



UNIVERSIDAD LA SALLE

FACULTAD DE DERECHO

INCORPORADA A LA U.N.A.M.

**FIDEICOMISO PÚBLICO EN MÉXICO.
CONTRATO MERCANTIL Y ENTIDAD PARAESTATAL**

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

RODOLFO JIMÉNEZ AGUILAR

ASESOR DE TESIS:

LIC. RICARDO AUGUSTO HERRERA TENORIO

MÉXICO, D.F.

2007



Universidad Nacional
Autónoma de México

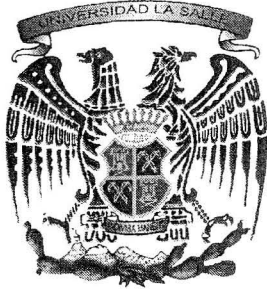


UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



AUTORIZACIÓN DE IMPRESIÓN DE TESIS

**C. DIRECTOR GENERAL DE INCORPORACIÓN Y REVALIDACIÓN DE ESTUDIOS
U N A M
PRESENTE**

Me permito informar a usted que la tesis titulada: "Fideicomiso Público en México. Contrato Mercantil y Entidad Paraestatal".

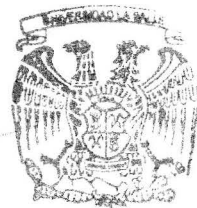
Elaborada por:

<u>Jiménez</u>	<u>Aguilar</u>	<u>Rodolfo</u>
Apellido Paterno	Apellido Materno	Nombre (s)

Alumno (a) de la carrera de: Licenciado en Derecho
No. de Cta. 80715388-2
reúne los requisitos académicos para su impresión.

19 de junio de 2007

**Lic. Ricardo Augusto
Herrera Tenorio
Asesor de Tesis**



SERVICIOS ESCOLARES

Sello de la Institución

**Mtro. Jorge Nader Kuri
Director
Facultad de Derecho**

Como homenaje póstumo a Don Rodolfo Jiménez Alvizo, mi padre, quien nos legó la práctica de la honradez a toda prueba y su sólida fe cristiana fraguada en el crisol de la A.C.J.M.

A Doña Aurea María Aguilar Ponce, mi madre y maestra, quien con su labor cotidiana se consumió en el servicio de nuestra familia, honrando así heroicamente la herencia de fe que nos transmitió.

A mi hermano Luis Manuel, con amor fraternal, como muestra de respeto y admiración por sus logros personales y profesionales.

A Lizzet que llegó a complementar mi vida con inefable amor y a quien le debo este trabajo,
por si no fuera suficiente todo lo demás.

A los hermanos de las escuelas cristianas, quienes se empeñaron en infundirme el legado de fe recibido de su santo fundador.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO PRIMERO.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL FIDEICOMISO.

I.- Antecedentes en el derecho romano y sajón	1
II.- Antecedentes del fideicomiso en México	5
1.- Proyecto Limantour	6
2.- Proyecto Creel	8
3.- Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924	9
4.- Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 y Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926	10
5.- Ley General de Instituciones de Crédito de 1932	12
6.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932	14
7.- Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941	14
8.- Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982	16
9.- Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985	19
10.- Ley de Instituciones de Crédito de 1990	20

CAPÍTULO SEGUNDO.

CONCEPTO Y NATURALEZA DEL FIDEICOMISO EN MÉXICO.

I.- Concepto	21
II- Naturaleza jurídica	25
1.- Negocio fiduciario	25
2.- Acto unilateral de voluntad	26

3.- Contrato	27
4.- Fideicomiso. Su naturaleza jurídica	28
CAPÍTULO TERCERO.	
LA RELACIÓN FIDUCIARIA.	
I.- Elementos formales	32
II.- Elementos personales:	34
1.- Fideicomitente	35
2.- Fiduciario	39
A) Casas de Bolsa	40
B) Instituciones de Seguros	41
C) Instituciones de Fianzas	46
D) Sociedades Financieras de Objeto Múltiple	47
3.- Fideicomisario	61
CAPÍTULO CUARTO.	
FIDEICOMISO PÚBLICO EN MÉXICO, CONTRATO MERCANTIL Y ENTIDAD PARAESTATAL.	
I.- Aspectos preliminares	65
II.- Definición doctrinal	66
III.- Postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Federales	69
IV.- Marco conceptual del fideicomiso público	72
V.- Antecedentes históricos de las principales disposiciones jurídicas de carácter administrativo en el ámbito federal	76
VI.- Marco jurídico propio del fideicomiso público	77

VII.- Elementos distintivos del fideicomiso público:	86
1.- En lo relativo al régimen patrimonial del Estado	88
2.- Régimen financiero del Estado	90
3.- Del fiduciario	93
4.- Responsabilidades y vigilancia	94
5.- Aspectos generales y modalidades del fideicomiso público desde el punto de vista presupuestario	95
6.- Extinción del fideicomiso público:	99
A) Causales previstas en la legislación cambiaria	99
B) Causales previstas en la legislación administrativa	100
C) Procedimiento previsto para la extinción	101
VIII.- Práctica fiduciaria	105
CONCLUSIONES.	111
BIBLIOGRAFÍA.	115

INTRODUCCIÓN

La evolución individual y social del hombre ha generado que proponga formas que le permitan convivir en las dimensiones espaciales y temporales y de manera rudimentaria inicialmente y más sofisticadamente en la medida en que lo requerían las actividades que desarrollaba, creaba esquemas de convivencia regulados por normas, en algunos casos incluso codificadas, que ordenaba la convivencia.

La institución jurídica del fideicomiso no ha estado exenta de ese proceso. El derecho romano contempló la regulación del fideicomiso como una herramienta para la transmisión de bienes, al igual que para su disposición testamentaria, de tal manera que en ambos casos existía un encargo de confianza a una persona para que realizara en nombre de otra, determinadas actividades encaminadas a alcanzar dichos objetivos.

Posteriormente, durante la Inglaterra medieval y la participación de la nobleza en las Cruzadas, el fideicomiso comenzó a adoptar la forma que evolucionó en la institución que los colonos ingleses trajeron al Nuevo Mundo en el siglo XVIII y que continuaron desarrollando durante su etapa independiente. A finales del siglo XIX dada la creciente influencia estadounidense en nuestro país, surgieron los primeros intentos legislativos y académicos por adaptar el fideicomiso estadounidense al derecho mexicano, no obstante que como lo reconoció el legislador de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en 1932, ello ofrecía los peligros inherentes a la importación de instituciones jurídicas extrañas, significaría de fijo, un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía.

Desde entonces el avance legislativo y los criterios judiciales han perfeccionado la adaptación de la institución estadounidense a nuestro derecho nacional, lo suficiente como para intuir que el fideicomiso es un contrato mercantil, aunque el legislativo permanente ha rehuido acometer la tarea de identificar su naturaleza jurídica en la legislación cambiaria.

A pesar de lo anterior, el poder judicial ha determinado en diferentes ocasiones, incluso a través de jurisprudencia, que el fideicomiso es un contrato, como queda establecido en el capítulo relativo a la naturaleza jurídica del fideicomiso.

Una vez establecida la naturaleza jurídica del fideicomiso, abordamos el análisis de los elementos formales y personales, que son propios de los contratos. La utilidad de este análisis deriva de la conveniencia de precisar los derechos y obligaciones de las partes que intervienen en los contratos de fideicomiso y de ahí partir al papel que desempeñan los entes públicos en dichos actos jurídicos.

Con el objetivo de trasladar los beneficios de la institución que nos ocupa al campo del derecho público, el Congreso de la Unión ha contemplado en la legislación orgánica federal a los fideicomisos públicos, como una modalidad de los fideicomisos, que los adaptan a los criterios gubernamentales, mas deformándolos.

La finalidad entonces consiste en renunciar a cualquier tentación de identificar al fideicomiso como entidad paraestatal u otro organismos análogo de las administraciones pública, federal, estatales o municipales.

CAPÍTULO PRIMERO

Antecedentes históricos del fideicomiso

I.- Antecedentes en el derecho romano y sajón.

El precedente más remoto del fideicomiso lo encontramos en Roma, en donde existieron dos instituciones que fueron la *fiducia* y los fideicomisos testamentarios.

Lato sensu, a través de la *fiducia* el *accipiens*, sujeto que recibía la propiedad del bien transmitido, mediante una *mancipatio* (forma solemne de transmitir la propiedad) o una *in jure cessio* (modalidad de adquirir la propiedad ante un Magistrado) acompañada de un *pactum fiduciae* por el que se obligaba frente al *tradens* a retransmitirlo, una vez que se hubiesen realizado ciertos fines, al mismo *tradens* o a un tercero.

Si un testador quería favorecer a una persona que no tenía la *testamenti factio pasiva*, empleaba el *fideicommissum* y así aquél se veía obligado a pedir a su heredero fuese el ejecutor para dar al incapaz un objeto particular o parte del acervo hereditario. En este caso, al heredero se le denominaba fiduciario y al que recibía en beneficio dicho bien, fideicomisario.

La obligación moral era lo único que compelmía a los fiduciarios a cumplir, por lo que muchos fideicomisos no se llevaban a cabo y así fue preciso que el emperador Augusto los hiciera ejecutar con la intervención de los cónsules. Posteriormente, reconoció y tuteló a éstos, estableciendo al mismo tiempo un pretor especial denominado *praetor fideicommissarius*.¹

Desentrañar los orígenes de las instituciones jurídicas, al igual que del resto de las instituciones humanas, resulta las más de las veces complejo, a grado tal que existen tantas hipótesis sobre los antecedentes del *use* y el *trust* como autores hay, debido principalmente a que, como es de todos sabido, en la antigüedad pocas personas privilegiadas sabían leer y escribir, aunado a esto, el paso del tiempo y el poco interés por conservar documentos, entre otras muchas razones, dificulta la investigación histórico jurídica.

¹ Batiza, Rodolfo. El Fideicomiso. Teoría y Práctica. Ed. Jus. México 1990. Pág. 35.
Banco Mexicano Somex. La Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Diversos Autores. Fomento Cultural de la Organización Somex, A.C. México 1982. Pág. 8.
Villagordoa Lozano, José M. Doctrina General del Fideicomiso. Ed. Porrúa. México 1982. Pág. 4.

Algunos autores coinciden en apuntar, que existen antecedentes del *use* y el *trust* en el derecho germánico, en la *manusfidelis* y el *salman* o *treuhan*.²

Pese a que la *manusfidelis* es una Institución que se desarrolla propiamente en el ámbito del derecho sucesorio, la transmisión de la cosa objeto de dicho acto se realizaba a través de un tercero, como veremos a continuación.

Dicha Institución, a decir del maestro Manuel Villagordoa, perseguía eludir las disposiciones que determinaban la calidad de los herederos legítimos. Quien deseaba realizar la donación de una cosa material en vida o *post mortem*, transmitía ésta al *manusfidelis* (fiduciario), mediante una *carta venditionis*, quien retransmitía al beneficiario el objeto adquirido, en la inteligencia de que al donante se le otorgaba un derecho de goce de por vida, que variaba de acuerdo a las circunstancias particulares de cada acto.

La persona que desempeñaba el cargo de *manusfidelis* siempre era escogida entre aquellas personas que formaban parte del clero, pues se requería una garantía de esta naturaleza ya que la *carta venditionis* se redactaba en términos tan amplios e ilimitados que el *manusfidelis* podía disponer de los bienes transmitidos aun en su propio provecho".³

Por otro lado, el *salman* o *treuhand* consistía en la enajenación que se hacía en favor de una persona a quien se llamaba *salman*, y en cuyo favor se otorgaban ciertas facultades del propio enajenante, obligándose aquél, en forma solemne, para transmitir los bienes al tercero destinatario de los bienes.⁴

En contraposición a lo anterior, el maestro Rodolfo Battiza considera que el *salman* o *treuhand* era un "primitivo albacea a quien se transmitía bienes inmuebles en vida del dueño para que a su muerte cumpliera los fines previstos"⁵, sin embargo su obligación era simplemente de conciencia, es decir, de carácter moral.

² Ibid., Pág. 5.

³ Idem.

⁴ Battiza, Rodolfo. Op. cit. Pág. 35.

⁵ Ibid., Pág. 33.

Sin embargo, en opinión de los maestros Batiza y Villagordoa, a quienes hemos citado con anterioridad, las dos Instituciones de origen inglés que constituyen los antecedentes más ciertos del fideicomiso en México, son el *use* y el *trust*. Como abundaremos más adelante, aquél precede a éste y, a su vez el legislador mexicano se basó en el *trust* para establecer los principios de nuestro fideicomiso.

Use:

"El *use* estaba formado de una relación jurídica mediante la cual una persona (*feoffee to use*) era revestida, según el *common law* de un poder jurídico de cuyo ejercicio resultaba un beneficio económico a favor de otra persona (*cestui que use*).⁶

A pesar de la coincidencia de los autores citados, respecto de la génesis del fideicomiso mexicano, el maestro Batiza apunta un concepto distinto del *use* en el derecho inglés al señalar que era utilizado para la transmisión de tierras por medio de un acto entre vivos o por testamento a favor de un *testa ferro*, quien las poseería en provecho del *cestui que use*.⁷

Si consideramos al *use* como el antecedente más remoto de la institución que nos ocupa, bien vale la pena detenernos en sus orígenes y desarrollo en la Inglaterra medieval.

Es incierto el inicio del surgimiento del *use*, no obstante parece razonable considerar que, al igual que otros contratos, fueron siendo utilizados gradualmente por la población hasta el momento en que, debido a la importancia que había adquirido, se debieron sujetar a ciertas normas que los hicieran exigibles y que del derecho consuetudinario, se incorporaran al derecho positivo. Tal vez su primera y general utilización haya ocurrido como resultado de las transmisiones de tierras para el uso de los frailes franciscanos, a quienes las reglas de la orden prohibían adquirir en lo individual o comunalmente, la propiedad de bienes.⁸ Durante el reinado de Enrique V a principios del siglo XV, la mayor parte de las tierras estaban sujetas al régimen del *use*; igualmente, los cruzados que iban a luchar a Tierra Santa lo utilizaron. Mientras tanto, el orden jurídico vigente, no protegía los derechos del beneficiario o *cestui que use*, pero no todo era malo ya que a cambio estaba libre del pago de cargas fiscales e impuestos.

⁶ Ibid., Pág. 37.

⁷ Ibid., Pág. 39.

⁸ Ibid., Pág. 41.

A pesar de su incipiente desarrollo, no se admitía al *use* con plenitud y su empleo tendía en general a eludir la aplicación de las normas del *common law*, que por ejemplo, prohibía en el régimen feudal la transmisión testamentaria de los bienes inmuebles y entonces se utilizaba el *use* para realizar disposiciones *post mortem* respecto de esos bienes. Los tribunales rehusaban condenar como contrarios al orden público tales subterfugios, que era una postura más en armonía con los sentimientos entonces prevalecientes, que con el tiempo se legalizarían.⁹

El *use* comenzó a utilizarse para cometer fraude de acreedores y en términos generales para evadir los privilegios que correspondían al señor feudal, por lo que Enrique VIII, quien era uno de los principales opositores del *use*, promulgó la ley de *uses* en el año de 1537, por medio de la cual mandó ejecutar todos los *uses*, convirtiendo al *cestui que use* en propietario, privando así de cualquier derecho al *feoffee to use*.

Independientemente de los motivos por los que se constituían los *uses*, se dice que Enrique VIII, como venganza por los conflictos que tenía con la Iglesia Católica, quiso disminuir a las órdenes religiosas confiscándoles sus propiedades y para ello prácticamente abolió los *uses*, a cuyo amparo dichas órdenes poseían tierras.

Con la promulgación de la ley de *uses*, todo parecía apuntar a su desaparición, sin embargo, los acontecimientos posteriores demostraron que la ley no había logrado una extirpación total y que, todavía era posible la separación entre el derecho legal y el derecho del beneficiario.

Posteriormente, durante la segunda mitad del siglo XVII, a los antiguos *uses* se les conoció como *trusts*, situación que no modificó su estructura jurídica, ya que únicamente fue un cambio de nomenclatura.

De esta forma, *settlor* es aquella persona capaz de disponer de un bien o derecho. *trustee* lo puede ser quien tiene la capacidad para adquirir y poseer la propiedad de los bienes a que el *trust* se refiere y la de manejarlos en los términos del instrumento correspondiente y el *cestui que trust* o beneficiario.

⁹ Banco Mexicano Somex. Obra citada. Pág. 23

Se sabe que el *trust* era ya conocido en la época de las colonias inglesas en América, pero según Scott, no fue utilizado tan frecuentemente como en Inglaterra.

Tradicionalmente en el derecho inglés solamente las personas físicas podían fungir como *trustee*, pero en el incipiente derecho estadounidense se comenzó a permitir que personas morales desempeñaran ese cargo, situación que es considerada como la gran aportación que se hizo en favor del desarrollo del *trust*. Como consecuencia de lo anterior, el cargo de *trustee* se convierte en oneroso y se profesionaliza, mientras que en Inglaterra la ejecución del *trustee* era gratuita, salvo que se pactara lo contrario.

II.- Antecedentes del fideicomiso en México.

A finales del siglo XIX, la actividad comercial con los Estados Unidos de América iba en aumento y una vez que comenzaron a incrementarse las obras de infraestructura se consideró "la necesidad de que en nuestro sistema legal tomara carta de naturalización la institución anglosajona del *trust*, cuando se empleó esta misma institución en los arreglos de la deuda pública exterior de México y, especialmente, en la emisión de obligaciones para la consolidación de la deuda de los ferrocarriles nacionales, varios años antes de que nuestra legislación diera cabida al fideicomiso, como una típica operación del crédito".¹⁰

A pesar de lo anterior, cabe aclarar que el *trust* celebrado en los Estados Unidos de América, únicamente surtió ciertos efectos en territorio nacional, por lo que no podemos considerarlo como un antecedente legislativo. Empero, la utilización de ese instrumento jurídico que indudablemente resolvió una problemática en esa época, suscitó en los políticos y en los juristas la inquietud por incorporar una figura que a simple vista era irreconciliable con nuestra tradición romanista, pero que demostraba sus bondades en beneficio de la colectividad.

¹⁰ Villagordoa Lozano, José M. Op. cit. Pág. 38.

1.- Proyecto Limantour.

El Señor José Yves Limantour, Secretario de Hacienda del Presidente Don Porfirio Díaz Mori, sometió a la consideración de la Cámara de Diputados, el 21 de noviembre de 1905 una "iniciativa que faculta al Ejecutivo para que expida la ley por cuya virtud puedan constituirse en la república instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios".

El autor de dicha Iniciativa no fue, sin embargo el Sr. Limantour sino el Licenciado Jorge Vera Estañol. El maestro Rodolfo Batiza lo denominó originalmente proyecto Limantour, "ante la dificultad de establecer la identidad de su autor, y en atención a la circunstancia de que el entonces Secretario de Hacienda suscribió la Iniciativa que lo contenía"¹¹, pero posteriormente el Lic. Alberto Vázquez del Mercado hizo del conocimiento del maestro Batiza una carta que el mismo Lic. Jorge Vera Estañol le dirigió, en la que le manifestó que era el autor del mencionado proyecto.

El proyecto de ley en cuestión, determinaba el marco de las instituciones fideicomisarias en tan sólo ocho artículos, los cuales a decir de las palabras de presentación, buscaban incorporar en la legislación mexicana una institución que había manifestado ya sus bondades en el vecino país, con el cual cada vez eran más estrechas las relaciones comerciales e igualmente se venía incrementando la afluencia de capitales para desarrollar toda clase de negociaciones en nuestra patria.

El proyecto estipulaba que la institución que nos ocupa, consistiría en el encargo hecho al fideicomisario, por virtud de contrato entre dos o más personas para ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados, para beneficio de alguno o de todas las partes en ese contrato, o de un tercero, o para hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones creadas expresamente en el contrato o que sean consecuencia legal del mismo. Asimismo, determinaba que el fideicomiso importaría un derecho real respecto de los bienes sobre los que se constituya.

¹¹ Batiza, Rodolfo. Op. cit. Pág. 102.

El artículo tercero rezaba que para que una institución fideicomisaria pudiera considerarse legalmente constituida, debería llenar previamente los requisitos legales y ser autorizada por la Secretaría de Hacienda. Igualmente ésta podría autorizar a las fideicomisarias para ejecutar los actos u operaciones que no fueran legalmente incompatibles con sus funciones fundamentales. Los intereses del público se verían salvaguardados en la ley que fijaría los términos en que las compañías debieran garantizar el fiel cumplimiento de sus obligaciones y los principios conforme a los cuales habrían de ser inspeccionadas por la Secretaría de Hacienda.

La Secretaría de Hacienda concedería exenciones y privilegios especiales en materia tributaria a dichas compañías y a las operaciones ejecutadas por éstas, con los requisitos que estableciera la Ley. El proyecto planeaba facultar al Ejecutivo Federal para modificar la legislación civil, mercantil y de procedimiento, en lo estrictamente necesario para asegurar la función de las instituciones fideicomisarias y la firmeza de los contratos y actos que estuvieran autorizados a ejecutar.

Cabe apuntar que, aunque tal vez la denominación que se pretendía conferir a las instituciones no era la más apropiada, el gran mérito de este proyecto legislativo, consistió en definir la naturaleza jurídica de los actos que celebrarían, circunstancia que el legislativo federal permanente definió casi cien años después.

No obstante que el proyecto se sometió a la consideración de la asamblea de diputados, únicamente se turnó a las comisiones de justicia y de hacienda y nunca llegó a discutirse. El visionario Lic. Jorge Vera Estañol, tuvo la capacidad y la sensibilidad de percibir la necesidad de la adopción de una institución del derecho inglés y estadounidense, a nuestro derecho y mayor es su valía, al ser el primer intento de incorporación o asimilación del *trust* a un sistema jurídico latino.

2.- Proyecto Creel.

Durante los trabajos de la convención bancaria celebrada en la Ciudad de México, el mes de marzo de 1924, el Sr. Enrique C. Creel revive la inquietud despertada por el proyecto Limantour diecinueve años atrás, al presentar un estudio sobre compañías bancarias de fideicomiso y ahorro.

Aquel estudio, que también proponía diecisiete bases sobre las cuales el Ejecutivo pudiera someter a la consideración del Congreso de la Unión un proyecto de ley, se sustentaba en las *Trust and Saving Banks* estadounidenses. Pero la exposición del Sr. Creel más que referirse al marco jurídico, sobre el que se apoyara su proyecto, hacía alusión a los procedimientos seguidos en la práctica por dichas compañías y que él había observado y analizado durante su estancia en aquel país que se prolongó por aproximadamente nueve años.

El Sr. Creel indicó, explica el maestro Batiza, que la principal de las operaciones que celebran esos bancos y que es característica de las compañías de fideicomiso, consiste en la aceptación de hipotecas y más que de hipotecas, de contratos de fideicomiso de toda clase de propiedades, bonos de compañías, ferrocarriles, etc., y que otras operaciones consisten en recibir en fideicomiso los bienes de las viudas, de los huérfanos y niños y es así como los bienes, muebles e inmuebles quedan asegurados y administrados por una institución de crédito y prestigio.¹²

Con base en los lineamientos que proponía el Sr. Creel, las compañías bancarias de fideicomiso y ahorro estarían facultadas para recibir hipotecas en garantía de los bonos que emitieran en nombre de sociedades o particulares; encargarse del pago de cupones, de la amortización de bonos y de celebrar toda clase de contratos de fideicomiso. También podrían fungir como albacea, administrador y síndico en los concursos, al igual que servir como peritos valuadores de toda clase de bienes. Destacaban también, como funciones que podrían desempeñar aquellas compañías, las de llevar libros de registro para la transmisión de acciones y bonos nominativos de toda clase de sociedades y realizar toda clase de operaciones bancarias de depósito y descuento y establecer cajas de ahorro. Por último, proponía que las compañías gozarán, durante un período de veinticinco años de las franquicias fiscales señaladas en la Ley de Instituciones de Crédito de 1897.

¹² Ibid. Pág. 106.

Al finalizar su exposición ante los banqueros de México, el Sr. Creel manifestó la necesidad de "reformular nuestras leyes, introduciendo aquellas que rigen a las instituciones de fideicomiso que, en muchos casos, chocan con las de origen latino".¹³ Al parecer el Sr. Creel había sopesado ya el hecho de incorporar a la legislación nacional una institución proveniente del derecho estadounidense y consideraba la posibilidad real de que no se produciría una incompatibilidad, producto de esa implantación.

A pesar de que la propuesta se presentó ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ésta nunca elaboró un proyecto de ley para someterlo a discusión ante el Congreso de la Unión. Aparentemente, esta propuesta no tiene relevancia, sin embargo podemos apreciar que es un antecedente verdadero de las legislaciones que regularon posteriormente al fideicomiso.

3.- Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924.

Esta Ley se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 16 de enero de 1925, mas se le establece históricamente en 1924, por ser el año en que se dicta y es el primer ordenamiento positivo en el que se regula el fideicomiso o más concretamente a los bancos de fideicomiso.

En su momento, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público argumentó que esta ley se basaba principalmente en la Ley General de Instituciones de Crédito de 1897, que se veía perfeccionada con la incorporación de negocios bancarios considerados de interés público.

Su artículo 73 prescribía que los bancos de fideicomiso son los que sirven los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confían e interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos éstos, o durante el tiempo de su vigencia. Y en el artículo siguiente se precisaba que dichos bancos se registrarían por la ley especial que posteriormente se expediría.

¹³ Convención bancaria de 1924. Publicaciones Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Pág. 145.

Para operar los bancos de fideicomiso era preciso obtener la concesión estatal correspondiente, misma que tenía una duración máxima de 30 años contados a partir de la fecha de iniciación de vigencia de la ley.

4.- Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 y Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926.

La publicación de la Ley de Bancos de Fideicomiso el 17 de julio de 1926, obedeció principalmente a la intención del legislador de iniciar la conformación del sistema bancario nacional ya planteada en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924 ya referida, que sólo mencionó a los bancos de fideicomiso y previno que se registrarían por su ley especial.

Es importante destacar que en la exposición de motivos de esta ley se "aclaraba que el nombre de fideicomiso, aceptado por la nueva ley como el que se ha dado en nuestra lengua a la institución anglosajona (sic), no significa de manera alguna lo que por él se ha entendido, pues el nuevo fideicomiso es una institución distinta de las anteriores y muy en particular del fideicomiso del derecho romano".¹⁴

Esta novedosa reglamentación, se reconocía, se había basado en la concepción anglosajona, o mejor dicho angloamericana, mas se buscó adaptarla a las disposiciones de nuestro derecho a efecto de integrar esta actividad al resto de las realizadas por la banca mexicana.

Las Instituciones constituidas al amparo de esta ley, previo el otorgamiento de una concesión estatal, tenían por objeto en términos del artículo 1º, la celebración de las operaciones por cuenta ajena en favor de terceros autorizadas por la ley, cuya ejecución se confiaba a su honradez y buena fe. El ejercicio de estas funciones estaba reservada de manera exclusiva a mexicanos.

¹⁴ Batiza, Rodolfo. Op. cit. Pág. 112.

El artículo 6° de la ley en cuestión expresaba que el fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco, con carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario.

En cuanto a lo que podía ser objeto del fideicomiso, se comprendía a los bienes muebles e inmuebles, así como derechos que no tuvieran que ser ejercitados directa e individualmente por su titular. Al momento de presentarse peligro de pérdidas o menoscabos, el fideicomitente, fideicomisario o ministerio público estaban facultados para promover las providencias para su seguridad. Los bancos de fideicomiso contaban con todas las facultades necesarias para ejercitar, respecto de los bienes o derechos objeto del fideicomiso, todas las acciones y derechos correspondientes, no obstante no se hubiesen pactado en el acto constitutivo del mismo; lo anterior con excepción de enajenarlos, gravarlos, ni pignorarlos a menos que fuesen indispensables para la ejecución del fideicomiso y se les haya facultado para ello.

Los bancos fiduciarios podían realizar las siguientes operaciones: intervenir en la ejecución de contratos a plazo o condicionales para su eventual cumplimiento, a efecto de recibir o entregar valores o ejecutar cualesquiera otros actos al cumplirse las condiciones previstas; intervenir en la emisión de bonos al portador con o sin garantía hipotecaria; encargarse de llevar libros de registro de acciones o bonos nominativos; ejercer el patronato de fundaciones de beneficencia, investigación o difusión de la cultura.

No obstante las facultades que de manera expresa se le concedían a los bancos de fideicomiso en el desempeño de actividades propiamente fiduciarias, en el artículo 23 se enumeraban una serie de operaciones que igualmente podían realizar dichos bancos por cuenta ajena, atendiendo a su honradez y buena fe a través de contratos de mandato, depósito u otro cualquiera.

De tales operaciones destacan el desempeño del cargo de albacea, síndico, ejercer el cargo de representante común de obligacionistas o tenedores de bonos, formular avalúos, administrar bienes, incluso los pertenecientes a sucesiones, menores incapacitados y concurso de acreedores, entre otras.

Los artículos 82 a 84 establecían que la operación y funcionamiento de los departamentos de fideicomiso, de ahorro y de depósito y descuento, sería independiente entre sí, destacando de manera relevante que llevarían su contabilidad especial, sin perjuicio de consolidar todas las operaciones en una contabilidad general.

Al establecer el legislador, la disposición que se refiere a la obligación de mantener una contabilidad especial para los departamentos de fideicomiso, se buscaba establecer patrimonios distintos del de aquellos de los bancos de fideicomiso. Esto aparentemente se contrapone al ensayo de definición de la naturaleza jurídica del fideicomiso, que se expone en el artículo 6° mencionado anteriormente.

Lo anterior significa que por una parte el legislador define que el fideicomiso es un mandato, mas al precisar las reglas prácticas de operación del propio fideicomiso, indica que se debe llevar una contabilidad especial, mención que inclina más a pensar en una transmisión de propiedad encomendada a la realización de determinados fines, que a un mandato. De manera incipiente y con esta disposición, el legislador establece las bases que posteriormente llevarían a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de diversas ejecutorias, que ya forman jurisprudencia, que la constitución del fideicomiso resulta en una propiedad limitada o fiduciaria a favor de la institución encargada de realizarlo.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926, sustituyó a la antes expuesta Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, de una efímera vigencia de cuatro meses. Aquélla se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 16 de noviembre de 1926 e incorporó prácticamente de manera íntegra el articulado de la Ley de Bancos de Fideicomiso.

5.- Ley General de Instituciones de Crédito de 1932.

Esta ley se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el 29 de junio de 1932. Posiblemente lo más relevante de esta legislación, se manifiesta en la exposición de motivos, cuyo texto reconocía las deficiencias en la precisión de la naturaleza jurídica de la institución que nos ocupa.

Dicha exposición de motivos señalaba que la ley anterior de 1926 introdujo en México al fideicomiso, apartándose de la tradición romanista. Reconoce como desde los primeros intentos de legislar sobre el particular, es evidente la expectativa de su utilidad para la actividad económica del país. Se preveía desde aquellos años que el fideicomiso tendría un gran desarrollo.

Desgraciadamente, continúa la exposición, la ley de 1926 no precisó el carácter sustantivo de la institución y dejó, por tanto, gran vaguedad de conceptos en torno a ella. De esta forma, el legislador percibía la imperiosa necesidad de que la única forma de supervivencia de dicha institución en nuestro medio, requería en primer término de "una definición clara de su contenido y de sus efectos, siendo ésta definición materia de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, y una reglamentación adecuada de las instituciones que actúen como fiduciarias".

Se establecía que el fideicomiso quedaría 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 esa institución que la ley en vigor concebía oscuramente como un mandato irrevocable.

"Esta ley sólo autoriza la constitución de fideicomisos, 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 sustituciones 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 o comisiones de toda clase, de encargarse de albaceazgos, sindicaturas, tutelas, liquidaciones 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 antes enumeradas en términos generales.

Esta legislación bancaria de 1932, recoge las disposiciones sustanciales de los ordenamientos anteriores sobre la materia. En su artículo primero establecía que para efectos de la ley, se entendía por instituciones de crédito, a aquellas sociedades mexicanas que, previa la obtención de concesión del Gobierno Federal, tuvieran por objeto exclusivo la práctica de operaciones activas de crédito y la celebración de ciertas operaciones, entre las cuales se contaba la de actuar como fiduciarias. Igualmente, el artículo 5° conserva la prohibición para que bancos o instituciones de crédito extranjeros actuaran como fiduciarias.

La representación de las instituciones fiduciarias se ejercitaría por los funcionarios designados al efecto cuyo nombramiento podía vetar la Comisión Nacional Bancaria, así como solicitar su remoción. Se reitera la disposición de que las fiduciarias mantuvieran en una cuenta especial de su contabilidad, los bienes y derechos dados en fideicomiso, al igual que sus productos, en el entendido que en ningún caso, estuvieran afectos a otras responsabilidades o al ejercicio de otras acciones, que las derivadas del fideicomiso.

6.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.

La publicación en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 1932, prácticamente simultánea a la antes analizada Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, contempla en el capítulo V del título II, la regulación sustantiva que a la fecha nos rige en materia de fideicomisos.

7.- Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941.

Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de mayo de 1941, entró en vigor con fecha 2 de junio del mismo año.

En opinión del maestro José Manuel Villagordoa Lozano, lo particularmente importante de esta ley deriva del "análisis de la fracción II inciso c) del artículo 45, porque confirma la naturaleza del fideicomiso que quedó trazada en los artículos 352, 356 y 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ya que al tratar de las reglas a que se someterá la actividad de las instituciones fiduciarias y al indicar en la fracción II la proporción

de las responsabilidades de dichas instituciones, con relación a su capital, sostiene la tesis de que el fiduciario es el titular de los derechos fideicomitidos, pues señala especialmente en el inciso c) que "cuando se trata de operaciones de fideicomiso por las que la institución ejercite como titular derechos que le han sido transmitidos con encargo de realizar determinado fin....". En este precepto legal el legislador expresamente señala el funcionamiento jurídico del fideicomiso, al señalar que por esta operación hay transmisión de derechos al fiduciario, para la realización del fin determinado."¹⁵

Las instituciones fiduciarias debían contar con el capital mínimo que determinara la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, se establecían límites a sus responsabilidades de conformidad con su capital, se les obligaba a llevar una contabilidad por cada contrato de fideicomiso, mandato, comisión, administración o custodia, cuyas cuentas debían coincidir invariablemente con los saldos de las cuentas controladoras de la contabilidad de la institución. Se repite la disposición sobre los funcionarios que representarán al fiduciario y las facultades que sobre el particular tenía la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

Preveía que en el acto constitutivo del fideicomiso, o en sus reformas, los fideicomitentes podrán establecer la formación de un comité técnico o de distribución de fondos.

Destaca la disposición que obliga a observar el secreto fiduciario, salvo que la información sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros. Prohíbe revelar información incluso a las autoridades o tribunales en los juicios o reclamaciones que no sean aquellos entablados por el fideicomitente o fideicomisario, comitente o mandante, contra la institución o viceversa, so pena de constituir a ésta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes.

El artículo 45 bis facultaba al Banco de México a fijar el máximo de las percepciones que las instituciones reciban como fiduciarios, comisionistas o mandatarias.

Prohíbe a las instituciones concesionadas para actuar como fiduciarias efectuar operaciones con otros departamentos de la misma institución; utilizar fondos o valores de los fideicomisos, mandatos o comisiones, para realizar operaciones en las cuales puedan resultar deudores sus delegados fiduciarios, miembros de su consejo de administración y otros funcionarios de la misma institución.

¹⁵ Villagordoa, Lozano, José M. Op. cit. Pág. 47.

Llama la atención la prohibición expresa para celebrar contratos de fideicomiso, que tengan por objeto el pago periódico de primas o cuotas destinadas a integrar el precio de compra de casas habitación o celebrar los mismos contratos con empresas constructoras, cuando tengan por objeto la venta de casas a plazos o con pagos anticipados para completar las garantías.

El artículo 137 estimaba como causas graves para admitir la renuncia de la institución fiduciaria al desempeño de su encargo en un fideicomiso: si el fideicomisario no podía recibir o se negaba a recibir las prestaciones o bienes de acuerdo al acto constitutivo del fideicomiso; si no se pagaban al fiduciario las compensaciones estipuladas y si o los bienes o derechos dados en fideicomiso no rindieran productos suficientes para cubrir estas compensaciones.

8.-Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982.

Con motivo de la nacionalización bancaria, practicada mediante los decretos publicados en el Diario Oficial de la Federación, de fechas 1º y 2 de septiembre de 1982, se publicó la presente ley, con fecha 31 de diciembre de 1982.

Mediante dichos decretos, se expropiaron por causas de utilidad pública, las instalaciones, edificios, mobiliario, equipo, activos, cajas, bóvedas, sucursales, agencias, oficinas, inversiones, acciones o participaciones en otras empresas, valores de su propiedad, derechos y todos los demás muebles e inmuebles en cuanto fueran necesarios a juicio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, propiedad de las instituciones de crédito a las cuales se les había otorgado concesión para prestar tal servicio, según rezaba el artículo primero del referido decreto expropiatorio.

"El capítulo relativo a los considerandos expresaba que los empresarios privados a quienes se había concesionado el servicio de banca y crédito, obtuvieron con creces ganancias de la explotación del servicio, creando además, de acuerdo con sus intereses, fenómenos monopólicos con dinero aportado por el público, lo que debía evitarse, para manejar los recursos captados con criterios de interés general y de diversificación social del crédito que llegara a la mayor parte de la población productiva y no siguiera concentrándose en las

capas más favorecidas de la sociedad. Igualmente, se mencionaba que la crisis económica por la que atravesaba el país y que en buena parte se había agravado por la falta de control directo de todo el sistema crediticio, forzaba igualmente a la expropiación para mantener la paz pública y adoptar las medidas necesarias para corregir trastornos interiores por la aplicación de una política de crédito que lesionaba los intereses de la comunidad."¹⁶

La legalidad de la medida permanece severamente cuestionada a la fecha, al igual que las justificaciones que se dieron para ella. El Ejecutivo Federal incurrió en contradicciones al confesar que la crisis se había agravado por la falta de control directo de todo el sistema crediticio ya que quienes tenían bajo el ámbito de sus responsabilidades la vigilancia del sistema mismo eran precisamente las autoridades, por lo que de haber habido prácticas indebidas, debieron haber sido corregidas en ese momento y no esperar hasta que la situación fuera incontrolable para tomar medidas drásticas.

Con el fin de incorporar los servicios de banca y crédito a los que de manera exclusiva presta el Estado, fue necesario reformar la Constitución Federal en su artículo 73, fracciones X y XVIII y adicionarla en sus artículos 28 y 123, apartado B, fracción XIII bis.

De manera sucinta, el párrafo quinto del artículo 28 constitucional que se reformó, expresa que no se considera como práctica monopólica la prestación del servicio público de banca y crédito que el Estado presta exclusivamente y puntualiza que este servicio no será objeto de concesión a particulares.

Las facultades del Congreso de la Unión, establecidas en el artículo 73 constitucional, se reformaron en sus fracciones X y XVIII. A través de esas modificaciones, el Congreso podía legislar en toda la República sobre servicios de banca y crédito, así como el dictado de reglas para determinar el valor relativo de la moneda extranjera.

En materia laboral, se estableció en el apartado B del artículo 123 de la carta magna, que el Congreso de la Unión debía legislar sobre las relaciones laborales entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores y en particular sobre las instituciones bancarias y sus trabajadores.

¹⁶ Batiza, Rodolfo. Op. cit. Pág. 121.

La ley en comento declaraba ser de orden público y tener por objeto reglamentar el servicio público de banca y crédito. Otra innovación relevante reside en que por virtud de esta ley se crean las sociedades nacionales de crédito, que podían ser instituciones de banca múltiple e instituciones de banca de desarrollo. El artículo 9º definía a las sociedades nacionales de crédito como instituciones de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios y creadas por decreto del Ejecutivo federal. Por otro lado, las instituciones de banca de desarrollo se regirían por sus leyes orgánicas.

El artículo 30, fracción XV, determinaba que las instituciones de crédito podían 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.

El capítulo quinto del título segundo, reglamenta los servicios que, en todo caso deberían prestarse de conformidad con las disposiciones legales y administrativas aplicables y con apego a las sanas prácticas bancarias.

Se repite la disposición que obliga a mantener contabilidades especiales por cada contrato de fideicomiso, mandato o comisión, en que se registren los bienes y derechos que se les confíen, cuentas que deberán coincidir con la contabilidad de la institución, que paralelamente se lleve al efecto. Dichos bienes y derechos estarán afectos exclusivamente a las responsabilidades derivadas del contrato mismo.

El ejercicio de las facultades provenientes de las operaciones en cuestión, se desempeñarán por medio de delegados fiduciarios, pero la institución tendría la responsabilidad civil por los daños y perjuicios que se causen por el incumplimiento de las condiciones contractuales. Igualmente, se previó que en el acto constitutivo del fideicomiso se formara un comité técnico y dieran las reglas para su integración, funcionamiento y facultades, en el entendido que la institución quedaría libre de toda responsabilidad al obrar ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité.

Se dispuso que en el cumplimiento de esta clase de contratos, tratándose de operaciones con valores se estaría a lo dispuesto por esta ley y la Ley del Mercado de Valores, así como de las reglas que emitiera el Banco de México.

Prevalece la disposición que excluye de la plantilla del personal de las instituciones, al que preste sus servicios directamente para la realización de fideicomisos, pero estos ejercerán los derechos que les asistan contra la institución, la cual responderá hasta donde alcancen los bienes materia del fideicomiso.

La remoción como fiduciaria de la institución, procederá cuando no rinda cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días, al ser requerida para ello o cuando sea declarada por sentencia ejecutoriada culpable de las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabos por negligencia grave.

En el título quinto, relativo a la protección de los intereses del público se establece que la violación del secreto propio de los fideicomisos, mandatos y comisiones, constituirá a la institución en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin considerar las responsabilidades penales en que aquélla pudiera incurrir, salvo que la información la solicite la Comisión Nacional Bancaria y tratándose de autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones, a excepción de los entablados por el fideicomitente o fideicomisario, comitente o mandante contra la institución o viceversa.

9.- Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985.

Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1985, abrogó a la ley del mismo nombre y que fue comentada con anterioridad.

Llama la atención que esta ley también abrogó a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, la cual no fue abrogada ni en su texto ni en sus artículos transitorios por la Ley de 1982. El legislador aprovechó la oportunidad para dejar sin efectos todas aquellas disposiciones que se opusieran a la presente ley.

Aunque esta ley es más extensa que la de 1982, no sufrió modificaciones sustanciales y específicamente en materia de fideicomiso, no se modificó en forma alguna.

10.- Ley de Instituciones de Crédito de 1990.

Con fecha 27 de junio de 1990, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto que derogaba el párrafo quinto del artículo 28 y modificaba y adicionaba el inciso a) de la fracción XXXI del apartado A del artículo 123 y se reformaba la fracción XIII bis del apartado B del mismo artículo, todos ellos ordenamientos de la Constitución General de la República. De esta forma se terminó con la etapa de la banca nacionalizada, suprimiéndose la exclusividad a favor del Estado en la prestación del servicio de banca y crédito, así como la prohibición de que ese servicio fuera objeto de concesión a particulares.

Con base en las modificaciones constitucionales mencionadas, el 18 de julio de 1990 se publicó en el órgano oficial del gobierno federal, la Ley de Instituciones de Crédito, que en su artículo segundo transitorio aboga la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

Salvo algunas modificaciones de estructura, esta ley es una reproducción casi literal de la Ley que abrogó.

Dispone que se requiere de autorización del gobierno federal, otorgada discrecionalmente, para organizarse y operar como institución de banca múltiple. Por otro lado, aparece nuevamente la posibilidad de que las instituciones de crédito del exterior pudieran establecer sucursales en nuestro país, con el único fin de llevar a cabo sus operaciones con residentes en el extranjero sin poder realizar en el mercado nacional ninguna actividad de intermediación financiera.

CAPÍTULO SEGUNDO

Concepto y naturaleza del fideicomiso en México.

I.- Concepto.

Como ya mencioné, las leyes General de Títulos y Operaciones de Crédito y General de Instituciones de Crédito, que se publicó tan sólo dos meses antes que aquélla, datan de 1932 por lo que consideramos oportuno volver sobre alguno de los puntos ya analizados y expuestos, a efecto de examinar el contexto particular sobre el concepto del fideicomiso en México.

Recordemos que la exposición de motivos de la Ley General de Instituciones de Crédito, reconocía las deficiencias de la legislación bancaria de 1926 y buscaba enmendar la “vaguedad de conceptos” en torno al fideicomiso. Tal exposición puntualizaba además que se “requería, en primer término, una definición clara de su contenido (del fideicomiso) y efectos siendo esta definición materia de la ley de Títulos y Operaciones de Crédito”.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926, definió al fideicomiso como el mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco, con carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ello o de sus productos, según la voluntad del que los entrega llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario.

¿Por qué la exposición de motivos de la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, considera que hay conceptos vagos en la definición que propone la legislación de la materia, fechada en 1926?

En opinión del Lic. Arocha Morton, la redacción de la mencionada definición de fideicomiso estuvo influenciada por el maestro panameño Ricardo J. Alfaro.¹⁷ En efecto, Alfaro en su obra, El fideicomiso. Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución nueva, semejante al trust de derecho inglés, con anterioridad de seis años se anticipó a tratar de asimilar el *trust* angloamericano a los sistemas jurídicos latinoamericanos de tradición romana.

¹⁷ Arocha Morton, Carlos A. El Fideicomiso en México. Notas sobre América Latina. Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho. Primera parte número 6, segunda parte número 7. México 1982 y 1983. Batiza, Rodolfo. Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria. Ed. Porrúa. 2ª. Edición. México, 1985.

Alfaro plantea que “el fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten al fiduciario, determinados bienes, para que disponga de ellos y de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario”.¹⁸

Al comparar ambas definiciones se explica la coincidencia de criterio en los conceptos. El maestro Ricardo J. Alfaro, buscaba encuadrar al *trust* bajo un aspecto que lo acercara al *fideicommissum* e instituciones relativas en el Derecho romano e insistía en que romanos e ingleses coincidían en lo fundamental, es decir, encomendar a una persona la ejecución de ciertos actos, a ruego de otra persona para beneficio de un tercero. Si en ambos casos, explica Alfaro, el fiduciario lleva a cabo una encomienda del fideicomitente y si la ley tipifica al contrato de mandato, como aquel por medio del cual una persona debe realizar algún acto o practicar algún encargo, entonces estamos ante la presencia de un mandato en el que el fideicomitente es el mandante y el fiduciario es el mandatario. Pero tal mandato ha de ser irrevocable, a fin de que resulte eficaz para los objetivos que se pretenden alcanzar. Una característica adicional y sin la cual el fiduciario no podría desempeñar su encargo, era la transmisión a éste de los bienes objeto del fideicomiso.

Como era de esperarse, surgieron críticas severas sobre la teoría estructurada por el maestro Alfaro, quien se vio precisado a contestar las réplicas explicando que “al formular una definición para mi proyecto de 1920, afrontaba la necesidad de hacer lo más inteligible que se pudiera una ley que venía a introducir una institución exótica, innovadora y de concepción difícil para los no familiarizados con el Derecho anglosajón; y me animaba el propósito de ofrecer su texto a la comprensión de los jueces, abogados y legos en la forma más sencilla y con la mayor claridad. Fueron estas razones prácticas las que me impulsaron a hacer uso del símil del mandato irrevocable, que han criticado algunos no sin razón, porque se han atendido al significado ordinario de esos dos términos.

Pero la crítica ha sido formulada sin conocer y por ende sin apreciar el criterio pragmático que determinó el empleo de aquel símil y dando una importancia exagerada a una terminología que no afecta en lo absoluto la esencia de la cuestión. Por otra parte, los críticos han procedido como si la definición dijera: “el fideicomiso es un mandato irrevocable” y terminaría allí con un punto final. Se ha prescindido por completo de las palabras que

¹⁸ Villagordoa Lozano, José M. Op. cit. Pág. 87.

siguen, que son las que explican la esencia de la cosa definida: “en virtud de la cual se transmiten ciertos bienes, etc “.....”¹⁹.

Así pues, Ricardo J. Alfaro, se vio precisado a modificar la definición que sobre el fideicomiso propuso originalmente y entonces rectifica: “el fideicomiso es un acto por virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena la persona que los transmite, llamada fideicomitente, a beneficio de un tercero llamada fideicomisario.

Quedan comprendidos en esta definición los tres elementos del acto jurídico, a saber:

- 1.- La transmisión del patrimonio.
- 2.- La destinación del patrimonio.
- 3.- El encargo que debe ejecutar”²⁰.

En opinión de Carlos A. Arocha Morton²¹ si el concepto de mandato fuera suficiente para caracterizar al trust, los fines del fideicomiso podrían cumplirse por medio del mandato y no ocurre así. Además el mandato sólo recae sobre actos jurídicos y en el fideicomiso lo esencial es la idea del establecimiento de un patrimonio afecto para la realización de un fin lícito y determinado. El mandato puede ser desempeñado por cualquier persona jurídicamente capaz, el fideicomiso solamente puede desempeñarlo una institución fiduciaria.

A pesar de que el legislador manifestó, como ya se apuntó anteriormente, que su pretensión era corregir las deficiencias del concepto del fideicomiso expuesto en la Ley bancaria de 1926, no logró alcanzar su objetivo.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, señalaba en su artículo 346 que “en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.”

“El concepto que antecede, lo mismo que el acogido en la exposición de motivos de la Ley Bancaria de 1932, es un reflejo de la interpretación que acerca del *trust* elaboró Lepaulle, pero al cual se incorporaron otras modalidades como la de restringir la capacidad para ser

¹⁹ Idem. Pág. 88.

²⁰ Ibidem. Pág. 89.

²¹ Arocha Morton, Carlos A. Op. cit. Pág. 35.

fiduciario a favor de las instituciones de crédito. El jurista francés, por su parte, sostenía que el *trust* es una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derecho que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación”.²²

Lejos de aclarar la actual definición el concepto legal del fideicomiso, acusaba deficiencias de técnica jurídica pues no precisa su naturaleza.

No profundizaremos sobre la naturaleza del fideicomiso pues ese tema es materia del siguiente apartado del presente capítulo.

“El efecto traslativo de dominio que produce el fideicomiso, empero, no puede ni debe asimilarse a la transmisión normal del derecho de propiedad, la que se efectúa, por ejemplo, mediante figuras jurídicas como la compraventa, la permuta, o la donación. En el fideicomiso, por principio, la transmisión se hace para el solo propósito de que el fiduciario pueda realizar el fin que se le encomienda. Por eso decía Alfaro que el fiduciario no es dueño absoluto: tiene sobre los bienes una “propiedad fiduciaria”, es decir, que su dominio está sujeto a las limitaciones impuestas por el fideicomiso, por su parte, Lepaulle expresa que el *trustee* es un “singular” propietario, ya que no puede obtener ninguna ventaja personal de los bienes que se le han transmitido, debiendo cumplir con ellos una misión y la Suprema Corte de Justicia de la Nación afirmó que el fiduciario adquiere un dominio restringido”.²³

La evolución del fideicomiso y la indefinición o ambigüedad de la Ley Cambiaria llevó al legislativo permanente a establecer de manera definitiva, que el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de bienes o derechos, según sea el caso, conforme a la modificación al citado ordenamiento, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de junio de 2003.

²² Batiza, Rodolfo. El Fideicomiso. Teoría y Práctica. Primera edición en Ed. Jus. México. 1991. Pág. 151.

²³ Batiza. Rodolfo. Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria. Pág. 37.

II.- Naturaleza jurídica.

1.- Negocio fiduciario.

El negocio fiduciario “consiste en aquel acto celebrado por particulares no previsto expresamente por la ley - con la intención aparente de celebrar un acto diferente de la finalidad querida por las partes y que consiste en que una de ellas entrega bienes a otra, para que esta última cumpla con ellos una finalidad y que ésta, sólo será efectiva si aquél que recibe los bienes obra de estricta buena fe y cumple moral y jurídicamente su obligación”.²⁴

El desarrollo de la sociedad hace que en muchas ocasiones la legislación quede rezagada frente a las nuevas relaciones contractuales que surgen entre las personas y esto ha llevado a los regímenes jurídicos que son de origen romano, en los que la voluntad de las partes es la ley suprema y en los de origen anglosajón, en los que la costumbre y la jurisprudencia construye el edificio jurídico.

El maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez, uno de los precursores en la exposición de la concepción del fideicomiso como negocio fiduciario, nos dice que éste “se caracteriza en que se elige por las partes una forma jurídica, los efectos de la cual exceden, con conocimiento de las partes, de los exigidos para el fin práctico que se persigue”.²⁵

Al parecer, en el fideicomiso se exceden los medios por encima de los fines que se persiguen, ya que por virtud el mismo se transmite efectivamente la propiedad, teniendo efectos *inter partes* y *erga omnes*.

“Gracias precisamente a esta limitación de derechos o facultades, que se hace del conocimiento de los terceros y que sanciona expresamente nuestro derecho positivo, no es el fideicomiso mexicano un negocio fiduciario, porque por una parte, no existe en él la excedencia del medio sobre el fin y la consiguiente confianza exclusivamente en la honradez y fidelidad del fiduciario y en cambio, se hace pública la relación entre fiduciante y fiduciario y se le dota de una eficaz tutela jurídica”.²⁶

²⁴ Piña Medina, Jorge, y otros. Obra citada. Pág. 138.

²⁵ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. Derecho Mercantil. Tomo II. Ed. Porrúa. México 1957. Pág. 119

²⁶ Sánchez Medal, Ramón. Contratos Civiles. Ed. Porrúa. México. 1999. 17ª. Edición. Pág. 591.

2.- Acto unilateral de voluntad.

La declaración unilateral de voluntad, en materia civil, es fuente especial creadora de obligaciones y debemos entender por ella “la exteriorización de voluntad que crea en su autor la necesidad jurídica de conservarse en aptitud de cumplir por sí o por otro voluntariamente una prestación de carácter patrimonial, pecuniario o moral, en favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir, o si existe, aceptar”.²⁷

En ese mismo sentido el maestro Manuel Borja Soriano cita a Colin y Capitant, quienes afirman que “en principio la manifestación unilateral de voluntad no obliga a su autor; la obligación no toma nacimiento sino en el momento en que esta manifestación de voluntad es aceptada por aquel o aquellos a quienes es dirigida”.²⁸

Ahora bien, una corriente más que buscaba explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, sostenía que éste es un acto unilateral de voluntad, con fundamento en el segundo párrafo del entonces artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que decía a la letra:

“En caso de que al constituirse no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario o, en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la Ley.”

Reforzaba esta postura el texto del entonces artículo 347 del mismo ordenamiento antes invocado, que establecía la validez del fideicomiso aunque se constituyera sin señalar fideicomisario, siempre que su fin fuera lícito y determinado.

Así, aparentemente se desprendía de ambos artículos que la única voluntad esencial para la constitución del fideicomiso, era la del fideicomitente.

Los planteamientos anteriores parecían olvidar algunas cuestiones importantes, como la circunstancia indispensable de que el fiduciario manifestara su voluntad, a través de un representante (delegado fiduciario), para aceptar la transmisión en propiedad de los bienes o derechos que el fideicomitente deseaba destinar a la realización de ciertos fines y aún más,

²⁷ Gutiérrez y González, Ernesto. Derechos de las Obligaciones. Ed. Cajica. México. 1985. 5ª. Edición. Pág. 397

²⁸ Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Ed. Porrúa. México. 1985. 10ª. Edición. Pág. 299

si se tratase de un inmueble no se podría inscribir tal acto en el registro público de la propiedad correspondiente.

Abundando en lo anterior, si el fideicomitente al constituir el fideicomiso, no designara nominalmente la institución fiduciaria, por el solo hecho de su constitución, saldrían de su patrimonio los bienes o derechos objeto del fideicomiso y en nuestro sistema jurídico no es posible que deliberadamente un bien o derecho quede sin propietario o titular.

3.- Contrato.

Es necesario partir del supuesto de que el fideicomiso es, *lato sensu*, un acto jurídico, pues a través de él se manifiesta la voluntad de una o más personas, encaminada a producir consecuencias de derecho.

El artículo 1793 del Código Civil Federal, establece como una especie de acto jurídico a los convenios *stricto sensu*, los cuales producen o transfieren derechos y obligaciones.

Si conjugamos los conceptos antes descritos y los confrontamos con la noción de fideicomiso que propone el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, tenemos que:

- 1.- El fideicomitente manifiesta su voluntad al transmitir la propiedad o titularidad de bienes o derechos, según sea el caso, a un fin lícito y determinado.
- 2.- Igualmente, el fideicomitente al realizar lo anterior encamina ineludiblemente su voluntad a producir consecuencias de derecho.
- 3.- El interés contrario que se coordina con la voluntad del fideicomitente, es la del fiduciario. Éste manifiesta su voluntad justamente al recibir la propiedad o titularidad de los bienes o derechos, según sea el caso, que transmite el mismo fideicomitente.
- 4.- Al expresar su voluntad, el fideicomitente y el fiduciario, producen derechos y obligaciones para ambos.

Además de lo anterior, es cuestionable por qué la doctrina busca clasificar al fideicomiso en figuras que no están reguladas por el derecho positivo.

A mayor abundamiento, el maestro Batiza cita al Dr. Ricardo J. Alfaro, quien finalmente adaptó el *trust* a regímenes jurídicos romanistas quien, indicó que “el fideicomiso, según el espíritu del proyecto, es ni más ni menos, un contrato tripartito cuya consumación depende del consentimiento que a su debido tiempo debe dar cada una de las partes. Claro es que se trata de un convenio *sui generis* que tiene diferencias notables con la mayoría de los contratos sinalagmáticos definidos por el Código Civil. Mas si la característica esencial de los contratos es producir entre las partes derechos y obligaciones recíprocos, esa característica no falta en el fideicomiso, constituido el cual surgen tales derechos y obligaciones entre el fiduciario y el fideicomisario o el fideicomitente o ambos”.²⁹

Asimismo, los tribunales federales han emitido diferentes criterios que establecen la naturaleza contractual del fideicomiso, cuya transcripción es la siguiente, en la que destaco con subrayado el vocablo contrato.

4.- Fideicomiso. Su naturaleza jurídica.

Una recta interpretación de los artículos 346 y 351, párrafo segundo de la Ley General de Títulos y operaciones de Crédito, conduce a establecer que el fideicomiso es un acto mercantil traslativo de dominio, pues la transmisión por el fideicomitente a la fiduciaria del derecho de disposición que tiene sobre los bienes objeto del fideicomiso, no es más que la enajenación del dominio de tales bienes aun cuando fuere limitado a los fines dispuestos por el propio fideicomitente, ya que a virtud de dicho contrato al dueño de los bienes se le priva de toda acción o derecho de disposición sobre ellos, es decir, ya no puede ejercer respecto del bien fideicomitado, actos de administración o dominio, ni desconocer las operaciones concertadas por la institución fiduciaria, en cumplimiento del fin lícito que le fue encomendado.

Primer tribunal colegiado en materia civil del tercer circuito.

Amparo directo 1488/86. Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A., actualmente S.N.C. 29 de septiembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arturo González Zárate. Secretario: Ricardo Lepe Lechuga.

Véase quinta época: tomo CV, volumen 3, página 2047, tomo CVIII, volumen 2, página 1329. Informe de 1979. Segunda parte. Tercera Sala. Páginas 33 y 34. tesis 40.

Fideicomiso. Remate de inmuebles por la fiduciaria.

²⁹ Batiza, Rodolfo. Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria. Pág. 41.

El artículo 14 constitucional establece que nadie podrá ser privado de sus propiedades, posesiones o derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos. Ahora bien, esto no impide que las partes, al celebrar un **contrato de fideicomiso**, puedan pactar, o sea, convenir entre ellas, en que en caso de incumplimiento de determinadas obligaciones la fiduciaria saque a venta un bien inmueble, en remate, siempre que en él se respete el derecho del afectado a ser oído....., no se hace la fiduciaria justicia por propia mano, sino que acata una obligación contractual del fideicomiso y el afectado no queda privado del derecho de acudir a los tribunales, en caso de controversia. Luego, el pacto no es nulo, ni violatorio de la garantía de audiencia.

Amparo directo 1564/76 sucesión de Javier Errea Ripa. 14 de junio de 1983. 5 votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco.

FIDEURBE. No tiene el carácter de autoridad por lo que es improcedente el juicio de amparo contra sus actos.

No puede desprenderse el carácter de autoridad del organismo FIDEURBE, ya que en los términos de los artículos 346, 347, 348, 349, 350, 351, 356 y conexos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, FIDEURBE solamente tiene el carácter de un acto jurídico que participa de la naturaleza de **un contrato**, toda vez que se requiere de la exteriorización del consentimiento por parte del fiduciario a fin de que adquiera los derechos y las obligaciones inherentes al cargo.....

Primer Tribunal Colegiado en materia administrativa del primer circuito.

Amparo en revisión 334/77. Heraclio Rodríguez Pérez. 20 de septiembre de 1978. Mayoría de votos. Ponente: Renato Sales Gasque.

Fideicomiso. Venta de inmueble conforme a las estipulaciones contractuales.

No puede sostenerse que el delegado fiduciario no actuara con la diligencia de un buen padre de familia, de acuerdo con o previsto en el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al enajenarse finalmente a la fideicomisaria el inmueble rustico fideicomitado, en valor menor del que se mencionara estimativamente por la mutuante y mutuatarios al otorgarse el contrato de mutuo con interés y garantía de bienes en fideicomiso, si quedó acreditado que disminuyó de valor con motivo de embargos laborales y deterioro, sin que los fideicomitentes presentaran mejor comprador, y más aun si en el referido **contrato** se facultó a la fiduciaria para obtener el precio que estimará razonable conforme a las condiciones del mercado, sin precio específico para la venta.

Tribunal colegiado del Cuarto Circuito.

Amparo directo 551/78. Central Financiera, S.A. 10 de agosto de 1979. Unanimidad de votos. Ponente: Federico Taboada Andraca.

Fideicomiso. Fideicomitente al que se devuelven los bienes que quedan al extinguirse el.

La interpretación lógica, teleológica y sistemática del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, conduce a concluir que la devolución de los bienes fideicomitados sólo debe hacerse a favor de los fideicomitentes que realmente los aportaron al constituirse el fideicomiso y no de todas las personas a las que bien o mal se les reconozca esa calidad en el contrato.....

Cuarto Tribunal Colegiado en materia civil del primer circuito.

Amparo directo 1609/88. Raquel Ruiz Ramón de Suárez. 18 de mayo de 1989. Mayoría de votos de los Magistrados Mauro Miguel Reyes Zapata y Leonel Castillo González, contra el voto particular del Magistrado Carlos Villegas Vázquez. Ponente: Leonel Castillo González. Secretario: Ricardo Romero Vázquez.

Fideicomisos. Acción de extinción. Legitimación pasiva de los contratantes.

El ejercicio de las acciones y la defensa de las que se interpongan contra el fideicomiso se restringe a la defensa de su patrimonio y corresponde al fiduciario, atendiendo a que de conformidad con los artículos 346 y 351 a 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el citado fiduciario es el propietario de los bienes fideicomitados ya que el fideicomitente le trasmite la propiedad fiduciaria de los mismos, con las limitaciones impuestas en el propio fideicomiso. Sin embargo, cuando se ejercita por un fideicomitente o un fideicomisario la acción de extinción del fideicomiso, los restantes fideicomitentes o fideicomisarios se encuentran legitimados pasivamente en términos del artículo 1 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, de aplicación supletoria, puesto que tal acción extintiva afecta directamente el **contrato de fideicomiso**, ya que la misma claramente no se dirige contra el patrimonio fideicomitado, sino que se encuentra encaminada a destruir el fideicomiso, o sea, el contrato mismo, el cual fue celebrado por una pluralidad de sujetos disímbolos y, por lo tanto, resulta inconcuso que en el juicio respectivo deben ser oídos todos y cada uno de los demás contratantes que integraron la relación jurídica de que se trata, cuyo interés fundamental es que el fideicomiso no sea declarado extinto, como lo pretende el actor.

Quinto Tribunal colegiado en materia Civil del Primer Circuito.

Amparo en Revisión 255/89. Miguel Ángel Bornacini Hervella. 30 de marzo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Eduardo Francisco Nuñez Gaytán.

Por otra parte, en materia fiscal, es común hablar de obligaciones del fideicomiso, pagos provisionales del fideicomiso, fideicomiso empresarial, entre otros, sin embargo esta forma simplificada de expresión mueve a un sinnúmero de confusiones.

No debemos olvidar que el fideicomiso es un contrato, por virtud del cual se transmiten a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes o derechos, para la realización de determinados fines. Luego entonces al existir transmisión de propiedad, dichos bienes o derechos salen del patrimonio del fideicomitente para formar parte de un patrimonio cuyo propietario es la institución fiduciaria.

En ese sentido debe hacerse la lectura del artículo 79 de la Ley de Instituciones de Crédito, que estipula la obligación que tienen esas instituciones de abrir contabilidades especiales por cada contrato.

Además, ya que el fiduciario es el propietario del patrimonio transmitido en fideicomiso, aquél en ningún caso estará afecto a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo.

En consecuencia, el fideicomiso es un contrato cuyo efecto inmediato, es la conformación de un patrimonio cuyo propietario es la institución de crédito en su carácter de fiduciaria, que es para todos los efectos legales, el responsable del ejercicio de los derechos y obligaciones, incluso fiscales, que se derivan del ejercicio de las actividades encaminadas al cumplimiento de los fines pactados en el contrato de fideicomiso.

CAPÍTULO TERCERO

La relación fiduciaria

I.- Elementos formales

Si partimos de la base que el fideicomiso es un contrato, entonces debemos aceptar que tanto para su existencia como para su validez, necesita reunir los elementos que tanto para uno como otro determina la legislación común.

Es de explorado derecho que “para que haya contrato válido no basta el consentimiento o sea el acuerdo de voluntades, sino que es necesario que éstas tengan una manifestación exterior, la manifestación del consentimiento es un elemento extrínseco del contrato, lo que constituye la forma de él”.³⁰

El artículo 387 de la ley cambiaria señala expresamente que la constitución del fideicomiso deberá constar siempre por escrito, respetando de esta forma el criterio formalista adoptado por nuestro código civil federal.

Al ser la forma un requisito de validez de los contratos, su ausencia sólo produce una nulidad relativa, misma que al cumplirse o convalidarse el contrato produce todos sus efectos.

No obstante que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 2º determina como la última legislación por aplicar la relativa al derecho común y que el derecho mercantil en general ha adoptado tradicionalmente la consensualidad en la celebración de sus convenciones. El artículo 387 prescribe el sistema formal para la exteriorización de la voluntad, tratándose de fideicomisos.

A mayor abundamiento, en la celebración de los contratos de fideicomiso el multicitado artículo 387 ciñe aquélla a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.

³⁰ Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones, Ed. Porrúa. Méx. 1985, 10a. Edición. Pág. 180.

Siguiendo el orden establecido por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, su artículo 388 hace referencia a los fideicomisos cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles. Tratándose de esta clase de bienes, el Código Civil prescribe en el primer párrafo de su artículo 2317, lo que a la letra dice:

“Las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor de avalúo no exceda al equivalente a 375 veces el salario mínimo general diario vigente del Distrito Federal en el momento de la operación y la constitución o transmisión de derechos reales estimados hasta la misma cantidad o que garanticen un crédito no mayor de dicha suma, podrán otorgarse en documento privado firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se ratifiquen ante notario, juez competente o Registro Público de la Propiedad”.

El artículo 388 de la ley cambiaria, en concordancia con la legislación civil, menciona que los fideicomisos en cuestión, deberán inscribirse en la sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados y surtirá efectos contra tercero, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro.

Un contrato de fideicomiso de esta índole deberá otorgarse ante fedatario público y observar las disposiciones que rigen para estos casos.

Por otro lado, la transmisión de propiedad en fideicomiso de bienes muebles bastará que conste en documento privado y según prescribe el artículo 389 de la misma legislación, surtirá efectos contra tercero, si se tratase de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor, si se tratase de un título nominativo, desde que se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor, en su caso y si se tratase de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria.

Al ser los derechos igualmente susceptibles de transmisión fiduciaria, ésta deberá efectuarse en términos de lo dispuesto por el artículo 2031 del Código Civil, el cual prescribe que tratándose de cesión de créditos se observarán, en términos generales, las disposiciones relativas al acto jurídico que le dé origen.

Conviene recordar que hasta la última reforma del 13 de junio de 2003, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, disponía en la primera parte del artículo 352, la posibilidad de constituir el fideicomiso por acto entre vivos o por testamento; al elegir uno u otro debía constar por escrito.

Los actos jurídicos *inter vivos* son aquellos que para su formación requieren dos o más voluntades que buscan efectos jurídicos entre sí.³¹

Lo anterior además de ser una mención implícita del carácter contractual del fideicomiso, manifiesta expresamente que para la celebración del fideicomiso, era necesaria la manifestación en ese sentido de la voluntad de una persona viva o en el caso de personas morales ya constituidas, la del fideicomitente y la declaración de voluntad del fiduciario de formalizar el contrato y la consecuente transmisión de propiedad del fideicomitente al fiduciario.

II.- Elementos personales.

En toda relación contractual la preeminencia la tienen los elementos humanos o las personas jurídicas creadas por el hombre, elementos que tienen como origen y destino último todas las disposiciones jurídicas establecidas.

Los elementos personales del fideicomiso son necesariamente el fideicomitente y el fiduciario y eventualmente el fideicomisario.

Los artículos 381 y 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se refieren a los elementos personales del fideicomiso. El primero prescribe que el fideicomitente transmite ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria. Aquí se identifican a los dos elementos necesarios de esta relación fiduciaria.

El segundo artículo invocado, estipula que el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario.

³¹ Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones, Ed. Cajica. México 1985. 11a. reimpresión de la 5a. edición. Pág. 123 y en ese mismo sentido, vocablo acto jurídico, en Diccionario Jurídico Mexicano, Ed. Porrúa. México 1987, 2a. edición. Tomo I. Pág. 86.

1.- Fideicomitente.

El fideicomitente, dispone el artículo 384 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es la persona física o jurídica que tenga la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica. Vale la pena retomar la cita anterior del artículo 381 del mismo ordenamiento, que se refiere a la acción del fideicomitente de transmitir bienes o derechos a un fin lícito determinado cuya encomienda encarga al fiduciario.

Destacan algunos elementos de la definición propuesta, entre ellos que tanto personas físicas o jurídicas pueden tener la calidad de fideicomitentes en un contrato de fideicomiso.

Las personas morales deberán estar debidamente constituidas bajo la modalidad adoptada en términos de la legislación común o la legislación específica que les dé creación y actuar por conducto de uno o varios apoderados facultados suficientemente para el efecto.

Con relación a la capacidad, por ésta debe entenderse como la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones.

La capacidad de goce es un atributo de la personalidad que se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte, en virtud de la cual una persona puede ser titular de derechos y obligaciones. La capacidad de ejercicio es la aptitud que requieren las personas para ejercitar por sí mismas sus derechos y cumplir sus obligaciones.³²

En opinión del maestro Rafael Rojina Villegas, la capacidad de las personas morales se distingue de la de las personas físicas en dos aspectos:

- a) En las personas morales no puede haber incapacidad de ejercicio, pues aquélla se refiere a circunstancias propias del ser humano, v. gr. la minoría de edad, y
- b) En las personas morales su capacidad de goce está limitada en razón de su objeto, naturaleza y fines.³³

³² Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I. Ed. Porrúa. México. 1987. Pág. 397.

³³ Cfr. Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Ed. Porrúa. México. 1988. 22ª. Edición. Pág. 155.

Como ya se apuntó, el artículo 381 de la ley cambiaria señala que el fideicomitente, transmite bienes o derechos a un fin determinado. Igualmente, en el capítulo relativo a la naturaleza jurídica del fideicomiso de este trabajo, se estableció el efecto traslativo de dominio que implica el fideicomiso, por lo que dicho efecto supone la capacidad de transmitir el dominio de un bien o derecho al fiduciario.

Ahora bien, a las personas físicas no les representa mayor obstáculo acreditar su facultad para disponer de sus bienes por sí mismas, si acreditan fehacientemente ser mayores de edad, mas en el caso de las personas morales, su actuación se realiza por conducto de apoderados, quienes deberán contar con facultades para actos de dominio y acreditarlo documentalmente conforme a la ley.

El segundo párrafo del artículo 383 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito confiere al fideicomitente la posibilidad de designar uno o varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, con excepción de aquellos fideicomisos en los que se prohíbe que el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte del anterior, salvo que dicha sustitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente, según dispone la fracción segunda del artículo 394 del mismo ordenamiento.

Por último, sobre este particular el fideicomitente en uso de la facultad que le confiere el tercer párrafo del artículo 382 de la Ley Cambiaria, puede reservarse la designación de fideicomisario para un momento posterior a la celebración del fideicomiso.

La facultad del fideicomitente de designar a varias instituciones fiduciarias para que desempeñen su cargo en un fideicomiso, está establecida en el artículo 385 de la ley a que me he venido refiriendo y como lo asevera el maestro Batiza, esta posibilidad “de fiduciarios sucesivos más apropiada en relación con fiduciarios personas físicas, es innecesaria tratándose de fiduciarios institucionales, únicos autorizados en México y hasta donde llega nuestro conocimiento no se utiliza en la práctica.”³⁴

³⁴ Batiza, Rodolfo. El Fideicomiso. Teoría y Práctica. Primera edición en Ed. Jus. México. 1991. Pág. 373.

Según dispone el segundo párrafo del artículo 386 de la misma ley, al fideicomitente le corresponde ejercitar los derechos que se haya reservado en la celebración del contrato de fideicomiso y los que para él deriven del mismo.

Además de las prerrogativas que la ley en cuestión concede a los fideicomitentes, la Ley de Instituciones de Crédito concede a éstos una serie de facultades y derechos.

El artículo 84, segundo párrafo, de esa ley, concede al fideicomitente la posibilidad de reservarse, en la celebración del fideicomiso o en sus modificaciones, la acción para pedir cuentas, exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito (ahora extendida a las demás instituciones que igualmente pueden ser fiduciarias) y pedir su remoción.

En cuanto al derecho de petición de cuentas al fiduciario que se puede reservar el fideicomitente, conviene agregar que cuando aquélla al ser requerida, no rinda cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días hábiles o cuando sea declarada por sentencia ejecutoriada, culpable de pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabo por negligencia grave, procederá su remoción como fiduciario. Aunque la última parte debiera decir, la rescisión del contrato de fideicomiso.

El tercer párrafo del artículo 84 invocado, remitía al artículo 350, hoy 385, de la Ley Cambiaria, en caso de renuncia o remoción del fiduciario. Aquél, en su tercer párrafo, establece que salvo lo dispuesto en el contrato de fideicomiso, cuando el fiduciario cese en el desempeño de su cargo por remoción, deberá nombrarse otra institución para que la sustituya y si no fuere posible esta sustitución, cesará el fideicomiso. Sobre este punto, el legislador perdió de vista el efecto traslativo de dominio del fideicomiso, como parte de la indefinición de la naturaleza jurídica de esta institución. ¿Acaso un contrato puede cesar?, ¿Qué sucede con los bienes o derechos que conforman el patrimonio del fideicomiso si procede la remoción del fiduciario?

Debemos presumir que la remoción del cargo del fiduciario debe resultar de la decisión de un órgano jurisdiccional y éste será el que determine el destino del patrimonio fideicomitado. Dado que el fiduciario es el propietario del patrimonio del fideicomiso, la sentencia judicial establecerá obligadamente la transmisión o reversión, en su caso, del patrimonio, pero mientras tanto el fiduciario debe permanecer y ostentarse ante terceros como propietario del patrimonio en fideicomiso.

En relación con la transmisión de derechos “toda vez que las leyes en vigor no determinan una disposición específica si el fideicomitente puede transmitir los derechos que se haya reservado al constituir el fideicomiso o que deriven para él del fideicomiso, deberá estarse a lo dispuesto por el código civil que en su artículo 2030 establece (que) el acreedor puede ceder su derecho a un tercero sin el consentimiento del deudor, a menos que la cesión esté prohibida por la ley, se haya convenido en no hacerlo o no la permita la naturaleza del derecho.

También debe señalarse que tratándose de herencia, podrá transmitirse a los herederos aquellos derechos que no sean de los que se extinguen por la muerte, ya que conforme al artículo 1281 del código civil, a virtud de la herencia, se realiza la sucesión de todos los bienes del difunto, así como sus derechos y obligaciones que no se extingan por la muerte.”³⁵

El tercer párrafo del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito dispone que 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.

Si bien el texto no indica quién podrá prever la formación del citado comité, es de suponerse que al celebrar el contrato de fideicomiso lo hará el fideicomitente, y salvo que éste renuncie a ese derecho, en las modificaciones al fideicomiso también lo será el propio fideicomitente.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, vigente desde el año de 1941 y hasta 1982, reglamentaba con algunas variaciones al comité técnico. A diferencia de la legislación vigente, el artículo 45, fracción VII, último párrafo, señalaba con toda precisión que el fideicomitente constituía el comité técnico en el acto constitutivo del fideicomiso, y que si se integraba dentro de una de sus modificaciones, se requeriría el consentimiento del fideicomisario, si lo hubiere. Otra diferencia relevante es el de la denominación. La ley de 1941 mencionaba como sinónimo de comité técnico el de distribución de fondos, sinónimo que felizmente ya no existe en la ley vigente pues con tal

³⁵ Banco Mexicano Somex. La Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Diversos Autores. Fomento Cultural de la Organización Somex, AC. México 1982. Págs. 213 y 214.

indicación parecían limitarse sus funciones a la de instruir al fiduciario sólo respecto a la entrega de recursos patrimonio del fideicomiso, siendo que en las legislaciones referidas facultan a quien integra el comité técnico a darle reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades.

Por último, mencionaremos que el origen del comité técnico en nuestra ley es desconocido.³⁶

2.- Fiduciario.

En opinión del Lic. Jesús Roalandini, el fiduciario es “la institución que tiene como función lograr el fin establecido que da vida al fideicomiso, convirtiéndose en titular de los bienes o derechos objeto del mismo.”³⁷

El tercer párrafo del artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito indica que es nulo el fideicomiso que se constituye a favor del fiduciario. Al encomendar a una institución fiduciaria el desempeño de un fideicomiso, se busca la realización transparente e imparcial del fin determinado, mas si esa misma institución reúne en su persona la calidad de beneficiario, entonces ya no obrará con convicción equitativa, inclinando el fiel de la balanza primordialmente en su favor.

Sin embargo, en las reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 13 de junio de 2003, el legislador introdujo como excepción a esta arraigada regla la posibilidad de la coexistencia de la misma institución como fiduciaria y fideicomisaria en los fideicomisos que tengan por fin servir como instrumentos de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. Acotando que, en este supuesto las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses.

³⁶ Batiza, Rodolfo. Op. cit. Pág. 404.

³⁷ Roalandini, Jesús. El fideicomiso en México. Inédito. Pág. 13.

Existe otra excepción tratándose de las instituciones de crédito llamadas bancas de desarrollo que pueden reunir ambas calidades en un fideicomiso al amparo de autorización expresa en sus leyes orgánicas.

El primer párrafo del artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone que sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello.

Tradicionalmente, las instituciones de crédito habían sido las únicas en solicitar y obtener autorización de la autoridad correspondiente para operar como fiduciarias. Dichas autorización provenía generalmente de la realización de las operaciones que estaban reservadas a las instituciones de crédito según la ley que les regía.

No obstante lo anterior, mediante Decreto del Ejecutivo Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación con fecha 23 de julio de 1993, se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley del Mercado de Valores, Ley de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros y la Ley Federal de Instituciones de Fianzas (ésta el 14 de julio de 1993), entre otras.

A) Casas de Bolsa.

Se adicionó la autorización a las casas de bolsa para que puedan actuar como fiduciarias en negocios directamente vinculados con las actividades que les sean propias y podrán recibir cualquier clase de bienes, derechos, efectivo o valores referidos a operaciones o servicios que estén autorizadas a realizar. Asimismo, podrán afectarse en estos fideicomisos bienes, derechos o valores diferentes a los antes señalados exclusivamente en los casos en que la Secretaría lo autorice, mediante disposiciones de carácter general (artículo 183, relacionado con el artículo 171, ambos de la Ley del Mercado de Valores).

Los artículos 183 al 187, 192 y 193, compilan disposiciones establecidas tanto en la Ley de Instituciones de Crédito como en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

B) Instituciones de Seguros.

Las instituciones de seguros pueden actuar asimismo como fiduciarias, conforme lo dispone el artículo 34, fracción IV, el artículo 35, fracción XVI bis y el artículo 62 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, que en seguida transcribo.

Artículo 34.- Las instituciones de seguros, sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

... IV. Actuar como institución fiduciaria en negocios directamente vinculados con las actividades que les son propias. Al efecto, se considera que están vinculados a las actividades propias de las instituciones de seguros los fideicomisos de administración en que se afecten recursos relacionados con el pago de primas por los contratos de seguros que se celebren.

Asimismo, podrán actuar como institución fiduciaria en los fideicomisos de garantía a que se refiere la Sección Segunda del Capítulo V del Título Segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sujetándose a lo que dispone el artículo 85 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito y bajo la inspección y vigilancia de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Tratándose de instituciones de seguros autorizadas para practicar operaciones de vida también se considerarán vinculados con las actividades que les son propias, los fideicomisos en que se afecten recursos relacionados con primas de antigüedad, fondos individuales de pensiones, rentas vitalicias, dividendos y sumas aseguradas, o con la administración de reservas para fondos de pensiones o jubilaciones del personal, complementarias a las que establecen las leyes sobre seguridad social y de primas de antigüedad.

En lo no previsto por lo anterior, a las instituciones de seguros fiduciarias les será aplicable lo establecido en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, podrá determinar mediante reglas de carácter general otros tipos de fideicomisos en los que podrán actuar como fiduciarias las instituciones de seguros.

Artículo 35.- La actividad de las instituciones de seguros estará sujeta a lo siguiente:

XVI bis.- Las operaciones de fideicomiso a que se refiere la fracción IV del artículo 34 de esta Ley, se sujetarán a lo dispuesto en esta Ley y a las siguientes bases:

...b) Las instituciones de seguros podrán recibir en fideicomiso, además de dinero en efectivo derivado de las operaciones a que se refiere la fracción IV del artículo 34 de esta Ley, cantidades adicionales de efectivo, valores, bienes muebles e inmuebles y derechos, según el requerimiento del fideicomitente, o adquirir este tipo de activos con los recursos fideicomitados, siempre que tales operaciones se realicen exclusivamente en cumplimiento del objeto del fideicomiso;

b) Bis 1. El personal que las instituciones de seguros utilicen directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos, no formará parte del personal de las mismas sino que, según los casos, se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso. Sin embargo, cualquier derecho que asista a dicho personal conforme a la Ley, lo ejercerán contra las instituciones de seguros, las que, en su caso y para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte, afectarán en la medida que sea necesario, el patrimonio fiduciario;

c).- Deberán abrir contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad, el dinero que les confíen y los demás bienes, valores o derechos con los que se incrementen los recursos originalmente afectos el fideicomiso, así como los incrementos o disminuciones correspondientes, por los productos o gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la institución de seguros con las contabilidades especiales.

En ningún caso los recursos, bienes o derechos señalados estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo o las que contra ellos correspondan a terceros, de acuerdo con la Ley;

d).- Las instituciones deberán desempeñar su cometido y ejercerán sus facultades por medio de delegados fiduciarios. Las instituciones responderán civilmente por los daños y perjuicios que se causen por falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso.

Los citados delegados fiduciarios deberán de satisfacer los requisitos de calidad técnica, honorabilidad e historial crediticio satisfactorio, y no deberán ubicarse en alguno de los supuestos previstos en la fracción VII Bis, numeral 3, inciso d) del artículo 29 de esta Ley.

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

e).- Cuando la institución de seguros al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de 15 días hábiles o cuando sea declarada por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los recursos dados en fideicomiso, o responsable de esas pérdidas o menoscabo por negligencia grave, procederá su remoción como fiduciaria.

Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de la institución fiduciaria y para pedir su remoción, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales y a falta de éstos al Ministerio Público, sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción.

En caso de renuncia o remoción se estará a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;

f).- Los recursos recibidos por las instituciones de seguros con cargo a contratos de fideicomiso no podrán computarse como parte de las reservas de carácter técnico que dichas instituciones deben constituir de acuerdo a lo dispuesto en esta Ley, ni podrán considerarse para efecto alguno como parte de los cómputos relativos al capital mínimo de garantía previsto en el artículo 60 de esta Ley; y

g).- La Secretaría de Hacienda y Crédito Público determinará mediante reglas de carácter general que emita escuchando la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y del Banco de México, el monto máximo de recursos que una institución de seguros podrá recibir en fideicomiso, considerando su capital pagado, su capital de garantía y cualquier otro elemento que apoye su solvencia, y

h) Cuando se trate de operaciones de fideicomiso que constituya el Gobierno Federal o que él mismo, para los efectos de este artículo declare de interés público a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, no será aplicable el plazo que establece la fracción III del artículo 394 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En lo no previsto por lo anterior, a las instituciones de seguros fiduciarias les será aplicable lo establecido en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

...Artículo 62.- A las instituciones de seguros les estará prohibido:

...VI. En las operaciones a que se refiere la fracción IV del artículo 34:

a) Celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, salvo aquéllas autorizadas por el Banco de México mediante disposiciones de carácter general, cuando no impliquen conflicto de intereses;

b) Responder a los fideicomitentes o fideicomisarios del incumplimiento de los deudores por los bienes, derechos o valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa según lo dispuesto en la parte final del artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.

Si al término del fideicomiso, los derechos o valores no hubieren sido pagados por los deudores, la fiduciaria deberá transferirlos, junto con los demás bienes, derechos o valores que constituyan el patrimonio fiduciario al fideicomitente o fideicomisario, según sea el caso, absteniéndose de cubrir su importe.

En los contratos de fideicomiso se insertará en forma notoria lo previsto en este inciso y una declaración a la fiduciaria en el sentido de que se hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido bienes, derechos o valores para su afectación fiduciaria;

c) Actuar como fiduciarias en fideicomisos a través de los cuales, se capten directa o indirectamente recursos del público, mediante cualquier acto causante de pasivo directo o contingente, excepto tratándose de fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público;

d) Utilizar el efectivo, bienes, derechos o valores de los fideicomisos destinados al otorgamiento de créditos, en que la fiduciaria tenga la facultad discrecional en el otorgamiento de dichos activos, en la realización de operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores o beneficiarios sus delegados fiduciarios; los comisarios propietarios o suplentes, estén o no en funciones; los auditores externos de la institución; los miembros del comité técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de las personas citadas; las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría dichas personas o las mismas instituciones; asimismo, aquellas personas que el Banco de México determine mediante disposiciones de carácter general;

e) Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores, o para pagar una obligación o para garantizar su cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos, y sin que en estos casos la administración exceda del plazo de dos años, salvo en los casos de fideicomisos de garantía;

f) Actuar en fideicomisos a través de los que se evadan limitaciones o prohibiciones contenidas en las leyes financieras;

g) Actuar como fiduciarias en los fideicomisos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 88 de la Ley de Sociedades de Inversión, y

h) Celebrar fideicomisos en los que se administren sumas de dinero que aporten periódicamente grupos de consumidores integrados mediante sistemas de comercialización, destinados a la adquisición de determinados bienes o servicios, de los previstos en la Ley Federal de Protección al Consumidor.

Cualquier pacto contrario a lo dispuesto en esta fracción, será nulo.

C) Instituciones de Fianzas.

Igualmente, las instituciones de Fianzas tienen la capacidad para prestar el servicio fiduciario, sujeto al cumplimiento de las siguientes disposiciones de la Ley General de instituciones de Fianzas, que transcribo a continuación.

Artículo 16.- Las instituciones de fianzas sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

XV. Actuar como institución fiduciaria sólo en el caso de fideicomisos de garantía con la facultad de administrar los bienes fideicomitidos en los mismos, los cuales podrán o no estar relacionados con las pólizas de fianzas que expidan.

Asimismo, podrán actuar como institución fiduciaria en los fideicomisos de garantía a que se refiere la Sección Segunda del Capítulo V del Título Segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sujetándose a lo que dispone el artículo 85 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito y bajo la inspección y vigilancia de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Las instituciones de fianzas, en su carácter de fiduciarias, podrán ser fideicomisarias en los fideicomisos en los que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitidos y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de fianzas otorgadas por las propias instituciones. En este supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a un fiduciario sustituto para el caso que surgiera un conflicto de intereses entre las mismas.

La operación de los fideicomisos en los que las instituciones de fianzas están autorizadas a actuar, reproducen los mismos supuestos a los que me referí anteriormente de la Ley General de Instituciones y sociedades Mutualistas de Seguros.

D) Sociedades Financieras de Objeto Múltiple.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público publicó en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 2006, el Decreto por el que el Ejecutivo Federal reforma, deroga y adiciona, entre otras, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (LGOAAC). El principal motivo de dichas reformas es crear las sociedades financieras de objeto múltiple que son aquéllas “sociedades anónimas que, en sus estatutos sociales, contemplen expresamente como objeto social principal la realización habitual y profesional” para el otorgamiento de crédito, celebración de arrendamiento financiero o factoraje financiero, sin necesidad de requerir autorización del Gobierno Federal (cfr. artículo 87-B de la LGOAAC).

Conviene detenerse en este nuevo tipo de sociedades, ya que en términos del artículo 87-Ñ de la LGOAAC están facultadas para prestar el servicio fiduciario “en lo que respecta a las operaciones (sic) de fideicomisos de garantía que administre de acuerdo con la Sección II del Capítulo V del Título II de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es decir, actuar como fiduciarias de los fideicomisos que tengan como fin garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, y a lo dispuesto por los artículos 79 y 80 de la Ley de Instituciones de Crédito.

“Artículo 87-Ñ.- En los contratos de fideicomiso de garantía a que se refiere el artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y en la ejecución de los mismos, a las sociedades financieras de objeto múltiple les estará prohibido:

- I. Actuar como fiduciarias en cualesquier otros fideicomisos distintos a los de garantía;
- II. Utilizar el efectivo, bienes, derechos o valores de los fideicomisos para la realización de operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores o beneficiarios sus delegados fiduciarios; administradores, los miembros de su consejo de administración propietarios o suplentes, estén o no en funciones; sus directivos o empleados; sus comisarios propietarios o suplentes, estén o no en funciones; sus auditores externos; los miembros del comité técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de las personas citadas; las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría dichas personas o las mismas sociedades financieras de objeto múltiple;
- III. Celebrar operaciones por cuenta propia;

- IV. Actuar en fideicomisos a través de los cuales se evadan limitaciones o prohibiciones contenidas en esta u otras leyes;
- V. Responder a los fideicomitentes o fideicomisarios del incumplimiento de los deudores por los bienes, derechos o valores del fideicomiso, salvo que sea por su culpa según lo dispuesto en la parte final del Artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Si al término del fideicomiso, los bienes, derechos o valores no hubieren sido pagados por los deudores, la fiduciaria deberá transferirlos, junto con el efectivo, bienes, y demás derechos o valores que constituyan el patrimonio fiduciario al fideicomitente o fideicomisario, según sea el caso, absteniéndose de cubrir su importe.

En los contratos de fideicomiso se insertará en forma notoria lo previsto en este inciso y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido el efectivo, bienes, derechos o valores para su afectación fiduciaria;

- VI. Actuar como fiduciarias en fideicomisos a través de los cuales se capten, directa o indirectamente, recursos del público mediante cualquier acto causante de pasivo directo o contingente;
- VII. Actuar en fideicomisos a través de los cuales se evadan limitaciones o prohibiciones contenidas en esta u otras leyes;
- VIII. Actuar como fiduciarias en los fideicomisos a que se refiere el segundo párrafo del Artículo 88 de la Ley de Sociedades de Inversión, y
- IX. Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago con el valor de la misma finca o de sus productos.

Cualquier pacto en contrario a lo dispuesto por las fracciones anteriores será nulo.”

Existen igualmente algunas excepciones a entidades que no son instituciones de crédito o empresas del sector financiero que pueden ser fiduciarias: el Patronato del Ahorro Nacional, la Comisión de Fomento Minero y el Banco de México las cuales están posibilitadas a tener tal carácter tratándose de actividades propias.

El artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito enumera las operaciones que las instituciones de crédito están autorizadas, y en su fracción XV se precisa la de celebrar fideicomisos, entre otras.

Ya que el cumplimiento de la Ley de Instituciones de Crédito está confiado a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, el artículo 104 de la Ley de Instituciones de Crédito la faculta para nombrar inspectores que revisen la contabilidad y documentación del establecimiento de la persona física o moral, con la sola presunción de que aquellas estén actuando como fiduciario sin estar autorizadas para ello. Lo anterior, con el fin de comprobar su presunción que en caso de acreditarse la Comisión Nacional Bancaria y de Valores podrá ordenar la suspensión inmediata de sus operaciones, o clausurar la negociación o establecimiento de que se trate, sin perjuicio de la aplicación de sanciones económicas a que se refiere el artículo 109 del mismo Ordenamiento mediante multa equivalente a los 100 a 50 mil veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, que impondrá administrativamente la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

El fiduciario está obligado a actuar en el marco de las facultades que le otorgó el fideicomitente al momento de la celebración del fideicomiso o por las que le otorgue la ley, ya que de no hacerlo así el fideicomisario tiene el derecho de atacar la validez de los actos que la fiduciaria cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades mencionadas según lo prescribe el artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Por virtud de su característica bilateral, en el contrato de fideicomiso el fiduciario adquiere derechos y obligaciones que pueden ser tan variados como la naturaleza de los bienes y derechos que se aportan al mismo y preponderantemente sus fines determinan aquellos derechos y obligaciones.

En opinión del maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez, las reglas generales para el desempeño del cargo de fiduciario se resumen como indico a continuación:

“1° Es esencial que el fiduciario adquiera el dominio de los bienes sobre los que se constituye el fideicomiso llegando a ser titular de un derecho de dominio con más o menos limitaciones según se haya fijado en el acta constitutiva, limitaciones que sólo tiene eficacia obligatoria puesto que el fiduciario como dueño puede disponer de dichos bienes.

2° El fiduciario asume una serie de obligaciones de hacer, cuyo alcance depende de la clase de fideicomiso de que se trate.

3° El fiduciario atiende al desempeño del fideicomiso por medio de uno o más funcionarios (delegados fiduciarios), designados al efecto, de cuyos actos responde directa e ilimitadamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales en que pueda haber incluido el delegado (artículo 80, segundo párrafo y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito).

La Comisión Nacional Bancaria (*y de Valores*), en uso de las facultades que le confiere la propia ley invocada emitió la circular número 547 mediante la cual autoriza a los delegados fiduciarios de las instituciones de crédito a contar con la ayuda de diversos auxiliares para desempeñar su cometido. Si bien las instituciones fiduciarias no pueden delegar su encargo, que deben desempeñar por conducto de funcionarios especiales como son los delegados fiduciarios, sí podrán emplear personas que auxilien a éstos en el desarrollo de actividades secundarias.

4° El fiduciario asume la obligación de conservar los bienes y derechos recibidos en su integridad material.”³⁸

Sin lugar a dudas el artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito condensa disposiciones de importancia relevante en la normatividad aplicable al papel de las instituciones fiduciarias. La primera parte, escindida para efectos meramente didácticos, establece que aquellas tendrán todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento (de los fines) del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto al constituirse el mismo.

Si aceptamos como ha quedado asentado en el capítulo segundo del presente estudio, que por virtud del fideicomiso el fideicomitente transmite la propiedad de los bienes o derechos que se afectan al mismo a la institución fiduciaria y que si además de esta circunstancia consideramos como una de las características de esta institución jurídica, que dicha transmisión de propiedad se realiza limitadamente y de manera circunscrita a efecto de que la institución fiduciaria lleve a cabo los fines del fideicomiso, entonces debemos aceptar que a la institución fiduciaria le asisten todos los derechos y acciones y cuenta con todas las facultades, limitadas solamente por las convenciones contractuales establecidas por el fideicomitente o las que modifique el fideicomisario, en su caso.

³⁸ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. Derecho Mercantil. Tomo II. Ed. Porrúa. México 1957. p. 538.

Por otra parte, por virtud de disposición expresa en la Ley de Instituciones de Crédito (artículo 105) sólo las sociedades integrantes del sistema financiero mexicano, bancos, entidades financieras del exterior y otras personas que autorice la Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrán utilizar las denominaciones de banco, de fiduciaria, de fideicomiso o cualesquiera otras sinónimas.

Una de las principales obligaciones que tienen las sociedades que actúan en su carácter de fiduciarias, es la de conservar el secreto respecto de los servicios que brindan a su clientela. A través de las diferentes legislaciones se mantuvo en una disposición expresa de la Ley de Instituciones de Crédito los alcances y efectos de la información que están en aptitud de revelar las fiduciarias, expresando a la letra lo siguiente:

“Con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria la violación del secreto propio de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta ley, incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que no sean aquellos entablados por el fideicomitente o fideicomisario, comitente o mandante, contra la institución o viceversa, constituirá a ésta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes.”

Sin embargo, mediante decreto del Ejecutivo Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 30 de diciembre de 2005, quedó derogado el artículo 118 antes transcrito, para integrar el secreto bancario y fiduciario en el artículo 117 y adicionar el artículo 117 bis, que transcribo en seguida.

“Artículo 117.- La información y documentación relativa a las operaciones y servicios a que se refiere el artículo 46 de la presente Ley, tendrá carácter confidencial, por lo que las instituciones de crédito, en protección del derecho a la privacidad de sus clientes y usuarios que en este artículo se establece, en ningún caso podrán dar noticias o información de los depósitos, operaciones o servicios, incluyendo los previstos en la fracción XV del citado artículo 46, sino al depositante, deudor, titular, beneficiario, fideicomitente, fideicomisario, comitente o mandante, a sus representantes legales o a quienes tengan otorgado poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación o servicio.

Como excepción a lo dispuesto por el párrafo anterior, las instituciones de crédito estarán obligadas a dar las noticias o información a que se refiere dicho párrafo, cuando lo solicite la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el titular o, en su caso, el fideicomitente, fideicomisario, fiduciario, comitente, comisionista, mandante o mandatario sea parte o acusado. Para los efectos del presente párrafo, la autoridad judicial podrá formular su solicitud directamente a la institución de crédito, o a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Las instituciones de crédito también estarán exceptuadas de la prohibición prevista en el primer párrafo de este artículo y, por tanto, obligadas a dar las noticias o información mencionadas, en los casos en que sean solicitadas por las siguientes autoridades:

I. El Procurador General de la República o el servidor público en quien delegue facultades para requerir información, para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado;

II. Los procuradores generales de justicia de los Estados de la Federación y del Distrito Federal o subprocuradores, para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado;

III. El Procurador General de Justicia Militar, para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado;

IV. Las autoridades hacendarias federales, para fines fiscales;

V. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para efectos de lo dispuesto por el artículo 115 de la presente Ley;

VI. El Tesorero de la Federación, cuando el acto de vigilancia lo amerite, para solicitar los estados de cuenta y cualquier otra información relativa a las cuentas personales de los servidores públicos, auxiliares y, en su caso, particulares relacionados con la investigación de que se trate;

VII. La Auditoría Superior de la Federación, en ejercicio de sus facultades de revisión y fiscalización de la Cuenta Pública Federal y respecto a cuentas o contratos a través de los cuáles se administren o ejerzan recursos públicos federales;

VIII. El titular y los subsecretarios de la Secretaría de la Función Pública, en ejercicio de sus facultades de investigación o auditoría para verificar la evolución del patrimonio de los servidores públicos federales.

La solicitud de información y documentación a que se refiere el párrafo anterior, deberá formularse en todo caso, dentro del procedimiento de verificación a que se refieren los artículos 41 y 42 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, y

IX. El Instituto Federal Electoral.

Las autoridades mencionadas en las fracciones anteriores solicitarán las noticias o información a que se refiere este artículo en el ejercicio de sus facultades y de conformidad con las disposiciones legales que les resulten aplicables.

Las solicitudes a que se refiere el tercer párrafo de este artículo deberán formularse con la debida fundamentación y motivación, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Los servidores públicos y las instituciones señalados en las fracciones I, VII y IX, podrán optar por solicitar a la autoridad judicial que expida la orden correspondiente, a efecto de que la institución de crédito entregue la información requerida, siempre que dichos servidores especifiquen la denominación de la institución, el número de cuenta, nombre del cuenta habiente o usuario y demás datos y elementos que permitan su identificación plena, de acuerdo con la operación de que se trate.

Los empleados y funcionarios de las instituciones de crédito serán responsables, en los términos de las disposiciones aplicables, por violación del secreto que se establece y las instituciones estarán obligadas en caso de revelación indebida del secreto, a reparar los daños y perjuicios que se causen.

Lo anterior, en forma alguna afecta la obligación que tienen las instituciones de crédito de proporcionar a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, toda clase de información y documentos que, en ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia, les solicite en relación con las operaciones que celebren y los servicios que presten, así como tampoco la obligación de proporcionar la información que les sea solicitada por el Banco de México, el Instituto para la Protección al Ahorro Bancario y la Comisión para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, en los términos de las disposiciones legales aplicables.

Se entenderá que no existe violación al secreto propio de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta Ley, en los casos en que la Auditoría Superior de la Federación, con fundamento en la ley que norma su gestión, requiera la información a que se refiere el presente artículo.

Los documentos y los datos que proporcionen las instituciones de crédito como consecuencia de las excepciones al primer párrafo del presente artículo, sólo podrán ser utilizados en las actuaciones que correspondan en términos de ley y, respecto de aquéllos, se deberá observar la más estricta confidencialidad, aún cuando el servidor público de que se trate se separe del servicio. Al servidor público que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones, proporcione copia de las mismas o de los documentos con ellas relacionados, o que de cualquier otra forma revele información en ellos contenida, quedará sujeto a las responsabilidades administrativas, civiles o penales correspondientes.

Las instituciones de crédito deberán dar contestación a los requerimientos que la Comisión Nacional Bancaria y de Valores les formule en virtud de las peticiones de las autoridades indicadas en este artículo, dentro de los plazos que la misma determine. La propia Comisión podrá sancionar a las instituciones de crédito que no cumplan con los plazos y condiciones que se establezca, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 108 al 110 de la presente Ley.

La Comisión emitirá disposiciones de carácter general en las que establezca los requisitos que deberán reunir las solicitudes o requerimientos de información que formulen las autoridades a que se refieren las fracciones I a IX de este artículo, a efecto de que las

instituciones de crédito requeridas estén en aptitud de identificar, localizar y aportar las noticias o información solicitadas.

Artículo 117 Bis.- La Comisión Nacional Bancaria y de Valores estará facultada para proporcionar a autoridades financieras del exterior, información sobre las operaciones y servicios previstos en el artículo 117, así como en la fracción XV del artículo 46 de esta Ley, que reciba de las instituciones de crédito, siempre que tenga suscritos con dichas autoridades acuerdos de intercambio de información en los que se contemple el principio de reciprocidad, debiendo en todo caso abstenerse de proporcionar la información cuando a su juicio ésta pueda ser usada para fines distintos a los de la supervisión financiera, o bien, por causas de orden público, seguridad nacional o por cualquier otra causa prevista en los acuerdos respectivos.”

Por otra parte, en términos del artículo 106, fracción XIX, inciso a de la Ley de Instituciones de Crédito, a éstas les estará prohibido celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, mandatos o comisiones. El Banco de México podrá autorizar mediante disposiciones de carácter general, la realización de determinadas operaciones cuando no impliquen un conflicto de intereses. En uso de esas facultades el Banco Central expidió el 23 de junio de 2005, en vigor a partir del 11 de julio del mismo año, la Circular 1/2005, relativa a las Reglas a las que deberán sujetarse las instituciones de banca múltiple; casas de bolsa; instituciones de seguros; instituciones de fianzas y sociedades financieras de objeto limitado, en las operaciones de fideicomiso y reformas publicadas el 13 de enero de 2006, en vigor a partir del 1° de febrero de 2006.

Los artículos segundo y tercero transitorios, de la citada Circular derogan, abrogan y precisan lo siguiente:

SEGUNDO. A partir de la entrada en vigor de las presentes Reglas, se derogan los numerales M.31. a M.31.4, M.41.2 y M.42.3 de la Circular 2019/95 dirigida a las instituciones de banca múltiple, salvo por lo dispuesto en el numeral M.31.16. de dicha Circular relativo a los “Fideicomisos en los que se administren sumas de dinero que aporten periódicamente grupos de consumidores integrados mediante sistemas de comercialización, destinados a la adquisición de bienes muebles

nuevos y/o a la prestación de servicios no inmobiliarios, en términos del artículo 63 de la Ley Federal de Protección al Consumidor y demás disposiciones relativas”.

Lo señalado en el párrafo anterior, en el entendido de que los Fideicomisos a que hace referencia el numeral M.31.16., que no se sujeten a lo dispuesto en dicho numeral, así como aquellos Fideicomisos en los que se administren sumas de dinero que aporten periódicamente grupos de consumidores integrados mediante sistemas de comercialización, destinados a la adquisición de otro tipo de bienes y/o a la prestación de servicios inmobiliarios, deberán realizar un depósito en efectivo sin interés en Banco de México, por el cincuenta por ciento de los fondos recibidos en los Fideicomisos señalados. Dicho depósito deberá constituirse en una cuenta especial que al efecto el Banco de México lleve a las Instituciones de Banca Múltiple, en la fecha en que se reciban los recursos y mantenerse durante la vigencia del acto o contrato respectivo.

TERCERO. A partir de la entrada en vigor de las presentes Reglas queda derogado el numeral CB.4 de la Circular 115/2002 de fecha 31 de octubre de 2002 dirigida a las casas de bolsa, y se abrogan las “Reglas a las que deberán sujetarse las Instituciones de Seguros al actuar como fiduciarias”, así como las “Reglas a las que deberán sujetarse las Instituciones de Fianzas al actuar como fiduciarias”, ambas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 4 de abril de 2000.

Expongo sucintamente a continuación los aspectos más relevantes de la Circular en comentario.

1.- Antecedentes.

Elimina figuras de fideicomiso abierto y cerrado, ya que su objetivo era inhibir la realización de operaciones de captación masiva, que en virtud de las reformas a diferentes leyes financieras, quedaron prohibidas (v. gr. artículos 103 fracción IX g de la Ley del Mercado de Valores).

Su objetivo es facilitar la consulta de disposiciones aplicables a operaciones de fideicomiso, en una sola circular, con excepción a las que realiza la banca de desarrollo.

2.- Disposiciones generales.

Previsiones mínimas para el comité técnico:

- a. Forma de integración.
- b. Forma en que tomará resoluciones.
- c. Mecanismo de información de las decisiones acordadas.

Registro y conservación de constancia de operaciones realizadas.

Sólo cobrar honorarios pactados en el contrato, con posibilidad de cargo a patrimonio.

Las Disposiciones también son aplicables a mandatos y comisiones.

Banco de México tiene la prerrogativa de autorizar contratos en términos distintos a los previstos en esta Circular.

2.1.- Previsiones mínimas para fideicomisos de garantía:

Indicar las obligaciones cuyo cumplimiento se garantiza.

Señalar los bienes o derechos patrimonio del fideicomiso.

Proporción que debe mantenerse entre el valor de los bienes fideicomitados y el saldo insoluto de la obligación garantizada.

3.- Inversión.

3.1.- Pactos obligatorios en los contratos:

Procedimiento para invertir el dinero.

Prever la actuación de fiduciario en caso de no poder realizar el procedimiento previsto.

Determinar la clase de bienes, derechos o títulos materia de la inversión.

Indicar su plazo máximo de inversión.

Señalar las características de los intermediarios financieros (contrapartes).

Precisar las características de las emisoras de los valores, títulos de crédito u otros instrumentos financieros y su calificación.

4.- Operaciones con otras entidades.

Obligación de expresar que comparece en cumplimiento de los fines del fideicomiso de que se trate.

Obligación de realizar operaciones con valores, compra venta de divisas, operaciones derivadas y cualquier inversión financiera con Bancos, Casas de Bolsa o Entidad financiera del exterior, siempre que éstas actúen a nombre propio.

Posibilidad de realizar operaciones:

- Compraventa de divisas directamente con Casas de Cambio.
- Compraventa de acciones de sociedades de inversión con las sociedades operadoras.

5.- Medidas de transparencia.

Entregar a las partes un ejemplar del contrato a su celebración e inventario de los bienes que integran su patrimonio.

Obligación de establecer que fiduciario responde civilmente por los daños y perjuicios que causen por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, asumidas en el contrato.

Prever la forma y plazos y personas a las que se entregará la documentación relativa al fideicomiso (estados de cuenta, estados financieros u otra).

Obligación de insertar en forma notoria las prohibiciones de la Ley de Instituciones de Crédito o las de aplicación supletoria y las previstas en esta Circular.

6.- Medidas preventivas mínimas.

Autorización para celebrar operaciones con la misma institución, que actúe por cuenta propia con medidas preventivas para evitar conflictos de intereses:

Prever su posible celebración.

Celebración sólo con autorización expresa para cada caso, con constancia documental (aún electrónica), o

Precisar el tipo de operaciones que sea posible realizar con la institución actuando por cuenta propia y en su caso, sus características.

Prever que los derechos y obligaciones no se extingan por confusión entre fiduciario y la institución, actuando por cuenta propia.

No deberá haber dependencia jerárquica entre fiduciario y el área que actúe por cuenta propia.

Prohibiciones.

En la celebración de contratos:

- a. Cargar a patrimonio honorarios no previstos.
- b. Garantizar la percepción de rendimientos.
- c. Realizar operaciones contrarios a políticas interna y a sanas prácticas bancarias.

Celebrar operaciones con instrumentos financieros que no reúnan las características pactadas en el contrato.

Celebrar fideicomisos que no estén autorizados a celebrar.

Cargar al patrimonio el pago de sanciones impuestas por alguna autoridad.

En fideicomisos de garantía, las Afianzadoras y las Sociedades Financieras de Objeto Limitado (ahora Sociedades Financieras de Objeto Múltiple) sólo podrán recibir bienes y derechos para garantizar obligaciones de que se trate.

Observar lo que dispone el art. 106 fr. XIX de la Ley de Instituciones de Crédito.

Información y sanciones

Obligación de proporcionar la información sobre contratos celebrados o administrados, en la forma y plazo que requiera Banxico.

7.- Sanciones.

Banco de México impone las sanciones a Bancos y Casas de Bolsa, por incumplimiento de las disposiciones de esta Circular. La Comisión Nacional Bancaria y de Valores, las impone a las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, las impone a las Aseguradoras y Afianzadoras.

Como un mero dato anecdótico, la entonces Comisión Nacional Bancaria por medio de la circular número 475 de fecha 6 de mayo de 1957, autorizó a las instituciones fiduciarias a celebrar contratos con otros departamentos de la misma institución en todo lo relativo a compraventa de valores para efectuar inversiones en cumplimiento de los fines de los contratos de fideicomiso, cuando a través de aquellas se adquieran valores gubernamentales o valores emitidos por instituciones nacionales de créditos (incluidas también las hoy denominadas instituciones de banca múltiple) y siempre que las transacciones se celebraran de acuerdo a las condiciones que privan para similares operaciones en el mercado.

Continuando con el análisis del artículo 106 de la Ley de Instituciones de Crédito y de su fracción XIX, inciso b, igualmente a éstas se les prohíbe responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes del incumplimiento de los deudores por los créditos otorgados o de los emisores por los valores que adquieran salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o garantizar la percepción de los rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.

Si al término del fideicomiso, mandato o comisión constituidos para el otorgamiento de créditos, estos no hubieren sido liquidados por los deudores, la institución deberá transferirlos al fideicomitente o fideicomisario, según sea el caso, o al mandante o comitente absteniéndose de cubrir su importe y cualquier pacto en contrario a lo establecido en ambos párrafos no producirá efecto legal alguno.

En los contratos de fideicomiso, mandato o comisión, se insertarán en forma notoria los párrafos anteriores y una declaración de la fiduciaria, en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido bienes para su inversión.

3.- Fideicomisario.

El tercer elemento personal que interviene en la relación fiduciaria es el fideicomisario, que es la persona física o moral que recibe el provecho que implica el fideicomiso, que puede ser el propio fideicomitente o bien un tercero; asimismo el fideicomitente puede designarlo al momento de celebrar el contrato de fideicomiso o incluso aquél puede celebrarlo sin nombrarlo o designarlo, en cuyo caso el contrato de fideicomiso será válido siempre que el fin del mismo sea lícito y determinado, según lo dispone el artículo 382 de la Ley cambiaria.

La misma disposición establece que los fideicomisarios pueden ser personas que tengan la capacidad necesaria para recibir el beneficio que implica el fideicomiso, es decir, que en términos de la legislación federal común vigente, lo son las personas a las que la ley reconoce capacidad jurídica que pueden ejercer por sí mismos o por medio de sus apoderados o representantes legales (cfr. artículos 22, 23 y 25 del Código Civil Federal).

El maestro Batiza precisa que “al exigir capacidad a los fideicomisarios, este artículo (382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito) debe interpretarse en el sentido, no de aludir a la capacidad activa para ser fideicomitente, sino más bien a la ausencia de alguna incapacidad especial derivada de la ley, puesto que el fideicomiso puede constituirse a favor de incapacitados y aun de no nacidos.”³⁹

³⁹ Banco Mexicano Somex. Op. cit. Pág.236.

Un ejemplo de la incapacidad mencionada es el de los extranjeros, que de acuerdo al artículo 5º de la Ley de Inversión Extranjera, están impedidos para ser fideicomisarios en los contratos de fideicomiso cuyo patrimonio sean bienes o acciones de una sociedad que su objeto social esté considerado dentro de las áreas estratégicas mencionadas en dicho numeral o en las sociedades referidas en su artículo 6º.

Asimismo, el artículo 27, fracción II constitucional, dispone que las asociaciones religiosas sólo pueden adquirir, poseer o administrar los bienes que sean indispensables para la realización de su objeto social, lo que les impide, por ejemplo, ser fideicomisarias en fideicomisos por virtud de los cuales tengan el uso y la posesión de bienes inmuebles que no requieran para el cumplimiento de su objeto social.

Por otra parte, tratándose de contratos de fideicomiso con patrimonio integrado por inmuebles ubicado en la denominada zona restringida por los artículos 10 a 14, 18 y 19 de la Ley de Inversión Extranjera, los extranjeros que tengan el carácter de fideicomisarios tienen limitación en su capacidad para que el ejercicio de sus derechos fideicomisarios que se limita al uso y disfrute de dichos inmuebles, no así a la posibilidad de que el fiduciario les transmita el inmueble, en virtud de la prohibición constitucional para que adquieran el dominio directo de sobre tierra y agua en una faja de cincuenta kilómetros a lo largo de la playas y de cien kilómetros a lo largo de las fronteras, según se desprende de la fracción primera del artículo 27 constitucional.

Hay que señalar además que no es forzoso que el fideicomisario sea uno y único, sino que la legislación de la materia permite la posibilidad de que sean varios y de que como lo indica el artículo 394, fracción II de la ley cambiaria, puedan ser sustituidos sucesivamente por muerte del anterior, siempre que la designación se haga a favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente.

La disposición anterior, probablemente sea conjuntamente con la característica de la transmisión en propiedad de los bienes o derechos al fiduciario, la más importante en términos de la adaptación de la institución del fideicomiso al derecho mexicano, de tradición romanista, ya que dicha disposición sólo permite la transmisión de derechos *mortis causa*, a través del testamento.

Los derechos que asisten a los fideicomisarios, adicionalmente a los que el fideicomitente les otorga en el contrato de fideicomiso, están enunciados por el artículo 390 de la referida ley, a saber: exigir el cumplimiento del fideicomiso al fiduciario; atacar la validez de los actos que éste cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del contrato o de la ley le corresponda y en su caso, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.

El cumplimiento del fideicomiso es la forma en la que el legislador expresa que el fiduciario está obligado a circunscribir su actuación a lo pactado en el contrato de fideicomiso.

Al fideicomisario también le asisten las acciones para pedir cuentas al fiduciario, exigir la responsabilidad de éste y pedir su remoción. Sin embargo, ¿qué ocurre cuando el fideicomitente no designó fideicomisario o bien éste es un incapaz? Entonces hay que atender a lo señalado en los artículos 390 y 84, de las leyes Cambiaria y Bancaria, ambos en sus segundos párrafos, es decir, el representante legal y el ministerio público, respectivamente, deberán ejercitar esas acciones.

El licenciado Sergio Monserrit Ortiz Soltero enumera enunciativamente los derechos de los fideicomisarios, que dependen de la voluntad del fideicomitente, del tipo de contrato y en ocasiones de las disposiciones legales:

- A reclamar de la fiduciaria los beneficios que implica el fideicomiso,
- A reclamar que se le transmitan los bienes fideicomitados,
- A reclamar los productos del fideicomiso,
- A nombrar apoderados para la defensa del patrimonio,
- A exigir cuentas de la fiduciaria,
- A negociar los honorarios del fiduciario,
- A modificar el contrato de fideicomiso,
- A nombrar otros fideicomisarios,
- A sustituir a la fiduciaria,

- A ceder sus derechos,
- A exigir el cumplimiento del contrato a la fiduciaria,
- A atacar la validez de los actos que cometa la fiduciaria en su perjuicio, por mala fe o por exceso de facultades, y
- A reivindicar los bienes cuando hayan salido de patrimonio del fideicomiso como consecuencia de esos actos.⁴⁰

Por otro lado, el fideicomisario puede tener a su cargo el pago de los honorarios y gastos fiduciarios y los impuestos que causen el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

⁴⁰ cfr. Monserrit Ortiz Soltero, Sergio. El Fideicomiso Mexicano. Ed. Porrúa. 1ª. Edición. 1998.

CAPÍTULO CUARTO
Fideicomiso Público en México:
Contrato Mercantil y Entidad Paraestatal.

I.- Aspectos preliminares.

El contenido del presente capítulo presenta la problemática de la “clasificación” del fideicomiso, lo que resulta difícil pues implica la determinación de una específica o de otra ya aceptada, tomando en cuenta que la intención de clasificar según diversos puntos de vista, por regla general, sería desafortunada en función de las distintas áreas del conocimiento jurídico que concurrirían en tal clasificación, por un lado, y por el otro, porque nos encontraríamos ante clasificaciones múltiples en torno al fideicomiso.

Por ello, es fundamental hacer énfasis en que, siempre y cuando resulte plenamente determinado el objeto a clasificar, será lógico que existan coincidencias en diversas categorías en función de factores comunes; por lo tanto, el criterio adoptado surgirá en forma directamente proporcional a la relevancia que se otorgue a uno de los elementos que conforman dicho objeto determinado.

Vale la pena resaltar lo anterior ya que desafortunadamente, tanto en el derecho positivo vigente como en nuestra doctrina, tanto la clasificación como la definición de una figura jurídica como la que nos ocupa, ha representado un conflicto de enfoque, lo que deriva en discrepancias que, sin embargo, de ninguna forma deben caer en la arbitrariedad al momento de seleccionar los criterios de división, es decir, sobreponiendo la voluntad personal o el capricho por encima de la interpretación armónica y sistemática de nuestro marco legal.

En ese sentido, resulta válido analizar la figura desde distintos puntos de vista sin perder el más importante: el elemento que cuente con un rigor sistemático superior a otros y que en el caso que nos ocupa, invariablemente tiende a la conclusión contundente de la naturaleza contractual y mercantil de todo fideicomiso.

Por lo tanto, y como cuestión previa al análisis de la aplicación de las normas de derecho administrativo a los contratos de fideicomiso, es preciso tener presentes los elementos que conforman la naturaleza jurídica del fideicomiso público, ya que esto nos permite entender que, además de las normas de derecho administrativo que le resultan aplicables, continúa regido bajo la legislación mercantil en los términos expuestos en los capítulos precedentes; lo anterior, partiendo tanto de la actual legislación administrativa federal como de los criterios doctrinales que sostienen esta opinión.

II.- Definición doctrinal.

Para Miguel Acosta Romero⁴¹, el fideicomiso público es un contrato por medio del cual, el gobierno federal, los gobiernos de los Estados o los Ayuntamientos, con el carácter de fideicomitente, a través de sus dependencias centrales o entidades paraestatales, transmite la titularidad de bienes o afecta fondos públicos, en una institución fiduciaria para realizar un fin lícito determinado, de interés público.

Para José Manuel Villagordo Lozano⁴², el fideicomiso público es susceptible de ser analizado desde diversos ángulos:

- I. Como negocio fiduciario implica las relaciones jurídicas que se dan en el fideicomiso en general, pero matizadas por los factores siguientes:
 - a) El fideicomitente lo será siempre el Poder Ejecutivo, a través de la dependencia que corresponda o de alguna entidad paraestatal con personalidad jurídica y patrimonio propios.
 - b) Los fines que perseguirá serán siempre de interés público.

⁴¹ Tratado teórico práctico de fideicomiso. Ed. Porrúa. México. Segunda edición. 1997.

⁴² Doctrina general del fideicomiso. Ed. Porrúa. México Tercera edición. 1998.

- II. Como entidad paraestatal, es una estructura administrativa, sin personalidad jurídica, utilizada por el Estado como instrumento de política económica y social, integrada dentro de instituciones de crédito autorizadas que actúan como fiduciarias.
- III. Como empresa, es una unidad jurídico económica constituida total o parcialmente con bienes estatales o fondos públicos, orientada a la producción de bienes o prestación de servicios de interés público, cuya organización y funcionamiento se encomienda a una institución fiduciaria, con sujeción al control y vigilancia de la administración pública.
- IV. Como contrato, es aquél que celebran el Ejecutivo por conducto de sus dependencias, los organismos descentralizados o las empresas de participación estatal, con una institución fiduciaria, a efecto de transmitirle la titularidad de ciertos bienes o derechos, con la encomienda de realizar fines de interés público, en beneficio del fideicomisario.

Villagordoa Lozano cita en su obra a diversos autores y sus definiciones del fideicomiso público como se transcribe a continuación:

Sergio García Ramírez: “En su origen, el fideicomiso fue un contrato, evolucionó como tal y sigue siendo éste su forma constitutiva. De él se afirma que es ‘un acto mercantil, negocio unilateral, exclusivamente bancario’ (Raúl Cervantes Ahumada, *Títulos y operaciones de crédito*, Lib. Herrero Editorial, 2ª edición, México, 1957, p.314). Empero, no cabe, creemos, sostener que el acto mercantil o el contrato sean, en rigor una entidad paraestatal. A lo sumo, cabría suponer al fideicomiso una naturaleza evolutiva, y por lo tanto, ambigua. Los contratos no producen vinculaciones entre personas, sin dar origen a una independiente y tercera, o haciéndolo así de propósito (asociaciones, sociedades). No es esto último lo que, en principio, se ha propuesto hacer el fideicomiso; empero, es lo que ahora acontece, bajo normas nuevas del derecho administrativo, que ha modificado aquí como en tantas partes las viejas categorías mercantiles. Estos fideicomisos públicos son, ellos mismos, centros de imputación de derechos y deberes, que se perfilan como algo diverso del fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.”

Arturo Castañeda Niebla: “el fideicomiso público es la entidad, unidad económica u organismo especial que, sin gozar de personalidad jurídica propia, constituye una nueva estructura administrativa en virtud de la cual, el Estado, representado por sus órganos administrativos en su carácter de fideicomitente y, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, transmite a una institución nacional de crédito autorizada para realizar operaciones fiduciarias, en su carácter de fiduciario público, la titularidad de ciertos bienes o derechos destinados a la realización de un fin lícito determinado a favor del fideicomisario que pueden serlo, uno o varios organismos público o privados e incluso, sectores sociales, sujetándose a las modalidades contenidas en el acto constitutivo y las disposiciones legales aplicables en esta materia.”

“Los fideicomisos públicos son nuevas estructuras administrativas que operan dentro del campo de la empresa pública, como un servicio bancario que las instituciones fiduciarias nacionales prestan al sector público, con el propósito de satisfacer así, necesidades colectivas de trascendencia social y económica, operando por medio de organismos independientes técnicamente de la institución que los maneja, pero aprovechando su personalidad jurídica por carecer de una propia para cumplimentar sus fines.”

Efrén Cervantes Altamirano: “el fideicomiso estatal es un negocio jurídico típico por virtud del cual la Secretaría de Hacienda como único fideicomitente, constituye un patrimonio autónomo cuya titularidad se atribuye a una institución nacional de crédito como fiduciaria.”

“Estos fideicomisos deben ser autorizados por el C. Presidente de la República y a través de la Secretaría de Programación y Presupuesto (ahora Secretaría de Hacienda y Crédito Público) se darán los objetivos y características generales de los mismos que deberán ser la realización de proyectos, actividades y empresas que apoyen los planes de desarrollo económico y social prioritarios a juicio del propio Ejecutivo.”

De las opiniones anteriores es de concluirse que es Acosta Romero quien inicia su definición estableciendo la naturaleza contractual del fideicomiso público, toda vez que tanto el fideicomitente –ente público- como el fiduciario –institución fiduciaria- comparecen a su formalización, pactando los derechos y obligaciones de las partes, inclusive, por supuesto, del beneficiario-fideicomisario.

Lo anterior coincide con la tesis del maestro Batiza sobre el contrato de fideicomiso, ya que considera que la naturaleza de acto unilateral con la que diversos autores lo califican carece de base jurídica, pues la declaración correspondiente no pasa de ser una simple oferta o policitud; además, afirma que la naturaleza contractual del fideicomiso mexicano, incluso su categoría específica en el género de contrato bilateral, sinalagmático y perfecto, queda confirmada por la existencia de la condición resolutoria tácita, según la cual el pacto promisorio se entiende implícito en las obligaciones recíprocas, y que en el caso que nos ocupa se presenta en la Ley de Instituciones de Crédito, que dispone en sus artículos 80 y 84 que el fiduciario queda tácitamente obligado, de manera contractual, al cumplimiento de una obligación cuyo defecto crea responsabilidad de daños y perjuicios, además de la opción de exigencia de cuentas y en su caso, remoción del cargo, por lo que resulta inevitable compartir la acertada postura del maestro Rodolfo Batiza tan destacado por su dedicación y conocimiento en la materia fiduciaria.

III.- Postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Federales.

Tal y como se desprende de las tesis que a continuación y en lo conducente quedan transcritas, es reiterada la postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Federales sobre la naturaleza del fideicomiso como contrato .

Esta reiteración surge de la manera en que analiza la figura en las ponencias que finalmente sirven de base para resolver los juicios tanto desde el punto de vista constitucional como en primera instancia, calificándolo como un acto jurídico contractual; inclusive, al abordar el cuestionamiento de su naturaleza, lo ha considerado como negocio jurídico y acto jurídico, cuestión que resulta contradictoria partiendo de la base de que esta circunstancia tendría como lógica conclusión que, por lo tanto, el Poder Judicial Federal ha resuelto los litigios según las prestaciones reclamadas en cada caso particular pasando por alto la trascendencia de estudiar el aspecto sustancial que dichos juicios tendrían en común, es decir, la determinación de su naturaleza a la luz de las normas y de la intención del legislador.

Titularidad fiduciaria. Es lícito su ejercicio cuando se ciñe a lo pactado en el fideicomiso. ...ni debe estimarse que la fiduciaria ejerce una función jurisdiccional, dado que dispone de los bienes del patrimonio del fideicomiso de los cuales es titular, lo que de ninguna manera implica que obre en sustitución de dicha autoridad judicial, sino sólo proceda a la realización de un acto emanado de la libre voluntad y determinación del fideicomitente al destinar bienes de su propiedad para la constitución de un fin lícito determinado, de tal suerte que, la fiduciaria no vulneró ninguna norma legal al ejecutar el fideicomiso, pues obró conforme a los términos estipulados *en el mismo contrato*...

(A D 3551/79, séptima época, Tercera Sala, Informe 1980, segunda parte, Sala Civil, pág. 85).

La calificación contractual del fideicomiso deriva de la actuación del fiduciario según los términos pactado en el mismo bajo la forma de contrato tomando en consideración de manera paralela la obligación que le impone la ley especial.

Fideicomiso. Instituciones de crédito. Remate. Si en la escritura constitutiva del fideicomiso no se pactó que ... sino que se convino expresamente que dicha venta se haría conforme a las bases establecidas en las cláusulas respectiva del contrato de fideicomiso...

(A D 3756/75, séptima época, Tercera Sala, vol semestral 115-120, cuarta parte, pág. 47)

Al reconocer la convención mercantil que permite a las partes obligarse en la manera y términos que aparezca que quisieron obligarse –artículo 78 del Código de Comercio, ubicado en el capítulo correspondiente a los contratos mercantiles-, el órgano jurisdiccional resuelve de conformidad calificando al fideicomiso como contrato.

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

derechos, limitada tan sólo por aquellos adquiridos con anterioridad a la constitución del fideicomiso. En estos términos, constituido el fideicomiso sin reserva alguna e inscrito en el Registro de la Propiedad, *el contrato* surte efectos y consiguientemente, el fideicomitente, a menos de desnaturalizar la esencia del fideicomiso y violando el pacto, ya que no puede ejercer sobre el bien afectado, actos de administración ni derechos de libre disposición no puede consiguientemente, imponer nuevos gravámenes a favor de terceros; y el desconocimiento de los derechos que adquiere la institución fiduciaria y los que le corresponden por su inscripción en el Registro de la Propiedad, son fuente de violación de garantía. Ahora bien, el registro, aunque se haga en fecha posterior a la de la presentación, surte efectos desde ésta, y el registro que se haga de algún gravamen a favor de tercero, después de la fecha de la presentación para registrar el *contrato de fideicomiso*, es indebida.

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

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época. Tomo CV. Pág. 2047. **Tesis Aislada.**)

La relevancia de esta tesis aislada estriba en el reconocimiento que realiza del fideicomiso como un acto traslativo de dominio, y que como se aprecia, data de 1950 cuando la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito aún no disponía lo que el legislador reformó en junio del 2003 en el artículo 381 de dicho ordenamiento, es decir, que a través del fideicomiso el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos.

Fideicomiso. Es un negocio jurídico y no persona moral correspondiendo su representación a la fiduciaria. El fideicomiso es *un contrato* en el que los bienes se encuentran destinados a la finalidad del negocio y la representación en defensa de los intereses corresponde a la fiduciaria atento al contenido del artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, máxime cuando se reconoce, por tercera persona, que se trata de un fideicomiso y, partiendo de tal premisa, debe concluirse que con ello prácticamente se debe reconocer la legitimación de la fiduciaria para tener intervención en la controversia natural, sin que obste a lo anterior la circunstancia de que en el contrato base de la acción intervenga otra persona física en representación del fideicomiso, ya que por disposición expresa legal, corresponde

la debida representación en el juicio a la fiduciaria, siendo menester que se le conceda la garantía de audiencia en esa controversia; por ello es erróneo que se esté en presencia de una empresa o persona moral ya que *el fideicomiso es un contrato* y como tal no puede ser considerado como una persona jurídica colectiva.

Tercer Tribunal Colegido en materia civil del Primer Circuito. I.3º.C.768 C.

(Amparo en revisión 153/95. Nacional Financiera, S.N.C., como fiduciaria de (INFOTEC). 26 de enero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis García Vasco. Secretario: Guillermo Campos Osorio.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación Octava Época. Tomo XV-I, febrero. Pág. 187. **Tesis Aislada.**)

El órgano jurisdiccional reconoce de manera indubitable la naturaleza contractual del fideicomiso, que sirve de sustento para definir la representación judicial que le corresponde al fiduciario como titular de los bienes fideicomitidos.

IV.- Marco conceptual del fideicomiso público.

En el intento de definir esta institución jurídica, el fideicomiso público ha sido considerado como una categoría administrativa nueva que el gobierno federal constituye, ya por disposición de ley, ya por el mandato de otros ordenamientos administrativos, pero siempre por conducto de su fideicomitente único, para que un fondo patrimonial autónomo integrado con bienes y derechos de su propiedad, se transmita a una institución fiduciaria, con el objeto de que ésta proceda a administrar o suministrar los recursos patrimoniales mencionados para el cumplimiento de sus fines.

Es necesario mencionar la consideración de que también son fideicomisos públicos, los celebrados por las entidades federativas o por los municipios, a los que formalmente podrían llamarse como fideicomisos públicos estatales o municipales. Al respecto, debe señalarse que no son materia de la presente tesis, ya que ésta se ocupa únicamente de la esfera federal.

La regulación primaria o elemental del fideicomiso público es común a la del fideicomiso privado, de forma tal que al igual que a estos últimos, les aplican, en lo conducente, las disposiciones relativas de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y de la Ley de Instituciones de Crédito, tal y como se analiza a continuación:

Según Miguel Acosta Romero, el fideicomiso público es una institución utilizada en forma frecuente en la práctica y respecto de la cual, sin embargo, su precisión teórica y legal dista mucho de haberse logrado. Agrega que, en efecto, salvo escasas referencias teóricas como la obra de Rodolfo Batiza, no existe en nuestra literatura jurídica un concepto de lo que debe entenderse por fideicomiso público, que viene a ser una variante del fideicomiso en general. Además, las normas que se refieren al fideicomiso público, en primer lugar, están dispersas en una serie de leyes especiales y, en segundo lugar, no existe una ley que los regule en forma sistemática. La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y la Ley Federal de Entidades Paraestatales distan mucho de pretenderlo.⁴³

En efecto, son varias las disposiciones legales –expedidas o reformadas en distintas épocas– que regulan el fideicomiso público en nuestro país. Además de las dos ya citadas, pueden mencionarse además a las de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y la Ley General de Deuda Pública.

En consecuencia, el régimen aplicable está disperso y resulta conveniente precisar, conforme a dicho régimen, cuándo un fideicomiso es público y cuándo no; cuándo un fideicomiso público es entidad paraestatal, y cuáles son las disposiciones aplicables a unos y otros de dichos fideicomisos.

Las diversas interpretaciones para resolver las cuestiones anteriores dan lugar a que, en la práctica, no siempre se cumplan las disposiciones aplicables, se utilicen figuras jurídicas para simular operaciones que constituyen verdaderos fideicomisos, o bien se opte por mandatos en casos en que pudiera utilizarse con mayores ventajas el fideicomiso.

⁴³ Acosta Romero, Miguel. Tratado teórico práctico de fideicomiso. 2ª Ed. actualizada, Editorial Porrúa, S.A., México, 1997.

En nuestro país, el fideicomiso público nace a partir de la necesidad del ente público de utilizar operaciones mercantiles en el ámbito del derecho administrativo, lo que le permite destinar distintos recursos –bienes muebles e inmuebles, cantidades de dinero, valores- , que en algunos casos inclusive tienen diversos orígenes, con el objetivo de cumplir con un fin social o público específico, mediante la celebración de un acto jurídico único tan claro y tan “a la medida”, evitando la creación de personas morales de derecho público.

El fideicomiso público tiene la misma naturaleza que el fideicomiso privado, es decir, que se trata de un contrato, sin la personalidad propia definida por Hans Kelsen como el ser el centro de imputación de derechos y obligaciones, en el que el fiduciario es la persona jurídica que realiza actos por cuenta y orden de terceros, conforme a lo pactado en el clausulado del contrato.

Desde el punto de vista jurídico, lo que existe en un fideicomiso son las partes que intervienen en el contrato, y el patrimonio de propiedad fiduciaria. No hay una entidad jurídica propia que pudiera tener una actuación jurídica autónoma, sino que tiene que hacerlo a través de las partes, o de su comité técnico entendido como una extensión de la voluntad del fideicomitente que lo creó, por lo que no cabe duda de que dicho comité tampoco goza de personalidad jurídica sino que su actuación estará limitada a fungir como órgano colegiado para adoptar decisiones.

Siendo así que el fideicomiso público se rige por las normas aplicables a cualquier fideicomiso, en concreto la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y la Ley de Instituciones de Crédito, para todo lo relativo a su celebración, derechos y obligaciones de las partes, ejecución de los fines, causas de extinción, entre otros.

La legislación administrativa aplicable a los fideicomisos públicos no modifica su naturaleza y por ende, las facultades exorbitantes que se otorguen a los órganos administrativos –e incluso legislativos- para el control de estos actos jurídicos, no pueden ir más allá de su propia realidad jurídica, y de los que establece la legislación para ejercer tal control.

Un claro ejemplo de ello está inserto en la resolución que como tesis aislada emitió la Cuarta Sala del máximo órgano judicial de nuestro país que a continuación queda transcrita, en virtud de la cual concluye que resulta aplicable la Ley de Instituciones de Crédito por cuanto

hace a la contratación de personal al servicio del fideicomiso, distingue como autoridad competente para caso de controversia laboral al Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje en función de que la fiduciaria es una sociedad nacional de crédito, y que en los antecedentes podemos observar con claridad que diversos tribunales laborales del estado de Jalisco se consideraron competentes, posiblemente en función del fideicomitente -Gobierno del estado de Jalisco:

Fondo Estatal de Fomento Industrial del Estado de Jalisco (FOJAL). El Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje es competente para conocer de los conflictos laborales en los que intervenga el. El artículo 82 de la Ley de las Instituciones de Crédito, dispone que “el personal que las instituciones de crédito utilicen directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos, no formará parte del personal de la institución, sino que, según los casos, se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso. Sin embargo, cualquier derecho que asista a esas personas conforme a ley, los ejercerán contra la institución de crédito, la que, en su caso, para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte afectará, en la medida que sea necesaria, los bienes materia del fideicomiso”. Ahora bien, el Fondo Estatal de Fomento Industrial del estado de Jalisco, es un fideicomiso constituido mediante un contrato privado celebrado entre el Gobierno del Estado de Jalisco, actuando como fideicomitente y Nacional Financiera, S.A., como fiduciaria, en consecuencia, es esta última la obligada a cumplir las resoluciones a que se refiere el precepto transcrito, toda vez que dicho fiduciario es una Institución que forma parte del sistema bancario mexicano, de conformidad con los preceptos 1º y 3º de la Ley de Instituciones de Crédito. Por tanto, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje es competente para conocer de los conflictos laborales en que sea parte el citado fideicomiso, de acuerdo con las fracciones XII y XIII Bis del apartado “B” del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que esta última fracción establece, que las entidades de la administración pública federal que integren el sistema bancario mexicano regirán sus relaciones laborales con sus trabajadores por lo dispuesto en el mencionado apartado “B”, y conforme a la fracción primeramente invocada, los conflictos individuales, colectivos o intersindicales de las entidades comprendidas en ese apartado, serán sometidos al Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.

4ª. XXVII/92

Competencia 60/92. Suscitada entre el Tribunal de Arbitraje y Escalafón de Guadalajara, Jalisco, la Tercera Junta Especial de la Local de Conciliación y Arbitraje de Jalisco y la Junta Especial Número Dieciocho de la Federal de Conciliación y Arbitraje en esa misma Entidad Federativa. 31 de agosto de 1992. Cinco votos. Ponente: Ignacio Magaña Cárdenas. Secretario: Sergio García Méndez.

Instancia: Cuarta Sala. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación, Octava Época. Tomo X, octubre de 1992. Pág. 129. **Tesis Aislada.**

V.- Antecedentes históricos de las principales disposiciones jurídicas de carácter administrativo en el ámbito federal.

Para referirnos al fideicomiso público en México, es necesario hacer una semblanza histórica sobre las principales disposiciones jurídicas que han regulado esta institución. Es así, que en el ámbito de la legislación referente a la organización de la Administración Pública Federal, la primera disposición que se ocupó de la regulación de los fideicomisos públicos fue la Ley de Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal de 1947, sin menoscabo de que en la práctica el entonces Banco Nacional Hipotecario Urbano y de Obras Públicas constituido en el año de 1933, actualmente Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C., comenzara con anterioridad a valerse del fideicomiso público, particularmente para el otorgamiento de créditos a Estados y Municipios para la dotación de agua potable, drenaje, mercados y otros servicios públicos.

Con la expedición de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de Diciembre de 1976, se confirma la consideración del fideicomiso público dentro de la estructura general de la Administración Pública, la cual se vio reordenada como sabemos con las reformas al artículo 90 constitucional del 14 de abril de 1981 y las ulteriores reformas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en 1982, consistentes en la distinción y conceptualización de la Administración Pública Centralizada y la Paraestatal, contexto bajo el cual justamente se expidió la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, misma que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del 14 de mayo de 1986 -abrogando la Ley para el Control por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal-, y que dispuso en su artículo sexto transitorio lo siguiente:

Artículo sexto.- En lo tocante a los fideicomisos a que se refiere el artículo 40 de esta ley, se dictarán desde luego las disposiciones relativas para que en su caso, los comités técnicos se ajusten a la integración y funcionamiento que en esta ley se señala respecto a los órganos de gobierno y se designarán en los casos en que proceda a sus comisarios públicos por la Secretaría de la Contraloría General de la Federación.

VI.- Marco jurídico propio del fideicomiso público.

En la actualidad, las principales disposiciones que regulan la institución del fideicomiso público son las siguientes:

- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
- Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal.
- Ley General de Deuda Pública.
- Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.
- Ley de Obras Públicas y servicios relacionados con las mismas.
- Ley Federal de las Entidades Paraestatales.
- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- Ley de Instituciones de Crédito.
- Ley del Banco de México.
- Las diversas leyes de creación de bancos de desarrollo.
- Las diversas leyes financieras que permiten a ciertas sociedades fungir como fiduciarios en ciertas operaciones.
- El Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación del ejercicio de que se trate.

Especial mención merece el Manual de Normas Presupuestarias para la Administración Pública Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre del 2002, cuyo antecedente está en el Manual de Normas para el Ejercicio del Gasto en la Administración Pública Federal del 28 de diciembre de 1996, mismo que fue sustituido por el publicado en el mismo órgano de difusión oficial el 31 de marzo de 1998, y que integró y sistematizó disposiciones de difusión restringida cuyo manejo era celosamente reservado por las diversas dependencias federales que tienen injerencia en la celebración y funcionamiento de los fideicomisos públicos.

Además, desde el punto de vista presupuestario como quedará ampliamente comentado con posterioridad, el contenido del Manual de Normas antes mencionado es de observancia obligatoria en la dependencias y entidades de la Administración Pública Federal tal y como lo establece su artículo primero, y agrega que las dependencias que tengan a su cargo el ejercicio de los ramos generales, la Procuraduría General de la República, los tribunales administrativos, la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal y la Presidencia de la República, se sujetarán a las disposiciones contenidas en el mismo que rigen a las dependencias, en lo que no se contraponga a los ordenamientos legales que las rigen.

Los principales preceptos que se refieren a las características de los fideicomisos públicos son los artículos 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, 40 y 41 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, 2º, fracción VIII de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y 1º de la Ley General de Deuda Pública.

El único elemento común que se menciona en los cuatro ordenamientos como propio de los fideicomisos públicos, es que se celebre por alguna dependencia -en este caso a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o entidades de la Administración Pública Federal en calidad de fideicomitente.

En consecuencia, podría afirmarse que un fideicomiso es público cuando tenga dicho elemento común, independientemente de quién sea la fiduciaria (banca múltiple o de desarrollo), quiénes sean los fideicomisarios-beneficiarios (el propio Gobierno Federal, algún tercero, o bien fideicomisarios indeterminados), si el fideicomiso tiene o no comité técnico o estructura orgánica, o si se celebra o no para auxiliar al Estado en áreas prioritarias del desarrollo.

Ahora bien, el régimen jurídico permite distinguir en los fideicomisos públicos, aquellos que son entidades paraestatales y aquellos que no lo son.

El fideicomiso público, como figura administrativa, forma parte de la administración pública paraestatal. Así lo prevé la **Ley Orgánica de la Administración Pública Federal** tal y como se desprende de los siguientes artículos:

ARTÍCULO 1°.- La presente ley establece las bases de organización de la administración pública federal, centralizada y paraestatal.

La Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, integran la Administración Pública Centralizada.

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

ARTÍCULO 3°.- El Poder Ejecutivo de la Unión se auxiliará, en los términos de las disposiciones legales correspondientes, de las siguientes entidades de la administración pública paraestatal:

I. Organismos descentralizados;

II. Empresas de participación estatal, instituciones nacionales de crédito, organizaciones auxiliares nacionales de crédito e instituciones nacionales de seguros y de fianzas, y

III. Fideicomisos

ARTÍCULO 47.- Los **fideicomisos públicos** a que se refiere el artículo 3o., fracción III, de esta ley, son aquéllos que el gobierno federal o alguna de las demás entidades paraestatales constituyen, con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, que cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades y que tengan comités técnicos.

En los fideicomisos constituidos por el gobierno federal, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público fungirá como fideicomitente único de la Administración Pública Centralizada.

Dado que la ley considera a los fideicomisos públicos como integrantes de la administración pública paraestatal, en consecuencia les resulta aplicable la legislación administrativa y por ende, las facultades de control que ejercen los poderes ejecutivo y legislativo, sobre las entidades paraestatales. Así sucede con los organismos descentralizados y con las empresas de participación estatal.

En este sentido, la **Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal** regula en estas materias a los fideicomisos públicos -como entidades paraestatales o sin considerarse como tales- según el sujeto que funja como fideicomitente en los mismos, y además contiene una de las normas fundamentales -artículo noveno- para la celebración de fideicomisos públicos federales que es la determinación de la autoridad administrativa a la que corresponde la facultad para celebrarlos, tal y como se desprende de los numerales que se citan a continuación:

ARTICULO 2º.- El gasto público federal comprende las erogaciones por concepto de gasto corriente, inversión física, inversión financiera, así como pagos de pasivo o de deuda pública, y por conceptos de responsabilidad patrimonial, que realizan:

- I. El Poder Legislativo,
- II. El Poder Judicial,
- III. La Presidencia de la República,
- IV. Las secretarías de Estado y departamentos administrativos y la Procuraduría General de la República,
- V. El Departamento del Distrito Federal,
- VI. Los organismos descentralizados,
- VII. Las empresas de participación estatal mayoritaria,
- VIII. **Los fideicomisos en los que el fideicomitente sea** el Gobierno Federal, el Departamento del Distrito Federal o alguna de las entidades mencionadas en las fracciones VI y VII.

Sólo para los efectos de esta Ley, a las instituciones, dependencias, organismos, empresas y fideicomisos antes citados se les denominará genéricamente como "entidades", salvo mención expresa.

ARTÍCULO 9º.- Sólo se podrán constituir o incrementar fideicomisos de los mencionados en la fracción VIII del artículo 2o. de esta ley con autorización del Presidente de la República emitida por conducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto, la que en su caso propondrá al propio Ejecutivo Federal la modificación o disolución de los mismos cuando así convenga al interés público.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público será la fideicomitente única del Gobierno Federal.”

En los anteriores artículos se aprecia claramente la intención del legislador federal de considerar, en armonía con la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y la Ley Federal de Entidades Paraestatales, como se analizará más adelante, a los fideicomisos públicos como ejecutores de gasto público independientemente de que sean o no considerados como entidades paraestatales, toda vez que éstos últimos tienen como propósito administrar recursos públicos o destinados al apoyo de programas y proyectos específicos del gobierno federal, a través de las dependencias o de entidades paraestatales, para coadyuvar en la ejecución de sus presupuestos autorizados.

De esta forma, la **Ley General de Deuda Pública** en la fracción VI de su artículo primero, otorga la calidad de “entidades” a los fideicomisos, como se aprecia de su transcripción:

ARTÍCULO 1º.- Para los fines de esta ley, la deuda pública está constituida por las obligaciones de pasivo, directas o contingentes derivadas de financiamientos y a cargo de las siguientes entidades:

...

VI. **Los fideicomisos en los que el fideicomitente sea** el Gobierno Federal o alguna de las entidades mencionadas en las fracciones II al V.

Es la **Ley Federal de Entidades Paraestatales** la disposición jurídica que permite distinguir, en los fideicomisos públicos, aquellos que son entidades paraestatales y aquellos que no lo son, para lo cual resulta pertinente insertar a la letra los siguientes artículos de dicha ley:

ARTÍCULO 40.- Los **fideicomisos públicos** que se establezcan por la administración pública federal, que se organicen de manera análoga a los organismos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, que tengan como propósito auxiliar al Ejecutivo mediante la realización de actividades prioritarias, **serán los que se consideren entidades paraestatales** conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y quedarán sujetos a las disposiciones de esta ley.

Los comités técnicos y los directores generales de los fideicomisos públicos citados en primer término, se ajustarán en cuanto a su integración, facultades y funcionamiento a las disposiciones que en el Capítulo V de esta ley se establecen para los órganos de gobierno y para los directores generales, en cuanto sea compatible a su naturaleza.

ARTÍCULO 41.- El Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien será el fideicomitente único de la Administración Pública Federal Centralizada, cuidará que en los contratos queden debidamente precisados los derechos y acciones que corresponde ejercitar al fiduciario sobre los bienes fideicomitados, 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, el cual deberá existir obligadamente en los fideicomisos a que se refiere el artículo anterior.

De conformidad con el artículo 40 transcrito anteriormente, en concordancia con el artículo 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal que ha quedado citado anteriormente, los fideicomisos públicos que, además, deben considerarse entidades paraestatales, son los que tengan las características siguientes:

- a) Haber sido establecidos por alguna dependencia o entidad de la Administración Pública Federal;
- b) Que se organicen de manera análoga a los organismos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, y
- c) Que tengan como propósito auxiliar al Ejecutivo mediante la realización de actividades prioritarias.

En relación con cada una de las características antes citadas, cabe hacer los siguientes comentarios:

1.- Fideicomisos establecidos por la Administración Pública Federal.

Esta es la característica que diferencia a los fideicomisos públicos. De esta manera, todos aquellos que sean entidades paraestatales serán públicos, si bien no a la inversa.

2.- Organización análoga a entidades paraestatales.

De manera concreta, el artículo 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal establece, en lo conducente, que serán entidades paraestatales los fideicomisos "... que cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades y que tengan comités técnicos..." Por su lado, el artículo 40 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales señala como característica "... que se organicen de manera análoga a los organismos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria..."

Con base en los preceptos descritos puede afirmarse que para que un fideicomiso público sea considerado como entidad paraestatal no basta que tenga un comité técnico, sino que

es necesario que cuente con una estructura y se organice de manera análoga a organismos o empresas entidades paraestatales.

En efecto, la característica relevante es la estructura y organización, ya que en la práctica hay una gran semejanza entre un organismo descentralizado o una empresa de participación estatal mayoritaria, por un lado, y un fideicomiso público que pueda contratar personal y -por lo tanto- contar con una estructura orgánica propia, por el otro. Por lo contrario, no hay entidades paraestatales constituidas únicamente con el órgano de gobierno -que equivaldría al comité técnico- pero sin estructura orgánica.

3.- Auxiliar en actividades prioritarias.

Salvo casos excepcionales, todo fideicomiso público, con estructura orgánica, se considerará que auxilia al Ejecutivo Federal en actividades prioritarias.

Ahora bien, en términos de los preceptos legales antes transcritos, y atendiendo a una interpretación armónica de los mismos, será necesario que el fideicomiso, para considerarse como entidad, cuente con las tres características y no sólo con algunas de ellas. En sentido contrario, los fideicomisos públicos que no tuvieren las características antes citadas, no se consideran entidades paraestatales. En esta categoría pueden mencionarse, entre otros, al fideicomiso para emitir PETROBONOS⁴⁴, que aún con su compleja operación no requiere de estructura orgánica ni director general para su funcionamiento.

⁴⁴ Los petrobonos son certificados de participación que representan derechos de sus titulares a una parte alícuota de la propiedad del volumen de petróleo dado en fideicomiso, así como del producto de la venta del mismo patrimonio fideicomitado. Ese fideicomiso cuenta como patrimonio con barriles de petróleo crudo, que el gobierno adquiere de Petróleos Mexicanos.

Los certificados de participación son títulos de crédito emitidos por el fiduciario que representan el derecho a una parte alícuota de los frutos o rendimientos de los valores, derechos o bienes que la sociedad emisora tiene en fideicomiso irrevocable para ese propósito, el derecho a una parte alícuota del derecho de propiedad o de la titularidad de los bienes, derechos o valores, o el derecho a una parte alícuota del producto neto que resulte de la venta de ellos. Los certificados de participación son bienes muebles aun cuando los bienes fideicomitados, materia de la emisión, sean inmuebles.

Estos títulos tienen por objeto facilitar la inversión en bienes de toda especie, muebles o inmuebles, valores, derechos, acciones de sociedades, empresas industriales o mercantiles mediante su adquisición por múltiples interesados que, con pequeñas cantidades, pueden participar en importantes inversiones; la inversión puede acrecentarse en virtud de la adquisición de otros certificados de la misma edición o al hacer pagos parciales para completar el valor nominal de un certificado.

El primer Petrobono se emitió en 1971, durante el sexenio de José López Portillo. Sus características fueron esencialmente similares a las de las emisiones vigentes, una cantidad fija de barriles de petróleo como respaldo de cada bono, un plazo de tres años, un rendimiento mínimo garantizado (equivalente a intereses) pagables al trimestre y un valor de amortización, convertido al tipo de cambio peso/dólar vigente a la fecha de la amortización. En el año de 1982 se introdujeron cambios que tuvieron múltiples implicaciones en los Petrobonos, porque se decidió aplicar el tipo de cambio controlado al valor de amortización del instrumento, régimen que existe hasta la fecha. También, se decidió denominar el rendimiento mínimo garantizado de cada emisión no en una cantidad fija de pesos, como había sido anteriormente, sino en barriles de petróleo, con un precio mínimo garantizado de petróleo, convertido al tipo de cambio controlado vigente. Hoy en día, permiten que la ganancia de capital sea exenta de impuesto sobre la renta para la persona física por ser una operación a través de Bolsa.

El criterio implícito en las consideraciones anteriores es congruente con un antecedente de carácter administrativo que vale la pena mencionar: la resolución de la entonces Secretaría de Programación y Presupuesto de abril de 1984, conforme a la cual no se consideran entidades paraestatales -aún cuando se constituyan por el sector público federal- los fideicomisos:

- a) para crear reservas destinadas al pago de primas de antigüedad o pensiones por jubilación;
- b) para permitir el uso y aprovechamiento de inmuebles para fines industriales o turísticos en zonas fronterizas o litorales del país, y
- c) para afectar inmuebles para el desarrollo de nuevas regiones y centros turísticos que realice el Fideicomiso Fondo Nacional de Fomento al Turismo. (FONATUR).

Por cuanto hace a la **Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público**, a continuación queda transcrito, en lo conducente, el artículo primero que hace referencia al fideicomiso como sujeto de tal norma legal:

ARTÍCULO 1º.- La presente ley es de orden público y tiene por objeto regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, contratación, gasto y control de las adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles y la prestación de servicios de cualquier naturaleza, que realicen:

- I. Las unidades administrativas de la Presidencia de la República;
- II. Las Secretarías de Estado, Departamentos Administrativos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal;
- III. La Procuraduría General de la República,
- IV. Los organismos descentralizados;
- V. Las empresas de participación estatal mayoritaria **y los fideicomisos en los que el fideicomitente sea el gobierno federal o una entidad paraestatal**, y
- VI. Las entidades federativas, con cargo total o parcial a fondos federales, conforme a los convenios que celebren con el Ejecutivo Federal, con la participación que, en su caso, corresponda a los municipios interesados. No quedan comprendidos los fondos previstos en el Capítulo V de la Ley de Coordinación Fiscal.

...

...

...

Las dependencias y entidades se abstendrán de crear **fideicomisos**, otorgar mandatos o celebrar actos o cualquier tipo de contratos, que evadan lo previsto en este ordenamiento.

La **Ley de Obras Públicas y servicios relacionados con las mismas**, en un artículo similar del que acaba de ser reproducido, igualmente dispone que quedan sujetos a las disposiciones de dicha ley los fideicomisos públicos como se observa enseguida:

ARTICULO 1º.- La presente Ley es de orden público y tiene por objeto regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, contratación, gasto, ejecución y control de las obras públicas, así como de los servicios relacionados con las mismas, que realicen:

- I. Las unidades administrativas de la Presidencia de la República;
- II. Las Secretarías de Estado, Departamentos Administrativos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal;
- III. La Procuraduría General de la República,
- IV. Los organismos descentralizados;
- V. Las empresas de participación estatal mayoritaria **y los fideicomisos en los que el fideicomitente sea el gobierno federal o una entidad paraestatal**, y
- VI. Las entidades federativas, con cargo total o parcial a fondos federales, conforme a los convenios que celebren con el Ejecutivo Federal, con la participación que, en su caso, corresponda a los municipios interesados. No quedan comprendidos los fondos previstos en el Capítulo V de la Ley de Coordinación Fiscal.

...

...

...

...

...

Las dependencias y entidades se abstendrán de crear **fideicomisos**, otorgar mandatos o celebrar actos o cualquier tipo de contratos, que evadan lo previsto en este ordenamiento.

De estas dos últimas leyes vale la pena señalar que carecen de precisión al referirse a los fideicomisos, ya que omite señalar si éstos se consideran o no entidades paraestatales.

Conforme a una primera interpretación, los fideicomisos públicos no paraestatales podrían contratar obra pública o adquirir bienes muebles, sin sujetarse a estas leyes.

Sin embargo, de admitirse esta interpretación se llegaría al extremo de que tales ordenamientos serían aplicables en contratos que celebre directamente la administración pública federal, y no cuando medie un fideicomiso. Ello parecería incongruente con las finalidades de dichas leyes -de procurar las mejores condiciones para el manejo de los recursos públicos-, y podría dar lugar a situaciones que en la doctrina se conocen como “fraude a la Ley”.

Además, podría cuestionarse la licitud de un fideicomiso que tenga como fin realizar obras públicas -o adquirir bienes muebles- sin sujetarse a las leyes de la materia.

En consecuencia, parece conveniente interpretar que aquellos fideicomisos públicos no paraestatales están impedidos para realizar obra pública o adquisiciones de bienes muebles y, por lo tanto, las leyes de la materia no les son aplicables.

Tratándose de obra pública, esta segunda interpretación sería congruente con el espíritu del artículo 11⁴⁵ la ley en comento, que impide la contratación de servicios que tengan como fin la ejecución de la obra por cuenta y orden de las dependencias y entidades.

De esta manera, al otorgarse la autorización para constituir fideicomisos públicos no paraestatales, sería conveniente señalar -además de que no pueden contratar personal- que deberán abstenerse de celebrar operaciones reguladas por la legislación relativa a obras públicas y adquisiciones.

VII.- Elementos distintivos del fideicomiso público.

El Gobierno Federal al utilizar la institución del fideicomiso para el ejercicio de sus atribuciones, lo debe revestir en cumplimiento de las disposiciones legales, de formalidades, características, condiciones y limitantes propias, que lo distinguen del fideicomiso privado, sin menoscabo de que en lo general participa y le son aplicables las disposiciones referentes a este último, particularidades analizadas enseguida:

⁴⁵ Artículo 11.- Corresponde a las dependencias y entidades llevar a cabo los procedimientos para contratar y ejecutar las obras públicas y servicios relacionados con las mismas, por lo que en ningún caso se podrán contratar servicios para que por su cuenta y orden se contraten las obras o servicios de que se trate.

Previsiones Jurídicas Aplicables

- Como se apuntó antes, al fideicomiso público le es aplicable la legislación cambiaria, mercantil y común, además de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, el Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación del ejercicio de que se trate y la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, entre otras.
- El Ejecutivo Federal autoriza su formalización, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en los términos del artículo 9º de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, debiendo señalarse además, que existen algunos casos en que la constitución de fideicomisos deriva de disposiciones, ya en ley o en decretos que así lo prevén, tal como fue el caso del Fondo Bancario de Protección al Ahorro, cuya creación se dispuso en la Ley de Instituciones de Crédito.

Del Fideicomitente

En los fideicomisos públicos en los que interviene el gobierno federal, únicamente puede fungir como fideicomitente de la Administración Pública Centralizada la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con lo dispuesto por el citado artículo 9º de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, así como por los artículos 47 y 41 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y de la Ley Federal de Entidades Paraestatales, respectivamente. Asimismo, similar disposición se establece en el artículo 180 del Manual de Normas Presupuestarias para la Administración Pública Federal. No se omite mencionar, que las entidades paraestatales pueden formalizar fideicomisos por sí mismas, siempre y cuando cuenten con la autorización de su órgano de su gobierno y desde luego con la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en la inteligencia de que también requieren su autorización de la misma para el supuesto incremento, modificación o disolución de los fideicomisos.

Independientemente de lo anterior, alguna dependencia podría argumentar que el carácter de fideicomitente único se refiere exclusivamente a los fideicomisos con calidad de entidades, toda vez que los preceptos que señalan tal carácter se incluyen en leyes que regulan precisamente a las entidades paraestatales.

Sin embargo, considerando que dichas leyes no se limitan a regular únicamente la celebración de entidades paraestatales, que contienen otros preceptos de derecho administrativo, y bajo el principio de no distinguir donde el texto legal no distingue, puede afirmarse que el carácter de fideicomitente único comprende a cualquier fideicomiso que formalice la administración pública centralizada y no sólo para los que tengan el carácter de paraestatales.

Del objeto del Fideicomiso Público

En atención a que en el fideicomiso público se afectan bienes, fondos públicos o en su caso, derechos cuya titularidad corresponde al Estado, solamente es factible celebrarlo con base en un interés público, motivo por el cual estimo conveniente hacer siquiera una breve alusión a las disposiciones jurídicas propias que le son aplicables.

1.- En lo relativo al régimen patrimonial del Estado

La ley que se ocupa de prever el régimen de los bienes de la Federación, es la Ley General de Bienes Nacionales, a partir de la cual es factible desprender cuáles son los bienes de la Federación que son susceptibles de afectarse en fideicomisos públicos.

La ley en comento clasifica al patrimonio nacional en:

- Bienes del dominio público de la Federación, y
- Bienes del dominio privado de la Federación

Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, no están sujetos mientras no varíe su situación jurídica, a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional, conforme al artículo 16 de la Ley General de Bienes Nacionales; en tanto que los bienes del dominio privado, si bien son inembargables, son susceptibles de enajenación, arrendamiento, donación y en su caso de comodato, en los términos de los artículos 58 y 77 a 82 de la citada Ley.

De esta forma, cuando se requiere afectar el dominio de un bien sujeto al régimen de dominio público, se requiere previamente su desincorporación mediante decreto del ejecutivo federal, siempre que haya dejado de ser útil para fines del servicio público.

Por lo anterior, los bienes de dominio público no son susceptibles de ser objeto de fideicomiso, sin menoscabo de que un fideicomiso público entidad paraestatal, puede ser beneficiario del destino de un bien de dominio público.

En cuanto a los bienes de dominio privado de la Federación, debe decirse que nada impide que sean patrimonio de fideicomiso, siempre que se cumplan con los extremos de las disposiciones legales y administrativas aplicables.

Para concluir este inciso, vale la pena transcribir la siguiente tesis aislada de jurisprudencia:

Competencia federal. Se surte para conocer de las controversias sobre arrendamiento de inmueble de un fideicomiso del gobierno federal paraestatal, por tratarse de un bien del dominio privado de la Federación. De la interpretación sistemática de los artículos 1º., 3º., fracción III y 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; 1º. , fracción II y 3º, fracción VIII, de la Ley General de Bienes Nacionales, se desprende que los fideicomisos del Gobierno Federal forman parte de la administración pública federal paraestatal y son bienes del dominio privado de la Federación los inmuebles que ésta adquiera o ingresen por vía de derecho público y tengan como objeto, entre otros, el desarrollo urbano y habitacional. Por consiguiente, tratándose de la controversia sobre arrendamiento de un bien de esa naturaleza, se surte la competencia a favor del Juez de Distrito en el juicio civil, en virtud de que se está en el supuesto previsto en los artículos 53, fracción II, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y 7º. de la Ley General de Bienes Nacionales, ya que la acción relativa afecta dicho inmueble, aunque no sea estrictamente en lo concerniente a la pérdida de la propiedad, pero sí involucra a sus atributos de usar y disfrutar del bien.

Tercer Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito

I.3º.C.280 C

Competencia 23/2001. Suscitada entre el Juez Trigésimo Octavo del Arrendamiento Inmobiliario del Distrito Federal y el Juez Noveno de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal. 27 de septiembre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: Gabriel Regis López.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XV, marzo de 2002. Pág. 1307. **Tesis Aislada.**

2.- Régimen financiero del Estado.

La afectación de recursos financieros del Estado a través de la figura del fideicomiso público ha merecido especial regulación, por lo que es importante señalar nuevamente aquí, que un considerable número de disposiciones de derecho administrativo del ámbito de la competencia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público habían tenido solamente una restringida difusión, además de verse rebasada por la dinámica que caracteriza al fideicomiso, dentro de la cual se encontraban algunas referentes al manejo financiero y presupuestario de los recursos objeto de los fideicomisos públicos, lo cual de alguna manera había inhibido la posibilidad de su integral acatamiento, y de su correspondiente supervisión y seguimiento.

La anterior problemática se ha venido superando una vez que el gobierno federal inició el proceso de sistematización y difusión de las antes celosamente guardadas normas, cuyo manejo prácticamente quedaba reservado a las unidades administrativas de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mismas que aunadas a las ya existentes en el orden legal sobre la materia, han enriquecido el marco jurídico, al cuidar con mayor rigor el manejo de los fideicomisos públicos, previsiones normativas las que, en forma breve, serán analizadas a continuación:

- Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, en cuyos artículos 2º y 9º, se ocupa de restringir los sujetos que puedan fungir como fideicomitentes en los fideicomisos públicos, es decir, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y las entidades paraestatales.
- No se omite mencionar que a partir de la entrada en vigor del Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 1997, quedó establecido por primera vez la obligación de registrar ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público los fideicomisos, mandatos y cualquier otro acto o contrato análogo, dentro de los quince días siguientes a su celebración, en la inteligencia de que también deberían hacerlo los celebrados con anterioridad que continuaran vigentes.
- Por su parte en el Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2004, en su artículo 22, quedó establecido que las dependencias que constituyan o incrementen el patrimonio de **fideicomisos públicos no considerados entidad**, requerirán la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en los términos de las disposiciones legales, y para el caso de las entidades que constituyan

estos fideicomisos, quedan exceptuadas de esta autorización y sólo deberán cumplir con el registro ante dicha secretaría para efectos de su seguimiento y renovar su clave de registro.

Por otra parte, los **fideicomisos considerados entidades** podrán constituirse o incrementar su patrimonio sólo con la autorización del Ejecutivo Federal, emitida por conducto de la misma Secretaría, y ésta podrá, en su caso, proponer su modificación o extinción de los mismos cuando así convenga al interés público.

- El artículo 1º de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, establece que las dependencias y entidades se abstendrán de crear o participar en fideicomisos, cuya finalidad sea evadir lo previsto en las disposiciones aplicables.
- El multicitado Manual de Normas vigente, hace la distinción entre los fideicomisos públicos considerados como entidades paraestatales y los que únicamente son un contrato para administrar bienes de la Administración Pública, además de que exceptúa del cumplimiento de las medidas de control y supervisión propias de la administración federal a aquellos que sean celebrados por las entidades federativas o personas privadas, tal y como se desprende del siguiente análisis de los artículos conducentes:
El título séptimo del Manual de Normas denominado “Fideicomisos, mandatos y contratos análogos que involucran recursos públicos federales”, en su capítulo primero relativo a lineamientos generales, establece en el artículo 181 que las dependencias y entidades que aporten recursos a fideicomisos y contratos análogos que involucren recursos de las entidades federativas o de personas privadas, **no se sujetarán a lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 185 al 189 de ese Manual**, y demás disposiciones presupuestarias aplicables a fideicomisos, siempre y cuando:

- I. Las dependencias por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, o las entidades no funjan como fideicomitentes;
- II. La suma de los recursos públicos federales aportados represente hasta el 50 por ciento del patrimonio;
- III. Los recursos públicos federales provengan de subsidios o donaciones autorizados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público;
- IV. Se establezca una subcuenta específica a efecto de poder identificar los recursos públicos federal y diferenciarlos del resto de las aportaciones;

- V. Registren el fideicomiso o contrato análogo en los términos del artículo 184 del Manual, y
- VI. Informen trimestralmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público el saldo de las subcuentas a que se refiere el inciso IV anterior.

Del artículo antes descrito se observa que para efectos financieros, la administración pública federal está facultada para aportar recursos a otros fideicomisos en los que el fideicomitente es una entidad federativa o una persona privada y, por lo tanto, atendiendo al sujeto de ninguna forma serían considerados como fideicomisos públicos, ni como paraestatales ni como simples contratos de dicha administración.

Sin embargo, el control del ejercicio de dichos recursos les impone requisitos por demás sencillos, como el origen de un subsidio o una donación previamente autorizados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el manejo de subcuentas por parte del fiduciario y un informe trimestral.

A la luz del derecho privado que resulta aplicable a aquellos fideicomisos que celebran las personas privadas mencionados en el artículo que se analiza, lejos de considerar que la aportación de recursos federales implica una modificación al régimen jurídico al que está sujeto en virtud de estos sencillos requisitos, ello no basta para que por sí solos impidan que el contrato celebrado con tales “limitaciones” quede sustraído del régimen contractual del derecho mercantil, puesto que tal contrato no pierde su naturaleza por el hecho de que una reglamentación especial como el Manual de Normas prescriba el cumplimiento de trámites administrativos determinados.

Vale la pena mencionar que el artículo 182 del citado Manual de Normas establece los requisitos que deben cubrir las dependencias y entidades que requieran celebrar fideicomisos, entre los que destacan para el rubro que nos ocupa, es decir, el financiero, que: **1)** cuenten con recursos autorizados en sus presupuestos, **2)** que el proyecto lo elabore la Dirección General Jurídica de la dependencia o equivalente de la entidad -mismo que debe contener el monto y composición del patrimonio, el nombre del servidor público responsable de la aplicación de los recursos, la opinión favorable del fiduciario antes de someterlo a la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público-, **3)** solicitar la autorización presupuestaria a las Direcciones Generales de Programación y Presupuesto sectoriales, con la opinión de la Unidad de Política y Control Presupuestario de la Subsecretaría de Egresos, entre otros.

Finalmente, es importante destacar que dicho artículo en su fracción VIII señala que **en el caso de fideicomisos que se consideren entidades**, además del resto de requisitos, el proyecto será sometido a dictamen de la Comisión Intersecretarial de Gasto Financiamiento, a través de la Dirección General de Programación y Presupuesto sectorial correspondiente, y se requerirá la autorización del Presidente de la República por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en los términos legales aplicables; así mismo, la estructura orgánica deberá contar con la autorización de dicha secretaría, a través de la Unidad de Servicio Civil y de la Secretaría de la Función Pública, en el ámbito de sus competencias; con esto, queda manifestada de forma por demás clara la contundente distinción que en el ámbito administrativo realiza el Poder Ejecutivo Federal entre fideicomisos como entidades paraestatales y los que no lo son.

3.- Del fiduciario

Al igual que en el fideicomiso privado, pueden fungir como fiduciarias en el fideicomiso público las siguientes instituciones:

- El Banco de México
- Las Sociedades Nacionales de Crédito
- Las Instituciones de Banca Múltiple
- Las Aseguradoras y Afianzadoras
- Las Casas de Bolsa

Cabe destacar que las operaciones que realicen las instituciones de banca múltiple, así como los demás intermediarios financieros no sujetos a un control gubernamental o del Estado, en lo que no se oponga a la naturaleza intrínseca de la operación en particular, deberán observar la circular 2019 emitida por el Banco de México, la que en el punto M.31.12.2 de la mencionada circular, establece que los fideicomisos constituidos por la SHCP, no estarán sujetos a la obligación en virtud de la cual el destino de los fondos recibidos deberá comprender un depósito en efectivo sin interés en el Banco de México, por el cincuenta por ciento de los mismos, en una cuenta especial que al efecto el Banco Central lleve a las instituciones.

4.- Responsabilidades y vigilancia

- La responsabilidad de la fiduciaria en los fideicomisos públicos entidades de la Administración Pública Paraestatal, resulta un tanto más estricta que la correspondiente a un fideicomiso privado, puesto que además de estar obligada a cumplir las instrucciones del Comité Técnico, también deberá abstenerse de cumplir aquellas resoluciones dictadas en exceso de las facultades expresamente fijadas por el fideicomitente o en el contrato de fideicomiso.
- La vigilancia de los fideicomisos públicos está encomendada a comisarios públicos designados por la Secretaría de la Función Pública.
- El régimen de responsabilidades de los servidores públicos que intervienen en el fideicomiso público se sujeta, sin perjuicio de las sanciones civiles o penales que puedan resultar, a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
- De conformidad con lo dispuesto en el denominado “Acuerdo por el que dispone que el conjunto de la documentación contable, consistente en libros de contabilidad, registros contables y documentación comprobatoria o justificatoria del ingreso y del gasto público de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, constituyen el Archivo Contable Gubernamental que deberá guardarse, conservarse y custodiarse”, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de noviembre de 1982, “el tiempo mínimo de guarda de los documentos contables será de 12 años”.

Transcurrido este lapso se tiene que solicitar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que, con la opinión del Archivo General de la Nación se determine qué documentos contables deberán destruirse, conservarse o microfilmarse. (artículo séptimo)

5.- Aspectos generales y modalidades del fideicomiso público desde el punto de vista presupuestario.

Primeramente conviene comentar que, a partir del 1º de enero de 1997, desde el punto de vista presupuestario, es irrelevante precisar si un fideicomiso tiene la naturaleza jurídica de público o de privado, ya que lo verdaderamente importante es determinar el origen de los recursos que se transmitan en la celebración de los fideicomisos.

En efecto, por primera vez dentro del derecho presupuestario de nuestro país, se estableció en los artículos 26 y 30 de los Decretos de Presupuestos de Egresos de la Federación para los ejercicios fiscales de 1997 y 1998, respectivamente, una disposición en la que se ordena que para la formalización e incremento de los fideicomisos, sean entidad paraestatal o negocio de la Administración Pública, que “involucre recursos públicos”, se requiere la “previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público”. Acorde a lo anterior, similar previsión se estableció en la norma 594⁴⁶ del Manual de Normas vigente en ese entonces. Asimismo, y con el objeto de evitar diversas interpretaciones sobre cuando se está en presencia de un fideicomiso público o privado, en la norma 595 se precisó que “los fideicomisos públicos son los constituidos con recursos públicos por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o por alguna entidad, sin importar que tengan o no una estructura orgánica análoga a una entidad”.

Por otra parte, para que los fideicomisos públicos sean considerados como entidades paraestatales, es necesario, a la luz de lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que se constituyan por el gobierno federal o alguna entidad paraestatal, con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal para impulsar áreas prioritarias de desarrollo, cuenten con una estructura orgánica análoga a otra entidad paraestatal, y tengan un comité técnico.

Al respecto, es necesario señalar que en la segunda parte del cuarto párrafo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se establece que “la comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional”, en los que el Estado ejercerá su rectoría y protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación.

⁴⁶ 594. Para la constitución e incremento de fideicomisos con estructura análoga a las entidades o cualquier otro que involucre recursos públicos se requerirá la previa autorización de la Secretaría.

Sobre el particular, vale la pena mencionar que al sector público le corresponden las tareas de impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo, ya sea por sí o con los sectores social y privado, de conformidad al artículo 25 de nuestra Carta Magna.

Esta característica ha sido interpretada por la Suprema Corte de Justicia de la Federación como se observa en la tesis aislada que transcribo a continuación:

Reparto de utilidades, los fideicomisos públicos no se encuentran sujetos al pago de.

El fideicomiso público constituye un órgano de la administración pública federal, sujeto a lo que disponen los artículos 1º., 3º., 9º., 47 y 50 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, así como 1º., 2º., 4º., 40 y 58 de la Ley Federal de Entidades Paraestatales, porque no persigue fines de lucro, en razón de que sus actividades se orientan al desarrollo del país, fundamentalmente en beneficiar una rama cuya administración originaria compete al Ejecutivo Federal. Sobre esa base, las utilidades de los fideicomisos públicos no deben ser gravadas, en atención al fin que persigue esa clase de entidades, por disponerlo así el artículo 68, en relación con el artículo 73 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, al no generar utilidades o renta gravable, sino remanentes de su operación, cuyo destino se debe fijar de acuerdo a las legislaciones antes citadas o, en su caso, al contrato de fideicomiso; por ende, no cobra aplicabilidad, en lo que a éste se refiere, el artículo 120, párrafo segundo, de la Ley Federal del Trabajo, porque la participación de utilidades que prevé el precepto legal citado debe determinarse tomando en consideración la renta gravable, de conformidad con las normas de la repetida Ley del Impuesto sobre la Renta.

Segundo Tribunal Colegiado en materia del trabajo del Sexto Circuito.

VI.2º.T.41 L

Amparo directo 62/2002. Fideicomiso de Fomento Minero. 3 de Abril de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Norma Fiallega Sánchez. Secretario: Guillermo Báez Pérez.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XVI, julio de 2002. Pág. 1393. **Tesis Aislada.**

Tales consideraciones significan, desde mi punto de vista que, únicamente se pueden celebrar fideicomisos públicos con estructura orgánica análoga a las entidades paraestatales, en aquellos casos en que se impulsen áreas prioritarias del desarrollo, mismas que, en los términos de la Constitución, se encuentran restringidas a la comunicación vía satélite y a los ferrocarriles.

Por lo que toca a los fideicomisos públicos considerados como contratos que celebren las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal que celebren las dependencias y entidades -en cuyo caso deberán contar con la aprobación de su órgano de gobierno- se inscribirán en el registro de fideicomisos y mandatos de la Administración Pública Federal. Este tipo de fideicomisos tienen que perseguir como finalidad, destinar los recursos fideicomitidos para contribuir a la consecución de los programas aprobados e impulsar las actividades prioritarias del Gobierno Federal (Norma 180).

Cabe destacar, que a la luz del “Manual de Normas”, los fideicomisos formalizados con recursos públicos deberán registrarse en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ante la Dirección General Jurídica de Egresos, a efecto de que la Unidad de Política y Control Presupuestario, en coordinación con las Direcciones Generales de Programación y Presupuesto sectoriales den seguimiento financiero a nivel global a los recursos públicos fideicomitidos (Norma 184).

Como todos sabemos, en los contratos de fideicomiso se debe establecer el plazo de su vigencia, el cual, para los casos de fideicomisos públicos debe ser determinado en función del requerimiento presupuestario para el ejercicio fiscal presente a su celebración y de las estimaciones para los subsecuentes ejercicios fiscales, por lo que deberá obtener anualmente la renovación de la autorización por parte de la Dirección General Jurídica de Egresos, a través de las Direcciones Generales de Programación y Presupuesto, a más tardar el último día hábil del mes de marzo (Normas 182 fracciones III y V, inciso a) y 185).

La celebración de fideicomisos públicos requiere la autorización jurídica de la Procuraduría Fiscal de la Federación, por conducto de la Subprocuraduría Fiscal Federal de Legislación y Consulta, a través de las Direcciones Generales de Programación y Presupuesto sectoriales (Norma VII).

Sólo procederá la formalización de fideicomisos públicos en los casos en los que no se dupliquen funciones o estructuras orgánicas existentes en la Administración Pública Federal. (Norma 182, fracción III, inciso e) y fracción V, inciso c).

Las estructuras orgánicas de los fideicomisos públicos considerados como entidades paraestatales, deberán ser autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a través de la Unidad de Servicio Civil y por la Secretaría de la Función Pública (Norma 182, fracción VIII).

Las Direcciones Generales de Programación y Presupuesto sectoriales de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a las que les corresponde, con la opinión de la Unidad de Política y Control Presupuestario, analizarán la procedencia presupuestaria de la celebración de los fideicomisos públicos que soliciten las dependencias o las entidades, previa autorización jurídica de la Procuraduría Fiscal de la Federación. De proceder, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público deberá inscribirlos en el Registro de Fideicomisos y Mandatos de la Administración Pública Federal. (Norma 182 y 184).

En conclusión, para poder celebrar un fideicomiso público conforme a las disposiciones presupuestales, además de cumplir con las disposiciones aplicables a dicho fideicomiso, se deberán acatar las siguientes previsiones:

1. Para el caso de dependencias sólo podrán celebrar fideicomisos a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, como fideicomitente único del Gobierno Federal;
2. Se tendrá que contar con recursos presupuestados para el ejercicio fiscal de que se trate y la estimación de los subsecuentes.
3. Que las dependencias envíen su solicitud a las Direcciones Generales de Programación y Presupuesto sectoriales de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quienes la analizarán y remitirán para opinión a la Unidad de Política y Control Presupuestario, para la autorización presupuestaria respectiva;
4. Que la Procuraduría Fiscal de la Federación, haya emitido autorización jurídica previa sobre su viabilidad legal;
5. Que la Unidad de Política y Control Presupuestal de la SHCP, emita, también en forma previa su opinión;

6. Se debe establecer al responsable durante la vigencia del debido cumplimiento de los fines del fideicomiso y, en su caso, de la aplicación de los recursos fideicomitidos;
7. Bajo ninguna circunstancia deberán duplicar las funciones existentes en la Administración Pública Federal;
8. Se debe solicitar su inscripción en el Registro de Fideicomisos y Mandatos de la Administración Pública Federal;
9. Al extinguirse el fideicomiso los recursos y los intereses que se hayan generado, se concentrarán en la Tesorería de la Federación, o en su caso en la tesorería de la entidad, salvo que se haya acordado un destino diferente en el contrato, previo pago de los honorarios al fiduciario;
10. Reviste especial importancia el hecho de que las dependencias y entidades se deben abstener de crear o participar en fideicomisos cuya finalidad sea evadir las disposiciones de derecho presupuestario; las previsiones relativas a la planeación, programación, presupuestación, gasto, ejecución, conservación, mantenimiento y control de las adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles; las relativas a la prestación de servicios de cualquier naturaleza; así como las normas correspondientes a la obra pública y los servicios con ella relacionados. (artículo 1º de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y de la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas).

6.- Extinción del fideicomiso público

A) Causales previstas en la legislación cambiaria

Las causales de extinción del fideicomiso previstas en el artículo 392 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito -cuya última reforma fue publicada el 13 de junio del 2003, que como sabemos le aplican al fideicomiso público, son las siguientes:

- Por la realización del fin que motivó su constitución.

- Por haberse hecho imposible la realización de los fines por los cuales fue constituido el fideicomiso.
- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución;
- Porque se cumpla la suspensión resolutoria a que se sujetó.
- Porque el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario convengan expresamente en su terminación.
- Porque el fideicomitente revoque el fideicomiso, cuando se haya reservado ese derecho.
- Porque renuncie o sea removido el fiduciario cuando se haga imposible su sustitución.

B) Causales previstas en la legislación administrativa

Por su parte, las causales específicas de extinción más importantes de un fideicomiso público son las siguientes:

- No contar con la autorización del Ejecutivo Federal a que se refiere el artículo 9º de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y con el registro de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, debiendo comentarse que esta última es responsabilidad de los fideicomitentes, por conducto de la dependencia o entidad en cuyo sector se coordina la operación del fideicomiso o con cargo a cuyo presupuesto se hayan otorgado los recursos.

De esta forma, en el artículo tercero transitorio del Decreto del Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 1997, se estableció por primera vez, un plazo perentorio para que los fideicomisos públicos –sean o no entidad paraestatal de la Administración Pública- se registraran, dentro de los primeros 15 días siguientes a su celebración.

Además, se ordenó que aquellos fideicomisos públicos que continuaran vigentes durante 1997, debían registrarse a más tardar el último día hábil del mes de junio de dicho año.

Por su parte, en el Decreto del Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2004, se establece en su artículo 22 que ya hemos mencionado con anterioridad, que deberán registrarse ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público los fideicomisos públicos no considerados entidad paraestatal. En este punto cabe señalar que existe una discrepancia con el Manual de Normas, ya que éste en la norma 184 dispone que se registrarán los fideicomisos que involucren recursos públicos, sin distinguir entre los que son entidades de los que no lo son, por lo que podríamos considerar que todos los fideicomisos públicos deberán registrarse dada la obligatoriedad de cumplir con dicho manual.

En tal virtud, teóricamente, aquellos fideicomisos públicos que no cuenten con la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y que, por lo tanto, no estén registrados deberán ser extinguidos.

- Al igual que en la legislación cambiaria, se prevé como causal de extinción, que el fideicomiso deje de cumplir con los fines u objeto de su constitución.
- Cuando su disolución convenga al “interés público”.⁴⁷

C) Procedimiento previsto para la extinción

Por otra parte, vale la pena precisar que la forma en que un fideicomiso público se extingue es en dos vertientes:

- a) en atención a que se trate de un mero contrato de la Administración Pública o,
 - b) de una entidad paraestatal:
- a) Si se trata tan sólo de un contrato bastará con la celebración del convenio respectivo, con todas las formalidades aplicables al caso.
 - b) Sin embargo, si se trata de una entidad de la Administración Pública Federal se deberán cumplir con una serie de formalidades, a saber:
 - Desincorporación por vía de extinción

⁴⁷ En el artículo 9º de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal se establece que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público propondrá al Presidente de la República la disolución de los fideicomisos públicos, cuando así convenga al interés público, lo cual significa que esta causal de extinción de los fideicomisos depende de la valoración que en su momento haga la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, sobre si el fideicomiso cumple con el “interés público, que será definido de conformidad con las directrices del Gobierno Federal, lo que hace que esta causal se convierta en una variable que pueda cambiar de una administración a otra.

En primer lugar, debe mencionarse que de conformidad al artículo 5° del Reglamento de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, para la desincorporación de una entidad paraestatal creada por ley o por decreto del Congreso o por decreto o acuerdo del Ejecutivo Federal, se deberán observar las mismas formalidades seguidas para su creación.

Asimismo, de acuerdo al artículo 6° del citado reglamento, la desincorporación de las entidades paraestatales de la Administración Pública Federal, se llevará a cabo mediante disolución, liquidación, extinción, fusión, enajenación o bien, mediante transferencia a las entidades federativas.

Para el caso del fideicomiso público entidad paraestatal, se observa que éste deberá desincorporarse vía extinción o transferencia a una entidad federativa.

Derivado de lo anterior, me permito comentar cuáles son las principales actividades que deben seguirse para este tipo de desincorporaciones:

La coordinadora de sector deberá emitir opinión sobre la propuesta de desincorporación del fideicomiso público, cuando ya no cumpla con su objeto o ya no resulte conveniente conservarlo como entidad paraestatal desde el punto de vista de la economía nacional o del interés público.

De esta forma, la Comisión Intersecretarial de Desincorporación, dictaminará la propuesta de desincorporación y, en caso de considerarla procedente lo dará a conocer a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Por su parte, dicha secretaría de considerarlo adecuado, someterá a la consideración del Ejecutivo Federal la desincorporación del fideicomiso público entidad paraestatal siempre y cuando ya no cumpla el objeto para el que fue creado o ya no resulte conveniente conservarlo como tal por las razones indicadas.

Posteriormente, se debe publicar el acuerdo, decreto o resolución de desincorporación presidencial, según corresponde, en el Diario Oficial de la Federación.

En todo caso el Comité Técnico del fideicomiso, a indicación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, deberá emitir los lineamientos conforme a los cuales se llevará a cabo el proceso de extinción del fideicomiso y asimismo emitirá los criterios para la cancelación de adeudos en que sea notoria la imposibilidad práctica de su cobro, debiendo informar de ello a la misma Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en su carácter de fideicomitente único de la Administración Pública Federal.

Invariablemente, la coordinadora sectorial deberá promover y proveer lo conducente a efecto de que la extinción del fideicomiso público se lleve a cabo en forma oportuna, eficiente y con apego a las disposiciones jurídicas que lo rigen.

Por lo que hace a la institución fiduciaria, esta deberá informar mensualmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a la coordinadora de sector y a la Secretaría de la Función Pública sobre el avance y estado que guarda el proceso.

Asimismo la Secretaría de la Función Pública deberá designar, nombrar y controlar el desempeño de los auditores externos del fideicomiso público entidad paraestatal.

Por su parte, la institución fiduciaria tiene la obligación de elaborar y someter a consideración de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el convenio de extinción del fideicomiso de que se trate y el dictamen del auditor externo designado sobre los estados financieros de extinción.

El auditor externo designado deberá dictaminar los estados financieros que sirvan de base para la extinción, conforme lo establezca el convenio respectivo.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público es la responsable de aprobar el proyecto de convenio de extinción y la institución fiduciaria tiene la obligación de transmitir los bienes fideicomitidos de acuerdo al convenio de extinción.

Asimismo, la coordinadora sectorial deberá solicitar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la baja de la clave programática presupuestal del catálogo de entidades de la Administración Pública Federal, así como la baja del Sistema de Fideicomisos y Mandatos de la Administración Pública Federal que realizará la Dirección General Jurídica de Egresos.

Por último, se deberá elaborar el informe sobre el desarrollo del proceso de desincorporación e integrar lo que en la práctica se ha denominado como el “Libro Blanco”, para ser remitido a la Contaduría Mayor de Hacienda de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.

Es importante mencionar que deberán mantenerse en depósito durante 10 años los libros y papeles del fideicomiso, a partir de la fecha en que concluya la extinción.

- Desincorporación por vía de transferencia a entidad federativa.

Por lo que hace al proceso de desincorporación vía transferencia del fideicomiso público entidad paraestatal a una entidad federativa, son aplicables los lineamientos anteriores con las siguientes particularidades:

La coordinadora de sector será la responsable de que se instrumenten y ejecuten los actos necesarios para la realización de la transferencia, así como de verificar que se levante el inventario de bienes y recursos.

Asimismo, la coordinadora de sector es la responsable de verificar que se suscriba el documento en virtud del cual se formalice la entrega-recepción de los bienes y recursos del fideicomiso a la entidad federativa.

Por su parte, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público deberá elaborar con la intervención de la coordinadora de sector los acuerdos de coordinación respectivos en el marco de los convenios únicos de desarrollo, a fin de establecer las acciones que deban efectuarse conforme a la naturaleza de la entidad de que se trate.

Al respecto, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la coordinadora de sector, la Secretaría de la Función Pública, la institución fiduciaria y la entidad federativa respectiva, deberán formalizar el acuerdo de coordinación respectivo.

Asimismo, la institución fiduciaria junto con la entidad federativa suscribirán el documento por el que se formalice la entrega-recepción de los bienes y recursos de la entidad y elaborarán y someterán a la consideración de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de la coordinadora de sector y de la Secretaría de la Función Pública, el proyecto modificadorio del contrato de fideicomiso. En caso de que el patrimonio del fideicomiso esté integrado por bienes inmuebles se deberá elevar a escritura pública el acuerdo de coordinación por el que se realiza la transferencia e inscribirlo en el Registro Público del Comercio que corresponda.

Finalmente, por lo que hace a este rubro, es importante comentar que los recursos presupuestarios del fideicomiso público deberán concentrarse invariablemente en la Tesorería de la Federación, según lo ordena el propio “Manual de Normas” (Norma 188, fracción I y artículo 22 del Presupuesto de Egresos para el Ejercicio Fiscal del 2004), así como el artículo décimo quinto del acuerdo crea a la Comisión Intersecretarial de Desincorporación, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 07 de abril de 1995.

VIII.- Práctica fiduciaria.

La práctica profesional en el campo fiduciario nos demuestra que la falta de regularidad en las normas relativas al fideicomiso público es el resultado de una serie de actividades de facto que las partes, e incluso la autoridad judicial, termina por considerarlas como actos jurídicos debido a la fuerza de su reiteración. Tales consecuencias a su vez carecen de claridad en su juicio, amén de la terrible falta de ortodoxia, provocadas por la falta de legislación y la compleja interpretación que de la misma realiza la autoridad administrativa, al recurrir a la celebración de fideicomisos para atender necesidades sociales que bien podrían llevarse a cabo a través de las dependencias o inclusive, de los organismos descentralizados preexistentes, bajo la lógica de la “transparencia del manejo de los recursos”, como si tal manejo por parte de las dependencias o descentralizados resultara poco fiable.

Es importante señalar que puede resultar suficiente la regulación vigente en un fideicomiso, sobre todo cuando lo enfocamos como un negocio de carácter privado. Sin embargo, cuando trasciende al ámbito público, el fideicomiso se complica, porque los fines para los que se plantea no siempre son claros y, lo que resulta peor, no siempre son lícitos en el sentido más amplio de la palabra.

En el tema del fideicomiso aplicado a los bienes estatales, de ninguna manera puede decirse que la doctrina sea una fuente de derecho, porque en materia fiduciaria desde el enfoque de derecho administrativo hay poca doctrina y, la doctrina no trasforma la realidad, salvo cuando se vuelve un acto o, lo que es peor, en ocasiones un hecho jurídico.⁴⁸

⁴⁸ Recordemos que para Gabino Fraga, el hecho jurídico está constituido bien por un acontecimiento natural al que la ley vincula ciertos efectos de derecho, como el nacimiento o la muerte, o bien por un hecho en el que la voluntad humana interviene y en el que el orden jurídico entra en movimiento, pero con la diferencia respecto del acto jurídico de que ese efecto de derecho no constituye el objeto de la voluntad. Los hechos jurídicos constituyen solamente la condición para que se apliquen las normas jurídicas generales. Derecho Administrativo. Ed. Porrúa, 29ª. edición. 1990.

En materia de fideicomiso, lo que es una fuente constante del derecho es la práctica cotidiana fiduciaria, y con ello me refiero a la práctica y no a la costumbre, porque desafortunadamente la práctica fiduciaria no reúne los requisitos para ser considerada jurídicamente como costumbre. No es la *inveterata consuetudo*, porque ésta requiere de dos elementos: la reiteración de un acto y el sentimiento de obligatoriedad en un gremio o en una región.

En efecto, el fideicomiso implica invariablemente que la fiduciaria asuma la plena titularidad de los bienes y derechos fideicomitados, constituyendo lo que un sector de la doctrina ha denominado “la propiedad fiduciaria”. Desde luego, sobre este particular existe una diversidad de opiniones e incluso serias divergencias; sin embargo, estimo que el Poder Judicial Federal ha resuelto el problema con gran pulcritud al establecer que, en virtud de la referida propiedad fiduciaria, corresponde únicamente al fiduciario la defensa del patrimonio fideicomitado, como puede advertirse de la lectura de la siguiente tesis:

FIDEICOMISO. EL FIDUCIARIO ES EL TITULAR DEL PATRIMONIO DEL. De conformidad con los artículos 346⁴⁹ y siguientes de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomiso es un acto unilateral de voluntad por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad la transmite al fiduciario para la realización de un fin determinado. En términos de los preceptos antes invocados, el fiduciario no es solamente un ejecutor del fideicomiso, sino que, por el contrario, es titular del patrimonio fideicomitado en atención a la especial naturaleza de ese acto jurídico y, en estas condiciones, resulta obvio que al igual que cualquier titular de un determinado bien, tiene interés jurídico en protegerlo cuando por actos de terceras personas sufra una alteración en el mismo. Precedentes: Amparo en revisión 254/1975. T.C.C.: S.J.F., t. VI, p. 658.

Sin menoscabo de que como lo señalé antes, la Administración del Gobierno Federal se ha venido realizando un importante esfuerzo por regular con mayor asiduidad al fideicomiso público, aún existen algunos aspectos cuya afinación resulta trascendente, respecto de los cuales me permito hacer, aunque sea en forma breve, algunos comentarios que, desde mi punto de vista se dan con mayor frecuencia.

⁴⁹ Actualmente 383.

- En los contratos de fideicomiso se establecen obligaciones posteriores o indeterminadas para el Gobierno Federal o para alguna entidad paraestatal, sin tomar en cuenta que sus erogaciones son a través de gastos presupuestados anualmente.

Al respecto, debe decirse que si bien existe disposición expresa que establece la prohibición de comprometer recursos de ejercicios posteriores sin la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en los casos de los fideicomisos públicos la experiencia nos ha mostrado que, se requiere poner especial atención en instrumentar mecanismos para que se respete el principio de anualidad en el ejercicio de los recursos públicos.

- También es relativamente común que, a pesar de las previsiones legales que existen, en el sentido de que las dependencias y entidades se deben abstener de constituir fideicomisos cuya finalidad sea evadir las disposiciones de naturaleza presupuestaria, las relativas a la planeación, programación, presupuestación, gasto, ejecución, conservación, mantenimiento y control de las adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles; las que regulan la prestación de servicios de cualquier naturaleza; así como de las de obra pública y los servicios relacionados con la misma, en la práctica, seguramente por desconocimiento de las disposiciones jurídicas aplicables, se ha observado que al afectarse bienes públicos a un fideicomiso, se argumenta que no son, por ese hecho, del Gobierno Federal porque integran un patrimonio autónomo, lo cual es contrario a las disposiciones que rigen la aplicación de los recursos públicos desde el punto de vista de la regulación presupuestaria, así como de su control y evaluación.

Lo anterior, seguramente obedece, como ya apunté, al desconocimiento de las disposiciones jurídicas respectivas, así como a la continuidad de la inercia en las operaciones de algunos fideicomisos públicos considerados como entidades paraestatales.

Otro punto a considerar, lo constituye el hecho de que la designación de la fiduciaria, a través de la cual se llevará a cabo el fideicomiso, se suele realizar sin hacer invitación restringida o una licitación pública y, a veces sin un estudio de mercado, con el objeto de asegurar las mejores condiciones para el Estado en la prestación de los servicios fiduciarios.

Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de señalar que ciertamente la mayoría de los fideicomisos públicos se encuentran constituidos en instituciones de banca de desarrollo, contratos que, en los términos de la ley, se encuentran exentos de su observancia, al implicar un acuerdo de voluntades entre dependencias y entidades o entre entidades, no obstante lo cual debe decirse que aún estos casos, debe justificarse que se han obtenido las mejores condiciones para el Estado.

De lo anterior, puede concluirse que el espíritu de las normas aplicables al gasto público federal tiene como premisa garantizar su legal ejercicio, imponiendo para esto, la obligación de observar las disposiciones federales, aún cuando los agentes encargados de erogar dichos recursos no pertenezcan a este ámbito.

Por otra parte, existen fideicomisos públicos que se constituyen con aportaciones simbólicas del sector privado, previéndose aportaciones posteriores del Gobierno Federal bastante cuantiosas, sin que éste llegue a tener el carácter de fideicomitente, lo cual denota, desde luego, inconsistencias legales en el contrato de fideicomiso, problemática que si bien ya se ha venido depurando con la revisión y registro de los contratos, es menester tener especial cuidado sobre el particular.

Las facultades otorgadas al comité técnico de un fideicomiso público han sido malinterpretadas por quienes resultan beneficiados o perjudicados, en su caso, por las decisiones tomadas en el seno de dicho órgano colegiado, llegando incluso al desafortunado extremo de considerarlo como autoridad para efectos del juicio de amparo, como se observa en la siguiente tesis aislada:

Comité técnico de un fideicomiso público. Tiene el carácter de autoridad para la procedencia del juicio anulatorio ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Jalisco. El juicio de características anticipadas tiene como supuesto principal de procedencia, de conformidad con lo previsto por los artículos 1º y 3º de la Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo para esta entidad federativa, vigente hasta el 18 de abril de 2000, la decisión de controversias administrativas y fiscales que se susciten entre las autoridades del Estado, municipales y de sus organismos descentralizados con los particulares, así como aquellas que surjan entre el Estado, los organismos descentralizados con los particulares, así como aquellas que surjan entre el Estado, los organismos

descentralizados y los Municipios o de éstos entre sí. Ahora bien, ahí pueden figurar como partes, entre otras, el demandado que será: “a) La autoridad que dicte u ordene, ejecute o trate de ejecutar la resolución, o tramite el procedimiento impugnado o la que la sustituya legalmente.”. En cuanto a cuáles son las nota que deben distinguir a las personas o entes que despliegan actos autoritarios, la doctrina patria no ha definido la cuestión, y han sido los criterios de los tribunales federales, entre los que está comprendida la Suprema Corte de Justicia de la Nación como máximo intérprete de la Carta Magna, los que se han encargado de fijar los atributos que distinguen a los actos autoritarios. Primeramente se significó que sólo tenían carácter de autoridad quienes tuvieran a su disposición el uso de la fuerza pública, incluso, por vías de hecho y no derecho, según se constata en la tesis que con el número 300, aparece publicada en la página 519 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1917 a 1988, Segunda Parte, de voz: “AUTORIDADES PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO.”. Sin embargo, el Pleno del Sumo Órgano Jurisdiccional Federal al resolver el catorce de noviembre de mil novecientos noventa y seis, por unanimidad de diez votos, el amparo en revisión 1195/92, se apartó de esa conceptualización tradicional (cuyo primer precedente data de 1919), para adoptar una que resulta acorde con la realidad actual de país, misma que quedó inmersa en la tesis P. XXVII/97, de epígrafe: “AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. LO SON AQUELLOS FUNCIONARIOS DE ORGANISMOS PÚBLICOS QUE CON FUNDAMENTO EN LA LEY EMITEN ACTOS UNILATERALES POR LOS QUE CREAN, MODIFICAN O EXTINGUEN SITUACIONES JURÍDICAS QUE AFECTAN LA ESFERA LEGAL DEL GOBERNADO.”, leíble en la página 118 Tomo V, febrero de 1997, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en la cual se considera ya que el importante papel que juegan, entre otros, los organismos públicos descentralizados capaces de desplegar actos autoritarios. Lo propio puede razonarse en torno a los comités técnicos de los fideicomisos públicos, aun los municipales, catalogados por la doctrina como estructuras administrativas. Ello e así, amén de que si bien es cierto que la figura del “fideicomiso” tiene como nota distintiva la referente a su categoría de contrato, si se trata de los públicos, esto sería una visión limitada en relación con su entidad, en tanto ha evolucionado al grado de que dentro de la administración pública, se le llega a utilizar para llevar a cabo inversiones estatales orientadas a la satisfacción de necesidades de interés social. Bajo esa línea de pensamiento, es dable sostener que si la resolución materia

del juicio anulatorio de origen se dictó por el comité técnico de un fideicomiso, catalogado como público y, por tanto, integrante de la estructura administrativa municipal, donde éste de forma unilateral determinó, por sí y ante sí, en ejercicio de las facultades de decisión que en su favor le reconoce el fideicomiso público y sus acuerdos modificatorios, rechazar la propuesta económica que la parte impetrante de garantías realizó con el ánimo de obtener la adjudicación de un predio, es inconcuso que con ese actuar, en puridad jurídica, desplegó actos que, al menos en la especie, deben estimarse como autoritarios dado que restringió la esfera jurídica de derechos del gobernado, siendo que tal declaración al emitirse por el órgano soberano de gobierno (comité técnico), adquirió el rango de inobjetable.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL TERCER CIRCUITO. III.2º.A.114 A

Amparo directo 234/2002. 19 de mayo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Bonilla Pizano. Secretario: Alfonso Núñez Cháirez.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XVIII, Agosto de 2003. Pág. 1704.

Tesis Aislada.

CONCLUSIONES

1. Las dos Instituciones que constituyen los antecedentes más ciertos del fideicomiso en México, son el *use* y el *trust*.
2. La transformación del *use* en *trust* sólo se debió a un cambio de nomenclatura.
3. El incipiente derecho estadounidense comenzó a permitir que personas morales desempeñaran el cargo de *trustee* (fiduciario), lo que se considera una gran aportación en favor del desarrollo del *trust*.
4. El fideicomiso mexicano tiene su antecedente en el fideicomiso estadounidense.
5. El primer intento legislativo para incorporar el fideicomiso en México y a un sistema jurídico latino data de 1905.
6. El concepto de fideicomiso que adoptó el legislador de la ley cambiaria de 1932 tiene su origen en la propuesta que hizo el maestro panameño, Ricardo J. Alfaro.
7. Modificar el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a efecto de identificar la naturaleza jurídica contractual del fideicomiso.
8. Definir conforme al punto anterior, que el contrato de fideicomiso es aquel por virtud del cual el fideicomitente transmite la propiedad o titularidad de bienes y derechos al fiduciario, para destinarlos al cumplimiento de ciertos fines, en beneficio del mismo fideicomitente o de un tercero que éste designe.
9. Modificar la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en su artículo 47, para quedar de la siguiente manera: los contratos de fideicomiso considerados públicos a que se refiere el artículo 3º. fracción III, de esta ley son aquéllos que el gobierno federal o alguna de las demás entidades paraestatales constituyen, con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, que cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades y que tengan comités técnicos.

En los contratos de fideicomiso celebrados por el gobierno federal, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público fungirá como fideicomitente único de la Administración Pública Centralizada.

10. Modificar el artículo 382 de la Ley Cambiaria, a efecto de suprimir la validez del fideicomiso sin designación de fideicomisario, con el consecuente beneficio de que en los contratos de fideicomiso se establezca con claridad a la persona que recibe los beneficios que implica el fideicomiso.
11. Suprimir el tercer párrafo del artículo 382 de la Ley Cambiaria, que prescribe la posibilidad de reservarse la designación de fideicomisario para un momento posterior a la celebración del fideicomiso.
12. Eliminar la facultad del fideicomitente de designar a varias instituciones fiduciarias para que desempeñen su cargo en un fideicomiso, establecida en el artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en virtud de que es innecesaria tratándose de fiduciarios institucionales.
13. Modificar el artículo 84, segundo párrafo, de la Ley de Instituciones de Crédito para señalar que cuando la institución fiduciaria al ser requerida no rinda cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días hábiles o cuando sea declarada por sentencia ejecutoriada, culpable de pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabo por negligencia grave, procederá la rescisión del contrato de fideicomiso, siendo aplicable al efecto los dos primeros párrafos del artículo 393 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
14. Sugerir la difusión de la figura jurídica del fideicomiso en la cátedra y en el ámbito de la administración pública, con el objeto de minimizar la confusión doctrinal que persiste hasta la actualidad por encima de la interpretación de las normas que lo rigen.
15. La definición propuesta conforme al punto anterior sería la siguiente: el contrato de fideicomiso público es aquel que celebra el Ejecutivo Federal, por conducto de sus dependencias, los organismos descentralizados o las empresas de participación estatal, con una institución fiduciaria, a efecto de transmitirle la titularidad de ciertos bienes o derechos, para la realización de fines de interés público, en beneficio del fideicomisario.

16. Incluir en la Ley Federa de Entidades Paraestatales los artículos contenidos en el Manual de Normas para el Ejercicio del Gasto en la Administración Pública Federal, relativos al título séptimo denominado “Fideicomisos, mandatos y contratos análogos que involucran recursos públicos federales”, en virtud de que resultan de observancia general para las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal pero carecen de la obligatoriedad y coercitividad que únicamente pueden provenir de su inclusión en la ley.

17. Instrumentar mecanismos financieros para que se respete el principio de anualidad en el ejercicio de los recursos públicos, ya que si bien existe disposición expresa que establece la prohibición de comprometer recursos de ejercicios posteriores sin la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en los casos de los fideicomisos públicos la experiencia nos ha mostrado que en los contratos de fideicomiso se establecen obligaciones posteriores o indeterminadas para el Gobierno Federal o para alguna entidad paraestatal, sin tomar en cuenta que sus erogaciones son a través de gastos presupuestados anualmente.

18. Adicionar a la legislación federal relativa a las responsabilidades de los servidores públicos federales, las sanciones tendientes a suprimir las persistentes irregularidades provocadas por la equivocada interpretación de las previsiones legales que disponen que las dependencias y entidades se deben abstener de constituir fideicomisos cuya finalidad sea evadir las disposiciones de naturaleza presupuestaria, las relativas a la planeación, programación, presupuestación, gasto, ejecución, conservación, mantenimiento y control de las adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles; las que regulan la prestación de servicios de cualquier naturaleza; así como de las de obra pública y los servicios relacionados con la misma, ya que en la práctica, seguramente por desconocimiento de las disposiciones jurídicas aplicables, se ha observado que al afectarse bienes públicos a un fideicomiso, se argumenta que no son, por ese hecho, del Gobierno Federal porque integran un patrimonio autónomo, lo cual es contrario a las disposiciones que rigen la aplicación de los recursos públicos desde el punto de vista de la regulación presupuestaria, así como de su control y evaluación.

19. Adicionar un artículo a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público que disponga que, sin perjuicio de que los fideicomisos públicos se celebren con instituciones de banca de desarrollo, y que por lo tanto, en los términos de la ley, se encuentran exentos de su observancia, al implicar un acuerdo de voluntades entre dependencias y entidades o entre entidades, deberá justificarse que se han obtenido las mejores condiciones para el Estado.

Lo anterior en virtud de que la designación de la fiduciaria, a través de la cual se llevará a cabo el fideicomiso, se suele realizar sin hacer invitación restringida o una licitación pública y, a veces sin un estudio de mercado.

20. Regular en la Ley de Presupuesto, Contabilidad, y Gasto Público Federal la celebración de fideicomisos que se constituyen con aportaciones simbólicas del sector privado, y que en un acto posterior reciben aportaciones del Gobierno Federal, para considerarlo con el carácter de fideicomitente, y evitar, desde luego, inconsistencias legales en el contrato de fideicomiso, problemática que si bien ya se ha venido depurando con la revisión y registro de los contratos, es menester tener especial cuidado sobre el particular.

21. Capacitar a los funcionarios del poder judicial tanto en el ámbito estatal como federal, en el tema fiduciario con especial énfasis en el rubro del fideicomiso público, con el objeto de evitar la equivocada interpretación respecto de las facultades otorgadas al comité técnico, ya que han sido malinterpretadas por quienes resultan beneficiados o perjudicados, en su caso, por las decisiones tomadas en el seno de dicho órgano colegiado, llegando incluso al desafortunado extremo de considerarlo como autoridad para efectos del juicio de amparo.

BIBLIOGRAFÍA

I.- Libros y revistas.

Acosta Romero, Miguel. Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso. Editorial Porrúa. México 1997.

Banco Mexicano Somex, S.A. Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México. Piña Medina, Jorge y otros. Fomento Cultural de la Organización Somex, A.C. México 1982.

Batiza, Rodolfo. El Fideicomiso. Teoría y Práctica. Editorial Jus. México 1990.

Batiza, Rodolfo. Principios Básicoa del fideicomiso y de la Admnistración Fiduciaria. Editorial Porrúa. México 1985.

Borja Soriano, Manuel. Teoría general de las Obligaciones. Editorial Porrúa. México 1985.

Convención Bancaria de 1924. Publicaciones SHCP.

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa. México 1987.

Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa. México 1990.

Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Editorial Cajica. México 1985.

Monserri Ortiz Soltero, Sergio. El Fideicomiso Mexicano. Editorial Porrúa. México 1998.

Revista de Investigaciones Jurídicas de la escuela Libre de Derecho. Números 6 y 7. México 1985.

Roalandini, Jesús. El Fideicomiso en México. Inédito.

Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. Derecho Mercantil. Tomos I y II. Editorial Porrúa. México 1957.

Rojina Vilegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Editorial Porrúa. México 1998.

Sánchez Medal, Ramón. Contratos Civiles. Editorial Porrúa. México 1985.

Villagordoa Lozano, José Manuel. Doctrina General del Fideicomiso. Editorial Porrúa. México 1982.

II.- Legislación.

Circular 1/2005 de Banco de México.

Código Civil Federal

Código de Comercio.

Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Ley de Instituciones de Crédito.

Ley de Inversión Extranjera y su Reglamento.

Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas.

Ley del Mercado de Valores.

Ley Federal de Entidades Paraestatales.

Ley General de Bienes Nacionales.

Ley General de Deuda Pública.

Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Ley de Presupuesto Contabilidad y Gasto Público Federal.

Manual de Normas presupuestarias para la Administración Pública Federal.