

del García Malo a este plan editorial, ni a la *Nueva Biblioteca Mexicana*, tampoco es un clásico mexicano, ni esta precedida de un prólogo en donde se comenten "brevemente los puntos sobresalientes de la misma, así como aspectos que aun en nuestros días tienen actualidad",¹¹⁷ pero de cualquier forma debe reconocerse que obedece y cumple de alguna forma los propósitos de la Coordinación de Humanidades y contribuye al conocimiento de la literatura jurídico-política que salió de las prensas nacionales durante el siglo XIX y que influyó en la formación jurídica de los principales publicistas mexicanos de aquel siglo.¹¹⁸

Conclusión

La obra dada a luz por Ignacio García Malo llega al mexicano del último cuarto del siglo XX inesperadamente y sin una explicación suficiente, para recordarnos, aunque sea en una forma matizada, expurgada y sin su fuerza radical, el pensamiento de uno de los más extremistas autores del "Siglo de las Luces". Sus ideas no eran desconocidas del todo para el mexicano de los primeros años del XIX, aunque la paternidad de ellas no estuviese muy clara. El nombre y la influencia de su autor no se ha fijado en la historiografía mexicana, muy ocupada en determinar la trayectoria de otros pensadores de aquel Siglo, al parecer más importantes. Holbach también lo fue, quizá más de lo que a primera vista pudiera parecernos. Su forma extrema de pensar fue rechazada desde un principio, pero esto mismo permitió que las ideas conservadas por sus expurgadores circularan fácilmente entre los mexicanos instruidos de aquellos convulsos años de nuestro nacimiento como país independiente. La versión francesa del libro del Barón no se prohibió y sin embargo su ateísmo no llegó a nosotros; en cambio, sus ideas políticas sí se infiltraron en nuestro país no obstante el aparato inquisitorial —que inclusive autorizó su conocimiento a los que tenían licencia para leer libros prohibidos—. Esta fue la paradoja de *La Política Natural*, su propio "veneno" la inmunizó y le permitió llegar hasta nosotros. Esta es su suerte.

¹¹⁷ Carpizo, *loc. cit.*

¹¹⁸ La labor emprendida por el Dr. Jorge Carpizo al editar los clásicos mexicanos del Derecho Público, continúa en nuestros días desde el Instituto de Investigaciones Jurídicas, ampliándose a la reimpresión de los principales textos jurídicos mexicanos del siglo XIX, *Vid. Ma. del Refugio González, Introducción a Juan N. Rodríguez de San Miguel: Pandectas Hispano-mexicanas*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980, t. I, pp. IX-X. Esta misma labor editorial es imitada ahora por la Editorial Porrúa, S. A., que en 1980 imprimió una tercera edición facsimilar de los *Estudios del Derecho Constitucional Patrio* de José Ma. Lozano, y anunció que con ese libro "y otros de la misma índole en preparación... tratará de proporcionar a los estudiantes y abogados en general, la posibilidad de hacer el estudio de las obras agotadas o muy escasas de la bibliografía jurídica mexicana del siglo XIX, y que son antecedentes valiosos de las obras contemporáneas de las mismas materias..." *Vid. Boletín Bibliográfico Mexicano*, México, Librería de Porrúa Hnos. y Cía., mayo-junio de 1980, p. 21.

LEGISLACIÓN MEXICANA RELACIONADA CON EL ESTABLECIMIENTO DE MECANISMOS DE COINVERSIÓN

CARLOS AROCHA MORTON

1. Mecanismos de coinversión vía fideicomisos

El instrumento jurídico que se ha considerado idóneo en México para permitir inversiones conjuntas de bancos de fomento mexicanos, en asociación con bancos privados o paraestatales del extranjero, ha sido el fideicomiso.

El nombre de fideicomiso, aceptado en México como el que tradicionalmente se ha dado en nuestra lengua a la institución anglosajona, no significa de ninguna manera lo que por él se ha entendido en el derecho antiguo, pues el fideicomiso mexicano es, en realidad, una institución distinta de todas las anteriores y muy particularmente del fideicomiso en el derecho romano. La reglamentación sancionada en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como una operación de crédito, y las distintas reglas que se encuentran en la Ley General de Instituciones de Crédito sobre fideicomiso, constituyen, en el fondo, una adaptación de las prácticas anglosajonas, pero con las modificaciones adecuadas para su adaptación a las demás disposiciones de nuestro derecho y muy particularmente de la Legislación Bancaria, a fin de que haya unidad en el sistema y se eviten discordancias o conflictos entre unas y otras instituciones jurídicas.

La definición de Azevedo:¹ dice:

"Fideicomiso é o instituto jurídico em virtude do qual se adquire propriedade com a inerente obrigação de conservar o recebido e, por morte, depois de certo tempo ou sob determinada condição, transmitir a outra pessoa, física ou jurídica."

Esta definición nada tiene que ver con la contenida en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, que dice:

"Artículo 346.—En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria."

Como se ve, la definición de nuestra ley es mucho más semejante al trust del derecho anglosajón, que como se sabe puede utilizarse para alcanzar cua-

¹ O Fideicomisso no Direito Pátrio, p. 20.

lesquiera finalidades que sean lícitas, no contraviniendo disposiciones de orden público.

Los rasgos determinantes del fideicomiso mexicano son la afectación de ciertos bienes a un fin lícito determinado; la circunstancia de que ese fin lícito determinado únicamente pueda realizarlo una institución de crédito autorizada para hacer operaciones fiduciarias y que sólo pueda ejercerse respecto de los bienes fideicometidos, los derechos y acciones que a dicho fin se refieran, no requiriendo más formalidades que las que el derecho común establece para la transmisión de bienes y derechos. El fideicomiso es válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, que pueden serlo todas las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

Una de las características más importantes del fideicomiso mexicano es la orientación de los bienes fideicometidos a la consecución del fin del fideicomiso, de tal manera que las instituciones fiduciarias no pueden realizar, respecto de dichos bienes, otros actos que no sean los necesarios para conseguir el fin para el que fueron entregados en fideicomiso, en la inteligencia de que pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos salvo los que, legalmente, sean rigurosamente personales de su titular.

"Los bienes que se den en fideicomiso dice la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito —se considerarán afectos al fin al que se destinan, y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse, respecto a ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo, o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros." (Art. 351).

Completa la disposición legal transcrita, la Ley General de Instituciones de Crédito, que al reglamentar las operaciones que pueden practicar las instituciones fiduciarias, somete a éstas a la regla de que "*cuando se trate de operaciones de fideicomiso por las que la institución ejercite como titular derechos que le han sido transferidos con encargo de realizar un determinado fin*" (y no puede ser de otro modo según se acaba de ver), el importe de las responsabilidades contraídas no puede exceder de 30 veces el capital pagado y reservas de capital, porcentaje que puede ser modificado mediante disposiciones de carácter general por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo previamente al Banco de México (Art. 45, fracción II, inciso c), de la Ley General de Instituciones de Crédito).

Pero además, deben tenerse muy presentes las fracciones XI y XII del artículo mencionado, porque en ellas se establece que la fiduciaria tendrá las facultades que se hayan consignado conforme a la Ley en el "*acto constitutivo del fideicomiso*" (que no puede ser otra cosa que un contrato), y además regulan las responsabilidades de la institución fiduciaria, de carácter civil, que incluye su capital, reservas y utilidades por distribuir, por los daños y perjuicios "que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso... por la malversación de los bienes dados en

fideicomiso o de sus frutos o productos, o por los demás hechos que *impliquen culpa* en el cumplimiento de los *cometidos* aceptados por ella", sin perjuicio de las responsabilidades penales de los delegados fiduciarios y demás funcionarios que ejecuten los actos u omisiones de que nazca la responsabilidad.

Como dice el Maestro Batiza "puede afirmarse que la única razón de ser de las facultades que corresponden al fiduciario consiste en hacerle posible el cumplimiento de su obligación fundamental que es la realización del fin del fideicomiso que se le encomienda".

Es muy importante contemplar la liberación de las responsabilidades de la fiduciaria cuando obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de los Comités Técnicos o de Distribución de Fondos, que son unos singulares organismos en nuestro Derecho, muy parecidos a los Consejos de Administración, que parecen reconocer su origen en los trust committee del Derecho Norteamericano, cuya misión consiste en ordenar las inversiones y regular la venta de los trust, sin eliminar según dice Batiza, "la responsabilidad de la institución". La creación de los Comités Técnicos procede del Artículo 45, fracción IV, párrafo tercero, de la Ley de Instituciones de Crédito que dispone que en el contrato de fideicomiso o en sus reformas, que requerirán el consentimiento del fideicomisario, si lo hubiere, "podrán los fideicomitentes prever la formación de un Comité Técnico o de Distribución de Fondos, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades".

Como se ve, la determinación de las facultades del Comité Técnico, de las normas que regirán su funcionamiento y la forma de composición del propio Comité, queda al arbitrio de quienes entreguen los bienes en fideicomiso, y en el caso de los Fondos de Coinversión, en los que la aportación de recursos es en proporción del 60% por parte de Nacional Financiera, S. A. y del 40% por parte del Banco o de la institución financiera extranjera, la formación del Comité Técnico ha sido de 5 miembros titulares y sus suplentes, 2 representando a Nacional Financiera, 2 al Banco o a la institución extranjera, y 1 a la fiduciaria. Las facultades y funciones del Comité Técnico y las reglas de operación, aparecen en los anexos de este informe, en los que se presentan un modelo de contrato de fideicomiso y un proyecto uniforme de reglas de operación.

Hasta la fecha se han suscrito 10 contratos de fideicomiso con otros bancos extranjeros de primera línea en el ámbito internacional y dentro de sus propios países, a saber: COFRAMEX con la Société Générale de Francia; ITALMEX con la Banca Commerciale Italiana; BRINMEX con Grindlay Brandts, Ltd. de la Gran Bretaña; INGERMEX en el que participan la Sociedad Germánica para el Desarrollo y el Banco Germánico-Sudamericano; HISPAMEX al que se ha asociado el Banco Hispano Americano; NIPOMEX con la participación del Industrial Bank of Japan; FOMECA con el Bank of Montreal; SUIZAMEX con el Handelsbank N. W.; NORMEX con el Den Norske Creditbank de Noruega; con Israel, con el Bank Hapoalin.

Por su parte, la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras ha consi-

derado como mexicanas las inversiones que realicen los Fondos de Coinversión.

No parece ocioso insistir en la comparación entre el trust, el fideicomiso mexicano y el fideicomiso antiguo o sustitución fideicomisaria, en vista de la terminología empleada con acepción diversa, en disposiciones legales de Argentina, Bolivia y México.

El trust, cuya difusión en la esfera bancaria de los Estados Unidos influyó notablemente en el fideicomiso mexicano, ha sido definido "como una obligación de equidad, por el cual una persona llamada trustee, debe usar una propiedad sometida a su control (que es llamada trust property) para el beneficio de personas llamadas cestui que trust" (Underhill, citado por Cervantes Ahumada, *Títulos y Operaciones de Crédito*, p. 287). El *Black's Law Dictionary* define al trust, en general, como "un derecho de propiedad, real o personal, que tiene una parte para el beneficio de otra" (p. 1680).

Por su parte, a la sustitución fideicomisaria (o fideicomiso simple) normalmente prohibida, la describe Messineo al estudiar el derecho sucesorio, como la situación que se da "cuando el testador ordena la sustitución fideicomisaria proponiéndose el resultado de impedir la disponibilidad de los bienes hereditarios por parte del instituido, en cuanto, a la muerte del instituido (llamado en tal caso fiduciario o fideicomisario), los mismos deberían ser deferidos a un sustituto determinado, elegido y nombrado por el mismo testador; y, mientras tanto, el instituido debería abstenerse de disponer de ellos" (*Derecho Civil y Comercial*, Tomo VII, p. 122).

En el Derecho mexicano los elementos personales del fideicomiso, fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, de ninguna manera pueden equipararse con la terminología empleada por Messineo, pues el fideicomitente es simplemente quien tiene el derecho de disposición de los bienes; el fiduciario, necesariamente una institución de crédito facultada para realizar operaciones fiduciarias, que no se convierte en propietaria de los bienes sino en titular de los derechos necesarios para la consecución del fin del fideicomiso, y fideicomisario la persona o personas que pueden incluso ser indeterminadas, que reciben el provecho que el fideicomiso implica.

En el proyecto de Código de Comercio se llega a definir al fideicomiso del siguiente modo: "por el fideicomiso el fideicomitente transmite la titularidad de un derecho al fiduciario quien queda obligado a utilizarlo para la realización de un fin determinado", y se describe a los bienes de la masa fiduciaria como un patrimonio autónomo afectado al fin del fideicomiso. Esta definición y descripción corresponde a la realidad vigente en México desde 1932, y en nada se parece, como puede advertirse, al fideicomiso clásico o simple que se confunde con la sustitución fideicomisaria también prohibida en el Código Civil. Así, el Artículo 1473 del Código Civil establece: "quedan prohibidas las sustituciones fideicomisarias..." y el 1482 dice: "se consideran fideicomisarias y, en consecuencia prohibidas, las disposiciones que contengan prohibiciones de enajenar, etc."

Como puede advertirse, esta terminología antigua nada tiene que ver con

la recogida y empleada en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y en la de Instituciones de Crédito, ambas del comienzo de la década de los treinta.

Algunas notas complementarias de lo dicho hasta este momento refuerzan las anteriores afirmaciones, por ejemplo, la circunstancia de que el fideicomiso puede ser constituido por acto intervivos o por testamento, la circunstancia que requiera de un contrato para su ejecución, aunque algunos autores opinan que basta la declaración unilateral de voluntad para que quede constituido el fideicomiso. Contrariamente a lo que ocurre en Estados Unidos, en México el fideicomiso es un negocio exclusivamente bancario y también normalmente oneroso, no como ocurre en Inglaterra que generalmente es gratuito. No es en México tampoco un negocio fiduciario, porque el negocio fiduciario está compuesto de dos operaciones que se contraponen, a saber, un contrato real positivo y la obligación de usar los bienes del negocio sólo en determinada forma; en México el fideicomiso es un negocio único que, aun cuando obliga a las instituciones fiduciarias a mantener la reserva, la Ley prohíbe la celebración de fideicomisos secretos, así como de aquellos en los que el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte del anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente; también están prohibidos los fideicomisos cuya duración sea mayor de 30 años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia, pudiendo constituirse, sin embargo, por un plazo mayor, cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.

Los fideicomisos se extinguen por la realización del fin para el cual fueron constituidos; por hacerse éste imposible; por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependan, o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso, o dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución; también se extinguen por haberse cumplido la condición resolutoria a que hubiesen quedado sujetos, o por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario, o por revocación hecha por el fideicomitente, cuando así se haya pactado, o por último, cuando no fuere posible lograr que una institución fiduciaria lo desempeñe.

Cabe consignar que extinguido el fideicomiso, los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos.

Por lo que toca a la formalidad del fideicomiso, la Ley exige siempre que conste por escrito y se ajuste 'a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso' (Artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Además de los derechos que se le conceden al fideicomisario por virtud del contrato de fideicomiso, tiene el derecho de exigir su cumplimiento a la insti-

tución fiduciaria, el de atacar la validez de los actos que cometa el Banco en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por contrato o por Ley le correspondan y además, tiene el derecho de reivindicar los bienes que a consecuencia de tales actos salgan de la masa fiduciaria.

Por cuanto a las fiduciarias, son nulos los fideicomisos que se constituyan en su favor, y tienen todos los derechos que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, estando obligadas a cumplir el encargo fiduciario conforme al acto constitutivo del fideicomiso y no pueden excusarse ni renunciar a su encargo sino por causas graves según resolución judicial, debiendo obrar siempre "como buen padre de familia" (Artículo 356), siendo responsables los bancos fiduciarios por las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes fideicometidos por su culpa. Las instituciones fiduciarias desempeñan su cometido por medio de funcionarios designados especialmente al efecto, de cuyos actos responde directamente la institución, funcionarios que en la práctica ha venido denominándoseles Delegados Fiduciarios, cuyo nombramiento puede ser vetado por la Comisión Nacional Bancaria, la cual también podrá acordar que se proceda a su remoción. Estos funcionarios gozan de las más amplias facultades legales para el desempeño de los fideicomisos.

NOTAS PARA UN DERECHO CONSTITUCIONAL ESTATAL

(Segunda Parte)

ELISUR ARTEAGA NAVA

COMPETENCIA GENERAL DE LOS PODERES ESTATALES

La competencia de los poderes locales se funda originalmente en la constitución general de la república; en forma derivada en la constitución y leyes ordinarias locales; puede estar referida principalmente a tres niveles: supranacional, nacional, con efectos locales; y meramente locales; esta última competencia encuentra su fundamento principalmente en las leyes estatales; aquellas sólo en la constitución general.¹

I. Competencia de los poderes estatales en el orden supranacional

Se circunscribe a la intervención que la constitución instituye en forma exclusiva a favor y a cargo de las legislaturas de los estados de iniciar, ante el congreso de la unión, y aprobar en segunda instancia, reformas a la constitución.² Por lo que toca al caso de formación de nuevos estados dentro de los límites de los ya existentes, hay, por lo que toca a los presuntos estados afectados, una intervención adicional: mediante informes consentir o no la formación de una nueva entidad.³

A los órganos que intervienen en la iniciativa, discusión y aprobación de una reforma constitucional se les ha considerado que integran un órgano autónomo y diferente de sus componentes; don Emilio Rabasa lo llamó poder supremo nacional;⁴ don Felipe Tena Ramírez lo ha denominado: poder constituyente permanente.⁵ La forma desarticulada e inconexa como actúan el congreso de la unión y las legislaturas de los estados al realizar su función reformadora niegan validez a la idea orgánica que prevalece. Si bien por lo que toca a las cámaras que integran el congreso de la unión actúan de tal forma que ciertamente existe unidad, continuidad, complementación, coordinación, colaboración, con vista a lo dispuesto por el artículo 72 constitucio-

¹ Karl Loewenstein, Teoría de la constitución, Editorial Ariel, Barcelona, 1979, p. 354. Loretta Ortiz Ahlf, Reflexiones sobre la estructura jerárquica del sistema jurídico mexicano a la luz de la constitución, Tesis profesional, Escuela Libre de Derecho, 1978, p. 28.

² Artículo 135.

³ Artículo 73 fracción III.

⁴ Emilio Rabasa, La constitución y la dictadura, Revista de Revistas, 1912, p. 316.

⁵ Felipe Tena Ramírez, Derecho constitucional mexicano, Editorial Porrúa, S. A., México, Decimaséptima edición, 1980, p. 45.