ("LPCGP") (14).

El procedimiento para la creación de los fideicomisos públicos se puede resumir en lo siguiente:

- Que exista una propuesta del Secretario de Estado o Jefe del Departamento Administrativo al que correspondería coordinar el fideicomiso.

- Que se canalice la propuesta al Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto quien procederá o no a autorizar la creación del fideicomiso.

- En caso de ser autorizado, se deberán establecer los objetivos y características generales del fideicomiso.

- En seguida, se procederá a la formalización del contrato, a la designación del comité técnico y a la sectorización del nuevo fideicomiso conforme a sus funciones y objetivos.

- Anteriormente, se procedía a la inscripción del fideicomiso en el registro que al efecto llevaba la Secretaría de Programación y Presupuesto. Sin embargo, a raíz de la expedición de la LFEP el 14 de mayo de 1986 así como de la derogación de diversas disposiciones de la LOAPF, entre ellas el Art. 49 bis, la obligación de esta Secretaría de llevar dicho registro desapareció.

La LFEP, en su Capítulo II, prevé la creación de un registro público de organismos descentralizados, que es llevado por la Secretaría de Programación y Presupuesto. Dicha ley señala asimismo, los documentos y actos que deben inscribirse en el mismo, previendo que las certificaciones de los asientos en ese registro expedidas por el mismo, hacen fe pública.

En cuanto al registro de los fideicomisos y empresas de participación estatal mayoritaria, la LFEP no dispone nada al respecto. En oposición a lo anterior, el Art. 12 de dicho ordenamiento impone a la Secretaría de Programación y Presupuesto la obligación de publicar anualmente en el Diario Oficial de la Federación, la relación de las entidades paraestatales que formen parte de la Administración Pública Federal.

Podríamos preguntarnos entonces cómo es que dicha Dependencia puede publicar una lista de entidades paraestatales si únicamente lleva un registro de los organismos descentralizados. Asimismo, resulta curioso que únicamente los documentos relativos a dichos organismos sean concentrados y mantenidos a la disposición de los interesados en tanto que los documentos relativos a los fideicomisos públicos y a las empresas de participación estatal mayoritaria no.

Consideramos que lo anterior no es del todo congruente con lo expresado por el Ejecutivo Federal, que al referirse en su iniciativa de ley expresó:

"Se pretende integrar así de manera oficial una información incuestionable sobre la sectorización de los entes paraestatales para conocimiento del público y efectos legales"⁽¹⁵⁾.

A nuestro juicio, la única manera de integrar esta información, sobre todo por lo que respecta a sus efectos legales, es a través de un registro público de fideicomisos del Gobierno Federal y otro de empresas de participación estatal mayoritaria con funciones similares a las del registro de organismos públicos descentralizados.

Por lo que se refiere a las modificaciones que se efectúen a los fideicomisos, los proyectos respectivos deberán ser propuestos al Ejecutivo Federal por el coordinador de sector correspondiente a través de la Secretaría de Programación y Presupuesto, o directamente por esta última, y una vez autorizados se formalizarán.

El fideicomiso puede extinguirse por las causas previstas en el contrato constitutivo o por las que determine la LGTOC mismas a las que ya nos hemos referido en el Capítulo anterior.

Sin embargo, al hablar de extinción de fideicomisos públicos, debemos atender además a las normas de derecho público aplicables tales como la LPCGP, y el acuerdo de sectorización respectivo⁽¹⁶⁾.

Conforme a estos ordenamientos, la Secretaría de

Programación y Presupuesto someterá a consideración del Ejecutivo Federal, la propuesta de extinción de los fideicomisos que no cumplan sus fines u objeto social o cuyo funcionamiento no sea ya conveniente desde el punto de vista de la economía nacional o del interés público, previa opinión del coordinador de sector correspondiente.

Una vez autorizada la extinción del fideicomiso por el Ejecutivo Federal, quien lo hará por conducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto, se emitirá el acuerdo respectivo en el que se establecerán las bases para determinar el destino que deberá darse a los bienes y derechos que aún formen el patrimonio del fideicomiso. También se señalarán las dependencias responsables de vigilar el cumplimiento del acuerdo.

La extinción del fideicomiso implica los siguientes efectos y consecuencias jurídicas:

- a) El patrimonio fideicometido, se reintegra al fideicomitente. La institución fiduciaria será la responsable de devolver los bienes y de cancelar los registros contables que para el efecto hubiera llevado, gestionando además la cancelación de las inscripciones que se hubieren efectuado en el registro público correspondiente.
- b) Los derechos adquiridos por terceros durante la vigencia del fideicomiso, deberán ser satisfechos de acuerdo con la ley, con cargo al patrimonio fideicometido⁽¹⁷⁾.

II.6 La Coordinación y Agrupación Sectorial

Los propósitos fundamentales de la Reforma Administrativa, han sido el aumentar la eficiencia de las instituciones del sector público mediante el mejoramiento de sus planes, estructuras y sistemas de trabajo, para aprovechar al máximo los recursos con que cuenta para satisfacer las necesidades que demanda el desarrollo económico y social del país, así como agilizar y descentralizar sus mecanismos, para que las instituciones oficiales presten con toda oportunidad sus servicios como una actividad constante.

El fundamento legal de esta Reforma Administrativa en relación con las entidades del sector público paraestatal la podemos encontrar en el Art. 48 de la LOAPF que al efecto dispone:

"ART. 48.- A fin de que se pueda llevar a efecto la intervención que, conforme a las leyes, corresponde al Ejecutivo Federal en la operación de las entidades de la Administración Pública Paraestatal, el Presidente de la República las agrupará por sectores definidos, considerando el objeto de cada una de dichas entidades en relación con la esfera de competencia que ésta y otras leyes atribuyen a las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos."

Asimismo, es de importancia para este tema hacer referencia al acuerdo presidencial del 17 de marzo de 1981⁽¹⁸⁾ el cual otorga a cada coordinador de sector las siguientes facultades:

- Planear, coordinar y evaluar la operación de las entidades.

- Orientar y coordinar la planeación, programación, presupuestación, control y evaluación del gasto de las entidades.

- Presentar ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, debidamente aprobados por la Secretaría de Programación y Presupuesto, los proyectos y programas de actividades de las entidades que requieren financiamiento para su realización.

- Vigilar la utilización de los recursos provenientes de financiamientos autorizados a las entidades del sector respectivo con la intervención de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

- Vigilar el cumplimiento de los presupuestos y programas anuales de operación.

- Someter a la consideración del Ejecutivo Federal las medidas administrativas que se requieran para instrumentar la coordinación de las entidades agrupadas en el sector respectivo.

Finalmente, conforme al Decreto por el que se Establecen las Bases para la Constitución, Incremento, Modificación, Organización, Funcionamiento y Extinción de los Fideicomisos Establecidos o que Establezca el Gobierno Federal, el coordinador de sector cuenta con las siguientes facultades:

- Presentar a la Secretaría de Programación y Presupuesto los proyectos de estructura administrativa, de constitución o de modificación del fideicomiso que le someta a su consideración la institución fiduciaria.

- Desahogar las consultas que le formulen las instituciones fiduciarias, en casos de urgencia o de imposibilidad de reunir al comité técnico, autorizando la ejecución de aquellos actos que considere procedentes.

- Vigilar los fideicomisos en coordinación con la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

II.7 Control, Vigilancia y Evaluación

Conforme al Plan Nacional de Desarrollo 1983-1988⁽¹⁹⁾, "El ejercicio (del gasto público) conforme a lo programado y su eficaz y honesta ejecución, reflejarán la voluntad del estado para conducir con firmeza y perseverancia, la moderación económica y el cambio estructural."

De ahí que a fin de poder garantizar las operaciones financieras de la Administración Pública Federal, no fué suficiente prever que éstas se sujetaran a la Ley de Ingresos y Presupuesto de Egresos correspondiente, sino que fué necesario establecer un regimen de control eficaz con el propósito de evitar irregularidades.

La doctrina reconoce dos clasificaciones de mecanismos de control. La primera de ellas atiende al Poder del estado que ejerce el control sobre la entidad de la Administración Pública Federal; la segunda, atiende al control de la dependencia que se ejerce dentro del mismo Poder.

Atendiendo al Poder del estado que ejerce el control de una entidad, podemos clasificar los sistemas de control en internos y externos.

- El control interno es el que se ejerce a través del

mismo Poder del cual depende la entidad sujeta a control. En el caso de los fideicomisos públicos, el control lo ejerce el Poder Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de la Contraloría General de la República en los términos que más adelante se indican.

- El control externo es el que ejerce un Poder del estado distinto a aquél del cual depende la entidad sujeta a control. En este caso, el control se ejerce a través de la Contaduría Mayor de Hacienda.

Esta institución es auxiliar de la Cámara de Diputados y cuenta con facultades para revisar y glosar la cuenta anual que presente el Poder Ejecutivo. En caso de encontrar irregularidades o violaciones a la ley, se podrá determinar responsabilidad civil o penal, según sea el caso, a los servidores públicos⁽²⁰⁾.

Atendiendo al control que se ejerce dentro de un mismo Poder del estado, también podemos clasificar el sistema en interno y externo.

- El control interno es aquél que se realiza dentro de la estructura legal de una dependencia de la administración pública.

A este respecto, la LFEP dispone en su Art. 62 la creación de órganos internos de control, cuyas acciones tienen por objeto apoyar la función directiva y promover el mejoramiento de gestión del fideicomiso. Estos órganos deben sujetarse a los lineamientos que establezca la Secretaría de la Contraloría General de la Federación; dependen del director general y realizan sus actividades conforme a reglas y bases que les permiten cumplir su

cometido con autosuficiencia y autonomía.

Asimismo, dichos órganos examinan y evalúan los sistemas, mecanismos y procedimientos de control, tales como auditorías, inventarios, documentación de operaciones y conciliaciones de estados financieros; vigilan que el manejo y aplicación de los recursos públicos se efectúe conforme a las disposiciones aplicables y presentan al director general y al comité técnico los informes resultantes de las auditorías, exámenes y evaluaciones realizadas.

- El control externo es aquél que se realiza dentro de la estructura legal de una dependencia de la administración pública, por otra dependencia.

El fundamento legal del control externo de los fideicomisos públicos, se encuentra en el Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación⁽²¹⁾ así como en la LOAPF y en la LFEP.

El Art. 11 del Decreto del Presupuesto de Egresos de la Federación para 1988 dispone que las entidades paraestatales se sujetarán en el ejercicio de sus presupuestos al calendario de gastos que apruebe su órgano de gobierno con base en los lineamientos que emita la Secretaría de Programación y Presupuesto. Asimismo las administraciones de fondos a estas dependencias deberán ser aprobadas por la Secretaría de Programación y Presupuesto, de conformidad con los programas aprobados en el Presupuesto de Egresos de la Federación.

La LOAPF, en su Art. 32 bis señala las facultades y atribuciones de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación en materia de control, vigilancia y evaluación

de las entidades de la Administración Pública Federal.

Por su parte, la LFEF, en su Art. 60 prevé la constitución de un órgano de vigilancia integrado por un comisario público propietario y uno suplente designados por la Secretaría de la Contraloría General de la Federación de conformidad con lo dispuesto por la fracción XI del Art. 32 bis arriba mencionado.

Estos comisarios públicos se encargan de evaluar el desempeño general y por funciones del fideicomiso, realizando estudios sobre la eficiencia con que se ejercen los desembolsos, así como en lo referente a los ingresos.

Asimismo, el Art. 65 de la LFEF, dispone que la Secretaría de la Contraloría General de la Federación puede realizar visitas y auditorías a las entidades paraestatales a fin de supervisar el adecuado funcionamiento del sistema de control; el cumplimiento de las responsabilidades a cargo del órgano de gobierno, del director general y demás servidores públicos y, en su caso, promover lo necesario para corregir las deficiencias u omisiones en que se hubiera incurrido.

II.8 Marco Jurídico

El fideicomiso de la Administración Pública Federal tiene características sui generis en relación con los demás tipos de fideicomiso; por ello, la aplicación de las normas legales que lo rigen, escapa, en algunas ocasiones, del ámbito de la legislación puramente mercantil, para aplicarle leyes de carácter eminentemente administrativo.⁽²²⁾

Aún cuando la mayoría de estas disposiciones ya han

sido citadas a lo largo del presente Capítulo, haremos referencia a las más importantes:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Arts. 73 fracciones X y XXIX, 90 y 110.

- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Arts. 3 fracción III y 47.

- Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, Arts. 2, 9 y 37.

- Ley General de Deuda Pública⁽²³⁾, Arts. 1, 4, 5 fracción IV, 17, 19 y 20.

- Ley Orgánica de la Contaduría Mayor de Hacienda⁽²⁴⁾, Arts. 3, 24 y 30.

- Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles⁽²⁵⁾, Art. 2 fracción IV.

- Ley de Obras Públicas⁽²⁶⁾, Art. 1 fracción VII.

- Ley Federal de las Entidades Paraestatales, Arts. 1, 2, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 40 al 62 y 64 al 66.

- Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos⁽²⁷⁾, Art. 2.

- Acuerdo por el que las entidades de la Administración Pública Paraestatal se agrupan por sectores a efecto de que sus relaciones con el Ejecutivo Federal se realicen a través de la secretaría de estado o departamento administrativo que

se determina.

- 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.

- Acuerdo por el que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal adecuarán sus planes, sistemas, estructuras y procedimientos conforme al proceso permanente, programado y participativo de Reforma Administrativa (28).

NOTAS DEL CAPITULO SEGUNDO

- (1) Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de mayo de 1986.
- (2) ACOSTA ROMERO, Miguel, Teoría General del Derecho Administrativo, México, ed. Porrúa, S.A., 6a. edición, 1984, p.276.
- (3) Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de diciembre de 1976.
- (4) SERRA ROJAS, Andrés, citando a André Laubadere, Derecho Administrativo, México, ed. Librería de Manuel Porrúa, S.A., 2a. edición, 1961, p.1063.
- (5) ACOSTA ROMERO, Miguel, obra citada, p.277.
- (6) Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1984.
- (7) Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de enero de 1982.
- (8) FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo, México, ed. Porrúa, S.A., 17a. edición, 1977, p.352.
- (9) Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1981.
- (10) Artículos 2 y 3 del Código Fiscal de la Federación.
- (11) Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio

Fiscal de 1988, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1987.

- (12) ACOSTA ROMERO, Miguel, obra citada, p.279.
- (13) A través del redescuento el Banco de México apoya a las Sociedades Nacionales de Crédito que en ciertos casos pueden tener problemas de liquidez temporal o momentánea, apoyo realizado fundamentalmente descontando cartera por parte de dicho Banco Central al sistema financiero nacional. ACOSTA ROMERO, Miguel, Derecho Bancario, México, ed. Porrúa, S.A., 3a. edición, 1986, p.202.
- (14) Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1976.
- (15) "Iniciativa del Ejecutivo, de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales. 31 de marzo de 1986.", Ley Federal de las Entidades Paraestatales, LIII Legislatura, Cámara de Diputados, Serie: Grandes Debates Nacionales, México, 1986, pp.VIII.
- (16) Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 17 de enero de 1977.
- (17) PEÑALOZA SANTILLAN, David, obra citada, p.224.
- (18) Acuerdo por el que las entidades de la Administración Pública Paraestatal, a que se refiere este acuerdo, se agrupan por sectores a efecto de que sus relaciones con el Ejecutivo Federal, se realicen a través de la Secretaría de Estado o Departamento Administrativo que se determina. Publicado en el Diario Oficial de la

Federación el día 10. de abril de 1981.

- (19) Poder Ejecutivo Federal, Plan Nacional de Desarrollo 1983 - 1988, México, Secretaría de Programación y Presupuesto, 1983, p.167.
- (20) FRAGA, Gabino, obra citada, pp.348-349.
- (21) Decreto del Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 1988, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1987.
- (22) CERVANTES ALTAMIRANO, Efrén, citando a José Manuel Villagordo Lozano, "Los Fideicomisos Estatales", Revista de la Facultad de Derecho de México, tomo XXXII, Nums. 124, 125, 126, México, UNAM, julio - diciembre, 1982, p.534.
- (23) Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1976.
- (24) Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de diciembre de 1978.
- (25) Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de febrero de 1985.
- (26) Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de diciembre de 1980.
- (27) Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1982.

(28) Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día
24 de abril de 1979.

CAPITULO TERCERO

El Fideicomiso para la Cobertura de los Riesgos
Cambiarios ("FICORCA")

III.1 La Situación Económica del País Previa a la Constitución del FICORCA

"El año de 1982 fué crítico para la economía y las finanzas del país, ya que diversos problemas de origen interno y externo se agudizan a lo largo de este año y provocaron un desplome en el ritmo de la actividad económica, una notable aceleración en la tasa de aumento de los precios y serias dificultades en la operación de los mercados cambiario y financiero." (1)

Esta desestabilización económica y financiera del país, tuvo sus orígenes a partir del año de 1976, ya que tras el ajuste económico posterior a la depreciación cambiaria de ese año, se decidió impulsar vigorosamente el crecimiento de la economía.

El gasto público fué activado y comenzó a crecer sustancialmente; asimismo, la inversión privada se incrementó, sobre todo la destinada a la expansión de la capacidad productiva del país. Ambos fueron financiados en gran medida a través de la contratación de créditos externos ya que en esos momentos existía una amplia oferta de dichos financiamientos en condiciones atractivas para los contratantes.

Un factor importante que propició la reactivación de la inversión privada y un aumento sustancial en el gasto

público lo constituyó el potencial petrolero de México. Fué en base a dicho potencial que la capacidad del país para obtener crédito externo aumentó en forma importante, así como mejoraron las condiciones financieras preferentes en que dichos créditos eran ofrecidos a nuestro país.

Por lo que se refiere a los ingresos derivados de las ventas de petróleo al exterior, éstos aumentaron a un ritmo mucho más dinámico que el volumen de dichas ventas, debido al fuerte incremento experimentado por los precios del energético en el mercado mundial entre 1979 y 1980. No sólo los precios del petróleo se incrementaron; también aumentaron los de otros importantes productos de exportación como el café, la plata y el algodón, y lo hicieron a un ritmo superior al de los precios de los productos de importación.

El ajuste de la economía a ese flujo de ingresos del exterior, se produjo de inmediato. En contraste con lo sucedido en otros países exportadores de petróleo que acumularon enormes excedentes de divisas, cuando se elevaron los precios del crudo, México invirtió los recursos derivados del petróleo, y además utilizó financiamiento externo adicional por montos muy importantes, sin haber contemplado una posible caída de los precios del petróleo. (2)

Durante los años de 1980 y 1981, tuvo lugar una severa contracción de la actividad económica por parte de los países industrializados, lo que afectó a nuestro país en su exportación de mercancías. El principal renglón afectado, fué el de las ventas de petróleo al exterior, que en 1981 constituían ya una porción muy elevada de las exportaciones totales de mercancías efectuadas por México. El precio del

energético comenzó a debilitarse desde el primer trimestre de 1981 y el volumen de dichas exportaciones cayó sustancialmente hacia mediados del año, lo cual significó una violenta reducción de los ingresos de divisas por dicho concepto. (3)

Por otra parte, con motivo de la depresión económica mundial, los Estados Unidos adoptaron una política monetaria que ocasionó una disminución en la liquidez, que redujo la oferta de dinero y créditos por lo que, consecuentemente, se elevaron las tasas de interés.

La repentina baja en los ingresos por concepto de exportaciones, aunadas al fuerte aumento en el costo del crédito externo, así como la sobrevaluación del tipo de cambio, tuvieron consecuencias sumamente nocivas sobre la balanza de pagos de nuestro país. (4)

En estas condiciones, se generalizaron las expectativas de que el tipo de cambio se tornaría insostenible a los niveles entonces vigentes, por lo que hubo un rápido incremento en la dolarización de los depósitos bancarios, así como grandes fugas de capital. Así pues, el incremento del déficit público y las presiones sobre la balanza de pagos, condujeron a la contratación de deuda pública externa por casi veinte mil millones de dólares.

Aún cuando se instauraron una serie de medidas para tratar de aminorar la crisis, el desequilibrio en la balanza de pagos persistía, por lo que el 18 de febrero de 1982 se inició un período de flotación en el tipo de cambio. Hacia fines de ese mes, el peso había sufrido una depreciación de casi 67 por ciento. (5)

Inmediatamente después, el 19 de febrero del mismo año, se anunció un paquete de medidas económicas al que se denominó Programa de Ajuste de la Política Económica de México. (6)

Dicho programa tuvo incidencia en los siguientes renglones:

- a) Política cambiaria
- b) Política presupuestaria
- c) Política financiera
- d) Política de empleo y salarios
- e) Política comercial externa
- f) Política de precios
- g) Apoyo a las zonas fronterizas

Siendo que este programa tenía como objetivo lograr la consolidación económica y financiera del país, las medidas adoptadas provocaron una mayor desestabilización del mercado cambiario, por lo que durante los meses subsiguientes las autoridades financieras tomaron diversas medidas para controlar las operaciones en dicho mercado.

A partir del 6 de agosto de 1982 entró en vigor un sistema de tipo de cambio dual entre el peso y el dólar: uno "preferencial" y otro "general".

El tipo de cambio "preferencial" se aplicó a la importación de bienes prioritarios, insumos y bienes de capital, así como al pago de los intereses de la deuda externa pública y privada, y de las obligaciones del sistema bancario mexicano con el exterior contraídas con anterioridad al 5 de agosto de 1982.

El tipo de cambio "general", que se determinó por el libre juego de la oferta y la demanda de divisas, se aplicó a las demás transacciones no comprendidas en el mercado "preferencial". (7)

En virtud de la escasez de divisas y dada la urgencia de su aplicación en renglones de prioridad económica y social, el 18 de agosto de 1982 se expidió un decreto (8) en el que se estableció la obligación a cargo de las dependencias de la Administración Pública Centralizada y Paraestatal así como del Departamento del Distrito Federal, de depositar en el Banco de México, mediante transferencias de fondos sobre el extranjero, todas las divisas con que contaran.

Asimismo dicho decreto determinó la obligación a cargo de Petróleos Mexicanos de depositar en una cuenta especial del Banco de México, todos los ingresos que recibiera en pago de exportaciones, o los que obtuviera por la negociación de contratos de venta de sus productos, pudiendo disponer únicamente de las divisas para pagar los intereses y gastos correspondientes a los financiamientos en moneda extranjera a favor de residentes en el exterior, así como para el pago de las importaciones que realizara, o para su venta al Banco de México al tipo de cambio "preferencial".

Finalmente, el decreto obligó a las instituciones nacionales de crédito a mantener depositadas en dicho organismo todas las divisas de que dispusieran.

Las divisas obtenidas por este medio se aplicaron al pago de importaciones de bienes indispensables, así como para el pago de las obligaciones correspondientes a la deuda pública externa y al pago de las obligaciones de la banca mexicana en moneda extranjera.

Con motivo de la implantación de estas medidas se presentaron movimientos especulativos que dieron origen a la disminución de reservas de divisas de nuestro país.

Paralelamente, las estrechas relaciones del sistema bancario privado con los grandes consorcios industriales, sus vínculos con instituciones financieras del exterior y la apertura de oficinas y sucursales de bancos mexicanos en el extranjero, facilitaron aún más la exportación desmedida de divisas.

III.2 El Régimen de Control de Cambios

Ante tal situación fué menester tomar medidas definitivas a fin de evitar una erosión mayor a nuestras ya de por sí exiguas reservas de divisas, por lo que el 10. de septiembre de 1982, al rendir su VI Informe de Gobierno ante el Congreso de la Unión, el Ejecutivo Federal anunció la nacionalización de la banca privada y el establecimiento del control generalizado de cambios.

Mediante el Decreto de Nacionalización de la Banca Privada⁽⁹⁾, el Gobierno Federal asumió la prestación del servicio público de banca y crédito reivindicando el control directo sobre el sistema crediticio del país a fin de procurar un desarrollo económico sano.

Por otra parte, el Decreto de Control Generalizado de Cambios⁽¹⁰⁾ prohibió la importación y exportación de divisas excepto las realizadas por el Banco de México, o por cuenta y orden del mismo. Asimismo, instituyó la obligación a cargo de las personas físicas o morales de vender al Banco de México todas las divisas que captaran. Este nuevo régimen estableció tres tipos de cambio determinados también

por el Banco Central: uno "preferencial", uno "ordinario" y uno "especial".

El tipo de cambio "preferencial" se aplicó a la venta de divisas requeridas para la importación de bienes específicamente autorizadas y al pago de intereses correspondientes a créditos denominados en moneda extranjera a cargo de empresas residentes en el país y a favor de instituciones de crédito del país o del extranjero.

El tipo de cambio "ordinario" se utilizó en operaciones denominadas en moneda extranjera distintas a las mencionadas.

El tipo de cambio "especial" era determinado por el Banco de México en circunstancias para las que dicho Instituto Central considerara inconveniente la aplicación de los otros tipos de cambio.

Dada la situación prevaleciente en el mercado de divisas de nuestro país, las empresas mexicanas manifestaron su necesidad de asegurar los pagos de sus adeudos en moneda extranjera en favor de entidades financieras del exterior o proveedores del extranjero, por lo que el 4 de noviembre de 1982 el Banco de México autorizó a las instituciones de crédito del país a fungir como fiduciarias en fideicomisos que empresas mexicanas constituyeran en favor de sus acreedores extranjeros, mediante aportaciones en moneda nacional a fin de que, en su oportunidad, las instituciones de crédito, tras haber invertido los recursos en Certificados de la Tesorería de la Federación (CETES), adquiriesen las divisas necesarias para cubrir los adeudos para posteriormente transferirlas al acreedor respectivo. (11)

Cabe hacer mención que aún cuando la institución fiduciaria se obligaba a entregar al acreedor las divisas correspondientes en su oportunidad, dicha institución no asumía el riesgo cambiario, por lo que cualquier diferencia entre el precio de las divisas y el patrimonio fideicometido sería aportada por la empresa fideicomitente.

La ventaja que presentó este mecanismo fué que la adquisición de las divisas efectuada por las instituciones de crédito se llevaba a cabo al tipo de cambio "preferencial", que en esos momentos resultaba sensiblemente más bajo que el tipo de cambio "ordinario".

Este régimen de control de cambios estuvo en vigor poco menos de cuatro meses ya que con el cambio de Administración el 10. de diciembre de 1982, y como parte de la estrategia derivada del Programa Inmediato de Reordenación Económica (PIRE), se anunció el establecimiento de un nuevo sistema de control de cambios que permitiera ordenar el mercado cambiario y agilizar su operación, sin liberarlo por completo.

El nuevo sistema cubría sólo aquellos conceptos que razonablemente podrían estar sujetos a control, manteniéndose la segmentación del mercado cambiario.

El nuevo Decreto de Control de Cambios⁽¹²⁾ que entró en vigor el 20 de diciembre de 1982, previó el funcionamiento simultáneo de dos mercados de divisas, uno "controlado" y otro "libre".

El tipo de cambio "controlado" se aplicó a conceptos tales como exportaciones e importaciones autorizadas, gastos en México de empresas maquiladoras, pagos de principal e

intereses de financiamientos en divisas a cargo de empresas públicas o privadas establecidas en el país, a favor de instituciones de crédito nacionales o extranjeras que se hubiesen contratado o dispuesto a partir del 20 de diciembre de 1982.

Por su parte, todas las transacciones con divisas no sujetas al mercado "controlado", quedaron comprendidas en el mercado "libre" y se realizan a los tipos de cambio convenidos por las partes contratantes.

De esta forma podríamos considerar que tras el establecimiento de este nuevo esquema cambiario nuestro país recuperó el control de su mercado de divisas. (13)

Por otra parte, la gran depreciación de nuestra moneda en un lapso tan corto, provocó que las empresas privadas residentes en nuestro país se encontraran con problemas para cubrir oportunamente el principal e intereses de sus adeudos en moneda extranjera, en favor de instituciones de crédito mexicanas o de instituciones financieras del exterior. Asimismo, el Gobierno Federal se había comprometido ante el Fondo Monetario Internacional, con quien ya tenía concertado un paquete financiero, a una política que eliminara subsidios de la economía, que venían distorsionando el aparato productivo, y acelerando el déficit gubernamental. (14)

Con tal motivo, se determinó la inclusión de un Artículo Cuarto Transitorio al nuevo Decreto de Control de Cambios en los términos siguientes:

"CUARTO.-

...

El Banco de México establecerá un sistema de cobertura de riesgo cambiario en favor de personas que tengan a su cargo los adeudos de que trata el párrafo inmediato anterior (adeudos en moneda extranjera pagaderos fuera de la República, contraídos con anterioridad al 20 de diciembre de 1982), en el entendido de que sólo podrán aceptarse en el sistema créditos cuyo vencimiento sea a largo plazo o que se reestructuren para que venzan a dicho plazo. El Banco de México cargará por el otorgamiento de las coberturas referidas, premios que tiendan a evitar que las respectivas ventas de moneda extranjera impliquen un subsidio a favor de los interesados.

..."

Con motivo de la inclusión de este Artículo Cuarto Transitorio, el Gobierno Federal buscó fomentar la reestructuración a mediano o largo plazo de la deuda externa a cargo del sector privado, absorbiendo el riesgo cambiario y difiriendo así la salida de divisas del país.

III.3 Su Constitución

- A) El Acuerdo por el que se Autoriza la Constitución del FICORCA.

No obstante la instauración del nuevo régimen de control de cambios y la reivindicación del mercado cambiario por parte del Gobierno Federal, la escasez de divisas prevalecía.

El Programa para la Defensa de la Planta Productiva y el Empleo, establecía la necesidad de luchar

contra la escasez de divisas como uno de los graves problemas por vencer. La falta de dólares impedía la compra de maquinaria, equipo y refacciones importadas, lo que entorpecía el funcionamiento de la planta productiva. Aunado a esta dificultad, el pago de las obligaciones contraídas con el exterior, distraía divisas que podrían haberse utilizado para efectuar esas importaciones.

Con tal motivo, el Banco de México debía instrumentar un sistema de cobertura tendiente a impulsar las reestructuraciones de los adeudos de las empresas, a fin de diferir la salida de divisas del país. Asimismo, dicho sistema debía procurar ser accesible, incluso a aquellas empresas con graves problemas de liquidez a corto plazo, así como evitar el otorgamiento de subsidios a las empresas participantes en los diversos programas, a fin de no provocar un mayor déficit fiscal.

Una vez determinados los lineamientos a que debía de sujetarse el mecanismo de cobertura de riesgos cambiarios, el Banco de México inició un intenso proceso de consulta con representantes del sector privado, de instituciones de crédito mexicanas y de la comunidad financiera internacional.⁽¹⁵⁾

Después de varias semanas de estudio y negociación, las autoridades financieras del país anunciaron el 11 de marzo de 1983 la creación del FICORCA⁽¹⁶⁾, cuyo objeto sería el de administrar programas de cobertura de riesgos cambiarios a entidades de la Administración Pública Federal y a empresas establecidas en el país, bajo ciertas condiciones.

El Acuerdo por el que se Autoriza la Constitución

del FICORCA⁽¹⁷⁾ prevé, en su segundo considerando, la implementación de un programa de cobertura de riesgos cambiarios a favor de las entidades tanto del sector público como privado, que tengan a su cargo adeudos en moneda extranjera pagaderos fuera de la República Mexicana contraídos con anterioridad al 20 de diciembre de 1982, en favor de entidades financieras del exterior, instituciones de crédito mexicanas o proveedores extranjeros, cuyo vencimiento fuese a largo plazo o que fuesen reestructurados para vencer a dicho plazo, programa que sería administrado por el FICORCA.

Sin embargo, el acuerdo en su Tercer Considerando, estimó conveniente instrumentar otros programas de cobertura de riesgos cambiarios respecto de adeudos denominados en moneda extranjera, pagaderos fuera de la República Mexicana en favor de proveedores extranjeros que estuvieran registrados o se registraran en la Secretaría de Comercio, así como los que se contrajeran en el futuro a fin de ampliar la gama de coberturas que proporcionaría el FICORCA.

El citado acuerdo señala también las características principales del fideicomiso: quién es el fideicomitente; quién actúa como fiduciario; cómo se integra su patrimonio; qué operaciones y actividades realiza; la integración y funcionamiento de su comité técnico, así como la duración del mismo.

B) El Contrato Constitutivo

Tres días después de la publicación del Acuerdo que Autorizó la Constitución del FICORCA, el 14 de marzo de 1983, comparecieron el Secretario de Programación y Presupuesto en representación de la Secretaría de

Programación y Presupuesto como fideicomitente único del Gobierno Federal, el Secretario de Hacienda y Crédito Público en representación de esa Secretaría, como coordinador del sector correspondiente, así como el Director General del Banco de México en representación de dicha Institución, para suscribir el Contrato Constitutivo del FICORCA. (Se anexa al presente trabajo un ejemplar de este contrato como Apéndice "A").

En cuando a la sectorización del FICORCA cabe señalar que este Fideicomiso no se encuentra formalmente sectorizado, ya que el 3 de septiembre de 1982 se expidió el último acuerdo global de sectorización, fecha en que el FICORCA aún no se había constituido. Sin embargo, el hecho de que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público hubiese comparecido al otorgamiento del contrato constitutivo del fideicomiso, así como que sea la que tenga a su cargo la coordinación, planeación y evaluación del sector financiero del país, nos indica que esta Dependencia es quien actuará como coordinador del sector correspondiente.

- El Objeto y Finalidad del FICORCA

El Fideicomiso tiene como objeto efectuar operaciones que liberen de riesgos cambiarios a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y a las empresas establecidas en el país, respecto de adeudos en moneda extranjera a su cargo, a través de programas aprobados por su comité técnico, que tiendan a evitar el otorgamiento de subsidios por parte del Gobierno Federal.

La finalidad de su constitución consistió en establecer medidas que permitan diferir el pago de la deuda

externa de las empresas a efecto de disminuir los requerimientos de divisas en momentos de escasez, así como aliviar la situación financiera de las empresas y permitir la continuación del proceso productivo nacional.

- Su Patrimonio

Conforme a la Cláusula Tercera del Contrato Constitutivo, el patrimonio del FICORCA está integrado por:

- a) La aportación inicial del Gobierno Federal;
- b) Las cantidades en moneda nacional que los participantes de los distintos programas hayan entregado al FICORCA en pago de las ventas de divisas hechas por el fideicomiso a estos últimos;
- c) Los créditos que haya otorgado el FICORCA a las empresas para participar en los programas;
- d) Las cantidades en moneda extranjera que haya recibido el FICORCA de los participantes en los distintos programas;
- e) Las divisas que el FICORCA haya adquirido o adquiera para hacer frente a sus obligaciones;
- f) Las aportaciones extraordinarias que en su caso deba realizar el Gobierno Federal.

A este respecto, el fiduciario deberá hacer cuando menos cada seis meses un cálculo financiero para determinar si los ingresos ordinarios del Fideicomiso son suficientes para adquirir las divisas necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones del fiduciario.

Lo anterior implicaría que si el Gobierno Federal tuviese que hacer una aportación extraordinaria al patrimonio del FICORCA a fin de poder cumplir con las obligaciones del fiduciario se estaría otorgando un subsidio a la operación del Fideicomiso, lo que no cumpliría cabalmente con la finalidad prevista.

Una manera de evitar dichos subsidios sería contratando con el Banco de México una cobertura de riesgo cambiario equivalente a la ofrecida a las empresas participantes. Sin embargo, el Banco de México no estaría en posibilidad de otorgar tal cobertura ya que en caso de hacerlo, asumiría obligaciones en moneda extranjera que repercutirían en el cálculo del remanente líquido de sus activos internacionales. (18)

Así pues consideramos que el FICORCA a fin de poder constituir un fideicomiso del Gobierno Federal autofinanciable deberá poner gran énfasis en lograr que

su sistema de inversión de recursos resulte lo más productivo posible a fin de estar en posibilidad de hacer frente, en su oportunidad, a sus obligaciones en moneda extranjera sin la necesidad de requerir aportaciones extraordinarias por parte del Gobierno Federal.

- g) Los demás bienes, derechos y obligaciones que adquiriera o contraiga el FICORCA por cualquier otro título legal.

Sus Operaciones y Actividades

Estas, siempre sujetas a las Reglas de Operación que apruebe el Comité Técnico, son llevadas a cabo por el fiduciario y, de acuerdo a la Cláusula Cuarta del Contrato Constitutivo, consisten en:

- a) Vender divisas a los participantes en los distintos programas de cobertura de riesgos cambiarios que administre el propio Fideicomiso.

El FICORCA vende a los participantes divisas al tipo de cambio controlado. Se ha discutido si dicho Fideicomiso, como entidad de la Administración Pública Paraestatal, tiene o no derecho a adquirir divisas al tipo de cambio controlado.

Conforme a lo dispuesto por el Artículo 7 del Decreto de Control de Cambios en

vigor, a efecto de que el Banco de México venda divisas al tipo de cambio controlado se requiere, entre otras cosas, que las divisas se apliquen a liquidar adeudos en moneda extranjera, pagaderos fuera de la República y derivados de financiamientos a cargo del Gobierno Federal, de las entidades de la Administración Pública Federal y de las empresas establecidas en el país, contraídos con posterioridad al 20 de diciembre de 1982 y en favor de entidades financieras del exterior, instituciones de crédito mexicanas o proveedores del extranjero.

Siendo que las obligaciones en moneda extranjera a cargo del FICORCA fueron contraídas con posterioridad al 20 de diciembre de 1982, pero son a favor de entidades de la Administración Pública Federal y de empresas establecidas en el país, el FICORCA no tendría derecho a adquirir divisas al tipo de cambio controlado.

No obstante lo anterior, si nos referimos a lo dispuesto por el Artículo Cuarto Transitorio de dicho Decreto, podemos considerar que la intención de las autoridades financieras fué la de instrumentar diversos programas de cobertura de riesgos cambiarios dentro del mercado controlado, por lo que

implícitamente se está otorgando a la entidad responsable de la operación de dichos programas el derecho de adquirir divisas al tipo de cambio controlado.

- b) Invertir sus ingresos de tal forma que permitan adquirir las divisas que deban pagarse a los participantes en los programas.
- c) Otorgar créditos en moneda nacional a los participantes que así lo requieran a fin de poder tomar parte en alguno de los programas.
- d) Recibir préstamos en moneda extranjera de los acreedores de los participantes en los programas sujetándose a las formalidades previstas al efecto en las disposiciones aplicables.

Las operaciones normales del FICORCA no requieren de préstamos en moneda extranjera provenientes de los acreedores de los participantes en los programas, sin embargo, desde la constitución del fideicomiso se previó el caso de que el FICORCA requiriese refinanciar sus obligaciones de pago en favor de dichos acreedores, situación que se presentó desde 1987 y que llevó a la firma de un convenio en agosto de ese año.

Las operaciones que realiza el FICORCA con las entidades de la Administración Pública Federal, así como con las empresas establecidas en el país, participantes en los programas de cobertura, las lleva a cabo a través de las instituciones de crédito nacionales.

Las relaciones entre estas instituciones y el Banco Central se encuentran reguladas por las disposiciones relativas a la comisión mercantil en donde el Banco de México actúa como comitente y la institución de crédito como comisionista ("por cuenta y orden del Banco de México"). Ahora bien, el pago de las comisiones que reciben las instituciones bancarias por la prestación de estos servicios corresponde efectuarlo al FICORCA, quien efectúa el pago de las mismas tras haber descontado una parte de las comisiones originalmente pagadas por las empresas participantes conforme a los contratos de cobertura respectivos.

Asimismo, es necesario que el FICORCA provea de fondos a la institución de crédito operadora del programa cuando una operación así lo requiera, ya que en caso de no hacerlo, la institución quedará liberada de la obligación de efectuar dicha operación (Artículo 281 Cod.Com.).

Por otra parte, Becerra Bautista⁽¹⁹⁾ considera que al actuar a través de las instituciones de crédito, el Banco de México ha delegado sus funciones de fiduciario en dichas instituciones.

Nosotros diferimos de tal opinión, ya que consideramos que el Banco de México únicamente se auxilia a través de las instituciones de crédito nacionales para el cumplimiento de la encomienda fiduciaria, haciendo uso de la capacidad instalada y personal de estas últimas, lo que en

ningún momento implica que el fiduciario les haya transmitido facultades de mando o decisión.

- El Comité Técnico

Este se constituyó por disposición de la Cláusula Séptima del Contrato Constitutivo del fideicomiso y quedó integrado por seis miembros propietarios: dos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; dos de la Secretaría de Programación y Presupuesto y dos del Banco de México.

Por cada miembro propietario se designó un suplente que acude a las sesiones en ausencia del propietario y con derecho a voto. Si acude estando presente el miembro propietario respectivo, tiene voz pero no voto.

El representante de mayor jerarquía de los miembros propietarios de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, preside el Comité; en su ausencia, lo preside el otro miembro propietario. El Secretario es designado por el Comité y no necesariamente tiene que ser miembro del mismo.

El Comité Técnico puede ser convocado en todo momento para sesionar por cualquiera de sus miembros propietarios. Este no tiene un calendario de sesiones establecido, sino que sesiona conforme a las necesidades del Fideicomiso y siempre respetando lo dispuesto por el Artículo 20 de la LFEP en el sentido de que el Comité Técnico deberá reunirse cuando menos cuatro veces al año.

Para que haya quórum se requiere la asistencia de por lo menos un representante de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, uno de la Secretaría de

Programación y Presupuesto, así como uno del Banco de México. Asimismo, un representante del Banco de México, en su carácter de fiduciario, debe concurrir a todas las sesiones con voz, pero sin voto. Los asuntos se resuelven por mayoría de votos contando el Presidente con voto de calidad para el caso de empate.

El Comité Técnico cuenta con las siguientes facultades y atribuciones que constituyen limitaciones al fiduciario:

- a) Aprobar a propuesta del fiduciario, las Reglas de Operación del Fideicomiso las cuales tienen por objeto el precisar las características fundamentales y los lineamientos para la operación de los programas que administra el Fideicomiso.

Las primeras Reglas de Operación relativas al "Programa para la Cobertura de Riesgos Cambiarios Derivados de Endeudamientos Externos" y al "Programa para el Pago de Adeudos Vencidos a Favor de Proveedores del Extranjero" fueron aprobadas por el Comité Técnico del FICORCA el 29 de marzo de 1983. Estas Reglas de Operación fueron dadas a conocer por el Banco de México a las instituciones de crédito del país con fecha 25 de abril del mismo año. (20)

Posteriormente, el Comité Técnico del FICORCA en su sesión celebrada el 30 de agosto de 1983, aprobó las Reglas de

Operación relativas al "Programa para la Cobertura de Riesgos Cambiarios Correspondiente a Nuevos Endeudamientos Externos" y que fueron dadas a conocer hasta el 10. de febrero de 1984. (21)

Finalmente, el 10 de diciembre de 1987 fueron aprobadas unas nuevas Reglas de Operación referentes al "Programa para la Cobertura de Riesgos Cambiarios Correspondientes a Nuevas Reestructuraciones de Adeudos", las cuales fueron dadas a conocer por el Banco de México el 22 de marzo de 1988. (22)

- b) Determinar, autorizar e instruir al fiduciario respecto a los lineamientos, términos y condiciones generales conforme a los que deben operarse dichos programas.
- c) Instruir al fiduciario respecto de la inversión del patrimonio del fideicomiso.
- d) Aprobar las aportaciones extraordinarias que el fiduciario solicite al Gobierno Federal.
- e) Revisar y, en su caso, aprobar los presupuestos y programas anuales de gastos y modificaciones a éstos que el fiduciario le presente.

- f) Emitir opinión previa cuando el fiduciario se vea en la necesidad de contratar personal ajeno al suyo propio, que se dedique directa y exclusivamente al FICORCA.

En este sentido es necesario hacer la aclaración de que el FICORCA ha venido operando con personal del fiduciario, esto es, personal del Banco de México, sin haber tenido necesidad de contratar personal para prestar sus servicios directa y exclusivamente al FICORCA. De igual manera, el fideicomiso actualmente ocupa instalaciones del Banco de México. Lo anterior me parece interesante ya que el FICORCA es un fideicomiso público, y como tal es considerado una entidad de la Administración Pública Paraestatal distinta del Banco de México, quien actúa únicamente como fiduciario.

- g) En general resolver sobre cualquier otra cuestión relativa a la realización del fin del fideicomiso que someta a su consideración el fiduciario.

- Control y Vigilancia

Conforme a la Cláusula Décima Primera del Contrato Constitutivo del FICORCA el fiduciario está obligado a informar trimestralmente, tanto al fiduciario como al Comité Técnico sobre la operación del Fideicomiso y a registrar en su contabilidad las operaciones celebradas.

Por otra parte, dicha Cláusula Únicamente señala que el fiduciario "deberá establecer sistemas de auditoría interna que considere adecuados". Sin embargo, el FICORCA no ha establecido un órgano de control interno dependiente del Fideicomiso, sino que Únicamente se auxilia de la contraloría interna del Banco de México para practicar sus revisiones. Resulta curioso entonces que un órgano de control interno de un organismo descentralizado como lo es el Banco Central sea quien funja como tal dentro de un fideicomiso público del cual el mismo Banco Central es fiduciario.

Asimismo, el FICORCA no cuenta con un órgano de vigilancia externo; esto significa que la Secretaría de la Contraloría General de la Federación no ha designado a los comisarios públicos (propietario y suplente) correspondientes, para que evalúen el desempeño del fideicomiso.

Siendo así, podríamos concluir que el FICORCA, como fideicomiso público integrante de la Administración Pública Paraestatal, no se ha ajustado a los lineamientos previstos por la LFEP con respecto a la creación de órganos de control tanto internos como externos, soslayando de esta manera el propósito de mantener un equilibrio entre el correcto ejercicio de la autonomía de gestión y el conveniente y oportuno control del estado que llevó a la expedición de dicha ley.

- Duración

Finalmente, el Contrato Constitutivo del FICORCA establece en la Cláusula Décima Tercera que la duración del Fideicomiso será por todo el tiempo que sea necesario para el cumplimiento de su fin y no podrá darse

por terminado mientras esté vigente cualquier obligación no cubierta a cargo del fiduciario.

III.4 Ventajas del Uso de la Figura del Fideicomiso

Son varias las ventajas que llevaron a las autoridades financieras de nuestro país, así como al subcomité del Grupo Asesor de Bancos Acreedores⁽²³⁾, a determinar que la figura del fideicomiso sería la que mejor respondería a las necesidades derivadas de la administración de los programas de cobertura de riesgos cambiarios contemplados en el Artículo Cuarto Transitorio del Decreto de Control de Cambios.

La mayor inquietud surgida fué la de las autoridades del Banco Central, en el sentido de que dicho organismo estaba impedido para administrar directamente tales programas en razón de que al otorgar las coberturas respectivas, las obligaciones en moneda extranjera a su cargo repercutirían en el cálculo del remanente líquido de sus propios activos internacionales.

En base a lo anterior, si hubiese asumido el Banco de México las obligaciones en moneda extranjera a cargo del FICORCA, que para finales de 1983 llegaron a 11,608 millones de dólares, las reservas monetarias internacionales para diciembre de ese mismo año no sólo se habrían agotado, sino que tendrían un déficit de 5,674.9 millones de dólares, tomando en consideración que a esas fechas los referidos activos internacionales fueron de 4,933.1 millones de dólares. (24)

Una vez determinado el hecho de que el Banco de México no administraría directamente los programas de cobertura, se

consideró la creación de una entidad distinta que contara con la suficiente flexibilidad y autonomía para llevar a cabo sus objetivos, pero que a la vez estuviese sujeta a un riguroso control por parte de dicho Banco Central. Asimismo, sería menester dar a los beneficiarios de los programas seguridad y confianza respecto a la operación de los mismos.

En tal virtud, se consideró que la figura jurídica que más se acoplaría a los objetivos perseguidos por el Banco de México sería la del fideicomiso en la que este último actuara como fiduciario.

Lo anterior tuvo como base las siguientes consideraciones:

- a) Se contaría con un órgano de gobierno con autonomía de gestión lo cual agilizaría sus operaciones.
- b) Al actuar el Banco de México como fiduciario tendría a su cargo la ejecución de las operaciones del fideicomiso.
- c) Permitiría la asignación de personal e instalaciones propias del Banco de México al fideicomiso, lo cual aliviaría la carga presupuestaria que implicaría para el Gobierno Federal la constitución de un fideicomiso en otras circunstancias.
- d) De conformidad con lo dispuesto por la LGTOC, el patrimonio de un fideicomiso debe destinarse únicamente al cumplimiento de compromisos a cargo

del fideicomiso. Esta situación daría mayor seguridad y confianza tanto a las empresas participantes como a sus acreedores de que los fondos afectos en fideicomiso únicamente serían aplicados al pago de las obligaciones en favor de los acreedores.

La ley señala asimismo que sólo podrán ejercitarse respecto a los bienes afectos en fideicomiso, los derechos y acciones referidos al fin del fideicomiso, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo, o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes con anterioridad a la constitución del fideicomiso por el fideicomisario o por terceros (Artículo 351).

- e) Por último, la LRSPBC dispone que las instituciones fiduciarias están obligadas a registrar en su contabilidad y en contabilidades especiales que abran por cada contrato de fideicomiso, el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confían, así como los incrementos o disminuciones por los productos o gastos (Artículo 60).

NOTAS DEL CAPITULO TERCERO

- (1) Banco de México, Informe Anual 1982, México, 1983, p.22.
- (2) Ibid., pp.31-32.
- (3) Ibid., p.33.
- (4) Ibid., p.34.
- (5) Ibid., p.37.
- (6) Programa de Ajuste de la Política Económica de México, 19 de febrero de 1982, Estados Unidos Mexicanos, Gobierno de la República.
- (7) Banco de México, obra citada, pp.39-40.
- (8) Decreto que Establece las Bases para Atender Requerimientos de Divisas a Tipos de Cambio Especiales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de agosto de 1982.
- (9) Decreto que Establece la Nacionalización de la Banca Privada, publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 10. y 2 de septiembre de 1982.
- (10) Decreto que Establece el Control Generalizado de Cambios, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 10. de septiembre de 1982.
- (11) Télex-circular núm. 93/82 expedida por el Banco de

México con fecha 4 de noviembre de 1982.

- (12) Decreto de Control de Cambios publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de diciembre de 1983.
- (13) Banco de México, obra citada, pp.197-198.
- (14) BRETON DURAZO, Roberto, "FICORCA Acierto Oportuno", Ejecutivos de Finanzas, año XII, núm. 10, México, octubre, 1983, pp.70-71.
- (15) ZEDILLO PONCE DE LEON, Ernesto, "The Program for the Coverage of Exchange Risks. A General Description and Financial Aspects", FICORCA, México, 1983, p.4.
- (16) ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Presidencia de la República, Unidad de la Crónica Presidencial, Las Razones y las Obras. Gobierno de Miguel de la Madrid. Crónica del Sexenio 1982-1988. Primer Año, México, 1984, p.104.
- (17) Acuerdo por el que se Autoriza la Constitución del Fideicomiso para la Cobertura de los Riesgos Cambiarios de fecha 10 de marzo de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 11 de marzo de 1983.
- (18) Artículo 19 de la LOBM, el cual dispone que del oro, la plata y las divisas o cambio extranjero poseídos por el Banco de México, sólo podrá computarse en esa reserva el saldo neto, o sea, el remanente libre después de deducido todo el pasivo real en oro, en divisas, o en cambio extranjero a cargo del mismo.
- (19) BECERRA BAUTISTA, José, "Legitimación Procesal de las

Instituciones Fiduciarias", Revista de Investigaciones Jurídicas, año 7, núm. 7, Escuela Libre de Derecho, México, 1983, p.167.

- (20) Télex-circular núm. 1897/83 emitida por el Banco de México con fecha 25 de abril de 1983.
- (21) Circular núm. 1908/84 emitida por el Banco de México con fecha 10. de febrero de 1984.
- (22) Circular núm. 1958/88 emitida por el Banco de México con fecha 22 de marzo de 1988.
- (23) El subcomité del Grupo Asesor de Bancos Acreedores está integrado por representantes del Citibank, N.A., Bank of America N.T. & S.A., Chase Manhattan Bank, Manufacturers Hanover Trust Co., Wells Fargo Bank, Morgan Guaranty Trust Co., Lloyds Bank, p.l.c. y Bank of Montreal.
- (24) CARPINTEYRO CALDERON, Purificación, "Programa para la Cobertura de Riesgos Cambiarios Administrados por el FICORCA", México, tesis profesional, Escuela Libre de Derecho, 1986, pp.67-68.

CAPITULO CUARTO

Programas de Cobertura de Riesgos Cambiarios
Administrados por el FICORCA

IV.1 Antecedentes

Antes de describir los programas administrados por el FICORCA, consideramos importante hacer referencia a los programas instaurados por el Gobierno Federal a partir del año de 1976 y previos a la constitución del fideicomiso, a fin de promover la contratación de financiamientos en el extranjero y liberar a las empresas privadas establecidas en el país, del riesgo cambiario que pudiese derivar a su cargo con motivo de la contratación de dichos financiamientos.

Para tal efecto, el Banco de México instrumentó los siguientes dos programas en el marco general del denominado "Programa Especial de Financiamiento":

A) El "Programa Especial Depósito-Crédito"

Este programa permitía a las empresas establecidas en el país asegurar el pago futuro de sus adeudos en moneda extranjera a las entidades financieras del exterior, liberándose del riesgo cambiario a través del mecanismo siguiente:

Una empresa establecida en el país o un tercero constituían en una institución de crédito participante en el programa, un depósito por la cantidad principal del adeudo en la moneda en que estuviese denominado este último. A su vez, la institución depositaria otorgaba a dicha empresa, o

tercero, un crédito en moneda nacional por una cantidad equivalente al importe del depósito en moneda extranjera.

Es importante destacar que el pago que las empresas hacían por concepto de intereses sobre el crédito en moneda nacional se hacía en pesos, en tanto que la institución de crédito mexicana pagaba intereses sobre el depósito en la moneda en que éste estuviese denominado.

En tal sentido, las empresas participantes en el programa se beneficiaron al transformar sus créditos de moneda extranjera a moneda nacional, eliminando así, por completo, el riesgo cambiario a su cargo; sin embargo, el programa representó un alto costo financiero para el Banco de México.

Dos fueron las principales razones que impidieron la viabilidad financiera del programa:

- a) Tal como se mencionó anteriormente, el pago de los intereses derivados del crédito en moneda nacional por parte de las empresas participantes se hacía en pesos, a una tasa determinada por el Banco de México en base a la tasa de descuento de los títulos que documentaban el crédito, más un porcentaje anual previamente determinado, en tanto que el pago de intereses por los depósitos constituidos debía hacerlo el Banco de México en la moneda en que estuviese denominado el depósito, a una tasa equivalente a la tasa "LIBOR" ⁽¹⁾ por depósitos a seis meses.
- b) Asimismo, el Banco de México al pagar dichos

rendimientos además debía absorber la carga impositiva sobre los mismos, con motivo de la retención que dicho organismo debía efectuar por concepto de Impuesto sobre la Renta.

B) El "Programa de Reporto sobre Divisas"

En virtud de la escasa viabilidad de dicho programa, y atento a las necesidades de las empresas privadas establecidas en nuestro país, de poder hacer frente a sus obligaciones en moneda extranjera en función de la constante depreciación de nuestra moneda, el Banco de México instauró el "Programa de Reporto sobre Divisas".

Este programa, al igual que el anterior, liberaba a las empresas participantes del riesgo cambiario a su cargo; sin embargo, en esta ocasión se ideó un mecanismo distinto a fin de aminorar el costo financiero del programa. Dicho mecanismo fué el siguiente:

Las empresas establecidas en el país entregaban una cantidad determinada de divisas (dólares u otra divisa autorizada por el Banco de México) a instituciones de crédito mexicanas a cambio de una suma en moneda nacional, obligándose estas últimas a reintegrar a las empresas participantes en el plazo convenido, la cantidad de divisas previamente entregada contra el reembolso de la misma suma de moneda nacional entregada a la empresa por la institución de crédito, más un premio.

El precio en moneda nacional que la institución de crédito entregaba a la empresa por los dólares, era el equivalente al monto de divisas al tipo de cambio promedio de compra y venta al contado, al por mayor, de giros

denominados en dólares a la apertura del mercado nacional correspondiente al tercer día hábil anterior a la celebración de cada operación.

En caso de que las operaciones se efectuaran en otras divisas autorizadas por el Banco Central, el precio se determinaba en base al tipo de cambio respectivo de la divisa en el mercado internacional, el tercer día hábil anterior a la celebración de la operación.

Una vez vencido el plazo del reporto, la institución de crédito, debía restituir a la empresa las divisas que ésta le hubiere entregado contra reembolso del precio pagado en moneda nacional, más un premio. A esta cantidad se agregaba un porcentaje anual sobre el precio estipulado para cada operación.

Es importante mencionar que tanto en el "Programa Especial Depósito-Crédito" como en el "Programa de Reporto sobre Divisas" las instituciones de crédito nacionales realizaban operaciones paralelas con las empresas y con el Banco de México, quien operaba con dichas instituciones como acreditante de última instancia.

En el "Programa Especial Depósito-Crédito", las empresas establecían depósitos en divisas en las instituciones de crédito, las cuales, a su vez, hacían el depósito respectivo en cuentas especiales de depósito a plazo en el Banco de México, quien pagaba a estas instituciones una cantidad por intereses equivalente a la que estas últimas pagaban a las empresas participantes.

En cuanto a los créditos en moneda nacional otorgados a las empresas por las instituciones de crédito,

estas últimas descontaban los títulos respectivos en el Banco de México. No obstante lo anterior, el riesgo comercial del crédito quedaba en la institución de crédito, ya que ésta conservaba los títulos en depósito en administración a fin de efectuar su cobranza, en el entendido de que, a su vencimiento, el Banco de México estaba autorizado a cargar el importe del título correspondiente en la cuenta de depósito en efectivo que dicho Instituto Central le lleva.

Respecto al "Programa de Reporto sobre Divisas", podemos señalar que las instituciones de crédito nacionales realizaban también con el Banco Central operaciones paralelas a las realizadas con las empresas participantes, por la misma clase de divisas, monto, precio y plazo.

IV.2 Programas para la Cobertura de Riesgos Cambiarios a la Deuda Comercial Administrados por el FICORCA

Estos dos programas tienen por objeto otorgar cobertura cambiaria a las empresas que tuvieran adeudos con proveedores del extranjero, que hubiesen contratado créditos comerciales con los integrantes de los países miembros del "Club de París", o que estos créditos comerciales estuvieran garantizados o asegurados por estos últimos, siempre y cuando se hubiesen contraído antes del 20 de diciembre de 1982.

A) Programas para el Pago de Adeudos a Favor de Proveedores del Extranjero

- El "Programa para el Pago de Adeudos Vencidos a Favor de Proveedores del Extranjero"

Dentro de las medidas de apoyo cambiario y financiero del Programa para la Defensa de la Planta Productiva y el Empleo, y en cumplimiento con lo dispuesto por el inciso b) del Artículo Quinto Transitorio del Decreto de Control de Cambios, fué dado a conocer este programa mediante aviso publicado en los diarios de mayor circulación del país el 28 de febrero de 1983. (2)

Este programa se inició el 3 de marzo de 1983 y tuvo como finalidad facilitar a las empresas residentes en nuestro país el pago de adeudos en moneda extranjera en favor de proveedores extranjeros, contraídos con anterioridad al 20 de diciembre de 1982 y cuyo vencimiento no fuese posterior al 30 de junio de 1983.

El mecanismo fué el siguiente:

Las empresas deudoras constituyan depósitos denominados en dólares, hasta por un monto equivalente a su adeudo con el proveedor extranjero, mismo que debía estar debidamente registrado en la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. Dichos depósitos eran constituidos mediante el pago en pesos, del equivalente del adeudo al tipo de cambio controlado de venta vigente al día de la adquisición de las divisas.

En el supuesto de que los adeudos devengaran intereses, los deudores podían adquirir dólares para incrementar el monto de los depósitos, por la cantidad que resultara de aplicar al importe a pagar por principal del adeudo, la tasa de interés legal del 6% anual desde el trigésimo día inmediato siguiente a la fecha en que tal adeudo debió pagarse, hasta la fecha de constitución del depósito.

Los depósitos se documentaban en una constancia de depósito a favor de la empresa deudora y devengaban intereses sobre saldos insolutos a la tasa anual equivalente a LIBOR, para operaciones a seis meses, que da a conocer el Banco de México cada semestre.

Una vez constituidos dichos depósitos, la empresa deudora podía transmitir los derechos derivados del depósito a su proveedor acreedor en pago del adeudo, aún cuando el Banco de México lo liquidaría tomando en cuenta el importe total de las operaciones realizadas bajo el programa, sus disponibilidades de divisas y la antigüedad de los adeudos.

En caso de que se hubiese llevado a cabo la transmisión de los derechos derivados del depósito, los pagos por principal e intereses del depósito se efectuaban en el extranjero a la cuenta bancaria que el proveedor hubiese designado. Asimismo, los derechos derivados del depósito podían, a su vez, ser transferidos por el proveedor acreedor a otra persona.

Si no se llevaba a cabo dicha transmisión, los pagos por principal e intereses se efectuaban en México a la empresa deudora, calculando la respectiva equivalencia en moneda nacional al tipo de cambio controlado de venta vigente en la fecha de pago.

La fecha límite para efectuar las operaciones de compraventa de divisas y depósitos de las mismas, fué el 15 de julio de 1983. Aún cuando el inciso b) del Artículo quinto Transitorio del Decreto de Control de Cambios previó un plazo de hasta veinticuatro meses para que el Banco de México efectuara los pagos a los proveedores,

para el 8 de septiembre de 1983 el cincuenta porciento del valor total de los depósitos en dólares cuyos derechos fueron cedidos a los acreedores, así como sus respectivos intereses, habían sido pagados a los acreedores⁽³⁾. La cantidad restante se cubrió el 7 de marzo de 1984.⁽⁴⁾

Es importante hacer mención que este programa en su inicio, fué administrado directamente por el Banco de México, ya que el FICORCA no fué constituido sino hasta el 14 de marzo de 1983 y fué hasta entonces que se llevó a cabo la transmisión de los derechos y obligaciones del Banco de México en su carácter de Banco Central al mismo Banco de México, pero actuando como fiduciario en el FICORCA.

- El "Programa para el Pago de Vencimientos Corrientes de Adeudos a Corto Plazo a Favor de Proveedores del Extranjero"

Este programa fué dado a conocer mediante aviso al público en los diarios de mayor circulación del país, el día 19 de julio de 1983.⁽⁵⁾

El programa comprendió adeudos en moneda extranjera pagaderos fuera de la República, contraídos con anterioridad al 20 de diciembre de 1982 a favor de proveedores extranjeros y a cargo de empresas establecidas en el país, a plazo original de un año o menos, cuyo pago debió hacerse entre el 10. de julio de 1983 y el 19 de diciembre de ese mismo año.

Las empresas deudoras podían, dentro de ese plazo, adquirir divisas a través de una institución de crédito mexicana, pagando por éstos un precio en moneda

nacional, al tipo de cambio controlado vigente al día de la operación, para cubrir única y exclusivamente los vencimientos que ocurrieran dentro de ese período y hasta por el importe de estos últimos. Dos días hábiles después de efectuada la compraventa, la institución de crédito entregaba las divisas correspondientes al proveedor en la cuenta que éste hubiese designado en el exterior.

Los vencimientos ocurridos antes del 10. de julio de 1983, quedaron comprendidos en el programa anunciado el 28 de febrero de 1983.

- El "Programa para el pago de Adeudos a Favor de Proveedores del Extranjero"

Este programa, que fué administrado por el FICORCA y complementario a los dos anteriores, se dió a conocer por el Banco de México el día 3 de agosto de 1983 mediante aviso al público en los diarios de mayor circulación en el país. (6)

El programa se relacionó con los vencimientos de los adeudos en moneda extranjera pagaderos fuera de la República Mexicana, a cargo de empresas establecidas en el país y a favor de proveedores del extranjero, contraídos con anterioridad al 20 de diciembre de 1982, que ocurrieran con posterioridad al 30 de junio de 1983, derivados de compromisos a mediano y largo plazo, así como a los vencimientos que hubieran ocurrido a más tardar el 30 de junio de 1983.

Al igual que los programas anteriores, este programa operó mediante depósitos en moneda extranjera pagaderos en el exterior, que las empresas deudoras debían

constituir mediante la adquisición de divisas al tipo de cambio controlado, y la posterior transmisión de los derechos derivados de los mismos a los acreedores con el fin de liquidar el adeudo correspondiente.

La fecha límite para efectuar las operaciones al amparo de este programa, fué el 13 de enero de 1984. El 7 de marzo de 1984, el Banco de México efectuó los pagos sobre los depósitos cuyos derechos se transfirieron al proveedor extranjero a más tardar el 20 de febrero de 1984, y el 9 de abril pagó los depósitos cuyos derechos se transmitieron al proveedor respectivo, entre el 21 de febrero y el 15 de marzo de 1984, fecha límite para transmitir dichos derechos.

Asimismo, el Banco de México pagó a las empresas el 9 de abril de 1984, el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio controlado, del importe de los depósitos cuyos derechos no se transmitieron al proveedor extranjero⁽⁷⁾, concluyendo así el programa.

Como podemos apreciar, estos tres programas constituyeron un mecanismo viable y efectivo a fin de que las empresas residentes en nuestro país, cumplieran con sus obligaciones en favor de proveedores extranjeros sin incurrir en retrasos considerables, que amén de constituir una carga financiera para las empresas, hubieran obstaculizado aún más la posibilidad de contratación de nuevos financiamientos que representaban un ingreso de divisas a nuestro país.

- B) Programas de Cobertura a Créditos Otorgados, Garantizados o Asegurados por Organismos Oficiales del Exterior

El 22 de junio de 1983, el Gobierno Mexicano y los gobiernos de los países miembros del "Club de París"; Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos de América, Francia, República Federal de Alemania, Italia, Japón, Países Bajos, Noruega, España, Suecia, Suiza y el Reino Unido, firmaron un acuerdo de reorganización de la deuda externa otorgada, garantizada o asegurada por organismos oficiales o por los propios gobiernos de dichos países.

Conforme a este acuerdo, los países acreedores participantes recomendarían a sus gobiernos y organismos oficiales la reestructuración o refinanciamiento de los créditos comerciales o préstamos otorgados, garantizados o asegurados por ellos, a cargo de empresas privadas establecidas en la República Mexicana, contraídos con anterioridad al 20 de diciembre de 1982.

Los términos de las reestructuraciones que se concertarían a través de acuerdos bilaterales entre el Gobierno de México y los países miembros del "Club de París", únicamente se referirían a los vencimientos que ocurrieran a más tardar el 31 de diciembre de 1983 y se deberían de sujetar a los lineamientos siguientes:

- Créditos vencidos y no pagados al 30 de junio de 1983 con un plazo original de un año o menos.

El cinco por ciento debía ser liquidado el 30 de septiembre de 1983; el otro cinco por ciento el 30 de junio de 1985 y el sesenta por ciento restante debía liquidarse el 30 de junio de 1986.

- Créditos vencidos y no pagados al 30 de junio

de 1983, con un plazo original superior a un año.

El noventa por ciento del capital se reestructuraría a un plazo de seis años con un periodo de gracia de tres años, comenzando a amortizarse en pagos semestrales el 31 de diciembre de 1986 y finalizando el 30 de junio de 1989.

El diez por ciento restante del capital, así como los intereses, se debían pagar a la brevedad posible antes del 30 de septiembre de 1983.

- Vencimientos de créditos que ocurrieran entre el 10. de julio de 1983 y el 31 de diciembre de 1983.

El noventa por ciento del capital se reestructuraría a seis años con un periodo de gracia de tres años y se comenzaría a amortizar en pagos semestrales a partir del 31 de diciembre de 1986 hasta el 30 de junio de 1989.

El diez por ciento restante de capital, así como los intereses debían ser pagados conforme al contrato original.

Asimismo, a fin de poder instrumentar los mecanismos de pago a los países acreedores, se determinó la participación del Banco Nacional de Comercio Exterior, S.N.C. ("BANCOMEXT") y de Nacional Financiera, S.N.C. ("NAFIN"), como agentes financieros del Gobierno Mexicano.

El 13 de abril de 1984, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Banco de México, BANCOMEXT y NAFIN, dieron a conocer al público dos programas para la reestructuración y pago de créditos otorgados, garantizados

o asegurados por el Banco de Exportaciones e Importaciones ("EXIMBANK") o por la Asociación Aseguradora del Crédito Externo ("FCIA") de los Estados Unidos de América.⁽⁸⁾

De estos programas, el primero fué administrado por el BANCOMEXT o por NAFIN y el segundo por el Banco de México en su carácter de fiduciario en el FICORCA.

Se debe aclarar que las empresas deudoras no podrían participar en ambos programas respecto de un mismo adeudo y correspondía al EXIMBANK o a la FCIA decidir a través de cuál de los dos programas se reestructuraría y se pagaría cada uno de los créditos otorgados, garantizados o asegurados por dichos organismos.

El programa administrado por el BANCOMEXT o NAFIN comprendió los créditos en moneda extranjera pagaderos fuera de la República Mexicana, dispuestos antes del 20 de diciembre de 1982 a cargo de empresas establecidas en el país, otorgados, garantizados o asegurados por el EXIMBANK o la FCIA.

Las empresas deudoras sólo pudieron participar en el programa respecto al noventa por ciento de los adeudos y el diez por ciento restante, debió ser liquidado con dólares que el Banco de México vendió al tipo de cambio controlado.

El segundo programa, administrado por el Banco de México, como fiduciario en el FICORCA, comprendió todos los vencimientos de los adeudos antes mencionados. De esta manera se incluyeron en el programa tanto el principal como los intereses de los adeudos, independientemente de que los vencimientos hubieran ocurrido o estuvieran por ocurrir.

A fin de poder participar en este programa, fué necesario que las empresas reestructuraran sus adeudos para pactar vencimientos a larzo plazo, esto es, que debieran pagarse por lo menos en ocho años, con un período de gracia de cuatro años, para el pago del principal.

El mecanismo del programa fué el siguiente:

La empresa participante aduiria dólares al tipo de cambio controlado, para lo cual podía disponer de crédito en moneda nacional hasta por el precio total de las divisas. La moneda extranjera adquirida debía ser otorgada en préstamo al FICORCA, a un plazo de amortización igual al del adeudo de la empresa participante a favor del respectivo organismo oficial, devengando intereses a cargo del mismo FICORCA, pagaderos en el extranjero por períodos vencidos, a la tasa que resultara de sumar medio punto porcentual a la tasa de interés que pagara el EXIMBANK por nuevos préstamos a mediano plazo, revisable semestralmente.

El 31 de octubre de 1984, mediante aviso publicado en los diarios de mayor circulación en el país, se dieron a conocer dos programas para el pago de créditos asegurados por la Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, S.A. (9)

El primero fué administrado por el BANCOMEXT y el segundo por el Banco de México, en su carácter de fiduciario en el FICORCA, ambos en los mismos términos que los programas concertados con el EXIMBANK y la FCIA.

De igual forma, el 18 de septiembre de 1985, las autoridades financieras del país, dieron a conocer las características de los programas pra el pago de los créditos

garantizados por la Compañía Francesa de Seguros para el Comercio Exterior. (10)

Aún cuando la información respecto a otros programas para el pago de estos adeudos no está disponible, cabe aclarar que a la fecha la totalidad de los acuerdos bilaterales respectivos ya han sido celebrados.

- El "Programa de Cobertura Transitoria"

Es preciso mencionar que mientras se concluyeron las negociaciones bilaterales con cada uno de los países miembros del "Club de París" y se pusieron en operación los programas concertados, el Banco de México instrumentó un "Programa de Cobertura Transitoria" que fué administrado por el FICORCA, a fin de que las empresas pudiesen cubrir el riesgo cambiario derivado de dichos adeudos. (11)

Conforme a este programa, los deudores podían constituir depósitos denominados en dólares, adquiriendo los mismos al tipo de cambio controlado de venta en la fecha de la operación hasta por un importe igual al de los vencimientos respectivos.

Estos depósitos devengaron intereses sobre saldos insolutos a la tasa LIBOR dada a conocer por el Banco de México. El principal y los intereses de dichos depósitos fueron pagados en México, el último día hábil del mes de abril de 1985, calculándose al tipo de cambio controlado vigente a esa fecha.

IV.3 Programas para la Cobertura de Riesgos Cambiarios a la Deuda Financiera Administrados por el FICORCA

Actualmente, el FICORCA administra dos programas de cobertura de riesgos cambiarios a favor de empresas establecidas en el país que tengan a su cargo adeudos en moneda extranjera, pagaderos fuera de la República Mexicana, a favor de entidades financieras del exterior o instituciones de crédito mexicanas.

Cabe destacar que los adeudos a largo plazo en favor de proveedores extranjeros registrados ante la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, también quedaron comprendidos dentro de estos programas.

- A) El "Programa para la Cobertura de Riesgos Cambiarios Derivados de Endeudamientos Externos"

Las características principales de este programa, fueron dadas a conocer a través de la Circular No. 1897/83 emitida por el Banco de México con fecha 25 de abril de 1983.

Para efectos de la descripción del programa, los siguientes términos se entenderán como:

- "Dólares" Moneda de curso legal de los Estados Unidos de América o cualquier otro tipo de fondos inmediatamente disponibles y utilizables en cualquier tiempo para satisfacer el pago de esa moneda, correspondientes a operaciones internacionales.
- "Adeudos" Endeudamientos contraídos con anterioridad al 20 de diciembre de 1982 denominados en moneda extranjera y pagaderos fuera de la República Mexicana, a favor de instituciones de crédito

mexicanas o entidades financieras del exterior, registradas ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

"Compradores" Empresas residentes en México, que tengan "Adeudos" a su cargo.

"Acreedores" Instituciones de crédito mexicanas o entidades financieras del exterior, registradas ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público acreedoras de los "Adeudos".

"Banco" Institución de crédito nacional actuando por cuenta y orden del Banco de México como fiduciario en el FICORCA.

El programa comprende cuatro sistemas de cobertura con seis opciones distintas que se documentan a través de contratos diversos.

El requisito indispensable para poder participar en el programa, fué que los Adeudos correspondientes fueran a largo plazo o que se reestructuraran para vencer a dicho plazo, esto es, vencimiento a un plazo no menor de seis años con un período de gracia de tres años (Sistemas 1 y 2), y vencimiento a un plazo no menor de ocho años con un período de gracia de cuatro años (Sistemas 3 y 4).

a) Sistema 1 (Contrato 1)

Las operaciones de este sistema se documentan a través de contratos de compraventa, según los cuales el Comprador adquiere del FICORCA a un precio preestablecido y mediante pago al contado con cargo a recursos no

proporcionados por el FICORCA, Dólares hasta por un importe equivalente al principal del Adeudo a su cargo (dentro del principal pueden comprenderse intereses ordinarios y moratorios, vencidos y no pagados).

Por su parte, el FICORCA se obliga a entregar al Acreedor los Dólares vendidos al concluir el plazo de gracia de tres o cuatro años, aplicable mediante entregas trimestrales vencidas, iguales y sucesivas en el exterior.

El Comprador conserva la obligación de pagar a su Acreedor los intereses del Adeudo, mismos que puede liquidar con la moneda extranjera que adquiera al tipo de cambio controlado vigente el día que efectúe la adquisición.

b) Sistema 2 (Contrato 2)

Las operaciones del Sistema 2 se documentan a través de contratos de compraventa a crédito y préstamo.

En este caso, se agregan las cláusulas correspondientes a una apertura de crédito en moneda nacional, que el FICORCA abre al Comprador hasta por un importe equivalente al precio de los Dólares.

El Comprador se obliga a pagar el crédito en un plazo máximo igual al Adeudo a su cargo. El pago de los intereses es mensual y a una tasa de interés determinada en función de las tasas de interés que el Banco de México autoriza a pagar a las instituciones de crédito mexicanas por la captación de depósitos de tres a seis meses.

Asimismo, el Comprador puede ejercer crédito adicional con cargo a la apertura de crédito para pagar

parte de los intereses a su cargo.

c) Sistema 3 (Contratos 3 y 4)

Las operaciones de este sistema se documentan a través de contratos de compraventa y préstamo, por medio de los cuales el Comprador adquiere del FICORCA, al tipo de cambio controlado, Dólares, mediante pago al contado con recursos no proporcionados por el FICORCA.

Simultáneamente, el comprador presta esos mismos Dólares al FICORCA, quien a su vez se obliga a pagarlos al Acreedor en el exterior en un plazo de ocho años, con cuatro de gracia, mediante amortizaciones trimestrales vencidas, iguales y sucesivas pagando intereses sobre saldos insolutos a la tasa LIBOR para depósitos a tres meses (Contrato 3).

Asimismo, se pueden concertar operaciones en las que el Comprador desee obtener una cobertura mayor a la correspondiente a la tasa LIBOR. En este caso, el precio de la operación no se calcula al tipo de cambio controlado, sino a un tipo superior y el FICORCA se obliga a pagar por el préstamo en Dólares a su cargo, una tasa de interés superior a LIBOR en función del sobreprecio pagado por el Comprador (Contrato 4).

d) Sistema 4 (Contratos 5 y 6)

Este sistema es semejante al número 3 pues también consiste en la compraventa de Dólares, que son prestados al FICORCA por el Comprador, sólo que en este caso el FICORCA proporciona al Comprador, a través de un crédito, la moneda nacional necesaria para adquirir los Dólares para

cubrir el principal del Adeudo, así como los intereses hasta la tasa LIBOR (Contrato 5).

También podría contratarse una cobertura mayor a la tasa LIBOR (Contrato 6).

- Generalidades respecto al programa y a los contratos de cobertura.

Los contratos de cobertura tienen por objeto que el Banco venda al Comprador una cantidad determinada de Dólares a cambio de la entrega de una suma determinada en moneda nacional.

Unicamente se prevé en el programa la venta de Dólares, por lo que tratándose de Adeudos denominados en otras monedas, los tipos de cambio aplicables para calcular las respectivas equivalencias a Dólares son dados a conocer por el Banco de México.

Al suscribir el contrato de cobertura, el Comprador debe instruir irrevocablemente al FICORCA para que entregue los Dólares objeto de la operación al Acreedor en pago del adeudo. De esta manera el Banco se obliga a entregar los Dólares a través de situaciones de fondos sobre la ciudad de Nueva York, E.U.A., en un determinado número de entregas trimestrales, iguales y sucesivas.

Tanto el lugar de pago de las obligaciones a cargo del FICORCA, como las instrucciones irrevocables por parte del Comprador, son importantes para el análisis de las características del programa.

Primero debemos considerar que al suscribir

los contratos de cobertura, el FICORCA se obliga a entregar los Dólares objeto de la operación, fuera de la República Mexicana. De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 8 de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos⁽¹²⁾, interpretado a contrario sensu, el FICORCA únicamente se podrá liberar de sus obligaciones entregando Dólares al Acreedor a través de situaciones de fondos en la ciudad de Nueva York, E.U.A.

Asimismo, se debe considerar que las instrucciones irrevocables del Comprador al Banco para que entregue los Dólares al Acreedor, constituyen una estipulación a favor del Acreedor aún cuando éste no haya suscrito el contrato correspondiente. Nuestro Código Civil, en sus Artículos 1868 a 1872, regula la estipulación a favor de tercero y al efecto dispone lo siguiente:

- a) La estipulación en favor de tercero confiere al estipulante el derecho de exigir del promitente el cumplimiento de la prestación a que se ha obligado.
- b) El derecho de tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato.
- c) La estipulación puede ser revocada mientras que el tercero no haya manifestado su voluntad de querer aprovecharla.

En virtud de lo anteriormente citado, podemos concluir lo siguiente:

- a) El derecho del Acreedor a recibir los

Dólares del FICORCA nace en el momento de suscripción del contrato de cobertura.

- b) La estipulación en favor del Acreedor será irrevocable desde el momento en que éste manifieste su conformidad en recibir los Dólares en pago del adeudo.

- c) Con motivo de la estipulación en favor del Acreedor, el FICORCA está obligado a entregar a este último los Dólares en los términos del contrato de cobertura. Consecuentemente, el Comprador no tendrá derecho a recibir los Dólares del FICORCA, pero sí a exigir al FICORCA que entregue los Dólares al Acreedor. (13)

Los contratos de cobertura prevén en una de sus cláusulas que el Comprador y el Acreedor podrán afectar los derechos derivados del contrato, mediante cualquier acto jurídico. En tal caso, dicha afectación deberá notificarse a la institución de crédito operadora por notario o corredor público.

Como se indicó anteriormente, en virtud de la estipulación irrevocable y su aceptación por parte del Acreedor, nace el derecho de este último de recibir los Dólares, por lo que no tendría sentido afectar este derecho ya que no mejoraría en nada su situación.

Sería distinto si la cláusula respectiva del contrato de cobertura contemplara el derecho del Acreedor a afectar sus derechos en favor de un tercero, en este caso y

conforme a lo dispuesto en el Artículo 2030 del Código Civil, el Acreedor podría ceder sus derechos sin el consentimiento del deudor. (14)

Por otra parte, los contratos de cobertura incluyen una cláusula sobre reconocimiento judicial de las obligaciones del Banco. Al suscribir el contrato de cobertura, el Banco se obliga a reconocer judicialmente las obligaciones que asume en dicho contrato, previa solicitud del Acreedor notificada por notario o corredor público.

De conformidad con lo dispuesto por la Fracción VII del Artículo 1391 del Código de Comercio ("C.COM") (15) el reconocimiento judicial permite al Acreedor iniciar un procedimiento ejecutivo en contra del Banco.

A este respecto cabe destacar que el procedimiento ejecutivo se instaurará en contra del Banco; sin embargo, el Banco está actuando "por cuenta y orden del Banco de México como fiduciario en el FICORCA", esto es, como mandatario en una comisión mercantil.

En tal virtud y conforme a lo dispuesto por el Artículo 285 del C.COM así como por los Artículos 2578 y 2581 del C.C., el Banco de México como fiduciario en el fideicomiso deberá cumplir con la obligación a cargo del Banco y además indemnizarle de los daños y perjuicios que le hubiere causado.

Otra cuestión importante es el incumplimiento por parte del FICORCA o del Comprador con sus obligaciones derivadas de los contratos de cobertura.

Cuando el FICORCA, por causas imputables a sí

mismo, no entrega al Acreedor los Dólares que tiene derecho a recibir, este último podrá dar por vencido anticipadamente el plazo para cumplir esas obligaciones y podrá en cualquier momento exigir al Banco el pago del saldo insoluto a su favor.

Tratándose de los Sistemas 1 y 3 donde el pago total de la cobertura fué al contado, el total del saldo insoluto deberá ser pagado por el FICORCA al Acreedor dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha en que el acreedor así lo solicite.

Dentro de los Sistemas 2 y 4, donde el pago de la cobertura se efectúa a plazos, FICORCA estará obligado, a elección del Acreedor, a entregar al Acreedor o a la persona que él designe, el valor de rescate en pesos, o bien, entregar al Acreedor el valor de rescate en dólares en el exterior, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha en que el FICORCA conozca la elección del Acreedor.

Por otra parte, dentro de los Sistemas 2 y 4, puede presentarse el caso de incumplimiento por parte del Comprador en el pago del crédito en moneda nacional. En caso de que el Banco no reciba los pagos por principal, intereses o comisiones (destinadas al Banco por la prestación de sus servicios), correspondientes a tres mensualidades sucesivas, éste ya no recibirá pago alguno del Comprador y dará aviso al Acreedor para que dentro de los treinta días hábiles siguientes, elija alguna de las siguientes opciones:

- a) Que el Acreedor continúe efectuando los pagos del crédito con el derecho de repetir en contra del Comprador, por los

pagos que efectúe (Artículos 2072 y 2058 fracción II del C.C.).

- b) Que los pagos del crédito en moneda nacional se continúen efectuando por el tercero que al efecto señale el Acreedor.
- c) Que el Banco entregue al Comprador, o a la persona que este último designe, el valor de rescate en pesos previa autorización por escrito del FICORCA.
- d) Que el Banco entregue en el exterior, al Acreedor, el valor de rescate en Dólares, en las fechas por vencer de acuerdo con la restructuración del Adeudo. En este caso, el Banco pagará al Acreedor intereses sobre saldos insolutos del valor de rescate en Dólares a la tasa LIBOR anual para depósitos a tres meses dada a conocer por el Banco de México.

Asimismo, es preciso mencionar que en los contratos de cobertura referentes a los Sistemas 2 y 4, se establece el derecho del comprador de pagar anticipadamente el crédito ya sea total o parcialmente, en el entendido de que el prepago no modificará el calendario de entrega de los Dólares en el extranjero.

Por otra parte, cabe la posibilidad de dar por terminado anticipadamente el contrato de cobertura. En este sentido, el Comprador, previa autorización por escrito

del FICORCA y del Acreedor, puede solicitar al Banco le entregue el valor de rescate, en pesos, dentro de los treinta días siguientes a su solicitud.

Una vez que el Comprador reciba el valor de rescate en pesos o que el Acreedor reciba el total del saldo insoluto:

- a) Se extinguen todas las obligaciones a cargo del Comprador derivadas del crédito en moneda nacional (Sistemas 2 y 4).
- b) Se extinguen las obligaciones a cargo del Banco derivadas del contrato (todos los sistemas).

Finalmente, haremos mención a los efectos que, respecto a los fondos así como a los derechos derivados de un contrato de cobertura, pudiera causar la suspensión de pagos o quiebra del Comprador.

Los fondos que los Compradores apliquen a pagar los contratos de cobertura pasan a ser propiedad del FICORCA, ya que se trata de una afectación de bienes en fideicomiso. En tal virtud, los acreedores del comprador no podrán embargar los recursos que el Comprador entregue al FICORCA, ya que los mismos pasan a ser parte del patrimonio del fideicomiso y salen del patrimonio del Comprador.

Cabría el embargo de los derechos que el Comprador tuviese en contra de FICORCA; sin embargo, en cuanto al derecho del Comprador de recibir los Dólares objeto de la operación, podemos destacar que al suscribir el

contrato de cobertura, como ya se mencionó, el Comprador hizo una estipulación en favor del Acreedor, por lo que este último va a ser el titular de dicho derecho y no el Comprador. Con tal motivo, el derecho del Acreedor a recibir los Dólares no puede ser embargado.

De igual forma, el comprador no tiene derecho a recibir el valor de rescate en Dólares de la operación en caso de incumplimiento en el pago del crédito en moneda nacional a su cargo, ya que el Acreedor es el titular de tal derecho.

Finalmente, respecto al derecho del Comprador de recibir el valor de rescate en pesos, éste se encuentra sujeto a una condición suspensiva consistente en el consentimiento del Acreedor y la autorización del FICORCA para tal efecto. De esa forma, dicho derecho únicamente sería embargable en caso de que se hubiese consentido y autorizado el pago del valor de rescate, pasando este derecho a formar parte del patrimonio del Comprador. (16)

- Los "Depósitos de Cobertura Transitoria"

Este mecanismo fué implementado a partir del 11 de abril de 1983, con el fin de que las empresas quedaran cubiertas de riesgo cambiario en tanto negociaban con sus acreedores la reestructuración de los adeudos a su cargo.

De esta manera, las empresas constituyeron depósitos especiales en moneda nacional por el importe parcial o total de sus Adeudos, calculado al tipo de cambio controlado de venta vigente en esa fecha.

Dichos depósitos devengaron intereses a las

tasas máximas autorizadas para la contratación de depósitos bancarios en moneda nacional por personas morales a tres meses. El plazo para su devolución fué el 25 de octubre de 1983, plazo dentro del cual las empresas titulares del depósito celebrarían un contrato de cobertura con el FICORCA respecto del mismo Adeudo.

Una vez celebrado dicho contrato de cobertura, la empresa solicitaba la devolución del depósito a fin de aplicar los fondos al pago de la cobertura. A su vez, el FICORCA pagó un rendimiento adicional que se calculaba tomando en cuenta la tasa de devaluación del peso mexicano en el mercado controlado respecto al dólar, así como la tasa de depósito a tres meses en el mercado de eurodólares, vigente en la fecha de constitución del depósito. (17)

- B) El "Programa para la Cobertura de Riesgos Cambiarios Correspondientes a Nuevos Endeudamientos Externos"

Las características principales de este programa fueron dadas a conocer a través de la Circular No. 1908/84 emitida por el Banco de México con fecha 10. de febrero de 1984. El programa no tuvo por objeto promover las reestructuraciones de adeudos en moneda extranjera a efecto de diferir la salida de divisas del país, sino fomentar la contratación de financiamientos del exterior que brindaran recursos adicionales al país.

A través de este programa, el FICORCA otorga cobertura de riesgos cambiarios a las empresas establecidas en el país que contraigan o hayan contraído, a partir del 20 de diciembre de 1982, Adeudos denominados en moneda extranjero

ra y pagaderos fuera de la República Mexicana, a favor de instituciones de crédito mexicanas y entidades financieras del exterior, así como de proveedores extranjeros.

De igual manera, otorga cobertura cambiaria a las empresas que tengan a su cargo Adeudos con las mismas características, contratados con anterioridad al 20 de diciembre de 1982, hasta el importe de las disposiciones de estos adeudos que se efectúen o se hayan efectuado con posterioridad a esa fecha.

Fué requisito indispensable para participar en el programa, que el Adeudo fuese a plazo de ocho años, con un plazo de gracia de cuatro años. Asimismo, era necesario acreditar al Banco que las divisas correspondientes al Adeudo:

- a) Fueron vendidas al Banco de México en caso de adeudos a favor de entidades financieras del exterior, o a la institución de crédito acreedora en el caso de adeudos a favor de instituciones de crédito mexicanas.
- b) Fueron aplicadas a liquidar importaciones de mercancías comprendidas en el mercado controlado.
- c) Fueron aplicadas a pagar otro financiamiento también contratado o del cual se haya dispuesto con posterioridad al 20 de diciembre de 1982, debidamente registrado en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y respecto del cual se hubiesen vendido las divisas a una institución de crédito del

país, al tipo de cambio controlado.

Las operaciones bajo este programa se documentaron a través de dos contratos distintos.

Mediante el Contrato I se documentan operaciones de cobertura de principal del Adeudo e intereses por vencer, a la tasa LIBOR hasta más dos puntos porcentuales, cuando el principal e intereses del crédito en moneda nacional se paguen mensualmente, y los del préstamo de divisas al FICORCA se paguen trimestralmente.

El Contrato II, sirve para documentar operaciones en los mismos términos que las anteriores, pero cuando el principal y los intereses del crédito en moneda nacional se paguen trimestralmente y los del préstamo de divisas al FICORCA se paguen semestralmente.

De manera general, podemos señalar que salvo lo indicado anteriormente, las disposiciones respectivas al "Programa para la Cobertura de Riesgos Cambiarios Derivados de Endeudamientos Externos" tratado en el inciso IV.3 A) anterior se aplican a este programa.

- C) El "Programa para la Cobertura de Riesgos Cambiarios Correspondientes a Nuevas Reestructuraciones de Adeudos"

Este programa deriva del "Programa de Refinanciamiento de la Deuda a Cargo del FICORCA", cuyo esquema trataremos en el siguiente capítulo, y que fué dado a conocer al público el pasado 4 de abril de 1988.⁽¹⁸⁾ Sus características principales están contenidas en la Circular No. 1958/88 emitida por el Banco de México con fecha 22 de marzo de 1988.

El programa comprende adeudos cubiertos por contratos de cobertura en vigor, correspondientes a los Sistemas 2 y 4 del "Programa para la Cobertura de Riesgos Cambiarios Derivados de Endeudamientos Externos" dado a conocer el 6 de abril de 1983. Los adeudos participantes en el programa deberán reestructurarse para vencer a un plazo no menor de ocho años, con cuatro de gracia como mínimo, contados a partir de la reestructuración y con vencimiento no posterior al previsto para la deuda externa del sector público, esto es, al 5 de diciembre de 2006.

Al efecto, existen dos opciones:

En la primera opción, si el plazo es cuando menos de ocho años, con cuatro de gracia, el FICORCA otorgará cobertura a través de contratos bajo los cuales el tipo de cambio aplicable será el controlado de equilibrio. Los intereses pagaderos al FICORCA en relación con el crédito en moneda nacional que este último otorgue, continuarán devengándose conforme a la tasa de interés que resulte aplicable de acuerdo con los contratos de cobertura actualmente en vigor, o sea, el promedio aritmético de las tasas máximas de interés que las instituciones de crédito del país están autorizadas a pagar por depósitos en moneda nacional, a tres y seis meses, a favor de personas morales, que se contraten el primer día hábil bancario del mes en el que se causen los intereses del crédito.

En la segunda opción, si los plazos de la deuda reestructurada son cuando menos de doce años, con seis de gracia, la empresa que contrate la nueva cobertura podrá elegir entre celebrar un contrato en los términos arriba mencionados u obtener la nueva cobertura, manteniéndose el tipo de cambio implícito en el contrato de cobertura

actualmente en vigor, pero calculándose los intereses del crédito en moneda nacional que otorgue el FICORCA en base a una tasa de interés igual a 1.1 veces el CPP⁽¹⁹⁾, del mes inmediato anterior a aquél en que se causen los intereses del crédito.

Asimismo, el FICORCA continuará otorgando cobertura respecto al pago de intereses, hasta la tasa LIBOR más dos puntos porcentuales (Sistema 4), en el entendido de que la cobertura de tasas que excedan de LIBOR se hará ajustando el tipo de cambio del contrato de cobertura original.

Cabe mencionar que estas nuevas coberturas serán documentadas a través de contratos de compraventa a crédito y préstamo como en el programa original, ya que en el caso de la primera opción, únicamente se ajustará el precio de la cobertura y la tasa de interés del crédito se mantendrá igual, en tanto que en la segunda opción, únicamente se ajustará la tasa de interés del crédito y el precio de la cobertura quedará sin cambio.

NOTAS DEL CAPITULO CUARTO

- (1) La tasa "LIBOR" ("London Interbank Offered Rate") es la tasa ofrecida por los principales bancos en Londres dentro del mercado de euromonedas. BAUGHN, William y MANDLICH, Donald, The International Banking Handbook, México, Compañía Editorial Continental, S.A. de C.V., 1985, p.220.
- (2) Novedades, 28 de febrero de 1983, p.10.
- (3) CARPINTEYRO CALDERON, Purificación, obra citada, p.81.
- (4) Télex-circular No. 21/84, emitida por el Banco de México el día 29 de febrero de 1984.
- (5) Excélsior, 19 de julio de 1983, p.20-A.
- (6) Novedades, 3 de agosto de 1983, p.8.
- (7) Télex-circular No. 21/84, arriba citada.
- (8) Excélsior, 13 de abril de 1984, p.40-A.
- (9) El Heraldo de México, 31 de octubre de 1984, p.19-A.
- (10) Excélsior, 18 de septiembre de 1985, p.31-A.
- (11) El Universal, "Habrán divisas al tipo controlado para el pago de deudas", 4 de mayo de 1984, pp.1 y 15.
- (12) Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de julio de 1931.

- (13) DEL CUETO LEGASPI, Roberto, "Legal and Operating Aspects of the FICORCA and the Program for Coverage of Exchange Risks", Banco de México, Mexico, p.5.
- (14) GARCIA CUELLAR, Samuel, "FICORCA - Régimen Jurídico", Ejecutivos de Finanzas, México, septiembre, 1983, p.64.
- (15) Publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 7 al 13 de octubre de 1889.
- (16) DEL CUETO LEGASPI, Roberto, "Programas de Cobertura de Riesgos Cambiarios", Jurídica, México, núm. 16, 1984, p.215.
- (17) Anexo "A" a la Circular No. 1897/83 emitida por el Banco de México con fecha 25 de abril de 1983, pp.11-13.
- (18) Excélsior, 4 de abril de 1988, p.10-F.
- (19) Estimación del costo porcentual promedio de captación que el Banco de México da a conocer mensualmente a través del Diario Oficial de la Federación.

CAPITULO QUINTO

El Refinanciamiento del Adeudo a Cargo del FICORCA

V.1 Antecedentes

En octubre de 1986, México solicitó a la Comunidad Financiera Internacional, la implementación de un paquete financiero a efecto de financiar una serie de programas orientados a apoyar el crecimiento económico y reforma estructural del país. (1)

Dicho paquete financiero consistió de tres financiamientos distintos pero interrelacionados:

- a) El primer financiamiento requería de la reestructuración de los contratos de crédito firmados en 1983 y 1984 con los Estados Unidos Mexicanos.
- b) El segundo financiamiento contemplaba la reestructuración de los 52 contratos de reestructuración y de los 35 nuevos contratos de reestructuración celebrados con diversos deudores del sector público mexicano.
- c) El tercer financiamiento consistía en la aportación de dinero fresco y financiamiento contingente para promover el ajuste del crecimiento económico y la reforma estructural en México.

Tras varios meses de negociación, el 20 de marzo de 1987 se logró concertar la firma de los convenios modifica-

torios respectivos, así como de un nuevo acuerdo denominado "Multi-Facility Agreement" que permitió al sector público mexicano allegarse recursos nuevos del exterior para el financiamiento de diversos proyectos de prioridad, tanto económica como social.

De esta manera, el Gobierno Mexicano no sólo se allegó recursos nuevos del exterior, sino que logró reestructurar el perfil de su deuda pública externa prolongando su vencimiento a un plazo de veinte años con siete de gracia y disminuyendo la tasa de interés sobre la misma.

Por otra parte, a partir del año de 1986, comenzó a surgir cierta inquietud por parte de las empresas contratantes de coberturas de riesgos cambiarios con FICORCA respecto a la incapacidad del Fideicomiso para hacer frente a sus compromisos de pago a los acreedores, especialmente a partir de enero de 1988 fecha en que empezaría la mayoría de las amortizaciones de principal, que son el orden de los 2,200 millones de dólares anuales. (2)

Esta incertidumbre se acrecentó también entre los acreedores tanto del sector público como privado. Estos, dudaban que el principal de sus créditos fuese recuperado oportunamente. Aquéllos, temían que a raíz de la reestructuración de la deuda del sector público, el FICORCA dedicara reservas al pago de principal de los créditos otorgados por los bancos acreedores al sector privado, cuyos vencimientos ocurrirían en el período comprendido entre 1988 y 1991.

Esta situación, aunada al hecho de que los bancos acreedores del sector público fueron requeridos para aportar dinero fresco, resultaba a todas luces inequitativa.

Originalmente, el FICORCA anticipaba que para 1988 el sector privado volvería a tener acceso a los mercados de crédito externo. No obstante, la caída de los precios del petróleo y el desequilibrio en nuestra balanza de pagos lo han hecho prácticamente imposible.

En este contexto, fué necesario diseñar un esquema que ofreciera nuevas posibilidades para el manejo del FICORCA. Los términos de dicho esquema fueron expresados en el Anexo "G" de la documentación que ampara la reestructuración del adeudo del sector público mexicano firmada el 20 de marzo de 1987.

V.2 El "Programa de Refinanciamiento del Adeudo a Cargo del FICORCA"

Este programa implementa el esquema previsto en el Anexo "G" antes mencionado y tiene como finalidad que los bancos acreedores designados por las empresas participantes en el programa de cobertura dado a conocer el 6 de abril de 1983, como beneficiarios de los derechos derivados del contrato de cobertura respectivo, otorguen su consentimiento para refinanciar al FICORCA la totalidad de los pagos del principal a efectuarse conforme a los contratos de cobertura.

En caso de ser refinanciados dichos pagos, los nuevos préstamos a FICORCA deberán ser amortizados por este último dentro del período comprendido entre 1994 y 2006. De esta manera, los bancos acreedores tanto del sector público como del sector privado mexicano se encontrarían en circunstancias similares.

Ahora bien, a fin de que las empresas privadas

mexicanas tengan de nuevo acceso a financiamientos externos, el programa prevé un mecanismo especial:

- a) Cada pago de principal que haga el FICORCA conforme a los contratos de cobertura respectivos entre 1988 y 1991, deberá acreditarse a la cuenta del banco acreedor abierta en la Ciudad de Nueva York, del Banco Nacional de México, S.N.C.

A su vez, este importe habrá de ser depositado en la cuenta que Banco de México le lleva a FICORCA devengando intereses en favor del banco acreedor respectivo, a una tasa equivalente a trece dieciseisavos de un punto porcentual sobre LIBOR, esto es, obteniendo un rendimiento igual al de la deuda externa reestructurada del sector público mexicano.

- b) En el caso de que un banco acreedor decidiera otorgar un préstamo a una empresa mexicana, éste podrá requerir al FICORCA el prepago, hasta por un determinado porcentaje de la amortización previamente refinanciada a este último.

Estos préstamos a empresas privadas mexicanas deberán ser efectuados en moneda extranjera, principalmente dólares, por montos superiores a cien mil dólares, a un plazo no menor de un año, en el entendido que el plazo no podrá extenderse más allá del año 2006. Cada vez que estos créditos sean amortizados, el acreedor tendrá la obligación de refinanciar dicha cantidad nuevamente al FICORCA hasta su vencimiento final previsto para el año 2006.

Cabe mencionar que el incentivo que llevaría a los bancos a efectuar esta clase de préstamos a las empresas establecidas en el país, sería el de rendimientos mayores que los previstos en el Contrato de Refinanciamiento así como comisiones, ya que los términos y condiciones de estos préstamos serán acordados libremente entre las partes.

A) Obligaciones del FICORCA Sujetas a Refinanciamiento

En términos generales, todas las obligaciones de pago de principal por parte del FICORCA en favor de instituciones financieras o bancos acreedores amparadas por contratos de cobertura Sistemas 1, 2, 3 y 4, se encuentran sujetas a refinanciamiento.

B) Obligaciones No Sujetas al Programa

Los intereses derivados de los contratos de cobertura celebrados por el FICORCA no quedan sujetos al programa, debiendo pagarse a las personas que tengan derecho a recibirlos conforme a los respectivos contratos y en las fechas previstas en los mismos.

Asimismo, se excluyen del mecanismo de refinanciamiento, los contratos de cobertura relativos a créditos otorgados por agencias y organismos oficiales del exterior; a bonos y a otros títulos de colocación pública emitidos antes de 1983; a títulos colocados en forma privada antes de dicho año y a créditos a favor de proveedores registrados en la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

Sin embargo estas obligaciones también pueden, con el consentimiento del acreedor y deudor respectivos, sujetarse al mecanismo de refinanciamiento.

C) Obligaciones Excluibles

Por otra parte, existen créditos que en principio están sujetos al Contrato de Refinanciamiento, pero que pueden excluirse del mismo. Estos son:

- a) Créditos asegurados o garantizados en el exterior.
- b) Créditos cedidos a acreedores que no sean bancos o instituciones financieras.
- c) Créditos que se reestructuren en términos consistentes con el Contrato de Refinanciamiento.

V.3 Ventajas y Desventajas del Programa

Una vez señaladas las características generales del programa de refinanciamiento, cabe hacer algunas consideraciones respecto a las ventajas y desventajas que éste pudiese representar tanto para los acreedores como para las empresas participantes en los programas de cobertura, administrados por el FICORCA:

A) Ventajas y Desventajas para los Acreedores

El acreedor que participe en el programa de refinanciamiento podrá reestructurar los créditos con las empresas a un nuevo plazo mínimo de ocho años con cuatro de

gracia en condiciones más favorables para la empresa a través de los esquemas de cobertura con FICORCA, bajo el "Programa para Cobertura de Riesgos Cambiarios Correspondiente a Nuevas Reestructuraciones de Adeudos" comentado en el último inciso del Capítulo Cuarto anterior. Esto permitiría a las empresas con problemas de liquidez continuar haciendo sus pagos oportunamente al FICORCA evitando así la cancelación del contrato de cobertura respectivo.

También podrá utilizar los adeudos amortizados por el FICORCA como "papel de deuda pública reestructurada" ("UMS paper"), susceptible de ser utilizado para la capitalización de alguna empresa determinada de conformidad con lo dispuesto por la Cláusula 5.11 del Contrato de Refinanciamiento del Adeudo a Cargo del FICORCA, en términos idénticos a las correspondientes Cláusulas 5.11 de los Convenios de Reestructuración del Adeudo del Sector Público Mexicano.

Por último, el acreedor podrá prestar a empresas establecidas en México, en una proporción determinada, los montos recuperados mediante la amortización de los adeudos efectuada por el FICORCA, en términos más favorables para éste.

En cuanto a las desventajas, podemos señalar las siguientes:

Al efectuar la empresa sus pagos al FICORCA y este último amortice el crédito, las garantías ubicadas en territorio nacional serán liberadas.

Asimismo, las amortizaciones de principal que

realice el FICORCA no pueden ser recuperadas de inmediato, sino que se depositarán en Banco de México con un rendimiento de trece dieciseisavos de un punto porcentual arriba de LIBOR, rendimiento igual al de la deuda pública reestructurada.

B) Ventajas y Desventajas para las Empresas

El esquema de refinanciamiento del adeudo a cargo del FICORCA, presentó una ventaja importante para las empresas, consistente en la reestructuración de sus adeudos ampliando el plazo de amortización virtual del principal y presentándoles la oportunidad de contratar una nueva cobertura con el FICORCA en los términos ya tratados al final del capítulo anterior.

Las dos nuevas opciones de cobertura con el FICORCA, por el costo que implican (mayor saldo o mayor tasa), convienen a empresas con problemas de flujo de efectivo, y que deseen mantener una cobertura cambiaria a cierto plazo. Asimismo, conviene a empresas que deseen hacerse de recursos a largo plazo para dedicarlos a proyectos que por su rentabilidad compensan el costo de su reestructura.

En cuanto a las desventajas considero que el refinanciamiento del adeudo a cargo del FICORCA, no ofrece desventaja alguna para las empresas, ya que en el supuesto de que no contratasen una nueva cobertura manteniéndose dentro del esquema original, seguirían cubriendo los importes respectivos al FICORCA como lo han venido haciendo y gradualmente se irían liberando del adeudo frente a sus acreedores.

Expuestas las anteriores consideraciones respecto a las ventajas y desventajas en la participación de los acreedores y empresas en el programa de refinanciamiento, cabría considerar cuáles serían los efectos respecto a los contratos de cobertura en vigor en el caso de la no participación de acreedores y/o empresas en el programa.

En caso de que un acreedor no participe en el Contrato de Refinanciamiento o, habiendo participado en éste, la empresa deudora o el acreedor optaran por no sujetar determinado crédito al programa de refinanciamiento, FICORCA daría por terminado el contrato de cobertura respectivo y pagaría el valor de rescate a quien tenga derecho a recibirlo, ya sea en pesos o en dólares, según corresponda, y en el caso del valor de rescate en dólares, siempre sujeto a la disponibilidad de divisas de dicho Fideicomiso.

Asimismo, el hecho de que un acreedor no haya accedido a formar parte del Contrato de Refinanciamiento lo mantendrá al margen de una serie de operaciones que los bancos y entidades financieras que sí forman parte del acuerdo, podrán llevar a cabo con respecto a los préstamos a FICORCA y a los préstamos a empresas mexicanas contempladas por el contrato.

V.4 El Contrato de Refinanciamiento del Adeudo a Cargo del FICORCA

A) Generalidades

El acuerdo entre las autoridades financieras de nuestro país, el FICORCA y los bancos acreedores de las empresas participantes en el programa de cobertura anunciado el 6 de abril de 1983 para llevar a cabo el refinanciamiento

de los pagos de principal de los adeudos a efectuarse por el FICORCA a partir de 1988, quedó documentado en un contrato que como ya se mencionó, fué firmado el 14 de agosto de 1987.

Las partes de dicho contrato son las siguientes:

- a) El Banco de México actuando en su carácter de fiduciario en el FICORCA;
- b) Los Estados Unidos Mexicanos en su carácter de garante y actuando a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público;
- c) El Banco de México en su carácter de Banco Central de los Estados Unidos Mexicanos;
- d) El Banco Nacional de México, S.N.C. actuando como banco de servicio; y
- e) Bankers Trust Company actuando como agente de los bancos e instituciones financieras acreedoras.

Este contrato documenta una serie compleja de operaciones que en su mayoría constituyen deuda pública; esto es, obligaciones de pasivo derivadas de financiamientos a cargo de un fideicomiso público. (3)

Sin embargo, es de hacerse notar que no todas las operaciones reguladas por este contrato constituyen deuda pública. En primer término, el contrato prevé los pagos de principal que el FICORCA deberá efectuar a cada uno de los bancos acreedores bajo los contratos de cobertura originales.

Tal como se mencionó en su oportunidad, el FICORCA, al contratar las operaciones de cobertura con las empresas, se abstuvo de asumir las deudas de estas últimas frente a sus acreedores y se limitó únicamente a seguir las instrucciones irrevocables de pago que recibía de cada una de las empresas en favor de los mismos.

En este orden de ideas, podemos considerar que este pago de principal efectuado por el FICORCA a los bancos acreedores bajo el Contrato de Refinanciamiento, no constituye deuda pública sino deuda privada.

Ahora bien, una vez efectuados esos pagos de principal por el FICORCA y a su vez refinanciados a este último por los bancos acreedores, podríamos considerar que dicho refinanciamiento ya se encuentra dentro de los supuestos previstos por la LGDP como constitutivos de deuda pública.

B) Formalidades

Hecha la anterior consideración, haremos mención de los requisitos y formalidades a los que conforme a la LGDP, debió sujetarse la contratación de este refinanciamiento a cargo del FICORCA:

- a) En primera instancia fué necesario obtener la autorización previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para la contratación del financiamiento (Art. 5, fracción IV).
- b) En virtud de no estar comprendido el FICORCA dentro del Presupuesto de Egresos de la

Federación, el financiamiento obtenido debió estar contemplado dentro del programa de deuda elaborado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en coordinación con la Comisión Asesora de Financiamientos Externos (Art. 19, párrafos 1 y 2 y Art. 32, fracciones II y III).

A este respecto y de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 9 de la LGDP, podemos concluir que los financiamientos contratados por entidades no comprendidas en el Presupuesto de Egresos de la Federación previas las formalidades requeridas, no estarán sujetos a los montos anuales de endeudamiento fijados por el Congreso de la Unión.

- c) El adeudo fué registrado en el Registro de la Deuda del Sector Público Federal (Art. 5, fracción V).

C) La Garantía de Pago por Parte del Gobierno Federal

Las obligaciones de pago de los refinanciamientos a cargo del FICORCA bajo el mencionado Contrato de Refinanciamiento, cuentan con la garantía incondicional de pago del Gobierno Federal⁽⁴⁾. Consecuentemente, el contrato prevé que las obligaciones de pago tanto de FICORCA como del Gobierno Federal, deberán tener un tratamiento equivalente ("pari passu") a cualesquier otras obligaciones de pago a cargo de los mismos, derivadas de endeudamientos externos⁽⁵⁾.

Lo anterior nos lleva a considerar la estrecha vinculación existente entre este Contrato de Refinanciamien-

to y los demás contratos que amparan la reestructuración del adeudo del sector público mexicano. Al efecto podemos señalar que el tratamiento desigual de cualquier porción de la deuda pública externa, así como una falta sustancial en el pago de sus obligaciones por parte de cada una de las partes a los convenios de reestructuración de la deuda del sector público, así como del Contrato de Refinanciamiento a cargo del FICORCA, provocaría el vencimiento anticipado de cada una de las obligaciones bajo la totalidad de los mencionados contratos. (6)

El fundamento legal que ampara el otorgamiento de la garantía del Gobierno Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para estas operaciones, lo encontramos en la fracción V del Artículo 4 de la LGDP que dispone:

"ART. 4o.- Corresponde al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público:

...

V.- Contratar y manejar la deuda pública del Gobierno Federal y otorgar la garantía del mismo para la realización de operaciones crediticias que se celebren con organismos internacionales de los cuales México sea miembro, o con las entidades públicas o privadas nacionales o de países extranjeros, siempre que los créditos estén destinados a la realización de proyectos de inversión o actividades productivas que estén acordes con las políticas de desarrollo económico y

social aprobadas por el Ejecutivo y que generen los recursos suficientes para el pago del crédito y tengan las garantías adecuadas.

..."

D) Jurisdicción

La Sección 13.08 del Contrato de Refinanciamiento contempla dos cuestiones importantes.

La primera cuestión se refiere a la renuncia expresa hecha por el FICORCA, el Gobierno Federal y el Banco de México a la inmunidad de jurisdicción de tribunales extranjeros a que pudiesen tener derecho, en relación con el cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato de Refinanciamiento.

No en pocas ocasiones se ha negado la validez de esta renuncia por aquellos que sostienen la teoría de la inmunidad absoluta de los estados, a través de la cual un estado, sus órganos y sus bienes, en todo caso, se encuentran inmunes a la jurisdicción de los tribunales de otro estado.

A este respecto, es de considerarse lo asentado por Lalive⁽⁷⁾ en el sentido de que "la teoría de la inmunidad absoluta, se encuentra en la actualidad casi universalmente desaprobada ...; ésta es seguida con dificultad y no sin vacilación por los tribunales de unos cuantos países". Los países que aún continúan adheridos a la teoría de la inmunidad absoluta son la Unión Soviética y los países de Europa Central.

Por otra parte, la mayoría de los países actualmente siguen la teoría de la inmunidad relativa o restrictiva. Conforme a esta teoría, el estado extranjero se encuentra facultado para ejercer su jurisdicción cuando el otro estado o sus bienes se dediquen a actividades comerciales dentro del estado extranjero.

Nuestro Código de Comercio en su Artículo 75, señala cuáles son los actos de comercio y entre estos señala, en su fracción IV "Los contratos relativos a las obligaciones del estado, u otros títulos de crédito corrientes en el comercio."

En esta virtud podemos considerar, que la renuncia expresa a la inmunidad soberana efectuada por el FICORCA, el Gobierno Federal y el Banco de México, es completamente válida en virtud de que las operaciones amparadas por este contrato constituyen en todo caso, actos comerciales.

La segunda cuestión importante contemplada por la Sección 13.08 del Contrato, se refiere a la sumisión del FICORCA, el Gobierno Federal y el Banco de México a las siguientes jurisdicciones de estados extranjeros:

- a) Los tribunales del Estado de Nueva York, E.U.A.
- b) Los tribunales federales ubicados en la Ciudad de Nueva York, Nueva York, E.U.A.
- c) La Suprema Corte de Justicia de Londres, Gran Bretaña.
- d) Los tribunales competentes de los domicilios

respectivos de cada uno de los bancos acreedores participantes en el contrato.

A este respecto cabe mencionar lo dispuesto por el Artículo 4o. del Código Federal de Procedimientos Civiles⁽⁸⁾ que dispone:

"ART. 4o.- Las instituciones, servicios y dependencias de la Administración Pública de la Federación y de las entidades federativas, tendrán, dentro del procedimiento judicial, en cualquier forma en que intervengan, la misma situación que otra parte cualquiera; pero nunca podrá dictarse, en su contra, mandamiento de ejecución ni providencia de embargo y estarán exentos de prestar las garantías que este Código exija de las partes.

..."

Considerando lo dispuesto por este ordenamiento, resultaría imposible el que tanto una sentencia dictada por los tribunales mexicanos como por los tribunales extranjeros competentes respecto al Contrato de Refinanciamiento, pudiese ser ejecutada en México en contra del FICORCA, el Gobierno Federal o el Banco de México, así como de sus propiedades en nuestro país.

E) Ley Aplicable

La Sección 13.11 del contrato dispone que la ley aplicable será la del Estado de Nueva York, E.U.A. Esta elección de ley aplicable es válida conforme a la ley mexicana.

Las recientes modificaciones al Código Federal de Procedimientos Civiles⁽⁹⁾, actualmente permiten a los tribunales mexicanos aplicar el derecho extranjero dando oportunidad a las partes de alegar la existencia y contenido del mismo.

Así pues, en caso de un litigio en los tribunales mexicanos con respecto al Contrato de Refinanciamiento, los jueces deberán aplicar el derecho del Estado de Nueva York, E.U.A., debiendo para tales efectos, informarse del texto, vigencia, sentido y alcance de dicho derecho.

NOTAS DEL CAPITULO QUINTO

- (1) Comunicación de fecha 16 de octubre de 1986 dirigida por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a la comunidad financiera internacional.
- (2) FERNANDEZ GUERRA, Andrés, "Facilidad de FICORCA, Nuevas Opciones de Cobertura para las Empresas", Ejecutivos de Finanzas, México, noviembre, 1987, p.45.
- (3) LGDP, Artículo 2, fracción VI.
- (4) Sección 10.01 del Contrato para el Refinanciamiento de la Deuda a Cargo del FICORCA.
- (5) Ibid., Secciones 7.01(g) y 7.02(f).
- (6) Ibid., Sección 11.01(d) y (e) y secciones correlativas de los Contratos de Reestructuración del Adeudo del Sector Público Mexicano.
- (7) SORENSEN, Max, Manual de Derecho Internacional Público, México, ed. Fondo de Cultura Económica, 1a. edición, 1973, p.419.
- (8) Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 24 de febrero de 1943.
- (9) Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 12 de enero de 1988. Ver Artículo 86 bis.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El fideicomiso surge en México sin antecedentes en nuestra legislación en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924. Sin embargo, fué hasta 1926 en que la Ley de Bancos de Fideicomiso da un concepto del mismo como un mandato irrevocable.

La Ley General de Instituciones de Crédito de 1932 así como la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito del mismo año, esta última actualmente en vigor, conceptúan ya al fideicomiso como una afectación patrimonial a un fin lícito cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario.

SEGUNDA.- Aún cuando ya contamos con un concepto claro de fideicomiso como una operación de crédito, la naturaleza jurídica del mismo sigue siendo controvertida.

Nosotros descartamos la idea de que se trate de un negocio jurídico o de una declaración unilateral de voluntad y optamos por considerarlo como un contrato.

TERCERA.- El fideicomiso público difiere del fideicomiso privado en diversos aspectos; sin embargo, consideramos que la diferencia fundamental entre estas dos figuras radica en la finalidad de las mismas. En tanto que el fideicomiso privado no tiene limitación en cuanto a sus fines, siempre que éstos sean lícitos, el fideicomiso público encuentra al interés público como una limitación a su finalidad.

CUARTA.- El fideicomiso público, atendiendo a su naturaleza de contrato debería de estar regulado por la ley como un contrato administrativo.

No obstante esta consideración, la adecuada operación de estas entidades que, como ya se mencionó, tienen finalidades de interés público, requiere de una estructura administrativa así como de una autonomía presupuestaria y de gestión difícilmente atribuibles a la figura jurídica de un contrato por lo que el legislador ha optado por otorgarles el carácter de entidades de la Administración Pública Federal.

QUINTA.- Los acontecimientos económicos en nuestro país a partir de 1976 que desestabilizaron nuestro sistema financiero y mercado cambiario y que tuvieron como consecuencia la nacionalización de la banca privada y la implantación de un régimen de control de cambios provocaron que las empresas establecidas en nuestro país que habían contratado créditos en moneda extranjera pagaderos en el exterior, se vieran imposibilitados para pagar oportunamente sus obligaciones.

Con tal motivo se determinó la creación de un fideicomiso cuya finalidad fuese la de diferir la salida de divisas de nuestro país y permitir a las empresas transformar sus adeudos de moneda extranjera a moneda nacional eliminando así el riesgo cambiario a su cargo.

SEXTA.- Dado su carácter de afectación patrimonial a un fin determinado, la figura del fideicomiso fue la que otorgó mayor seguridad tanto a empresas deudoras como a instituciones acreedoras de que los fondos administrados por el fideicomiso no podrían sino aplicarse únicamente al pago

de los adeudos.

SEPTIMA.- El Artículo Cuarto Transitorio del Decreto de Control de Cambios en vigor es la disposición que pone de manifiesto la necesidad de crear al FICORCA y el Acuerdo por el que se Autoriza la Constitución del Fideicomiso para la Cobertura de Riesgos Cambiarios es el instrumento que fija las bases para su constitución. Sin embargo, el documento que efectivamente lo formaliza es su Contrato Constitutivo.

OCTAVA.- Las características y finalidad del FICORCA no nos permiten encuadrarlo como un fondo de fomento o de redescuento.

Estos fondos tienen como finalidad primordial la de atender determinadas necesidades de interés público fomentando su desarrollo de una manera permanente a través de la canalización selectiva del crédito, redescontando al efecto la cartera de las instituciones de crédito.

La finalidad del FICORCA, aún cuando es de interés público, consiste principalmente en diferir el pago de la deuda externa de las empresas lo que le otorga al fideicomiso un carácter temporal. Asimismo, el FICORCA opera con recursos propios que se allega con motivo de la venta de las coberturas y no toma en redescuento la cartera de las instituciones de crédito con motivo de los créditos otorgados a las empresas bajo los programas de cobertura.

Así pues, podemos considerar que el FICORCA es un fideicomiso público de garantía cuya finalidad es la de garantizar el pago oportuno de obligaciones contraídas por cuenta de terceros.

NOVENA.- Aparte de diferir la salida de divisas del país, el FICORCA, a través de su "Programa de Cobertura de Riesgos Cambiarios Derivados de Nuevos Endeudamientos Externos" y, actualmente, a través de las operaciones de represtamo ("relending") bajo el mecanismo de refinanciamiento de su adeudo, ha promovido el otorgamiento de nuevos créditos en moneda extranjera por parte de instituciones financieras del exterior a las empresas establecidas en nuestro país, apoyando así el desarrollo de la planta productiva y el empleo en nuestro país.

DECIMA.- El objeto del FICORCA consiste en administrar los programas de cobertura de riesgos cambiarios evitando en lo posible el otorgamiento de subsidios por parte del Gobierno Federal.

Aún cuando el fideicomiso ha efectuado las amortizaciones de principal de los adeudos de conformidad con los términos de los contratos de cobertura respectivos, se consideró que el fideicomiso no estaría en posición de cubrir oportunamente la totalidad de sus obligaciones por lo que fué necesario diseñar un mecanismo de refinanciamiento que le permitiera tener la liquidez necesaria a la vez de evitar el otorgamiento de subsidios.

DECIMA PRIMERA.- A través del mecanismo de refinanciamiento el FICORCA cubrirá oportunamente sus obligaciones de pago bajo los contratos de cobertura celebrados con las empresas deudoras liberando paulatinamente a estas últimas de sus obligaciones frente a sus acreedores.

DECIMA SEGUNDA.- Podemos considerar que actualmente el FICORCA está cumpliendo con su objeto y fines: ha diferido la salida de divisas de nuestro país y a su vez ha liberado

a las empresas del riesgo cambiario que representaba para estas últimas el tener adeudados en moneda extranjera.

Sin embargo, esto ha tenido un costo para el Fideicomiso. Al refinanciar sus obligaciones de pago con la banca comercial extranjera, el FICORCA ha quedado como obligado directo del pago de los préstamos recibidos bajo el mecanismo implementado y el Gobierno Federal es quien garantiza el pago oportuno de dichos adeudos.

Lo anterior nos lleva a considerar que este esquema de refinanciamiento tiene como finalidad el evitar el otorgamiento de subsidios por parte del Gobierno Federal permitiendo al Fideicomiso cumplir cabalmente con sus objetivos.

DECIMA TERCERA.- Aún cuando a través de este mecanismo se logró evitar la necesidad del Gobierno Federal de hacer aportaciones extraordinarias al patrimonio del FICORCA, debemos considerar el caso de que al vencimiento de las obligaciones a cargo del fideicomiso, éste no se encuentre en posición de hacer los pagos respectivos. En estas circunstancias será el Gobierno Federal quien tendrá la obligación de efectuar las amortizaciones respectivas, lo que tendría los mismos efectos que el otorgamiento de un subsidio.

DECIMA CUARTA.- Es nuestra opinión que el FICORCA deberá tener en el futuro un adecuado y eficiente sistema de inversión de sus recursos a fin de poder tener en su oportunidad la liquidez necesaria para hacer frente a sus obligaciones en moneda extranjera.

DECIMA QUINTA.- Finalmente, aún cuando el FICORCA no

llegase a resultar una entidad autofinanciable, consideramos que dada la incertidumbre económica prevaeciente en nuestro país a partir de 1982, este Fideicomiso ha contribuido en gran medida a la reactivación económica de nuestro país a través del apoyo otorgado a la planta productiva nacional.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

ACOSTA ROMERO, Miguel, Derecho Bancario, México, ed. Porrúa, S.A., 3a. edición, 1986, p.202.

ACOSTA ROMERO, Miguel, Teoría General del Derecho Administrativo, México, ed. Porrúa, S.A., 6a. edición, 1984.

Banco Mexicano Somex, S.A., Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, México, 1a. ed., 1982.

BAUGHN, William y MANDLICH, Donald, The International Banking Handbook, México, Compañía Editorial Continental, S.A. de C.V., 1985.

BATIZA, Rodolfo, El Fideicomiso, México, ed. Librería de Manuel Porrúa, S.A., 1973.

BAUCHE GARCIA DIEGO, Mario, Operaciones Bancarias. Activas, Pasivas y Complementarias, México, ed. Porrúa, S.A., 3a. edición, 1978.

CABANELLAS, Guillermo y ALCALA ZAMORA Y CASTILLO Niceto, Diccionario Enciclopédico de Derecho, tomo IV-J-O, Madrid, ed. Heliasta, S. de R.L., 12a. edición, 1979.

CERVANTES ARUMADA, Raúl, Títulos y Operaciones de Crédito, México, ed. Herrero, S.A., 13a. edición, 1984.

DE PINA, Rafael, Diccionario de Derecho, México, ed. Porrúa, S.A., 11a. edición, 1983.

DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge A., El Fideicomiso ante la Teoría

General del Negocio Jurídico, México, ed. Porrúa, S.A., 2a. edición, 1975.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Presidencia de la República, Unidad de la Crónica Presidencial, Las Razones y las Obras. Gobierno de Miguel de la Madrid. Crónica del Sexenio 1982-1988. Primer Año, México, 1984.

FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo, México, ed. Porrúa, S.A., 17a. edición, 1977.

HERNANDEZ, Octavio A., Derecho Bancario Mexicano, tomo II, México, ed. Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, 1956.

KRIEGER, Emilio, Manual del Fideicomiso Mexicano, México, Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A., 1976.

MARGADANT, Guillermo F., El Derecho Privado Romano, México, ed. Esfinge, S.A., 11a. edición, 1982.

PEÑALOZA SANTILLAN, David, El Fideicomiso Público Mexicano, México, ed. Cajica, S.A., 1a. edición, 1983.

PETIT, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, México, ed. Porrúa, S.A., 1a. edición, 1984.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, tomo I, México, ed. Porrúa, S.A., 12a. edición.

SERRA ROJAS, Andrés, citando a Andre Laubadere, Derecho Administrativo, México, ed. Librería de Manuel Porrúa, S.A., 2a. edición, 1961.

SORENSEN, Max, Manual de Derecho Internacional Público, México, ed. Fondo de Cultura Económica, 1a. edición, 1973.

VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, Doctrina General del Fideicomiso, México, ed. Porrúa, S.A., 1982.

HEMEROGRAFIA GENERAL

BECERRA BAUTISTA, José, "Legitimación Procesal de las Instituciones Fiduciarias", Revista de Investigaciones Jurídicas, año 7, núm. 7, Escuela Libre de Derecho, México, 1983.

BRETON DURAZO, Roberto, "FICORCA Acierto Oportuno", Ejecutivos de Finanzas, año XII, núm. 10, México, octubre, 1983.

CARPINTEYRO CALDERON, Purificación, "Programas para la Cobertura de Riesgos Cambiarios Administrados por el FICORCA", México, tesis profesional, Escuela Libre de Derecho, 1986.

CERVANTES ALTAMIRANO, Efrén, "Los Fideicomisos Estatales", Revista de la Facultad de Derecho de México, tomo XXXII, núms. 124, 125 y 126, México, UNAM, julio - diciembre, 1982.

DEL CUETO LEGASPI, Roberto, "Legal and Operating Aspects of the FICORCA and the Program for Coverage of Exchange Risks", México, Banco de México.

DEL CUETO LEGASPI, Roberto, "Programas de Cobertura de Riesgos Cambiarios", Jurídica, México, núm. 16, 1984.

FERNANDEZ GUERRA, Andrés, "Facilidad de FICORCA. Nuevas

Opciones de Cobertura para las Empresas", Ejecutivos de Finanzas, México, noviembre, 1987.

GARCIA CUELLAR, Samuel, "FICORCA - Régimen Jurídico", Ejecutivos de Finanzas, México, septiembre, 1983, p.64.

Periódico "El Herald de México", 31 de octubre de 1984, p.19-A

Periódico "El Universal", "Habrán divisas al tipo controlado para el pago de deudas", 4 de mayo de 1984, pp. 1 y 15.

Periódico "Excélsior", 19 de julio de 1983, p.20-A.

Periódico "Excélsior", 13 de abril de 1984, p.40-A.

Periódico "Excélsior", 18 de septiembre de 1985, p.31-A.

Periódico "Excélsior", 4 de abril de 1988, p.10-F.

Periódico "Novedades", 3 de agosto de 1983, p.8.

ZEDILLO PONCE DE LEON, Ernesto, "The Program for the Coverage of Exchange Risks, A General Description and Financial Aspects", FICORCA, México, 1983.

LEGISLACION CONSULTADA

Código Civil para el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de marzo de 1928.

Código de Comercio, publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 7 al 13 de octubre de 1889.

Código Federal de Procedimientos Civiles, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 24 de febrero de 1943.

Código Fiscal de la Federación, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1981.

Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de febrero de 1985.

Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 1988, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1987.

Ley de Obras Públicas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de diciembre de 1980.

Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1976.

Ley Federal de las Entidades Paraestatales, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de mayo de 1986.

Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1982.

Ley General de Bienes Nacionales, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de enero de 1982.

Ley General de Deuda Pública, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1976.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de agosto de 1932.

Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de julio de 1931.

Ley Orgánica de la Administración Pública Paraestatal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de diciembre de 1976.

Ley Orgánica de la Contaduría Mayor de Hacienda, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de diciembre de 1978.

Ley Orgánica del Banco de México, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1984.

Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 20 de enero de 1986.

Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de enero de 1985.

Decreto de Control de Cambios, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de diciembre de 1983.

Decreto del Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 1988, publicado en el Diario oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1987.

Decreto que Establece el Control Generalizado de Cambios, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de septiembre de 1982.

Decreto que Establece las Bases para Atender Requerimientos de Divisas a Tipos de Cambio Especiales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de agosto de 1982.

Decreto por el que se Establecen las Bases para la Constitución, Incremento, Modificación, Organización, Funcionamiento y Extinción de los Fideicomisos Establecidos o que Establezca el Gobierno Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de febrero de 1979.

Acuerdo por el que las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal Adecuarán sus Planes, Sistemas, Estructuras y Procedimientos Conforme al Proceso Permanente, Programado y Participativo de Reforma Administrativa, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 24 de abril de 1979.

Acuerdo por el que las Entidades de la Administración Pública Paraestatal, a que se Refiere este Acuerdo, se Agrupan por Sectores a Efecto de que sus Relaciones con el Ejecutivo Federal se Realicen a través de la Secretaría del Estado o Departamento Administrativo que se Determina, publicado en el Diario oficial de la Federación el día 10 de abril de 1981.

Acuerdo por el que se Autoriza la Constitución del Fideicomiso para la Cobertura de Riesgos Cambiarios, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 11 de marzo de 1983.

OTROS DOCUMENTOS CONSULTADOS

Banco de México, Informe Anual 1982, México, 1983.

Contrato para el Refinanciamiento de la Deuda a Cargo del FICORCA ("FICORCA Facility Agreement").

Comunicación de fecha 16 de octubre de 1986 dirigida por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a la Comunidad Financiera Internacional.

Estados Unidos Mexicanos, Programa de Ajuste de la Política Económica de México, 19 de febrero de 1982, Gobierno de la República.

"Iniciativa del Ejecutivo, de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales. 31 de marzo de 1986". Ley Federal de las Entidades Paraestatales, LIII Legislatura, Cámara de Diputados, Serie: Grandes Debates Nacionales, México, 1986.

Memoria de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de 1926, tomo I.

Poder Ejecutivo Federal, Plan Nacional de Desarrollo 1983 - 1988, México, Secretaría de Programación y Presupuesto, 1983.

CIRCULARES, TELEX-CIRCULARES Y OFICIOS CONSULTADOS

Circular No. 274 de fecha 16 de junio de 1944 emitida por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

Circular No. 26730-341 de fecha 27 de agosto de 1957, emitida por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

Circular No. 8286-829 de fecha 21 de febrero de 1973, emitida por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

Circular No. 1897/83 emitida por el Banco de México con fecha 25 de abril de 1983.

Circular No. 1908/84 emitida por el Banco de México con fecha 10. de febrero de 1984.

Télex-circular No. 93/82 expedida por el Banco de México con fecha 4 de noviembre de 1982.

Télex-circular No. 1897/83 emitida por el Banco de México con fecha 25 de abril de 1983.

Télex-circular No. 21/84 emitida por el Banco de México el día 29 de febrero de 1984.

Oficio No. 305-1-A-32676 de fecha 24 de octubre de 1966 emitido por la Dirección de Crédito de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

APENDICE "A"

BANCO ^{Dr.}MEXICO

CONTRATO DE FIDEICOMISO QUE CELEBRAN, POR UNA PARTE, LA SECRETARIA DE PROGRAMACION Y PRESUPUESTO EN REPRESENTACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA CENTRALIZADA, COMO FIDEICOMITENTE, Y POR LA OTRA, EL BANCO DE MEXICO, COMO FIDUCIARIO, CON LA COMPARECENCIA DE LA SECRETARIA DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, DE CONFORMIDAD CON LOS ANTECEDENTES Y CLAUSULAS SIGUIENTES:

A N T E C E D E N T E S

I. El Decreto de Control de Cambios, publicado en el "Diario Oficial" de la Federación el 13 de diciembre de 1982, prevé el establecimiento de un programa de cobertura de riesgos cambiarios a favor de las entidades de la Administración Pública Federal y de las empresas establecidas en el país, que tengan a su cargo adeudos en moneda extranjera pagaderos fuera de la República Mexicana, contraídos con anterioridad al 20 de diciembre de 1982, de los cuales sean acreedores entidades financieras del exterior, instituciones de crédito mexicanas o proveedores extranjeros, en el entendido de que sólo podrán aceptarse en este programa créditos cuyo vencimiento sea a largo plazo o que se reestructuren para que venzan a dicho plazo.

II. Atendiendo a las mismas razones que se tomaron en cuenta para establecer la disposición a que se re-

BANCO DE MEXICO

2.

fiere el antecedente anterior, se ha estimado conveniente instrumentar otros programas de cobertura de riesgos cambiarios, respecto de adeudos denominados en moneda extranjera, tales como los señalados en el inciso b) del artículo quinto transitorio del propio Decreto, los pagaderos en la República Mexicana y los que se contraigan en el futuro, para ampliar la gama de coberturas que puedan establecerse en favor de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y de las empresas establecidas en el país, que tengan a su cargo adeudos de esa clase o los contraigan en el futuro.

III. En el "Diario Oficial" de la Federación de 11 de marzo de 1983, se publicó el Acuerdo por el que se autoriza la constitución del Fideicomiso para la Cobertura de Riesgos Cambiarios (FICORCA), mismo que se instrumenta mediante el presente contrato.

En cumplimiento del Acuerdo citado, las partes otorgan las siguientes cláusulas en las que, con fines de brevedad, a la Secretaría de Programación y Presupuesto podrá designársele el "Fideicomitente"; al Banco de México, el "Fiduciario"; y al Fideicomiso para la Cobertura de Riesgos Cam

BANCO DE MEXICO

3.

biarios, el "FICORCA".

C L A U S U L A S

PRIMERA.- La Secretaría de Programación y Presupuesto en representación de la Administración Pública Centralizada, como fideicomitente, constituye en el Banco de México, como fiduciario, un fideicomiso que se denominará "Fideicomiso para la Cobertura de Riesgos Cambiarios" - - - (FICORCA).

El Banco de México acepta el desempeño del cargo de fiduciario en el citado fideicomiso.

SEGUNDA.- El fideicomiso tiene como finalidad - - efectuar operaciones que liberen de riesgos cambiarios a -- las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y a las empresas establecidas en el país, respecto de adeudos en moneda extranjera a su cargo, a través de programas que tiendan a evitar el otorgamiento de subsidios y que al efecto apruebe el Comité Técnico, cuyas características principales habrán de constar en las Reglas de Operación del "FICORCA".

BANCO DE MEXICO

4.

TERCERA.- El patrimonio del fideicomiso se integrará con:

a) La cantidad determinada por la Secretaría de Programación y Presupuesto como aportación inicial del Gobierno Federal, de conformidad con las necesidades del "FICORCA";

b) Las cantidades en moneda nacional que los participantes en los distintos programas de riesgos cambiarios a que se refiere la Cláusula Segunda, entreguen al "FICORCA", en pago de las ventas de divisas referidas en el inciso a) de la cláusula inmediata siguiente;

c) Los créditos que otorgue el "FICORCA" de conformidad al inciso c) de la cláusula siguiente;

d) Las cantidades en moneda extranjera que reciba el "FICORCA" por los préstamos referidos en el inciso d) de la cláusula siguiente;

e) Las divisas que el "FICORCA" adquiera para hacer frente a sus obligaciones;

BANCO DE MEXICO

5.

f) Las aportaciones extraordinarias que, en su caso, deba realizar el Gobierno Federal en los términos establecidos en las cláusulas Quinta y Sexta de este contrato; y,

g) Los demás bienes, derechos y obligaciones que adquiera o contraiga el "FICORCA" por cualquier otro título legal.

CUARTA.- Para cumplir con el fin del fideicomiso, el "Fiduciario" podrá realizar las siguientes operaciones y actividades, con sujeción a las Reglas de Operación del "FICORCA" que al efecto apruebe el Comité Técnico:

a) Vender divisas a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y a las empresas establecidas en el país, de acuerdo a los distintos programas de cobertura de riesgos cambiarios que al efecto se establezcan;

b) Invertir sus ingresos, procurando que éstos, sumados al rendimiento de tales inversiones, permitan ad-

BANCO DE MEXICO

6.

quirir las divisas que en su oportunidad deban pagarse a los participantes en los programas de riesgos cambiarios;

c) Otorgar créditos o préstamos en moneda nacional a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y a las empresas establecidas en el país, que los necesiten para participar en los programas referidos en la Cláusula Segunda;

d) Recibir préstamos en moneda extranjera de los acreedores de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y empresas establecidas en el país que participen en los citados programas, sujetándose a las formalidades previstas al efecto en las disposiciones aplicables; y,

e) Las demás operaciones y actividades que autorice el Comité Técnico, para la consecución del fin del fideicomiso.

QUINTA.- El "Fiduciario" cuando menos cada seis meses hará un cálculo financiero tendiente a determinar si los supuestos conforme a los cuales se diseñaron los programas de cobertura

BANCO DE MEXICO

7.

ra de riesgos cambiarios siguen siendo válidos y, por lo --
tanto, si los ingresos ordinarios del "FICORCA" son o pare-
cen ser suficientes para adquirir las divisas necesarias pa
ra dar cumplimiento a las obligaciones del "Fiduciario".

Si de acuerdo con el estudio citado los ingresos
ordinarios no son o no parecen ser suficientes para que el
"Fiduciario" cumpla con las obligaciones a su cargo, éste -
solicitará, previa aprobación del Comité Técnico del - - -
"FICORCA", al Gobierno Federal la aportación extraordinaria
necesaria conforme a la cláusula inmediata siguiente.

SEXTA.- El Gobierno Federal hará las aportaciones
extraordinarias necesarias a efecto de que el "Fiduciario"
pueda cumplir con las obligaciones que sean a su cargo por
las operaciones realizadas en los términos del presente con
trato, siempre y cuando el "Fiduciario" apoye la solicitud
de aportaciones con un análisis de las alternativas que se
hayan contemplado. Por otra parte, el "Fiduciario" deberá
realizar el máximo esfuerzo posible para que con los recur-
sos del "FICORCA" pueda cumplir las obligaciones de éste.

El "Fiduciario" devolverá al Gobierno Federal cual

BANCO DE MEXICO

8.

quier cantidad sobrante que llegare a existir, una vez que se hayan cumplido todas y cada una de las obligaciones que son a su cargo en términos del presente contrato.

SEPTIMA.- El "Fideicomitente" constituye un Comité Técnico en los términos del artículo 45, fracción IV, el primer párrafo de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, que quedará integrado por seis miembros propietarios de la manera siguiente: dos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; dos de la Secretaría de Programación y Presupuesto; y, dos del Banco de México. Por cada miembro propietario se designará un suplente que acudirán a las sesiones en ausencia del propietario. Si los miembros suplentes asisten estando presente el respectivo miembro propietario, tendrán voz pero no voto.

El Comité Técnico estará presidido por el representante de mayor jerarquía, de los miembros propietarios de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y, en sus ausencias, por el otro miembro propietario de dicha Dependencia. El propio Comité Técnico designará un secretario que no necesariamente tendrá que ser miembro del mismo.

El citado órgano colegiado sesionará cuando sea -

BANCO DE MEXICO

9.

convocado por cualquiera de sus miembros propietarios. Para que haya quórum se requerirá la asistencia de por lo menos un representante de cada una de las dependencias señaladas en el primer párrafo de esta cláusula, así como uno del Banco de México, y los asuntos se resolverán por mayoría de votos, contando el Presidente con voto de calidad para el caso de empate. Concurrirá también a todas las sesiones -- con voz pero sin voto, un representante del "Fiduciario".

OCTAVA.- Corresponderán al Comité Técnico las facultades y atribuciones siguientes:

a) Aprobar, a propuesta del "Fiduciario", las Reglas de Operación del "FICORCA", en las que habrán de contenerse las principales características de los programas de cobertura de riesgos cambiarios que el propio Comité Técnico apruebe, para dar cumplimiento al fin del fideicomiso;

b) Determinar, autorizar e instruir al "Fiduciario", respecto a los lineamientos, términos y condiciones generales, conforme a los que deban operarse los programas a que se refiere el inciso inmediato anterior;

BANCO DE MEXICO

10.

c) Instruir al "Fiduciario" respecto de la inversión del patrimonio del "FICORCA", tomando en cuenta las -- obligaciones que se contraigan con los participantes en los programas de cobertura de riesgos cambiarios;

d) Aprobar las aportaciones extraordinarias que, en su caso, el "Fiduciario" solicite al Gobierno Federal en términos de las cláusulas Quinta y Sexta de este contrato;

e) Revisar y, en su caso, aprobar los presupuestos y programas anuales de gastos y las modificaciones a és tos que el "Fiduciario" le presente;

f) Emitir opinión previa cuando el "Fiduciario" - se vea en la necesidad de contratar personal ajeno al suyo propio, que se dedique directa y exclusivamente al "FICORCA";

g) En general, resolver sobre cualquier otra cuestión relativa a la realización del fin del fideicomiso que someta a su consideración el "Fiduciario"; y,

h) Las demás que se deriven del presente contrato.

BANCO DE MEXICO

11.

Se entenderá que las facultades y atribuciones -- del Comité Técnico constituyen limitaciones para el "Fiduciario".

NOVENA.- El "Fiduciario" estará libre de toda responsabilidad frente al "Fideicomitente", cuando actúe ajustándose a los términos y condiciones de este contrato, o -- bien, a las instrucciones que reciba del Comité Técnico, -- que en todo tiempo deberán dársele por escrito. Sin embargo, deberá abstenerse de cumplir las resoluciones que el Comité Técnico dicte en exceso de sus facultades, o en violación de las cláusulas del presente contrato o de las disposiciones legales aplicables.

Si para el cumplimiento de la encomienda fiduciaria se requiere la realización de actos urgentes, cuya omisión notoriamente pueda causar perjuicio a la realización -- del fin del fideicomiso, y no sea posible reunir al Comité Técnico por cualquier circunstancia, el "Fiduciario" procederá a consultar al Gobierno Federal a través del coordinador del sector, quedando facultado para ejecutar los actos que éste le autorice.

BANCO DE MEXICO

12.

DECIMA.- El "Fiduciario" podrá realizar las operaciones a que se refiere la Cláusula Cuarta, a través de las instituciones de crédito del país, cubriendo a éstas, en su caso, comisiones por la prestación de sus servicios.

En el evento de que el "Fiduciario" otorgue mandatos para auxiliarse en el cumplimiento de las funciones secundarias ligadas a la encomienda fiduciaria, las facultades que se transmitan no incluirán poderes que impliquen la expresión de voluntad de mando o de decisión. En ningún poder se otorgarán facultades a los mandatarios para sustituir los poderes que se confieran, salvo que se trate de mandatos para pleitos y cobranzas.

En caso de defensa del patrimonio fideicometido, el "Fiduciario" sólo estará obligado a otorgar el poder correspondiente a la o a las personas que deban efectuar dicha defensa, de conformidad con las instrucciones que reciba del Comité Técnico, y en este supuesto, el "Fiduciario" no será responsable por las actuaciones que realicen los apoderados.

Lo estipulado en los dos párrafos inmediatos ante

BANCO DE MEXICO

13.

rios se transcribirá en los documentos donde consten los mandatos referidos.

DECIMA PRIMERA.- El "Fiduciario" no estará obligado a dar el aviso, ni hacer la notificación que prevé el artículo 45 fracción IX de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, pero deberá informar trimestralmente, tanto al "Fideicomitente" como al Comité Técnico, sobre la operación del "FICORCA"; registrar en su contabilidad las operaciones que señala la fracción citada, y deberá establecer sistemas de auditoría interna que considere adecuados.

DECIMA SEGUNDA.- Los gastos directos que origine el manejo del presente fideicomiso serán con cargo al patrimonio fideicometido. El "Fiduciario" percibirá como honorarios anuales por el desempeño de su cargo, una cantidad -- igual a los gastos administrativos que haya tenido en el -- año de que se trate.

El importe de dichos honorarios se cubrirá mediante pagos anuales en el mes de enero del año inmediato siguiente al que corresponda y será también con cargo al pa--

trmonio fideicometido.

El "Fiduciario" presentará para su aprobación a la Secretaría de Programación y Presupuesto, a través y con la conformidad del coordinador del sector, los proyectos -- anuales de presupuestos de gastos, aprobados por el Comité Técnico y debidamente firmados por un delegado fiduciario -- general del Banco de México.

DECIMA TERCERA.- Con fundamento en el artículo 45 fracción XVI de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, la duración del presente fidei comiso será por todo el tiempo que sea necesario para el -- cumplimiento de su fin y, no podrá darse por terminado -- mientras esté vigente cualquier obligación a cargo del "Fiduciario" no cubierta.

El presente contrato de fideicomiso se firma en tres tantos quedando uno en poder de la Secretaría de Progra

BANCO DE MEXICO

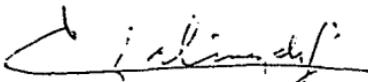
15.

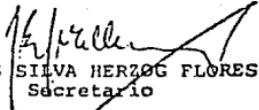
mación y Presupuesto, otro en poder de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y el último en poder del Banco de México.

México, Distrito Federal, a los catorce días del mes de marzo de mil novecientos ochenta y tres.

SECRETARIA DE PROGRAMACION Y
PRESUPUESTO

SECRETARIA DE HACIENDA Y
CREDITO PUBLICO


CARLOS SALINAS DE GORTARI
Secretario


JESUS SILVA HERZOG FLORES
Secretario

BANCO DE MEXICO


MIGUEL MANCERA
Director General

SECRETARIA DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO
SECRETARIA DE PROGRAMACION Y PRESUPUESTO
SECRETARIA DE ECONOMIA Y FINANZAS NACIONALES DE CREDITO

Este documento está registrado bajo el número

2224

México, D.F., a 24/Marzo/1983

Registró: M.O.R.