

318509

4/
20

UNIVERSIDAD INTERCONTINENTAL

ESCUELA DE DERECHO

Con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México



ANALISIS DEL FIDEICOMISO PARA LA COBERTURA DE RIESGOS CAMBIARIOS

T E S I S

Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A

JESUS PEREZ VALDES

MEXICO, D. F.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1987



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.

"ANALISIS DEL FIDEICOMISO PARA LA COBERTURA DE RIESGOS CAMBIARIOS "
(F I C O R C A)

I N D I C E

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO.

	pág.
1. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO.	
1.1. Antecedentes en el Derecho Romano -----	2
1.1.1. El Fideicomissum o Fideicomiso Romano -----	2
1.1.2. La Fiducia Cum Creditore -----	9
1.2. Antecedentes en el Derecho Germánico -----	11
1.2.1. La Prenda Inmobiliaria -----	11
1.2.2. El Manusfidelis -----	12
1.2.3. El Salman o Treuhand -----	13
1.3. Antecedentes en el Derecho Español -----	13
1.3.1. El Mayorazgo -----	13
1.4. El Sistema Jurídico Inglés, el "Use" y el "Trust" -----	14
1.4.1. Antecedentes Históricos del Derecho Inglés -----	14
1.4.2. El "Common Law" o Derecho Común -----	20
1.4.3. La Justicia de Equidad -----	24
1.4.4. El "Use" -----	26
1.4.5. El Trust Anglosajón -----	30
1.4.5.1. Las Partes en el Trust -----	31
1.4.5.2. Clasificación de los Trusts -----	34
1.4.5.3. Definición del Trust -----	38
1.4.5.4. Requisitos para la válida existencia del Trust -----	40
1.4.5.5. El Patrimonio del Trust -----	41
1.4.5.6. Aplicaciones del Trust -----	43

Capítulo Primero . Continuación.

1.4.5.7. Causas de Extinción del Trust -----	43
1.4.5.8. El Trust en Los Estados Unidos -----	45
1.4.5.9. Adaptación del Trust en los Sistemas Romanistas -----	45

CAPITULO SEGUNDO.

2. EL FIDEICOMISO EN MEXICO.	
2.1. Antecedentes Doctrinarios del Fideicomiso en México -----	50
2.1.1. El Proyecto Limantour -----	52
2.1.2. El Proyecto Creel -----	54
2.1.3. El Proyecto Vera Estañol -----	56
2.2. Antecedentes dentro de la Legislación Mexicana -----	57
2.2.1. Ley General de Instituciones de Crédito y establecimientos Bancarios de 1924 -----	58
2.2.2. Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 -----	61
2.2.3. Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926 -----	61
2.2.4. Ley General de Instituciones de Crédito de 1932 -----	61
2.2.5. Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941 -----	63
2.2.6. Decreto que establece la Nacionalización de la Banca Privada de 1982 -----	69
2.2.7. Decreto que modifica los artículos 28, 73 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos -----	74
2.2.8. Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982 -----	77
2.3. El Fideicomiso en la Legislación Vigente -----	80
2.3.1. Definición -----	81
2.3.2. Partes en el Fideicomiso -----	81
2.3.3. El Fideicomitente -----	81
2.3.4. El Fiduciario -----	83

Capítulo Segundo. Continuación.

2.3.5. El Fideicomisario o Beneficiario -----	88
2.3.6. El Comité Técnico -----	91
2.3.7. El Delegado Fiduciario -----	94
2.3.8. Clasificación de los Fideicomisos -----	95
2.3.9. Bienes que pueden ser objeto del Fideicomiso -----	98
2.3.10. Forma del Fideicomiso -----	98
2.3.11. Los Fines del Fideicomiso -----	100
2.3.12 Duración del Fideicomiso -----	101
2.3.13. Causas de Extinción -----	102

C A P I T U L O T E R C E R O .

3. LA ADMINISTRACION PUBLICA Y EL FIDEICOMISO.

3.1. La Administración Pública en México -----	103
3.1.1. Concepto -----	103
3.1.2. La Administración Pública y el Derecho Administrativo -----	105
3.1.3. Fundamentos Constitucionales de la Administración Pública en México -----	106
3.1.4. Evolución de la Administración Pública en México -----	109
3.1.5. Estructura de la Administración Pública en México -----	111
3.1.5.1. La Administración Pública Federal -----	112
3.1.5.1.1. La Administración Pública Centralizada -----	114
3.1.5.1.2. La Administración Pública Paraestatal -----	117
3.2. El Fideicomiso Público -----	125
3.2.1. Definición -----	125
3.2.2. Partes en el Fideicomiso Público -----	128
3.2.2.1. El Fideicomitente -----	128
3.2.2.2. El Fiduciario -----	132
3.2.2.3. El Fideicomisario -----	134
3.2.3. El Comité Técnico -----	135
3.2.4. El Delegado Fiduciario Especial -----	141

Capítulo Tercero. Continuación.

3.2.5. Bienes que pueden ser objeto del Fideicomiso Público -----	145
3.2.6. Fines del Fideicomiso Público -----	151
3.2.7. Duración del Fideicomiso Público -----	152
3.2.8. Extinción del Fideicomiso Público -----	152

C A P I T U L O C U A R T O .

4. LA DEVALUACION, EL CONTROL DE CAMBIOS Y EL FICORCA.

4.1. La Devaluación en México -----	154
4.2. El Control de Cambios -----	166
4.3. El Fideicomiso para la Cobertura de Riesgos Cambiarios -----	172
4.3.1. Análisis del FICORCA -----	173
4.3.1.1. Concepto -----	173
4.3.1.2. Partes en el FICORCA -----	174
4.3.1.2.1. El Fideicomitente -----	174
4.3.1.2.2. El Fiduciario -----	179
4.3.1.2.3. El Fideicomisario o Beneficiario -----	185
4.3.1.3. El Comité Técnico -----	187
4.3.1.4. El Patrimonio del FICORCA -----	190
4.3.1.5. Fines del FICORCA -----	191
4.3.1.6. Duración del FICORCA -----	192
4.3.2. Programas de Cobertura, Sistemas y Contratos FICORCA -----	193
4.3.2.1. Programa de Cobertura de Riesgos Cambiarios derivados de Endeudamientos Externos -----	195
4.3.2.1.1. Sistema Uno -----	201
4.3.2.1.2. Sistema Dos -----	207
4.3.2.1.3. Sistema Tres -----	211
4.3.2.1.4. Sistema Cuatro -----	214
4.3.2.2. Programa para el pago de adeudos vencidos a favor de Pro veedores Extranjeros -----	215

Capítulo Cuarto. Continuación.

4.3.2.3. Programa para la cobertura de Riesgos Cambiarios Corres-	
pondientes a Nuevos Endeudamientos Externos -----	224
C O N C L U S I O N E S -----	231
B I B L I O G R A F I A -----	237

INTRODUCCION

No obstante que la regulación de la figura del Fideicomiso es, en comparación con otras figuras de amplia tradición en nuestra legislación, relativamente novedosa, ha logrado en corto tiempo una gran popularidad, ya que no solo ha sido vastamente utilizada para regular obligaciones entre particulares, sino que el propio Gobierno de la República lo ha adoptado como una forma de organización de la Administración Pública Federal, Estatal y Municipal, a fin de llevar a cabo fines de interés público en los diversos ámbitos de la competencia.

Existe actualmente muy poca bibliografía especializada sobre el Fideicomiso, y la que puede encontrarse no analiza extensamente en torno a los antecedentes del Fideicomiso, razón por la que muchas veces es difícil comprender la naturaleza Jurídica de esta figura.

El propósito de este trabajo de Tesis es el de analizar ampliamente sobre el surgimiento del Fideicomiso de nuestro País, su regularización y en específico sobre el Fideicomiso Público denominado FICORCA, este último representativo de las medidas que el Gobierno Federal ha adoptado para ayudar a resolver los problemas que plantea la actual crisis económica en que vivimos, la devaluación y la consiguiente negociación de la deuda externa pública y privada.

1. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO.

La mayor parte de los tratadistas y autores que se ocupan del estudio del fideicomiso coinciden en señalar a la figura del "Trust" anglosajón que fue aplicado originalmente en Inglaterra, como el antecedente inmediato del fideicomiso mexicano. Lo anterior encuentra apoyo en el hecho de que, dentro de los primeros esfuerzos por implantar el fideicomiso en el sistema legal mexicano tales como los Proyectos : Creel, Limantour, Vera Estañol e incluso dentro de la "exposición de motivos" de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1934 podemos encontrar una clara referencia en dirección a las llamadas "Trust companies" inglesas y norteamericanas, y a las ventas que dichas compañías ofrecían en aquellos países.

Existen algunos otros autores que establecen vínculos entre el fideicomiso moderno e instituciones del antiguo derecho romano. Otros mas establecen tales vínculos con figuras del derecho germánico, o bien con prácticas del derecho medieval español como el "Mayorazgo". A continuación haré una exposición y análisis de las diversas hipótesis planteadas, a fin de contar con los elementos necesarios

para normar un juicio objetivo.

1.1. Antecedentes en Derecho Romano.

Dentro del Derecho-Romano existieron instituciones como el "fideicomissum" y la "fiducia cum creditore" a la que algunos autores señalan como antecedentes remotos del moderno fideicomiso mexicano.

1.1.1. El fideicomissum o Fideicomiso Romano.

Esta institución romana consistía en aquel acto de última voluntad por medio del cual una persona llamada - "fideicomitente" pedía a otra llamada "fiduciaria" que transmitiera una parte o la totalidad de los bienes integrantes de una herencia, en favor de una tercera persona llamada "fideicomisaria" o "beneficiaria", (1)

La transmisión de los bienes designados en el fideicomiso era llevada a cabo por el fiduciario efectuando por lo general una venta ficticia en el que liberaba al comprador beneficiario de la obligación de pago. (2)

El fideicomiso romano se empleó generalmente - con la finalidad de que aquellas personas que de acuerdo a

(1) Cfr. VENTURA, Silva Sabino. Derecho Romano. Cuarta Edición. 1978. Editorial Porrúa S.A. México D.F. MEXICO Pág. 251
(2) Ibidem Op. cit. pág. 252

las leyes romanas no podían recibir bienes a título de heredero o por legado, pudieran recibir bienes. Para designar heredero, los romanos utilizaron la figura del "Testamento" el cual consistía en una manifestación de voluntad que se externaba en forma solemne a fin de determinar lo que debía hacerse con los bienes y derechos transmisibles a la muerte de quien lo empleaba. Podía elaborar válidamente testamento todas aquellas personas que gozaban de la "Testamentatio factio activa", de ésta no gozaban los siguientes:(3)

- a) Los "peregrini", los cuales fueron extranjeros que no gozaban del derecho de ciudadanía.
- b) Los "latini iuniani" : esclavos que habían sido manumitidos prescindiendo de las formalidades señaladas al efecto por la Ley.
- c) Los esclavos, exceptuándose aquellos que se encontraran prestando servicio público ya que en este caso se les permitía tener un patrimonio del cual podían disponer hasta en un 50%.
- d) Los "dedicticios", los cuales eran esclavos que habían sido sometidos a penas que

(3) *Ibidem*, Op. cit., págs. 219 y 220.

consideraban como "infamantes", como por ejemplo: los gladiadores, los bigamos y aquellos que eran condenados por delito.

e) Los hijos de familia hasta antes de Justiniano.

f) Las mujeres "ingenuas sui iuris", o sea aquellas que se encontraban "agnadas" en parentesco con su familia civil.

g) Las mujeres sometidas a la "manus".

h) Tenían incapacidad de Hecho :

- Los impúberes "sui iuris".
- Los locos , sólo en sus ratos de lucidez,
- Los sordos,
- Los pródigos declarados en estado de interdicción.

Ahora bien, para poder ser designado válidamente como heredero se requería gozar de la "testamentio factio pasiva" y de ella no gozaban los siguientes : (4)

a) Las mujeres , en aquellos casos en que hubieren sido designadas por un "ciudadano"

(4) *Ibidem*, Op.cit.pág.220.

de primera clase")poseedor de un patrimonio considerable), esto con el fin de evitar el lujo y el dispendio, según lo estableció la "Ley Voconia" de año 169 A.C.

- b) Las personas "incertae" como los hijos no nacidos a la fecha del testamento.
- c) Los "peregrini y los "barbaris".
- d) Las personas jurídicas colectivas como los templos y las asociaciones.
- e) Los condenados por delito contra sus padres
- f) Los apóstatas y los herejes durante el derecho cristiano.
- g) Los "latini iuniani" hasta" hasta los tiempos de Justiniano.
- h) Los afectados por las disposiciones de las leyes "Iulia" y "Pappia Poppaea" y que eran las siguientes:
 - Los hombres y mujeres solteros entre 25 y 60 años de edad.
 - Los hombres casados sin hijos.
 - Las mujeres "ingenuas con menos de 2 hijos".

- Las mujeres "libertas" con menos de 3 hijos, ya que en este caso solo se les permitía recibir la mitad de lo que les heredarán.

Para transmitir bienes por "mortis causa" podía emplearse también la figura del "legado", el cual consistía en aquella liberalidad hecha generalmente dentro de un testamento, dejada a cargo de un heredero y mediante la cual se transmitía a una persona llamada "legatario" un bien determinado o una cuota del total de una herencia. Para poder legarse requería también de la "testamentio factio activa" y para recibirlo se requería de la "testamentio factio pasiva" siendo aplicables las excepciones apuntadas con anterioridad. El uso de los legados se trató de restringir en diversas ocasiones, dictándose al efecto las siguientes leyes romanas :

(5)

- 1) La ley "Furia", que estableció que ninguna persona podía recibir un legado superior a 1000 ases, y en los casos en que se sobrepasase dicha suma se cobraría al legatario el cuádruplo del excedente a manera de multa . Esta Ley resultó ineficaz

(5) IRRAVO y BIALOSTOSKY, Compendio de Derecho Romano, 1980, Editorial Pax-México, Librería Casa Cosarman S.A. México D.F. MEXICO, pag. 92.

ya que para burlarla bastaba con hacer varios legados de menos de 1000 ases, los que sumados superaban la cifra límite.

- 2) La ley "Voconia" que prohibía legar una cantidad superior a la que se dejara al heredero.
- 3) La ley "Falcidia" del año 40 A.C. que estableció que es el total de los legados no podía sumar más de las tres cuartas partes de la sucesión, previéndose en los casos en que se sobrepasare dicha proporción, se haría reducción en los legados hasta que quedase al heredero por lo menos la cuarta parte de la sucesión. A lo anterior se le conoció como "cuarta falcidia".

Hasta antes del Emperador Augusto el cumplimiento de los fideicomisos entre los romanos solo se reducía a una obligación de tipo moral que invocaba la buena fé del fiduciario para que cumpliera con el fideicomiso de acuerdo a las instrucciones que había recibido del fideicomitente, ya que además de carecer de forma, no estaba contemplado dentro del marco procesal del "ordo iudiciorum" y en cierto modo contravenía a la ley "Falcidia" toda vez que otorgaba a individuos que carecían de la "testamentio - factio pasiva" facultades equiparables a las de un heredero.

Debido a la incoercibilidad de las obligaciones derivadas del fideicomiso, los afectados por el ocasional incumplimiento del fiduciario deshonesto acudieron ante el propio Emperador quien ordenó a los Cónsules que se encargaran de vigilar el cumplimiento de los fideicomisos, y posteriormente Claudio crea dos Pretores especiales para que se encargaran de todo lo relacionado con los fideicomisos. (6)

Los fideicomisos podían efectuarse por testamento, en forma verbal o utilizando "codicilos", los cuales fueron al principio tablillas enceradas que se sustituyeron después por cartas escritas sobre papel en donde se consignaban diversas disposiciones relativas a un testamento sin mayores formalidades. Existieron en derecho romano 3 clases de codicilos que fueron los siguientes : (7)

a) Codicilos confirmados.- en los que se hacía referencia a un testamento hecho con anterioridad confirmado su contenido.

b) Codicilos no confirmados.- que consignaban disposiciones diferentes a las contenidas en un testamento.

c) Codicilos "ab intestado".- aquellos efectuados por una persona que moría sin haber hecho testamento, pudiendo por este medio consignar fideicomisos y legados.

(6) Cfr. VILLAGORDA, Lozano J. Manuel, Doctrina General del Fideicomiso, 1976, Editorial Porrúa S.A. México D.F. MEXICO, pag. 3

(7) Cfr. VENTURA, Silva Sabino. Op.cit. pag. 254

Aun cuando a partir de Claudio los fideicomis--
mismos fueron sometidos a la tutela directa de 2 Pretores es
peciales, cabe señalar que nunca fueron asimilados dentro
del marco procesal tradicional romano y las controversias
sobre fideicomisos se desahogaron mediante un procedimiento
extraordinario en el que no se requería forma sacramental
alguna y un solo funcionario analizaba y decidía todo el
asunto. Con el tiempo los fideicomisos se fueron asimilando
a los legados, y ya en tiempos de Vespaciano se aplicaron
al fideicomiso las restricciones existentes para los legados
como por ejemplo la ya mencionada "cuarta falcidia". Lo ante
rior ocasionó que el fideicomiso perdiera la flexibilidad
en la forma que lo hizo tan popular frente a otras figuras,
y de este modo poco a poco cae en desuso.

1.1.2. La Fiducia Cum Creditore.

La "fiducia cum creditore" era el empleo de la
figura de la "fiducia" romana con fines de garantía. Ahora
bien, la fiducia era el acuerdo de voluntades mediante el
cual una persona llamada "fiduciante" transmitía en forma
de "mancipatio" o de "in iure cessio" la propiedad civil de
una cosa, en favor de otra llamada "fiduciaria" quien a su
vez se obligaba a hacer uso de la cosa con un fin definido

y a restituirla una vez logrado dicho fin. Para el caso de la "fiducia cum creditore", el "fiduciante" era además deudor del "fiduciario", por lo que la transmisión se llevaba a cabo con el objeto de garantizar la satisfacción del adeudo, y una vez satisfecho dicho adeudo, el "fiduciario" debía restituir la cosa. Normalmente en el caso de la "fiducia cum creditore" la cosa quedaba en posesión del deudor aun cuando la propiedad civil de la misma se transmitía al acreedor, y para evitar los efectos de una eventual "usucapición extraordinaria" que devolviera al deudor la propiedad de la cosa por la simple posesión continuada por mas de 1 año, quedaba en posesión del deudor pero a título de arrendamiento o de precario. Podía agregarse a la fiducia cum creditore una "clausula comisorias" por la cual en caso de incumplimiento del deudor-fiduciante, el acreedor-fiduciario podía quedarse con la cosa definitiva a manera de pago del crédito no satisfecho.

La desventaja que el empleo de la fiducia representaba para el fiduciante, fue que como la propiedad de una cosa solo podía transmitirse en garantía a un solo acreedor, no podía por este medio asegurar el pago a varios acreedores. La fiducia desapareció del derecho romano en la época Romano Helénica cuando se abolió la "mancipatio" y la "in iure cessio" (8)

(8) Cfr. BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. VII Edición. 1965. Editorial Reus Madrid. España págs. 477 y 478

1.2. Antecedentes en el Derecho Germánico.

Algunos autores opinan que dentro del derecho germánico existieron figuras que pudieran ser consideradas como antecedentes remotos del moderno fideicomiso mexicano y que son : "la prenda inmobiliaria", "el manus-fidelis" y "el salman" o "treuhand".

1.2.1. La Prenda Inmobiliaria.

Fue una forma de garantía muy similar a la "fiducia cum creditore" romana, y consistía en aquella transmisión de la propiedad de un bien inmueble hecha por un deudor en favor de su acreedor mediante la entrega de una "carta venditionis", obligándose este último a su vez con -- una "contracarta" a la restitución del inmueble una vez que el deudor cumpliera puntualmente con su obligación (9)

Esta figura germánica se distingue de la fiducia romana en el derecho de que esta última no se requería la formalidad de la entrega de la carta y contracarta. Por otro lado en el caso de la fiducia, como ya vimos la cosa quedaba generalmente en manos del deudor, mientras que en la prenda inmobiliaria se hacía la entrega física del-

(9) MESSINA, Giuseppe. Apud VILLACORRA, Lozano J. Manuel. Op. cit. pág. 5.

bien , con el consiguiente perjuicio para el deudor que se veía privado del bien y sus frutos.

1.2.2. El Manusfidelis.

El "Manusfidelis" era aquella persona que recibía un bien determinado a título de donación mediante una "carta venditionis", teniendo obligación de transmitirlo a un tercero designado por el donante original. Esta figura se empleó dentro del derecho germánico con el objeto de burlar las prohibiciones y limitaciones que las normas imponían sobre las sucesiones. El "manusfidelis" recibía el bien mediante la carta, la cual estaba redactada en los términos mas amplios otorgándole completo dominio sobre el bien, por lo que incluso podía no afectar la segunda transmisión y quedarse con el bien sin que el donante tuviera ninguna acción legal para exigirle su cumplimiento, ya que se trataba de un negocio "simulado" que encubría una transmisión prohibida por la ley. Por todo lo anterior la obligación del manusfidelis era incoercible, lo que hizo que normalmente se escogieran estos entre personas de reconocida solvencia moral, como los miembros del Clero. (10)

(10) Cfr. VILLACORRA, Lozano J. Manuel Op. cit. pág.5.

1.2.3. El Salman o Treuhand.

El Salman o Treuhan es aquella persona que actúa como intermediario en la transmisión de un bien inmueble de un propietario original al adquirente definitivo (11). En cierto modo las funciones del Salman o Treuhand son parecidas a las del "Manusfidelis" pero la diferencia radica en que este último recibe las instrucciones y facultades del propietario original, mientras que el Salman está obligado con respecto al adquirente definitivo (12). Las funciones del Salman son similares a las que desempeñaba el fiduciario romano.

1.3. ANTECEDENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL.

1.2.1. El Mayorazgo.

Algunos autores señalan a la práctica del mayorazgo como un antecedente del moderno fideicomiso. Esta figura fué muy popular durante el período medieval en el derecho español e incluso en otras legislaciones tales - como la francesa. Consistía en aquella declaración solemne - que realizaba un individuo generalmente miembro de la

(11) Cfr. IBIDEM Op. Cit. pág. 6

(12) Cfr. IBIDEM Op. Cit. pág. 7

nobleza, sujetando un conjunto de bienes al "Mayorazgo" lo - cual implicaba que solo su primogénito podía ser titular de dichos bienes, debiendo conservarlos íntegramente para transmitirlos a su vez a su primogénito y así sucesivamente, perpetuando de este modo la propiedad dentro del seno de una familia. Esta práctica fue abolida en la mayor parte de las legislaciones del mundo por las ideas nacidas a partir de la - Revolución Francesa.

1.4. El Sistema Jurídico Inglés, el Use y el Trust.

Como fué señalado al principio de este capítulo, se considera al use y al trust como los antecedentes mas importantes del fideicomiso moderno mexicano. Por esta razón efectuaré un análisis de estas figuras así como de su evolución, misma que está íntimamente ligada con el desarrollo de la "Justicia de Equidad" en Inglaterra.

1.4.1 Antecedentes Históricos del Derecho Anglosajón.

Inglaterra se vio invadida en el año 55 A.C. por Julio César, convirtiéndose de esta manera en una provincia mas del Imperio romano regida por un Gobernador. Las normas del derecho romano fueron aplicadas en In-

glaterra hasta el año 430, fecha en que termina la ocupación romana, y tal parece que con la desocupación romana desaparece también de Inglaterra el derecho romano casi en forma total. Podemos decir que los pocos principios imbuídos en la Ley inglesa no provienen del periodo de ocupación, sino mas bien de los posteriores estudios realizados por los grandes juristas en el Siglo XII y de la "Leyes Canónicas" (13).

Después del periodo de ocupación romano tres grandes tribus teutónicas conquistaron Inglaterra a fines del Siglo V y principios del Siglo VI, esta conquista trajo consigo la inmigración y el establecimiento de esa nueva raza. A las tribus teutónicas se les conoció con el nombre de "Ingleses" y ocuparon las partes suroeste y central de Inglaterra donde habitaban los "bretones", que fueron desplazados hacia Wales en donde continuaron una lucha de resistencia en contra de los conquistadores. Las tribus teutónicas fundaron 7 Reinos en Inglaterra que fueron :

- | | |
|------------|-----------------|
| 1) KENT | 5) NORTHAMBRIA. |
| 2) SUSSEX. | 6) ANGLIA. |
| 3) WESSEX. | 7) MERCIA. |
| 4) ESSEX. | |

(13) Cfr. CUNZON, L.B. English Legal History. Third edition. 1930. J. Macdonald & Evans LTD. Stover, Plymouth. GREAT BRITAIN. pag.3.

Las costumbres e instituciones jurídicas de la sociedad teutónica fueron muy importantes en la formación de la primitiva sociedad anglosajona. El historiador romano Tácito hace referencia a estas costumbres e instituciones, entre las que podemos citar las siguientes : (14)

- 1) La sociedad teutónica se organizaba en tribus.
- 2) Grupos de individuos de ciertas tribus formaban el estado o "civitas".
- 3) Cada tribu tenía su propio Rey.
- 4) Socialmente se dividieron en : hombres libres, -- cultivadores y esclavos.
- 5) La impartición de Justicia estaba a cargo de un -- grupo de "prianceps" y sus asesores.

El Período anglosajón es el comprendido desde el año 597 hasta la conquista de Guillermo de Norman - día en 1066, y es relevante en virtud de que durante este pe - ríodo se establecieron las bases del sistema jurídico inglés - por lo que se hace necesario cuando menos un somero aná - lisis. La sociedad anglosajona estableció las siguientes di - visiones territoriales : (15)

(14) *Ibidem*, Op.cit.,pág.4.

(15) *Ibidem*, Op.cit.,pág.6.

1) El "township" o villa, que representaba la división territorial mas pequeña.

2) El "hundred" , a lo que se consideraba como el area suficiente para albergar a 100 familias o para proporcionar 100 soldados para la defensa nacional.

3) El "Shire" o condado, el cual se formaba de varios "hundreds" y en donde existía una asamblea responsable de reunir a la milicia bajo las ordenes del Rey. La figura de Rey estaba investida con las siguientes facultades y características:

- Se le consideraba como la cabeza de la nación.

- El cargo se transmitía en forma hereditaria, pero una asamblea denominada "Witagemot", formada por el Rey, los Abades, los Arzobispos, y Principes , tenía derecho a escoger entre los hombres de la casa real al heredero.

- El Rey se consideraba como comandante en jefe de las fuerzas armadas.

- Guardaba una estrecha relación con la Iglesia.

- Estaba facultado para impartir justicia en todo el reino a través de sus Cortes.

Los funcionarios del gobierno en la sociedad anglosajona eran los siguientes : (16)

- a) El "Ealdorman" quien actuaba como administrador de los "Shires", siendo designado de entre los nobles de más alto rango.
- b) El "Gerefa" quien actuaba como vigilante del Rey frente al "Ealdorman".
- c) El "Sheriff", el que era representante de la autoridad del Rey y que tenía a su cargo el mantenimiento de la paz, la proclamación y cumplimiento de la ley , el reclutamiento militar, los asuntos relacionados con los ingresos y egresos del Reino en el ámbito local.

La tenencia de la tierra se clasificaba en 3 clases : (17)

- 1) "Bookland", o tierra poseída al amparo de un título escrito otorgado por el Rey.
- 2) "Folkland" aquella tierra que se poseía con base en la costumbre, sin ningún título escrito.
- 3) "Loanland" o tierra que se poseía en virtud de un arrendamiento, el cual se podía hacer en forma verbal pero en ningún caso podía durar mas de 5

(16) *Ibidem*, Op. cit. pág. 8.

(17) *Ibidem*, Op. cit. pág. 10.

generaciones.

Es importante señalar que el desarrollo de las leyes anglosajonas no respondió a un deseo del legislador por sistematizar la ley, y no está influido por ninguna teoría coherente de derecho, sino que su formación surge a -- partir de las reglas de la costumbre y de las declaraciones -- sobre la ley existente efectuadas por el Rey, y a las cuales se llamó "Dooms". La Ley anglosajona no sufre cambios importantes con la conquista de Guillermo de Normandía, ya que éste ratifica las leyes existentes en Inglaterra al tiempo de la -- conquista , y solo efectúan algunos cambios entre los que cabe destacar los siguientes : (18)

- 1) Establece un sistema feudal, con lo que en cierta medida modifica las leyes sobre tenencia de la tierra.
- 2) Organiza de manera independiente a las Cortes -- eclesiásticas y a las Cortes civiles, delimitándo le a cada una su jurisdicción específica.
- 3) Sistematiza las costumbres que habían servido de base para la formación de las leyes existentes, de donde nace el "Common Law".

(18) *Ibidem.* Op.cit. pág.16.

- 4) Desarrolla un sistema nacional de leyes.
- 5) Acentúa la importancia de la figura del Rey dentro del sistema legal.
- 6) Introduce las Cortes Feudales.
- 7) Organiza a las Cortes de la siguiente manera :
 - "Curia Regis" la cual era la Corte suprema y cuyas funciones consistían principalmente en imponer multas y servir como asesora del Rey.
 - "Cortes Eclesiásticas" con jurisdicción en asuntos espirituales.
 - "Cortes de los Condados".
 - "Cortes Feudales" o Señoriales.

1.4.2. El Common Law o Derecho Común.

Para el tratadista inglés Blackstone la ley se divide en : escrita o estatutos, y no escrita o "Common Law" el cual se integra de costumbres de observancia en la totalidad del Reino, y las costumbres particulares observadas en ciertas regiones del mismo. Blackstone señala que "La piedra angular de las leyes inglesas son las costumbres de aceptación general que se han practicado desde tiempos inmemoriales y a las que se puede denominar: "Common law".

la existencia de esas costumbres ha sido declarada de tiempo en tiempo por las Cortes de Justicia cuyas decisiones han sido preservadas mediante Actas públicas, explicadas en Reportes y copiladas en los textos reconocidos por los sabios del derecho" (19)

Las formas para ejercitar una acción bajo el Common Law son de fundamental importancia para entender el sistema jurídico inglés. Las acciones se pueden clasificar de la siguiente manera :

- 1) Acciones reales.- aquellas referidas a la propiedad de inmuebles.
- 2) Acciones Personales.- aquellas que versaban sobre compensaciones por daños.
- 3) Acciones Mixtas.- que eran una mezcla de las reales y las personales.

El ejercicio de las acciones se encontraba regulado en el "Common Law" de la siguiente manera :

- a) Toda acción nacía necesariamente de un "writ" o escrito, el cual debía de ser emitido por la Cancillería en representación del Rey, y que estaba redactado en forma de orden a la Corte o Autoridad respectiva para que hiciera comparecer a las

(19) *Ibidem.* Op.cit.pá.74.

partes a fin de que ofrecieran pruebas , y posteriormente impartiera justicia.

- b) La elección adecuada del "writ" era muy importante, ya que cada uno de ellos implicaba una forma determinada de acción y de procedimiento.
- c) El aspecto formal dentro del procedimiento llegó a ser tan importante como el propio derecho reclamado.
- d) Una de las reglas mas populares rezaba : "a menos de que exista un writ adecuado no podrá existir - causa de acción".

Bajo el Common Law podían ejercitarse un gran número de acciones, pero debido al rigorismo y a la complejidad de las formas de acción se vuelve un sistema tan rígido que llega en ocasiones a propiciar la injusticia. La rigidez en que cayó el Common Law puede ser apreciada en los siguientes ejemplos : (20)

- 1) No existía ninguna acción con la cual se pudiera recuperar una suma que no se fijaba de antemano, por ejemplo : Si un individuo llevaba una tela - con el Sastre a fin de que éste le confeccionara

(20) HALLAM, Henry. History of England. Second edition. 1930. J.M. Dent & Sons LTD, London ENGLAND. pág.58.

un traje, y no se fijaba de antemano el precio de la hechura, no podía el Sastre en caso de que el cliente se negara a pagar, ejercitar ninguna acción en contra del cliente.

- 2) Si una persona demandaba a otra el pago de una cantidad de dinero determinada , y resultaba que obtenía por un fallo una cantidad mayor o menor a la que en realidad le adeudaban, perdía por este solo hecho la posibilidad de recuperar el monto del adeudo.
- 3) Podemos citar el caso "Denom vs Scott" del año 1343 en donde "X" demandaba a "Y" el pago de 20 libras , y "Y" demostraba que "X" había entablado una reclamación anterior respecto de la misma suma , habiéndosele cubierto íntegramente , pero por un descuido no se había cancelado el documento donde constaba dicho adeudo siendo éste el mismo que ahora "X" utilizaba para demandarlo de nueva cuenta. El fallo de la Corte en este caso fue que "Y" debía volver a pagar a "X" la suma reclamada toda vez que el demandante presentaba documento fehaciente del adeudo y había escogido el writ adecuado para el ejercicio de su acción.

Debido a la rigidez en que cayó Common Law empiezan a desarrollarse vigorosamente las "Doctrinas de Equidad", que si bien siempre habían existido al lado del de recho común, no habían jugado hasta entonces un papel prepon- derante, pero a raíz de las injusticias generadas por la in- flexibilidad en las formas de acción del derecho común, se - hizo necesario el desarrollo de un cuerpo que supliera las - deficiencias de éste.

1.4.3. La Justicia de Equidad.

A la "equidad" sede el punto de vista del derecho inglés se le considera como un conjunto de dog- trinas y procedimientos que se desarrollaron a partir de la intervención de la Corte de la Cancillería a fin de remediar algunas de las injusticias del derecho común. La Corte de la Cancillería estaba integrada por un cuerpo de Magistrados o Consejeros, a los que se consideraba como "custodios de la - conciencia del Rey", el cual en razón de ser considerado como fuente de toda justicia, podía resolver cualquier controversia entre sus súbditos sin apearse a ninguna forma procesal y apoyado simplemente en su conciencia y en la "equi- dad" entendida ésta como la cualidad de ser justo, im-

parcial y recto.

La justicia de equidad desarrolla en el derecho inglés 3 Jurisdicciones muy importantes que son :

- 1) La Jurisdicción Concurrente.- que ofrecía soluciones nuevas en donde las del Common Law fueran inadecuadas.
- 2) La Jurisdicción Auxiliar.- que desarrolla nuevas formas procesales.
- 3) La Jurisdicción Exclusiva.- que reconocía derechos que no eran reconocidos por el Common Law - como el "use" y el "trust". (21)

El procedimiento para actuar ante la Justicia de equidad pueden resumirse de la siguiente manera:

- 1) No se requería un "writ", sino que se efectuaba una petición libre de toda forma ante la Cancillería.
- 2) A la petición recaía un acuerdo firmado por el Magistrado o Consejero, y de este modo se daba por iniciado el procedimiento. Después se ordenaba al defensor, bajo apercibimiento, que contestara las cuestiones planteadas por el demandante gozando de las siguientes opciones para hacerlo :

(21) Cfr. CURZON, L.B. Op. cit. pág.96.

- Podía objetar la orden, argumentado que las peticiones del demandante no ameritaban la intervención del Canciller.
 - Podía cuestionar la Jurisdicción.
 - Podía dar respuesta a las preguntas negándolas o afirmándolas.
- 3) Luego de la contestación se examinaba a los testigos. Se aceptaban declaraciones bajo juramento en forma escrita presentadas por los testigos.
- 4) Un Decreto se emitía , el cual debía firmarlo el propio Canciller dando su veredicto. Cabe señalar que hasta antes de la firma del Canciller se consideraba el veredicto como sentencia interlocutoria, susceptible de ser reconsiderada o modificada. (22)

1.4.4. El "Use".

El "use" consistía en aquella transmisión de la propiedad de determinados bienes hecha por un propietario original al que se denominaba como "Settlor", en favor de otra llamada "Feoffee to uses" el cual debía conservar para "el uso" de otro llamado "Cestui que uses" o transmi

(22) Ibidem. Op. cit. pág. 10.

tirlo a este último dependiendo de las instrucciones que hubiere recibido del Settlor.

Podemos decir que el Use se vuelve una práctica mas o menos generalizada a partir de la Conquista de Inglaterra por Guillermo de Normandía en 1066, el cual por medio del establecimiento de un sistema feudal y un poder central que imponía grandes cargas sobre los feudatarios favorece el surgimiento de formas para eludir tales cargas y una de estas formas fue el Use. Las cargas que se eludían empleando el Use eran entre otras : La donación forzosa de parte de la tierra en favor del Rey, la participación de los frutos de la tierra, la obligación de aportar hombres para la guerra, y en general todas las obligaciones que se derivaban de la tenencia de la tierra. El Use fue utilizado tanto para fines fraudulentos como para donaciones piadosas a comunidades religiosas que en virtud de las reglas de su Orden no podían poseer bienes a título personal.

El problema central del Use y probablemente la fuerza que con mayor vigor lo impulsó en su evolución hacia el "Trust" radica en el hecho de que solo la transmisión del Settlor hacia el Feoffee estaba reconocida por el Common Law, existiendo un Write específico para tal caso, mientras que la obligación del Feoffee respecto del Ceg

tui no era exigible jurídicamente en virtud de no existir acción específica al respecto dentro del Common Law. La incoercibilidad de la obligación de Feofee, trajo como consecuencia que la práctica de dejar de cumplir los uses se convirtiera en generalizada. Los abusos de los Feofees infieles encontraban cierta justificación cuando eran sometidos en perjuicio de personas que habían utilizado el Use con fines fraudulentos, pero en aquellos casos en donde los afectados eran personas cuyos fines eran perfectamente confesables, se traducía en una injusticia. Los afectados al no encontrar protección en el Common Law acuden ante el propio Rey, quien gozaba de la "Jurisdicción Residual" pudiendo impartir justicia apoyado simplemente en su conciencia y en la equidad, y el Rey ejerció esa jurisdicción, pero al incrementarse el número de las peticiones de justicia y ante la imposibilidad de atenderlas todas personalmente, delegó estas funciones en el "Lord Canciller" quien a su vez facultó a un gran número de Asesores quienes a la larga se vuelven los encargados de conocer y resolver tales reclamaciones

La justicia de equidad a través de las Cortes de la Cancillería fue quien ejerció jurisdicción exclusiva sobre los "Uses", reconociéndolos como "derechos de equidad" y ofreciéndoles su protección mediante la crea-

ción de formas y acciones determinadas. (23)

Debido a que con el empleo del Use resultaban, en algunos casos, elusiones a las cargas Reales, el Parlamento en 1543 durante el reinado de Enrique VIII dicta el "Statute of Uses" cuya finalidad consistía en acabar con los Uses, y al efecto los declaraba "ejecutados", es decir que en adelante serían considerados como dueños de los bienes sujetos a "Use" los beneficiarios determinados por el Settlor en cada caso y por tanto serían estos los responsables del cumplimiento de las cargas reales. Este Estatuto adoleció de graves defectos ya que al no tomar en cuenta que no todos los Uses se hacían con fines fraudulentos o evadían cargas reales, provocó que aquellos que se sintieron afectados por el Estatuto acudieran a la Cancillería a fin de que ésta estableciera una interpretación de los alcances del mismo, de lo que resultó una declaración que dejaba fuera de la aplicación del estatuto a los siguientes Uses : (2)

- 1) Aquellos Uses referidos a bienes muebles que no encontraran cabida en las disposiciones del Common Law, en cuyo caso se otorgaba jurisdicción concurrente a las Cortes de Equidad.

(23) Cfr. LEPAILLE, Pierre. Tratado Teórico y Práctico de los Trusts. 1982. Editorial Porrúa S.A. México D.F. MEXICO. pag.14.

(24) VILLACORONA, Lozano J. Manuel. Op. cit. pag.16.

- 2) Aquellos en los que la labor del Feofee era positiva y de administración, es decir en aquellos casos en los que no actuaba como un simple intermediario, como por ejemplo : cuando el Feofee debía administrar los bienes y entregar los frutos de ellos al beneficiario.
- 3) También quedaron excluidos los Uses constituidos sobre otros Uses, es decir aquellos en donde el Cestui era a su vez Feofee de otra persona, ya de aplicarse el estatuto se convertía en propietario al primer Cestui privando de su derecho al segundo o sucesivos beneficiarios, por lo que la Cancillería estableció que si bien el primer Cestui sería considerado como propietario legal de los bienes, los subsecuentes beneficiarios serían considerados como "dueños en equidad".

Con las anteriores excepciones se restableció en cierto modo la situación anterior a la aplicación del Estatuto, ya que subsistieron los Uses ya señalados, a los que para distinguirlos de los que habían quedado "ejecutados" se les llamó "Trusts".

1.4.5. EL Trust anglosajón.

Ya vimos que la figura del Trust surge a partir de la interpretación del "Statute of Uses" efectuada por la Cancillería, y su posterior evolución a través de las decisiones emitidas por las Cortes de Equidad.

1.4.5.1. Las Partes en el Trust.

En el Trust anglosajón podemos distinguir por lo general la existencia de 3 partes que en él intervienen y que son : el Settlor, el Trustee y el "Cestui que Trust".

El Settlor es aquella persona con capacidad para disponer libremente de determinados bienes o derechos, los cuales transmite en propiedad a otra persona llamada Trustee para la realización de un fin determinado, una vez que se ha formado el Trust, el Settlor desaparece, a menos que se haya reservado el derecho a revocarlo, enmendarlo, o a dirigirlo administrativamente en forma conjunta con el Trustee.

El Trustee es aquella persona física o moral encargada de llevar a cabo el Trust de acuerdo con lo previsto por el Settlor en el acto constitutivo, es titular de los bienes o derechos objeto del Trust y debe tener por tanto la capacidad necesaria para adquirir y conservar di-

chos bienes y derechos, y la capacidad legal, natural y el conocimiento requerido para llevar a cabo los fines del Trust. El Settlor y el Trustee pueden ser una misma persona, en cuyo caso no podremos hablar de una transmisión de la propiedad, sino en todo caso de una separación dentro del patrimonio del Settlor de aquellos bienes que se destinaban en Trust. En los casos en que el Settlor omite designar Trustee o bien este no pueda realizar los fines del Trust, se designará por un tribunal competente. La aceptación del cargo de Trustee deberá de hacerse en forma total, es decir no puede hacerse solo sobre ciertos puntos. Cabe mencionar que nadie está obligado a aceptar el cargo de trustee. En los casos en que existiendo Trustee éste dejara de ser adecuado para la realización de los fines del Trust, la propia Corte de Equidad puede designar un Trustee sustituto, o bien decretar una suspensión en el cargo, nombrando un depositario, el cual no se considerará como titular de los bienes, pero llevará a cabo su administración. El cargo de Trustee una vez aceptado no puede ser rechazado a menos que se solicite ante el tribunal competente y siempre y cuando sea por causas graves, y den su aprobación todos y cada uno de los beneficiarios(25). Las obligaciones del Trustee pueden resumirse de la siguiente manera : (26)

(25) RATIZA, Rodolfo. El Fiduciarismo. Cuarta edición. 1980. Editorial Porrúa S.A. México D.F. MEXICO. pág.59.

(26) VILLAGORDA, Lozano J. Manuel. Op. cit. pág.20.

- 1) Debe proteger el Trust contra los actos de cualquier persona.
- 2) Debe efectuar todos los actos tendientes a la conservación de los bienes que le hayan transmitido
- 3) Debe actuar con prudencia cuando realice inversiones con el patrimonio del Trust.
- 4) Debe llevar a cabo todos los actos necesarios para realización de los fines del fideicomiso.
- 5) Debe registrar el Trust haciendo constar los términos en que le ha sido otorgado, en el Registro correspondientes.

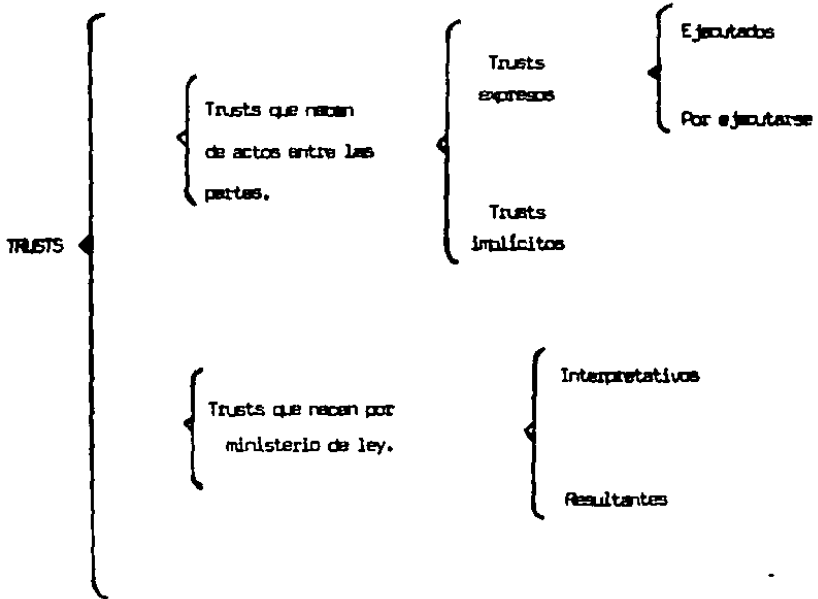
El Cestui o Beneficiario es aquella persona determinada o determinable que puede exigir el cumplimiento del Trust ante la Justicia de Equidad para su beneficio. Debe tener la capacidad necesaria para detentar la propiedad de bienes o derechos iguales a los que se le otorgan en virtud del Trust, y se le considera como propietario en "equidad" de los bienes del Trust (27). Cabe señalar que el ser dueño "en equidad" de los bienes no daba al beneficiario capacidad para disponer de su propiedad libremente ya que debía ajustarse a los términos señalados por el Trustee en el acto constitutivo.

(27) Cfr. SEFRANO, Transviera Jorge. Apud. VILLACORDA, Lozano J. Manuel Op. cit. pág. 25

1.4.5.2. Clasificación de los Trusts.

Existe una gran variedad de criterios para la clasificación de los Trusts sugeridos por los diversos autores, de entre los cuales considero lo mas importantes los siguientes :

1) Para Cheshire los Trusts se clasifican así :



Trust expreso.- aquel cuyas instrucciones están determinadas definitivamente por el Settlor en el instrumento de creación y en apego a las cuales debe ejecutarse el Trust.

Trust por ejecutarse.- Aquel que sujeta los derechos de los beneficiarios a la previa realización de -- un acto por un tercero.

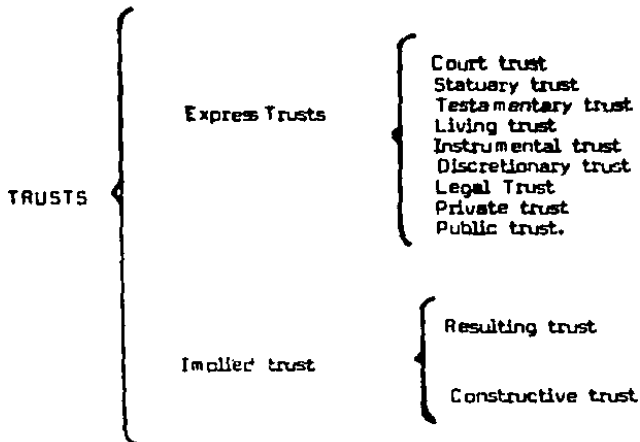
Trust Implícito.- En el que la voluntad de las partes es inducida por un Tribunal, tomando como base los términos empleados en el instrumento de creación, o a las circunstancias que rodearon ese acto.

Trust interpretativo.- Aquel que puede ser exigido a quien siendo Trustee de ciertos bienes, obtiene por ese hecho un beneficio personal, como por ejemplo : un arrendatario que había contratado un bien inmueble por tiempo determinado y cedió sus derechos en Trust en favor de un menor de edad , y que al vencimiento del contrato solicitó a nombre del menor la pró-rroga correspondiente, misma que le fue negada, y que despues la obtuvo para sí. En este caso se consideraba que si bien no había fraude, ya que el trustee había actuado con

oportunidad para defender los derechos del menor, debía responder de la prórroga ante el menor concediéndole un trust sobre la nueva prórroga.

Trust resultante.- El cual surgía en 2 formas : la primera cuando se hacía un Trust en nombre y por cuenta de otro, y la segunda cuando en un Trust ya existente no podían cumplirse los fines ya fuera en forma total o parcial.(28)

2) Pierre Lepaulle establece la siguiente clasificación de los Trusts : (29)



(28) BATTZA, *Recibido*. Op. cit. págs. 61-63.

(29) LEPAULLE, Pierre. Op. cit. págs. 86-112.

- Express trust.**- aquel en el cual la persona designada como Trustee está en libertad de aceptar o no la misión que se le encomienda.
- Court trust.**- aquellos creados por tribunales en los mismos términos que los express trust.
- Statuary trust.**- aque cuya creación se debe a disposición de la ley, como por ejemplo: el usufructo de la mujer superviviente de un matrimonio, a la que la Ley le concedía este beneficio sobre los bienes del marido. y que los ingleses convirtieron en trust.
- Testamentary trust.**- aquel cuyos efectos se suspenden a la previa muerte de Settlor.
- Living trust.**- aquel que se crea y funciona durante la vida del Settlor.
- Instrumental trust.**- aquel en el cual el trustee debe llevar a cabo los fines del trust sujetándose a lo expresamente señalado por el Settlor, y por tanto carecía de facultades de apreciación.
- Discretionary trust.**- aquel en el que el Trustee tiene facultades de apreciación, es decir actua no solo como ejecutor sino también como administrador.
- Legal Trust.**- aquel en el que las inversiones que puede efectuar el Trustee con el patrimonio del trust estan

contempladas en forma limitativa por la ley.

Private trust.- aquel en el que los fines son de orden privado o particular.

Public trust.- también llamado "trust de caridad", el cual consistía en la afectación de bienes para un fin considerado como útil a la sociedad.

Implied trust.- son lo opuesto a los express trust y se utilizan para denominar genéricamente a los resulting y constructive trust.

Resulting trust.- se da cuando se transmiten bienes por medio de un express trust a un trustee sin señalar un fin determinado, declarándose en este caso a favor del Trustee y sus causahabientes.

Constructive trust.- cuando se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación "cuasicontractual".- "cuasidelictuosa", de dar un bien determinado, y de ciertas obligaciones de la ley.

1.4.5.3. Definición del Trust.

Existen numerosas definiciones del trust sin embargo podemos notar que ninguna de ellas goza de una aceptación general, por lo que a continuación referiré aquellas que considero importantes.

Autores como Holland y Maitland consideran al Trust como un derecho personal de crédito de Cestui contra el Trustee, es decir, convierten al primero en acreedor del segundo, señalando que la extensión y modalidades de ese crédito estará determinada por las disposiciones consignadas por el Settlor en el acto constitutivo. (30)

El francés Pierre Lepaulle señala que "El trust es una institución jurídica consistente en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y cuya finalidad está constituida por una afectación libre en los términos de las leyes en vigor y el orden público" (31)

Para el tratadista inglés Salmond el trust es "una división del derecho de propiedad entre el Cestui y el Feoffee, en donde el primero tiene un derecho real restringido solo en cuanto a la administración y titularidad de los bienes". (32)

Rodolfo Batiza propone la siguiente definición : "El trust es una obligación impuesta ya sea de manera expresa o por implicación de la ley, en virtud de la cual el obligado debe manejar bienes sobre los que tiene el control, para beneficio de ciertas personas que indistintamente pueden exigir el cumplimiento de dicha obligación." (33)

(30) MAITLAND, F.W. *Equity a Course of Lectures*. Revised and annotated by John Bianyete. Cambridge University Press. 1949. pag.21.

(31) LEPAULLE, Pierre. Op. cit. pag.83.

(32) CURZON, L.B. Op. cit. pag.119.

(33) BATÍZA, Rodolfo. Op. cit. pag.50.

Desde mi personal punto de vista considero que el trust es el reconocimiento y la instrumentación por parte de la Justicia de Equidad de un propósito de afectación manifestado de manera expresa o tácita o por implicación de la ley, sobre determinados bienes, y en cuya virtud se crea un patrimonio independiente en cuanto a los sujetos, pero subordinado a la consecución de un fin, dando origen al nacimiento de obligaciones de equidad entre las partes cuya extensión y modalidades se regirán de acuerdo a lo dispuesto por el Settlor en el acto constitutivo o a lo inferido o dispuesto por la ley.

1.4.5.4. Requisitos para la válida existencia del Trust.

Los requisitos para la válida existencia del trust pueden resumirse de la siguiente manera : (34)

- 1) Manifestación de voluntad por parte del Settlor, ya sea de manera expresa o tácita.
- 2) Capacidad del Settlor para transmitir los bienes que constituirán el patrimonio del trust, lo cual no implica que necesariamente deba ser su dueño, sino simplemente que pueda de acuerdo con la ley disponer de ellos.

(34) VILLACORCA, Lozano J. Manuel, Op. cit. pág.36.

- 3) Debe circunscribirse a los límites impuestos por el "orden público" aun cuando este concepto es variable según el lugar y tiempo a que se refiera, podemos decir que tratándose de trusts el orden público se refiere a lo siguiente :
- El trust no debe defraudar acreedores en ninguna forma.
 - No debe tener como objeto directo la creación de un monopolio de hecho, ya que estos se estiman contrarios al orden público por restringir la libertad de mercado
 - No deben contravenir lo dispuesto por la "Regla contra las perpetuidades", la cual establece un plazo máximo para que los derechos resultantes del trust sean adquiridos en forma definitiva por el beneficiario, exceptuándose de lo anterior los Trust de "caridad".
- 4) Deben hacerse constar por escrito y deben de registrarse, ya que de lo contrario se vé el trust afectado de nulidad relativa.

1.4.5.5. El Patrimonio del Trust.

Se denomina patrimonio del trust al conjunto de bienes o derechos que han sido transmitidos al Trustee en virtud del trust, y con los cuales deberá llevar a

cabo los fines determinados por el Settlor en el instrumento de creación. A fin de determinar que bienes pueden integrar el patrimonio del trust, los autores han expuesto variadas teorías entre las que destacan las siguientes :

- 1) Aquella que sostienen algunos autores en el sentido de el patrimonio del trust solo puede integrarse con bienes - respecto de los cuales pueda establecerse el derecho de propiedad. La anterior aseveración puede prestarse a confusiones ya que el derecho de propiedad se le entiende desde el punto de vista del derecho romano como aquel que deriva de un título legalmente reconocido, con lo cual se estaría negando la posibilidad de que los derechos derivados del trust pudieran ser objeto de un trust.
- 2) La sostenida por Scott para quien el patrimonio puede integrarse por toda clase de bienes muebles e inmuebles sobre los que se tenga un derecho transmisible sea legal o de equidad. (35)
- 3) Para el autor inglés Powell, el patrimonio puede integrarse por cualquier cosa o derecho que tenga valor y sea transmisible. (36)

(35) SCOTT, Frank. Apud, VILLAGORDOA, Lozano J. Manuel. Op.cit. pág.59.

(36) JENKS, John. A Short History of English Law. 1945. Walter & Manden LTD. London. ENGLAND. pág.38.

- 4) Pierre Lepaulle sostiene que no son lo bienes los que integran el patrimonio sino los derechos sobre esos bienes y a los que genéricamente denomina como "derechos patrimoniales". (37)

1.4.5.6. Aplicaciones del Trust.

El trust puede utilizarse para una gran variedad de fines dentro del derecho anglosajón, estos mismos fines son logrados en los sistemas de tradición romanista mediante la utilización de numerosas figuras entre las que pueden señalarse a las siguientes : el depósito, el mandato, el mutuo, la sociedad mercantil y civil, la herencia, el legado, el albaceazgo, la compraventa de inmuebles, la cesión de créditos, la prenda, la estipulación a favor de tercero, la fundación y la donación. Algunos autores han sugerido incluso que el trust podría llevar a cabo de manera superior todos los fines logrados por las figuras señaladas con anterioridad.

1.4.5.7. Causas de Extinción del Trust.

(37) Cfr. LEPAULLE, Pierre. Op. cit. pág.25.

El Trust se extingue por las siguientes causas :

- 1) Cuando el título legal que tiene el Trustee respecto de los bienes es cedido al Cestui.
- 2) Por cesión del Trustee de los derechos del trust a favor de un tercero.
- 3) Cuando el Cestui liberaba de su obligación al Trustee , siempre y cuando el Cestui pudiera considerarse como "sui iuris".
- 4) Cuando el Cestui heredaba el título legal al Trustee.
- 5) Por revocación del Settlor cuando se hubiere reservado en el acto constitutivo tal facultad.
- 6) Por estatuto, cuando los fines del trust habían sido cumplidos y el trust se volvía pasivo. En este caso el Trustee transmitía los bienes al Cestui.
- 7) Cuando la afectación prevista en el acto constitutivo por el Settlor se volvía de imposible ejecución.
- 8) Cuando el plazo máximo señalado para el trust se había cumplido.(38)

Una vez concluido el trust debía ejecutarse la liquidación correspondiente, es decir el Trustee debía rendir cuentas, debiéndose pagar las deudas del trust, para

(37) *Ibidem*. Op. cit. pág. 180.

finalmente hacer entrega de los bienes a quien corresponda.

1.4.5.9. El Trust en los Estados Unidos.

Estados Unidos fue durante algún tiempo colonia de Inglaterra, por lo que el sistema jurídico inglés se introdujo en aquel país, y junto con el sistema la figura del trust, que poco a poco se fue adaptando hasta convertirse en una práctica de uso generalizado, obteniendo de este modo su lugar dentro de las leyes norteamericanas.

La gran contribución de los Estados Unidos al desarrollo de los trusts fue la creación y perfeccionamiento de los "Trust corporativos", los cuales consistían en que ciertas corporaciones actuasen como Trustees Profesionales, el primer caso de una autorización a una corporación para actuar como trustee profesional fue otorgada a "The farmer's Insurance & Loan Company" de Nueva York en el año de 1822, a la que siguieron muchas mas, convirtiéndose de este modo la actividad de Trustee en profesional y onerosa.

(38)

1.4.5.9. Adaptación del Trust a los Sistemas Romanistas.

(38) Cfr. BATIZA, Rodolfo. Op. cit. pág.96.

La utilización de los Trusts se mantuvo por mucho tiempo dentro de las fronteras de los países con un derecho de corte anglosajón, debido principalmente a la barrera del idioma y a la falta de contacto comercial entre las naciones del mundo. No es sino hasta después de la Primera Guerra Mundial que el trust trasciende las barreras del derecho anglosajón, motivado esto en parte por el creciente contacto comercial que se dio a partir de la guerra, por la curiosidad que debió despertar entre las personas de otros países la figura del trust.

México fue uno de los primeros países con sistemas de derecho de tradición romanista que efectuó esfuerzos para adaptar a su sistema jurídico la figura del Trust anglosajón, debido tal vez, a nuestra cercanía y gran contacto comercial con los Estados Unidos. En 1905 el entonces Secretario de Hacienda el Sr. José Yves de Limantour envió al Congreso de la Unión una iniciativa de ley que pretendía se permitiera el establecimiento en México de instituciones que llevaran a cabo las funciones de "agentes fideicomisarios", esta iniciativa no fue aprobada y solo quedó como un intento de adaptación.

Es muy importante señalar la obra del panameño Dr. Ricardo Alfaro, el cual en 1920 presenta su proyec-

to denominado "El fideicomiso, estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución nueva semejante al Trust inglés" en este estudio pone a consideración un proyecto de ley, al cual me referiré por considerar que con base en este proyecto surgen posteriormente los demás intentos de adaptación en latinoamérica. Los artículos mas importantes de proyecto Alfaro son : (39)

artículo 1.- "El fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten bienes a una persona llamada fiduciaria para disponga de ellos conforme a lo ordenado por el que transmite, - llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario".

artículo 2.- "El fideicomiso puede constituirse sobre toda clase de bienes, aun los futuros".

artículo 3.- "Puede ser particular o universal, puro o condicional, a día cierto, por tiempo determinado o durante la vida del fideicomitente, del fiduciario y el fideicomisario".

artículo 5.- "Pueden constituirse para cualquier fin que no contravenga la moral o las leyes".

(39) MAEDO, Pablo, en la introducción de LEPALLE, Ferre. Op. cit. pág. 5

- artículo 6.- "Se prohíben los fideicomisos secretos".
- artículo 8.- "No pueden constituirse sobre personas no existentes, salvo que se trate de criaturas que se encuentren en el vientre de su madre".
- artículo 13.- "La existencia del fideicomiso empieza cuando el fiduciario acepta su cargo, pudiendo hacerlo de manera tácita o expresa , y una vez aceptado no puede renunciario".
- artículo 16.- "La aceptación del cargo de fiduciario, para ser válida debe expresarse en la misma forma en que se haya constituido el fideicomiso".
- artículo 17.- "El fideicomiso puede ser constituido por testamento o por acto entre vivos".
- artículo 18.- "Puede constituirse de manera verbal".
- artículo 19.- "El fideicomiso sobre inmuebles solo podrá oponerse frente a terceros si se inscribe en el Registro Público".
- artículo 20.- "La inscripción del fideicomiso sobre inmuebles deberá hacerse a nombre del fiduciario, así como cualquier otra transmisión de dominio, y deberán inscribirse como gravámenes las disposiciones del fideicomiso en virtud de las cuales se limite la facultad del fiduciario para enajenar o gozar de los bienes

fideicomitidos".

artículo 24.- "Puede ser fiduciario cualquier persona natural o jurídica".

artículo 25.- "El fiduciario puede excusarse de ejercer el fideicomiso solo en aquellos casos donde exista una causa grave a juicio de un Juez".

artículo 26.- "El fiduciario tiene todas las acciones y derecho inherentes al dominio, pero no podrá enajenar ni gravar los bienes fideicomitidos a menos de tener autorización expresa o de ser imposible la ejecución del fideicomiso sin enajenarlos o gravarlos".

artículo 29.- "El fiduciario debe emplear en la administración de los bienes el cuidado de un buen padre de familia y es responsable por las pérdidas y el deterioro que provengan de su culpa".

artículo 36.- En este artículo enumera las causas de extinción.

La adaptación del trust anglosajón en la legislación mexicana se verá con todo detalle en el capítulo que sigue.

2. EL FIDEICOMISO EN MEXICO.

2.1. Antecedentes Doctrinarios del fideicomiso en México.

Denominaré antecedentes doctrinarios a aquellos esfuerzos encaminados al establecimiento de la figura del fideicomiso en nuestra legislación, tomando como base la figura del Trust anglosajón, que a pesar de plantear bases concretas de adaptación nunca llegaron a ser sancionados como leyes en nuestro país.

Algunos autores consideran como primer antecedente doctrinario del fideicomiso en México, a un trust que se otorgó en el extranjero por el año de 1908 y cuyos efectos fueron reconocidos en nuestro país. El trust de referencia se utilizó para garantizar los bonos emitidos en virtud de un préstamo otorgado al gobierno mexicano para financiar la ampliación de la red ferroviaria y para hacer posible la fusión de la compañía estatal "Ferrocarril Nacional" con la compañía privada "Ferrocarril Central", para dar origen a la empresa estatal "Ferrocarriles Nacionales de México" y así continuar con la política de nacionalización de las vías férreas en México. Para llevar a cabo esta fusión debían de comprar las 200,000 acciones que formaban el capital del Fe

rocarril Central, lo cual sumaba una cantidad de cerca de ocho millones de dólares, mismos que en virtud de la grave crisis económica por la que atravezaba el país no estaban a disposición del gobierno mexicano. De este modo se recurrió a un préstamo, mismo que fue facilitado por banqueros de Nueva York, Estados Unidos, y entre los que podemos nombrar a los siguientes : "Kung Loeb & Co.", "Landenburg Thalman & Company", "Hallgarte & Co.", los cuales instrumentaron el préstamo de la siguiente manera : (40)

- 1) A fin de fraccionar el total del préstamo, emitieron bonos u obligaciones que serían ofrecidos entre los inversionistas.
- 2) A efecto de garantizar dichos bonos se constituyo un "Trust deed" por medio del cual los bienes de la nueva-compañía eran cedidos en su totalidad a favor de la compañía norteamericana que actuaba como Trustee, quien debía de ejecutar al fin del trust consistente en vigilar y supervisar la administración de los bienes, protegiendo los intereses de los inversionistas.
- 3) El trust surtió efectos en México al amparo del Código civil de 1884 y la Ley de Ferrocarriles de 1899 y fueron considerados para efectos de nuestra legislación como un

(40) DAZANT, Jan. Historia de la Ouart Exterior de México 1823-1946. Segunda edición, 1981
El Colegio de México. México D.F. MEXICO, pag. 163.

contrato de mandato e hipoteca.

2.1.2. EL Proyecto Limantour.

Este proyecto fue presentado ante la Cámara en forma de iniciativa de Ley por el Sr. José Yves de Limantour en 1905, y tal vez por esa razón se le conoce como el proyecto "limantour" aun cuando su autor fue el Lic. Jorge Vera Estañol. En esta iniciativa se consignaba la idea de facultar al Ejecutivo para que expidiera una ley mediante la cual se autorizara el establecimiento en México de instituciones comerciales que desempeñaran las funciones de "agentes fideicomisarios", y en la exposición de motivos señalaba los beneficios que las "trust companies" ofrecían en los sistemas de derecho anglosajón. Este proyecto constaba de ocho artículos y establecía de manera general lo siguiente : (41)

- 1) Definía al fideicomiso como "El encargo hecho al fideicomisario por virtud de un contrato entre dos o mas personas , de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados , para beneficio de una o todas las partes en ese contrato, o de

(41) MACEDO, Pablo. En la introducción de LEPAILLE, Pierre. Op. cit. pág. XIII.

- un tercero, o para hacer efectivos derechos o cumplir obligaciones creadas expresamente en el contrato o que sean consecuencia legal del mismo (art.1)
- 2) Señalaba que el fideicomiso se consideraría como un derecho real sobre los bienes respecto de los cuales se constituyera. (art.3)
 - 3) Acerca de las instituciones "fideicomisarias" establecía que estas debían llenar ciertos requisitos legales y debían obtener autorización por parte de la Secretaría de Hacienda. (art.4)
 - 4) Determinaba que la ley fijaría los términos en los que debería de actuar las instituciones "fideicomisarias" y los principios conforme a los cuales habrían de ser inspeccionadas por la Secretaría de Hacienda a fin de proteger los intereses del público. (art.6)
 - 5) Pretendía facultar al Ejecutivo para modificar la legislación común, a fin de asegurar la función de las instituciones "fideicomisarias" y la firmeza de los actos y contratos que en el ejercicio de sus funciones realizan (at.8)

Cabe señalar que en este proyecto el término "instituciones fideicomisarias" se emplea en forma errónea

ya que pretende aplicarse a quien se encarga de la realización de los fines del fideicomiso, cuando en realidad el término "fideicomisario" corresponde a la persona en cuyo beneficio se llevan a cabo los fines del fideicomiso, por lo que el término correcto que debió emplearse es el de INSTITUCIONES FIDUCIARIAS. Esta iniciativa de Ley no fue jamás discutida por las Comisiones respectivas y nunca llegó a ser sancionada como ley, por lo que tan solo puede considerarse como un esfuerzo por adaptar el trust en nuestro país

2.1.3. El Proyecto Creel.

Durante la primera Convención Bancaria celebrada en México en 1924, fue presentado un proyecto elaborado por el Sr. Enrique C. Creel, sobre "Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro". El proyecto proponía la instrumentación en México de instituciones similares a las "Trust and Saving Banks" utilizadas en Estados Unidos, y hacía un análisis del funcionamiento de aquellas instituciones y las ventajas que en aquel país reportaban. En el proyecto se señalaban 17 bases sobre las cuales debería instrumentarse el funcionamiento de las multicitadas compañías, entre las que cabe destacar aquellas bases que se referían a las operaciones que podían celebrar dichas instituciones, y que pueden-

resumirse de la siguiente manera : (42)

- 1) Recibir hipotecas en garantía de bonos emitidos en nombre de sociedades o personas (ver "trust deed" en el 2.1. del presente trabajo)
- 2) Pagar cupones emitidos y amortizar bonos.
- 3) Celebrar toda clase de contratos de Fideicomiso.
- 4) Actuar como albacea, administrador, tutor y síndico en - concursos.
- 5) Servir como peritos valuadores de toda clase de bienes.
- 6) Recibir en guarda contratos condicionales celebrados por empresas o particulares, para su cumplimiento.
- 7) Pagar impuestos y gastos de sus clientes.
- 8) Llevar libros de registro para la transmisión de acciones y bonos nominativos de toda clase de sociedades.
- 9) Expedir certificados sobre la validez de toda clase de títulos de propiedad.
- 10) Llevar registros de capitales y actas del curso de los negocios, para dar informes a la clientela y al comercio en general.
- 11) Efectuar toda clase de operaciones bancarias de depósito descuento y ahorro.

(42) Cfr. BATIZA, Rutilfo. Op.cit. pág.102.

Este proyecto tampoco llegó a trascender a la legislación mexicana, pero aun así sentó un precedente importante por cuanto respecta a la introducción de esa clase de instituciones en nuestro país.

2.1.4. El Proyecto Vera Estañol.

En 1926 el Lic. Jorge Vera Estañol preparó un proyecto de Ley sobre "Compañías Fidedicomisarias y de Ahorro" y en él vuelve a utilizar en forma errónea el término "fideicomisario" como ya lo había señalado al analizar el Proyecto Limantour (ver págs. 53 y 54 del presente trabajo)

En esta iniciativa de ley se definía la fideicomiso como "el encargo que por virtud de un contrato hicieran dos o mas personas a la Compañía Fideicomisaria, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos - respecto de bienes determinados, en beneficio de algunos o todos los contratantes, o en el de hacer efectivos derechos o cumplir obligaciones estipuladas en dicho contrato o que sean consecuencia legal del mismo". Este proyecto retoma todos los puntos expuestos en el Proyecto Limantour de 1095 y agrega los expuestos por Creel en su proyecto de 1924 respecto de los Bancos de Fideicomiso y Ahorro, solo que aquí se llaman "Compañías Fideicomisarias", En síntesis podemos -

decir que este proyecto no aportó nada nuevo y tal vez por esa misma razón tampoco llega a ser sancionado en nuestro país. (43)

2.2. Antecedentes dentro de la Legislación Mexicana.

2.2.1. Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924.

En esta ley, publicada en el Diario Oficial el 16 de Enero de 1935, se contempló la existencia de los Bancos de Fideicomiso como instituciones de crédito cuya operación estaba condicionada a la expedición de una concesión especial por parte del Ejecutivo de la Unión que no podía durar mas de 30 años. En esta ley se definía a los Bancos de Fideicomiso como "aquellos que sirven al público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confían e interviniendo como representantes comunes de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos estos o durante el tiempo de su vigencia". Se hacía la aclaración que la regulación definitiva de estos Bancos y de los fideicomisos serían objeto de una Ley especial, que a la postre fue la Ley de Bancos de Fideicomiso

(43) Cfr. PÉÑA, Medina y Coautores. Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México. 1962. Banco Mexicano Surex S.A. México D.F. MÉXICO, pag.31.

de 1926. (44)

2.2.2. Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926.

En base a lo dispuesto por la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924, surge la regulación específica de los bancos de fideicomiso, que es esta Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, la cual constaba de 86 artículos distribuidos en 5 capítulos que fueron los siguientes :

CAPITULO I Objeto y Operación de los Bancos de Fideicomiso.

CAPITULO 2 Operaciones de Fideicomiso.

CAPITULO 3 Departamento de Ahorro.

CAPITULO 4 Operaciones bancarias de depósito y descuento.

CAPITULO 5 Disposiciones generales.

En la exposición de motivos de esta Ley se hacía la aclaración de que la figura del fideicomiso que se creaba no era aquella que existió en el derecho romano antiguo, sino que se trataba de adoptar en la legislación mexicana a la figura del trust anglosajón. Dentro de esta Ley se establecieron los siguientes puntos :

(44) BATTIZA, Rodolfo, Op. cit. pág.104

1) Como objeto de los Bancos de Fideicomiso se señalaba :

- Celebración de operaciones por cuenta ajena, en favor de terceros , cuya ejecución se confiaba a su honradez y buena fé.
- Establecimiento de un departamento de ahorro.
- Práctica de operaciones de banca de depósito y descuento.

2) se exigía para la constitución de Bancos de Fideicomiso 250,000.00 M.N. de capital mínimo en los Estados y Territorios, y 500,000.00 M.N. para el D.F.

3) Se prohibía a los Bancos y compañías extranjeras efectuar operaciones de fideicomiso a través de sus oficinas o agencias.

4) Se definía al fideicomiso como "un mandato irrevocable en virtud del cual se entregaban al Banco con carácter de fiduciario, determinados bienes para que dispusiera de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario". Esta definición parece estar influida por el Proyecto del Dr. Alfaro (Ver pág. 47 del presente trabajo).

5) Se establecieron como formas de constituir los fideicomi-

tos : la escritura pública, el documento privado, mediante testamento.

6) Se prohibían los siguientes fideicomisos :

- Los fideicomisos secretos.
- Los fideicomisos con fines ilícitos.
- Aquellos a favor de incapaces de heredar o recibir legados y que produjeran sus efectos a título gratuito a la muerte del fideicomitente.

7) Se consideraba que los bienes entregados en fideicomiso salían del patrimonio del fideicomitente, y por tanto eran inembargables.

8) Podían ser objeto de fideicomiso :

- Bienes muebles e inmuebles.
- Derechos reales.
- Toda clase de valores, títulos, dinero en efectivo y créditos, exceptuándose aquellos que por disposición de la ley no pudieran ser ejercitados por su dueño en forma directa e individual.

9) Los fideicomisos sobre bienes inmuebles debían registrarse en el Registro Público de la Propiedad cuando había una translación de dominio, y en la sección de hipotecas cuando no había tal translación.

10) Se indicaban como causas de extinción las siguientes :

- El cumplimiento del objeto del fideicomiso.

- La imposibilidad de realizar el objeto del fideicomiso.
- Por no cumplirse la condición suspensiva de la que se había hecho pender , dentro de un plazo de 20 años a partir de su constitución.

2.2.3. Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos de Bancarios de 1926.

Esta ley abroga a la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, retoma sus principios y los consigna dentro de un capítulo específico, sin efectuar cambio alguno con respecto al fideicomiso y a las instituciones fiduciarias por lo que omitiré referirme a ella en detalle.

2.2.4. Ley General de Instituciones de Crédito de 1932.

Esta ley se publica en el Diario Oficial el 29 de Junio de 1932, y en su exposición de motivos hace referencia expresa a la Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926, en el sentido de que dicha ley había introducido en nuestro país la figura del fideicomiso, pero que al no regularla en forma precisa dejaba lugar a dudas respecto a los aspectos sustantivos del fideicomiso y señalaba que los fideicomisos solo podían constituirse cuando el fiduciario fuera una institución que estuviera ba-

jo la estrecha vigilancia del Gobierno Federal. Retoma la mayor parte de la disposiciones de la Ley de 1926, introduciendo lo siguientes conceptos : (45)

- 1) Designaba a las Instituciones de Crédito como " aquellas sociedades mexicanas que tuvieron como objeto exclusivo - la práctica de operaciones activas de crédito y la realización de operaciones actuando como fiduciario".
- 2) Disponía que para llevar a cabo la actividad de fiduciario debía de obtenerse primeramente una concesión por parte del estado.
- 3) Señalaba como capital mínimo para constituir una institución fiduciaria, 100,000.00 M.N. en los estados y territorios y 200.000.00 M.N. en el D.F.
- 4) Se prohibía actuar como fiduciarios a los bancos extranjeros.
- 5) Determinaba que el desempeño del cargo de fiduciario y el ejercicio de las facultades de las instituciones fiduciarias se realizarían a través de uno o más delegados que al efecto se designaran , y cuyo nombramiento podía ser vetado por la Comisión Nacional Bancaria.
- 6) Fijaba normas de operación para las instituciones y depósitos fiduciarios.
- 7) Señalaba una serie de causas por las que en un momento determinado podía admitirse la renuncia de la institución fi

duciaria para desempeñar su cargo en determinados fideicomisos.

- 8) Establece que deberá hacerse constar en una cuenta especial dentro de la propia contabilidad de las instituciones, los bienes y derechos dados en fideicomiso.

2.2.5. Ley general de instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941.

Esta ley abroga a la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932. En esta ley las instituciones fiduciarias se encuentran reguladas de la siguiente manera :

- 1) Considera a las instituciones fiduciarias como "aquellas instituciones dedicadas al ejercicio de la banca y del crédito en virtud de una concesión otorgada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en ejercicio de una facultad discrecional. (art.1)
- 2) Divide por grupos las operaciones de banca y crédito de siguiente manera : Depósito, Ahorro, Financieras, Hipotecarias, de Capitalización y Múltiples.
- 3) Determina que las denominaciones "fiduciaria", "de fideicomiso" y cualesquier otra sinónima solo pueden ser utilizadas por instituciones debidamente autorizadas. (art.5)

- 4) Aquellas sociedades cuyo objeto sea el ejercicio de operaciones fiduciarias deberán estar constituidas como sociedades anónimas del capital fijo o variable, debiendo sujetarse a las siguientes normas : (art.6)
- a) Deberán contar con un capital mínimo establecido por la Secretaría de Hacienda mediante disposiciones de carácter general.
 - b) La duración de las sociedades podía ser indefinida.
 - c) El capital extranjero no podrá participar en forma alguna dentro de estas sociedades.
 - d) Las sociedades anónimas podrán emitir acciones no suscritas.
 - e) En los casos en que se constituyan como sociedades anónimas de capital variable, el capital mínimo estará integrado por acciones sin derecho a retiro.
 - f) Ninguna persona física o moral podrá ser propietaria de mas de 15% del capital pagado de una institución de crédito, exceptuándose de lo anterior las compañías que actúen como "tenedoras" de acciones de varias instituciones de crédito, las que estarán bajo vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, y a las que les estará prohibida la participación del capital extranjero.

También se exceptúa de esta regla a los accionistas de instituciones de crédito fusionantes o fusionadas, - cuando la participación de cada uno de ellos en el capital de la institución fusionante o que resulte de la fusión no exceda de la participación porcentual que a esos mismos corresponda en el capital consolidado de las instituciones involucradas en la fusión respectiva, de conformidad con lo que para la valuación se pacte en el convenio de fusión.

- g) Establece el modo en que habrán de participar los accionistas en las asambleas de aquellas instituciones comprendidas en las excepciones a la regla señalada en el inciso "f" anterior, instrumentando dicha participación en los términos del artículo 8 fracción IV incisos "a" al "c", y la fracción IV bis 2 de la Ley
- h) Establece como número mínimo de administradores el de 5 los cuales deberán actuar como Consejo de Administración.
- i) Las asambleas y juntas directivas se deberán celebrar en el domicilio social, el cual estará dentro de la República Mexicana. Los estatutos podrán establecer que los acuerdos de la Asamblea sean válidos en segunda convocatoria cualquiera que sea el número de votos

con que se adopten, excepto cuando se trate de asambleas extraordinarias, en las que se requerirá el voto de por lo menos el 30% del capital pagado.

- j) De las utilidades se deberán separar por lo menos el 10% , para constituir un fondo de reserva de capital, hasta alcanzar el importe del capital pagado.
- k) La disolución y liquidación de las sociedades se regirá por lo dispuesto en los capítulos X y XI de la Ley de Sociedades Mercantiles, y por el capítulo I del Título VII de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos-con las excepciones señaladas en los puntos 1, 2, 1, y 4 de la fracción IX del artículo 8 de la Ley que nos ocupa.
- l) La escritura constitutiva y cualquier modificación de la misma deberá ser sometida a la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
- m) En el caso de que una institución de crédito u organismo auxiliar se encuentre en una situación financiera que afecte a su capital pagado, la Comisión Nacional Bancaria lo hará del conocimiento de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien exigirá a la institución que rinda cuentas y le otorgará un plazo para que vuelva a las proporciones autorizadas para el capital pagado.

- n) La fusión de 2 ó mas instituciones de crédito tendrá efecto cuando se haya hecho de acuerdo a lo establecido por la ley, y una vez que se inscriba en el Registro Público de Comercio.
- 5) Establece que las concesiones para realizar operaciones de banca y crédito podrán ser solicitadas por una persona individual, pero ésta deberá obligarse a constituir una sociedad de acuerdo a las reglas establecidas al efecto por la ley.
- 6) Establece que las operaciones que le está permitido realizar a las instituciones que gocen de concesión para ejercer la banca de fideicomiso, en los artículos 44, 45 y 45 bis.
- 7) Señala que la Banca múltiple puede realizar operaciones fiduciarias de acuerdo a lo previsto en el artículo 47 bis.
- U) Contempla la existencia de delegados fiduciarios.
- 9) Señala como causas graves que dan lugar a admitir la renuncia de la institución fiduciaria a desempeñar su cargo las siguientes :
- Cuando el fideicomisario se niegue o no pueda recibir las prestaciones derivadas del fideicomiso.
 - Que el fideicomitente, sus causahabientes y el fideicomisario en su caso se nieguen a pagar las compensaciones estipuladas en favor de la institución fiduciaria ,

o que los bienes o derechos dados en fideicomiso no rindan los productos suficientes para cubrir estas compensaciones en su caso.

10) Señala como causas por la que procede la remoción del fiduciario las siguientes :

- Cuando la institución fiduciaria no rinda cuenta de sus gestiones en los plazos señalados por la ley.

- Cuando sea declarada por sentencia judicial como responsable de pérdidas y menoscabos al patrimonio del fideicomiso.

11) Establece pena de prisión de 2 a 10 años para el responsable de las prohibiciones y por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley , entre las que podemos señalar las siguientes :

a) La dispuesta por el artículo 46 fracción IV.

b) Lo dispuesto en el artículo 46 bis 10 fracción VI.

c) Los casos previstos en los artículos 17 fracción XV 22 23 fracción VIII, 43 fracción IV y 49, por cuanto la referencia XV del artículo 17.

2.2.6. Decreto que establece la Nacionalización de la Banca Privada, de 1982.

Este decreto fue anunciado en el último informe de gobierno del presidente Lic. José Lopez Portillo, junto con el decreto que estableció el control generalizado de cambios, el cual estudiaremos mas adelante con todo detalle. El decreto de Nacionalización constaba de 7 artículos y 2 transitorios, y en sus "considerandos" estableció lo siguiente :

- 1) Que el servicio de banca y crédito es un servicio público cuyo ejercicio corresponde en primer término al estado.
- 2) Que el ejercicio de ese servicio público se había venido concesionando a través de autorizaciones administrativas en favor de instituciones privadas, en virtud de la imposibilidad del gobierno de proporcionar dicho servicio en forma eficaz.
- 3) Que las concesiones otorgadas a los particulares para el ejercicio de ese servicio público, eran por su propia naturaleza temporales.
- 4) Que la Administración Pública se encontraba ya en posibilidades de hacerse cargo adecuadamente del servicio público de banca y crédito.

- 5) Que en virtud de la crisis económica por la que atravesaba el país, de la necesidad de la diversificación, del manejo que se había venido haciendo de la banca, en contra de los intereses de las grandes mayorías y de la necesidad del control directo de los sistemas crediticios por parte del gobierno para manejar adecuadamente el financiamiento para el desarrollo; se había tomado la decisión de expropiar por causa de utilidad pública los -bienes de las instituciones de crédito privadas.
- 6) Se consideraba que la expropiación no causaba perjuicio a los acreedores de las instituciones de crédito privadas ya que el gobierno asumía las responsabilidades adquiridas por éstas íntegramente.
- 7) Establecía que con apoyo de la legislación bancaria y -por conducto de la S.H.C.P. se estableciera la organización y funcionamiento del nuevo esquema del servicio -crediticio, a fin de que no hubiera ningún cambio que afectara los intereses de los usuarios, empleados y acredores de las instituciones expropiadas.

El Decreto instrumentaba la expropiación en los siguientes términos:

- 1) Se expropiaban por causa de utilidad pública en favor

de la nación los siguientes bienes de las instituciones de crédito privadas a quienes se hubiera otorgado concesiones para ejercer el servicio público de banca y crédito (art.1.)

- a) Las Instalaciones, edificios, mobiliario y equipo.
- b) Los activos, cajas y bóvedas.
- c) Los bienes necesarios a juicio de la S.H.C.P.
- d) Las sucursales, agencias y oficinas.
- e) Las acciones y participaciones que tuvieran en otras empresas.
- f) Los valores y derechos de su propiedad.

Quedaban fuera de la expropiación (art.5) :

- El dinero, valores cajas de seguridad propiedad de los bancos.
- Las Instituciones Nacionales de Crédito, las organizaciones auxiliares de crédito, la Banca mixta, el Banco Obrero, el Citibank, las oficinas de representación de entidades financieras del exterior y las sucursales de los bancos extranjeros de primer orden.

- 2) Se establecía que debían ser entregadas las acciones y cupones de las instituciones privadas a la S.H.C.P. - por los socios, encargándose la mencionada Secretaría - de instrumentos el pago de la indemnización correspondiente en un plazo que no excederá los 10 años (art.2)
- 3) Se estableció que el servicio público de banca y crédito seguiría proporcionándose a través de las mismas estructuras administrativas las cuales se transformarían en entidades de la Administración Pública Federal, que serían vigiladas por la S.H.C.P., la que a su vez se auxiliaría de un Comité Técnico Consultivo integrado - por representantes asignados por los titulares de las siguientes Secretarías : Secretaría de Programación t Presupuesto, Secretaría del Trabajo y Previsión Social Secretaría de Comercio, Secretaría de Relaciones Exteriores, Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas y Banco de México. (art.6)
- 4) Se preveía que funcionarios de la S.H.C.P. Banco de México, S.A.H.O.P. y S.E.C.O.M. tomarían posesión inmediata de las instituciones y los bienes expropiados sustituyendo a los directores y órganos administrativos, y a las representaciones que tuvieran las instituciones en

cualquier institución y órgano de administración cuidando que los empleados y funcionarios de nivel medio no sufrieran menoscabo en sus derechos por virtud de la explotación (art.3).

En síntesis la nacionalización de la banca privada mediante el decreto ya citado, traía como consecuencia práctica un simple cambio de titulares de las instituciones de crédito , ya que el servicio en sí no fue afectado y tampoco se derogaron de momento las disposiciones relativas de la Ley de Instituciones de Crédito y Organismos Auxiliares de 1941, la cual siguió siendo aplicable tanto para la organización como para el funcionamiento de las instituciones de crédito.

Cabe mencionar que en opinión de muchos juristas la nacionalización de la banca fue una medida extrema e incluso inconstitucional. Desde un punto de vista práctico habría hacerse la siguiente pregunta : ¿ Era conveniente que una administración pública que probadamente había resultado ineficaz para controlar los problemas financieros del país, que había demostrado a través de la historia su incapacidad para manejar ciertas áreas de la economía, se hiciera cargo ahora del servicio público de banca y crédito ?.

Por otro lado hay que hacer notar que uno de los objetivos del gobierno al nacionalizar la banca fue el allegarse recursos para hacer frente a una crisis que su propia incapacidad había generado, pero no tomó en cuenta que las instituciones de crédito privadas en su mayoría , lejos de disponer de grandes recursos, estaban endeudadas en moneda extranjera y que al nacionalizarlas se nacionalizaban también dichos pasivos.

2.2.7. Decreto que modifica los artículos 28, 73 y 123 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

En Noviembre 16 de 1984 se publicó en el Diario Oficial de la Federación este decreto que modificaba varios artículos constitucionales, en virtud de las necesidades que había planteado la nacionalización de la banca privada y el control generalizado de cambios. En este decreto se establecen las siguientes modificaciones :

- 1) El texto del artículo 28 constitucional dice : " En los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios ni estancos de ninguna clase , ni exención de impuestos ni prohibiciones a título de protección a la industria exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de la moneda, a los correos, telégrafos, y radiotelegrafía, a la emi

sión de billetes por medio de un solo banco que controlara el gobierno federal y a los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la reproducción de sus obras, y a los que para el uso exclusivo de sus inventos se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora", siguiendo tres párrafos más.

- En virtud de este decreto se agrega un quinto párrafo a este artículo que dice como sigue : "Se exceptúan también de lo previsto en el primer párrafo de este artículo, la prestación del servicio público de banca y crédito. Este servicio será prestado exclusivamente por el estado a través de instituciones, en los términos que establezca la correspondiente ley reglamentaria, la que determinará las garantías que protejan los intereses del público y el funcionamiento de aquellas en apoyo de políticas de desarrollo nacional. El servicio público de banca y crédito no será objeto de concesiones particulares".
- 2) El artículo 73 constitucional en su fracción X disponía los siguiente : "Son facultades del Congreso el legislar en toda la República sobre minería, hidrocarburos, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos

instituciones de crédito, energía eléctrica y nuclear, para establecer el banco de emisión única en los términos del artículo 28 constitucional y expedir las leyes reglamentarias del artículo 123 constitucional". En virtud del decreto cambia su texto para quedar como sigue : "El Congreso tiene facultades para legislar en toda la república sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica - comercio, juegos con apuesta / sorteos, servicio público de banca y crédito, energía eléctrica y nuclear, para establecer el banco de emisión única en los términos del artículo 28 y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123" El mismo artículo en su fracción XVIII decía : "El Congreso tiene facultades para establecer Casa de Moneda, fijar las condiciones que ésta deba tener, determinar el valor de la extranjera y adoptar un sistema de pesas y medidas". En virtud del decreto se modifica para quedar como sigue : "El Congreso tiene facultades para establecer casas de moneda, dictar reglas para determinar el valor relativo a la moneda extranjera y adoptar un sistema de pesas y medidas".

- 3) El artículo 123 apartado B es aumentado con la fracción - XIII bis que dice : "Las instituciones a que se refiere el artículo 28 quinto párrafo regirán sus relaciones la-

borales con sus trabajadores por lo dispuesto en el presente apartado".

Estas modificaciones constitucionales obedecen a la necesidad de lograr coherencia entre la Constitución y las leyes de menor rango a fin de otorgarles a las segundas todo el apoyo y la legalidad requerida.

2.2.8. Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982.

El 31 de diciembre de 1982 se publica en el Diario Oficial de la Federación esta Ley reglamentaria que establece en forma general lo siguiente :

- 1) Que el servicio público de banca sera prestado exclusivamente por :
 - Instituciones de crédito como sociedades nacionales de crédito.
 - Instituciones nacionales de crédito.
- 2) Las Sociedades Nacionales de Crédito estan reguladas de la siguiente manera :
 - a) Se registrarán por lo dispuesto en esta Ley y en lo -
que no se oponga a ésta por la Ley General de Institu-

- ciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941.
- b) Sus actividades deberán estar orientadas a la consecución de los objetivos planteados por el Plan Nacional de Desarrollo y cumplir con los objetivos señalados en el artículo de esta misma ley.
- c) Son creadas por decreto de Ejecutivo Federal, son de derecho público, tienen personalidad y patrimonio propio (art.7). Tendrán una duración indefinida y su domicilio se establecerá en la República Mexicana, pudiendo previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público establecer sucursales, agencias, coresponsales en el país y el extranjero (art.8).
- d) Contarán con un capital representado por certificados considerados como títulos mercantiles y a los que se denominará "Certificados de aportación patrimonial" los cuales serán nominativos y se registrarán por la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito (art.9). Divide a los certificados de aportación patrimonial en dos series como sigue :
- Serie "A" representada siempre por el 66% del capital de la sociedad y que solo podrá ser suscrito por el gobierno federal.
 - Serie "B" que representará el 34% restante y que podrá ser suscrito por el propio gobierno federal, por la Administración Pública Federal Paraestatal, por

por los gobiernos de las Entidades Federativas y Municipales, por los usuarios del servicio público de banca y crédito, y por los trabajadores de las Sociedades Nacionales de Crédito.

- e) Deberán llevar un Registro de los certificados de aportación patrimonial que deberá consignar: el nombre, nacionalidad y domicilio del titular, y la indicación de los certificados que le pertenezcan expresando números y series y los datos sobre las transmisiones que sobre de ellos se realicen (art.15)
- f) Se prohíbe a cualquier persona física o moral, excepto al Gobierno Federal, poseer mas del 1% del capital de las Sociedades en certificados de la serie "B" (art.16)
- g) La administración de estas sociedades estará a cargo de un Consejo Directivo y un Director General. El Consejo estará integrado po un número impar de Consejeros, los cuales seran presindidos por el Titular de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o por persona que éste designe (art.28)
- h) El Director General será designado por el Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (art.30)
- i) Se establece la existencia de una Comisión Consultiva integrada por los titulares de la serie "B" que no sean del

Gobierno Federal, la cual funcionará de acuerdo al Reglamento Orgánico de la Sociedad. (art.33)

- j) Se dan bases para la fusión de estas sociedades en los artículo 34, 35, 36, 37 y 38 de la propia Ley.
- 3) Se establecen las garantías para los particulares en el Capítulo tercero del propio ordenamiento.
- 4) Las facultades del Consejo Directivo se exponen en el artículo 23 de esta Ley.
- 5) Los requisitos para poder ser miembro del Consejo Directivo se establecen en el artículo 25 de esta Ley.

2.3. El Fideicomiso en la Legislación Vigente.

El 14 de Marzo de 1985 se publica en el Diario Oficial un Decreto que contiene la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, la cual deroga a su homónima de 1982, así como a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, y cualquier otra disposición que contravenga a esta nueva Ley. Se establece una nueva regulación para las instituciones que actúan como fiduciarias y se determinan las bases sobre las cuales se desempeñará en adelante la actividad fiduciaria. Continúa vigente la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 a efecto de regular los aspectos sustantivos del fideicomiso. Con base en la legislación vigente, a continuación

intentaré realizar una análisis del fideicomiso.

2.3.1. Definición.

Desde mi punto de vista el fideicomiso es un contrato mercantil en virtud del cual una persona, sea ésta física, jurídica o un autoridad administrativa o judicial, a la que se denomina "fideicomitente" transmite determinados bienes o derechos, de los que puede disponer legalmente, en favor de una institución de derecho público autorizada para actuar como "fiduciario", con el objeto de realizar un fin lícito y determinado generalmente en favor de uno o mas fideicomisarios o beneficiarios.

2.3.2. Partes en el Fideicomiso.

Por lo general intervienen en el fideicomiso tres partes que son :

- 1) El fideicomitente
- 2) El fideicomisario.
- 3) El fiduciario.

2.3.3. El Fideicomitente.

El fideicomitente es aquella persona física o jurídica o autoridad, que es titular de ciertos bienes o derechos, o que sin ser titular tiene la facultad de disponer de ellos de acuerdo con la Ley, que transmite dichos bienes o derechos en favor de fiduciario para la realización de un fin. El fideicomitente goza de los siguientes derechos y facultades :

- 1) Puede determinar libremente dentro de los límites impuestos por la ley, el fin del fideicomiso (art.346 L.G.T.O.C) *
- 2) Puede designar a los beneficiarios, y a la institución de derecho público que desempeñará el cargo de Fiduciario.
- 3) Puede reservarse determinadas facultades sobre los bienes fideicomitidos (art.351 L.G.T.O.C.)
- 4) Puede prever la formación de un Comité Técnico, cuando los fines planteados por el fideicomiso así lo requieran, y fijará las facultades y el funcionamiento de dicho Comité (art. 61 L.R.S.P.B.C.) **
- 5) Tiene derecho a exigir que el fiduciario le rinda cuentas de su gestión, siempre y cuando se haya reservado expresamente tal derecho (art.65 L.R.S.P.B.C.)

* En adelante cuando se usen las siglas L.G.T.O.C. se referirán a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.

** En lo sucesivo cuando se usen las siglas L.R.S.P.B.C. se referirá a Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1965.

- 6) En los fideicomisos Onerosos tendrá derecho a recibir la contraprestación pactada a cargo del beneficiario (art. 1837 de Código Civil para el D.F.)

2.3.4. El Fiduciario.

El fiduciario es aquella institución de derecho público constituida como Sociedad Nacional de Crédito, a quien el fideicomitente transmite los bienes objeto del fideicomiso a fin de que ésta se encargue de llevar a cabo lo fines planteados en el acto constitutivo. Por disposición de la Ley (arts.2 y 30 de la L.R.S.P.B.C.) solo pueden actuar como fiduciarios en nuestro país, las Instituciones de Crédito constituidas como Sociedades Nacionales de Crédito, ya sea que desempeñen actividades de Banca Múltiple o de Desarrollo. Se requiere que el fiduciario tenga capacidad legal para adquirir lo bienes o derechos que serán objeto del fideicomiso, ya que por ejemplo : a las Instituciones de Crédito les está prohibido administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para repartir el patrimonio entre los herederos, legatarios, asociados o acreedores , o bien para pagar una obligación o garantizar su cumplimiento con el valor mismo de la finca o de

sus productos, y sin que esta situación pueda exceder del plazo máximo de 2 años (art.84 fracc.XVIII inciso d, L.R.S.P B.C.).

Obligaciones y derechos del fiduciario :

- 1) Deberá llevar una contabilidad especial por cada contrato de fideicomiso, teniendo que registrar en ella, así como en la contabilidad de la propia institución, el dinero y de más bienes, valores o derechos que le hayan sido transmitidos en fideicomiso, así como los aumentos y disminuciones por los productos o gastos respectivos. Los asientos en ambas contabilidades deberán coincidir invariablemente (art.60 L.R.S.P.B.C.)
- 2) Debe efectuar los actos que sean necesarios para llevar a cabo los fines del fideicomiso, a través de su delegado. - fiduciario (art. 61 Primer Párrafo, L.R.S.P.B.C.).
- 3) Está obligado a responder civilmente por los daños y perjuicios que se causen al patrimonio del fideicomiso por falta de cumplimiento en los términos y condiciones señaladas en el acto constitutivo del fideicomiso. Una excepción a la anterior regla se da cuando existiendo un Comité Técnico en el fideicomiso, la institución obre de a-

cuerdo a los dictámenes o resoluciones emitidas por éste, en cuyo caso estará libre de toda responsabilidad (art.61 Párrafo segundo, L.R.S.P.B.C.). Cabe señalar que en la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941 la responsabilidad del fiduciario estaba contemplada en términos más amplios ya que era directa e ilimitada.

- 4) Está obligado a rendir cuentas al fideicomisario o a sus representantes legales y al fideicomitente, cuando así proceda, en el término de 15 días hábiles sobre las gestiones que haya realizado (art.65 L.G.T.O.C.).
- 5) Debe conservar los bienes del fideicomiso en su integridad material.
- 6) Tiene todos los derechos y facultades que en virtud del acto constitutivo se le confieran, y aquellos que sean necesarios para la ejecución del fideicomiso (art.356 L.-G.T.O.C.)
- 7) Tiene derecho a cobrar las retribuciones que le correspondan por el desempeño de su cargo, las que aún cuando no están expresamente determinadas por la Ley, se rigen en la práctica por la Circular del 27 de Junio de 1977 expedida por la Asociación de Banqueros de México A.C., y por lo que se haya fijado al efecto en el acto constitutivo del fideicomiso.

- 8) Tiene obligación de vigilar que sean inscritas las transmisiones y las modificaciones al fideicomiso en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, y en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras en los casos en que se trate de fideicomisos de los que se deriven derechos a favor de extranjeros.
- 9) Debe guardar el "secreto fiduciario", es decir debe abstenerse de proporcionar información sobre los fideicomisos a cualquier otra persona que no sea el fideicomisario o su representante legal, o bien a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, o al fideicomitente en su caso, o a las autoridades judiciales siempre y cuando la información sea requerida en virtud de un juicio o reclamación entablada por el fideicomitente o el fideicomisario en contra de la institución fiduciaria o viceversa. Se previene que para los casos de violación al secreto fiduciario deberá de responder a los daños y perjuicios que se ocasionen (art.93 y 94 de la L.R.S.P.B.C.)

Prohibiciones al fiduciario :

- 1) A las instituciones que actuen como fiduciarias les esta prohibido de acuerdo con el art.84 fracción XVIII de la L.R.S.P.B.C. lo siguiente :

- a) Celebrar operaciones con la propia institución en cumplimiento del fideicomiso, excepto cuando así lo autorize mediante acuerdos de carácter general al Secretario de Hacienda, y siempre que no implique un conflicto de intereses.
- b) Responder a los fideicomitentes del cumplimiento de los deudores por los créditos que se otorguen o a los emisores por los valores que se adquieran, salvo que exista responsabilidad civil. Tampoco puede garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se le encomiende (art. 358 L.G.T.O.C.).
- c) Utilizar los fondos o valores de los fideicomisos para realizar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores sus Delegados Fiduciarios, los miembros del Consejo Directivo, tanto propietarios como suplentes, estén o no en funciones; los auditores externos de la institución; los miembros del Comité Técnico del Fideicomiso respectivo; los ascendientes y descendientes en primer grado o conyuges de las personas citadas, o de las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría dichas personas o las propias instituciones.
- d) Administrar fincas rústicas, a menos de que haya recibido la administración para distribuir el patrimonio entre los herederos, legatarios, asociados o acreedores.

res, o para pagar una obligación o garantizar el cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos, no pudiendo exceder en ningún caso del término de 2 años.

2.3.5. El Fideicomisario o Beneficiario.

El fideicomisario es la persona física o jurídica en favor de quien se realizan los fines del fideicomiso. De acuerdo con lo establecido por Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 348, podemos afirmar que para ser fideicomisario se requiere tener capacidad legal necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica. Pueden ser establecidos por el fideicomitente varios fideicomisarios, los cuales podrán recibir los beneficios del fideicomiso en forma simultánea o sucesiva, debiendo observarse en el caso de que sea en forma sucesiva lo siguiente : No podrán ser substituídos por muerte del anterior a menos que se realice en favor de personas vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente. En los casos en que el fideicomitente omita designar fideicomisario, no se afectará de nulidad el Fideicomiso, siempre y cuando los

finés del fideicomiso estén determinados y sean lícitos (art.346 L.G.T.O.C.).

Derechos y Obligaciones del fideicomisario:

- 1) Tendrá todos los derechos que se le concedan en virtud de lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso por el fideicomitente (art.354 L.G.T.O.C.).
- 2) Tendrá derecho a exigir el cumplimiento del fideicomiso a la institución que actúe como fiduciaria (art.354 L.G.T.O.C.).
- 3) Podrá atacar la validez de los actos que el fiduciario efectúe en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que en virtud del acto constitutivo del fideicomiso o de la propia ley le corresponde (art.354 L.G.T.O.C.).
- 4) Tendrá derecho a ejercitar la "Acción Pauliana" a efecto de que aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del fideicomiso en virtud de los actos señalados en el inciso anterior, vuelvan a integrarse al patrimonio (art.354 L.G.T.O.C.).
- 5) Tiene derecho a que el fiduciario le entregue cuentas y le proporcione toda clase de información sobre el fideicomiso y las gestiones realizadas, dentro del plazo establecido por la ley (art.93 L.R.S.P.B.C.).

- 6) Tiene derecho a exigir que sea guardado el "Secreto fiduciario" a que se refieren los artículos 93 y 94 de la L.R.S.P.B.C.
- 7) Tiene derecho a exigir la responsabilidad civil por daños y perjuicios contra el fiduciario, cuando se viole el "secreto fiduciario" y cuando se sufran pérdidas o menoscabos en los bienes fideicomitidos que sean imputables al fiduciario, pudiendo ejercitar este derecho por medio de las 2 vías alternativas que le ofrece el art.96 de la L.R.S.P.B.C.
- 8) Tiene derecho a pedir la remoción del fiduciario en los casos previstos en el art.65 de la LRSBPC, en su primer párrafo, debiéndose ajustar a lo dispuesto por el art.360 de la L.G.T.O.C.
- 9) Tiene la obligación de pagar la contraprestación al fideicomitente, cuando así se haya pactado .
- 10) En los casos de remoción o renuncia del fiduciario, tendrá derecho a designar nueva institución fiduciaria, derecho del que también gozará en los casos en que no hubiera designado el fideicomitente al fiduciario (art,350 L.G.T.O.C.).

2.3.5. El Comité Técnico.

Podemos definir al Comité Técnico como aquel cuerpo colegiado formado y regulado en cuanto a sus facultades por lo dispuesto por el fideicomitente en el acto constitutivo o sus reformas, y cuya función es la de auxiliar al fiduciario en la realización de los fines del fideicomiso. El Comité Técnico fue introducido a nuestra legislación por la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941 en su artículo 45 fracción IV, cuyo texto fue reproducido íntegramente por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985 en su artículo 61 párrafo tercer en los siguientes términos: "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 las instituciones de crédito actúen ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este Comité, estará libre de toda responsabilidad el fiduciario".

Cabe señalar que ninguna otra disposición legal determina la forma en que los comités deban formarse y las responsabilidades que tienen. Pero para el caso de la responsabilidad del Comité podemos interpretar

lo dispuesto en la parte final del tercer párrafo del artículo 61 de la L.R.S.P.B.C. ya citado en la página anterior, - en el sentido de que si la institución fiduciaria es en principio la responsable de la ejecución del fideicomiso y de los daños y perjuicios que por su culpa se causen, y ésta se libera de dicha responsabilidad cuando actúa apegada a los dictámenes y acuerdos del Comité Técnico, se concluye que en tal caso la responsabilidad recae en el propio Comité.

La formación del Comité Técnico es una facultad de potestativa que corresponde exclusivamente al fideicomitente de acuerdo con lo dispuesto por la ley, sin embargo podemos observar que en la práctica no todos los fideicomisos cuentan con un Comité Técnico, sino que solamente aquellos que en virtud de la cuantía o de la complejidad de la materia sobre la que recaen y así lo requieren. Algunos autores consideran que el Comité Técnico impone cargas administrativas y gastos de operación a los fideicomisos, ya que sus integrantes tienen derecho a recibir una remuneración por su trabajo. En la práctica podemos ver que los Comités están formados por un representante propietario y un suplente del fideicomitente, un representante propietario y un suplente del fiduciario, y un representante propietario y un suplente del fideicomisario.

En los fideicomisos públicos federales invariablemente se forma un Comité Técnico por el Gobierno Federal, y los miembros de dicho Comité son designados por acuerdo presidencial o bien por la Secretaría de Programación y Presupuesto que actúa como "Fideicomitente Único" - del Gobierno Federal. En el decreto publicado en el Diario Oficial el 27 de febrero de 1979, que estableció las bases para la constitución, incremento, organización, estructura, modificación y extinción de los fideicomisos establecidos por el Gobierno Federal, se hace referencia al Comité Técnico en los artículos 8 y 9 de lo que se desprende lo siguiente:(45)

- 1) En los Comités Técnicos siempre figurará un representante del Coordinador del sector a que corresponda.
- 2) Siempre habrá un representante de la Secretaría de Programación y Presupuesto.
- 3) El fiduciario tendrá un representante con voz pero sin voto
- 4) La presidencia del comité técnico estará siempre a cargo del Coordinador del sector correspondiente, si no se señala otra cosa en el acto constitutivo.
- 5) En los contratos del fideicomiso se precisarán las facultades

(45) PIÑA, Medina y Coautores Op. cit. pág. 485

des del Comité Técnico, y éstas constituirán limitantes - para el fiduciario.

- 5) La institución fiduciaria deberá abstenerse de cumplir las resoluciones dictadas por el comité técnico en exceso de las facultades que le correspondan.

Miguel Acosta Romero considera que pue de establecerse cierta similitud entre el Comité Técnico y los Consejos de Administración de las sociedades anónimas. (46)

2.3.7. El Delegado Fiduciario.

El delegado fiduciario es aquella persona mediante la cual la institución fiduciaria desempeña su cometido y ejercita sus facultades en las operaciones de fideicomiso. Su nombramiento corresponde exclusivamente al Consejo Directivo de la Institución que actúa como fiduciaria (art.20 fracción I de la L.R.S.P.B.C.). La ley señala que para acreditar la personalidad de los delegados fiduciarios bastará con la protocolización del acta donde conste su nombramiento por parte del Consejo Directivo, o el testimonio del poder general otorgado por la institución, aun cuando

(46) *Ibidem*. Op. cit. pág.449.

en el acta o en el poder no se mencione especialmente el asunto o negocio en el que se ostente la representación (art. 25 segundo párrafo L.R.S.P.B.C.). De lo anterior se deduce que el delegado fiduciario es un apoderado que actúa por cuenta y en nombre de la institución fiduciaria que le otorga dicho poder, y por tanto los actos que realice dentro de los límites de sus facultades obligarán a la institución, según se puede observar en el segundo párrafo del artículo 61 de la L.R.S.P.B.C. Por último cabe indicar que el delegado fiduciario tiene por regla general todas las facultades y derechos que corresponden al fiduciario a menos de que exista restricción expresa en el poder respectivo.

2.3.8. Clasificación de los Fideicomisos.

Existen diversos criterios de clasificación para los fideicomisos, expuestos por los diversos autores , pero entre todos ellos destaca por ser el mas completo, desde mi punto de vista, el expuesto por Villagorda Lozano . el cual puede esquematizarse de la siguiente manera (47) :

(47) Cfr. VILLAGORDA, Lozano J. Manuel, Op. cit. págs. 186 a 210.

CLASIFICACION
DE LOS
FIDEICOMISOS

En función de
las personas
que intervienen.

- Revocables
- Irrevocables

En función de
los fines

- Translativos
- De garantía
- De administración

En cuanto a
la forma.

- Convencionales
- Testamentarios
- Celebrados por disposición de
de la ley.

Fideicomisos Revocables.- Aquellos en los que el fideicomitente se reserva el derecho a revocar o modificar el fideicomiso, y que generalmente son los constituidos a título gratuito.

Fideicomisos irrevocables.- Aquellos en las cuales el fideicomitente no se reserva el derecho a revocar o modificar el fideicomiso. Generalmente estos fideicomisos son en los que se pactó una contraprestación, y la modificación traería como consecuencia una afectación de los intereses adquiridos por el beneficiario.

Fideicomisos Translativos.- Son aquellos cuya finalidad última consiste en que el fiduciario transmita la titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso al beneficiario o a quien señale el fideicomitente, una vez que se hayan cumplido los supuestos que al efecto se establezcan.

Fideicomisos de Garantía.- Son aquellos en los que se transmiten los bienes al fiduciario bienes a efecto de asegurar el cumplimiento de una obligación a cargo del fideicomitente. Estos fideicomisos son accesorios, ya que son creados en virtud de un contrato principal.

Fideicomisos de Administración.- Que son aquellos en virtud de los cuales se transmiten al fiduciario determinados bienes o derechos para que éste efectúe las operaciones

de guarda, conservación o cobro de los productos de los bienes fideicomitidos que le señale el fideicomitente, entregando los productos o beneficios al fideicomisario o beneficiario.

Fideicomisos Convencionales.- Son aquellos que son creados por un acuerdo de voluntades de las partes.

Fideicomisos Testamentarios.- Aquellos cuyos efectos se sujetan a la previa muerte del fideicomitente y que deben de constar en un testamento.

Fideicomisos celebrados por disposición de la Ley o Fideicomisos Públicos.- Aquellos cuyo establecimiento se prevé en una ley , a fin de satisfacer una necesidad de interés público.

2.3.9. Bienes que pueden ser objeto del fideicomiso.

Pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que conforme a lo dispuesto por la ley sean estrictamente personales de su titular , y aquellos que por su naturaleza están fuera del comercio (art.351 L.G.T.O.C.)

2.3.10. Forma en el Fideicomiso.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 352 de la L.G.T.O.C., el fideicomiso puede establecerse por acto entre vivos o por testamento, debiendo constar siempre por escrito y ajustándose a lo previsto por la legislación común sobre transmisión de derechos, o sobre la transmisión de la propiedad de los bienes. A este respecto la legislación común establece lo siguiente :

- 1) Cuando se trate de bienes inmuebles cuyo valor no exceda la cantidad de 15,000.00 M.N. podrá efectuarse mediante instrumento privado firmado por las partes ante 2 testigos. Tratándose de inmuebles cuyo valor exceda los cinco mil pesos deberá consignarse en escritura pública (art. 23 17 de Código Civil para el D.F.)
- 2) En los casos de donación, que son equiparables a los fideicomisos gratuitos establecidos como un acto unilateral de voluntad, se deberá efectuar en la misma forma que para la compraventa exiga la ley (art.2345 del Código Civil para el D.F.)
- 3) Deberá obtenerse permiso previo de la Secretaría de Relaciones Exteriores cuando un extranjero o una sociedad mexicana que tuviese socio extranjero sea fideicomisaria. Esta obligación en opinión de muchos juristas carece de fundamento legal, ya que ésta obligación se estableció con el caracter de transitoria en el Decreto de 27 de Ju-

nio de 1944, hasta en tanto se mantuviera vigente la suspensión de garantías individuales decretada el 1º de julio de 1942.

- 4) Tratándose de fideicomisos públicos se deberán cubrir los requisitos establecidos en el artículo 9º de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, y por lo dispuesto en el Decreto del 29 de febrero de 1979 que establece las bases de constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos por el Gobierno Federal.

2.3.11. Los Fines del Fideicomiso.

Los fines del fideicomiso están integrados por aquellas actividades previstas por el fideicomitente en el acto constitutivo, que deberán ser realizadas por el fiduciario a fin de ejecutar el fideicomiso. Los fines para los que se puede constituir un fideicomiso son prácticamente ilimitados, siempre que se constituyan bajo los siguientes supuestos :

- 1) Deben ser física y jurídicamente posibles.
- 2) Deben estar bien determinados.

2.3.12. Duración del Fideicomiso.

- 1) En principio el término de duración de los fideicomisos será el que el fideicomitente señale al efecto en el acto constitutivo, o en su defecto durará el tiempo necesario para llevar a cabo los fines del fideicomiso.
- 2) Tratándose de fideicomisos en donde el beneficiario sea una persona jurídica que no se considere de orden público ni institución de beneficencia, el plazo máximo será de 30 años , excepto cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento o conservación de museos de carácter artístico o científico y que no tenga fines de lucro, en cuyo caso podrá exceder del término de 30 años (art.359 fracción III,L.G.T.O.C.)
- 3) En los fideicomisos sujetos a condición resolutoria la duración dependerá de que se verifique la condición a que se haya sujetado (art.357 fracción IV,L.G.T.O.C)
- 4) En los fideicomisos sujetos a condición suspensiva, se establece que no podrán suspenderse por mas de 20 años los efectos del fideicomiso, sin que se realice la condición señalada, ya que de otro modo el fideicomiso se extingue (art. 357 fracción III, L.G.T.O.C.)

2.3.13. Causas de Extinción del Fideicomiso.

Son causas de extinción del fideicomiso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 357 de la L. G.T.O.C. , las siguientes :

- 1) El cumplimiento de los fines para los cuales fue constituido.
- 2) Por hacerse imposible la realización de los fines del fideicomiso.
- 3) Cuando la condición suspensiva de que se ha hecho pender los efectos del fideicomiso se vuelve de imposible realización o bien no se realiza dentro del plazo establecido en el acto constitutivo, o bien cuando transcurren 20 años contados a partir de la fecha en que se constituye el fideicomiso, sin que se cumpla dicha condición.
- 4) Cuando la condición resolutoria a que hubiera quedado sujeto un fideicomiso se cumple.
- 5) Por revocación hecha por el fideicomitente , siempre y cuando se haya reservado tal facultad en el acto constitutivo o en sus reformas.
- 6) Cuando la sustitución en los casos de renuncia o remoción del fiduciario no pueda realizarse en los términos del artículo 350 de la L.G.T.O.C.

3. LA ADMINISTRACION PUBLICA Y EL FIDEICOMISO.

La figura del fideicomiso en nuestro país ha dejado de ser una simple forma contractual entre particulares y dada su versatilidad ha sido adoptada por el Gobierno como auxiliar en el desempeño de las tareas de interés público, y como medio para instrumentar la intervención del Estado en la economía del país a través de la Administración Pública Paraestatal.

El fideicomiso público está ubicado dentro de la Administración Pública Mexicana, razón por la que se hace necesario un análisis aunque solo sea somero de ésta. Por otro lado cabe mencionar que a raíz de la Nacionalización de la Banca Privada en 1982 y la entrada en vigor de la ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985, se ha dado un giro completo a la actividad fiduciaria, ya que de ser una actividad desempeñada en forma conjunta por los particulares y el Estado, se convierte en una actividad exclusiva de este último.

3.1. La Administración Pública en México.

3.1.1. Concepto.

Existen un gran número de definiciones sobre el concepto de Administración Pública, de entre las que destacan por su importancia las siguientes :

- 1) Pierre Escoube afirma que "La Administración Pública es el conjunto de medios de acción, sean directos o indirectos, - sean humanos, materiales o morales, de los que dispone el Gobierno nacional para lograr sus propósitos y llevar a cabo tareas de interés público que no cumplen las empresas, privadas o los particulares, y que determinan los poderes constitucionales legalmente dedicados a recoger y definir la política general de la nación" (48)
- 2) Serra Rojas opina que "La Administración Pública es una en tidad constituida por diversos órganos del Poder Ejecutivo Federal que tiene por finalidad realizar las tareas la - Constitución y las leyes administrativas señalan al estado para dar satisfacción a las necesidades generales de la na ción" (49)
- 3) Acosta Romero define a la Administración Pública como "La- parte de los organos del estado que depende directa o indirectamente del POder Ejecutivo y que tiene a su - cargo toda la actividad estatal que no desarrollan los-

(48) Faya, Viesca Jacinto. Administración Pública Federal Segunda edición. 1983. Editorial Porrúa S.A. México D.F. MEXICO pág. 33

(49) SERRA, Rojas A. Teoría General del Derecho Administrativo. 1975. Editora Nacional. Mé- xico D.F. MEXICO pág 13.

Poderes Legislativo y Judicial, su acción es continua y permanente, siempre persigue el interés público, adopta forma de una organización jerarquizada y cuenta con elementos personales, patrimoniales, estructura jurídica y procedimientos técnicos" (50).

Ha sido discutido ampliamente por los autores el hecho de si la administración pública forma parte orgánicamente del Poder Ejecutivo Federal o no. Respecto de lo anterior coincide con lo expuesto por Faya Viesca en el sentido de que de acuerdo con la Constitución, el Poder Ejecutivo se deposita exclusivamente en una persona : El Presidente de la República, y el hecho de que éste se auxilie de la Administración Pública para el desempeño de sus atribuciones no significa de manera alguna que ésta forme parte como órgano del Poder Ejecutivo (51).

3.1.2. La Administración Pública y el Derecho Administrativo.

La Administración Pública está estrechamente vinculada con el derecho administrativo, ya que éste último es el que regula la actividad y funciones del Poder

(50) ACOSTA, Romero Miguel, Teoría del Derecho Administrativo, Tercera edición. 1979. Editorial Porrúa S.A. México D.F. MEXICO. pág.60.

(51) Cfr. FAYA VIESCA Jacinto, Ob. cit. núm. 12'

Ejecutivo.

Serre Rojas define al derecho administrativo como "aquella rama del derecho público interno, constituida por el conjunto de estructuras, principios doctrinarios y por las normas que regulan las actividades directas o indirectas de la Administración Pública, la organización, el funcionamiento de la cosa pública; sus relaciones con los particulares, los servicios públicos y las demás actividades estatales" (52).

Desde mi punto de vista el derecho administrativo no es sino el resultado de la existencia de un "estado de derecho" en virtud del cual el Estado somete su actuación a las normas que él mismo ha creado.

3.1.3. Fundamentos Constitucionales de la Administración Pública en México.

Se ha señalado la estrecha vinculación que existe entre la Administración Pública y las facultades del Poder Ejecutivo Federal, las cuales junto con las bases generales de organización y actividad del estado, están previstas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de la siguiente manera :

(52) SERRE, Rojas Andrés. Derecho Administrativo, Cuarta edición. 1978. Librería de Manuel Porrúa, S.A. México D.F. MEXICO, pág. 25.

- 1) El artículo 49 establece que el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en : Legislativo, Ejecutivo y Judicial.
- 2) El artículo 80 nombra depositario del ejercicio del Poder Ejecutivo al Presidente de la República.
- 3) El artículo 89 en su fracción segunda, designa como responsable de la Administración Pública al Presidente de la República cuando señala que "Son facultades del Presidente, nombrar y remover libremente a los Secretarios del Despacho, al Procurador General de la República, al Gobernador del Distrito Federal, al Procurador de Justicia del Distrito Federal, remover a los agentes diplomáticos y empleados superiores de Hacienda , y nombrar y remover libremente a los demás empleados de la Unión cuyo nombramiento o remoción no esté determinado de otro modo en la Constitución o en las Leyes".
- 4) El artículo 90 consigna las bases de constitución y organización de la Administración Pública Federal. Cabe señalar que este artículo fue reformado el 21 de Abril de 1981 siendo su antigua redacción la siguiente : " Para el despacho de los negocios del orden administrativo de la Federación habrá el número de Secretarías que establezca el Congreso de la Unión mediante una ley", y a partir de

la reforma cambia para quedar en los siguientes términos:
"La Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso y que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos, y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo en su operación. Las leyes determinarán las relaciones entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal, o entre estas y las Secretarías y Departamentos Administrativos".

- 5) En el artículo 28 se señalan las actividades que podrán ser desempeñadas por el Estado, y que en la práctica son llevadas a cabo por la Administración Pública, y que son las siguientes :
- a) Acuñación de moneda.
 - b) Emisión de billetes de banco.
 - c) Correos, telégrafos y radiotelegrafía.
 - d) Otorgamiento de Patentes de Invención y tecnología.
 - e) Servicio Público de Banca y Crédito.
- 6) El artículo 27 párrafos VII y VIII que establecen otras actividades exclusivas del estado, como sigue:

- a) La explotación, uso y aprovechamiento de Petróleo, hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, materiales radioactivos.
 - b) Generación, conducción, transformación y abastecimiento de energía eléctrica como servicio público.
 - c) Generación y aplicación de energía nuclear.
- 7) En el párrafo VII del artículo 28 se prevee la posibilidad de constituir organismos y empresas de estado, para el manejo de las áreas estratégicas a cargo de la Administración Pública Federal.
- 8) En los artículos 91, 92, y 93 se establecen las bases para la actuación de las Secretarías de Estado y se prevee la existencia de los Organismos Descentralizados Federales y las empresas de participación estatal, y por otro lado se establece el funcionamiento de Comisiones formadas por las Cámaras para investigar el funcionamiento de dichos organismos y empresas de participación estatal.

3.1.4. Evolución de la Administración Pública en México.

EL crecimiento de la Administración Pública Federal en nuestro país ha sido directamente propor-

cional a las necesidades planteadas por una población creciente . a las políticas de desarrollo económico planteadas por el Gobierno de la República en los últimos 3 sexenios.

En los últimos 10 años el Sector Paraestatal ha crecido enormemente como resultado de una política de intervención cada vez mayor del Estado en la economía y si bien es cierto que vista esta intervención desde un punto teórico debería haber ayudado a un desarrollo equilibrado y a una distribución mas justa de los ingresos, la realidad nos demuestra que en la medida en que creció la intervención del Estado en la economía, sobre areas tradicionalmente manejadas por particulares, creció también la ineficiencia de esas áreas para aportar cifras positivas al producto interno bruto del país, significando más bien una carga financiera para el Estado. La ineficiencia del estado para manejar ciertas áreas de la economía ha sido reconocida por el gobierno mismo, quien a últimas fechas ha iniciado la marcha atrás con la política de intervencionismo estatal, poniendo en venta y liquidando una gran parte del sector paraestatal. Lo anterior demuestra que la intervención del estado en la actividad económica debe de limitarse exclusivamente a aquellas que sean 100% de interés público.

3.1.5. Estructura de la Administración Pública en México.

En virtud de que el Estado mexicano esta integrado como una República Federal compuesta por Estados libres y soberanos en lo que toca a su régimen interior pero unidos en una Federación establecida en los términos señalados en nuestra Carta Magna, podemos decir que es posible observar a la Administración Pública desde 3 puntos de vista que son : (53)

1) FEDERAL integrada por :

- Presidente de la República
- Secretarías de Estado
- Departamentos Administrativos.
- Gobierno del Distrito Federal.
- Procurador General de la República.
- Organismos Desconcentrados.
- Organismos Descentralizados.
- Empresas Públicas y Sociedades Mercantiles de Estado.
- Fideicomisos Públicos.

2) LOCAL integrada por :

- Gobernador.

(52) ACOSTA, Romero Miguel. Op. cit. pág. 62.

- Secretario de Gobierno.
- Oficial Mayor.
- Tesorero.
- Procurador de Justicia y Ministerio Público local.
- Organismos Descentralizados.
- Organismos Desconcentrados.
- Empresas Públicas y sociedades mercantiles de estado en el ámbito local.
- Fideicomisos Públicos.

3) MUNICIPAL integrada por :

- Ayuntamiento.
- Presidente Municipal.
- Síndicos y Regidores por materia.
- Tesorería Municipal.
- Organismos Descentralizados y Desconcentrados.
- Empresas Públicas Municipales.
- Fideicomisos Públicos Municipales.

3.1.5.1. La Administración Pública Federal.

A la Administración Pública Federal se le puede dividir de acuerdo con lo establecido por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal de la

siguiente forma :

ADMINISTRACION
PÚBLICA
FEDERAL

CENTRALIZADA

- Presidencia de la República. (art.1)
- Secretarías de Estado y Organos Desconcentrados. (arts. 2 y 7)
- Departamentos Administrativos. (art.2)
- Procuraduría General de la República .

PARAESTATAL

- Organismos Descentralizados. (art.45)
- Empresas de participación estatal
 - Mayoritaria (art. 45)
 - Minoritaria (art.46)
- FIDEICOMISOS (art.49)

3.1.5.1.1. La Administración Pública Centralizada.

La Administración Pública Centralizada es aquel conjunto de órganos del estado creados por una Ley expedida por el Congreso de la Unión, y que están bajo el control directo del Presidente de la República sirviéndole como auxiliares para llevar a cabo las tareas de interés público que en virtud de lo establecido por la Constitución o por otras leyes le hayan sido conferidas al Ejecutivo de la Unión. El control directo de la Administración Pública Centralizada es llevado a cabo por el Ejecutivo bajo las bases que se señalan a continuación :

- 1) El Ejecutivo Federal puede nombrar y remover libremente a los titulares de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos y demás funcionarios según se establece en el artículo 89 fracción II de la Constitución.
- 2) La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal contempla en su artículo 26 la existencia de las siguientes dependencias de la Administración Pública Federal :
 - a) Secretaría de Gobernación.
 - b) " de Relaciones Exteriores.
 - c) " de la Defensa Nacional.

- d) Secretaría de Marina
- e) " de Hacienda y Crédito Público.
- f) " de Programación y Presupuesto.
- g) " de la Contraloría.
- h) " de Energía, Minas e Industrias Paraestatal.
- i) " de Comercio y Fomento Industrial
- j) " de Agricultura y Recursos Hidráulicos.
- k) " de Desarrollo Urbano y Ecología.
- l) " de Comunicaciones y Transportes.
- m) " de Educación Pública.
- n) " de Salud.
- ñ) " del Trabajo y Previsión Social.
- o) " de la Reforma Agraria.
- p) " de Turismo.
- q) " de Pesca.
- r) Departamento del Distrito Federal.

- 3) Los titulares de las Secretarías y Departamentos Administrativos ejercerán sus funciones por acuerdo del Presidente de la República. (art. 11 L.O.A.P.F.*)
- 4) La forma de organización interna de las Secretarías y Departamentos Administrativos se regula de acuerdo a lo establecido por los artículos 14, 20, 23 y 25 de la L.O.A.-

* Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

P.F., y a lo establecido por la Ley Orgánica de cada Secretaría y Departamento, teniendo el Ejecutivo Federal facultades para expedir el Reglamento Interno de estas dependencias. (art.18 L.O.A.P.F.)

- 5) La existencia de Organos desconcentrados que pueden establecer las dependencias para hacer más eficiente el despacho de los asuntos que les competan, y que le están jerárquicamente subordinados, esta prevista en el artículo 17 de la L.O.A.P.F.
- 6) El Ejecutivo Federal tiene facultades para constituir Comisiones Intersecretariales para el despacho de determinados asuntos en que tengan que intervenir varias dependencias. (art. 21 L.O.A.P.F.)
- 7) El Procurador General de La República depende directamente del Ejecutivo de la Unión y se le considera como Consejero Jurídico del Gobierno Federal en los términos que al efecto señale la Ley. (art. 4 L.O.A.P.F.)

La situación de la Procuraduría General de la República es muy especial , ya que no esta regulada en cuanto a su organización y funciones en la L.O.A.P.F. , y aun cuando se le menciona como parte de la Administración Pública Federal, no se le considera como una Entidad y su regulación específica se encuentra en la Ley Orgánica

de la Procuraduría General de la República del 31 de Diciembre de 1984.

3.1.5.1.2. La Administración Pública Paraestatal.

La Administración Pública Paraestatal es aquella formada por Entidades que dependen en forma indirecta del Poder Ejecutivo Federal, es decir, aquellas cuyo control global y relaciones con el Ejecutivo de la Unión se realizan a través de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos, y que son creadas bien por un acto legislativo o bien por un acto administrativo, y que generalmente adoptan formas de derecho privado (sociedades mercantiles). Los fines para los que son creadas estas entidades son: La realización de actividades que por ley le correspondan al estado, la prestación de un servicio público o administrativo, la explotación y administración de bienes del dominio público o privado del estado, la distribución de productos y servicios considerados como de primera necesidad, el fomento a determinadas áreas de la economía en donde los particulares no tengan la suficiente capacidad económica, y la prestación de servicios que no pueden ser considerados como públicos.

Hasta el mes de Mayo de 1986 la Administración Pública Paraestatal se encontraba regulada principalmente por las disposiciones de la Ley para el Control por parte del Gobierno Federal de los Organismos descentralizados y las Empresas de participación estatal del 31 de Diciembre de 1970, y por los artículos 19, 45 a 46 y demás relativos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Sin embargo el 14 de Mayo de 1986 se publica en el Diario Oficial, por un lado un decreto que reforma la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, reestructurando en su totalidad el título tercero, modificando los artículos 45 a 50, y derogando los siguientes artículos : 49 bis, 51, 52, 53, 54, 55 y 56. Por otro lado en el Diario Oficial de la misma fecha se publica la Ley Federal de Entidades Paraestatales, la cual trae como consecuencia que se abroge la Ley para el Control por parte del Gobierno Federal de los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal del 31 de Diciembre de 1970 según lo establece el artículo 2º transitorio de la nueva ley federal. De este modo encontramos que a la luz de la nueva legislación la Administración Pública Paraestatal se encuentra regulada de la siguiente manera :

1) La Administración Pública Paraestatal está integrada por :

a) Organismos Decentralizados.- que son entidades creadas en virtud de una ley o decreto del Congreso de la Unión o por decreto del Ejecutivo Federal, que pueden tomar cualquier forma o estructura legal (generalmente la de Sociedades Mercantiles), que tienen personalidades jurídica y patrimonio propios (art. 45 L.O.A.P.F.), y que pueden tener como objeto necesariamente cualquiera de las siguientes actividades (art. 14 L.F.E.P. *):

- Realización de actividades de las áreas consideradas estratégicas o prioritarias. Se consideran estratégicas de acuerdo con lo señalado por el primer párrafo del artículo 6º de la L.F.E.P., aquellas señaladas en el párrafo cuarto del artículo 28 Constitucional, y aquellas que expresamente señalen las leyes expedidas por el Congreso de la Unión. Se consideran áreas prioritarias de acuerdo con el segundo párrafo del mismo artículo 6º de la misma Ley Federal a aquellas "que se establezcan en los términos de los artículos 25, 26 y 28 de la Constitución, particularmente las tendientes a la satisfacción de los intereses nacionales y necesidades populares".

b) Empresas de Participación Estatal.- dentro de las cua -

* L.F.E.P. en adelante cada vez que se pongan estas siglas se entenderá que se refieren a la Ley Federal de Entidades Paraestatales del 14 de Mayo de 1986.

les podemos distinguir 2 clases : las de participación estatal mayoritaria y las de participación estatal minoritaria.

Las de participación estatal mayoritaria son, de acuerdo con el artículo 46 de la L.D.A.P.F., las siguientes:

- Las sociedades nacionales de crédito constituidas en los términos de su legislación específica.
- Las sociedades de cualquier otra naturaleza incluyendo las organizaciones auxiliares nacionales de crédito; así como las instituciones nacionales de seguros y fianzas, en que se satisfagan alguno o varios de los siguientes elementos :

I.- Que el Gobierno Federal o una o mas entidades paraestatales conjunta o separadamente , aporten o sean propietarios de más del 50% del capital social.

II.-Que en la constitución de su capital se hagan figurar títulos representativos de capital social de serie especial que solo puedan ser suscritas por el Gobierno Federal.

III.-Que al Gobierno Federal corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del ór-

gano de gobierno o su equivalente , o bien designar al presidente o director general, o cuando tenga facultades para vetar los acuerdos del propio órgano de gobierno.

- Se Equiparan a las empresas de participación estatal mayoritaria aquellas sociedades civiles así como las asociaciones civiles en las que la mayoría de los asociados sean dependencias o entidades de la Administración Pública Federal , o servidores públicos federales que participen en razón de sus cargos y se obliguen a realizar o realicen aportaciones económicas preponderantes. (art.47 última parte L.O.A.P.F.)

Las empresas de participación estatal minoritaria son: definidas por el artículo 67 de la L.F.E.P. de la siguiente manera : " son aquellas empresas en las que participe la Administración Pública Federal con la suscripción del 25% al 50% del capital, y que sean distintas a las señaladas en el artículo 29 de esta ley, y las inversiones de la Federación o del Distrito Federal se vigilarán a través de un Comisario designado por la Secretaría de la Contraloría General de la Federación y el ejercicio de los derechos respectivos se hará por conducto de la dependencia

correspondiente en los términos del artículo 33 de esta ley".

- c) Fideicomisos Públicos.- cuya existencia como entidades de la Administración Pública Paraestatal está contemplada en el artículo 3º fracción III de la L.O.A.P.F., y que son de finidos por el artículo 47 del mismo ordenamiento como "aquellos en que el Gobierno Federal o algunas de las demás entidades paraestatales constituyen, con el propósito de auxiliar al Ejecutivo en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, que cuentan con una estructura orgánica análoga a las otras entidades, y que tienen comités técnicos...". Pro el momento no ahondaré mas en lo referente a los fideicomisos públicos - en virtud de que mas adelante se verán con todo detalle.
- 2) Las actividades desempeñadas por las entidades de la Administración Pública Paraestatal deberán de llevarse a cabo con sujeción a lo establecido por la Ley de Planeación, - al Plan Nacional de Desarrollo y a los programas sectoriales derivados del mismo. Las entidades paraestatales deben de elaborar tomando en cuenta estas directrices sus programas institucionales a corto, mediano y largo plazo (art.47 L.F.E.P.) A este respecto cabe señalar los lineamientos - señalados por el Plan Nacional de Desarrollo 1983 - 1988

elaborado por la Secretaría de Programación y Presupuesto con base en el artículo 32 fracción I de la L.O.A.P.F. Dentro de dicho plan se preveen políticas a seguir por el Sector Paraestatal, dentro del capítulo 6 punto 3.2. de la siguiente manera :

- Deben fortalecer el carácter mixto de la economía, participando en sectores estratégicos que le son reservados por la Constitución al Estado, y de acuerdo con lo establecido por la ley participando con los sectores social y privado a fin de impulsar áreas prioritarias de desarrollo.
- Participar en la oferta de bienes y servicios socialmente necesarios, y en aquellas actividades de producción básica que no sean cubiertas suficientemente por la iniciativa particular, en razón de la magnitud y riesgo de las inversiones, los plazos de maduración o la baja rentabilidad financiera.
- Regular la actividad de los mercados de bienes y servicios necesarios y estratégicos, a través de su participación directa o indirecta con objeto de reducir los efectos negativos producidos por la desigualdad de los ingresos.

- Deben propiciar la integración de la planta productiva nacional permitiendo satisfacer al productor nacional la demanda del sector público.
 - Deben racionalizar el uso de divisas a través de una presupuestación, buscando reducir al mínimo las necesidades de recursos externos y recurriendo solo de manera complementaria al endeudamiento.
 - Deben dar prioridad a la superación de las necesidades de alta importancia social tales como: el transporte, la comercialización y el abasto, la salud, la seguridad social, la urbanización y la vivienda.
 - Con respecto a su deuda interna y externa deberán continuar con la renegociación de pasivos buscando períodos mayores de gracia en los pagos de capital y mejores plazos y condiciones de los créditos en estrecha coordinación con las autoridades financieras del país.
- 3) Los Organismos Descentralizados deben de inscribirse en un registro que al efecto deberá llevar la Secretaría de Programación y Presupuesto (art. 24 L.F.E.P.)
- 4) La misma Secretaría a que se refiere el inciso anterior tiene la obligación de publicar anualmente en el Diario Oficial una relación de las entidades paraestatales que fog

men parte de la Administración Pública Federal (art.12 L. F.E.P.)

- 5) Las entidades de la Administración Pública Paraestatal deberán agruparse por sectores, establecidos por acuerdo del Presidente de la República en los llamados "Decretos de de Sectorización", de los cuales el primero fue publicado en el Diario Oficial el 17 de Enero de 1977, y el último el 28 de Enero de 1980, en ellos se designan a los titulares de las Secretarías y Departamentos Administrativos que deben actuar como "coordinadoras de sector" a fin de que las relaciones de las entidades paraestatales con el Ejecutivo Federal sean llevadas a cabo a través de ellas, debiéndose de encargar de la vigilancia y control de las entidades, en los términos de las leyes respectivas.

3.2. El Fideicomiso Público.

3.2.1. Definición.

A efecto de definir al fideicomiso público los distintos autores han propuesto un sinúmero de conceptos de entre los que destacan por su importancia los si-

güentes :

- 1) Miguel Acosta Romero define al fideicomiso público como "aquel contrato por medio del cual el Gobierno Federal a través de sus dependencias y en su caracter de fideicomitente transmite la titularidad de bienes del dominio público (previo decreto de desincorporación) o del dominio privado de la Federación, o afecta fondos públicos en una institución fiduciaria, para realizar un fin lícito de interés público". (53)
- 2) Villagordoa Lozano considera que el fideicomiso público puede ser analizado desde 3 puntos de vista que son los siguientes : (54)
 - a) Como negocio fiduciario.- es decir como un simple contrato de fideicomiso que tiene las siguientes características :
 - El fideicomiso siempre es el Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Programación y Presupuesto.
 - b) Como entidad paraestatal.- en cuyo caso puede considerarse como una estructura administrativa sin personalidad jurídica , y que es utilizada por el Estado como instrumento de política económica y social integrada dentro de las Instituciones Nacionales de Crédito auto-

(53) ACOSTA, Romero Miguel. Op.cit. pág. 234.

(54) Cfr. VILLAGORDOA, Lozano José Manuel. Op. cit. págs.292 y 293.

rizadas para actuar como fiduciarias.

c) Como contrato.- que es aquel que celebran el Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Programación Presupuesto, el Departamento del Distrito Federal y los organismos descentralizados o las empresas de participación estatal mayoritaria con una institución fiduciaria a efecto de transmitirle la titularidad de bienes o derechos, con la encomienda de realizar determinados fines de interés público en beneficio del o de los fideicomitenates que se designen al efecto.

3) Gabino Fraga considera que el fideicomiso público es "solo un medio para llevar a cabo atribuciones del poder público y no puede ser considerado como órgano de la administración Pública Federal". (55)

Tomando en cuenta los anteriores conceptos sobre el fideicomiso público podemos concluir que el fideicomiso público es un contrato en virtud del cual el Ejecutivo Federal, local o los Ayuntamientos a través de sus dependencias o entidades administrativas transmiten en favor de una Institución Nacional de Crédito constituida como Sociedad Nacional de Crédito y autorizada para actuar como fiduciaria, la titularidad de bienes del dominio público (previo

(55) FRAGA, Gabino. Derivado Administrativo, Decimovena Edición, 1979, Editorial Porrúa S.A. México D.F. MEXICO, pag. 221.

decreto de desincorporación) o privado de la Federación, los Estados o Municipios según sea el caso, o bien afecta fondos públicos con objeto de realizar un fin determinado, lícito y de interés público en favor de uno o más beneficiarios.

3.2.2. Partes en el Fideicomiso Público.

3.2.2.1. El Fideicomitente.

- 1) Tratándose de fideicomisos públicos constituidos por la Administración Pública Federal Centralizada, el Ejecutivo Federal estará representado por la Secretaría de Programación y Presupuesto la cual invariablemente como "fideicomitente único" según lo dispone el artículo 48 de la L.O.A.-P.F.
- 2) Cuando se trate de Fideicomisos Públicos Locales, el fideicomitente siempre será el Gobernador del Estado respectivo ya que a éste se le considera como el órgano administrativo y político de mayor jerarquía dentro del ámbito local pudiendo ser representado por el Secretario de Gobierno y la Secretaría General de Gobierno que en ámbito local - puede equipararse con el Secretario de Estado y la Secretaría de Estado del ámbito federal, ya que ambos órganos, en sus respectivas esferas sirven como intermediarios en

las relaciones entre el Ejecutivo, ya sea Local o Federal y las entidades de la Administración Pública. (56).

- 3) En el caso de los fideicomisos públicos establecidos por los Municipios, el Presidente Municipal actúa directamente como fideicomitente.
- 4) En todos los casos el Fideicomitente deberá tener las facultades necesarias para transmitir la titularidad de los bienes que se destinarán en fideicomiso. De la misma manera los fines del fideicomiso deberán estar dentro del ámbito de su competencia. (57)

Derechos y Obligaciones del Fideicomitente.

- 1) El Ejecutivo Federal, Local o el Presidente Municipal como fideicomitentes en sus distintos ámbitos de competencia tendrán derecho a fijar los términos, condiciones y fines de los fideicomisos públicos, apegándose a lo determinado expresamente por las leyes respectivas.

En aquellos fideicomisos públicos establecidos por la Administración Pública Federal Centralizada en donde la Secretaría de Programación y Presupuesto actúe como "fideicomitente único", quedará a cargo de esta última la

(56) Cfr. ACOSRA, Romero Miguel. Op. cit. pág. 298

(57) Cfr. VILLACORDA, Lozano J. Manuel. Op. cit. pág. 293

obligación de cuidar que se consignen debidamente dentro de los contratos constitutivos : los derechos y acciones que correspondan al fiduciario respecto de los bienes destinados en fideicomiso, las limitaciones que se impongan al fiduciario por el fideicomitente o las que deriven de los derechos de terceros, los derechos que se reserve el fideicomitente , y las facultades del Comité Técnico. (art 41 de la L.F.E.P.)

- 2) Por regla general deberá de reservarse el derecho de revocar los fideicomisos , sin perjuicio de los derechos que correspondan a los fideicomisarios o a terceros, excepto cuando se trate de fideicomisos constituidos por mandato de ley o bien que su naturaleza no lo permita. (art. 45 L.F.E.P.)
- 3) El Fideicomitente en los fideicomisos públicos federales- tendrá derechos a incluir cuando menos a un representante en el Comité Técnico de los fideicomisos que constituya. (art. 8 del Decreto que establece las bases de Constitución incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal, D.O. 27 de febrero de 1979)
- 4) Cuando el fideicomitente sea la Secretaría de Programación

y Presupuesto, ésta podrá suprimir la obligación que tiene la fiduciaria de notificar a los beneficiarios sobre las gestiones que realice, obligación que se encuentra consignada en el artículo 85 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, sin perjuicio de la obligación que tiene el fiduciario de llevar un Registro especial que deberá instrumentar en los términos del artículo 60 de la misma Ley Reglamentaria.

- 5) Cuando la Secretaría de Programación y Presupuesto actúe como fideicomitente, deberá establecer en los contratos respectivos que cuando la institución fiduciaria deba otorgar mandatos para auxiliarse en el desempeño de las funciones ligadas a la encomienda fiduciaria, estos nunca podrán implicar la expresión de voluntad de mando o decisión, ni tampoco deberán otorgar facultades para suscribir otros poderes, excepto en los casos en que se trate de poderes para pleitos y cobranzas. (art. 6 del decreto a que se refiere la parte final del inciso 3 anterior)
- 6) Cabe mencionar que es factible la pluralidad de fideicomitentes en los fideicomisos públicos, y las voluntades de los diversos fideicomitentes puede integrarse en distintos momentos, mediante aportaciones sucesivas de uno varios organismos o dependencias. (58)

(58) Cfr. *Ibidem*, Op. cit. pág. 298.

3.2.2.2. El Fiduciario.

El Fiduciario en los fideicomisos públicos, al igual que en los privados, es quien se encarga de llevar a cabo los fines del fideicomiso. En México a partir de la Nacionalización de la Banca Privada en 1982 solo pueden actuar como fiduciarios las Instituciones Nacionales de Crédito (art. 2º, y 3º Fracción XV de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito). El Banco de México podrá actuar como fiduciario cuando así se determine por ley o cuando el fin del fideicomiso coadyuve al desempeño de las funciones del propio Banco (art. 6º Fracción XI de la Ley Orgánica del Banco de México, publicada en el Diario Oficial - el 31 de Diciembre de 1984).

Obligaciones y Derechos del Fiduciario.

- 1) Tiene en principio todos los derechos y obligaciones que señala la legislación mercantil para los fideicomisos privados.
- 2) Debe de presentar dentro de los 6 meses siguientes a la constitución o modificación del fideicomiso a través del

Delegado Fiduciario General los proyectos de estructura administrativa o las modificaciones que se requieran, los que serán sometidos a la consideración de la Dependencia que actúe como coordinadora del Sector a que pertenezca el fideicomiso de que se trate. (art. 42 L.F.E.P.)

- 3) Está obligado a pedir autorización al Comité Técnico cuando contrate personal al servicio exclusivo, y con cargo al fideicomiso. (art. 63 L.R.S.P.B.C. *)
- 4) Deberá mantener un representante permanente dentro del Comité Técnico de los fideicomisos en que actúe, dicho representante concurrirá con voz pero sin voto. (art. 8. D E.B.P.C.I.M.O.F.E.F.E.G.F. **)
- 5) Deberá abstenerse de cumplir con las resoluciones dictadas por el Comité Técnico en exceso de las facultades expresamente fijadas por el fideicomitente, debiendo responder de los daños y perjuicios que se causen. Cuando se trate de la realización de actos urgentes cuya omisión pueda causar serios perjuicios al fideicomiso , si no se pudiera reunir al Comité por culaquier circunstancia deberá la institución fiduciaria consultar al Gobierno Federal a través del coordinador de Sector debiendo realizar

*En adelante cuando aparezcan estas siglas se entenderá se refieren a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de '35.

**En adelante siempre que aparezcan estas siglas se entenderá que se refieren al Decreto que establece las bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal.

los actos que esta le autoriza a realizar. (art.44 de la L.F.E.P.).

- 6) Hasta antes de que entrara en vigor la L.F.E.P. correspondía a la Institución Fiduciaria la obligación de presentar ante la Dependencia coordinadora del Sector los proyectos anuales de presupuesto a que se refiere el artículo 22 de la Ley de Planeación del 5 de Enero de 1983. Del mismo modo también eran obligaciones a cargo del fiduciario las consignadas en el artículo del mismo ordenamiento. Actualmente dichas obligaciones pasaron a ser de la incumbencia del Comité Técnico en términos que más adelante analizaré.

3.2.2.3. El Fideicomisario.

Al hablar en el presente trabajo del fideicomisario en el fideicomiso privado se estableció que era aquella persona física o jurídica en favor de quien se realizan los fines del fideicomiso, también se dijo que en aquellos fideicomisos en cuya constitución no fuera señalado fideicomisario era totalmente válido, siempre y cuando su fin fuera lícito y determinado. En el caso específico de los fideicomisos públicos, por regla general la determinación de o los fideicomisarios no se efectúa de manera individual, ya que

en atención a que los fines de esta clase de fideicomiso van encaminados a la satisfacción del interés Público y éste por su propia naturaleza no puede ser definido en función de una individualidad, los fideicomisarios son designados de la siguiente manera : Un grupo de población, un organismo Público o privado, los municipios, los gobiernos de los Estados, o bien estableciendo determinados requisitos que deban reunir los beneficiarios para ser considerados como tales.

De acuerdo con lo dispuesto por artículo - 348 de la Ley General de Títulos y operaciones de Crédito-vigente es nulo del fideicomiso que se constituya en favor del fiduciario, sin embargo existe una excepción de lo anterior la cual está consignada en el artículo 20 de la Ley Orgánica del Banco de Obras y Servicios Públicos, y que establece que el Banco tendrá facultades para actuar como fideicomiso se constituya para garantizar los intereses del propio Banco.

3.2.3. El Comité Técnico.

Hasta antes de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales la formación de un Comité Técnico dentro

- e) Expedir cuando se requiera las normas generales o bases mediante las cuales el Director General pueda disponer de los activos fijos de la entidad que no corresponda al objeto de la misma.
- f) Aprobar el informe anual de los Comisarios, el dictamen de los auditores externos, los estados financieros de la entidad y autorizar su publicación.
- g) Aprobar las políticas, bases y programas generales que regulen los convenios, contratos, pedidos o acuerdos que deba celebrar la entidad paraestatal - con terceros en obras públicas, adquisiciones, - arrendamientos y prestación de servicios relacionados con bienes muebles.
- h) Aprobar las estructuras de organización de la entidad y las modificaciones que se requieran en su caso. También deberá aprobar el estatuto orgánico - cuando se trate de organismos descentralizados.
- i) Proponer al Ejecutivo Federal por conducto de la - Secretaría de Programación y Presupuesto, los convenios de fusión con otras entidades.
- j) Autorizar la creación de comités de apoyo.
- k) Nombrar y remover a propuesta del Director General

- a) Establecer conforme a los lineamientos que fijan los programas sectoriales, las políticas y las prioridades a que deberá ceñirse la entidad paraestatal.
- b) Aprobar los presupuestos y programas y sus modificaciones. En el caso de los programas y presupuestos financieros deberá de ajustarse a lo dispuesto en el artículo 54 del mismo ordenamiento ,excepción hecha de aquellos que se encuentren incluidos en el Presupuesto de Egresos Anual de la Federación o del Departamento del Distrito Federal en donde no bastará la simple aprobación del órgano de gobierno.
- c) Fijar y ajustar los precios de los bienes y servicios que produzca o preste la entidad , excepto aquellos que se deban delimitar por el Ejecutivo Federal mediante acuerdo.
- d) Aprobar la contratación de créditos para el financiamiento de la entidad ya sean estos internos o externos , y sujetandose a lo previsto por el artículo 54 para el caso de los créditos externos debiendo remitir a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público dicha contratación para su autorización y registro.

- e) Expedir cuando se requiera las normas generales o bases mediante las cuales el Director General pueda disponer de los activos fijos de la entidad que no corresponda al objeto de la misma.
- f) Aprobar el informe anual de los Comisarios, el dictamen de los auditores externos, los estados financieros de la entidad y autorizar su publicación.
- g) Aprobar las políticas, bases y programas generales que regulen los convenios, contratos, pedidos o acuerdos que deba celebrar la entidad paraestatal - con terceros en obras públicas, adquisiciones, - arrendamientos y prestación de servicios relacionados con bienes muebles.
- h) Aprobar las estructuras de organización de la entidad y las modificaciones que se requieran en su caso. También deberá aprobar el estatuto orgánico - cuando se trate de organismos descentralizados.
- i) Proponer al Ejecutivo Federal por conducto de la - Secretaría de Programación y Presupuesto, los convenios de fusión con otras entidades.
- j) Autorizar la creación de comites de apoyo.
- k) Nombrar y remover a propuesta del Director General

a los servidores públicos de la entidad paraestatal que ocupen cargos con dos jerarquías administrativas inferiores a las de aquel, aprobar la fijación de sueldos y prestaciones, concederles licencias, y las demás que señalen los estatutos.

- l) Nombrar y remover a propuesta de su presidente, entre personas ajenas a la entidad, al Secretario - quien podrá ser miembro o no del mismo; así como designar o remover a propuesta del Director General de la entidad al Presecretario del citado órgano de gobierno, quien podrá ser o no miembro de dicho órgano o de la entidad.
- m) Aprobar la constitución de reservas y utilización de utilidades.
- n) Establecer sujetándose a la legislación aplicable y sin intervención de ninguna otra dependencia las normas y bases para la adquisición, arrendamiento, y enajenación de inmuebles que la entidad paraestatal requiera para la prestación de sus servicios, excepto los inmuebles que sean considerados por la Ley General de Bienes Nacionales como del dominio Público de la Federación en cuyo caso habrá de sujetarse

al procedimiento que en su oportunidad determine el Reglamento de la Ley Federal para las Entidades Para estatales.

- n) Analizar y aprobar, en su caso, los informes periódicos que rinda el Director General, con la intervención que corresponda a los Comisarios.
 - o) Acordar de conformidad con las leyes aplicables los donativos o pagos extraordinarios y verificar que los mismos sean aplicados precisamente a los fines señalados en las instrucciones de la Coordinadora de Sector.
 - p) Aprobar las normas y bases bajo las que operará la cancelación de adeudos a favor de la entidad y con cargo a terceros, cuando sea evidente la imposibilidad de cobrarlos, debiendo informar a la Secretaría de Programación y Presupuesto mediante la Coordinadora del Sector que Corresponda.
- 3) Es aplicable en cuanto no contravenga lo dispuesto por las leyes específicas sobre fideicomiso público, y las facultades señaladas para los Comités Técnicos del fideicomiso en general por la legislación mercantil.

3.2.4. El Delegado Fiduciario Especial.

Conocemos el Delegado Fiduciario en forma general como aquel individuo a través del cual la Institución-Fiduciaria desempeña su cometido y ejercita sus facultades en las operaciones de fideicomiso. Para el caso específico de los fideicomisos públicos se ha venido utilizando la figura del "Delegado Fiduciario Especial", el cual es un individuo designado por el Consejo Directivo de la Institución Fiduciaria a propuesta del Ejecutivo Federal, y cuyas funciones se limitan a actuar en forma única y exclusiva como delegado fiduciario en un fideicomiso público determinado. En la práctica se denomina al Delegado Fiduciario Especial como "Director General del Fideicomiso", incluso la propia Ley Federal de las Entidades Paraestatales tácitamente otorga al Delegado Fiduciario Especial las atribuciones que corresponden al Director General en las demás entidades paraestatales y que son las siguientes (art. 59 L.F.E.P.) :

- a) Administrar y representar legalmente a la entidad paraestatal.
- b) Formular los programas institucionales a corte, mediano y largo plazo, así como los presupuestos de la entidad y presentarlos para su aprobación al Órgano de Gobierno. Previéndose para el caso en que el Director no presente tales

programas dentro de los plazos establecidos que recaerá sobre el Organo de Gobierno el cumplimiento de tal obligación, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el Director.

- c) Formular los programas de Organización.
- d) Establecer métodos que permitan un aprovechamiento óptimo de los bienes muebles e inmuebles de la entidad para esta-
tal.
- e) Tomar las medidas necesarias a fin de que las funciones de la entidad se realicen de manera articulada, congruente y eficaz.
- f) Establecer los procedimientos para controlar la calidad de los suministros y programas de recepción que aseguren la continuidad en la fabricación, distribución o prestación del servicio.
- g) Prestar periódicamente al Organo de Gobierno el informe del desempeño de las actividades de la entidad, incluido el ejercicio de los presupuestos de ingresos y egresos y los estados financieros correspondientes, En el informe y en los documentos de apoyo se cotejarán las metas propuestas y los compromisos asumidos por la Dirección con las realizaciones alcanzadas.

- h) Establecer los mecanismos de evaluación que destaquen la eficiencia y eficacia con que se desempeñe la entidad y presentar al Organo de Gobierno por lo menos 2 veces al año la evaluación de gestión con el detalle que previamente se acuerdo con el organo y escuchando al Comisario Público.
- i) Ejecutar los acuerdos que dicte el Organo de Gobierno.
- j) Suscribir en su caso los contratos colectivos e individuales que regulen las relaciones laborales de la entidad con sus trabajadores.
- k) Las demás facultades que le señalen las demás leyes , Reglamentos, Decretos, Acuerdos, y demás disposiciones administrativas aplicables con las salvedades que la L.F.E.P. establece.

En el Decreto que establece las bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los Fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno federal se contempla la existencia del Delegado Fiduciario Especial y se le regula de la siguiente forma :

- 1) Se establece que al Delegado Fiduciario Especial le corresponde actuar y manejar los Registros, efectuar los gastos e inversiones, contratar obligaciones y en general ejerci-

tar los derechos y acciones que corresponden en apego a las determinaciones de la Institución de Crédito que desempeña el cargo de fiduciario. (art. 7º)

- 2) Se establecen en el mismo artículo segundo párrafo como obligaciones del Delegado Fiduciario Especial las siguientes :
- a) Someter a la previa consideración de la institución que desempeña el cargo de fiduciario, los actos, con tratados y convenios de los que resulten derechos y obligaciones para el fideicomiso o para la propia institución.
 - b) Manejar de acuerdo con la fiduciaria los recursos del fideicomiso, los títulos de crédito y cuanto documento consigne una obligación o sea necesario para ejercitar un derecho.
 - c) Informar a la fiduciaria acerca de la ejecución de los acuerdos del Comité Técnico, así como al propio Gobierno Federal.
 - d) Consultar a la fiduciaria con la debida anticipación en los asuntos que deban ser tratados en las reuniones del Comité Técnico.
 - e) Presentar mensualmente a la fiduciaria los informes contables requeridos para precisar la situación financiera del fideicomiso.

f) Cumplir con los demás requisitos que le imponga la fiduciaria.

Cabe hacer notar que estas obligaciones siguen siendo aplicables en cuanto no contravengan lo establecido por la Ley Federal de las Entidades Paraestatales de 1986.

La Ley Reglamentaria de Servicio Público de Banca y Crédito de 1985 en su artículo 61 establece que la Institución Fiduciaria responderá civilmente por los daños y perjuicios que se causen con motivo de la falta de cumplimiento de las condiciones o términos señalados en los fideicomisos, en virtud de los actos realizados por los Delegados Fiduciarios.

3.2.5. Bienes que pueden ser objeto del Fideicomiso Público.

Ya al tratar el aspecto de la definición del Fideicomiso Público se dijo que en virtud de esta clase de fideicomiso se transmitía la titularidad de bienes del dominio público (previo Decreto de desincorporación) o privado de la Federación, Estados o Municipios, o bien se afectaban fondos públicos, por lo que conviene determinar con

precisión estos conceptos.

De acuerdo con la Ley General de Bienes Nacionales de 1982, el patrimonio del estado está compuesto por : Bienes del dominio público de la Federación y Bienes del dominio privado de la Federación (art. 19). los Bienes del dominio público de la Federación tienen las siguientes características : (59)

- a) son inalienables, es decir están fuera del comercio jurídico por lo que no puede ser transmitida su propiedad.
- b) son imprescriptibles, es decir no pueden salir del patrimonio del Estado por el mero transcurso del tiempo.
- c) no pueden ser objeto de reivindicación ,lo cual supone que cuando un bien haya ingresado al patrimonio estatal mediante un acto jurídico imperfecto o mediante prescripción adquisitiva en favor de la Federación, el legítimo propietario no lo puede reivindicar desposeyendo al Estado. Estos bienes tampoco pueden estar sujetos a ninguna acción de posesión provisional o definitiva.

Los bienes del dominio público de la Federación son enumerados por el artículo 2º de la Ley General de Bienes Nacionales de la siguiente manera :

(59) BURCOA, Ignacio. Las Garantías Individuales. Decimoquinta edición.1981. Editorial Porrúa S.A. México D.F. MEXICO. pág.448.

a) Los de Uso Común.- a los que se pueden clasificar en 3 categorías que son (60)

- Dominio Público Aéreo.- que es el espacio aéreo situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que fije el derecho internacional.
- Dominio Público Marítimo.- que son el mar territorial hasta la distancia de 12 millas contadas desde la línea de la marea más baja, las aguas marítimas interiores, las playas marítimas, la zona marítimoterrestre o sea la faja de 20 metros de ancho de tierra firme transitable contigua a las playas del mar y a las riberas, los ríos desde la desembocadura de estos en el mar hasta el punto río más arriba a que llegue el reflujo anual, los diques, muelles, escolleras, malecones, de los puentes cuando son de uso público, los puertos auxiliares, las radas y ensenadas.
- Dominio Público Terrestre.- constituido por las cauces de las corrientes y vasos de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional; las riberas y zonas federales de las corrientes; por los caminos carreteros y puentes que constituyan vías generales de co -

(60) FRAGA, Estelino. Op. cit. pág. 353

nicación; por la presas, diques y sus vasos, canales, bordos y zanjas construidas para la irrigación navegación y otros usos de utilidad pública con sus zonas de protección y derecho de vía o riberas: las plazas, paseos y parques públicos cuya construcción o conservación esté a cargo del Gobierno Federal; Los monumentos artísticos y las construcciones levantadas por el Gobierno Federal en lugares públicos para ornato o comodidad de quienes las visiten; los monumentos arqueológicos inmuebles (art. 18 fracciones VI, VII, IX, X, XII y XIV de la Ley General de Bienes Nacionales).

- b) Los señalados en los artículos 27 párrafos 4º, 5º y 8º, y artículo 42 fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- c) Los enumerados en la fracción II del artículo 27 Constitucional, con excepción de los comprendidos en la fracción II del artículo 3º de la Ley General de Bienes Nacionales
- d) El suelo del mar territorial y de las aguas marítimas interiores.
- e) Los inmuebles destinados por la Federación a un servicio público, los propios que de hecho utilice para dicho fin y los equiparados conforme a la Ley General de Bienes Nacionales.

- f) Los monumentos históricos o artísticos muebles o inmuebles de propiedad federal.
- g) Los terrenos baldíos y los demás bienes inmuebles declarados por la ley como inalienables e imprescriptibles (ver el artículo 2º transitorio del Decreto de 30 de Diciembre de 1983).
- h) Los terrenos ganados natural o artificialmente al mar, a los ríos, corrientes, lagos , lagunas o esteros de propiedad nacional.
- i) Las servidumbres cuando el predio dominante sea alguno de los señalados en el punto inmediato anterior.
- j) Los muebles de propiedad federal que por su naturaleza no sean normalmente sustituibles, como los documentos y expedientes de las oficinas, los manuscritos, incunables, ediciones, libros, documentos, publicaciones periódicas, mapas, planos, folletos y grabados importantes o raros, así como las colecciones de esos bienes; las piezas etnológicas y paleontológicas; los especímenes tipo de la flora y de la fauna; las colecciones científicas o técnicas, de armas, numismáticas y filatélicas : los archivos, las fonograbaciones, películas, archivos fotográficos, cintas magnetofónicas y cualquier otro tipo de objeto que contenga

ga imágenes y sonidos, y las piezas artísticas e históricas de los museos.

- k) Las pinturas murales, las esculturas y cualquier obra artística incorporada o adherida permanentemente a los inmuebles de la Federación o del patrimonio de los Organismos Descentralizados, cuya conservación sea de interés nacional .

En el artículo 17 de la Ley General de Bienes Nacionales se faculta al Ejecutivo Federal para poder des incorporar bienes del dominio público de la Federación mediante decreto (ver fracción II del artículo de referencia).

Respecto de los Bienes del Dominio Privado de la Federación podemos señalar que están enumerados en el artículo 39 de la Ley General de Bienes Nacionales, y que se regulan en todo lo no previsto por esa ley por : el Código Civil para el D.F. en materia común y para toda la República en materia Federal, y en su defecto por las disposiciones de carácter general sobre desarrollo urbano. Con relación a los bienes del dominio público y privado de los Estados de la Federación y de los Municipios , estos se determinan por exclusión, es decir: un bien formará parte de la propiedad pública o privada estatal o municipal cuando no sea objeto de propie-

dad privadas o social, o esté atribuida en dominio directo a la Federación por la Constitución o por una Ley Secundaria de carácter general. (61)

3.2.6. Fines del Fideicomiso Público.

Al hablar del fideicomiso privado señalé que los fines para los cuales se podía constituir un fideicomiso podían ser cualquier actividad que sea determinada y lícita. Para el caso de los fideicomisos públicos habría que agregar que el fin debe de ser necesariamente de interés público. Los fideicomisos públicos pueden tener como finalidad cualquiera de las siguientes actividades : (62)

- a) La inversión de fondos públicos.
- b) El manejo y administración de obras públicas.
- c) La prestación de servicios.
- d) La producción de bienes para el mercado.
- e) Para fines diversos como pueden ser : regularización de la tenencia de la tierra, realización de planes de construcción de viviendas populares, operación de empresas sin personalidad jurídica (como el Fondo de Cultura Económica actuar conjuntamente con los Estados y Municipios, desarro

(61) Cfr. BURGA Ignacio. Op. cit. pág. 448

(62) Piña, Medina y Coautores. Op. cit. pág. 459.

llo de parque y zonas industriales, desarrollos portuarios, para la construcción de escuelas, para la creación de "Fondos de Redescuento", para la remodelación urbana, etcétera.

3.2.7. Duración del Fideicomiso Público.

En el artículo 68 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1965 se establece que cuando se trate de fideicomisos públicos que constituya el Gobierno Federal o que él mismo señale de interés público a través de la Secretaría de Programación y Presupuesto, no será aplicable el término señalado en el artículo 359 fracción III de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente (ver punto 2.3.12. del presente trabajo en la página 101.)

3.2.8. Extinción del Fideicomiso Público.

Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público en su artículo 99 determina que solo podrá extinguirse los fideicomisos públicos federales cuando la Secretaría de Programación y Presupuesto someta a la aprobación

del Ejecutivo Federal la iniciativa correspondiente , por así convenir al interés público, a ésta iniciativa recaerá la expedición de un acuerdo del Presidente de la República en donde autorizará a la referida Secretaría para realizar los actos necesarios para extinguir un fideicomiso público determinado.

4. LA DEVALUACION, EL CONTROL DE CAMBIOS Y EL FICORCA.

4.1. La Devaluación en México.

Podemos establecer de manera genérica que la devaluación es un fenómeno económico que se traduce en una pérdida del valor del dinero, es decir, en una disminución en la cantidad de bienes y servicios susceptibles de ser adquiridos con él. Este fenómeno puede ser observado desde 2 puntos de vista : desde el punto de vista interno como una pérdida del poder adquisitivo mejor conocida como "inflación" la cual se ocasiona en forma directa por el alza generalizada de precios; y desde un punto de vista externo como una pérdida del valor de una moneda con relación a las monedas extranjeras. La devaluación no es un fenómeno novedoso en nuestro país ya que tiene una larga historia que puede ser resumida en 7 grandes devaluaciones como sigue : (63)

1) Primera gran devaluación del peso en 1905.

Desde la época Colonial el sistema monetario mexicano estuvo basado en el Bimetalismo (determinación del valor de la moneda a partir del oro y la plata) éste sistema se mantuvo durante la Independencia y fué ra-

(63) Cfr. TORRES, Gaytan Ricardo. Un Siglo de Devaluaciones del Peso Mexicano. Tercera edición. 1993. Siglo Veintiuno Editores S.A. México D.F. MEXICO, pags. 20 a 26.

tificado por Juárez en 1876. De acuerdo con este sistema la unidad monetaria mexicana había fijado su equivalencia en 150 centigramos de oro puro o su equivalente en plata pura que era de 24.75 gramos (lo que suponía una relación entre oro y plata de 1 : 16.5 onzas). Como el Dólar norteamericano había fijado también su valor en 150 centigramos de oro puro, podemos decir que la paridad cambiaría entre esta moneda y el peso era de 1 a 1 .

Se suponía que en virtud de la existencia del sistema bimetalista, debían circular en el país monedas de oro y plata en igual proporción, pero sin embargo se puede apreciar que desde la época colonial las monedas de mayor circulación fueron las de plata y tal situación se fué acentuando mayormente durante los años posteriores a la Independencia ya que las constantes luchas armadas y la inestabilidad social había provocado que las monedas de oro, cuyo valor era superior a las de plata fueran atesoradas o exportadas, por lo que aún cuando legalmente existía un sistema bimetálico en la realidad funcionaba un monometalismo plata.

Por otro lado, en 1873 la cotización internacional de la plata respecto del oro empezó a bajar

y como el peso se cotizaba en el mercado internacional de acuerdo a su contenido metálico, esto se tradujo en una pérdida del valor del peso frente a otras monedas que como el dólar se seguían cotizando en oro. Finalmente en 1905 la relación cambiaria entre el oro y la plata se encontraba en 1 : 33 onzas (el doble respecto a 1876) y tal situación llevó al Gobierno mexicano a modificar la paridad frente al dólar para quedar en 2 pesos por cada dólar, decretándose que en adelante el peso plata sería el único medio de pago con poder liberatorio ilimitado dentro de la República Mexicana, con lo que de hecho se derogaba el Patrón Monetario Oro.

2) Segunda gran devaluación del peso en 1933.

La paridad establecida en 1905 (2 pesos por dólar) continuó vigente hasta febrero de 1913 en que empieza el periodo de lucha armada (1913-1916) en este lapso se manifiesta un completo desorden monetario en donde cada jefe revolucionario con la ayuda de los bancos privados emite su propia moneda. Ante esta situación de incertidumbre la moneda metálica desaparece nuevamente de la circulación ya que los billetes de banco no tenían prácticamente ningún valor. Una vez finalizado el periodo de lucha

armada y restablecida la paz, empieza a circular de nueva cuenta la moneda metálica de oro y plata, y en 1918 Carranza vuelve a establecer el Patrón Oro clásico fijando la equivalencia del peso en 75 centigramos de oro puro (igual que en 1905), estableciéndose que las monedas de plata solo podían ser consideradas como un medio de pago auxiliar con poder liberatorio limitado.

El Patrón Oro establecido por Carranza funcionó normalmente hasta 1920 ya que para 1921 con la gran crisis mundial y la disminución en las exportaciones mexicanas, empieza a salir de la circulación de nueva cuenta las monedas de oro que fueron sustituidas paulatinamente por las de plata cuyo valor intrínseco era menor a su valor nominal, y a partir de 1922 vuelve a suceder lo que se había dado en 1905 : legalmente existía un patrón monetario oro pero en la realidad imperaba un patrón plata, a consecuencia de esto el tipo de cambio frente al dólar empieza a elevarse en la misma proporción en que las monedas de plata sustitúan a las de oro. En 1931 se desmonetiza el oro y se autoriza la emisión de los billetes del Banco de México, los que junto con los pesos de plata se convierten en los únicos medios de pago en México. Estas medi

das trajeron como consecuencia una automática devaluación del peso plata en el mercado internacional, por lo que el Gobierno mexicano inaugura la práctica de la llamada "flotación" dejando que el peso determinara su valor de acuerdo con la oferta y la demanda en el mercado cambiario. Finalmente en 1933 se vuelve a fijar la paridad quedando en 3,60 pesos por dólar.

3) Tercera gran devaluación del peso en 1940.

En 1935 del precio de la plata en el mercado internacional se elevó de tal manera que el valor intrínseco de los pesos plata resultaba superior a su valor nominal por lo que volvieron a ser atesoradas y exportadas tales monedas. Ante esta situación el Gobierno adoptó las siguientes medidas :

- Desmonetizó los pesos plata y constituyó una reserva con ellos.
- Estableció que los billetes del Banco de México tendrían un poder liberatorio ilimitado, y que serían convertidos a pesos plata en cualquier momento.

En 1938 con motivo de la "expropiación Petrolera" se observó una gran fuga de capitales la que aunada a un resultado desfavorable de la balanza comercial

durante los últimos dos años provoca una fuerte presión sobre el peso obligando al Gobierno a dejar flotar nuevamente al peso hasta 1940 en que se fija la paridad en 4.85 pesos por dólar.

4) Cuarta devaluación del peso en 1949.

En 1948 con la disminución en la Reserva Monetaria y el aumento de las importaciones para satisfacer la demanda de la planta productiva del país, el Gobierno ante la imposibilidad de sostener la paridad la abandona dejando flotar el peso hasta 1949 en que se fija la paridad oficial en 8.65 pesos por dólar.

5) Quinta gran devaluación del peso en 1954.

En marzo de 1954 de manera sorpresiva y sin previa fluctuación se eleva la paridad a 12.50 X dólar.

6) Sexta Gran devaluación del peso en 1976.

En 1973 se decide mantener la paridad fijada en 1954 anclando el peso al dólar y dejándolo flotar con éste último frente al resto de las divisas. Cabe señalar que si ya para 1970 el peso se encontraba sobrevaluado con respecto al dólar, con la nueva medida se agravaba el problema ya que dicha sobrevaluación fue creciendo rápidamente debido a la diferencia entre los índices de infla-

ción entre México y Estados Unidos. La sobrevaluación del peso, la falta de control cambiario, la fuga de capitales, las presiones internas y externas, y una política económica equivocada provocaron que en Agosto de 1976 se suspendiera la paridad de 12.50 pesos por dólar que se había sostenido artificialmente por 22 años, dejando flotar al peso e instaurando un mecanismo de "minidevaluaciones" mediante el cual el Banco de México regularía la flotación del peso lo que en otras palabras significaba que en la medida en que la inflación de México superase la de los Estados Unidos y el peso perdiera valor real frente al dólar, el Banco central tendría que devaluar el peso. (64)

7) Séptima gran devaluación del peso en 1982.

La devaluación de 1982 es de vital importancia dentro del presente trabajo ya que ésta es la causa inmediata que da origen a una serie de cambios en el sistema y al nacimiento del Fideicomiso para la cobertura de riesgos cambiarios, por lo que se analizará de manera mas profunda.

La devaluación de 1982 desde un punto de vista simplista fue el producto de un ineficiente deslizamiento del peso mexicano respecto al dólar, que no corres-

(64) COLMEZARES, David y Cosuteros. La Devaluación de 1982. 1982. Editorial Terra Nova. México D.F. MEXICO, pag.10.

pondió a la diferencia real entre los índices de inflación de ambos países desde 1976 con lo que se fué acumulando una sobrevaluación del peso que contribuyó a la especulación y a la salida de divisas provocándose así una fuerte presión sobre el peso que la no ser soportada por el Gobierno hace que éste se retire del mercado de cambios en febrero de 1982 abandonando a su suerte el peso. Sin embargo lo anterior solo es una descripción de hechos, las causas que motivaron la devaluación de 1982 fueron las siguientes :

- 1) De entre las principales causas que provocaron la crisis económica que desembocó en la devaluación de 1982 podemos mencionar EL EXCESIVO GASTO PÚBLICO de 1976 a 1982 financiando por emisiones inflacionarias de dinero.

En 1977 el Presidente de la República ante la evidencia del fracaso de la política expansionista del estado durante el Regimen Echeverrista que se tradujo en la devaluación de 1976, decidió establecer un orden en el presupuesto del estado y una orientación del gasto público mediante un relativo control del circulante que ayudó en cierto modo a controlar el alza de precios durante 1978 y 1979 Sin embargo un grupo de colabora -

dores del Presidente le "venden" a éste la idea de que en 1979 con las exportaciones de petróleo tendríamos un superávit en la balanza de pagos y que en consecuencia era necesario instrumentar un plan que absorbiera dichos excedentes y de tal modo se resolvería al mismo tiempo el problema del desempleo. A partir de ese momento la política que en un principio persiguió el equilibrio presupuestal cambió radicalmente y se convirtió en una política expansionista del gasto público, y de esto nace el "Plan Nacional de Desarrollo 1980-1982" que a juicio de muchos fue un plan mal fundamentado que partió de supuestos falsos. (65)

2) La crisis de 1982 empezó a manifestarse desde la segunda mitad del año 1981 a través de serios desequilibrios en la economía entre los que destacan los siguientes : (66)

a) El desequilibrio en las relaciones económicas del país con el exterior, como un proceso acumulativo con las siguientes características :

- Fue el resultado de la ineficiencia de la estructura productiva de la economía mexicana , que se mostró incapaz de producir bienes susceptibles de exportación que generaran las divisas que necesitaban para pagar

(65) PAZOS, Luis. Devaluación en México. 1983. Editorial Diana S.A. México D.F. MEXICO, pág. 149.

(66) Cif. TELLO, Macías Carlos. La Nacionalización de la Banca en México, Segunda edición. 1984. Siglo Veintiuno Editores S.A. de C.V. México D.F. MEXICO, pág. 69.

sus importaciones, aunado a la falta de diversificación de los productos mexicanos en los mercados de exportación, lo que provocó un déficit en la balanza comercial.

- Los saldos superavitarios en los renglones no financieros (turismo, transacciones fronterizas, servicios por transformación, transportes diversos, seguros, alquiler de películas, becas, misiones diplomáticas y reaseguro) no fueron suficientes para compensar el déficit de la balanza de mercancías.
- Con el objeto de financiar el déficit de la balanza de mercancías y servicios se recurrió al endeudamiento externo y a la inversión extranjera directa, que elevaron los cargos financieros aumentando aun más el déficit de la balanza de servicios financieros.
- Al dejar de compensarse el desequilibrio mercantil por los ingresos provenientes del turismo y otros servicios, y al combinarse con la carga financiera del capital externo, se provocó un grave desequilibrio de las relaciones comerciales del país con el exterior, todo esto dentro de una situación económica de recesión mundial. A lo anterior se agregaron otros factores como :

- * La demanda creciente de las importaciones de la industria nacional y del sector petrolero, la necesidad de importar alimentos para abastecer el mercado nacional.
- * La caída en la demanda y en el precio del Petróleo en el mercado internacional, la caída del precio de la plata y de otros productos de exportación como el café, el camarón, y el plomo que cayeron en más de un 20% entre 1980 y 1981.
- * La diferencia entre la tasa de inflación Norteamericana y la Mexicana, y la consecuente sobrevaluación del peso que contribuyó al aumento del contrabando hacia México , al aumento del turismo mexicano en el extranjero.
- * El aumento en los pagos que tuvo que hacer el país a consecuencia del alza de las tasas de interés que sirven de referencia para la deuda externa , y salida de divisas por concepto de regalías.
- * La fuga de capitales mexicanos hacia el exterior que ascendió a 2,950 millones de dólares en 1980 y a 10,914 Millones de dólares en 1981.

b) El Desequilibrio en las finanzas públicas propiciado prin-

principalmente por : (67)

- El aumento en el gasto e inversión pública frente al ingreso real que no aumentó en la misma proporción debido a que no se llevó a cabo una reforma tributaria, además de los cuantiosos subsidios y estímulos a la inversión privada, y a una política deliberada de mantener por debajo de su valor real los precios y tarifas de los bienes y servicios proporcionados por el estado.
- El aumento de la deuda externa en forma desproporcionada a la capacidad de pago del estado, habiéndose utilizado una parte de esa deuda en proporcionar al sector privado las divisas que necesitaba y no generaba.

Efectos de la devaluación de 1982.

- a) Generó inestabilidad cambiaria que se tradujo en riesgos para la planta productiva que se había financiado en el exterior.
- b) Repercusiones en los precios de productos que utilizaban materiales de importación.
- c) Propició la fuga de capitales al exterior, restando recur-

(67) Cfr. *Ibidem*, Op. cit. p. 74

sos a la actividad económica nacional.

- d) Aumento generalizado de precios (Inflación).
- e) Aumento de la deuda externa en tal proporción que la convirtió en impagable.
- f) Fomento del contrabando y subfacturación en exportación.
- g) No ofreció solución alguna ya que en 1985 se vuelve a devaluar la moneda de manera importante, lo mismo que en 1986.

4.2. El Control de Cambios.

El Control de Cambios es un mecanismo de política económica considerado durante los años treinta como el único medio efectivo para hacer frente a los movimientos desestabilizadores de capital a corto plazo. Esta idea fue sostenida incluso dentro de los acuerdos del Fondo Monetario Internacional de Bretton Woods en 1941. En la actualidad basados en las múltiples experiencias de su aplicación ya no es considerado el control de cambios como un mecanismo efectivo ya que los beneficios y ventajas que se supone acarrea su adopción en una economía determinada se ven invariablemente desvirtuados por la gran dificultad de llevar a cabo dicho control en la realidad. (68)

(68) Cfr. KINDEBERGER, Charles. Economía Internacional. 1982. Biblioteca de Ciencias Sociales Editorial Aguilar S.A. de Ediciones. Madrid. ESPAÑA. pág.130.

En México a raíz de la crisis económica de 1982 se empezó a especular ampliamente sobre la posibilidad de establecer un Control de Cambios que sirviera como medio auxiliar para detener la fuga de capitales y evitar la especulación con divisas. A este respecto el entonces director del Banco de México : Miguel Mancera Aguayo, elaboró un estudio denominado "Inconveniencia del Control de Cambios en México" que fué publicado en Abril de 1982 por el Banco de México, y en el cual el autor llegaba a las conclusiones siguientes :

- 1) Que la adopción de un Sistema de Control de Cambios en México estaba destinado a fracasar por las siguientes razones :
 - Por tener México una frontera de más de 3,000 Km. con una nación cuya moneda es la de más amplio uso internacional y que no tiene Control de Cambios.
 - Por que el personal bancario no tenía experiencia en operaciones internacionales y eso obstaculizaría dicho Control.
 - Por la imposibilidad de llevar a cabo un dispositivo de seguridad realmente efectivo por parte del personal aduanero en las fronteras.

- Por el gran número e importancia de las transacciones fronterizas, y por la amplitud del comercio de oro y plata que podría nulificar el control.
- 2) Que el adoptar un Control de Cambios no evitaría la fuga de capitales, que mas bien la acrecentaría en virtud de la desconfianza que se generaría entre los inversionistas.
- 3) Que solo podía ser considerado como un paliativo que en nada ayudaría a resolver el fondo de los problemas de la crisis económica, y si en cambio podría causar la paralización de amplios sectores de la economía al escasearse y encarecerse las divisas necesarias para la importación de insumos indispensables para la planta productiva.

Pese a las advertencias de Mancera y en franca contradicción con la postura que hasta entonces había sido sostenida por el Gobierno de la República, sorpresivamente aparece en el Diario Oficial del 1º de Septiembre de 1982 un Decreto por medio del cual se establecía en el país el Control Generalizado de Cambios, al que siguió la publicación de las Reglas sobre el Control de Cambios el 14 del mismo mes de Septiembre. Los anteriores ordenamientos establecieron un Control de Cambios del tipo "rígido" por lo que los efectos negativos vaticinados por Mancera empezaron a aparecer.

Una vez concluido el periodo presidencial 1976-1982 y efectuado el cambio en el mando del gobierno de la República en favor de Miguel de la Madrid se modifica el Control de Cambios el 14 de Diciembre fecha en que se publica un nuevo Decreto sobre Control de Cambios que derogaba las disposiciones anteriores y establecía un nuevo Control mucho más flexible y mejor adaptado a las necesidades del país, mismo que se encuentra vigente hasta la fecha y establece de manera general lo siguiente :

- 1) La existencia en el país de 2 mercados de divisas: el mercado controlado y el mercado libre. (art.1º)
- 2) Quedando incluidos dentro del mercado controlado los siguientes conceptos :
 - a) La exportación de mercancías realizada por cualquier persona física o moral.
 - b) Los pagos efectuados por las maquiladoras por concepto de salarios, sueldos y arrendamientos.
 - c) El principal, intereses y demás accesorios que determine el Banco de México, derivados de financiamientos en divisas a cargo del Gobierno Federal, las Entidades de la Administración Pública Paraestatal y las empresas establecidas en el país, y a favor de Entidades financieras del exterior y de Instituciones de Crédito mexicanas cuando dichos créditos fueren pagaderos fuera de

del país fueran contratados o se dispusiera de ellos a partir del 20 de Diciembre de 1982.

- d) La importación de mercancías y los gastos asociados a las mismas, que sean comprobables y que determine la Secretaría de Comercio, y los créditos otorgados por proveedores extranjeros sobre las mercancías de importación.
 - e) Los gastos del Servicio Exterior Mexicano, y las aportaciones por la participación de México en organismos internacionales.
 - f) Los demás conceptos que determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a propuesta del Banco de México, mediante reglas de carácter general.
- 3) La obligación por parte del Banco de México de vender divisas al tipo de cambio controlado de cambio a las personas que las requieran para efectuar pagos por los conceptos señalados en los incisos C,D, y F del punto 2 inmediato anterior. (art.8)
- 4) Se establece que el mercado libre se regirá de acuerdo con la oferta y la demanda, quedando dentro de este tipo de cambio todos aquellos conceptos no comprendidos dentro del mercado controlado de divisas. (art.9)

- 5) El Banco de México de acuerdo a sus posibilidades venderá al Gobierno Federal, las entidades de la Administración Pública Paraestatal y a las empresas establecidas en el país, que tengan adeudos en moneda extranjera pagaderos fuera de la República y contraídos antes del 20 de Diciembre de 1982, y a favor de entidades financieras del exterior, instituciones de crédito mexicanas y proveedores extranjeros, las divisas requeridas para liquidar tales adeudos al tipo de cambio controlado vigente a la fecha en que se efectuen tales ventas, y siempre y cuando dichos adeudos se hayan registrado o se registren en la S.H.C.P. o en la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial según proceda. El Banco de México establecerá un SISTEMA DE COBERTURA DE RIESGOS CAMBIARIOS en favor de las personas señaladas al principio de este punto, entendiéndose que solo se aceptarán dentro de este sistema los créditos cuyo vencimiento sea a largo plazo o se reestructure para que vengzan dicho plazo, debiendo el Banco Central hacer cargos por el otorgamiento de la cobertura de modo que la venta de divisas no implique un subsidio en favor de los interesados. (art 4º transitorio del Decreto)

6) Que el Banco de México venderá divisas al tipo de cambio controlado a las entidades de la Administración Pública Federal y a las empresas establecidas en el país, a efecto de facilitar que éstas solventen adeudos vencidos en moneda extranjera pagaderos fuera de la República y correspondientes a los siguientes conceptos : (art. 5º Transt.)

- a) Intereses ordinarios, moratorios y demás accesorios derivados de financiamientos contraídos con anterioridad al 20 de Diciembre de 1982 y a favor de entidades financieras del exterior e instituciones de crédito mexicanas, siempre y cuando se hayan registrado o se registren dichos adeudos en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
- b) Principal y en su caso intereses derivados de compromisos a favor de proveedores extranjeros, siempre que se registren dichos conceptos en la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

4.3. El Fideicomiso para la Cobertura de Riesgos Cambiarios.

El establecimiento de un sistema de cobertura de riesgos cambiarios fue previsto en el artículo 4º

transitorio de Decreto que establece el Control de cambios de fecha 13 de diciembre de 1982. El 11 de Mayo de 1983 aparece publicado en el Diario Oficial un Acuerdo emitido por la Secretaría de Programación y Presupuesto por instrucciones del Ejecutivo Federal, en el que se establecen de manera general las bases y lineamientos en apego a los cuales deberá llevarse a cabo la contratación de un fideicomiso denominado Fideicomiso para la Cobertura de Riesgos Cambiarios (FICORCA) El contrato constitutivo de éste fideicomiso es celebrado el 14 de Marzo de 1983 por la Secretaría de Programación y Presupuesto y el Banco de México, con la comparecencia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Las Reglas de Operación fueron dadas a conocer mediante la Circular número 1897/83 de fecha 25 de Abril de 1983, emitida por el Banco de México. Es en base a los ordenamientos anteriormente señalados que podemos establecer el siguiente :

4.3.1. Análisis del FICORCA

4.3.1.1. Concepto.

El FICORCA es un fideicomiso público federal creado mediante un contrato en el que el Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Programación y Presupuesto transmite fondos públicos en una aportación inicial, que podrá ser completamente mediante posteriores aportaciones extraordinarias, en favor del Banco de México para la realización de diversas operaciones tendientes a evitar los riesgos cambiarios, y a favor de las Dependencias de la Administración Pública Federal y las empresas establecidas en el país que tengan o contraigan adeudos en moneda extranjera de vencimiento a largo plazo, siendo los acreedores de tales adeudos Entidades financieras del exterior, Instituciones de Crédito mexicano y Proveedores extranjeros, siempre y cuando se hayan registrado en la Secretaría de Hacienda o en la Secretaría de Comercio y cumplan además con los requisitos señalados en los diversos programas de cobertura.

4.3.1.2. Partes en el FICORCA.

4.3.1.2.1 El Fideicomitente.

En el FICORCA actuó como fideicomitente en representación del Ejecutivo Federal la Secretaría

de Programación y Presupuesto según se señala en el punto segundo del Acuerdo que autoriza la constitución de FICORCA y en la cláusula primera del Contrato Constitutivo. Lo anterior se ajusta plenamente a lo establecido en aquel entonces por el artículo 49 de la L.O.A.P.F. en el sentido de que en los fideicomisos constituidos por la Administración Pública Centralizada debería de actuar invariablemente como fideicomitente "único" la Secretaría de Programación y Presupuesto.

Derechos y Obligaciones del Fideicomitente.

De acuerdo con la legislación que a la fecha de la constitución del FICORCA se encontraba vigente resultaban para el Fideicomitente los siguientes derechos y obligaciones:

- 1) El derecho del Ejecutivo Federal, cuando actúa como fideicomitente, para fijar los términos, condiciones y fines de los fideicomisos que constituya la Administración Pública Federal Centralizada. Este derecho se encuentra consignado en el artículo 2 del decreto que establece las bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los Fideicomisos que establezca el Gobierno Federal (Diario Oficial 27 de febrero de 1977).

El derecho anteriormente referido considero que fue debidamente ejercitado por el Ejecutivo Federal en el momento de girar instrucciones a la Secretaría de Programación y Presupuesto para que a su vez ésta emitiera un Acuerdo autorizando la constitución del FICORCA debiendo incluir en el mismo de manera general los términos y condiciones del fideicomiso.

- 2) La obligación de inscribir el fideicomiso en el Registro Público Paraestatal, misma que se encontraba consignada en el artículo 49 bis de la L.O.A.P.F. y que para el caso de FICORCA correspondió a la Secretaría de Programación y Presupuesto quien actuó como fideicomitente y según lo señalaba el artículo 26 de la hoy derogada Ley para el control por parte del gobierno federal de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal del 31 de Diciembre de 1970.
- 3) La Obligación de prever la formación de un Comité Técnico y determinar sus facultades, prevista en el artículo 9º del Decreto a que se refiere el inciso 1 anterior. Dicha obligación estimo que fue cumplida ya que en las cláusulas octava y novena del Contrato Constitutivo del FOCORCA se establece la formación del Comité Técnico del fideicomiso y se determinan sus facultades.

- 4) El derecho del fideicomitente para incluir cuando menos 1 representante en el Comité Técnico de los fideicomisos, mismo que se señala en el artículo 8º del decreto a que se refiere el inciso 1 anterior. Este derecho fue debidamente ejercitado ya que en la cláusula séptima de Contrato constitutivo se señala que : "El Comité Técnico quedará integrado por 6 miembros propietarios como sigue : 2 de la Secretaría de Hacienda, 2 de la Secretaría de Programación y Presupuesto y 2 del Banco de México".
- 5) La facultad de la Secretaría de Programación y Presupuesto de suprimir la obligación de la fiduciaria de notificar a los beneficiarios sobre las gestiones que realice, consignada en el artículo 45 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Dicha facultad fue ejercitada toda vez que en la cláusula decimoprimer del contrato constitutivo se libera a la fiduciaria de la obligación ya referida.
- 6) La obligación por parte de la S.P.P. cuando actúe como fideicomitente, de establecer en los contratos de fideicomiso respectivos que cuando la fiduciaria deba otorgar mandatos para auxiliarse en el desempeño de las funciones ligadas a la encomienda fiduciaria, dichos mandatos no po-

drán implicar nunca la expresión de mando, voluntad o decisión, ni tampoco podrá facultarse al mandatario para suscribir otros poderes, salvo que se trate de poderes para pleitos y cobranzas (artículo 6º del Decreto a que se refiere el inciso 1 anterior). Esta obligación fue cumplida ya que en la cláusula décima, segundo párrafo se consigna lo siguiente : "En el evento de que el fiduciario otorgue mandatos para auxiliarse en el cumplimiento de las funciones secundarias ligadas a la encomienda fiduciaria, las facultades que se transmitan no incluirán poderes que impliquen expresión de voluntad de mando o decisión. En ningún poder se otorgarán facultades a los mandatarios para sustituir los poderes que se les confieran , salvo que se trate de mandatos para pleitos y cobranzas", y agrega en el último párrafo lo siguiente : "lo estipulado en éste artículo se debe transcribir en los documentos en donde consten los mandatos referidos".

- 7) La obligación de reservarse la facultad de revocar el fideicomiso sin perjuicio de los derechos de los fideicomisarios o de terceros, que entonces se encontraba consignada en el artículo 14 del decreto a que se refiere el inciso 1 anterior. Para el caso de FICORCA dicha facultad se en-

tiende reservada en forma tácita, ya que en la cláusula - trece del Contrato Constitutivo se señala : "Que el FICORCA no podrá ser revocado mientras se encuentre vigente cualquier obligación no cubierta a cargo de fiduciario" lo que interpretado a "contrario sensu" significa que el FICORCA podrá revocarse cuando no existan tales obligaciones a cargo del fiduciario.

- 8) Finalmente cabe señalar que como se se al  en su oportunidad en el presente trabajo, tratándose de fideicomisos públicos (que es el caso de FICORCA) cabe la posibilidad de que el patrimonio del fideicomiso se integre por aportaciones sucesivas del fideicomitente o de otras entidades. Esta situación está contemplada en la cláusula quinta del Contrato Constitutivo de FICORCA.

4.3.1.2.2. El Fiduciario.

El cargo de fiduciario en favor del Banco de México fue previsto en el punto segundo del Acuerdo emitido por la S.P.P., y dicho cargo le es reiterado en el Contrato Constitutivo de FICORCA en la cláusula d cimoprimera, en donde consta también la aceptación del cargo por el propio Banco.

Derechos y Obligaciones de Fiduciario.

- 1) Tiene la obligación de llevar a cabo los fines del fideicomiso conforme a lo dispuesto en el acto constitutivo (art. 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito)

En el caso de FICORCA la cláusula cuarta del Contrato Constitutivo respectivo señala que el fiduciario para cumplir con el fin del fideicomiso podrá realizar con sujeción a las Reglas de Operación las siguientes actividades:

- a) Vender divisas a los beneficiarios de FICORCA de acuerdo con los distintos Programas de Cobertura establecidos en las Reglas de Operación.
- b) Invertir sus ingresos de tal modo que sumados a los rendimientos de los mismos, permitan obtener con oportunidad las divisas que deban pagarse a los participantes en los distintos Programas de Cobertura.
- c) Recibir prestamos en moneda extranjera con los acreedores de los beneficiarios participantes en los Programas sujetándose a las formalidades previstas en las disposiciones que al efecto apruebe el Comité Técnico.
- d) Otorgar créditos en moneda nacional a los beneficiarios

cuando los necesiten para participar en los Programas de Cobertura de Riesgos Cambiarios aprobados por el Comité Técnico.

- 2) Deberá presentar ante la Secretaría de Programación y Presupuesto, a través de la Coordinadora de Sector, y de conformidad con su Delegado Fiduciario General los proyectos anuales de presupuesto a que se refiere la Ley de Presupuesto Contabilidad y Gasto Público, ésta obligación se consignó íntegramente en la cláusula decimosegunda del Contrato Constitutivo. Cabe señalar que a partir de la entrada en vigor de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales de 1986, el FICORCA deberá ajustarse a lo dispuesto por los capítulos IV y V de dicha ley, que fueron mencionados en el presente trabajo al hablar del Fideicomiso público en general.
- 3) Deberá abstenerse de cumplir las resoluciones dictadas por el Comité Técnico cuando éste actúe en exceso de las facultades expresamente fijadas por el fideicomitente o en violación a las cláusulas del Contrato Constitutivo del fideicomiso, debiendo responder por los daños y perjuicios que se causen en caso de ejecutar actos en acatamiento de acuerdos en los términos antes descritos. Cuando se trate

de actos cuya omisión pueda causar notorios perjuicios al fideicomiso , si no es posible reunir al Comité Técnico por cualquier razón, la institución fiduciaria deberá consultar al Gobierno Federal a través de la Coordinadora de Sector que corresponda, quedando facultada la fiduciaria para ejecutar exclusivamente los actos que se le autorizen por ésta. En los mismos términos señalados se consignó en la cláusula novena del Contrato Constitutivo de FICORCA la obligación referida. La nueva Ley Federal de las Entidades Paraestatales transcribe íntegramente ésta obligación en su artículo 44.

- 4) Deberá mantener un representante permanente en el Comité Técnico que concurrirá con voz pero sin voto (artículo 8º del Decreto que establece las bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal). Esta obligación fue cumplida por el FICORCA ya que en la cláusula séptima del Contrato Constitutivo se señala que el Comité se integra por 6 miembros propietarios : 2 de la Secretaría de Programación y Presupuesto, 2 del Banco de México (FIDUCIARIO) y 2 de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. En mi opinión

ésta obligación sigue siendo válida a pesar de las modificaciones que introdujo la Ley Federal de las Entidades Paraestatales de 1986, ya que no contraviene lo dispuesto por dicha ley y no esta expresamente derogado el Decreto en que se prevee tal obligación.

- 5) En los casos en que la fiduciaria deba contratar personal ajeno a la propia institución dedicado directa y exclusivamente al fideicomiso, dicha contratación deberá realizarse previa la opinión del Comité Técnico. Esta obligación está prevista dentro del Contrato Constitutivo de FICORCA en la cláusula octava inciso "F". (la regulación en la ley de ésta obligación se encuentra actualmente en el artículo 63 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985)
- 6) Tiene la obligación de efectuar un cálculo financiero cuando menos 1 vez cada seis meses, para determinar si los ingresos ordinarios del FICORCA son o parecen ser suficientes para adquirir las divisas necesarias para cumplir con sus obligaciones, previéndose para el caso en que dichos ingresos ordinarios sean o parecieren ser insuficientes que la fiduciaria deberá solicitar aportaciones extraordinarias al Gobierno Federal previa la aprobación del Comité Técnico (Cláusula 5ª del Contrato Constitutivo),

debiéndose ajustar a las bases que consigna la cláusula sexta del mencionado Contrato Constitutivo y que a continuación se señalan :

- a) Deberá apoyar su solicitud de aportaciones extraordinarias en un análisis de las distintas alternativas que se hayan contemplado.
 - b) Deberá realizar su mayor esfuerzo para que con los ingresos de FICORCA se puedan cumplir sus obligaciones.
- 7) Deberá de proponer al Comité Técnico las Reglas de Operación del FICORCA (Cláusula Bª inciso "A" del Contrato Constitutivo)
- 8) En virtud de que el fideicomiso es un contrato de naturaleza eminentemente onerosa , tiene el fiduciario el derecho a recibir el pago de honorarios por el desempeño de su cargo los cuales son establecidos en el Contrato Constitutivo en la cláusula decimosegunda en los términos siguientes :
- "El importe de los honorarios del fideicomitente se cubrirá mediante pagos anuales en el mes de Enero de año inmediato siguiente al que corresponda y será una cantidad igual a los gastos administrativos que haya tenido en el año de que se trate. Dichos honorarios serán con cargo al patrimonio fideicomitado".

- 9) Deberá llevar una Contabilidad especial para el fideicomiso en los términos señalados por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.
- 10) Deberá guardar el Secreto fiduciario en los términos de los artículos 93 y 94 de la Ley Reglamentaria a que se refiere el inciso inmediato anterior.

4.3.1.2.3. El Fideicomisario o Beneficiario.

Para el caso específico del FICORCA podemos establecer lo siguiente :

- a) Las personas en favor de quienes se realizan los fines del fideicomiso son las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal y las empresas establecidas en el país que tengan adeudos en moneda extranjera o contraigan en lo futuro adeudos en moneda extranjera, de vencimiento a largo plazo y a favor de Entidades Financieras del Exterior, instituciones de Crédito mexicanas y proveedores extranjeros. Los beneficiarios deberán sujetarse a los requisitos exigidos para poder participar en los distintos programas de cobertura (Cláusula 2ª , Contrato Constitutivo)
- b) En el caso de FICORCA los beneficiarios son determinados en forma genérica, posibilidad que se contempló en el pre-

sente trabajo al hablar de los fideicomisos públicos en general (ver página 135 del presente trabajo).

- c) Los derechos y obligaciones de los fideicomisarios o Beneficiarios están determinados en cada caso por :
- Contrato Constitutivo FICORCA.
 - Reglas de Operación FICORCA.
 - Por cada Sistema de Cobertura.
 - Por las señaladas en cada contrato de los diversos sistemas de cobertura.
- d) En el Contrato Constitutivo FICORCA no se hace mención de los derechos y obligaciones que otorga e impone la legislación mercantil al fideicomisario en general, sin embargo considero que le son aplicables los siguientes :
- Derecho a exigir del fiduciario el cumplimiento del fideicomiso (art.354 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).
 - Tiene derecho a exigir la responsabilidad civil cuando en virtud de los actos del fiduciario resulten pérdidas o menoscabos en el patrimonio del fideicomiso (art. 96 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito).

4.3.1.3. EL Comité Técnico.

La formación del Comité Técnico está prevista en la cláusula séptima del Contrato Constitutivo de la siguiente manera :

- 1) Estará integrado por 6 miembros propietarios como sigue: 2 del Banco de México, 2 de la Secretaría de Programación y Presupuesto y 2 de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Por cada miembro propietario se designará un suplente , el cual acudirá a las sesiones con voz y voto - en ausencia del propietario respectivo, pudiendo asistir a las sesiones aun estando el miembro propietario en cuyo caso tendrá voz pero no voto. De lo anterior podría surgir una pregunta ¿ A qué se debe que la Secretaría de Hacienda se encuentre representada en el Comité Técnico de Fidorca por 2 miembros propietarios? , y la respuesta la encontramos en el artículo 8º del Decreto que establece las bases para: la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal, que prevee que en los Comités Técnicos de los fideicomisos que establezca el gobierno federal siempre deberá incluirse por lo menos un representante de la Coordinadora del Sector

respectivo, y otro de la Secretaría de Hacienda, y como en el caso de FICORCA la mencionada Secretaría es a la vez Coordinadora de Sector, se le señalan 2 miembros en dicho Comité.

- 2) El Comité Técnico estará presidido por el representante de mayor jerarquía de los miembros propietarios de la Secretaría de Hacienda y en sus ausencias por el otro miembro propietario de dicha Secretaría (cláusula séptima del Contrato Constitutivo, y punto 4º de la Acuerdo de autorización del FICORCA)
- 3) Las sesiones del Comité Técnico se llevarán a cabo cuando sean convocadas por cualquiera de sus miembros propietarios. Para que se considere que hay "Quorum" se requerirá de la asistencia de por lo menos un representante de cada una de las Secretarías representadas y del Banco de México el cual concurrirá con voz pero sin voto. Las decisiones se tomarán por mayoría de votos teniendo, el presidente del Comité Técnico voto de calidad para los casos de empate. (ver cláusula séptima del Contrato Constitutivo).

Facultades del Comité Técnico.

Las facultades del Comité Técnico están contempladas en la cláusula octava del Contrato Constitutivo del FICORCA y son las siguientes :

- 1) Aprobar a propuesta del fiduciario, las Reglas de Operación del FICORCA, en las que se contienen los Programas de Cobertura de Riesgos Cambiarios, para dar cumplimiento al fin del Fideicomiso. (inciso A)
- 2) Determinar, autorizar e instruir al fiduciario sobre los lineamientos, condiciones y términos en que habrán de basarse para la operación de los distintos programas de cobertura. (inciso B)
- 3) Instruir al fiduciario respecto de las inversiones del patrimonio del FICORCA, tomando en cuenta las obligaciones que se contraigan con los participantes en los distintos Programas. (inciso C)
- 4) Revisar y dar su aprobación sobre los presupuestos y programas anuales de gastos y modificaciones que el fiduciario presente. (inciso E)
- 5) Aprobar las aportaciones extraordinarias que solicite el fiduciario al Gobierno Federal en los términos de las cláusulas quinta y sexta del propio contrato. (inciso D)

- 6) Emitir opinión previa cuando el fiduciario deba contratar personal ajeno que se dedique única y exclusivamente al FICORCA. (inciso F)
- 7) Resolver sobre cualquier otra cuestión relativa a la realización del fin del fideicomiso que someta a su consideración el Fiduciario. (inciso G)
- 8) Las demás derivadas del presente contrato, entendiéndose que las facultades y atribuciones del Comité Técnico constituyen limitaciones para el Fiduciario. (inciso H)

Es pertinente indicar que los Comités Técnicos de los Fideicomisos deberán ajustarse a las disposiciones que para los Organos de Gobierno de las entidades paraestatales prevee la Ley Federal de Entidades Paraestatales en su capítulo V.

4.3.1.4. El Patrimonio del FICORCA.

La cláusula tercera del Contrato Constitutivo de FICORCA señala que el patrimonio del fideicomiso estará integrado de la siguiente manera :

- a) Por la aportación inicial del Gobierno Federal determinada por la Secretaría de Programación y Presupuesto.

- b) Por las aportaciones extraordinarias que en su caso realice el Gobierno Federal.
- c) Por las cantidades en moneda nacional que los participantes en los distintos Programas de Cobertura entreguen al FICORCA en pago de las ventas de divisas.
- d) Por los créditos que otorgue FICORCA a las entidades y dependencias de la Administración Pública Federal y a las empresas establecidas en el país, que los necesiten para participar en los Programas de Cobertura.
- e) Por las cantidades en moneda extranjera que reciba FICORCA derivados de los préstamos a que se refiere el inciso D de la cláusula cuarta del Contrato Constitutivo.
- f) Por las divisas que el FICORCA adquiera para hacer frente a sus obligaciones.
- g) Por los demás bienes, derechos y obligaciones que adquiera o contraiga el FICORCA por cualquier otro título legal.

4.3.1.5. Fines del FICORCA.

Los fines del FICORCA son establecidos en la cláusula segunda del Contrato Constitutivo y pueden resumirse de la siguiente manera :

1) El FICORCA tiene como finalidad principal la realización de operaciones que liberen de los riesgos cambiarios a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y a las empresas establecidas en el país, respecto de adeudos en moneda extranjera a su cargo, a través de Programas de Cobertura que tiendan a evitar el otorgamiento de subsidios. El fin que se propone FICORCA es de interés público en opinión de muchos que apoyan su postura en que el fideicomiso pretende proporcionar cierta certidumbre a la Planta Productiva Nacional y a la Administración Pública Federal para la planeación financiera, y al mismo tiempo definir al largo plazo la salida de divisas por pago de adeudos en moneda extranjera, proporcionándole de esta forma al Estado una disponibilidad mayor de divisas necesarias para hacer frente a la crisis económica/

4.3.1.6. Duración del FICARCA

El FICORCA tendrá una duración indefinida ya que según se establece en la cláusula decimotercera del Contrato Constitutivo "La duración del fideicomiso será por todo el tiempo necesario para el cumplimiento de su fin, y

no podrá darse por terminado mientras esté vigente cualquier obligación a cargo del fiduciario". Lo anterior es procedente ya que en el artículo 66 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito se prevee lo siguiente : "...que en los fideicomisos públicos que constituya el Gobierno Federal o que el mismo señale como de interés público, a través de la Secretaría de Programación y Presupuesto, no será el término señalado en el artículo 359 fracción III de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y su duración podrá ser indefinida".

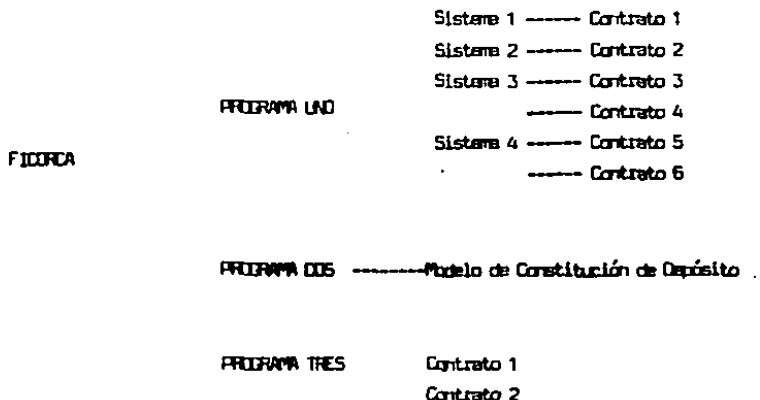
4.3.2. Programas de Cobertura, Sistemas y Contratos FICORCA.

A la fecha del presente trabajo han sido aprobados por el Comité Técnico de FICORCA los siguiente Programas de Cobertura de Riesgos Cambiarios :

- a) Programa para la cobertura de riesgos cambiarios derivados de endeudamientos externos, regulado por las reglas contenidas en la Circular 1897/83 del 25 de Abril de 1984, el Aviso al Público y los anexos a dicha circular. (PROGRAMA UNO)

- b) Programa para el pago de adeudos vencidos a favor de proveedores extranjeros, contemplado y regulado dentro de la misma circular, aviso al público y anexos a que se refiere el inciso inmediato anterior. (PROGRAMA DOS)
- c) Programa para la cobertura de riesgos cambiarios correspondientes a nuevos endeudamientos externos, contemplado y regulado por la Circular 1908/84 del 1º de febrero de 1984 las Reglas de operación y los anexos a la circular. (PROGRAMA TRES).

Esquemmatizando lo anterior podemos hacer el siguiente cuadro sinóptico :



4.3.2.1. Programa para la Cobertura de Riesgos Cambiarios derivados de Endeudamientos Externos.

En este Programa de Cobertura solo podrán participar aquellas empresas establecidas en el país que tengan a su cargo adeudos en moneda extranjera pagaderos fuera de la República Mexicana, contraídos con anterioridad al 20 de Diciembre de 1982, a favor de entidades financieras del exterior, instituciones de crédito mexicanas o proveedores extranjeros, debiendo ser dichos adeudos de vencimiento a largo plazo o que se reestructuren para que venzan a dicho plazo.

También podrán participar las empresas establecidas en el país que tengan a su cargo adeudos con las características antes señaladas, contraídos con posterioridad al 20 de Diciembre de 1982 hasta por el importe de estos adeudos que se haya destinado, previa autorización del Banco de México, a pagar el principal e intereses vencidos correspondientes a adeudos en moneda extranjera pagaderos fuera de la República Mexicana, contraídos con anterioridad al 20 de Diciembre de 1982 a favor de entidades financieras del exterior, instituciones de crédito mexicanas o proveedores extranjeros (Puntos 2.21 y 2.22 de la Circular 1897/83 del B.M.)

En 2.1. de la Circular 1897/83 que contiene las Reglas de Operación de FICORCA se establecen una serie de definiciones aplicables a los programas Uno y Dos y que a continuación señalo :

- Dólares.- "A la moneda de curso legal de los Estados Unidos de America o cualquier otro tipo de fondos inmediatamente disponibles que sean utilizables en cualquier tiempo para satisfacer el pago en esa moneda, correspondientes a operaciones internacionales".
 - Banco (s).- "A las instituciones de crédito del país que actuen por cuenta y orden del Banco de México como fiduciario del FICORCA".
 - Comprador (es).- "A las empresas establecidas en el país que adquieran dólares de los bancos".
 - Adeudo (s).- "A los financiamientos denominados en moneda extranjera pagaderos fuera de la República Mexicana a cargo de los "Compradores".
 - Acreedor(es).- "A los que otorguen los "bancos" a los "compradores" en moneda nacional para pagar el precio de las ventas de "dólares", y en su caso, parte de los intereses del propio "crédito".
- Préstamo(s) .- "A los que otorguen los "compradores" al "banco" en "dólares".

- Tasa Promedio de Interés.- "al promedio aritmético de las tasas máximas de interés que las instituciones de crédito del país estén autorizadas a pagar por depósitos en moneda nacional a 3 y 6 meses , a favor de personas morales que se contraten el primer día hábil bancario del mes en que se causen los intereses del "crédito". En caso de que dejare de haber tasas máximas de interés para estos depósitos, el FICORCA solicitará al Banco de México que señale las tasas de interés representativas en el mercado de tales depósitos".
- Fecha Valor.- "A día 5 del calendario del mes inmediato siguiente a la fecha de firma de los contratos de cobertura. A partir de esa fecha valor se computarán los plazos, y en su caso, se devengarán los intereses correspondientes a las operaciones documentadas en dichos contratos salvo en el caso de que se señale expresamente lo contrario."

En el caso del Programa de Cobertura TRES son aplicables las anteriores definiciones excepto aquellas que se consignan en 2.1. de la Circular 1098/84 emitida por el Banco de México y que son las siguientes :

- Adeudos (s).- " A los financiamientos denominados en moneda extranjera , pagaderos fuera de la República Mexicana a cargo de los "compradores", contraídos o de los cuales se haya dispuesto a partir del 20 de Diciembre de 1982".
- Fecha Valor.- "Al día de calendario que se establezca en los contratos de cobertura. A partir de esa "fecha valor" se computarán los plazos y se devengarán lo intereses correspondientes a las operaciones documentadas en dichos contratos salvo convenio en contrario".
- Tasa Trimestral de Interés.- " A la tasa de interés que resulte del cálculo trimestral a interés mensual del promedio aritmético de las tasas máximas de interés que las instituciones de crédito del país estén autorizadas a pagar por depósitos en moneda nacional a 3 y 6 meses a favor de personas morales, que se contraten el primer día hábil bancario de cada uno de los tres últimos meses calendario que forman parte del trimestre en que se causen lo intereses del crédito. En caso de que dejaren de existir tasas máximas de interés para estos depósitos el FICORCA solicitará al Banco de México que señale las tasas de interés representativas en el mercado de tales depósitos".

EL Programa para la Cobertura de Riesgos Cambiarios derivados de Endeudamientos Externos comprende 4 Sistemas de Cobertura que son los siguientes :

- 1) Sistema Uno : "Cobertura del Principal de los Adeudos mediante pago al contado de la Cobertura".
- 2) Sistema Dos : "Cobertura del principal de los adeudos, proporcionando crédito en moneda nacional a los compradores".
- 3) Sistema Tres : " Cobertura del principal de los adeudos e intereses por vencer hasta por ciertos límites".
- 4) Sistema Cuatro : "Cobertura del principal de los adeudos e intereses por vencer , hasta por los límites señalados por las Reglas de Operación, proporcionando crédito en moneda nacional a los compradores".

Para poder participar en este Programa de Cobertura es indispensable que el "adeudo" de que se trate sea a largo plazo o se reestructure para vencer a dicho plazo entendiéndose éste como aquel que debe pagarse mediante amortizaciones trimestrales vencidas iguales y sucesivas en un plazo no menor a 6 años con un período de gracia de cuando

menos 3 años tratándose de los Sistemas 1 y 2 , y no menor de 8 años de plazo con 4 años de gracia mínima para el caso de los Sistemas 3 y 4. El Principal de los "adeudos" podrá incluir intereses ordinarios y moratorios devengados y no pagados del financiamiento externo objeto oportunamente al "acreedor" por cualquier razón. Sin perjuicio de lo anterior existe la posibilidad de que los "compradores" puedan cubrirse del riesgo cambiario aún antes de que logren la reestructuración de su "adeudo" para poder firmar el contrato de cobertura respectivo, pudiendo constituir "depósitos de cobertura transitoria" en los términos señalados en el punto 15. de Las Reglas de Operación, Anexo "A" a la Circular 1897/83 Aviso al Público. (Cfr. Punto 3 del Anexo "A" a la Circular 1697/83, Aviso al Público)

En los adeudos con plazos superiores a 8 años o con más de 4 años de gracia para el pago del principal los "compradores" deberán consultar a las instituciones de crédito a fin de que éstas determinen bajo que condiciones podrán actuar en este Programa. (Cfr. punto 11 de Anexo "A" a la Circular 1897/83, Aviso al Público)

Los Pagos que se deriven de obligaciones en moneda

extranjera a favor de proveedores de Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela, Guatemala, El Salvador, Honduras, Costa Rica y Nicaragua no podrán participar respecto de estos "adeudos" en el Sistema 3 de este Programa. (punto 12 del Anexo "A" de la Circular 1987/83, Aviso al Público)

4.3.2.1.1. Sistema Uno : Cobertura del principal de los "adeudos mediante pago al contado de la cobertura.

Las operaciones dentro de este Sistema de cobertura se documentan con base en un contrato "modelo" denominado como "Contrato 1" el cual se hace constar en forma de "machote" en el Anexo "A" de la Circular 1897/83 y que tiene las características que a continuación se señalan :

1) Las partes contratantes son : El "Comprador" o Empresa, y el FICORCA (representado en este contrato por el "Banco" quien actua por cuenta y orden del Banco de México como fiduciario del FICORCA). Cabe señalar que el "acreedor" aún cuando no concurre firmando el contrato también puede ser considerado como parte del mismo ya que previamente

a la celebración del contrato deberá haber confirmado al "Banco" la existencia del "adeudo" a su favor, aceptando recibir el pago del principal de dicho "adeudo" en los términos y fechas establecidos al efecto en el Contrato, aceptando de este modo la estipulación hecha en su favor por el "comprador".

- 2) El Contrato tiene por objeto principal el cubrir a la "Compradora" de los posibles riesgos cambiarios proporcionándole certidumbre en cuanto al monto en moneda nacional del "adeudo" a su cargo, facilitándole por otro lado la reestructuración a largo plazo del "adeudo" con el consiguiente beneficio financiero que esto implica. Al mismo tiempo ofrece al "acreedor" mayor seguridad de que su "Crédito" será cubierto en la moneda pactada originalmente y dentro de los plazos que al efecto se señalan en el contrato.
- 3) En virtud del contrato nacen para el "Comprador" los siguientes derechos y obligaciones :
 - Tiene la obligación de cubrir el importe en moneda nacional de los "dólares" que el "Banco" le vende , de acuerdo al tipo de cambio que al efecto se determine en el contrato, debiendo de efectuar dicho pago de contado (un día hábil bancario anterior a la "fecha valor")

- Tienen la obligación de cubrir en la misma fecha en que pague el importe en pesos mexicanos de la cobertura el 10 al millar por concepto de comisión a favor del Banco sobre el total del importe del principal del adeudo.
 - Tiene derecho a exigir que el "Banco" entregue al "Acreedor" los "dólares" que el primero adquiere en los términos del contrato, en pago del principal del "adeudo" a su cargo. Esta obligación nace del hecho de que en la cláusula tercera del Contrato el "Comprador" instruye en forma irrevocable al "Banco" para tal efecto.
 - Tiene derecho a recibir, previa la autorización escrita del FICORCA y del "Acreedor", el "valor de rescate en pesos" debiéndose observar lo dispuesto para tal efecto en la cláusula quinta del Contrato.
 - Tiene derecho a conjuntamente con el "Acreedor" afectar los derechos adquiridos en virtud del Contrato. Debiéndose notificar tal circunstancia al "Banco" por medio de Notario o Corredor Público que elija el "Comprador", entendiéndose que los gastos respectivos correrán por cuenta de éste (cláusula séptima del Contrato)
- 4) Para el "Banco" se crean los siguientes derechos y obligaciones :

- Tiene derecho a recibir del "Comprador" el precio que le haya fijado a los "dólares" en moneda nacional a más tardar un día hábil bancario antes de la "fecha valor", que corresponda al contra de cobertura, entendiéndose que si el "comprador" no paga oportunamente, quedará sin efecto la compraventa de "dólares". Por otro lado tiene derecho a recibir del "comprador" el pago de la comisión respectiva (10 el millar sobre el monto total de la venta de los "dólares").
- Tiene la obligación de pagar al "Acreedor" los "dólares" que el "comprador" adquiere en virtud del contrato empleado para tal efecto situaciones de "dólares" inmediatamente disponibles sobre Nueva York E.U.A. en entregas trimestrales iguales y sucesivas a partir de la fecha en que concluya el período de gracia para el pago del principal del "adeudo".
- Tiene la obligación de pagar el "acreedor" el total del saldo insoluto del "adeudo" cuando por causas que le sean imputables no haya entregado al "acreedor" dentro de los cinco días hábiles bancarios, contados a partir de la fecha en que debía realizarse la entrega, teniendo, que efectuar el pago total dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha en que "acreedor" lo

requiera.

- Tiene la obligación de reconocer judicialmente en los términos de la fracción VII del artículo 1391 del Código de Comercio, las obligaciones que asume en los términos del contrato de cobertura, siempre y cuando lo solicite el "Acreedor" mediante notificación por Notario o Corredor Público.
- 5) El "Acreedor" tiene los siguientes derechos y obligaciones :
- En virtud de la aceptación de la estipulación en su favor tendrá la obligación de recibir en pago del principal del "adeudo" a su favor los "dólares" en las fechas establecidas al efecto en el contrato.
 - Tiene el derecho de exigir del "Banco" el pago a que se refiere el punto anterior.
 - Tiene derecho a dar por vencido anticipadamente el plazo para cubrir las obligaciones y exigir el pago total del saldo insoluto cuando por causas imputables al "banco" no reciba de éste el pago de los "dólares" dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que debiera realizarse dicha entrega.
 - Está facultado para autorizar al "comprador" para recibir el "valor de rescate en pesos", debiendo hacerlo conforme al modelo que se anexa al contrato.
 - Puede afectar mediante cualquier acto jurídico los dere-

chos que adquiera mediante el contrato, debiendo notificar al "banco" mediante Notario o Corredor Público.

En base a todo lo anterior podemos establecer el siguiente análisis jurídico :

- 1) Es un Contrato Mercantil sujeto a las disposiciones del Código de Comercio y supletoriamente regulado por el Código Civil para el D.F. , en virtud de que las partes que en él intervienen son considerados en derechos como "comerciantes" según lo señala el artículo 3º del Código de Comercio en vigor.
- 2) Es un contrato inominado ya que no se encuentra íntegramente previsto como "contrato tipo" en la legislación mercantil o civil en virtud de que dada su naturaleza involucre elementos de diversas formas contractuales.
- 3) ES un contrato bilateral en oposición a unilateral ya que en virtud de él se engendran derechos y obligaciones para todas las partes.
- 4) Es un contrato oneroso en oposición a gratuito, porque impone derechos y gravámenes recíprocos.
- 5) Es un contrato conmutativo en oposición a aleatorio, ya que los provechos y gravámenes son ciertos y conocidos o

determinables desde la celebración del contrato.

- 6) Es un contrato accesorio en oposición a principal, en virtud de que su existencia depende de otro contrato principal (el contrato mediante el cual se adquirió originalmente el "adeudo"), y sigue la misma suerte de éste último porque la nulidad o inexistencia del mismo traería como consecuencia la nulidad o inexistencia del contrato accesorio, lo anterior puede ser observado en el Contrato de Cobertura en la declaración I, incisos a, c y d .
- 7) Es un contrato de tracto sucesivo en oposición a instantáneo ya que el cumplimiento de la prestación se realiza en un período determinado, lo anterior se observa en el contrato de cobertura en lo expuesto por las cláusulas segunda y tercera.
- 8) Es un contrato formal en oposición a consensual, ya que debe constar por escrito de acuerdo con el contrato modelo establecido al efecto en el Anexo "A" de la Circular 1897/83.

4.3.2.1.2. Sistema Dos: Cobertura del principal de los "adeudos, proporcionando a los "compradores" crédito en moneda nacional.

Las operaciones de cobertura dentro de éste Sistema se documentan usando el contrato "modelo" denominado como "Contrato 2", mismo que al igual que el "Contrato 1" se adiciona en forma de "machote" en el Anexo "A" de la Circular 1897/83. El contrato 2 es semejante en cuanto a sus características principales al contrato 1, pero está adicionado con el otorgamiento de un "crédito" al "comprador" por el "Banco", lo cual facilita el acceso del comprador al programa de cobertura. El "credito" mencionado tiene las siguientes características :

- 1) Es en moneda nacional y será hasta por la cantidad que resulte de la venta de los "dolares" que el "comprador" adquiere para pagar el "adeudo" a su cargo.
- 2) Adicionalmente el "comprador" podrá ejercer cantidades suficientes para cubrir en las fechas de pago los intereses que genere el propio "crédito", debiendo seguir el procedimiento establecido en la cláusula séptima del Contrato.
- 3) Las cantidades ejercidas por el "comprador" en virtud del "crédito" causarán intereses sobre saldos insolutos del "crédito" a una tasa igual a la que autorize el Banco de México a pagar por la captación de depósitos a 3 y 6 meses. Dichos intereses serán pagaderos en mensualidades ven

cidas a partir de la "fecha valor", el día 1º calendario del mes siguiente al mes en que se causen.

- 4) El "Comprador" está obligado a pagar el total del "crédito" a su cargo dentro de un plazo máximo igual al del "a-deudo" a su cargo.
- 5) Además de los intereses ordinarios del "crédito" el "comprador" deberá pagar por concepto de comisiones el 10 al diezmillar mensual sobre los pagos de principal e intereses que haga al "banco" en el mes de que se trate. Debiendo pagar dicha comisión el mismo día en que se cubran los intereses del crédito.
- 6) Cuando el "comprador" no cubra al "Banco" con oportunidad algún pago por concepto de principal, intereses o comisiones, deberá pagar además de los intereses ordinarios intereses moratorios a razón una quinta parte de la tasa ordinaria del "crédito", sobre el saldo insoluto por todo el tiempo que dure la mora.
- 7) En el caso en que el "comprador" deje de pagar tres mensualidades sucesivas ya sea de principal, intereses o comisiones el "banco" dejará de recibir del "comprador" cualquier pago debiendo dar aviso mediante carta certificada o telex contrasignado al "acreedor" a fin de que éste, dentro de

del plazo de 30 días hábiles elija entre las siguientes opciones :

- a) Continuar efectuando los pagos en moneda nacional a cargo del "comprador" (a fin de que el contrato alcance su valor máximo) y en tal caso tendrá el derecho de repetir contra el "comprador".
- b) Que el "banco" entregue al "comprador" el "valor de rescate en pesos" previa autorización del FICORCA.
- c) Que le sea entregado el "valor de rescate" en dólares mediante entregas trimestrales iguales y sucesivas en las fechas del calendario original de pagos de la operación. En este caso FICORCA pagará al "acreedor" intereses sobre el importe del valor de rescate en dólares que se determine para la operación de que se trate. Los intereses que pagará el "banco" al "acreedor" por el saldo insoluto del "valor de rescate en dólares" se calcularán de acuerdo a una tasa anual igual a la tasa anual ofrecida en el mercado interbancario de eurodólares en Londres (LIBOR) para depósitos a 3 meses en "dólares" por una cantidad no menor a un millón de "dólares". Cuando no seaposible determinar LIBOR deberá determinarse la tasa aplicable siguiendo lo previsto en la cláusula decimo cuarta del Contrato de referencia.

8) Cuando por causas que el sean imputables al "Banco" no se haga entrega de los "dólares" el "acreedor" dentro de los 5 días hábiles bancarios en el lugar de pago, contados a partir de la fecha en que deba realizarse la entrega, podrá el "acreedor" dar por vencido el plazo para cubrir las obligaciones, quedando el "Banco" obligado según desee el acreedor a lo siguiente :

- A entregar al "acreedor" o a la persona que éste señale el "valor de rescate en pesos"; o
- A entregar al propio "acreedor" a través de situaciones en "dólares" inmediatamente disponibles sobre Nueva York, E.U.A., el "valor de rescate en dólares".

En caso de que se haga el pago en los términos antes señalados se prevee que quedará extinguidas todas y cada una de las obligaciones a cargo de "comprador" y del "Banco" derivadas del Contrato de referencia.

4.3.2.1.3. Sistema Tres: Cobertura del principal de los "adeudos" e intereses por vencer, hasta por los límites determinados.

Este sistema se documenta a través de

contratos "modelo" denominados : "Contrato 3 : Cobertura del principal del "adeudo" e intereses por vencer hasta LIBOR, mediante pago al contado de la cobertura" y "Contrato 4: Cobertura del principal del adeudo e intereses por vencer a LIBOR, más hasta 2 puntos porcentuales, mediante pago al contado de la cobertura". Estos contratos se presentan en forma de "machote" en el Anexo "A" de la Circular 1897/83. El sistema tiene las siguientes características :

- 1) El "comprador" adquiere del "banco", al tipo de cambio controlado de venta vigente a la "fecha valor" de la operación. "dólares" hasta por la cantidad necesaria para pagar el principal del "adeudo" a su cargo. Al igual que en los contratos 1 y 2 , instruye irrevocablemente al "banco" para que entregue los "dólares" al "screedor" en los términos y condiciones establecidas en el contrato.
- 2) El "comprador" deberá pagar al "banco" a más tardar un día hábil bancario anterior a la "fecha valor" y con recursos no proporcionados por FICORCA, el importe en moneda nacional de la cobertura y la "comisión" que corresponda (1 al diezmillar sobre el monto total de la cobertura).
- 3) Con los "dólares" que adquiera el "comprador" deberá otor-

gar un "préstamo" al "Banco", el cual será pagadero en el extranjero y tendrá como monto los "dólares" adquiridos en virtud de la cobertura. El "prestamo" referido deberá ser liquidado por el "Banco" en un plazo de 8 años con un plazo de gracia para el pago de principal de 4 años, devengará intereses a cargo del "Banco" por trimestres vencidos calculados a la tasa LIBOR para depósitos a 3 meses. Cuando el "comprador" quiera obtener una cobertura mayor respecto de los intereses del nuevo "adeudo" a su cargo, podrá elegir entre las siguientes opciones :

a) Financiamiento de Sobretasas.

Pudiendo adquirir del "banco" al tipo de cambio controlado vigente en la "fecha valor" además de los "dólares" a que se refiera el inciso "A" anterior "dólares" hasta por el importe que resulte de aplicar al "adeudo" los porcentajes aprobados por FICORCA a petición de los interesados, teniendo como límite máximo susceptible de incorporarse al principal del "adeudo" la tasa de LIBOR más 3 puntos porcentuales. En este caso los "dólares" adicionales adquiridos por el "comprador" se considerarán como formando parte del

principal del "adeudo" y por lo tanto tendrán que darse también en "prestamo" al "banco".

b) Pago de Sobretasas por el Banco.

Cuando el "comprador" desee recibir del "prestamo" que otorguen al "banco" una tasa de interés superior a LIBOR para operaciones de tres meses en dólares, deberá cubrir al "banco" un precio superior por los "dólares" que adquiriera como cobertura. Este precio se calculará aplicando al tipo de cambio controlado de venta vigente en la "fecha valor" de la operación, los porcentajes que mensualmente dará a conocer el FICOR CA, entendiéndose que el límite máximo será de 2 puntos porcentuales arriba de LIBOR.

4.3.2.1.4. Sistema Cuatro: Cobertura del principal del adeudo e intereses por vencer, hasta LIBOR, proporcionando a los "compradores" crédito en moneda nacional.

Este sistema es muy semejante al sistema 3 ya que al igual que en éste consiste en la compraventa de "dólares" que son prestados al "Banco" por el "comprador", solo que en el caso del sistema 4 el "banco" proporciona al "comprador" a través de un crédito los pesos necesarios para

pagar la cobertura. Es aplicable a este sistema lo expuesto en la página 208 y subsecuentes del presente trabajo, con respecto al "crédito" en moneda nacional (sistema 2). Cuando los intereses que deba pagar el "banco" al "comprador" por el "préstamo" sean iguales a LIBOR, la operación de cobertura deberá hacerse mediante el "Contrato 5". Cuando el "comprador" desee obtener del "banco" intereses por el "préstamo" a una tasa superior a LIBOR, la operación deberá documentarse a través del "Contrato 6", en el entendido de que el precio de la operación no se calculará en base al tipo de cambio controlado sino a un tipo de cambio más alto.

El análisis jurídico hecho en relación con el sistema 1 (páginas 206 y 207 del presente trabajo) es aplicable a los sistemas 2, 3 y 4.

4.3.2.2. Programa para el pago de adeudos vencidos a favor de proveedores del extranjero.

Este programa está contemplado dentro del Anexo "G" a la Circular 1897/83, y fue previsto en el inciso b) del artículo quinto transitorio del Decreto de Control de Cambios publicado en el Diario Oficial el 13 de diciembre de 1982, y tiene las características siguientes :

- 1) Podrán participar en él las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y las empresas establecidas en el país que tengan adeudos a su cargo en los términos siguientes :
- Que hayan sido contraídos antes del 20 de diciembre de 1982.
 - Que sean denominados en moneda extranjera.
 - Que sean pagaderos fuera de la República Mexicana.
 - Que sean por concepto de principal y en su caso intereses derivados de compromisos a favor de proveedores del extranjero.
 - Que se encuentren debidamente registrados ante la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.
- 2) Mediante este programa los "deudores" podrán constituir depósitos en dólares de los E.U.A., mismos que podrán adquirir al tipo de cambio controlado de venta vigente el día en que efectue tales adquisiciones ante la Institución de Crédito, a fin de que puedan pagar los adeudos a su cargo transmitiendo a los proveedores los derechos derivados de tales depósitos. El importe de los depósitos referidos podrá ser hasta una cantidad igual a la especificada en las constancias de depósito en S.E.C.O.F.I.N. , haciendo la deducción de las cantidades, que en su caso, hayan sido liquidadas al proveedor del extranjero, pudiendo in

cluir los intereses, que en su caso, devengue el adeudo, hasta por un 6% anual calculado desde el mes siguiente a la fecha en que debía haberse pagado el adeudo, hasta la fecha en que se constituya el depósito.

- 3) Las adquisiciones de dólares para efectuar los depósitos ya mencionados se llevaron a cabo del 3 de marzo al 15 de julio de 1983. Este Programa solo comprende adeudos vencidos antes del 30 de junio de 1983.
- 4) los dólares adquiridos quedarán en depósito en la Institución de Crédito que los vendió, la cual expedirá una constancia de depósito a favor del "deudor". El depósito devengará intereses sobre saldos insolutos a la tasa anual equivalente a LIBOR para operaciones a 6 meses, que de a conocer el Banco de México cada semestre.
- 5) Los "deudores" podrán pagar adeudos a su cargo y a favor de proveedores del extranjero transmitiendo a estos los derechos sobre los depósitos, siempre y cuando cumplan con todos y cada uno de los siguientes requisitos :
 - a) Que el beneficiario de dicha transmisión sea el proveedor del extranjero acreedor del "deudor".
 - b) Que el proveedor del extranjero haga llegar a la Institución de crédito un escrito en el que indique el monto

del adeudo a su favor, el régimen de pago y las fechas de los vencimientos respectivos, las tasas de interés que sean aplicables, los intereses vencidos y la forma para calcularlos, su conformidad para recibir el depósito y sus intereses en pago del adeudo, y la cuenta bancaria en donde deberán situarse los fondos correspondientes a los pagos del depósito. Dicho escrito deberá ser expedido dentro de los 15 días inmediatos anteriores a la fecha de transmisión del depósito, y las firmas del proveedor extranjero deberán ser autenticadas por el "deudor".

- c) Que se señale en la constancia de depósito respectiva la mención de ser válida la transmisión en virtud de haber cumplido los requisitos mencionados en los incisos a y b anteriores. Las transmisiones que se lleven a cabo sin observar cualquiera de los requisitos indicados será nula.
- 6) El principal de los depósitos se pagará tomando en cuenta el importe total de las operaciones realizadas al amparo de este programa, de la disponibilidad de divisas del Banco de México y de la antigüedad de los adeudos. Se señala como fecha límite para efectuar las operaciones dentro de este programa el 15 de julio de 1983.

- 7) En el caso en que se lleve a cabo la transmisión de los derechos derivados de los depósitos en favor del proveedor extranjero en los términos señalados en el inciso 5 anterior, los pagos del principal e intereses de los adeudados de referencia se hará en el exterior mediante situaciones a la cuenta bancaria que el proveedor extranjero señale y una vez efectuada la transmisión, los intereses serán pagados mediante semestralidades vencidas el quinto día hábil de los meses de septiembre y marzo de cada año. Si la primera transmisión es llevada a cabo con posterioridad a las fechas señaladas para cubrir intereses en el extranjero, el pago de intereses vencidos se hará al proveedor extranjero dentro de los quince días siguientes a la fecha en que la transmisión se efectúe.

En el caso en que la transmisión de los derechos del depósito no se lleve a cabo, los pagos se harán en México al "deudor" en moneda nacional calculándose la equivalencia al tipo de cambio controlado de venta vigente a la fecha de pago. El pago de los intereses vencidos se hará en los términos y condiciones que al efecto señale el Banco de México.

- 8) Los "deudores" deberán cubrir a la institución de crédito vendedora al momento de celebrar la coeración una comisión de cinco mil pesos, más la cantidad equivalente al uno al millar del importe total en moneda nacional de la operación.
- 9) Cuando se trate de adeudos en favor de proveedores de Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela, Guatemala, El Salvador, Honduras, Costa Rica y Nicaragua, los pagos se efectuarán a través de los convenios de pago y créditos recíprocos celebrados entre los bancos centrales de los países mencionados y el Banco de México, y por lo tanto los deudores de dichos créditos no podrán participar en este programa de cobertura.
- 10) En aquellos adeudos que no rebasen los mil dólares de los E.U.A. las divisas depositadas en la institución vendedora se aplicarán de inmediato al pago de adeudo al proveedor extranjero, sin que se apliquen las comisiones señaladas en el inciso 8 anterior.
- 11) Se establece que mientras la constancia de depósito se encuentre en poder del "deudor" o del proveedor extranjero el deudor podrá pagar dicho adeudo de la siguiente manera :

- Aplicando el 20% de las divisas que generen sus exportaciones.
- Mediante operaciones de permuta o trueque autorizadas.
- Mediante cualquier otro procedimiento previsto al efecto por las disposiciones aplicables.

Los pagos efectuados en la forma prevista arriba se deducirán del saldo insoluto del adeudo, en el entendido de que la institución de crédito devolverá al "deudor" el equivalente a la deducción en moneda nacional calculando al tipo de cambio controlado de venta vigente en la fecha de la devolución respectiva.

Las operaciones dentro de éste sistema se documentan a través del "Modelo de Constancia de Depósito" el cual consta en el Anexo "H" a la Circular 1897/83. Dichas constancias son el instrumento para llevar a cabo una operación bancaria pasiva denominada por la ley como "Depósito Bancario de Dinero" (Capítulo II, Sección Primera de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito). En el caso específico de los depósitos efectuados en virtud del programa de cobertura encontramos lo siguiente :

- a) Que se adecúan a lo establecido por el artículo 267 de la

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ya que el "deudor" transfiere la propiedad de la moneda extranjera que previamente adquirió de la institución bancaria, y ésta se obliga a restituir la suma depositada en la misma especie. En el caso señalado en el inciso 7, - párrafo segundo (página 219 del presente trabajo) se entiende que el pago del depósito es en la misma especie - pero por ser una obligación denominada en moneda extranjera pagadera dentro de la República Mexicana debe liquidarse conforme lo establecido en la Ley Monetaria - (art. 7), es decir mediante el pago equivalente en moneda nacional al tipo de cambio controlado.

- b) El artículo 272 de la Ley general de Títulos y Operaciones de Crédito señala que "los depósitos serán pagaderos en la misma oficina en que hayan sido constituidos, salvo estipulación en contrario", para el caso de los depósitos del Programa de Cobertura solo serán pagaderos en la misma oficina en que se constituyeron cuando la transmisión de los depósitos (prevista en el inciso 5 de la página 217 del presente trabajo) no sea llevada a cabo, ya que para el caso en que dicha transmisión se lleve a cabo estipula que se pagarán en el extranjero.

- c) El artículo 273 señala que "Salvo convenio en contrario, en los depósitos con interés, éste se causará desde el primer día hábil posterior a la fecha de la remesa y hasta el último día hábil anterior a aquel en que se haga el pago", lo anterior es aplicable para el caso de los depósitos del programa de cobertura ya que no existe convenio en contrario.
- d) La misma Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 275 establece que las entregas en las cuentas de depósito solo podrán comprobarse a través de constancias por escrito, nominativas y no negociables, establecido salvedad respecto de lo dispuesto en la Ley General de Instituciones de Crédito, ésta ley establece en su artículo 107 bis, segundo párrafo que "los depósitos a plazo podrán estar representados por certificados que serán títulos de crédito, nominativos o al portador o cargo de la emisora, u producirán acción ejecutiva respecto a la misma previo requerimiento de pago ante notario Deberán consignar : la mención de ser certificados de depósito, la expresión del lugar y del día, mes y año en que se suscriban, el nombre y la firma del emisor, la suma depositada, la moneda en que se constituya el depósito, el tipo de interés pactado, el régimen de pago de intereses, el término para retirar el depósito, y en su caso el nombre

del depositante o la mención de ser al portador", para el caso del depósito establecido en el Programa de Cobertura que analizamos, podemos observar que se adecua exactamente a lo establecido por las disposiciones referidas anteriormente.

4.3.2.3. Programa para la Cobertura de Riesgos Cambiarios Correspondientes a Nuevos Endeudamientos Externos.

Este programa se estableció a través de la Circular 1908/84 expedida por el Banco de México el 1º de Febrero de 1984 en donde se contienen las Reglas de Operación los Anexos y Modelos de Contratos relativos al Programa, mismo que fué aprobado en cuanto a sus características fundamentales por el Comité Técnico de FICORCA el 30 de Agosto de 1983. En la Circular referida se establecen por razones de brevedad las siguientes definiciones : (*)

"Dólares".- A la moneda de curso legal de los Estados Unidos de América o a cualquier otro tipo de fondos inmediatamente disponibles que sean utilizables en cual-

(*) Punto 2.1. de la Circular 1908/84 del Banco de México.

quier tiempo para satisfacer el pago de esa moneda, correspondiente a operaciones internacionales.

"Banco (s)".- A las instituciones de crédito del país que actúen por cuenta y orden del Banco de México como fideuciario en el FICORCA.

"Comprador(es)".- A las empresas establecidas en el país que adquieran "dólares" de los "bancos".

"Adeudo(s)" A los financiamientos denominados en moneda extranjera , pagaderos fuera de la República Mexicana a cargo de los "compradores", contraídos o de los cuales se haya dispuesto a partir del 20 de Diciembre de 1982.

"Acreedor(es)".- A las entidades financieras del exterior , instituciones de crédito mexicanas , o proveedores, extranjeros, acreedores de los "adeudos".

"Crédito(s)".- A los que otorguen los "bancos" a los "compradores" en moneda nacional para pagar el precio de la venta de los "dólares" y, en su caso, parte de los créditos del propio "crédito".

"Préstamo(s)".- A los que otorguen los "compradores" al "Banco" en "dólares".

"Fecha Valor".- Al día calendario que de conformidad se establezca en los contratos. A partir de esta fecha valor se computarán los plazos y se devengarán los in

tereses correspondientes a las operaciones documentadas en los contratos, salvo en el caso en que se señale expresamente lo contrario.

"Tasa Promedio de Interés".- Al promedio aritmético de las tasas de interés que las instituciones de crédito del país estén autorizadas a pagar por depósitos en moneda nacional a tres y seis meses a favor de personas morales, que se contraten el primer día hábil bancario del mes en que se causen los intereses del "crédito".

En caso de que dejare de haber tasas máximas de interés para esos depósitos, el FICORCA solicitará al Banco de México que señale las tasas de interés representativas en el mercado de tales depósitos.

"Tasa Trimestral de Interés".- a la tasa de interés que resulte del cálculo trimestral a interés compuesto mensual del promedio aritmético de las tasas máximas de interés que las instituciones de crédito del país estén autorizadas a pagar por depósitos en moneda nacional a tres y seis meses a favor de personas morales, que se contraten el primer día hábil bancario de cada uno de los tres últimos meses calendarios que formen parte del trimestre en el que se cause los intereses del "crédito". En caso de que dejare de

haber tasas máximas para estos depósitos, el FICORCA solicitaba al Banco de México que señale las tasas - de interés representativas en el mercado de tales de pósitos.

El Programa de Cobertura de referencia tie ne las siguientes características :

1) Pueden participar en él :

- Las empresas establecidas en el país, que contraiga o ha yan contraído a partir del 20 de Diciembre de 1982 adeu dos en moneda extranjera , pagaderos fuera de la Repúbli ca Mexicana a favor de instituciones de crédito mexica - nas, entidades financieras del exterior o proveedores - del extranjero.
- Las empresas establecidas en el país que tengan a su car go adeudos con las características señaladas arriba, que hayan sido contratados con anterioridad al 20 de Diciem bre de 1982, en cuyo caso solo podrá participar en este programa el importe de las disposiciones de este adeudo que se haga o se hayan hecho con posterioridad a esa fe cha.

2) Este Programa es muy similar al Programa Dos, Sistema 4 ya que estructuralmente siguen un mismo patrón por lo que

para que el presente trabajo no resulte repetitivo, haré a continuación un cuadro comparativo de ambos programas que nos muestre las diferencias existentes entre ambos.

PROGRAMA DOS (Sistema 4)

Plazo de los "adelantos".

- 6 a 7 años de plazo con un periodo de gracia de 3 años.
- 8 años de plazo con un periodo de gracia de 4 años.

Monto de la venta de "Dólares".

- Hasta por el principal del "adelanto" más el porcentaje máximo susceptible de incorporar se al principal del "adelanto" (LIBOR + 3 - puntos porcentuales). Si el "contratador" desea obtener por los "dólares" dados al banco en préstamo una tasa de interés superior deberá pagar por los "dólares" a un tipo superior de cambio y teniendo como límite hasta LIBOR más 2 puntos porcentuales.

Preciso por la venta de "dólares".

- Al tipo de cambio controlado de venta vigente en la "fecha valor" de la operación y cuando se trate de operaciones documentadas a través del Contrato 5.
- Al tipo de cambio controlado de venta vigente a la "fecha valor" más el porcentaje que al efecto determine FIDORCA.

Importe de las Comisiones.

PROGRAMA TRES

- 8 años con un periodo de gracia de 4 años.

- Hasta por el principal del "adelanto", -- estableciéndose como mínimo \$100,000.00 Dólares o su equivalente en moneda otra moneda extranjera, o menos de tal cantidad cuando así lo autorize el FIDORCA -- con base en lo dispuesto en el punto 2.43 de las Reglas de Operación contenidas en la Circular 1088/84

- Al mismo tipo señalado para el Programa Dos (sistema cuatro).

PROGRAMA DDS (sistema 4) Cont.

- 1 al Diezmillar del monto total de la cobertura.

- En la compraventa de "dólares" sera -- calculada de acuerdo con la formula siguiente :

$$\$45,000,00 + (0,0003) \text{Vo.}^*$$

* Vo = Precio de venta de los dólares

- Para las erogaciones periódicas del crédito ejercidas por el "comprador" se -- calculará en base a la siguiente formula :

$$\underline{\$275,000,00 + (0,0003) \text{Vo.}}$$

Vo.

Pagos del "Banco" al "acreedor".

- Mediante 16 amortizaciones trimestrales, -- vencidos, sucesivos e iguales a partir de la fecha que se determine al efecto en el contrato respectivo.

- Mediante 16 amortizaciones trimestrales iguales y sucesivos a partir de la fecha que se señale al efecto en el contrato respectivo.

Pagos del comprador al "banco" por el "crédito"

- Mediante amortizaciones mensuales

- Mediante amortizaciones mensuales, cuando el "adyuto" establezca pagos trimestrales (Contrato I)

- Mediante amortizaciones trimestrales, -- cuando el "adyuto" establezca pagos semestrales (Contrato II).

Estructura del Programa.

- Ambos programas consisten básicamente en un contrato de compraventa mediante el cual los "compradores" pueden obtener del "banco" los "dólares" que necesitan para hacer el pago del principal del "adyuto", debiendo cubrir al "banco" el importe de los "dólares" en moneda nacional al tipo de controlado o en su caso, a un tipo de cambio superior, con recurso que la Institución de crédito les proporcione mediante una apertura de crédito.

Simultáneamente a la compra de los "dólares" el "comprador" otorga estos al "banco" en forma de "préstamo" e instruye a este último como irrevocable para que entregue al "acreedor" en los términos determinados en el contrato, los "dólares" que debe de recibir el "comprador" del "banco" en pago del principal e intereses del "préstamo".

Contratos integrantes del Programa

- Contrato 5: Cobertura del principal del adyuto e intereses por vencer hasta LIBOR, proporcionando al "comprador" crédito en moneda nacional

- Contrato 6: Cobertura del principal del "ady

- Contrato I: Cuando el principal e intereses del crédito se paguen mensualmente y los intereses del "préstamo" trimestralmente. Cobertura del principal del "adyuto" e intereses por ven_

PROGRAMA DOS (sistema 4) cont.

do" e intereses por vencer a LIBOR más hasta dos puntos porcentuales, proporcionando al comprador crédito en moneda nacional.

PROGRAMA TRES. cont.

cer hasta LIBOR más dos puntos porcentuales.

- Contrato II : Cuando el principal e intereses se pagan trimestralmente y los del "préstamo" semestralmente. Cobertura del principal del "adeudo" e intereses por vencer a LIBOR más dos puntos porcentuales.

0

C O N C L U S I O N E S

- 19.- Sin lugar a dudas el fideicomiso moderno mexicano tiene como antecedente inmediato a la figura del "trust" anglosajón nacido en Inglaterra en 1543 a raíz de la interpretación del "Statue of Uses" y que fue evolucionando dentro de los sistemas de derecho de tradición anglosajona, principalmente en Los Estados Unidos de Norteamérica en donde surge y se desarrolla la idea de : "fiduciario profesional" dando origen a las llamadas "Trust Companies", las que fueron tomadas como modelo a seguir para la implantación del fideicomiso dentro de la legislación mexicana.
- 20.- El fideicomiso es un contrato mercantil en virtud del cual una persona, sea ésta física o moral, a la que se denomina como "fideicomitente" transmite determinados bienes o derechos de los que legalmente puede disponer en favor de una Institución de derecho público autorizada por la ley para actuar como "fiduciaria", y de este modo llevar a cabo un fin determinado y lícito en favor de uno o más "fideicomisarios" o beneficiarios. Este con

trato mercantil de derecho privado en los últimos 20 años ha sido tomado por el derecho público y modificado para servir a instituciones de la Administración Pública Federal Centralizada y Paraestatal.

- 3*.- A partir de la llamada "nacionalización" de la Banca Privada en 1982 la actividad fiduciaria se ha convertido en una actividad desempeñada en forma exclusiva por el Estado.
- 4*.- Cuando entidades del Sector Público celebran contratos de fideicomiso transmitiendo la titularidad de bienes del dominio público (previo decreto de desincorporación) o del dominio privado de la Federación, Estados o Municipios, o bien afecta fondos públicos para la realización de un fin determinado, lícito y de interés público nos encontramos frente a lo que se ha denominado: fideicomiso público.
- 5*.- El fideicomiso público ha sido uno de los instrumentos de que el Estado se ha valido para intervenir en ciertas áreas de la economía que por su naturaleza habían venido siendo manejadas mayormente por el sector privado. Esta expansión de la actividad económica del Estado no ha sido respaldada con un soporte administrativo eficiente,

debido, entre otras causas, a que las empresas y los fideicomisos del Estado se han manejado en mayor medida como entes políticas que como entidades productivas.

En mi opinión, el fracaso financiero del sector paraestatal en México, ha demostrado claramente la inconveniencia de la intervención del Estado en determinados aspectos de la economía. Sin embargo el grupo en el poder ha pretendido justificar el intervencionismo estatal argumentando que es "un medio para lograr una más justa distribución del ingreso y la riqueza", pero parecen olvidar que para poder distribuir la riqueza primero hay que generarla.

El intervencionismo estatal lejos de propiciar la participación democrática de todos los sectores de la economía ha tenido resultados antidemocráticos, ya que el Estado por su mayor capacidad de recursos se ha convertido en un competidor ventajoso que lucha en los mercados en forma desigual con los particulares y esto ha desalentado la inversión privada y ha "estatizado" paulatinamente la economía dando lugar al grave riesgo que esto implica, que es: que una crisis financiera del sector público pueda llegar a

convertirse en una crisis económica generalizada como la que actualmente vive el país.

6º.- Desde mi punto de vista el FICORCA fue pensado en principio como un instrumento para renegociar la deuda externa del sector paraestatal, y posteriormente debido a la necesidad de mantener una imagen "democrática" se hizo extensivo al sector empresarial privado.

En 1982 durante el último informe de gobierno , el Ejecutivo Federal calificó al sector privado de irresponsable, ineficiente y de haber contribuido a presionar la paridad cambiaria del peso al sacar recursos del país , y yo me pregunto ¿es lógico que con cargo a recursos del Estado se haya pretendido proteger del riesgo cambiario a las empresas privadas, que a decir del propio Gobierno generaron en gran parte la devaluación de 1982 ?.

Cabe señalar que en el párrafo anterior dije: "con cargo a recursos del Estado" y cualquiera podría preguntarse el fundamento de tal aseveración puesto que se supone que los Programas de FICORCA deben tender a evitar el otorgamiento de subsidios. Pues bien,

podemos observar que en el programa Uno, sistemas 1 y 2 de FICORCA el precio en moneda nacional de los "dólares" que el "Banco" vende al "comprador" se determina por el propio FICORCA en forma anticipada. Lo anterior significa que la probabilidad de que existan desembolsos adicionales por parte del FICORCA a fin de cubrir el "adeudo" dependerá del cálculo correcto de los precios de venta de las divisas, y dichos precios se fijaron con base en las proyecciones a futuro elaboradas tomando en cuenta el índice de inflación previsto, por lo que si el índice de inflación rebasa lo previsto, que es el caso en los últimos 4 años, resultará un saldo a pagar con recursos del propio Estado.

En el caso de los Sistemas 3 y 4 del Programa Uno, en el Programa Dos y en el Programa Tres en los que el precio de venta de los "dólares" se fija aplicando el tipo de cambio controlado, podría pensarse que no existe la posibilidad de que la cobertura se convierta en un subsidio, sin embargo no es así, ya que solo el hecho de vender dólares controlados implica un subsidio. Efectivamente, el hecho de que el gobierno designe al dolar un cierto valor, no implica que ese

sea su valor real, y en todo caso dependerá de que efectivamente se repercuta en la paridad cambiaria las diferencias reales entre los índices de inflación de México y los Estados Unidos, y la realidad es que si esto se hubiera venido haciendo regularmente no habría necesidad de hacer ajustes bruscos en la paridad como ha acontecido en repetidas ocasiones.

7.- El contrato que da origen a FICORCA es un contrato de fideicomiso esencialmente público celebrado entre la Secretaría de Programación y Presupuesto y Banco de México que tiene como beneficiario a la propia Secretaría (como parte de la Administración Pública), ¿es lógico que con fondos del Sector Central de la Administración Pública se financie a empresas del Sector Paraestatal y del Sector Privado?

8.- Los contratos mediante los que se instrumentan los Programas FICORCA están bien fundamentados jurídicamente y desde el punto de vista operativo funcionan correctamente en teoría, pero puede decirse que son como herramientas que dependen de un adecuado manejo de las autoridades que los aplica.

B I B L I O G R A F I A

- 1) ACEVEDO, Carat y Coautores. El Comercio Exterior de México. 1982. Instituto Mexicano de Comercio Exterior. México D.F. MEXICO.
- 2) ACOSTA, Romero Miguel. Teoría del Derecho Administrativo. Tercera edición. 1979. Editorial Porrúa S.A. México D.F. MEXICO.
- 3) BANCO, de México. Control de Cambios en México. 1982. Dirección General del Banco de México. México D.F. MEXICO.
- 4) BATIZA, Rodolfo. El Fideicomiso. Cuarta edición. 1980. Editorial Porrúa S.A. México D.F. MEXICO.
BATIZA, Rodolfo. Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria. 1977. Editorial Porrúa S.A. México D.F. MEXICO.
- 5) BARRERA, Graf Jorge. Estudios de Derecho Mercantil. 1958. Editorial Porrúa S.A. México D.F. MEXICO.
BARRERA, Graf Jorge. Tratado de Derecho Mercantil. 1957. Editorial Porrúa S.A. México D.F. MEXICO.
- 6) BAZANT, Jan. Historia de la Deuda Exterior de México 1823-1946. Segunda edición. 1981. El Colegio de México. México D.F. MEXICO.
- 7) BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. Séptima edición. 1965. Editorial Reus S.A. Madrid. ESPAÑA.
- 8) BRAVO Y BIALOSTOSKY. Compendio de Derecho Romano. 1980. Editorial Pax-México. Librería Casa Cesarman S.A. México D.F. MEXICO.
- 9) BURGOA, Ignacio. Las Garantías Individuales. Décimoquinta edición. 1981. Editorial Porrúa S.A. México D.F. MEXICO.
- 10) CERVANTES, Ahumada Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. Décimoprimer edición. 1979. Editorial Herrero S.A. México D.F. MEXICO.
- 11) COLMENARES, David y Coautores. La Devaluación de 1982. 1982. Editorial Terra Nova. México D.F. MEXICO.
- 12) CURZON, L.B. English Legal History. Third edition. 1930. J. Macdonald & Evans LTD. Stover, Plymouth. GREAT BRITAIN.

- 13) DE PINA, Vara Rafael. Derecho Mercantil Mexicano. Décimocuarta edición. 1981. Editorial Porrúa S.A. México D.F. MEXICO.
 - 14) DONNELL, Barnes. Law for Business. 1980. Richard D. Irving Inc. Homewood, Illinois. U.S.A.
 - 15) FAYA, Viesca Jacinto. Administración Pública Federal. Segunda edición 1983. Editorial Porrúa S.A. México D.F. MEXICO.
 - 16) FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. Décimonovena edición. 1979. Editorial Porrúa S.A. México D.F. MEXICO.
 - 17) HALLMAN, Henry. History of England. Second edition. 1930. J.M. Dent & Sons LTD. London. ENGLAND.
 - 18) IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. 1972. Ediciones Ariel S.A. Barcelona ESPAÑA.
 - 19) JENKS, John. A Short History of English Law. 1945. Walter & Mandan LTD. London. ENGLAND.
 - 20) KASER, May. Derecho Romano Privado. 1968. Instituto Editorial Reus S.A. Madrid. ESPAÑA.
 - 21) KINDELBERGER, Charles. Economía Internacional. Biblioteca de Ciencias Sociales, Editorial Aguilar S.A. de Ediciones. Madrid. ESPAÑA.
 - 22) LEPAILLE, Pierre. Tratado Teórico y Práctico de los Impuestos. 1982. Editorial Porrúa S.A. México D.F. MEXICO.
 - 23) MAITLAND, F.W. Equity a Course of Lectures. 1949. Revised and annotated by John Bianyate. Cambridge University Press. London. ENGLAND.
 - 24) MANTILLA, Molina Roberto. Derecho Mercantil. Décimoprimer edición. 1970. Editorial Porrúa S.A. México D.F. MEXICO.
 - 25) MUÑOZ, Luis. El Fideicomiso. Segunda edición. 1980. Cardenas Editor y Distribuidor. México D.F. MEXICO.
 - 26) OLMEDO, Raúl. MEXICO: Economía de la Ficción. 1983. Editorial Grijalbo S.A. México D.F. MEXICO.
 - 27) PAZOS, Luis. Devaluación en México. 1983. Editorial Diana S.A. México D.F. MEXICO.
- PAZOS, Luis. Radiografía de un Gobierno. 1983. Editorial Diana S.A. México D.F. MEXICO.

- 28) PINA, Medina y Coautores. Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México. 1982. Banco Mexicano SOMEX S.A. México D.F. MEXICO.
- 29) ROJINA, Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil (contratos). IV TOMO. Décimoprimer edición. 1979. Editorial Porrúa S.A. México D.F. MEXICO.
- 30) SERRA, Rojas Andrés. Derecho Administrativo. Cuarta edición. 1978. Librería de Manuel Porrúa S.A. México D.F. MEXICO.
- SERRA, Rojas Andrés. Teoría General del Derecho Administrativo. 1975. Editora Nacional S.A. México D.F. MEXICO.
- 31) TELLO, Macías Carlos. La Nacionalización de la Banca en México. Segunda edición. 1984. Siglo XXI Editores S.A. de C.V. México D.F. MEXICO.
- 32) TORRES, Gaytan Ricardo. Un Siglo de Devaluaciones del Peso Mexicano. Tercera edición. 1983. Siglo XXI Editores S.A. de C.V. México D.F. MEXICO.
- 33) VAZQUEZ, Pando Fernando A. El Control de Cambios en México. 1982. Editorial Themis S.A. México D.F. MEXICO.
- 34) VENTURA, Silva Sabino. Derecho Romano. Cuarta edición. 1978. Editorial Porrúa S.A. México D.F. MEXICO.
- 35) VILLAGORDOA, Lozano J. Manuel. Doctrina General del Fideicomiso. 1976. Editorial Porrúa S.A. México D.F. MEXICO.
- 36) VERNON, Raymond. El Dilema del Desarrollo Económico de México. 1965. Editorial Dianan S.A. México D.F. MEXICO.
- 37) WITKER, Jorge. Como elaborar una Tesis de Grado en Derecho. 1986. Editorial PAC S.A. de C.V. México D.F. MEXICO.