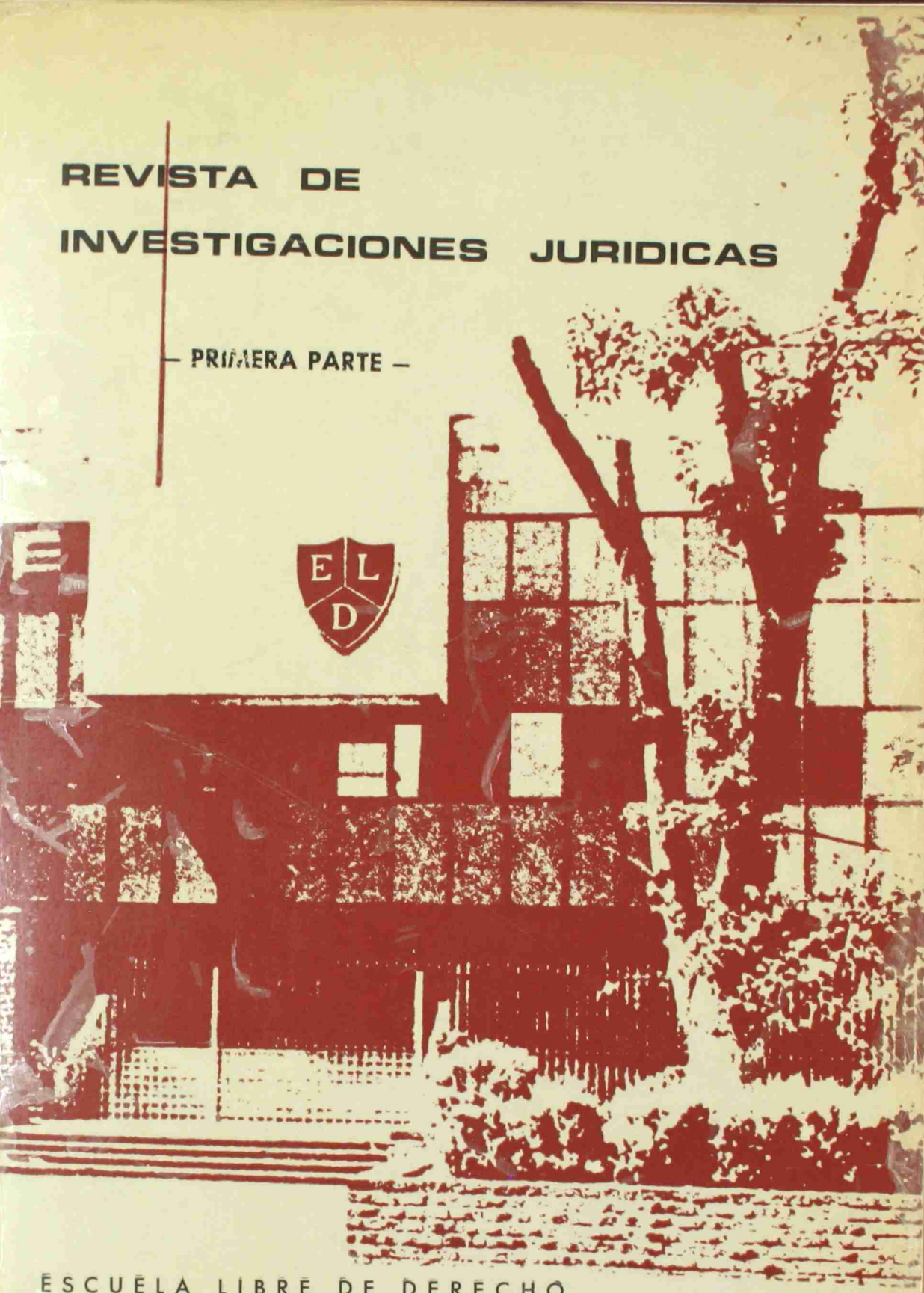
REVISTA DE INVESTIGACIONES JURIDICAS

— PRIMERA PARTE —



ESCUELA LIBRE DE DERECHO

AÑO 6 NUMERO 6 MEXICO 1982

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

REVISTA DE INVESTIGACIONES JURIDICAS

Primera Parte

Año 6

Número 6

MEXICO 1982

SIG. TOPOGRAFÍCA
No. ADQUISICIÓN
DONACIÓN ( )
COMPRA ( )

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

Escuela Libre de Derecho

Junta Directiva:

Lic. José Gómez Gordoa *Rector*
Lic. José Luis de la Peza
Lic. José Cándano
Lic. Laura Trigueros

Consejo Editorial:

Directores:

Lic. Elisur Arteaga Nava
Lic. Josette Serrato de García

Vocales:

Lic. Fauzi Hamdan Amad
Lic. Eduardo de Ibarrola
Lic. Laura Trigueros
Lic. Jaime del Arenal

El Consejo no se responsabiliza del contenido de los artículos ni de las opiniones expresadas en ellos.

Queda hecho el depósito de Ley.
Prohibida la reproducción de los artículos sin permiso de sus autores.

© Derechos reservados conforme a la Ley.
Escuela Libre de Derecho
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Dr. Vértiz No. 12, México 7, D. F.

Certificado de Licitud de Título No. 092.
Certificado de Licitud de Contenido No. 051.
Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas. Secretaría de Gobernación.
Reserva de derechos al uso exclusivo del título. No. de Inscripción 526-79.
Registro Público del Derecho de Autor.

CONTENIDO

PALABRAS DEL LIC. JOSÉ GÓMEZ GORDOA, RECTOR DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, PRONUNCIADAS EL 19 DE ENERO DE 1982 EN EL SEPELIO DEL LIC. GUSTAVO R. VELASCO

La Escuela Libre de Derecho, fundada hace 70 años, esculpe hoy un nuevo nombre en el templo que tiene dedicado a quienes han hecho de ella un recinto severo, sencillo y auténtico de lo que debe ser una escuela de derecho.

A Gustavo R. Velasco, que ayer nos dejó, solamente en el aspecto material damos hoy nuestro último adiós, como ofrenda perenne, al mismo tiempo que como una esperanza de que su obra, siempre plena de vigor, de congruencia y de autenticidad, continúe siendo vivo ejemplo para maestros y alumnos de nuestra querida Escuela.

A su viuda y a sus hijos queremos decirles lo que siempre supieron, que uno de los grandes amores de la vida de su esposo y padre fue nuestra Escuela.

Pero también queremos decirles que la Escuela lo quiso entrañablemente; que lo admiró y lo respetó en todo momento y que esa reverencia también ustedes la han compartido y la seguirán compartiendo en el constante recordar de cómo el maestro Velasco se entregó con perenne ilusión de juventud a su cátedra de Derecho Administrativo, a la Rectoría por más de 10 años y a la investigación de jurista consumado, pues ocupa ya uno de los sitiales más importantes en el mundo del derecho de nuestra querida Patria.

Hacer un perfil del maestro Velasco es difícil, por su importante contenido, pero también es fácil, porque su pensamiento fue cristalino.

Creyó en la libertad, como uno de los atributos más excelsos del alma; por eso quiso tanto a la Escuela Libre de Derecho, porque ambos se identificaban en ese don maravilloso de no admitir ataduras para no caer en el halago al poderoso y poder ser dueño de uno mismo.

En aras de la libertad, el maestro Velasco empeñó su vida y batalló incansablemente.

Escribió innumerables documentos y libros sobre temas económicos y jurídicos, siempre con la misma filosofía y con los mismos principios, rayando en la intransigencia. Recordemos entre otros "El Camino de la Abundancia", "Libertad y Abundancia"' y al "Servicio de la Escuela Libre de Derecho".

Y qué bueno que nos queda el ejemplo de Don Gustavo R. Velasco en la intransigencia, qué bueno que existan excepciones destacadas frente a la complacencia; qué bueno que tuvimos la magnífica enseñanza de quien fue honorable y honesto, a carta cabal y en todos los ámbitos de lo moral, de lo intelectual y de lo filosófico.

La Escuela Libre de Derecho, al rendir a su querido ex-Rector y Rector

Honorario, a su maestro de Derecho Administrativo por más de 50 años, nuestro Decano, le hace promesa de seguir manteniendo por siempre los ideales de justicia y libertad que le fueron característicos.

Maestro Velasco, fue usted hombre cabal, jurista ejemplar, maestro entrañable, defensor de la justicia, apóstol de la libertad y por todo ello un gran mexicano.

Descanse en Paz.

GUSTAVO R. VELASCO – UNA SEMBLANZA

RODRIGO SÁNCHEZ-MEJORADA VELASCO

"Multa dicemus, et deficiemus in verbi"
Eclesiástico, XLIII, 29.

Así como un cometa pasa por la tierra una o dos veces cada siglo, así se dan unos cuantos hombres excepcionales, casi por accidente diríamos, en la vida de los pueblos. Y de la misma manera que los cometas dejan tras de sí una cauda fulgurante, estos hombres excepcionales dejan una estela de grandeza indeleblemente grabada en las mentes de quienes tuvieron la fortuna de conocerlos.

Fue en la Ciudad de México donde nació Gustavo Ricardo Velasco Adalid un viernes de Dolores –el 3 de abril de 1903–, primogénito hijo de Octavio R. Velasco Alvarez y Luz Adalid Mesa de Velasco. Desde niño serio y responsable, la afición –casi obsesión– por la lectura y la sed de conocimiento que lo caracterizarían, como adulto se manifestaron a muy corta edad –antes de los once años ya había acompañado a los protagonistas de todas las aventuras escritas por Julio Verne a través de 14 tomos de más de 500 páginas cada uno. Después de hacer sus estudios primarios en las ciudades de México y Guadalajara, su padre, deseoso por un lado de que aprendiera inglés, y temeroso tal vez por el otro de los riesgos que entrañaba para su familia su cargo federal como Juez de Distrito en la vorágine del conflicto revolucionario, lo envió a estudiar a una academia militarizada, Harvard School, en la ciudad de Los Angeles, California, E.U.A., en el año de 1918. Su madre, hermano y hermana se establecieron temporalmente en esa misma ciudad, y en ausencia de su padre, ante el desconocimiento del inglés y de un país extraño por parte de su madre, y la mayor juventud de sus hermanos, se convirtió en cierto grado en jefe de familia, circunstancia que indudablemente templó todavía más su carácter. Realizó estudios universitarios en Pomona College, en la ciudad de Pomona, California, de donde se graduó en el año de 1921.

Decidido a seguir la profesión de su padre, ingresó en la Escuela Libre de Derecho en el año de 1922. Su trayectoria por la Escuela fue brillantísima y obtuvo la calificación máxima en todas sus materias menos en una. La generación de estudiantes a la que perteneció fue excepcional en cuanto a que publicó una jocosa crónica, un anecdotario, de su paso por la Escuela, intitulada "Jus Vacilare". Una hojeada a este delicioso libro –que debería ser lectura obligatoria para todo alumno de la Escuela– nos revela la personalidad de sus protagonistas de 1922 a 1926, y ahí encontramos al "gringo Ve-

lasco" (apodo surgido de sus múltiples lecturas en inglés y de que con frecuencia llevaba la revista "Life", publicada en los E.U.A., bajo el brazo) siempre estudiando, siempre leyendo. Su conocido apodo en el medio de la Escuela Libre —"Lolo"— vino después, al enterarse uno de sus compañeros de su nacimiento en viernes de Dolores. Sustentó su examen profesional el 3 de noviembre de 1927, con la tesis "El Artículo 21 Constitucional con Exclusión de la Parte Relativa a la Persecución de los Delitos", misma que fue premiada por el jurado examinador, acordando que fuera publicada a costa de la Escuela.

Si bien para 1922, acabada la etapa más álgida de la Revolución, su familia ya había regresado a la República, las judicaturas de Distrito y de Circuito de su padre en diversas partes de la provincia la mantenían lejos de la Ciudad de México, por lo que vivió desde ese año en la casona de su tío Luis Montes de Oca, conocido personaje de su época, quien influyó grandemente en su formación, transmitiéndole sus ideas netamente liberales. Auxilió a Montes de Oca en 1925 y 1926 en la Contraloría de la Federación (hoy extinta), y al ser nombrado Montes de Oca Secretario de Hacienda y Crédito Público por el Presidente Calles en 1927, ocupó el cargo de Subdirector de Bienes Nacionales, el que desempeñó hasta mediados de 1931. Pasó entonces a ser Jefe del Presupuesto de la Federación hasta enero de 1932, fecha en que dimitió al renunciar Montes de Oca como Secretario.

Desde 1932 ejerció la abogacía independientemente, asesorando sobre todo a instituciones financieras. La principal de éstas fue el Banco Internacional, fundado por Montes de Oca en el año de 1941, en cuya organización colaboró activamente.

Es frecuente que los grandes profesores, los eruditos jurisconsultos, no alcancen en el ámbito profesional el mismo éxito que en el acedémico. Pero el gran jurista, estudioso de obras escritas en español, inglés, francés, italiano y alemán, autor de innumerables estudios jurídicos, en este caso fue también prestigiado abogado. Era miembro de número de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, correspondiente de la de España, y fue su presidente de 1980 hasta su muerte. Presidió el consejo directivo de la Barra Mexicana de 1947 a 1948, fue miembro de su junta de Honor y, en unión de otros ex-presidentes, fue su Presidente Honorario Vitalicio. También formó parte de la junta de Honor del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados. En el medio bancario, ocupó la presidencia de la Asociación de Banqueros de 1950 a 1951.

Fue también en 1932 cuando se puso, para usar el título de una de sus publicaciones, "Al Servicio de la Escuela Libre de Derecho", mismo que sólo terminaría con su muerte medio siglo después. Durante esos cincuenta años fue profesor titular de la cátedra de Derecho Administrativo, del primer curso de 1932 a 1936 y del segundo curso de 1937 a 1982. Fue miembro de la Junta Directiva de 1937 a 1946, y actuó como Rector en 1944; la Junta General de Profesores lo eligió Rector en 1955, cargo que desempeñó durante once años, hasta 1965. Fue nombrado Rector Honorario en 1970, y por su antigüedad

como profesor era el Decano de la Escuela. Propietario de una notable colección de libros sobre temas jurídicos y económicos, según se fue retirando de la actividad profesional en los años setenta fue donando su biblioteca jurídica a la Escuela.

Su devoción por la Escuela es fácil de entender si se comprende que consideraba a la libertad, en las palabras que utilizara nuestro Rector, el Lic. José Gómez Gordoa, en su sepelio, "como uno de los atributos más excelsos del alma'". "Por eso quiso tanto a la Escuela Libre de Derecho", dijo nuestro Rector, "porque ambos se identificaban en ese don maravilloso de no admitir ataduras, para no caer en el halago al poderoso, y poder ser dueño de uno mismo".

Muchos de los alumnos de los treintas, cuarentas, cincuentas y principios de los sesentas, impuestos por su carácter severo, su erudición y su singular memoria, veía con más agrado una visita a la Inquisición que el examen final de Derecho Administrativo. (La pregunta obligada de quienes esperaban su turno a los primeros que salían del examen era "¿pregunta las fechas de las leyes?"). Pero sus alumnos de fines de los sesenta y setenta, si bien igualmente impuestos por la portentosa figura, ya no sentían ese temor, y las clases del maestro Velasco, además del contenido intelectual que siempre tuvieron, se vieron animadas con chispeantes anécdotas y buen amor. ¿A qué obedeció el cambio? Por un lado, a la edad, y por el otro a la cercanía con que vio la muerte a fines de 1971, cuando fue sometido a una intervención quirúrgica para extirparle un tumor que presionaba sobre su cerebro.

La operación anterior, lejos de restarle facultades, pareció darle nuevo ímpetu. Retirado para ese tiempo en gran parte de la actividad profesional, dedicó todavía más tiempo a la lucha que desde joven lo apasionaba: la defensa de ese valor supremo antes mencionado, la libertad.

Convencido de que la libertad no podía existir sin libertad económica, se volvió estudioso de la economía, y partidario acérrimo de la economía libre. Al igual que la de sus escritos jurídicos, la lista de sus trabajos sobre economía política es larga, y se publicarán ambas en próximo número de esta Revista de Investigaciones Jurídicas. Baste mencionar que, además de luchar por la libertad a través de la exposición y difusión de sus ideas liberales, lo hizo en México como motor principal del Instituto de Investigaciones Sociales y Económicas, en los Estados Unidos de América como miembro del Consejo de Directores del Institute for Humane Studies, de Menlo Park, California, y en el ámbito internacional como miembro de la Sociedad Mont Pelerin, de la cual fue durante dos periodos uno de sus vicepresidentes, y de la que tuvo que rechazar la presidencia por su débil salud en sus últimos años. A través de Luis Montes de Oca y de la Sociedad Mont Pelerin conoció e hizo amistad con los más grandes economistas liberales contemporáneos: Von Mises, Hayek, Rueff, Hazlitt, Erhard, Friedmann, etc.

Su vocación liberal motivó que algunos de sus críticos detractores lo tacharan de ateo. Sus alumnos, tan afectos, como todo estudiante, a descubrir las vidas privadas de sus maestros, circularon en una época la versión de que "el

maestro Velasco era obispo protestante", inspirada, según se averiguó después, por la existencia de un homónimo. Todo falso. Si bien fue bautizado como católico, se mantuvo como adulto siempre al margen de todo grupo u organización religiosa, conservando simplemente su fe en la Providencia, en un Ser Superior, a quien públicamente invocaba en sus discursos.

Pero no fueron el derecho, la economía, la Escuela Libre y la libertad sus únicos intereses. Con la misma fuerza con que se dedicaba a ellos defendía nuestro patrimonio cultural. Presidente de la Sociedad Defensora del Tesoro Artístico de México de 1964 a 1979, luego su Presidente Honorario, luchó incansablemente por la preservación de los monumentos históricos, y fue el autor de la primera ley que con ese fin se promulgó, relativa a la ciudad de Taxco. "Lo que se hereda de los mayores", decía, "hay que conquistarlo para poseerlo".

Sentía profundo interés por aquellas instituciones de los Estados Unidos de América que pudieran ser útiles a México, y formó parte del Consejo Directivo del Instituto Mexicano Norteamericano de Relaciones Culturales de 1966 a 1981, así como de la Universidad de las Américas de 1961 a 1977.

A las actividades anteriores hay que agregar frecuentes viajes, sobre todo a Europa, los que aprovechaba para visitar a sus amigos liberales, presentar ponencias en algún seminario o reunión científica, y visitar museos, catedrales, y más museos, ya que, como era de esperarse en un hombre conocedor de historia, de cultura enciclopédica y fina sensibilidad, gustaba de la música, era admirador de la arquitecura y de la pintura, y contaba con una bella colección de obras de pintores mexicanos, españoles, italianos e ingleses.

A lo largo de todas estas actividades, y además de los atributos ya mencionados, poseía otros que lo distinguían. Su inteligencia superior, aunada a su firmeza de principios, lo harían aparecer intransigente, y hasta arrogante para algunos; pero lo anterior no era más que el producto de una absoluta honradez intelectual. Sin temor de ser heterodoxo en un mundo de ortodoxia, y sobre todo en un país en donde no es raro que quienes con la palabra ensalzan la libertad, con sus acciones la destruyen, expresó su sentir y su pensar con gran valor civil. Le molestaba la superficialidad, y los temas que le interesaban los estudiaba a profundidad, pero se sentía insatisfecho e incapacitado para tratar el tema públicamente si le quedaba cualquier duda por resolver. Al mencionarle algún asunto, sobre todo de naturaleza jurídica, con frecuencia contestaba "no estoy bien enterado", para a continuación, después de platicar sobre el mismo, dejar a su interlocutor asombrado y convencido de que sabía más sobre el tema que la mayoría de los especialistas sobre la materia.

Finalmente, el vigor y el empuje con que eficientemente perseguía e impulsaba cualquier proyecto generalmente dejaban exhaustos a quienes se veían involucrados en él, y conscientes de su gran responsabilidad, férrea disciplina y sentido del deber.

Los diez últimos años de su vida fueron, después de su grave enfermedad, años prestados, durante los que mantuvo la vida, en ocasiones con gran dolor

físico, gracias a la diaria ingestión de medicinas. Paradójicamente, el hombre que durante los casi 79 años de su vida realizó una obra que otros no realizarían ni en un milenio, fue constante víctima de una gran variedad de enfermedades, ante las que nunca se rindió. El 18 de enero de 1982, a las 13:00 horas, Gustavo R. Velasco no se rindió, ni mucho menos murió. De una manera serana y tranquila, su espíritu simplemente abandonó su cuerpo, para incorporarse imperecederamente al de la Escuela Libre de Derecho.

Mal estaría que no concluyera con una nota personal. No le envidio en este momento a mi querido tío su erudición, ni su memoria, ni su cultura, ni su inteligencia. Pero sí le envidio el don de la elocuencia, del uso preciso y bello del lenguaje, con que transmitía a quien lo escuchaba o leía sus claras ideas. Pues sólo de contar yo con dicho don, podría hacerle justicia a este gran hombre a través de estas líneas. Y, dado que carezco de él, debo seguir la máxima de La Rochefoucauld, que enseña que no hay menos elocuencia en el tono de voz, en la mirada y en el ademán, que en la elección de las palabras. Con voz suave, entonces, ademán humilde, y mirando al cielo, puedo decir "Señor, Gracias por permitirme conocerlo. Descanse en paz."

DOCTRINA

DERECHO NATURAL O DERECHO IDEAL

GUSTAVO R. VELASCO

El reciente renacimiento de interés en el derecho natural en los Estados Unidos de América es merecedor de elogio. En general, porque tiende a esclarecer un concepto que desde su aparición con los sofistas, Platón, los filósofos Estoicos, San Agustín, Santo Tomás de Aquino y otros pensadores cristianos, después de su secularización con Grocio, Puffendorf, Hobbes, Locke y Rousseau, y hasta la actualidad, ha estado rodeado de dudas e incluso de contradicciones. Para los partidarios de la libertad como la mejor si no es que como la única base aceptable para una sociedad abierta, voluntaria y que ofrezca la esperanza de progresar, el movimiento presente reviste importancia especial debido a la relación del derecho natural con la doctrina de los derechos naturales o derechos del hombre como los llamó la Declaración Francesa de 1789.

Este breve ensayo no pretende arrojar luz sobre el carácter ontológico o filosófico del derecho natural, denominación inconveniente que ha contribuido a las discusiones relativas a qué es la naturaleza, qué es conforme a la naturaleza del hombre, si debe ser una elaboración racional, o si ha de incorporar los mandatos de la Divinidad o al menos conformarse a ellos. Tampoco aventuraré una opinión acerca de si existe un derecho natural general y permanente o, por el contrario, si ha de variar según cada país y cada época, así como frente a casos concretos y a los problemas de que se ocupe. Mi finalidad es la mucho más modesta de precisar la función de esta idea y, en esa forma, determinar el papel que puede desempeñar útilmente. Y mi esperanza que los resultados de este intento resulten aceptables tanto para los partidarios del derecho natural como para los del positivismo jurídico. Por cierto, otra designación errónea, ya que ha llevado a la noción falsa de que tiene alguna relación con el positivismo filosófico e incluso a acusaciones infundadas en el sentido de que es indiferente al contenido del derecho y de que en alguna forma ha favorecido los regímenes autoritarios y aún los movimientos totalitarios recientes o contemporáneos como el nazismo y el comunismo.

Como punto de partida puede ser conveniente recordar que en toda sociedad humana existen cuatro órdenes normativos que la estructuran, la guían y la rigen. Ellos son la religión, la moral, el derecho, y los usos y costumbres sociales. Al afirmar esto, no olvido que la condición y bienestar del hombre, y en último término su felicidad o infelicidad sobre esta tierra, no dependen solamente de la excelencia o deficiencias, ni de la observancia de esos órdenes. Sobre aquellos influyen también realidades y hechos, que inclusive los deter-

minan, tales como la ubicación, orografía, fertilidad y otros carácteres del suelo ocupado por el asentamiento humano de que se trate; por otros fenómenos naturales como el clima, la abundancia o falta de lluvias, las inundaciones, huracanes, terremotos, etc., y como factores más directos, hay que mencionar el tamaño, fuerza, salud y otras características de los habitantes, sus enfermedades y epidemias, su inteligencia y otras facultades mentales habilidades, el orden o la organización económica, etcétera.

Volviendo al derecho, hay que afirmar terminantemente que en cada sociedad solamente hay y puede haber un único orden jurídico. Este es el derecho existente o derecho positivo, para emplear nuevamente el calificativo aceptado, a pesar de que es redundante, de su falta de utilidad y de las equivocadas interpretaciones que señalé con anterioridad. En otras palabras, pero otra vez inequívoca y definitivamente, en cada sociedad no existe sino un derecho, o sea el que es válido porque se ha establecido, reconocido y promulgado conforme a las reglas y métodos en vigor en esa sociedad; y además de ser válido, se observe efectivamente por aquellos a quienes sus disposiciones se dirigen o por una mayoría de ellos, y que en los casos que se presenten o cuando sea necesario, se lleve a efecto, aplique y ejecute por los administradores, jueces, la policía, el ejército y cualesquiera otras personas facultadas para hacerlo.

Una vez llegados a este punto y en el supuesto de que lo anterior sea cierto, cosa que ningún jurista merecedor de este nombre negará, ¿qué lugar queda para un concepto como el del derecho natural? ¿Qué papel puede desempeñar en el complejo campo de las instituciones humanas y para la realización de las potencialidades y aspiraciones de los hombres

A mi modo de ver, un papel vital y posiblemente hasta decisivo. El derecho natural no es derecho porque el derecho verdadero es monista y, una vez más, no es posible que dos órdenes jurídicos coexistan en el mismo lugar y al mismo tiempo. Pero tampoco es "un absurdo sobre zancos" según la mordaz expresión de Bentham sobre los derechos naturales. Por el contrario, es una idea valiosa y respetable, y puede ser una idea muy útil luego que fijemos su función legítima como voy a tratar de hacerlo.

El derecho natural entraña un examen, crítica y valoración del derecho vigente. Como toda creación humana, el derecho existente no es perfecto. Puede alcanzar y cumplir los fines u objetivos del derecho —el orden, la paz, la seguridad, la libertad, la justicia, y el interés público o "bien común", o puede no cumplirlos. Por supuesto que los criterios que menciono están lejos de ser aceptados unánimemente. Pero según que el derecho positivo consiga alcanzarlos o aproximarse a ellos, deberá ser aprobado y aceptado, o reprobado y rechazado por hombres independientes y que piensen rectamente. Y la consecuencia que se sigue es que se proponga un derecho mejor y se abogue por él, un derecho que de acuerdo con la naturaleza de las cosas y del hombre, con el pensamiento racional y con las directivas de la moral y la religión, satisfaga mejor los fines del derecho o se aproxime más a ellos. Con otras palabras, el derecho natural es un ideal, no una realidad

actual; una meta a que apuntar y un camino por recorrer, no un producto acabado ni un sitio en que descansar. Y para terminar ya, es un método o proceso mediante el cual podemos perfeccionar nuestras instituciones y ofrecer a los hombres una sociedad y una vida mejores.

EL FIDEICOMISO EN MÉXICO

NOTAS SOBRE AMÉRICA LATINA

CARLOS A. AROCHA MORTON

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Caracterización legal del fideicomiso.* 3. *Deberes de las instituciones fiduciarias.* 4. *Derechos del fideicomisario.* 5. *Temporalidad del fideicomiso.* 6. *Jurisprudencia en materia de fideicomiso.* 7. *Los negocios fiduciarios y el fideicomiso.* 8. *Diferencias con otras instituciones jurídicas.—Fideicomiso y mandato.—Fideicomiso y depósito.—Fideicomiso y estipulación a favor de tercero.—Fideicomiso y albaceazgo.* 9. *El fideicomiso no es un desdoblamiento del derecho de propiedad.—La propiedad fiduciaria.—Carácter contractual del fideicomiso.* 10. *Aspectos fiscales del fideicomiso.* 11 *Relaciones laborales en el fideicomiso.* 12. *Fideicomiso de la administración pública federal.* 13. *Fideicomisos estatales.* 14. *Notas sobre una posible Ley de Fideicomisos le la Administración Pública Paraestatal.* 15. *Actividad fiduciaria de Nacional Financiera, S. A.* 16. *Fondo Nacional de Estudios y Proyectos.* 17. *Fideicomiso para el Estudio y Fomento de Conjuntos, Parques y Ciudades Industriales.* 18. *Fondo Nacional de Fomento Industrial.* 19. *Fondo Nacional de Actividades Sociales.* 20. *Fideicomisos en el Banco de México, S. A.* 21. *Fideicomisos en el Banco Nacional de Crédito Rural, S. A.* 22. *Fideicomisos en el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S. A.* 23. *Fideicomisos en el Banco Mexicano Somex, S. A.* 24. *Fideicomisos en la Financiera Nacional Azucarera, S. A.* 25. *Relación de los fideicomisos de la administración pública federal, según publicación de la Secretaría de Programación y Presupuesto. Ley de presupuesto, contabilidad y gasto público. Normas relacionadas con fideicomisos.* 26. *Fideicomisos en bancos fiduciarios privados.* 27. *El fideicomiso en México y la migración del trust.* 28. *Proyecto de Ley Uniforme sobre Fideicomisos en el Continente Americano.* 29. *Proyecto de Ley Uniforme de Fideicomiso del Dr. Ricardo J. Alfaro.* 30. *Fondo de Protección de Créditos a Cargo de Instituciones Bancarias.* 31. *Reformas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.* 32. *Fideicomisos en América Latina.* 33. *La fiducia mercantil colombiana.* 34. *El fideicomiso venezolano.* 35. *Experiencia argentina.* 36. *El fideicomiso en Costa Rica.* 37. *El fideicomiso guatemalteco.* 38. *Los encargos de confianza bancarios.*

Introducción

En el presente trabajo se trata de hacer una descripción del Fideicomiso en México, público y privado, tomando en cuenta sus antecedentes anglosajones y las disposiciones legales en vigor que caracterizan una institución jurídica relativamente nueva, en proceso de formación y de una importancia considerable y creciente en México y con perspectivas ilimitadas y por tanto muy interesantes. Los nuevos intentos de legislar en México sobre fideicomiso, recogiendo la experiencia de casi cincuenta años, la importancia del fideicomiso como entidad de la administración pública paraestatal, el aumento en la actividad fiduciaria privada y la inquietud en América Latina por esta fascinante institución jurídica, son razones para justificar el esfuerzo de reunir la gran cantidad de problemas por resolver y necesidades por satisfacer en relación con esta institución jurídica que, sin embargo, ha facilitado una gran variedad de operaciones imposibles de encuadrar en figuras jurídicas tradicionales.

También se incluyen más notas sobre el fideicomiso en América Latina.

Caracterización legal del 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 intituto 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:

[1] O Fideicomisso no Direito Pátrio, p. 20.

> "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 cualesquiera 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 trasmisión 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 dan 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 disposicions de carácter general por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo previamente al Banco ed 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 ar-

tículo 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 55, 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".

En unas conferencias sobre "fideicomiso, trust y equity", publicadas en la Revista de la Facultad de Derecho de México, octubre-diciembre de 1955, pág. 56 y siguientes, el Lic. Roberto Molina Pasquel afirma que el fideicomiso en México es todavía una figura en proceso de modelación y el trust un modelo a copiar para su traslado a nuestro país. Destaca la improcedencia de las teorías que explican el trust en los sistemas de Derecho Civil como un desdoblamiento de la propiedad, coincidiendo en esto con Lapulle en el sentido de que el trust no es una nueva forma de propiedad sino la afectación de la misma a un objetivo determinado.

Destaca que la equity no dijo que el *cestui que trust* fuera el propietario de la tierra, sino dijo que el trustee es el propietario, pero añadió que estaba obligado a poseer la tierra para el beneficio del *cestui que trust.*

Personalmente no comparto la opinión de Molina Pasque en el sentido de que "el fideicomiso como el trust responden, en el concierto de la vida social mexicana como en Inglaterra, a la satisfacción de una necesidad esencialmente humana de poner ciertos bienes a nombre de otra persona", porque esta idea

es incompleta ya que la necesidad que se trata de satisfacer, tanto en el fideicomiso como en el trust es la de destinar a un fin determinado un cierto patrimonio.

Molina Pasquel hace dos citas importantes, la de Sir John Salmond en su obra de principios de siglo, Jurisprudence, quien dice: "Bienes en trust son aquellos propiedad de dos personas al mismo tiempo, cuya relación de propietarios es tal que uno queda sujeto a la obligación de usar su propiedad para beneficio de otro". Otra cita es la del Instituto Norteamericano de Derecho que dice "Un trust no está calificado por la palabra caritativo, resultante o tácito, es un estado de relaciones fiduciarias con respecto a bienes, que sujeta a la persona por quien dichos bienes son poseídos, a deberes en equity al manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, trust que se origina como resultado de la manifestación de crearlo. Comparto con Molina Pasquel su opinión sobre el problema de la clase de derecho del fideicomisario, en el sentido de que se trata de una cuestión no resuelta aún en el derecho anglo americano ni en el latino, que deberá solucionarse configurando tales derechos como personales, y no reales, correlativos de obligaciones de hacer por parte del fiduciario o trustee.

En la exposición de motivos de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1932 (Diario Oficial del 29 de junio de 1932), año en que también entra en vigor la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que reglamenta el fideicomiso, puede leerse lo siguiente:

> "La Ley de 1926 (de Bancos de Fideicomiso), introdujo en México, rompiendo la tradición, la institución jurídica del fideicomiso. Evidentemente esta institución puede ser de muy grande utilidad para la actividad económica del país y está destinada probablemente a un grande desarrollo; pero desgraciadamente la Ley de 1926 no precisó el carácter sustantivo de la Institución y dejó, por tanto, gran vaguedad de conceptos en torno de ella. Para que la institución pueda vivir y prosperar en nuestro medio, se requiere, en primer término una definición clara de su contenido y de sus efectos, siendo esta definición materia de la Ley de Título y de Operaciones de Crédito y una reglamentación adecuada de las instituciones que actúen como fiduciarias. *Quedará el fideicomiso concebido como una afectación patrimonial a un fin,* cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, precisándose así la naturaleza y los efectos de ese instituto que la Ley actualmente en vigor concibe obscuramente como un mandato irrevocable. Siguiendo en ello el precedente ya establecido por la Ley actual, la nueva Ley sólo autoriza la constitución de fideicomisos, cuando el fiduciario es una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado, y mantiene todas las prohibiciones conducentes a impedir que, contra nuestra tradición jurídica, el fideicomiso dé lugar a sustituciones indebidas o a la constitución de patrimonios alejados del comercio jurídico normal. La nueva Ley conserva, también, respecto a las instituciones autorizadas para actuar como fidu-

ciarias, la facultad de aceptar y desempeñar mandatos y comisiones de toda clase, de encargarse de albaceazgos, sindicaturas, tutelas, liquidaciones y, en general, de aceptar la administración de bienes y el ejercicio de derechos por cuenta de terceros. Destruye, pues, la nueva Ley, toda confusión entre el fideicomiso y los actos de administración o de representación de terceros; pero, por la semejanza de funciones y para asegurar a las instituciones fiduciarias un campo más amplio de acción, las deja autorizadas, como queda dicho, no sólo para encargarse de la ejecución de fideicomisos, sino para desempeñar todas las demás funciones enumeradas antes en términos generales".

Por su parte, la exposición de motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (Diario Oficial de 27 de agosto de 1932) expresa:

"Aun cuando ello ofrece los peligros inherentes a la importación de instituciones jurídicas extrañas, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito reglamenta el fideicomiso, porque ya desde 1926 la Ley General de Instituciones de Crédito los había aceptado, y porque su implantación sólida en México, en los límites que nuestra estructura jurídica general permite, significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía. Corrigiendo los errores o algunas más evidentes de la ley de 1926, la nueva ley conserva, en principio, el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, circunscribe a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias y establece las reglas indispensables para evitar los riesgos que, con la prohibición absoluta de instituciones similares al fideicomiso, ha tratado de eludir siempre la legislación mexicana. Los fines sociales que el fideicomiso implícito llena en países de organización jurídica diversa de la nuestra, pueden ser cumplidos aquí con notorias ventajas, por el juego normal de otras instituciones jurídicas mejor construidas. En cambio, *el fideicomiso expreso puede servir a propósitos que no se lograrían sin él, por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación*".

En la exposición de motivos del Decreto publicado en el Diario Oficial de 31 de mayo de 1941, de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares y de las iniciativas de sus reformas y adiciones, y expresó que "el capítulo dedicado a las instituciones fiduciarias, apenas si sufren modificaciones... sin desvirtuar la naturaleza jurídica del fideicomiso, se ha prescrito la notificación obligatoria a los interesados de las operaciones que se realicen en cumplimiento de sus encargos y de los datos que permitan identificar los bienes destinado al fin respectivo, siempre que sea posible o cuando no se haya renunciado a ella expresamente, y con el fin de hacer más real la responsabilidad de estas instituciones en el cumplimiento de sus obligaciones".

En la exposición de motivos del Derecho publicado en el Diario Oficial

de la Federación de 31 de diciembre de 1956, por el que se reformaron diversas disposiciones de la Ley General de Instituciones de Créditos y Organizaciones Auxiliares, se expresó que "el fideicomiso, institución manejada por la banca, requiere de una reglamentación más adecuada, que la práctica aconseja, para evitar que, a través del mismo, se sustraigan recursos a la acción reguladora del Estado en materia de control de crédito. Con tal objeto, en la presente iniciativa se imponen limitaciones a la actividad en las instituciones y departamentos fiduciarios, cuando se traten de *fideicomisos que se constituyan con el propósito de otorgar créditos o adquirir valores* y se introducen normas para que el fideicomiso mantenga su auténtica fisonomía jurídica y no se confunda con diversas operaciones de banca y de crédito cuyo ejercicio se reserva a otras instituciones". Esto tuvo como consecuencia que se *prohibiera a las instituciones fiduciarias aceptar el desempeño de fideicomisos mediante los cuales reciban fondos destinados al otorgamiento de créditos* que no se ajusten a las disposiciones de carácter general que al efecto dicte el Banco de México, las cuales incluyeran normas sobre canalización selectiva del crédito y depósito legal (artículo 45, fracción VI, párrafo segundo).

La legislación bancaria mexicana, estructurada básicamente por los años treintas, sobre el sistema de banca especializada, fue evolucionando hasta que en los años setentas, ante la realidad de grupos financieros integrados, se dictaron disposiciones para reconocer tal evolución y abandonar gradualmente el sistema de banca especializada para evolucionar *hacia el sistema de banca múltiple* y ofrecer a su clientela servicios financieros integrados, que ha demostrado su eficiencia en un gran número de países. En la exposición de motivos del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1978 que, entre otras novedades introdujo las reformas que establecen el régimen de regulación de las operaciones de la banca múltiple, se expresó: "Las operaciones fiduciarias se practicarán de acuerdo a las normas del capítulo correspondiente (o sea el de las operaciones fiduciarias). *señalándose reglas especiales a los bancos múltiples para evitar que mantengan un departamento especial*".

Deberes de las instituciones fiduciarias

1.—La obligación de cumplir el fideicomiso conforme al acto constitutivo.

Esta obligación está consignada en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (Artículo 356), y se complementa con la frase "deberá obrar siempre como un buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa". El propio dispositivo legal agrega que la institución fiduciaria no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio del Juez de Primera Instancia del lugar de su domicilio, obligación en aparente pugna con el Artículo 5o. Constitucional de que nadie está obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y su pleno consentimiento, porque el párrafo tercero del Artículo 350

de la misma Ley prevé el caso de que la "fiduciaria no acepte" (caso en el que deberá ser sustituida), cosa que ocurre en la práctica: las instituciones fiduciarias de hecho aceptan o no los fideicomisos.

2.—*Deber de inscripción.* El Artículo 353 de la Ley sustantiva obliga a las fiduciarias a inscribir en la sección de propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados, los fideicomisos cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles. Sólo desde la fecha de inscripción estos fideicomisos surten efectos contra terceros. Por su parte la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, en vigor desde 1973, obliga a las fiduciarias a inscribir los fideicomisos en que participen extranjeros, y cuyo objeto sea la realización de actos regulados por esa Ley, en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, dentro del mes siguiente a la constitución del fideicomiso o de la realización de actos de los que deriven derechos para extranjeros conforme al Reglamento del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.

3.—*Obligación de notificar a deudores.* La obligación de actuar con diligencia implica para la fiduciaria la de notificar al deudor los fideicomisos cuyo objeto recaiga en bienes muebles, porque si se trata de créditos no negociables o de derechos personales, surte efectos contra terceros desde la fecha en que el fideicomiso sea notificado al deudor (Artículo 354, fracción I).

4.—*Abrir contabilidades especiales.* El Artículo 45, fracción III de la Ley Bancaria consagra esta obligación para las fiduciarias "por cada contrato de fideicomiso", que incluye la obligación de registrar en la propia contabilidad de las fiduciarias, el dinero y demás bienes, valores y derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos, "debiendo coincidir, —dice la Ley— invariablemente los saldos de las cuentas controladoras de la contabilidad de la institución, con los de las contabilidades especiales". Como el Reglamento de Inspección, Vigilancia y Contabilidad de las instituciones de crédito dispone que la contabilidad de éstas debe llevarse al día, es indudable que esta obligación debe cumplirse de inmediato.

5.—*Suplencia de instrucciones.* En las operaciones de fideicomiso que impliquen adquisición o sustitución de bienes o derechos, o inversión de dinero o fondos líquidos, la institución fiduciaria deberá ajustarse estrictamente a las instrucciones del fideicomitente. Sin embargo, el Artículo 45, fracción VI establece que en estos casos, "cuando las instrucciones del fideicomiso, mandato o comisión, no fuesen suficientemente precisas, o cuando se hubiere dejado la determinación de la inversión a la discreción de la institución fiduciaria, aquélla se realizará, necesariamente, en los valores que determine el Banco de México, debiendo procederse a la inversión en el menor plazo posible y a la notificación y al registro a que se refieren las fracciones III y IX de este artículo". Este registro, es el registro contable que ya he comentado, y la notificación se refiere a la obligación de dar aviso al beneficiario en el término de las 48 horas siguientes a su cobro, de toda percepción de rentas, frutos o productos de liquidación que realice la institución en el cumplimiento de sus cometidos. Igualmente las fiduciarias deberán notificar toda

operación de inversión, adquisición o sustitución de bienes, dentro del mismo plazo, comunicando el detalle necesario para la identificación de los bienes adquiridos. Esta obligación de notificar puede ser suprmiida "por la naturaleza del fideicomiso o por disposición expresa del fideicomitente", sin perjuicio de que la institución deba inscribir la operación con el detalle anteriormente indicado, en un registro especial foliado y sellado con carácter rigurosamente secreto.

6.—*Fondos ociosos.* La Ley Bancaria dispone (Artículo 45, fracción VII) que en las operaciones que signifiquen percepción o disposición de fondos líquidos que no hayan de ser aplicados inmediatamente a un fin determinado, y respecto a las cuales ni la Ley ni el contrato de fideicomiso hayan determinado la aplicación que deban recibir dichos fondos, la institución deberá invertirlos en los valores que determine el Banco de México y que en tanto no se efectúe esa inversión, "los fondos deberán mantenerse en caja o depositados en cuenta especial en el Banco de México".

7.—*Adquisiciones.* La fracción VIII del Artículo 45 dispone que: "Cuando se trate de operaciones que consistan en compraventa de títulos o valores, o de divisas extranjeras o de mercancías, o de otros bienes que sean objeto de mercado regular organizado, y respecto a las cuales no se hubiere precisado, al encomendar la operación, la fecha de su realización o los tipos de cotización a los cuales haya de efectuarse, se llevarán a cabo dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha en que la operación fue encomendada o de aquella en que se tuvo la disponibilidad de los bienes. Si las condiciones de mercado no permitieran realizarla en este plazo, se ejecutará tan pronto como sea posible. En el caso de que el mercado hubiere sufrido una variación en perjuicio del cliente, que represente, por lo menos, un 10% en el valor de los bienes, desde la fecha en que se encomendó la operación, la institución deberá solicitar, por la vía más rápida, ratificación o rectificación de las instrucciones, a no ser que resultare imposible de la naturaleza del fideicomiso o que expresamente se le hubiere dispensado de esta obligación, o también cuando, a juicio de la institución, cualquier demora en la ejecución pudiera ocasionar mayor perjuicio".

8.—*Secreto fiduciario.* Salvo la información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, la fracción X del Artículo 45 dispone que "la violación del secreto propio de esta clase de operaciones, incluso ante las autoridades o tribunales enjuicio o reclamaciones que no sean aquellos entablados por el fideicomitente o fideicomisario... contra la institución o viceversa, constituirá a ésta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles procedentes".

9.—*Obligaciones fiscales.* En apartado especial se examina la obligación solidaria de las fiduciarias por créditos fiscales.

10.—*Indelegabilidad de las fiduciarias.* Esta obligación se desprende de la definición de fideicomiso y de la existencia de los funcionarios especiales que

son los Delegados Fiduciarios, que es el medio que tienen las fiduciarias para desempeñar su cometido y ejercer sus facultades, de cuyos actos responde directa e ilimitadamente la institución fiduciaria, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que ellos incurran personalmente. Estos funcionarios pueden ser vetados por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros o acordar que se proceda a la remoción de los mismos (Artículo 45, fracción IV). La Secretaría de Hacienda y Crédito Público ha interpretado esta disposición en el sentido de que los Delegados Fiduciarios no pueden a su vez delegar la ejecución de actos mediante los cuales se tomen resoluciones de carácter discrecional, que implican voluntad de mandato o decisión (Circular de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros No. 547 del 16 de noviembre de 1966)), de donde se desprende que nada impide que funciones administrativas auxiliares las realicen otros empleados de las fiduciarias. La Circular 274 de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros de 26 de junio de 1944 obliga que, al dar aviso a dicho organismo del nombramiento de Delegados Fiduciarios se acompañe una relación de sus ingresos anuales estimados y bienes de su propieda,d así como su Curriculum Vitae.

En la práctica se han venido designando "Delegados Fiduciarios Generales'" que tienen la plenitud de facultades para el desempeño de toda clase de fideicomisos, y "Especiales" para el desempeño de determinados fideicomisos, funcionarios no previstos en la Ley sustantiva ni en la Bancaria, y que aparecen por primera vez en el Decreto en el que se establecen bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal, y que se comenta en apartado por separado.

Derechos del fideicomisario

1.—*Aquellos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso*, como dice textualmente el Artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Siendo indeterminado o incapaz el fideicomisario, los derechos corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público según el caso.

2.—*El de exigir el cumplimiento a la institución fiduciaria*, disposición que armoniza dentro del concepto general de las obligaciones "y del carácter contractual del fideicomiso, a pesar de que el fideicomisario pueda no haber sido parte original" expresa Batiza. Dada la variabilidad de los fines del fideicomiso, serán pues las obligaciones contraídas por el fiduciario el material que sirva para establecer en cada caso el cumplimiento que pueda exigir el fideicomisario.

3.—*Derecho de exigir la responsabilidad de las fiduciarias y pedir la remoción*. La Ley General de Instituciones (Artículo 138) establece que cuando las fiduciarias, al ser requeridas, no rindan cuentas de su gestión dentro de un plazo de 15 años, o cuando sean declaradas, por sentencia ejecutoria, "culpables de las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes dados en fideicomiso", o responsables de esas pérdidas o menoscabos por negligencia grave, procederá su remoción, y la acción para pedir cuentas, exigir responsabilidades y pedir la remoción, corresponden al fideicomisario a sus representantes legales, y a falta de éstos al Ministerio Público, a menos que se haya reservado este derecho el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso, o en sus modificaciones. Estos derechos son indirectamente un medio para proteger los bienes fideicometidos.

Si no fuere posible en los casos de remoción, la sustitución de la fiduciaria, el fideicomiso se extingue.

4.—*Atacar la validez de los actos que la institución fiduciaria cometa en perjuicio del fideicomisario*, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la Ley le correspondan. Este derecho se parece al del mandante en las operaciones hechas por el mandatario en exceso o con violación del encargo recibido, caso en el cual, además de la indemnización a favor del poderdante por daños y perjuicios, queda a opción de éste revocarlas o dejarlas a cargo del mandatario.

5.—*Reivindicación de los bienes*. Este derecho se le da al fideicomisario cuando a consecuencia de actos de mala fe o en exceso de sus facultades, los bienes hayan salido del patrimonio objeto real a quien debe tener acciones personales en contra de la institución fiduciaria.

6.—*Cesión de derechos fideicomisarios*. La Ley no es expresa pero son aplicables las disposiciones respecto a la cesión de derechos y las transmisiones hereditarias.

7.—*Derecho a designar fiduciario*. El Artículo 350, tercer párrafo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece el derecho del fideicomitente para designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse. Cuando no se designe institución fiduciaria al constituirse el fideicomiso, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario o en su defecto el Juez de Primera Instancia del lugar de ubicación de los bienes.

8.—*Pluralidad de fideicomisarios*. El segundo párrafo del Artículo 348 de la Ley que se viene citando establece que cuando sean dos o más los fideicomisarios y deba consultarse su voluntad, "en cuanto no esté previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se tomarán a mayoría de votos computados por representaciones y no por personas. En caso de empate, decidirá el Juez de Primera Instancia del lugar del domicilio del fiduciario".

Temporalidad del fideicomiso

La regla general es la prohibición de 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. Sin embargo, el artículo 359, fracción III, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que establece esta prohibición, dispone asimismo que puede constituirse fideicomisos con duración mayor de 30 años "cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro".

Esta norma tiene, sin embargo, dos excepciones consignadas en la fracción XVI del artículo 45 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, que dispone que no será aplicable el plazo que establece la referida fracción III del artículo 359, cuando se trate de operaciones de fideicomiso que constituya el Gobierno Federal en instituciones nacionales de crédito, o que el mismo declare de interés público a través de la Secretaría de Hacienda. Esta adición al artículo 45 de la Ley Bancaria se debe a un Decreto del 26 de diciembre de 1970 (Diario Oficial del 29), y ha dado pie para que los críticos del fideicomiso público aduzcan que éstos rompen con el carácter básicamente temporal del fideicomiso.

Jurisprudencia en materia de fideicomiso

Puede afirmarse que en términos generales la escasa jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre diversos aspectos del fideicomiso coincide con lo mejor de la doctrina mexicana en el sentido de que nuestra legislación ha logrado incorporar el trust a un sistema de Derecho Romano, confiriéndole sin embargo modalidades y características propias.

En el Amparo directo No. 5567/74 promovido por el Banco Internacional Inmobiliario, S. A., resuelto el 15 de junio de 1979, la Suprema Corte de Justicia dijo, sobre la naturaleza del fideicomiso, que es un negocio jurídico "por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio fiduciario autónomo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria para la realización de un fin determinado; pero al expresarse que es un patrimonio fiduciario autónomo, con ello se señala particularmente que es diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el fideicomiso, o sea, es distinto de los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario... patirmonio autónomo, afectado a un cierto fin, bajo la titularidad y ejecución del fiduciario, quien se halla provisto de todos los derechos y acciones conducentes al cumplimiento del fideicomiso, naturalmente de acuerdo con sus reglas constitutivas y normativas. Los bienes entregados en fideicomiso salen, por tanto, del patrimonio del fideicomitente para quedar como patrimonio autónomo o separado de afectación, bajo la titularidad del fiduciario, en la medida necesaria para la cumplimentación de los fines de la susodicha afectación; fines de acuerdo con los cuales (y de conformidad con lo pactado) podrá presentarse dicho titular, a juicio como actor, o demandado, así como vender, alquilar, ceder, etc.". Esta consideración fue necesaria para resolver que fue jurídicamente indebido no estimar que el pago, reclamado judicialmente, de un título de crédito, suscrito por el banco quejoso en su carácter de fiduciario, debía hacerse afectivo sobre los bienes objeto del fideicomiso y no del banco fiduciario.

Otras ejecutorias expresan el criterio de que el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre el bien fideicometido, y de que ya no puede ejercer actos de administración ni derechos de libre disposición sobre esos bienes "a menos de desnaturalizar la esencia del fideicomiso" (Amparo No. 4572 de 1948, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XV, volumen 3o., página 2047). De igual manera la Suprema Corte de Justicia ha estimado que un embargo practicado sobre bienes fideicometidos, cuando el fideicomiso ya existía y estaba inscrito en el Registro Público respectivo, "es indudable que se embargaron bienes que no estaban en el patrimonio del embargado, sino constituyendo un patrimonio sui generis" (Amparo No. 3308 de 1950, Semanario Judicial de la Federación, Tomo CVIII, volumen 2o., página 1329). Respecto de la posibilidad del ejercicio de la acción pauliana, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal ha resuelto (Toca de apelación 186/68, Primera Sala, 1968) que como los bienes fideicometidos constituyen un patrimonio afecto a un fin lícito determinado, eso significa que los acreedores del fideicomitente no pueden perseguir tales bienes, salvo que el fideicomiso se haya constituido en fraude de terceros.

Otra definición del fideicomiso dada por la Suprema Corte de Justicia fue externada al resolver el Amparo directo No. 45/71, promovido por Crédito Algodonero de México, S. A. y resuelto en marzo de 1977, declarando que el "fideicomiso es un acto jurídico que debe constar por escrito, y por el cual una persona denominada fideicomitente destina, uno o varios bienes, a un fin lícito determinado, en beneficio de otra persona llamado fideicomisario, encomendando su realización a una institución bancaria llamada fiduciaria, recibiendo ésta la titularidad de los bienes, únicamente con las limitaciones de los derechos adquiridos con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por las partes o por terceros; y con las que expresamente se reserve el fideicomitente y las que para él se deriven del propio fideicomiso. De otro lado, la institución bancaria adquiere los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fin y la obligación de sólo dedicarlas al objetivo que se establezca al respecto debiendo devolver las que se encuentren en su poder al extinguirse el fideicomiso salvo pacto válido en sentido diverso".

Los negocios fiduciarios y el fideicomiso

Algunos autores pretenden y aun insisten en que el fideicomiso es un negocio fiduciario, porque tanto en el negocio fiduciario como en el fideicomiso existe un patrimonio que debe utilizarse para la realización de un fin variable, en ambos casos la finalidad está establecida por el fideicomitente o por el fiduciante según el caso, y en los dos también hay un fiduciario que debe administrar el patrimonio para procurar el logro de la finalidad; en uno y

en otro se trata de actos que tienen como denominador común el elemento confianza, como también lo tiene el trust. Sin embargo, hay diferencias fundamentales que revelen que el fideicomiso satisface múltiples necesidades jurídicas para el tráfico económico, en forma más clara y apropiada que mediante el negocio fiduciario. Esta es la institución que más semejanza tiene con el trust, y Lepaulle lo considera puente para la introducción del trust en el sistema latino, erróneamente porque la experiencia ha revelado la bondad del procedimiento seguido por el legislador mexicano de adaptación del trust a la estructura jurídica latina.

Considerando que, en síntesis, el negocio fiduciario está formado por dos relaciones, una real, que es la trasmisión de los bienes y derechos del fiduciante al fiduciario, y otra obligatoria, por la que el fiduciario se encuentra constreñido, frente a aquél, para cumplir con la finalidad y retrasmitirle posteriormente los bienes y derechos o trasmitirlos a un tercero, las diferencias con el fideicomiso son palpables porque:

a) El fideicomiso es un negocio perfectamente tipificado y el negocio fiduciario es un contrato innominado, y las relaciones entre fiduciante y fiduciario se rigen exclusivamente por la buena fe, con la diferencia de que en el fideicomiso las relaciones están reguladas por la Ley y por el contrato constitutivo.

b) En el negocio fiduciario, el fiduciario es un verdadero propietario, y en el fideicomiso la institución fiduciaria jamás se convierte en propietaria aunque tiene el título legal para cumplir el fin de los bienes fideicometidos.

c) El fideicomiso existe y surte plenos efectos mediante un solo contrato con la fiduciaria, en cambio en el negocio fiduciario hay un doble contrato entre el fiduciante y el fiduciario.

d) El negocio fiduciario lo puede constituir sólo el propietario o apoderado especial, y el fideicomiso cualquiera que tenga facultades de disposición.

e) El negocio fiduciario cualquiera puede desempeñarlo, el fideicomiso únicamente las instituciones de crédito autorizadas.

Independientemente de lo anterior, la diferencia más importante es que en el fideicomiso hay afectación expresa de bienes lo que no ocurre en el negocio fiduciario.

Comparto la opinión de Batiza de que no hay ninguna necesidad de recurrir a instituciones ajenas a nuestra tradición jurídica como el "negocio fiduciario'" o el "negocio jurídico'" para encuadrar al fideicomiso en nuestro sistema legal, y de que "la tutela jurídica de los derechos del fideicomitente y del fideicomisario evidencian la falta de fundamento para la posición que insiste en que el fideicomiso es un negocio fiduciario". (Principios básicos del fideicomiso, pág. 194).

EL FIDEICOMISO EN MÉXICO

Diferencias con otras institucionse jurídicas

Las figuras jurídicas que presentan más analogía con el fideicomiso son el mandato, el depósito, la estipulación a favor de tercero y el albaceazgo.

Fideicomiso y Mandato

La Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, que tuvo una vigencia efímera en México, en su artículo 6º decía "el fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entrega al banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que los entrega llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario".

Sus diferencias con el mandato, sin embargo, pueden resumirse en que el mandato es un contrato entre mandante y mandatario y el fideicomiso es un contrato entre fideicomitente y fideicomisario y como dice Alfaro, si el concepto de mandato fuera suficiente para caracterizar al trust los fines del fideicomiso podrían cumplirse por medio del mandato y no ocurre así. En efecto, como dice Batiza, el mandatario actúa para el mandante, en su representación y sujeto a su control, en tanto que el trustee no está sujeto al control del beneficiario por más que tenga la obligación de administrar el patrimonio en su provecho y que pueda, incluso ser constreñido a ello; el mandatario carece de título sobre los bienes del mandante, aun cuando pueda estar facultado para enajenar, en contraste con la situación del trustee, quien tiene el título legal de los bienes del trust. Algunos de los efectos del mandato son muy distintos de los que produce el trust: "si el mandatario procede dentro de los límites de su encargo, obliga al mandante contractual y extracontractualmente, mientras que la actividad del trustee no origina tal consecuencia. Las diversas obligaciones legales impuestas a los propietarios de bienes recaen en el mandante, no en el mandatario, mismos que se imponen al trustee, no al beneficiario; las acciones derivadas de daños causados a los bienes del mandante promuévense en general por éste y no por el mandatario, salvo que tenga la posesión, estando entonces autorizado para recurrir a las medidas jurídicas que la protejan; dichas acciones tratándose de un trust, se hacen valer por el trustee, no por el beneficiario. La relación emanada del mandato termina a voluntad de las partes o por la muerte de cualquiera de ellas, salvo el caso de la "facultad unida a un derecho" (Mandato irrevocable), de la relación resultante del trust, al contrario, no se extingue por voluntad del settlor, del beneficiario o del trustee, ni por la muerte de cualquiera de ellos, a menos que así lo disponga el instrumento respectivo" (Rodolfo Batiza, El Fideicomiso Teoría y Práctica, págs. 58 y 59).

Independientemente de lo anterior, el mandato se distingue del fideicomiso porque el mandato es susceptible de recaer únicamente sobre actos jurídicos, y en el fideicomiso lo esencial es la idea del patrimonio de afectación a un fin lícito y determinado, aun cuando esta afectación patrimonial no sea suficiente en sí para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso, que es una obligación.

El mandato además puede ser desempeñado por cualquier persona jurídicamente capaz, el fideicomiso únicamente puede ser desempeñado por una fiduciaria; independientemente de que el mandato puede ser general y no

referirse a actos específicos, en contra de lo que ocurre en el fideicomiso que esencialmente comprende facultades limitadas al cumplimiento del fin determinado para el que fue constituido, por amplio que sea éste, esto sin considerar las diferencias radicales entre las causas de terminación del contrato de mandato y las causas de extinción del fideicomiso: las primeras son la revocación del mandato, la renuncia del mandatario, la muerte o interdicción o declaración de ausencia del mandante o del mandatario, y la del fideicomiso son la realización del fin o el hacerse éste imposible; la imposibilidad de realización de la condición suspensiva por no realizarse ésta en 20 años, por cumplimiento de la condición resolutoria; por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario, y por revocación hecha por el fideicomitente cuando así se haya pactado.

Fideicomiso y depósito

Aquí la diferencia es más notoria porque la esencia del depósito es la entrega para la guarda material de una cosa con la obligación de restituirla, y en el fideicomiso el trustee, aparte de la simple posesión, tiene el título legal para la realización del fin del fideicomiso; en el depósito los bienes no salen del patrimonio del depositante, y en el fideicomiso sí, además de corresponderle al fiduciario la posibilidad o el título de transferirlos a cualquier adquirente. Dicho de otro modo, el depositario no tiene más que la posesión y está impedido para trasmitir la propiedad, cosa que sí puede hacer el fiduciario. De nada serviría usar el fideicomiso para constituir depósitos, aun cuando teóricamente nada lo impediría.

Fideicomiso y estipulación a favor de tercero

Aun cuando la estipulación a favor de tercero, y la institución de heredero o legatario pudieran parecerse a la situación del fideicomisario, por la situación de beneficio que implican, las difreencias con el fideicomiso son notables, porque no hay, en la estipulación a favor de tercero, la afectación de bienes a fines determinados y la obligación del promitente es personal y no implica la afectación patrimonial esencial en el fideicomiso; además, en el contrato en beneficio de tercero hay un beneficiario concreto, y en el fideicomiso puede no haber fideicomisario determinado o en general no haberlo, pues el fideicomiso puede establecerse sin señalar fideicomisario. El promitente cumple su propia voluntad, y el fiduciario la voluntad del fideicomitente, en los términos del contrato de fideicomiso o de sus modificaciones.

Fideicomiso y albaceazgo

La diferencia esencial entre el albacea y el fiduciario estriba en que las obligaciones del primero son esencialmente temporales y limitadas al reparto

de la masa hereditaria, en cambio las obligaciones del segundo son mucho más variadas y su alcance depende de los términos del contrato de fideicomiso. "Muchas de las normas jurídicas aplicables al trustee no lo son al albacea y las facultades y obligaciones de uno y otro, lo mismo que los procedimientos para reclamar éstas, difieren entre sí igual que la naturaleza y extensión de sus obligaciones hacia terceros" (Batiza, pág. 63). Pero además, el albacea no celebra ningún contrato y el fiduciario sí.

El fideicomiso no es un desdoblamiento del derecho de propiedad.—La propiedad fiduciaria.—Carácter contractual.

Ciertos autores pretenden explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso sosteniendo que hay dos titulares del bien fideicometido, uno la institución fiduciaria, que tiene la titularidad jurídica, y el fideicomisario, que tendría la titularidad económica.

Esta teoría es equivocada porque el fiduciario no tiene ningún derecho de goce respecto de los bienes que se le encomiendan en fideicomiso, y el beneficiario puede ser una persona indeterminada. Además, es imposible entender los derechos de la institución fiduciaria como los de un propietario, porque no tiene ni el uso ni el abuso ni el derecho a los frutos, ni ingresa jamás el bien fideicometido al patrimonio de las fiduciarias. Como dice Lepaulle "el trustee no tiene sino el ejercicio de ciertos derechos del propietario en ciertas condiciones y jamás tiene su goce. En cuanto a ese ejercicio, no está limitado por el contenido del derecho de propiedad, sino por la afectación que le ha sido dada al patrimonio que se la ha confiado". (Tratado Teórico y Práctico de los Trust, pág. 343).

En el proyecto del Código de Comercio se ha reglamentado el fideicomiso diciendo que los bienes fideicometidos constituyen un patrimonio autónomo afectado al fin del fideicomiso, y que por éste, el fideicomitente transmite la titularidad de un derecho al fiduciario, ya que el fiduciario no es propietario sino titular, y por titular debe entenderse una cualidad jurídica de una persona o el poder de ésta sobre un derecho o derechos. Comparto la opinión de Rodolfo Batiza en el sentido de que el término titularidad no tiene una definición legislativa o jurisprudencial que delimite su alcance y contenido. Aun cuando en la práctica resulta útil, no son lo mismo titularidad y propiedad. La explicación que sobre este problema ofrece Batiza parece satisfactoria:

> "'Lo que en realidad ocurre, es que ha pasado inadvertido el hecho, o se le ha desconocido deliberadamente, de que al adaptarse el fideicomiso en nuestro sistema legal no sólo se ha reglamentado una institución jurídica nueva, sino que correlativamente se ha trasplantado con ella un nuevo concepto de la propiedad. Este concepto, creación original del derecho inglés a través de siglos de evolución y como resul-

tado de la coexistencia de dos diversas clases de tribunales, rivales en un principio y complementarios después, carece de equivalencia en nuestras concepciones tradicionales. La única actitud realista y razonable, por tanto, es reconocer que el fideicomiso ha producido, más aún, presupone, un desmembramiento del derecho de propiedad, un nuevo derecho real con caracteres distintivos propios, lo que podría denominarse "propiedad fiduciaria", cuya reglamentación rebasa el marco de las leyes mercantiles y que corresponde estrictamente al Código Civil. Establecidas en éste las bases de la "propiedad fiduciaria", al lado de los derechos reales ya consagrados, no habrá necesidad alguna de recurrir, para caracterizar al mecanismo peculiar del fideicomiso y al derecho de naturaleza especial que transfiere, a un término de contenido y alcance tan imprecisos". (El Fideicomiso, págs. 133 a 135).

Un error frecuente es el de considerar que el fideicomiso no tiene o puede no tener carácter contractual, puesto que el fideicomiso puede ser constituido por testamento y, además, la ley prevé que si no fuere posible la sustitución del fiduciario, este "cesará" y obviamente no puede cesar aquello que no existe. Los que sostienen este error estiman que basta la voluntad unilateral del fideicomitente para la constitución del fideicomiso, aun en actos intervivos. El padre del fideicomiso latinoamericano, Dr. Alfaro, explicó:

"El fideicomiso, según el espíritu del proyecto, es ni más ni menos un contrato tripartito cuya consumación depende del consentimiento que a su debido tiempo debe dar cada una de las partes. Claro es que se trata de un convenio sui generis que tiene diferencias notables con la mayoría de los contratos sinalagmáticos definidos por el Código Civil. Mas si la característica esencial de los contratos es el producir entre las partes derechos y oligaciones recíprocos, esa característica no falta en el fideicomiso, constituido el cual surgen tales derechos y obligaciones entre el fiduciario y el fideicomisario o el fideicomitente o ambos".

La anterior cita es de Batiza, en la página 36 de su obra "Principios Básicos del Fideicomiso", quien agrega:

"La naturaleza contractual del fideicomiso, incluso su categoría específica dentro de ese género como contrato bilateral, sinalagmático perfecto, recibe confirmación adicional, si ello fuera necesario, por la existencia de la condición resolutoria tácita según la cual, en los términos del Código Civil, "'La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, ... En los términos del artículo 138 de la ley bancaria, si la institución fiduciaria no rinde las cuentas de su gestión al ser requerida, o si es declarada judicialmente culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes fideicometidos, el fideicomisario, sus representantes legales, o el fideicomitente (si se reservó ese derecho), podrán pedir su remoción, ... el legislador mismo reconoció indirectamente la naturaleza contractual del fideicomiso, ya que al referirse en la Exposición de Motivos de la ley a las operaciones de crédito (dentro de las cuales está reglamentada la institución) indica que no es sólo una necesidad analítica la que ha hecho incluir en la nueva ley diversas "formas contractuales"; y que no se limitan, por supuesto, las formas particulares de contratación..."

Aspectos fiscales del fideicomiso

La nueva Ley del Impuesto sobre la Renta, en vigor desde el 1o. de enero de 1981, en su capítulo de Disposiciones Generales, regula los casos en que a través de un fideicomiso se realicen actividades empresariales (comerciales, industriales, agrícolas, ganaderas y pesqueras), caso en el cual la Fiduciaria deberá determinar la utilidad fiscal de dichas actividades y cumplir "por cuenta del conjunto de los fideicomisarios las obligaciones señaladas en esta ley, incluso la de efectuar pagos provisionales". Son en rigor los fideicomisarios quienes en última instancia soportan la carga fiscal, pues éstos deben acumular a sus ingresos en el ejercicio, la parte de utilidades que les corresponda en la operación del fideicomiso o deducir las pérdidas y "pagarán —dice la ley— individualmente el impuesto del ejercicio y acreditarán proporcionalmente el monto de los pagos provisionales efectuados por el fiduciario". Cuando los fideicomisarios sean personas físicas, considerarán las utilidades como ingresos por actividades empresariales, y para determinar la participación en las utilidades o en las pérdidas, se atenderá la fecha de terminación del ejercicio fiscal que para el efecto manifieste la Fiduciaria, la cual deberá presentar un aviso ante las autoridades fiscales, dentro de los tres meses siguientes al término del ejercicio, informando las bases para la distribución o pérdidas entre los fideicomisarios. La ley, además de obligar a las fiduciarias a hacer las determinaciones de utilidades fiscales y de hacer pagos provisionales, establece que los fideicomisarios responderán a su vez, por el incumplimiento de las obligaciones que por su cuenta deba cumplir la Fiduciaria. Dicho de otra manera, para efectos fiscales en el renglón de Impuestos sobre la Renta, en los fideicomisos los verdaderos causantes vienen a ser los fideicomisarios, que no pueden ser otra cosa que personas físicas o morales, con las responsabilidades señaladas para las fiduciarias. En mi opinión, en el caso de que no hubiera fideicomisario determinado, las fiduciarias son las responsables.

Por su parte, la Ley del Impuesto al Valor Agregado, en vigor a partir del 1o. de enero de 1980, que abrogó la Ley Federal del Impuesto sobre Ingresos Mercantiles, y que grava toda clase de enajenación de bienes, prestación de servicios independientes, uso o goce temporal de bienes o importación de bienes o servicios, y la Ley del Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles, que derogó la Ley General del Timbre, establecen que quedan gravadas las ena-

jenaciones que se realicen a través de fideicomisos, remitiendo al Código Fiscal de la Federación para saber cuando estamos frente a una enajenación. Por su parte, el Código Fiscal de la Federación fue reformado para establecer que para efectos impositivos se considera que existe enajenación a través del fideicomiso (tanto de muebles como inmuebles según la remisión apuntada), en los siguientes casos:

1) En el acto de la constitución del fideicomiso si se designa fideicomisario diverso del fideicomitente y siempre que éste no tenga derecho a readquirir del Fiduciario los bienes;

2) En el acto en que el fideicomitente pierda el derecho de readquirir los bienes del Fiduciario, si al constituirse el fideicomiso se hubiera establecido tal derecho;

3) En el acto de designar fideicomisario, si éste no se designa al constituirse el fideicomiso, siempre que dicha designación no recaiga en el propio fideicomitente;

4) En el acto en que el fideicomisario designado ceda sus derechos o dé instrucciones al Fiduciario para que trasmita la propiedad de los bienes a un tercero. En este caso se considerará que el fideicomisario adquiere los bienes en el acto de su designación y que los enajena en el momento de ceder sus derechos o dar dichas instrucciones, y

5) En el acto en que el fideicomitente ceda sus derechos si entre éstos se incluye el de que los bienes se trasmitan a su favor.

Antes de la entrada en vigor de estas leyes el fideicomiso causaba el Impuesto del Timbre cuando se afectaba un bien inmueble y cuando se cedían los derechos del fideicomitente o del fideicomisario, exceptándose los fideicomisos de administración, de garantía o testamentarios, y se causaba el Impuesto sobre Traslación de Dominio de bienes inmuebles cuando se afectaban en fideicomiso para su enajenación al fideicomisario y cuando no se trasmitía la propiedad al Fiduciario, disposición incorrecta porque la trasmisión de la propiedad al Fiduciario no depende de las estipulaciones del acto constitutivo, sino de la naturaleza de la institución.

Cabe advertir que la reforma del Código Fiscal a que me he referido, no fue sino la traslación de la antigua disposición contenida en la Ley del Impuesto sobre la Renta para gravar los ingresos obtenidos por la enajenación de inmuebles y que se le dio la generalidad que también he mencionado.

La antigua Ley del Impuesto sobre la Renta obligaba a examinar la causa y la naturaleza del ingreso y la calidad del fideicomisario, estableciendo que eran sujetos del impuesto "las unidades económicas sin personalidad jurídica" (el fideicomiso), y la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal establece que son causantes del Impuesto sobre Productos de Capital, las personas físicas o jurídicas que tengan derecho a obtener ingresos por concepto de intereses y demás percepciones en los casos de fideicomisos, aun cuando el pago se haga por conducto de instituciones de crédito.

Por último, antiguamente la Ley del Impuesto sobre la Renta eximía del

pago de ese impuesto, los rendimientos de fondo entregados en fideicomiso para establecimientos de enseñanza pública o privada, instituciones de beneficencia y agrupaciones organizadas con fines científicos, políticos, religiosos, culturales y deportivos, o bien, al otorgamiento de pensiones y jubilaciones al personal de empresas, previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en este último caso. Actualmente son deducibles para efectos del pago del Impuesto sobre la Renta, las reservas que se constituyan para fondos o pensiones de personal, que se constituyan en fideicomiso, siempre que se creen y calculen con los requisitos que fija la Ley.

Es importante tener presente el artículo 14 del Código Fiscal de la Federación, que enumera los casos de responsabilidad solidaria en los créditos fiscales, porque su fracción X establece la responsabilidad solidaria de las instituciones de crédito autorizadas para llevar a cabo operaciones fiduciarias respecto de los créditos fiscales que se hubieran causado por los ingresos derivados de la actividad u objeto del fideicomiso, responsabilidad solidaria limitada, como expresa la ley, "hasta donde alcancen los bienes fideicometidos", así como por los avisos y declaraciones que deben presentar los causantes con quienes operen en relación con dichos bienes fideicometidos. Agrega la fracción en cita que la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, en auxilio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, vigilará el exacto cumplimiento de esta disposición. Queda pues establecido que la responsabilidad fiscal solidaria de las fiduciarias no incluye los bienes propios de éstas, sino sólo comprende los patrimonios en fideicomiso, hasta donde éstos alcancen, y se extiende dicha solidaridad al cumplimiento de las obligaciones de dar avisos o presentar declaraciones que corresponde a los fideicomisarios, que como se ha visto, son los verdaderos causantes.

Relaciones laborales en el fideicomiso

Por disposición de la fracción XIV del Artículo 45 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, el personal que las Instituciones fiduciarias utilice directa y exclusivamente para el desempeño de fideicomisos "no formará parte del personal de la institución, sino que, según los casos, se considerará al servicio del mandante o comitente *o del patrimonio dado en fideicomiso*". Agrega esta fracción que sin embargo, cualesquiera derechos que asistan a esos trabajadores conforme a la Ley, los ejercitarán contra la institución fiduciaria, la que, en su caso, para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte, *"afectará en la medida que sea necesaria los bienes materia del fideicomiso"*, de acuerdo con la contabilidad especial que en cada caso deben abrir las instituciones fiduciarias por cada contrato de fideicomiso. Cabe mencionar que la fracción III de ese mismo artículo es explícita en el sentido de que los bienes fideicometidos en ningún caso estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo.

La anterior disposición ha originado que algunos afirmen que, para efectos laborales, el fideicomiso sí tiene personalidad puesto que en estos casos el patrón viene siendo el patrimonio en fideicomiso. Creo que no se debe ir tan lejos, y que lo correcto es afirmar que el patrón es la institución fiduciaria, pero sólo en tanto titular del fondo fiduciario. En la práctica judicial suele demandarse conjuntamente a la institución fiduciaria y al fideicomiso mismo equivocadamente, porque la Ley es explícita en el sentido de que a quien se debe demandar es a la fiduciaria, la cual únicamente responderá hasta donde alcance el patrimonio fideicometido. Sin embargo, este problema nos lleva al otro que he apuntado como digno de estudio, que es el de dotar selectivamente a los fideicomisos de personalidad jurídica plena, como ocurre con las fundaciones de asistencia privada, de tal manera que, como dice Lepaulle, el Gerente o administrador fuese la fiduciaria, los estatutos constatarían en el acto constitutivo y los terceros protegidos por una inscripción en un registro o en una determinada publicidad, siendo el Ministerio Público el encargado de la vigilancia de los fideicomisos en provecho de los incapaces. En apoyo de esta teoría dice Lepaulle: "Se advierte que el trust funciona como si fuese una persona moral: universalidad de bienes que constituyen un patrimonio enteramente separado de todo otro patrimonio regido por la "carat" que ha determinado su afectación y su método de administración, cuya gestión estará a cargo de una o más personas físicas o morales que tendrán todas las facultades de administración y de disposición necesarias para la relización del objeto previsto, con toda una serie de derechos y de obligaciones que permitan a los beneficiarios la protección de sus intereses respecto de los gerentes e igualmente en relación con terceros, en toda la medida en que la seguridad de las transacciones lo permita". (Tratado Teórico Práctico de los Trust, pág. 343).

Fideicomisos de la Administración Pública Federal

A continuación se examina el Decreto por el que se establecen bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal, promulgado por el Ejecutivo Federal el 10 de enero de 1979, publicado en el Diario Oficial No. 40, tomo CCCLII, del 27 de febrero de 1979, en vigor al día siguiente de su publicación.

En el proemio del Decreto se dice que el Ejecutivo Federal, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 89, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tuvo a bien expedir dicho Decreto.

Se mencionan, como fundamento para la expedición del Decreto, los siguientes dispositivos legales:

1) El artículo 49 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que precisa que los fideicomisos de que habla la propia ley serán los que se establezcan por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, como

fideicomitente único de la Administración Pública Descentralizada, así como los que se creen con recursos de las entidades a que alude el artículo 3o. de ese propio cuerpo legal, que son los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones de seguros y de fianzas y los fideicomisos. Este mismo precepto legal dispone que el fideicomitente deberá recabar autorización previa de la Secretaría de Estado o Departamento Administrativo encargado de la coordinación del sector correspondiente para la integración de los Comités Técnicos, y que en todos los casos un representante del fideicomitente, cuando menos, formará parte del Comité Técnico. Esta última disposición se repite en el artículo octavo del Decreto, el cual añade que, además del representante del coordinador del sector, habrá otro de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y uno permanente de la fiduciaria que concurrirá con voz pero sin voto. El segundo párrafo del artículo octavo añade que no habiendo determinación respecto de la Presidencia del Comité Técnico, ésta se entenderá conferida al representante o a uno de los representantes de la dependencia que actúe como coordinador del sector, al cual se le deberá de atribuir voto de calidad para el caso de empate.

2) Otro fundamento del Decreto es el artículo 9o. de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, que establece que sólo se podrán constituir o incrementar fideicomisos en los que el fideicomitente sea el Gobierno Federal, el Departamento del Distrito Federal, los organismos descentralizados o las empresas de participación estatal mayoritaria, con autorización del Presidente de la República, emitida por conducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto, la que en su caso propondrá al propio Ejecutivo Federal la modificación o disolución de los mismos cuando así convenga al interés público. En este mismo artículo se dispone que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público será la fideicomitente única del Gobierno Federal. El contenido de esta disposición se menciona en el considerando tercero del Decreto, y en el artículo segundo, párrafo primero del mismo. Cabe mencionar que en el Decreto se añade, en el párrafo segundo del artículo segundo, que en los contratos respectivos o en sus modificaciones la Secretaría de Hacienda deberán precisar los fines del fideicomiso, así como sus condiciones y términos, siguiendo las instrucciones del Ejecutivo Federal, dictadas a través de la Secretaría de Programación y Presupuesto. En el párrafo tercero del artículo segundo, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público queda obligada a cuidar que en los contratos queden debidamente precisados los derechos y acciones que corresponda ejercer al fiduciario sobre los bienes fideicomitidos (sic), las modificaciones que establezca el fideicomitente o que se deriven por derechos de terceros, así como los derechos que éste se reserve y las facultades que fije en su caso al Comité Técnico.

3) Otro fundamento del Decreto es el artículo 17 de la Ley de Deuda Pública, que dispone que el Ejecutivo Federal y sus dependencias sólo podrán contratar financiamientos a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y que los fideicomisos de que vengo hablando sólo podrán contratar

financiamientos con la autorización previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Esta disposición se encuentra repetida en el artículo once del Decreto, el cual añade que además del dictamen del Comité Técnico el Delegado Fiduciario General deberá presentar a la Secretaría de Hacienda los proyectos y programas de actividades que requieran de financiamiento, y que estas solicitudes de contratación de financiamiento deberán considerarse por las fiduciarias dentro del programa financiero general que presenten las propias instituciones. En este artículo once se dispone que la Secretaría de Hacienda se abstendrá de autorizar financiamientos para los programas de actividades cuando éstos, apoyados con tales financiamientos, no estén comprendidos en los planes y presupuestos debidamente aprobados.

4) Sirve de fundamento, asimismo, el artículo 19 de la propia Ley de Deuda Pública, que también dispone que los fideicomisos no comprendidos dentro del Presupuesto de Egresos de la Federación requieren autorización previa y expresa de la Secretaría de Hacienda para la contratación de toda clase de financiamientos. Esta autorización sólo podrá comprender aquellos financiamientos incluidos dentro del programa de deuda, salvo el caso de los que se obtengan para fines de regulación monetaria.

5) Otro fundamento del Decreto es el artículo 26 de la Ley General de Deuda Pública, que dispone que la Secretaría de Hacienda mantendrá el registro de las obligaciones financieras constitutivas de deuda pública que asuman los fideicomisos, en el que se anotarán el monto, características y destino de los recursos captados en su forma particular y global. En este artículo se obliga a la Secretaría de Hacienda a publicar en forma periódica los datos de deuda pública, consignando todos aquellos que resulten significativos para su mejor comprensión.

6) También sirven de fundamento al Decreto los artículos 44, 45, fracción IV, y 46 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, que respectivamente regulan las operaciones de las instituciones de crédito concesionadas como fiduciarias, el nombramiento de Delegados Fiduciarios, Gerentes, Directores, Comités Técnicos y prohibiciones a las instituciones o departamentos fiduciarios.

El Decreto que se está estudiando tiene siete considerandos que puedan resumirse como sigue:

1) Los fideicomisos del Gobierno Federal son auxiliares del Poder Ejecutivo en el desempeño de su tarea administrativa.

2) Las leyes facultan a la Secretaría de Programación y Presupuesto para constituir, incrementar, extinguir y modificar dichos fideicomisos, así como sugerir su estructura y bases de organización y operación.

a) La Secretaría de Hacienda y Crédito Público debe otorgar los contratos de fideicomiso y fijar en ellos los términos a que debe someterse la encomienda fiduciaria.

4) La Secretaría de Hacienda y Crédito Público debe elaborar el programa financiero del sector público y autorizar a los fideicomisos para contratar créditos cuidando que sus recursos se destinen a la realización de proyectos, actividades y empresas que apoyen los planes de desarrollo económico y social, y vigilar que la capacidad de pago de las entidades sea suficiente para cubrir los compromisos.

5) Que de acuerdo con el programa de la reforma administrativa conviene reglamentar estos fideicomisos para lograr una mayor coordinación de las dependencias y entidades que deben participar en la realización de los fines de los fideicomisos, proteger los intereses patrimoniales de la Nación y asegurar el cabal cumplimiento de la encomienda fiduciaria.

6) Que es responsabilidad de las fiduciarias el cumplimiento de los fines de los fideicomisos, así como el cuidado y vigilancia de los bienes afectos a los mismos, por lo que se hace indispensable regular las actividades de las personas que intervienen en su administración.

7) Y, por último, que es conveniente precisar la posición de las instituciones fiduciarias con motivo de la ejecución de los acuerdos de los Comités Técnicos.

COMENTARIO: Los anteriores considerandos no hacen sino reiterar disposiciones contenidas en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, la de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiilares, Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público y Ley de Deuda Pública.

Amerita especial comentario el contenido de los considerandos seis y siete, el primero porque no es sino la repetición de la definición de fideicomiso contenida en el artículo 346, y la disposición contenida en el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (obligación de las fiduciarias de cumplir el fideicomiso y de cuidar y vigilar los bienes de los mismos), y el segundo porque se refiere a la posición de las fiduciarias con motivo de la ejecución de los acuerdos de los Comités Técnicos, en particular de la frase final del párrafo tercero de la fracción IV del artículo 44 de la Ley Bancaria, que dice que cuando la institución fiduciaria obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este Comité, estará libre de toda responsabilidad. La opinión doctrinal generalizada y recogida en el Decreto, sin embargo, es la de que la fiduciaria no debe cumplir resoluciones del Comité Técnico que dicte en exceso o fuera de las facultades que se le hayan otorgado. Esto está recogido en el Decreto que se comenta, artículo noveno, párrafo segundo.

No aparecen, por supuesto, en los considerandos, las dos razones que, en mi opinión, motivaron la expedición del Decreto. Estas son, por orden de importancia, las siguientes:

a) La necesidad de reiterar, dentro de la administración pública, que un fideicomiso es un contrato cuya realización se encomienda a una institución fiduciaria, la cual es la responsable de realizar sus fines, y

b) La conveniencia de insistir en que los Delegados Fiduciarios, Gerentes o Directores de fideicomisos tienen que actuar con estricto apego a las decisiones de las instituciones fiduciarias que desempeñan los fideicomisos.

Las dos consideraciones anteriores han sido y son tomadas en cuenta, invariablemente, por las instituciones fiduciarias en el desempeño de los fideicomisos, aun cuando cabe consignar que en los fideicomisos privados no existen ni Delegados Fiduciarios Especiales, ni Gerentes, ni Directores, pues estas designaciones han correspondido casi de manera exclusiva a las necesidades de los fideicomisos del sector público, indebidamente llamados de "administración propia" y cuyo correcto desempeño es otro de los fines que se persiguen con la expedición del Decreto que se comenta.

A continuación analizaré su articulado:

Artículo 1º—Este artículo pretende definir el alcance del Decreto, diciendo que éste tiene por objeto establecer bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal. Aquí es pertinente preguntar ¿son de naturaleza jurídica distinta los fideicomisos establecidos por el Gobierno Federal? ¿El Decreto que se comenta permite llegar a la conclusión de que los fideicomisos públicos tienen características que permitan concluir que tienen una estructura jurídica distinta de los demás fideicomisos?

En mi opinión, la respuesta es negativa y, por el contrario, el Decreto que vengo comentando permite llegar a la conclusión de que todos los fideicomisos tienen una naturaleza jurídica idéntica y que el Decreto López Portillo ratifica y reitera esta afirmación, imponiendo, para satisfacer las necesidades antes apuntadas, ciertas modalidades a los constituidos por la administración pública federal, para lograr mayor coordinación interna entre la propia administración pública, cuidar los intereses económicos del Gobierno Federal y asegurar *"el cabal desempeño de la encomienda fiduciaria"*, como dice el sexto considerando del Decreto y como se desprende del subsecuente análisis.

El *artículo segundo* del Decreto reitera lo que ya hemos comentado de que conforme a la autorización que dé el Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto, en la que se establecerán los fines y características generales del fideicomiso, la Secretaría de Hacienda será la encargada de constituir y "contratar" los los fideicomisos del Gobierno Federal. En mi opinión, es feliz la expresión empleada por el Decreto, puesto que comparto el criterio sustentado por algunos autores, entre ellos Rodolfo Batiza, en el sentido de que el fideicomiso tiene naturaleza contractual, bilateral y sinalagmática.

El párrafo segundo es importante porque dispone que en los mencionados contratos la Secretaría de Hacienda debe precisar los fines, condiciones y términos de los fideicomisos, apegándose a las instrucciones del Ejecutivo Federal, dictadas a través de la Secretaría de Programación y Presupuesto. Esta disposición tiene relevancia porque, en efecto, en algunas ocasiones no quedan rigurosamente precisados los fines de los fideicomisos ni sus términos y condiciones.

El párrafo final de este artículo es el más importante del mismo porque impone a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público el deber de cuidar que

en los contratos queden debidamente precisados los derechos y acciones que corresponda ejercer al fiduciario sobre los bienes fideicometidos, las limitaciones que establezca el fideicomitente o que deriven de derechos de terceros, así como los derechos que éste se reserve y las facultades que fije en su caso al Comité Técnico. Como es sabido, la ley dispone que la fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requiran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto al constituirse el mismo, según lo dispone el artículo 356 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. Además, esta disposición está reiterada en la fracción XI del artículo 45 de la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares que dice que la fiduciaria tendrá las facultades que expresamente se hayan consignado en el acto constitutivo del fideicomiso, de donde resulta que el párrafo del dispositivo legal que comentamos es una repetición de la ley, pero además una instrucción a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para que cuide que estos derechos y acciones queden debidamente precisados. Por lo que es refiere a las facultades del Comité Técnico, de ninguna manera puede entenderse que éstas puedan ser otras que las necesarias para la consecución del fin del fideicomiso, ya que el párrafo segundo del artículo 351 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito dispone que los bienes que se dan en fideicomiso se consideran afectos al fin a que se destinan, y en consecuencia, sólo pueden ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran. *De esta manera los Comités Técnicos pueden tener las más amplias facultades, siempre que estén orientadas al cumplimiento de los fines del fideicomiso.* El cumplimiento de esta disposición, por parte de la Secretaría de Hacienda, permitirá a las instituciones fiduciarias del Gobierno Federal un mejor desempeño.

El *artículo tercero* del Decreto prevé los casos en que la Secretaría de Programación y Presupuesto o el Cordinador de sector propongan la modificación o extinción de los fideicomisos del Gobierno Federal. En estos casos se introduce la novedad de que la Secretaría de Programación y Presupuesto deberá recabar previamente la opinión de la Coordinación General de Estudios Administrativos y de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en su calidad de fideicomitente, entidades éstas que deberán emitirla en un plazo que no excederá de 30 días contados a partir de la fecha en que les fuere solicitado. Aun cuando el artículo no dice expresamente que el Coordinador del sector esté obligado también a obtener las opiniones mencionadas de la Coordinación General de Estudios Administrativos y de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, cuando a su juicio fuese necesaria la modificación o extinción de los fideicomisos, es lógico suponer que en tal caso el Coordinador del sector deberá ocurrir a la Secretaría de Programación y Presupuesto para someter a la consideración del Ejecutivo Federal la modificación o extinción de que se trate. Esta opinión queda robustecida por lo dispuesto en el artículo cuarto del acuerdo de enero de 1977, por el que las entidades de la administración pública paraestatal quedaron agrupadas por sectores, a efecto de que sus relaciones con el Ejecutivo Federal se realicen a través

de la Secretaría de Estado o departamento administrativo que se determine. Dicho artículo cuarto establece que la Secretaría de Programación y Presupuesto, a propuesta o previa opinión del Coordinador del sector, someterá a la consideración del Ejecutivo Federal la modificación de la estructura y operación de las entidades de cada sector, y la iniciativa para fusionar o disolver y liquidar las entidades que no cumplan sus fines o cuyo funcionamiento no sea conveniente.

El *artículo cuarto* establece para las instituciones fiduciarias la obligación de recabar la opinión favorable del Comité Técnico o de Distribución de Fondos, cuando requiera contratar personal dedicado exclusivamente al cumplimiento del fideicomiso.

Además, las propias fiduciarias, a través de un Delegado Fiduciario General, dentro de los seis meses siguientes a la constitución o modificación de los fideicomisos, deben someter a la consideración de la dependencia encargada de la coordinación del sector los proyectos de estructura administrativa o las modificaciones que se requieran, la cual, a su vez, presentará los proyectos a la Secretaría de Programación y Presupuesto, para que ésta someta al Ejecutivo Federal los proyectos previa opinión de la Coordinación General de Estudios Administrativos.

El *artículo quinto* del Decreto, por su importancia, amerita transcribirlo literalmente: *"La institución fiduciaria será la responsable de realizar los fines del fideicomiso y de asumir el cumplimiento de las obligaciones legales y de las estipulaciones contractuales"*. Por supuesto, este mandamiento está perfectamente de acuerdo con la estructura mexicana del fideicomiso, cuya definición, contenida en el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es precisamente la afectación de bienes a un fin lícito determinado, encomendada la realización de este fin a una institución fiduciaria. Por consiguiente, el artículo quinto transcrito reitera que es precisamente la fiduciaria la responsable de ejecutar el fideicomiso, que esta responsabilidad es indelegable y que la asunción de las obligaciones legales y de las estipulaciones contractuales de los fideicomisos le corresponden plenamente a las fiduciarias, las cuales obviamente no podrán desentenderse ni derivar esas responsabilidades en tanto esté vigente el fideicomiso. Este artículo, por último, faculta a las fiduciarias para tomar todas las providencias que fueren necesarias, para el debido y puntual cumplimiento del mandato fiduciario, *so pena de incurrir en incumplimiento del contrato con las responsabilidades inherentes.*

También resulta importante la limitación en los mandatos que debe otorgar la fiduciaria para auxiliarse en el cumplimiento de las funciones que tiene encomendadas, establecida en el *artículo sexto.* De acuerdo con esto, Hacienda deberá precisar las facultades que se trasmitan cuidando que las mismas no incluyan poderes que impliquen la expresión de voluntad de mandar o decisión. En ningún caso se otorgarán facultades de sustitución de los mandatos, salvo que se trate de mandatos para pleitos y cobranzas. Aquí lo que está haciendo el Decreto es subrayar la indelegabilidad de la encomienda fiduciaria.

De la máxima importancia, porque es otra de las razones importantes que

tuvo el Ejecutivo Federal en cuenta para la expedición del Decreto, es el *artículo séptimo* del mismo que, en primer lugar, impone a los Delegados Fiduciarios, Directores o Gerentes de los fideicomisos la obligación de ejercitar los derechos y obligaciones que les correspondan, con apego a las determinaciones de la fiduciaria, y además, los obliga a:

> "I.—Someter a la previa consideración de la institución que desempeñe el cargo de fiduciaria, los actos, contratos y convenios de los que resulten derechos y obligaciones para el fideicomiso o para la propia institución; II.—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; III.—Consultar con la debida anticipación a la fiduciaria los asuntos que deban tratarse en las reuniones del comité técnico, con la documentación respectiva; IV.—Informar a la fiduciaria acerca de la ejecución de los acuerdos del comité técnico, así como al propio comité técnico; V.— Presentar mensualmente a la fiduciaria, la información contable requerida para precisar la situación financiera del fideicomiso; VI.—Cumplir con los demás requerimientos que le fija la fiduciaria."

Además de estas obligaciones, los Delegados Fiduciarios Especiales deben proporcionar al Coordinador del sector la información a que se refieren las fracciones transcritas.

Por último, incurrirán en responsabilidad cuando actúen en exceso de las facultades que se les hayan otorgado.

Estas obligaciones de los Delegados Fiduciarios, Directores o Gerentes de fideicomisos, como puede desprenderse de su simple lectura, no es sino consecuencia lógica del principio general de que son las fiduciarias quienes deben desempeñar el cometido fiduciario, y de la autorización legal para que ejerciten sus facultades por medio de funcionarios de cuyos actos responden directa e ilimitadamente. La sujeción de la actividad de éstos a las determinaciones de la fiduciaria es, en consecuencia, perfectamente lógica. Resultaría imposible para las fiduciarias ejecutar por sí mismas todos y cada uno de los actos referentes a la administración de los fideicomisos. La circunstancia de que la Comisión Nacional Bancaria pueda vetar en todo tiempo la designación de Delegados Fiduciarios, revela que la intención de esa delicada misión de manejar recursos ajenos, nuestras leyes quieren que se encomienden a personas de una insospechable solvencia moral y elevado sentido de responsabilidad.

Aun cuando la obligatoriedad de lo dispuesto en el *artículo séptimo* que se comenta permanezca con todo su vigor y fuerza, se haga o no mención a él en los contratos de fideicomiso, en mi opinión, las instituciones fiduciarias o la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con el artículo segundo transitorio del Decreto, al hacer los ajustes correspondientes a los contratos de fideicomiso debieran proponer la modificación pertinente en éstos

para que se incluyese el texto del artículo séptimo en los contratos de fideicomiso, de tal manera que sus obligaciones puedan ser fácilmente conocidas y cumplidas por los funcionarios que tienen a su cargo tal deber.

El *artículo octavo* del Decreto dispone que en los Comités Técnicos siempre estará, por lo menos, un representante del Coordinador del sector y otro de la Secretaría de Hacienda. Dispone también que la institución fiduciaria deberá mantener un representante permanente en los Comités Técnicos, que concurrirá con voz pero sin voto. Como se sabe, los Comités Técnicos como órganos del fideicomiso, de acuerdo con nuestra ley, se asemejan a los consejos de vigilancia y de administración de las sociedades anónimas, y en los actos constitutivos de los fideicomisos o en sus reformas, los fideicomitentes pueden prever su formación, dar reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. La intención del artículo que comento, acorde con todo el espíritu del Decreto, es que las fiduciarias mantengan un representante en esos órganos de los fideicomisos, cuya opinión seguramente podrá ser útil para la toma de decisiones de los Comités Técnicos.

El párrafo segundo del artículo octavo que comento, dispone que cuando haya indeterminación sobre la Presidencia del Comité, la misma se entenderá conferida al representante o a uno de los representantes de la dependencia que actúa como Coordinador del sector, con voto de calidad.

El *artículo noveno* establece una regla muy importante para los contratos de fideicomiso, que es la de que en ellos deben precisarse las facultades que la Secretaría de Hacienda fije al Comité Técnico, indicando cuales asuntos requerirán de la aprobación del mismo, para el ejercicio de las acciones y derechos que corresponden al fiduciario, entendiéndose que las facultades del cuerpo colegiado constituyen limitaciones para la institución fiduciaria. Esto significa que aun cuando la fiduciaria, por disposición de las leyes mercantiles, como ya lo hemos visto, tiene todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las limitaciones que se establezcan al efecto al constituirse el mismo, deberán entenderse limitadas sus facultades precisamente en la medida en que se encuentren conferidas a los Comités Técnicos.

Con toda fortuna, sin embargo, el párrafo segundo del artículo que comento dispone que *la institución fiduciaria deberá abstenerse de cumplir las resoluciones que el Comité Técnico dicte en exceso de las facultades expresamente fijadas*, o en violación de las cláusulas del contrato de fideicomiso, debiendo responder ante los fideicomitentes o fideicomisarios de los daños y perjuicios que se causaren, en caso de ejecutar actos en acatamiento de acuerdos dictados en exceso de dichas facultades o en violación al citado contrato.

Al hacer los ajustes a los contratos de fideicomiso, de que ya he hablado, debiera incluirse una cláusula que recogiera lo anterior.

Hay un caso de excepción previsto en el último párrafo del artículo noveno, que es el de que para el cumplimiento del fideicomiso se requiera realizar *actos urgentes* cuya omisión pueda causar perjuicios, caso en el cual si no es posible reunir al Comité Técnico, la fiduciaria procederá a consultar al Coordinador del sector, quedando facultada para ejecutar actos que éste autorice. Debe entenderse, por supuesto, que en estos casos la fiduciaria obra libre de cualesquiera responsabilidad.

Los proyectos anuales de presupuestos de los fideicomisos, conforme al *artículo décimo* del Decreto, debidamente firmados por un Delegado Fiduciario General, deberán presentarlo las instituciones fiduciarias a la Secretaría de Programación y Presupuesto, a través y con la conformidad de la dependencia coordinadora respectiva.

El *artículo once* recoge lo dispuesto en los artículos 17 de la Ley de Deuda Pública y 110 de la de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, en el sentido de que el Ejecutivo Federal y sus dependencias sólo podrán contratar financiamientos a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y que los créditos sólo se podrán concertar para financiar programas incluidos en los presupuestos. Por otra parte, este artículo dispone que las solicitudes de contratación de financiamientos deberán considerarse dentro del *programa financiero general de las fiduciarias*, y reitera la prohibición a Hacienda de autorizar financiamientos para programas que no estén comprendidos en planes y presupuestos debidamente aprobados.

Además, los *Delegados Fiduciarios Generales*, habiendo obtenido el dictamen relativo del Comité Técnico, deberán presentar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público los proyectos y programas de actividades que requieran de financiamiento, y obtener de la propia Secrtearía de Hacienda autorización escrita para gestionar y contratar cualquier clase de crédito.

Por último, como ya he dicho, en este artículo 11 que vengo comentando, se impone a la Secretaría de Hacienda la prohibición de autorizar financiamientos para los programas de los fideicomisos, cuando no estén comprendidos tales programas en los planes y presupusetos debidamente aprobados. Esta prohibición es una repetición casi textual del artículo 21 de la Ley de Deuda Pública y por lo tanto resulta verdaderamente innecesaria (el artículo 21 de la Ley de Deuda Pública dice: "La Secretaría de Hacienda y Crédito Público se abstendrá de autorizar financiamientos a favor de las entidades a que se refiere este capítulo cuando los programas de actividades, apoyados total o parcialmente con dichos financiamientos, no estén comprendidos en los planes y presupuestos aprobados").

También resulta innecesario, por repetitivo, *el artículo doce* del Decreto. En efecto, en él se dispone que la Secretaría de Hacienda podrá determinar en los fideicomisos del Gobierno Federal si la fiduciaria debe o no dar los avisos a que se refiere la fracción IX del artículo 45 de la Ley General de Instituciones de Crédito, sin perjuicio de la obligación de llevar el registro especial a que la misma fracción se refiere. Esta fracción dispone que las fiduciarias darán aviso al fideicomisario, en el término de las 48 horas siguientes a su cobro de:

a) Toda percepción de rentas, frutos o productos de liquidación que realice la institución en el cumplimiento del fideicomiso, y

b) Toda operación de inversión, adquisición o sustitución de bienes.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

La fracción IX del artículo 45 citado, dispone que cuando lo establezca así el fideicomitente, puede suprimirse esta notificación, caso en el cual, dentro del mismo plazo de 48 horas, deberá la institución inscribir la operación en un registro especial que llevará con carácter secreto. Como se ve, era innecesario que el Decreto otorgase a la fideicomitente la facultad de determinar la supresión de las notificaciones que se han comentado.

Por el contrario, muy importante y novedoso resulta lo dispuesto por el *artículo 13*, que establece la regla general de que las funciones de vigilancia de los fideicomisos gubernamentales deben cordinarse con la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, pues aun cuando la inspección y vigilancia de las instituciones de crédito está encomendada a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, no existía una disposición expresa para que esta vigilancia se coordinase con esta Institución. Además, el párrafo 2º del artículo 13 dispone que, independeintemente de esta coordinación, las instituciones fiduciarias *establecerán los sistemas de auditoría interna que juzguen adecuados.* Obsérvese que ésta no es una norma que deje a criterio de las fiduciarias el establecimiento o no de sistemas de auditoría interna, sino que *es imperativa* y, en opinión del suscrito, el incumplimiento de las fiduciarias a esta disposición podrá dar lugar a que la Secretaría de Hacienda les exigiera responsabilidades en caso de que las fiduciarias no les diesen debido cumplimiento. Los contratos de fideicomiso debieran modificarse para incluir la estipulación pertinente, independientemente de que el sistema de auditoría interna se haga del conocimiento de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de la Comisión Nacional Bancaria, para su aprobación.

En la inmensa mayoría de los fideicomisos se establece la facultad de la Secretaría de Hacienda paar revocarlos, sin perjuicio de los derechos que correspondan a los fideicomisarios o a terceros, salvo que se trate de fideicomisos constituidos por mandato de la ley o que la naturaleza de los fines no lo permita. Esto mismo queda previsto en el *artículo 14* del Decreto que se viene analizando, pero además está de acuerdo con la fracción VI del artículo 357 de la Ley de Títulos que dispone que el fideicomiso se extingue por revocación expresa del fideicomitente, cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso. Es de mencionarse que el derecho a revocar el fideicomiso únicamente es improcedente en los fideicomisos de garantía y en los fideicomisos de inversión, en los primeros de manera absoluta en tanto se mantengan vivas las obligaciones garantizadas, y en los segundos de manera relativa, según las circunstancias lo determinen. Por supuesto que el dispositivo legal que comentamos es una obligación impuesta a la Secretaría de Hacienda, la de expresamente facultar al Gobierno Federal para revocar sus fideicomisos, con las excepciones mencionadas.

El penúltimo *artículo* del Decreto es el número *quince*, que faculta a las Secretarías de Programación y Presupuesto y de Hacienda y Crédito Público, en la esfera de su competencia, para los siguientes asuntos:

a) Interpretar el Decreto a efectos administrativos, y

b) Expedir las disposiciones complementarias que se requieran a fin de que se logre su debido cumplimiento.

Por lo que se refiere al inciso a), tiene relevancia de tipo jurídico, y por lo que concierne al inciso b), entendemos que tiene preferentemente efectos internos y de orden administrativo.

El *artículo dieciseis*, último del Decreto, obliga a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y a la de Programación y Presupuesto a inscribir los fideicomisos gubernamentales.

Tiene importancia el artículo segundo transitorio del Decreto, que obliga a la Secretaría de Hacienda a proponer a las fiduciarias los ajustes que procedan en los contratos de fideicomiso respectivos *en el plazo de un año.* Ya he mencionado los que, de acuerdo con el mismo Decreto, deben efectuarse en los contratos de fideicomiso.

El artículo tercero transitorio del Decreto repite la disposición contenida en el artículo octavo de que deben formar parte de los Comités Técnicos un representante del Coordinador del sector y otro de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y añade la obligación para la Secretaría de Hacienda de recabar la autorización de la dependencia que actúe como Coordinador del sector para la integración de los Comités Técnicos, tanto en los fideicomisos ya constituidos como en los que se decida la formación de un Comité Técnico.

Por último, el artículo cuarto del Decreto, pone de relieve que éste no exime a las fiduciarias del cumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento sobre las Instituciones Nacionales de Crédito o de las reglas complementarias expedidas o que se expidan.

Fideicomisos Estatales

El señor Lic. Efrén Cervantes Altamirano ha tenido la bondad de facilitarme una copia de su trabajo, por publicarse, denominado "Los Fideicomisos Estatales". Me parecen muy interesantes sus conclusiones que dicen:

"PRIMERA.—Dentro del marco del fideicomiso mexicano, puede enmarcarse el llamado fideicomiso estatal.

"SEGUNDA.—Los fideicomisos estatales a mi juicio sólo tienen diferencias de grado, pero no de esencia respecto de la figura ya conocida del fideicomiso. En consecuencia le son aplicables en lo procedente las disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

"TERCERA.—Pretendiendo dar un concepto del fideicomiso estatal, diría que:

" "EL FIDEICOMISO ESTATAL ES UN NEGOCIO JURIDICO TIPICO POR VIRTUD DEL CUAL LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL, POR CONDUCTO DE LA SECRETARIA DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO COMO UNICO FIDEICOMITENTE, CONSTITUYE UN PATRI-

MONIO AUTONOMO CUYA TITULARIDAD SE ATRIBUYE A UNA INSTITUCION NACIONAL DE CREDITO COMO FIDUCIARIA.

ESTOS FIDEICOMISOS DEBEN SER SIEMPRE AUTORIZADOS POR EL C. PRESIDENTE DE LA REPUBLICA Y A TRAVES DE LA SECRETARIA DE PROGRAMACION Y PRESUPUESTO SE DARAN LOS OBJETIVOS Y CARACTERISTICAS GENERALES DE LOS MISMOS QUE DEBERAN SER LA REALIZACION DE PROYECTOS, ACTIVIDADES Y EMPRESAS QUE APOYEN LOS PLANES DE DESARROLLO ECONOMICO Y SOCIAL PRIORITARIO A JUICIO DEL PROPIO EJECUTIVO"."

"CUARTA.–En virtud de la gran cantidad de fideicomisos estatales actualmente constituidos y en operación que significan cuantiosas erogaciones para el Gobierno Federal, parece ser conveniente como ya lo está estudiando la Secretaría de Hacienda, el que se cree una dependencia u organismo que en un solo lugar con una sola directriz, con la asesoría técnica adecuada integrada por especialistas, se encargue del manejo centralizado de todos estos fideicomisos. Con esto pensamos que la Administración Pública Federal tendría un ahorro significativo importante.

"QUINTA.–La Administración Pública Federal, no debe de recurrir a la constitución de fideicomisos estatales sino en casos verdaderamente de excepción. A mi juicio sólo cuando las diversas dependencias del Ejecutivo Federal no puedan realizar los fines que se les encomiendan o tienen encomendados, entonces y no en otras situaciones es cuando debe recurrirse al fideicomiso estatal dentro de los marcos legales establecidos."

NOTAS SOBRE UNA POSIBLE LEY DE FIDEICOMISOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA PARAESTATAL

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en enero de 1977, los fideicomisos establecidos por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, como fideicomitente única del Gobierno Federal, y los creados con recursos de los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal mayoritaria, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones nacionales de crédito e instituciones nacionales de seguros y fianzas, y de los propios fideicomisos, pasaron a formar parte de la Administración Pública Paraestatal, como auxiliares del Poder Ejecutivo de la Unión en su tarea administrativa. Se les conoce como entidades del sector público paraestatal, y otra Ley, en vigor también desde enero de 1977, la de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, dispuso que únicamente podrían constituirse o incrementarse los fideicomisos entidades, con autorización del Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto, la cual, teniendo en cuenta el interés público, deberá proponer al Ejecutivo la modificación o disolución de los mismos. No obstante esto, se mantuvo a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público como la fideicomitente única

del Gobierno Federal, y por lo tanto, la encargada de concertar los contratos de fideicomiso constitutivos de los mismos.

Evidentemente, tanto la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal como la de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, fueron omisas en su reglamentación del fideicomiso del sector Público, porque el 7 de enero de 1979, o sea dos años después, el Ejecutivo Federal expidió un Decreto en vigor desde el 1o. de marzo de ese mismo año, por el que se establecen "bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal".

Además de cumplir los propósitos de su larguísimo título, el Decreto se propuso cuidar los intereses pecuniarios de la Nación, asegurar el debido cumplimiento de la encomienda fiduciaria, regular las actividades de las personas que intervienen en la administración de los fideicomisos, y precisar la posición de las propias fiduciarias "con motivo de la ejecución de los acuerdos de los Comités Técnicos", como dice el último de sus considerandos.

El Decreto en cuestión fue más bien tímido y prácticamente se redujo a reiterar disposiciones contenidas en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en la de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, en la Orgánica de la Administración Pública Federal, en la de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público y en la de Deuda Pública, para subrayar que el fideicomiso es un contrato cuya realización se encomienda a una institución fiduciaria, la cual es siempre la responsable de realizar los fines del fideicomiso y la conveniencia de insistir en que los Delegados Fiduciarios, Gerentes o Directores de Fideicomisos tienen que actuar con estricto apego a las decisiones de las instituciones fiduciarias que desempeñen la encomienda fiduciaria. Un acierto del Decreto consistió en dejar claro que los Comités Técnicos pueden gozar de las más amplias facultades, pero siempre que estén orientadas al cumplimiento de los fines del fideicomiso, de manera que la fiduciaria deberá abstenerse de cumplir resoluciones de los Comités Técnicos dictadas en exceso de sus facultades o en violación de las cláusulas del contrato de fideicomiso, debiendo responder de los daños y perjuicios que se causaren en caso contrario.

Sin embargo, como he dicho, el Decreto peca de cortedad y burocracia. Cortedad, porque no se aprovechó la oportunidad para darle coherencia administrativa a todo lo relacionado con los fideicomisos entidades, como lo demuestra la circunstancia de que se le da ingerencia de hecho a cuatro dependencias de la Administración Pública para un solo acto, pues la modificación o extinción de un fideicomiso requiere actividad por parte de la Secretaría de Programación y Presupuesto, o del Coordinador del Sector, de la Coordinación General de Estudios Administrativos y de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. El Decreto también fue tímido por cuanto a las funciones de vigilancia sobre los fideicomisos pues se limitó a decir que deberán coordinarse con la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros y que las fiduciarias deberán de establecer sistemas de auditoría interna que consideren adecua-

dos, sin establecer sanción alguna por el incumplimiento de esta norma, y dejó de regular lo que debió ser clarísimo, a saber, el establecimiento de sistemas de vigilancia de evaluación obligatoria y periódica de los fideicomisos, de tal manera que de no contarse con sistemas de autoevaluación económica y contable se produjeran dos consecuencias: o la imposibilidad de seguir actuando dentro del fideicomiso, o sanciones para las instituciones fiduciarias.

Es indudable que en México se ha logrado la más importante obra legislativa sobre el trust en un país de Derecho Romano, labor que, sin embargo, ha presentado lagunas y deficiencias entre las que pueden destacarse las relativas a:

1) Comités Técnicos o de Distribución de Fondos.
2) Delegados Fiduciarios Generales Especiales, Gerentes y Directores.
3) Vigilancia.
4) Información financiera periódica.

Si no se desea por lo pronto estudiar a fondo la posibilidad de continuar la labor legislativa mexicana en materia de fideicomisos, y por ejemplo discutir plenamente el problema de dotar a los fideicomisos de personalidad jurídica, como corresponde a una realidad social y económica, laboral y fiscal indiscutible, nada impediría analizar la conveniencia de reunir toda la información relativa a la problemática de los fideicomisos entidades y, cuando menos por lo que toca a este sector tan importante, evaluar la posibilidad de elaborar un anteproyecto de Ley de Fideicomisos de la Administración Pública Paraestatal; una Ley de Fideicomisos, en general, que abarcará toda la problemática y actualizara y modernizara nuestra legislación dispersara, agrupándola y sistematizándola, sería una tarea en verdad valiosa.

Actividad Fiduciaria de Nacional Financiera, S. A.

Aun cuando Nacional Financiera, S. A. no maneja como Fiduciaria fideicomisos que representen el mayor volumen entre toda las instituciones del país, sí tiene la mayor diversificación de negocios encomendados puesto que desde su fundación el 30 de junio de 1934 ha manejado cerca de 400 fideicomisos y según su estado de contabilidad al 30 de junio de 1981 tenía casi $ 125,000'000,000.00 de bienes en fideicomiso o mandato, con aproximadamente 2,500 entre funcionarios y empleados.

Hasta antes de 1975 Nacional Financiera, S. A. no podía aceptar fideicomisos privados, por lo cual logró una verdadera especialización en el manejo de fideicomisos del sector púbilco, ya que expresamente la ley le prohibía aceptar fideicomisos de particulares a menos que fueren de interés público.

Los primeros encargos fiduciarios que recibió Nacional Financiera fueron la recaudación de diversos impuestos especiales para hacer frente al pago oportuno de bonos emitidos por el Estado; sin embargo, los más significativos fideicomisos fueron los que tenían como finalidad otorgar créditos a favor de sujetos a quienes el Gobierno Federal se interesaba en apoyar y que no

eran propiamente sujetos formales de crédito para la banca. Estos fideicomisos se desempeñaban solicitando recursos, formalizando créditos, cuidar de su inversión, recuperarlos y reintegrar al Gobierno Federal las sumas recibidas, dando por extinguido los fideicomisos. Fue hasta la creación del FOGAIN que los recursos recuperados se reinvertían en nuevos apoyos financieros con los mismos fines de promoción industrial.

Además de los ya mencionados fideicomisos de fomento industrial, turístico y a la minería, hay encargos fiduciarios especiales como es el caso de la emisión de certificados de participación, que son títulos que acreditan el derecho de los titulares a una parte alícuota de los rendimientos de los valores que integran el fondo común, o bien el derecho de propiedad sobre éstos o en el producto de su venta.

El caso de los Petrobonos es interesante porque el Gobierno Federal afecta en fideicomiso los derechos derivados de la compraventa de un cierto número de barriles de petróleo, para que la fiduciaria emita certificados de participación amortizables que además de tener un rendimiento mínimo garantizado, y dar derecho al reembolso de su valor nominal en un cierto plazo, tienen el atractivo de conferir a sus tenedores el derecho a participar en el incremento que en la época de amortización tengan el número de barriles de petróleo que constituyen el fondo común, desde el rendimiento neto garantizado que se haya pactado.

Por último, cabe consignar que Nacional Financiera maneja también otro tipo de fideicomisos como son los constituidos para el manejo de reservas para fondos de pensiones o jubilaciones y de ahorro que la Ley del Impuesto sobre la Renta permite deducir de los ingresos gravables. Estas reservas constituyen para los trabajadores de las empresas una seguridad jurídica puesto que forman un patrimonio epecífico cuya única finalidad es precisamente garantizar el cumplimiento de tales obligaciones. Cabe mencionar que recientemente Nacional Financiera ha aceptado manejar un fideicomiso de promoción bursátil al que se canalizarían estos fondos de pensiones y jubilaciones manejados por otras instituciones fiduciarias para canalizarlos a la Bolsa de Valores y con el fondo común emitir certificados de participación bursátil que representarán el derecho a una parte alícuota de los rendimientos de los valores del fondo común y del producto neto que resulte de su venta. El propósito de este fideicomiso fue estimular el Mercado de Valores.

El Fideicomiso Público en Nacional Financiera, S. A.

Nacional Financiera, S. A., al 30 de junio de 1981, tenía encomendada la administración de 236 fideicomisos públicos, de los cuales 161 son de fomento económico con recursos cercanos a los 50,000 millones de pesos.

El Fondo de Garantía y Fomento a la Industria Mediana y Pequeña (FOGAIN) inicia sus operaciones en el año de 1955, y a partir de entonces se establecen los principales fideicomisos de fomento que tienen como carac-

terística principal, que una vez que los recursos aportados por el Gobierno Federal para el financiamiento a la industria, vía créditos o redescuento, sean utilizados nuevamente en forma revolvente. Los más importantes, además del citado FOGAIN, que en el último ejercicio descontó créditos con importe de 11,580 millones de pesos, en beneficio de 6,345 empresas, son:

El Fondo Nacional de Estudios y Proyectos (FONEP) que financia, en términos adecuados, estudios y proyectos de alta prioridad, y que en el último ejercicio autorizó 277 préstamos con importe conjunto de 1,094 millones de pesos.

El Fondo Nacional de Fomento Industrial (FOMIN) que apoya a las empresas, en forma temporal, aportando capital de riesgo y que en su último ejercicio otorgó apoyos con importe de cerca de 1,000 millones de pesos.

El Fideicomiso para el estudio y fomento de Conjuntos, Parques, Ciudades Industriales y Centros Comerciales (FIDEIN) que coordina otros 20 fideicomisos análogos con propósitos de descentralización industrial, en el último ejercicio realizó ventas por un total aproximado a los 1,000 millones de pesos.

El Fondo Nacional de Fomento al Turismo (FONATUR).

FONATUR

Desde su creación ha aportado créditos por un total de 25,176 millones de pesos, que han apoyado inversiones por 49,757 millones de pesos, es decir, se ha inducido a la iniciativa privada a aportar una cantidad similar a la del crédito otorgado. Estos créditos e inversiones han permitido la construcción de 65,077 cuartos nuevos y la remodelación de 9,762, generando de esta manera unos 49,000 empleos directos.

En general, las características de los fideicomisos de fomento, para poder ser consideradas como tales, deben reunir una serie de requisitos básicos, a saber:

1) Ser establecidos por entidades de la administración pública centralizada o paraestatal, es decir, Gobiernos Federal, Estatal o Muicipio, o entidades de la administración pública descentralizada tales como empresas de participación estatal u organismos descentralizados.

2) Estar administrados en la banca central o en instituciones nacionales de crédito o banca múltiple de desarrollo.

3) Sus recursos deben estar orientados al estímulo de alguna actividad económica que se considere prioritaria en los planes y programas de desarrollo.

4) Deben tender a movilizar complementariamente recursos financieros del sector privado.

5) Deben ser considerados permanentes en vista de la calificación de interés público que haga la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en razón de sus funciones y propósitos.

En las hojas siguientes aparece la relación de fideicomisos de Nacional Financiera, con cifras al 30 de junio de 1981.

ANEXOS

NACIONAL FINANCIERA, S. A.

Departamento Fiduciario

Relación No. 20

BALANCES DE LOS FIDEICOMISOS AL 30 DE JUNIO DE 1981

01.—GARANTIA

	Créditos	*Valores*	*Inmuebles*	*Otros*	*Fideicomitentes*
0114.—Azucarera De Ameca, S. A.					
0115.—Azucarera Del Tule, S. A.		4'300,000.00			4'300,000.00
0136.—Acapulco Sur Bco. Mex. Somex		82'000,000.00			82'000,000.00
0214.—Avantram Mexicana, S. A.			63'691,684.00	39,343'742,199.71	39'769,883,873.32
0325.—Cía. Periodística Veracruzana			50'000,000.00		50'000,000.00
0802.—Hotel del Pacífico			6'691,340.00		6'691,340.00
0905.—Ingenio La Purísima			7,000,002.00		7'000,002.00
0909.—Ingenio Zapoapita		14,350.00	1.00		1.00
0925.—Impulsora de la Palapa, S.A. OBL		77,297,000.00			14,350.55
0928.—Inmobiliaria Mazof, S.A.	43'270,261.59	1'208,081.52			77'297,000.00
1001.—Junta Fed. Mej. Mat. de Acapulco	125'316,623.91	2,194,502.83		1'851,445.00	46'329,788.11
1002.—Junta Fed. Mej. Mat. de Acapulco				16'832,768.12	144'343,894.86
1807.—Pemex (B.N.H.U.O.P.S.A.)	26'506,503.79	21,593.30	1.00		1.00
1809.—Petrobonos					26'528,097.09
1846.—Petrobonos 79-1		47,997.39	340.00		340.00
1848.—Petrobonos 79-2		103,747.66		4,077'287,292.57	4,077'335,289.96
1850.—Petrobonos 80		46,852.07		4,149'616,955.88	4,149'720,703.54
1854.—Petrobonos 81		34,475.00		11,195'010,434.99	11,195'057,287.06
		88,000.00		11,098'177,423.69	11,098'211,898.69
				8,804'965,879.46	8,805'053,879.46
S U M A S :	195'093,389.29	167'356,600.32	63'691,684.00	39,343'742,199.71	39'769,883,873.32

NACIONAL FINANCIERA, S. A.

Departamento Fiduciario

Relación No. 21

BALANCES DE LOS FIDEICOMISOS AL 30 DE JUNIO DE 1981

02.—ADMINISTRACION

	01.—Créditos	02.—Valores	03.—Inmuebles	04.—Efectivo	05.—Otros	Fideicomitentes
0102.—Acad. Mex. de la Lengua Cast.		702,142.41				702,142.41
0104.—Adq. de Terrenos p/Prog. Hab.		123,303.33			45'568,677.38	45'691,980.71
0105.—Aeronaves de México, S. A.		82'884,361.86				82'884,361.86
(1) 0108.—Aprov. Mad. Util. en Uxpanapa		7'737,247.74			86'586,440.18	94'323,687.92
0109.—Asoc. Civil Médico Militar		16'157,751.12			2,500.00	16'160,251.12
0110.—Asoc. de Ings. 1941-45		4'751,354.46				4'721354.46
0111.—Asoc. Mex. Cruz Blanca Neutral		174,593.28				174,593.26
0112.—Astilleros de Ver., S. A. de C. V.	141'491,839.34					141'491,839.34
0116.—Admón. de sus Valores Gob. Fed.		516'958,529.83			2,500.00	516'961,029.83
0117.—Azufrera Panamericana		125'395,909.09			(9'989,630.00)	115'406,279.63
0120.—Avíos de Acero, S. A.		1'227,728.27			2,010.00	1'229,738.27
0128.—Amigos de la Esc. Sec. No. 15		362,009.09				362,009.09
0129.—Aceros Ecatepec, S. A. 29/01/79		7'048,125.53				7'048,125.53
0130.—Asoc. Nal. de Vitivinicultores		825,045.27				825,045.27
0133.—Academia de Derecho Bursátil		2'978,795.52				2'978,795.52
0138.—Aceitera Matamoros		66,300.00				66,300.00
0201.—Bco. Nal. de Crédito Agrícola	526,490.00					526,490.00
0204.—Banobras y Serv. Público, S. A.		294,709.04	41'327,933.90			41'622,642.94
(1) 0206.—Balneario de Agua Hedionda		2'199,855.07	5'991,400.00		10'415,095.55	18'606,350.62
0213.—Fondo Candelillero		7'639,225.54				7'639,225.54
0217.—(BIFCO NBD)		101.79			181'856,532.00	181'856,633.79
0218.—Bravo Palencia Enrique		500,000.00				500,000.00
(1) 0302.—Caleta de Xel- Ha y del Caribe		2'556,547.84	514'223,547.95		286'059,463.62	802'839,559.41
0303.—Fomento Vocacional Ing. de Minas		30'999,681.28			85,000.00	31'084,681.28

	01.—Créditos	02.—Valores	03.—Inmuebles	04.—Efectivo	05.—Otros	Fideicomitentes
0304.—Valores Pend. de Aplicación		76,607.93				76,607.93
(1) 0305.—Capacitación Forestal Campesina	382,779.97	7'458,369.72			6'512,024.98	14'353,174.61
0307.—CEIMSA	908,052.17					908,052.17
(1) 0309.—Centro Cív. y Comercial Mexicali	13'641,524.29	2,360.06	69'312,313.30			82'956,197.65
(1) 0310.—Ctro. Cult. y de Conv. de Acapulco			316'842,327.99		55'767,244.61	372'609,572.60
(1) 0311.—CEHSMO		2'733,162.77			5'449,552.49	8'182,715.26
0319.Cía. Nal. Explotadora de Asbestos					7'200,000.00	7'200,000.00
0320.—Cía. Fracc. Costa de Plata	3'333,172.00	49,984.00				3'383,156.00
0321.—Cía. Imp. Tabachines, S.A. de C.V.		876,394.67	26'777,000.00		761,302.13	28'414,696.80
0322.—Cía. Mexicana de Agua Caliente		120,049.11				120,049.14
0324.—Cía. Minera de Corzo, S.A.	5'264,750.00					5'264,750.00
(1) 0329.—Ciudad Industrial Celaya		23'379,073.80	71'902,938.05		34'664,566.01	129'946,577.86
(1) 0330.—Ciudad Industrial Durango		9'126,298.03	69'796,375.93		22'373,495.18	101'296,169.14
(1) 0331.—Ciudad Industrial Framboyán		10'081,922.57	61'974,880.00		48'353,893.16	120'410,695.73
(1) 0332.—Ciudad Industrial Linares, N. L.		619,407.08	60'456,021.55		1'709,512.88	62'784,941.51
(1) 0333.—Ciudad Industrial Mérida, Mich.		684,453.61	22'736,957.20		21'561,925.48	44'983,336.29
(1) 0334.—Ciudad Industrial Morelia, Mich.		1'164,358.69	53'983,598.88		26'939,657.82	82'087,615.39
(1) 0335.—Ciudad Industrial Nayarita	2'532,707.51	675,561.87	25'887.796.44		15'954,178.07	45'050,243.89
(1) 0336.—Ciudad Industrial Ocotlán			40'000,000.00			40'000,000.00
(1) 0337.—Ciudad Industrial Benito Juárez		44'580,407.28	38'299,450.00		68'164,182.63	151'044,039.91
(1) 0339.—Ciudad Industrial Tizayuca		13'752,086.34	22'890,942.81		65'029,720.61	101'672,749.76
(1) 0340.—Ciudad Industrial Villahermosa		14'342,912.01	5'600,000.00		107'539,848.77	127'482,749.76
(1) 0341.—Ciudad Nezahualcóyotl	1.00	260,214.39	27'507,190.80		736'246,029.09	764'013,435.28
(1) 0342.—Ciudad El Recreo La Paz		41'130,368.16	34'572,585.00		34'218,426.34	109'921,379.50
(1) 0343.—Submetrópoli de Tijuana		85,532.33	237'746,139.88		10'717,095.91	248'548,768.12
(1) 0344.—Ciudad Turística Cabo San Lucas		88'966,660.47	61'732,430.40		41'353,459.90	192'052,550.77
0348.—Colegio Madrid			278,775.59			278,775.59
(1) 0349.—Colegio Superior de Agric. Sup.		1'557,671.22			213,311,706.30	214'869,377.52
(1) 0350.—Cols. Proletarias de Cd. Madero		857,234.22			9'491,134.66	10'348,368.88
(1) 0351.—Cols. Proletarias de Cd. Juárez.		1'772,633.68			8'402,506.48	10'175,140.16
(1) 0352.—Cols. Proletarias de Tampico		507,945.95			9'882,095.91	10'390,041.86
(1) 0353.—Cols. Proletarias de Tijuana		5'608,211.74			6'140,694.41	11'748,906.15
(1) 0358.—FIDEIN	13'714,996. 1	31'585,558.25	44'749,280.67		257'599,667,11	347'649,502.24

	01.—Créditos	02.—Valores	03.—Inmuebles	04.—Efectivo	05.—Otros	Fideicomitentes
0359.—Fdo. Peña Colorada - Premios		9'606,316.27			400,000.00	10'006,316.27
0360.—Hab. B.J. Peña Colorada		18,271.32			21,933.04	40,204.36
(1) 0361.—FIPESCO	388'952,893.69	168'387,166.81			446'957,665.98	1,004'297,726.48
(1) 0363.—Cumbres de Llano Largo	3'000,000.00	12'649,347.46	67,872,434.00		258,480,936.25	342'002,717.71
(1) 0365.—Ciudad Industrial Torreón		15,873.20	610,872.00			626,745.20
0367.—Cordemex, S.A.	82'970,428.87	93'769,930.19				176'740,359.06
(1) 0369.—Ciudad Industrial Nva. Tijuana		1'060,348.13	92'694,139.50		75'533,472.40	169'287,960.03
(1) 0370.—Ciudad Industrial Aguascalientes		2'512,424.41	62'992,011.50		107'316,256.17	172'820,692.08
(1) 0373.—Ciudad Industrial Xicoténcatl		1,172,254.12			8'009,313.86	9'181,567.98
(1) 0400.—Ciudad Industrial Iguala		3'507,259.45			33'607,109.26	37'114,368.71
(1) 0402.—Des. de la Fauna Acuática		483,667.78			93'560,763.52	94'044,431.30
(1) 0403.—FIDEFRUT		315'263,450.42			318'694,478.03	633'957,928.45
0404.—Del Leg. de Eduardo Omarini		1'466,999.91				1'466,999.91
0405.—Des. Port. Turístico Vallarta		9'090,000.00				9'090,000.00
(1) 0406.—Plan Estructuración B. Artificiales		39'925,212.08			85'624,596.94	125'549,809.02
0407.—Des. Port. Gral. R. S. Taboada			9'118,417.00		1'192,957.18	10'311,374.18
0408.—Durán Vda. de Almeida Estela		2'119,385.46			1,692.81	2'121,078.27
0412.—Des. Port. Puerto Peñasco	233,100.00		21'535,386.00		245,245.23	22'013,731.23
0413.—Des. Port. Francisco I. Madero	210,000.00		82'078,756.15		883,743.18	83'172,499.33
0509.—Emiliano Rivas Maldonado		3'049,529.79				3'049,529.79
0516.—Alfredo Kawage Ramia	1'466,927.92					1'466,927.92
0517.—Ex-Talleres Zócalo - Edit. Sin. S.A.	970,472.22	173,600.00			1,518.20	1'145,590.42
0519.—Extinta Comisión Monetaria			7'110,726.78		5'889,974.62	13'000,701.40
0530.—Emiliano Rivas M. Acapetlalmaya		1'109,105.52				1'109,105.52
0531.—Espinosa Rugarcía Manuel		3'790,874.76				3'790,874.76
0532.—Emiliano Rivas M. Triques		120,082.85				120,082.85
(1) 0604.—FONACOT	270'773,417.00	12'677,145.41			2,714'255,757.70	2,997'706,320.12
0605.—Fdo. Pers. Cía. Ind. Atenquique		34'511,068.12				34'511,068.12
0606.—Fdo. Pens. Jub. Pers. Jalisco y Col.		15,405.27				
(1) 0607.—FONAFE	1'943,708.80	1,901'023,203.23			4'302,120.25	1,907'269,032.28
(1) 0616.—Fdo. Fin. y Fom. Des.Edo.Morelos		73,325.19	11'589,943.00		3'957,561.70	15'620,829.98
0618.—Fdo. Indem. al Erario Federal		238'275,489.16				238'275,489.16
0620.—Fundación Estudios de la Pobl.		1'139,094.25	2'875,000.00		501,600.00	4'515,694.25

	01.—Créditos	02.—Valores	03.—Inmuebles	04.—Efectivo	05.—Otros	Fideicomitentes
0645.—Fdo. Educ. Sup. Peña Colorada		13'985,898.72				13'985,898.72
(1) 0653.—FONAPAS	7'000,000.00	400'568,054.58	240,000.00		524'590.447.84	932'398,502.42
0655.—Inds. Comercial Americana		5'292,851.23				5'292,851.23
0661.—Fdo. Em. Conf. Consorcio B.Juárez		2'861,405.17			10,000.00	2,871,405.17
0662.—Fdo.Trab.Sind.Sec. 281-289 B.J.P.C.		1'644,938.15				1'644,938.15
0663.—Fondo México		2,720'582,693.64				2,720'582,693.64
0702.—Gobierno del Estado de Colima		12.20	14,800.00			
0705.—Gob. Edo. N. L. Conacyt - UNAM		440,633.10			300,000.00	740,633.10
(1) 0706.—FOMERREY		52'352,997.00	14,400'000.00		186'395,193.76	253'148,190.76
0709.—Prog. Gral. Sánchez T.-Sec. Const.		163,324.64			22'621,795.22	22'785,119.86
0711.—Gpo. Serrano - Grasas, Oleos y Der.	105,686.40	24,298.03				129,984.43
0730.—Miranda de Guzmán Irma B.		292,132.98				292,132.98
(1) 0803.—Hotel Escuela La Paz, B. C.		7'461,555.88	7'424,700.00		67'001,811.48	81'888,067.36
0806.—Helda Huhn Ingebor		30,000.00				30.000.00
0807.—HERMEX		(0.34)			10'009,986.53	10'009,986.19
0901.—Ciudad Lázaro C. Las Truchas	461.644.19	28,100.00	147'475,592.74		3'425.780.00	151'391,116.93
(1) 0902.—INFOTEC - CONACYT		170,482.99			9'088,406.95	9'258,889.94
0904.—Ingenio Zacatepec						1.00
0907.—Ingenio Rosales	1'990,691.67	96,920.58				2'087,612.25
0910.—Inst. de Protec. a la Inf. de Gto.		10,557.67				10,557.67
0914.—Hdez. O. Elia Rosalinda (ISSSTE)		84,123.04				84,123.04
0916.—Inmobiliaria Guadalupe AHMSA			589,505.98			589,505.98
0926.—Inst. Madera Celulosa U. de G.		1,431.35				1,431.35
0927.—Impulsora la Palapa, S. A. - Accs.		23'250,000.00				23'250,000.00
0932.—Ind. Minera México, S. A.			6'901,586.00			6'901,586.00
(1) 1202.—Lago de Tequesquitengo		13'359,936.30	90,074,884.78		68'424,616.38	171'859,437.46
1203.—Laminadoras Unidas, S. A.	4'353,627.76					4'353,627.76
1205.—Lombardo Toledano Vicente		5,061.16	1'899,479.70			1'904,540.86
1206.—Luna Gómez Vicente	533.666.67					533,666.67
1401.—Macocozac, S. A.	1'800.000.00					1'800,000.00
1403.—Mineápolis de Torreón	741,212.87		2.00	47,394.76		788,609.63
1406.—Molinera de Ciudad Obregón	146,288.86	105,839.40				252,128.26
1415.—Menocal Narvarte Lucía		1'062,056.17				1'062,056.17
1418.—Mitsubishi Electric Corporation		13'200,000.00				13'200,000.00
1504.—Nunatex		8,306.66				8,306.66

	01.—Créditos	02.—Valores	03.—Inmuebles	04.—Efectivo	05.—Otros	Fideicomitentes
1508.—Intereses Pendientes de Aplicación		2'741,383.61				2'741,383.61
0804.—Periódico El Nacional	548,807.05	6,168.66			1'748,263.01	2'303,238.36
1806.—Pemex Barros Nock Magdalena		259,090.83				259,090.83
(1) 1802.—Des. Portuario Alfredo V. Bonfil	1'787,330.00	257,647.12	6'357,990.00		41'012,684.09	49'415,651.21
1811.—Planta Beneficiadora de Guayaba			3'434,183.00		6'545,803.16	9'979,986.16
1812.—Planta Beneficiadora de Tuna		32,020.48			3'889,229.01	3'921,249.49
1813.—Planta Benito J. Manuf. Guantes					1'860,808.34	1'860,808.34
1814.—Planta Procesadora de Piña		20,060.08				20,060.08
1815.—Porfirio Díaz - Traslado de Restos				3,638.00		3,638.00
1817.—Productores de Películas, S. A.				11,550.35	7.00	11,557.35
(1) 1818.—PRONAFE - Cuenta General		645,717.00	484'515,675.73		645'263,561.20	1,130'424,953.93
(1) 1819.—Prog. Gral. Schez. T. Sección Plazas		15'273,993.00	21'982,998.11		106'987,911.35	144'244,902.46
1820.—Propiedad Extranjera		119,510.13			580,809.58	700,319.71
1933.—Electrometalurgia de Veracruz			1.00			1.00
1837.—Fdo. Per. Jub. Cía. Minera Autlán		49'685,525.56			14'185,549.58	63'871,075.14
1843.—Patron. Ayuda Niños Lento Apren.		2'460,174.93				2'460,174.93
1845.—Patronato Pro. Tec. de B.C.		2,175.65			2'763,944.46	2'766,120.11
1847.—Premio Int. "Ollin Yoliztli".		16'120,287.88				16'120,287.88
1852.—Prod. Cowen Pen. Jub. y Primas		1'411,448.18				1'411,448.18
2001.—Para Radio Aeronáutica Mexicana		3'794,915.44				3'794,915.44
2004.—Rheem International, Inc.		20'900,000.00				20'900,000.00
2005.—Ralph Roeder Lederk		610,927.94				610,927.94
2007.—A.H.M.S.A.			1'322,050.00			1'329,050.00
2013.—Ramírez Salazar Honorato		20.35			1'500,000.00	1'500,020.35
2014.—Rubio Chavira Fernando		57,021.87				57,021.87
2102.—Editorial Salcedo	301,197.73					301,197.73
2111.—Guadalupe Salinas Moqueira		23.17				23.17
2112.—Bonos Obras Municipales EM-1954		4,417.33				4,417.33
2113.—Bonos Obras Port. EM-1963/10		30.00				30.00
2116.—Silva Herzog Jesús		356,484.43		54,442.49		410,926.92
2121.—Suc. Test. Díaz de León Víctor	3'846,317.23	3,816.00				3'850,133.23
2129.—Acciones Sicartsa - Serie A		10,195'880,911.00				10,195'880,911.00
2135.—Bonos Electrificación EM 1963		183,246.40				183,246.40
2139.—Marina Rossi Martini de Salvatori			1'296,986.00			1'296,986.00
2202.—Teléfonos de México		325'274,101.68				325'274,101.68

	01.—Créditos	02.—Valores	03.—Inmuebles	04.—Efectivo	05.—Otros	Fideicomitentes
2207.—Tehuxtla Morelos INDECO			1.00			1.00
2208.—Telefónica del Noreste, S. A.	79'500,000.00					79'500,000.00
(1) 2302.—Universidad Autón. de Nayarit.	179,972.22	190,721.72			8'355,113.42	8'725,807.36
2303.—U.N.A.M.		100'000,000.00				100'000,000.00
2501.—Whitney Yamauchi		5'628,760.86				5'628,760.86
2801.—Zincamex, S. A.	10'454,947.88					10'454,947.88
(1) 3306.—Ciudad Industrial Matamoros		1'026,175.10			437,802.40	1'463,977.50
3308.—Consorcio Min. B. J. Prado Torres		6.50	1.00			7.50
3309.—S.N.T.M.M.S.R.M. Cons. Min. B.	535,454.42	1'082,656.22				1'618,110.64
S U M A S :	$1,046'604,105.89	17,971'757,637.50	3,001'005,010.31	117,025.60	8,302'370,730.83	30,321'854,510.13

(1) Fideicomisos con Administración Propia.

NACIONAL FINANCIERA, S. A.

Departamento Fiduciario

Relación No. 22

BALANCES DE LOS FIDEICOMISOS AL 30 DE JUNIO DE 1981

03.—INVERSION

	Créditos	Valores	Efectivo	Otros	Fideicomitentes
0101.—A.B.C. Compañía Editorial		11,751.63		2'732,743.29	2'744,494.92
0103.—Adq. de Plantas Desf.de Henequén				21'224,642.88	21'224,642.88
0106.—Aeropuertos, S. A.				75'376,414.31	75'376,414.31
0112.—Astilleros de Ceracruz, S.A. de C.V.	44'334,364.60	43,847.95			44'378,212.55
0113.—Astilleros Unidos del Pacífico	7'319,769.08	24'016,610.93			31'336,380.01
0301.—Calderón Armando-Periódico Gto.	243,990.91				243,990.91
0306.—6 Siglos de Hist. Gráf. de México.	615,215.23	1,842.62		4'133,358.00	4'750,415.85
0308.—Central de Editores	1'480,383.85	1,220.00			1'481,603.85
(1) 0313.—Cenapro		6'679,399.75		667'849,589.13	674,528,988.88
(1) 0314.—Cenapro - Armo		2'355,057.51		337'338,633.29	393'693,690.80
0318.—Cía. Editora El Papular, S. A.	1'166,684.90				1'166,684.90
0323.—Cía. Minera de Corzo, S. A.	5'297,600.00				5'297,600.00
0325.—Cía. Periodística Veracru ana, S. A.	13'558,333.33				13'558,333.33
0326.—Cía. Telefónica Fronteriza, S. A.		3'570,008.00			3'570,008.00
0327.—Cimosa - Cosa - Mosa	34'190,794.21	81,030.70			34'271,824.91
0345.—Club de Golf México, S.A. de C.V.		232,723.03			232,723.03
0346.—Cluz Zonta de la Ciudad de México	35,800.00	344,232.98			380,032.98
0347.—Para El Colegio Británico, A. C.	114,367.50				114,367.50
0354.—Com. Nal. Coord. de Puertos	6'897,451.62				6'897,451.62
0502.—Edit. Atisbos - Dación de Pagos		174,464.85			174,464.85
0503.—Editorial Atisbos de los Estados	1'971,600.00				1'971,600.00
0504.—Editoriales de México	4'118,071.11				4'118,071.11
(1) 0505.—Educación Agropecuaria y Forestal		466,207.49		269'537,024.50	270'003,231.99
(1) 0506.—Educación Pesquera	435,586.21	3'150,348.84		65'140,801.25	68'726,736.30

	Créditos	Valores	Efectivo	Otros	Fideicomitentes
0507.—El Capitolio, S. A.	540,774.12	3'956,247.12		20'860,127.82	25'357,149.06
0508.—Cía. Periodística Nacional	872,723.36	2'689,226.30			3'561,949.66
(1) 0511.—Fidemap	(316,771.59)	2'617,509.31		113'900,742.33	116'201,480.05
0513.—Com. Des. Integral Edo. Dgo.		15'671,703.34			15'671,703.34
0514.—Est. de Fab. de Papel Periódico				1'024,580.31	1'024,580.31
0515.—Est. Proy. para Piritas de Fierro				417,830.93	417,830.93
0518.—Alfredo Kawage Ramia		32,775.00		(12,400.00)	20,375.00
0518.—Ex- Talleres Zoc. - Edit. de Méx.	382,699.30				382,699.30
(1) 0601.—Fogain	14,856'813,599.19	414'164,243.80		1,112'056,556.36	14,158'921,286.66
(1) 0602.—Fogamin	8'366,095.01	25'821,467.20		8'254,002.50	42'441,564.71
(1) 0603.—Fogatur	154'403,747.83	54'927,889.51		95'004,886.67	304,336,726.01
0608.—Fonafe - Plantas Industriales				42'200,141.37	42'200,141.37
(1) 0609.—Fomin	205'675,558.91	755'588,335.13		5'885,078.19	967'148,972.23
(1) 0610.—Fonart		2'164,996.33		286'477,428.33	288'642,424.66
(1) 0612.—Fonatur	7,922'629,317.78	475'833,370.91	575.76	9,019'007,360.49	17,417'470,624.94
(1) 0613.—Fonatur - Fibazi		2'230,150.26		549'458,164.56	551'688,314.82
(1) 0617.—Fonep	774'785,635.22	227'029,521.39		143'310,106.95	1,145'125,263.56
0621.—Fundidora Veracruzana	12'066,821.80				12'066,821.80
(1) 0630.—Fonatur - Loreto		15'621,969.70		240'063,954.09	255'685,923.79
(1) 0641.—Des. Turístico San José del Cabo		11'174,073.23		547'209,686.45	558'383,759.69
0704.—Gobierno Estado de Michoacán	753,308.09				753,308.09
0708.—García Valseca José		392,128.40			392,128.40
(1) 0710.—Grupo Hilos Cadena	15'814,229.00	30'507,363.54		137'880,199.56	184'201,792.10
0731.—Guerrero Euquerio Lic. Albergue		547,349.59			547,349.59
0911.—Informex, S. A.	1'263,222.00				1'263,222.40
0929.—ISSSTE		52'674,489.88			52'674,489.88
1201.—Crédit. La Concha Fca. de Hilados	3'509,158.54				3'509,158.54
(1) 1404.—Minerales no Metálicos Mexicanos	149'321,924.22	512'754,441.83		246'857,227.04	908'933,593.09
1407.—Muro Asunsolo Carlos	2'392,033.67				2'392,033.67
1501.—Natex	51'027,520.19	97,376.38		6'819,249.95	57'944,146.52
1803.—Pérez Barroso Jacobo				160,000.00	160,000.00
(1) 1808.—Plan Lerma Asistencia Técnica		667,677.79		279'030,112.48	279'697,790.27
1816.—Prefabricados AZ, S. A.		116,280.33		5'408,026.26	5'524,306.59
1821.—Propulsora Valle de Bravo	98,543.97	1'236,388.15		371,555.33	1'706,487.45
1822.—Proyecto Texcoco		22,206.58		504,411.13	526,617.71

	Créditos	Valores	Efectivo	Otros	Fideicomitentes
1823.—Publicaciones de Provincia	3'198,112.34				3'198,112.34
1824.—Publicaciones e Impresiones Mex.	12'962,132.33				12'962,132.33
1826.—Publicaciones Llergo, S. A.		10,412.88			10,412.88
1827.—Publicaciones Mañana	1'591,609.30	337,500.00			1'929,109.30
1828.—Publicaciones Mex, S. C. L.	1'203,981.30				1'203,981.30
1829.—Recup. Inv. Fed. Puerto Madero		1'245,324.45		40,268.00	1'285,592.45
2012.—Rojas Velázquez Susana		47,571.27			47,571.27
2117.—Soc. de Trab. Fáb. Textil Oax.	3'040,000.00	108,818.37			3'148,818.37
2123.—Serrano I. Carlos	17'074,231.76				17'074,231.76
2201.—Telefónica Nacional, S. A.	165'510,089.96	133'685,002.00			299'195,091.96
S U M A S :	24,486'760,512.55	2,785'102,556.25	575.76	12,081'409,391.04	39,353'273,035.60

(1) Fideicomisos con Administración Propia.

Fondo Nacional de Estudios y Proyectos (FONEP)

El 2 de junio de 1967 el Gobierno Federal y Nacional Financiera, S. A. firmaron el contrato de fideicomiso por el que se creó el Fondo Nacional de Estudios de Preinversión, más tarde Fondo Nacional de Estudios y Proyectos, con los recursos concedidos por el Banco Interamericano de Desarrollo y la aportación paralela del Gobierno Federal (aproximadamente Dls. EUA 9 millones en total) para el financiamiento de estudios de preinversión de alta prioridad, tanto en el sector público como en el privado, que aseguraran y mejoraran la preparación de proyectos necesarios para cumplir con los programas económicos nacionales, y que pudieran ser presentados para solicitar financiamientos a organismos internacionales y nacionales. Este objeto se modificó posteriormente en 1978 a fin de que dentro de sus actividades el FONEP pudiera elaborar proyectos específicos de inversión en nuevas industrias y la ampliación de las ya existentes, para el fomento de las exportaciones y substitución eficiente de importaciones; y más tarde, para el otorgamiento de créditos a consultores para el desarrollo de la tecnología nacional y para el ofrecimiento de cursos de capacitación para personal técnico cuyas funciones se relacionen con la formulación y administración de proyectos de inversión. En materia de créditos de apoyo a la consultoría ha otorgado 95 préstamos. En su principal actividad, hasta el mes de noviembre de 1981, ha concedido créditos para estudios de infraestructura económico social, — industria, turismo, minería y — sector agropecuario y de productos alimenticios por la impresionante cantidad de $ 2,982'566,569.80 millones de pesos, mediante 871 operaciones.

FIDEIN

Por acuerdo presidencial del 23 de diciembre de 1970, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre del mismo año, se ordena la constitución del Fideicomiso para el estudio y Fomento de Conjuntos, Parques y Ciudades Industriales.

Con fecha 1o. de febrero de 1971, se firma el contrato de fideicomiso, en el que intervinieron como Fideicomitente el Gobierno Federal, como Fideicomisario el propio Gobierno Federal, y se designó como Fiduciaria a Nacional Financiera, S. A.

El día 4 de diciembre de 1972, se produjo un segundo acuerdo presidencial, el que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 15 de diciembre del mismo año, por el cual se ampliaron los fines del Fideicomiso a Centrales de Servicio y Centros Comerciales, así como para que se pudiesen otorgar financiamientos complementarios o avales, para la adquisición de terrenos destinados a la ejecución de las obras de infraestructura, incluyendo las centrales de servicio, y para la realización o creación de servicios que aseguren el establecimiento de Ciudades, Conjuntos y Centros Comerciales.

Cabe destacar, que las modificaciones mencionadas, se realizaron con la finalidad de encauzar aún más al Fideicomiso en la actividad financiera, como respaldo a la promocional, que ha llevado a cabo en favor de la industria, que se interesa en instalarse en los parques industriales del sistema federal, coordinados por el propio FIDEIN —que se rigen también por un contrato de fideicomiso— así como para apoyar el establecimiento de centrales de servicio y centros comerciales.

Con esta estructura jurídica, NAFINSA-FIDEIN como organismo rector ha promovido el establecimiento de 21 desarrollos industriales en distintas regiones del país, que se encuentran todos en operación y 4 más en etapa preoperativa, que se espera concluir a fines del presente año, todo ello con el propósito fundamental de descentralizar la industria a través de un desarrollo regional equilibrado, procurando también el sano ordenamiento territorial de México, esfuerzo que conlleva a ubicar a la industria en forma adecuada, evitando una mayor concentración de factorías en las ciudades de México, D. F., Guadalajara y Monterrey.

Sin embargo, la labor de este fideicomiso va más allá de la dotación de servicios estrictamente industriales, comprende también, el equipamiento de dichos desarrollos con naves industriales, el otorgamiento de financiamientos para el arrendamiento con la obligación de compra de maquinaria y equipo, así como el apoyo para el establecimiento de centrales de servicios y centros comerciales.

Para realizar las actividades mencionadas, el fideicomiso ha sido dotado por el Gobierno Federal de un presupuesto anual de operación y de las recuperaciones de las inversiones que el propio Gobierno realiza en las obras de infraestructura, correspondientes sólo a la primera etapa de cada ciudad o parque industrial, que se puede considerar como capital semilla del FIDEIN, así como con recursos provenientes de un nuevo programa de apoyo que puso en vigor Nacional Financiera, S. A., para auxiliar a los pequeños y medianos industriales. Me refiero al Programa de Apoyo Integral a la Industria Pequeña y Mediana (PAI), en el que el FIDEIN es un eslabón del mismo, puesto que ofrece a los industriales terrenos en donde establecerse, financiamiento a largo plazo, para la compra de las naves industriales construidas por el mismo o para su edificación, por la empresa apoyada y, como complemento muy importante, la maquinaria y el equipo necesarios, para el proceso productivo de las plantas industriales que se instalen.

Así el apoyo de este fideicomiso —terreno, nave y maquinaria y equipo— representa el 70% aproximadamente, del capital fijo de una pequeña o mediana empresa; esto es, que una vez obtenido dicho apoyo, la sociedad sólo requiere del capital de trabajo que demanden sus operaciones diarias.

Hasta el día 11 de noviembre pasado, 1698 empresas han adquirido terrenos en los desarrollos industriales coordinados por FIDEIN, de las que 458 se encuentran en operación, 306 en construcción y las 934 restantes en construcción programada.

Los empleos generados o por generarse ascienden a 65,480 y las inversiones

programadas por dichas empresas son del orden de 36,930.3 millones de pesos.

Todo lo anterior, se ha generado con una inversión del Gobierno Federal de $934.3 millones en compra de tierra y obras de infraestructura, lo que revela un importante efecto multiplicador de dichos recursos.

Por otra parte, durante el año de 1980, se construyeron 35 naves industriales, de éstas, 28 son muestra y 7 de tipo especial, que ya han sido adquiridas por diversas empresas industriales. A la fecha se ha detectado una demanda, con un importe de aproximadamente $1,000.00 millones.

Por último, deseo mencionarles que el FIDEIN, ha creado un novedoso programa de asistencia técnica a parques industriales estatales y privados, en estrecha coordinación con FONEP, el que comprende desde la realización de los estudios y proyectos necesarios para tal fin, hasta la puesta en marcha y desarrollo de los mismos

Hasta la fecha se cuenta ya con 35 solicitudes, lo que revela la confianza de estos sectores en el programa mencionado.

Fondo Nacional de Fomento Industrial

Por contrato de fecha 12 de abril de 1972, el Gobierno Federal constituyó, en Nacional Financiera, S. A., un fideicomiso denominado Fondo Nacional de Fomento Industrial, para contribuir a la creación de nuevas empresas industrias y al fortalecimiento de las ya existentes, mediante la participación parcial y temporal en su capital social, y de otros instrumentos que propicien la formación de capital de riesgo, como es el caso de los actuales créditos convertibles y subordinados. Actualmente el FOMIN puede participar en el capital social de las empresas suscribiendo y pagando acciones hasta con valor del 49% del capital social.

Desde la fecha de su creación y hasta el 18 de noviembre de 1981, el FOMIN ha concretado 182 apoyos financieros con valor total de ..... $1,098'400,000.00, apoyando 182 solicitudes. Se estima que en lo que resta del presente año, se concluirán los trámites para entregar $400'000,000.00 más, a 10 nuevas empresas solicitantes de apoyo financiero.

Fondo Nacional de Actividades Sociales

Es un fideicomiso del Gobierno Federal, constituido en Nacional Financiera, S. A. por acuerdo presidencial de fecha 27 de enero de 1977, cuyo objeto consiste en participar en actividades productivas y redituables para destinar los fondos que se allegue, a organismos públicos de servicio social, para promover y en su caso financiar o sostener otras actividades tendientes al mejoramiento social y cultural de los mexicanos.

Fideicomisos en el Banco de México, S. A.

Aun cuando las funciones del Banco de México, S. A., de acuerdo con su Ley Orgánica son las típicas de la banca central, esto es: regular la emisión

y circulación de moneda y cambios, operar como banco de reserva y actuar como agente financiero del Gobierno Federal, de acuerdo con su Ley Orgánica (Art. 24, fracción XXVII), el Banco podrá actuar como "Fiduciario cuando por ley haya sido encomendada esa función o en los casos de notorio interés público, siempre que se obtenga la aprobación de la Secretaría de Hacienda".

De acuerdo con lo anterior, en unas ocasiones mediante ley, y en otras por considerar el Gobierno Federal de indiscutible interés público su creación, el Banco de México ha venido manejando diversos fideicomisos que por su volumen de recursos son los más importantes de todos los manejados por instituciones nacionales de crédito.

En 1954 se expide la Ley que crea el Fondo de Garantía y Fomento para la Agricultura, Ganadería y Avicultura, con un patrimonio inicial que incluye el importe de los fideicomisos establecidos por el Gobierno Federal y que eran operados por la banca privada, el patrimonio que integraba el citado Fondo y una aportación en efectivo de $100 millones.

La experiencia obtenida a través del funcionamiento del citado fideicomiso, fue el antecedente para la creación de otros fideicomisos los cuales son operados en forma conjunta y que son conocidos con el nombre de Fideicomisos Instituidos en Relación con la Agricutlura (FIRA) y se refieren, básicamente, a financiamientos agropecuarios y asistencia técnica y garantía para créditos también agropecuarios.

Las atribuciones conferidas al Fondo básicamente son: garantizar a las instituciones de crédito privadas la recuperación de los préstamos que se otorguen a los productores agropecuarios, abrir créditos a las instituciones de crédito privadas la recuperación de los préstamos que se otorguen a los productores agropecuarios, abrir créditos a las instituciones de crédito privadas para que éstas, a su vez, los hagan llegar a los productores agropecuarios, y descontar, a tales instituciones de crédito, los títulos que documenten los créditos destinados a la agricultura, ganadería y avicultura. También es muy importante la labor de promoción y apoyo económico para la organización y funcionamiento de servicios de evaluación y asistencia técnica requeridos para proyectos de producción agropecuaria, mediante las garantías a las instituciones de crédito privadas de la recuperación de los créditos que otorguen a productores de bajos ingresos que no puedan aportar garantías suficientes. Puede decirse que estos fideicomisos tienen como objeto incrementar la producción del campo y contribuir a mejorar las condiciones de vida de quienes se dedican a actividades agropecuarias, mediante una mayor participación de las instituciones de crédito privadas en el financiamiento de dichas actividades. Los Comités Técnicos de estos fideicomisos están integrados por representantes de las dependencias gubernamentales involucradas (Hacienda, Banco de México, Agricultura y Recursos Hidráulicos, Banco Nacional de Crédito Rural) y representantes de la Aseguradora Nacional Ganadera y la Confederación Nacional Campesina. Cuenta con un Director y Delegado Fiduciario Especial cuyo cometido es vigilar que se cumplan las políticas financieras y

administrativas acordadas por los Comités Técnicos paar lograr el fiel cumplimiento de los contratos de fideicomiso.

En el año de 1962 se previó la afectación de un impuesto del diez por ciento sobre el valor de la mercancía que se importara en México, para el fomento de la exportación de artículos de producción nacional, y se ordenó que con el producto del citado impuesto se instituyera un fideicomiso que se destinaría a fomentar la exportación de productos manufacturados, el cual sería manejado por el Banco de México siguiendo las instrucciones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Fondo que se inició con un patrimonio de $28 millones y que en el mes de mayo de 1980 alcanzaba casi $11,800 millones.

Este Fondo para el Fomento de las Exportaciones de Productos Manufacturados (FOMEX) tiene como objetivo principal, propiciar el aumento del empleo, el incremento del ingreso y el fortalecimiento de la balanza de pagos, mediante el otorgamiento de créditos o garantías para la exportación de productos manufacturados y servicios, para sustitución de importaciones de bienes de capital y de servicios prestados por sus productores, y para la sustitución de importaciones de bienes de consumo y de servicios en las franjas fronterizas. Para tal fin otorga garantías para proteger a exportarse o a bancos contra los riesgos en el pago de dichas exportaciones, y abre créditos par el financiamiento de las mismas y para la producción y mantenimento de productos destinados a la venta en el exterior, o para la prestación de servicios mexicanos en el exterior. El Comité Técnico también está integrado por representantes del sector público y de la Confederación de Cámaras de los Estados Unidos Mexicanos y de la Cámara Nacional de la Industria de Transformación.

El Fomento de Equipamiento Industrial (FONEI), otro fideicomiso del Banco de México establecido en 1971, durante sus primeros 10 años de vida ha favorecido con sus créditos a 400 proyectos, permitiendo la generación de más de 60,000 empleos productivos en el sector industrial, impulsando una inversión total cercana a los $75,000 millones. Este fideicomiso tiene por objeto fomentar la producción de bienes industriales y de servicios que generen o ahorren divisas, y sus fines fundamentales son financiar a las instituciones de crédito que otorguen préstamos para la compra de activos fijos, y financiar en general el equipamiento de nuevas plantas industriales y la ampliación o modernización de las ya existentes.

Para satisfacer la demanda habitacional de la población de medianos y bajos ingresos, en los años sesentas se reformaron diversas disposiciones de las leyes bancarias para canalizar los ahorros captados por las instituciones de crédito privadas, al financiamiento de la vivienda popular o de interés social y además, se crearon dos fideicomisos, con similares propósitos: el llamado Fondo de Operación y Descuento Bancario a la Vivienda (FOVI) y el Fondo de Garantía y Apoyo a los Créditos para la Vivienda (FOGA), que posteriormente se integraron administrativamente operando bajo una misma dirección en el Banco de México. El FOVI tiene como fines: otorgar complementos y apoyos financieros a los bancos que tienen departamento hipotecario o depar-

tamento de ahorro y a los bancos múltiples, mediante créditos destinados al financiamiento de préstamos con garantía hipotecaria y fiduciaria, para la construcción o adquisición de viviendas nuevas o mejora de viviendas de interés social, y el FOGA tiene como fin principal: garantizar a las instituciones de crédito privadas, facultades para efectuar operaciones de crédito con garantía hipotecaria o fiduciaria destinadas a viviendas de interés social, la recuperación de dichos financiamientos. Como fines complementarios evalúan, planean y coordinan el desarrollo del programa financiero de vivienda, procurando su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo Urbano, y establecen reglas y criterios para los planes de construcción o adquisición de casas habitación de interés social.

Recientemente se creó el Fondo para el Desarrollo Comercial, que es un fideicomiso para apoyar a la banca, con recursos destinados principalmente a financiar a las agrupaciones de comerciantes e impartirles servicios de asesoría técnica, capacitación y difusión de nuevas prácticas de comercialización, y apoyar la creación de obras de infraestructura comercial. El Decreto relativo se publicó en 1979 y los objetivos y fines del fideicomiso son: fomentar la modernización y competitividad del comercio, sobre todo de aquel cuya actividad principal sea la venta directa de bienes y servicios de consumo básico y generalizado.

Existe también, de la misma época, un Decreto que ordena la constitución de un fideicomiso para el apoyo y fomento de la actividad cooperativista, fideicomiso llamado Fondo de Garantía y Descuento para las Sociedades Cooperativas.

Fideicomisos públicos en el Banco Central

Los fideicomisos de fomento que administra el Bando de México, S. A., otorgarán financiamientos por más de 573,000 millones de pesos de 1981 a 1983, además de 140,000 millones de pesos en programas de garantía, de asistencia técnica y de capacitación, con objeto de fomentar el desarrollo mexicano, según anunció el Subdirector General de dicha institución, señor Lic. Agustín López Mungía, en conferencia sustentada en octubre de 1981. Agregó que los fideicomisos representan mecanismos ágiles y efectivos para favorecer el desarrollo de los sectores estratégicos y con ello propiciar un desenvolvimiento social y económico más armónico. Dijo que los programas de financiamiento establecidos en el Banco de México representan un incremento de 200% con respecto a los programas de 1978 a 1980, y que en el caso de los mencionados 140,000 millones de pesos, significan un incremento del 549%.

El señor Lic. Jesús Silva Herzog Flores, al resumir la actividad de los fideicomisos públicos dijo que por los apoyos financieros de 1980, se facilitó la creación de 191,000 empleos, y para 1981-82 se tiene prevista la generación de casi medio millón de fuentes de trabajo.

Fideicomisos en el Banco Nacional de Crédito Rural, S. A.

Bajo la coordinación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o de la de Agricultura y Recursos Hidráulicos, según el sector a que pertenezcan, el BANRURAL realiza sus actividades fiduciarias administrando varios importantes fideicomisos que se han contemplado como complementarios del crédito rural, contemplado en la Ley General de Crédito Rural. Mediante ellos se realizan inversiones, préstamos y descuentos para obras de infraestructura, organización, capicitación, asistencia técnica, financiamiento de programas especiales, incorporación a la producción comercial de áreas marginadas y realización de estudios técnicos agropecuarios, todo ello orientado a la integración y consolidación productiva del sector rural del país. La experiencia ha demostrado la necesidad de apoyar, con inversión pública y por cuenta del Gobierno Federal, el crédito otorgado, con el objeto de formar sujetos de crédito otorgado, con el objeto de formar sujetos de crédito y hacer rentables sus actividades. Precisamente los fideicomisos que maneja el BANRURAL tratan de cubrir esta necesidad y así lo expresó el señor C. P. Jorge Navarro Ayala, Director General del Banco Nacional de Crédito Rural, en una conferencia pronunciada recientemente dentro del Seminario El Fideicomiso Público en México. Manifestó que el BANRURAL, dentro del proceso de reforma administrativa, ha extinguido sesenta y seis fideicomisos cuya finalidad se consideró cumplida y tres se fusionaron por desarrollar funciones similares u homogéneas, entre ellos el denominado Fondo Ganadero, que fusionó el Fideicomiso Centro de Cría y Desarrollo del Ganado Bovino Lechero, el Ganadero Ejidal y el Lanero; dijo que doce fideicomisos están en proceso de extinción y que el Gobierno Federal ha constituido dos nuevos indispensables para promover la producción y la productividad en zonas con potencial agropecuario no desarrollado, a saber, el Fideicomiso de Riesgo Compartido y el Fideicomiso de Promoción Rural. Además de los dos mencionados, en la actualidad BANRURAL es Fiduciario de catorce fideicomisos que pueden clasificarse en fideicomisos de crédito, de infraestructura y otros.

Los fideicomisos de crédito son los siguientes:

1) El Fideicomiso de Inversiones de Crédito en Areas de Riego y Temporal (FICART), constituido en 1970, cuya finalidad es la elaboración de programas de crédito agrícola para todos los distritos y unidades de riego del país, así como para los distritos de temporal, y la celebración de préstamos o descuento, con instituciones de crédito, que tengan por objeto otorgar créditos refaccionarios, de habilitación o avío y pignoraticios, en beneficio de los agricultores del país. El patrimonio del fideicomiso está integrado con las cantidades que ha entregado el Gobierno Federal y las procedentes de los préstamos que se contraten con el Banco Interamericano de Desarrollo con los productos que se obtengan de las operaciones que se realicen o por la inversión de fondos ociosos y las recuperaciones que se vayan obteniendo. Este fideicomiso ha permitido realizar obras de infraestructura agropecuaria y facilitar

la adquisición de maquinaria, equipo e instalaciones para procesar y manejar productos agrícolas.

Cabe mencionar que en los contratos que celebra Nacional Financiera con el Banco Interamericano de Desarrollo se previno aportaciones paralelas de éste y del Gobierno Federal al patrimonio del fideicomiso.

2) Fideicomiso para el Desarrollo de la Zona Henequenera. Este fideicomiso, constituido en 1978, tiene como un propósito formular programas de desarrollo en la zona henequenera, proponer las inversiones que se estimen necesarias, realizar las actividades crediticias para la producción e industrialización del henequén, y, en general, para el desarrollo de la zona henequenera, debe coadyuvar al incremento de la productividad del henequén, propiciar la diversificación de los cultivos y crear fuentes de ingreso para los campesinos de la zona henequenera.

3) El Fideicomiso Fondo de Fomento y Apoyo a la Agroindustria se constituyó también en 1978, y tiene como finalidad principal financiar proyectos agroindustriales de empresas pequeñas y medianas, coadyuvar a fortalecer agroindustrias ya establecidas con crédito y capital, participar en el capital de empresas agroindustriales y asesorar financieramente a los acreditados para la mejor comercialización de sus productos se constituyó con un patrimonio inicial de $500 millones de pesos que aportó el Gobierno Federal y las demás que determine en lo sucesivo por conducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto.

4) Fondo Ganadero.—Su función es incorporar nuevas áreas a la producción de ganado, tanto de especies mayores como menores, incrementando la productividad de las empresas ya en operación, extendiendo sus beneficios a los productores, ejidatarios y pequeños propietarios, y fusionó los tres fideicomisos que ya se mencionaron.

5) Fideicomiso para la Investigación, Cultivo y Comercialización del Hule Natural.—Su objeto es la investigación, cultivo y comercialización del hule natural, a fin de promover y apoyar las actividades relacionadas con este producto. El contrato de fideicomiso se formuló en 1978.

6) Fideicomiso para el Otorgamiento de Crédito a Cooperativas Escolares.—Constituido en 1974 con una aportación inicial de $4 millones de pesos, su finalidad es realizar estudios y programas, otorgar créditos de avío o refaccionarios y descontar el crédito que otorguen los bancos del sistema BANRURAL en beneficio de las cooperativas escolares agropecuarias.

1) El Fideicomiso para Obras de Infraestructura Rural que realiza inversiones de este tipo, formula y supervisa programas desarrollo agropecuario, constituye abrevaderos, caminos, canales y realiza desmontes agrícolas y ganaderos. Para el período de 1977-1980 este fideicomiso operó $12,526 millones de pesos en beneficio de 505,000 productores, sobre una superficie de 2'093,000 hectáreas.

2) El Fideicomiso para la Rehabilitación de Distritos y Unidades de Riego presenta la novedad de que los fideicomitentes son 40 instituciones de crédito privadas y mixtas, afiliadas a la Asociación de Banqueros de México, que en

1979 firmaron el contrato respectivo y se comprometieron a aportar entre 1979 y 1981 $ 10,000 millones de pesos y sus rendimientos, para el otorgamiento de créditos destinados a financiar la ejecución de programas de rehabilitación de distritos y unidades de riego. Son fideicomisarios el Gobierno Federal y las propias fideicomitentes, para el efecto de la recuperación de sus aportaciones y accesorios que procedan.

3) Los Fideicomisos Candelilleros se han creado desde 1956 para la realización de obras e inversiones productivas en zonas candelilleras de México, con el fin de que el campesino que exporta candelilla pueda complementar su actividad con otras que le proporcionen mejores condiciones de vida.

Otros fideicomisos del Banco Nacional de Crédito Rural son el Fideicomiso para la Organización y Capacitación Campesina, el Fideicomiso denominado Campaña Nacional Contra la Garrapata, el Fondo del Programa de la Descentralización de las Explotaciones Lecheras del Distrito Federal y el denominado Estudio y Planes de Desarrollo Agropecuario y Programas de Crédito Agrícola.

Es de destacarse que los presupuestos conjuntos de los fideicomisos del sistema BANRURAL ascienden a las considerables sumas de $12,891 millones de pesos, $15,120 millones de pesos y $21,666 millones de pesos para los años de 1979, 1980 y 1981.

Fideicomisos en el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos

Este banco, creado en febrero de 1933 fundamentalmente para el financiamiento de obras y servicios públicos o de interés social, hasta 1981, en que quedó transformado en banca múltiple, tenía dos importantes excepciones en su Ley Orgánica, respecto de las reglas generales del fideicomiso en México. En efecto, su artículo 27 disponía que para la emisión de certificados de participación inmobiliaria sobre inmuebles destinados a habitaciones populares, la Institución, como Fideicomitente, podría designar como Fideicomisario a su propio departamento especializado. La otra excepción, que mantiene actualmente en su Ley Orgánica, es la de que en los fideicomisos que se constituyan para garantizar los derechos del banco éste podrá actuar en el mismo negocio como Fideicomisario y Fiduciario (respectivamente artículo 55 de la Ley Orgánica anterior y 20 de la Ley Orgánica en vigor).

Cabe mencionar que el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos puede realizar todas las operaciones fiduciarias autorizadas por su Ley Orgánica y por la Ley Bancaria, y el fideicomiso más importante que maneja es el Fondo de Habitaciones Populares, constituido por el Gobierno Federal y destinado precisamente a satisfacer esta necesidad. Este banco emitió certificados de participación inmobiliaria no amortizables que daban derecho a una parte alícuota del inmueble materia de la emisión, de sus frutos o rendimientos o del valor neto que resulte de su venta y al derecho de ocupación y aprovechamiento directo y exclusivo de las habitaciones y localidades y el del uso en común de todas aquellas partes del inmueble fideicometido.

FIDEICOMISOS CONSTITUIDOS EN BANOBRAS

1. Fideicomisos en Operación	279
2. Fideicomisos del Gobierno Federal	46
3. Fideicomisos del Sector Público	83
4. Fideicomisos del Sector Privado	150
.....	
5. Fideicomisos que se operan directamente	264
6. Fideicomisos que se operan con Delegados Fiduciarios Especiales.	12
7. Fideicomisos que maneja la Banca de Fomento	3*

* FM – FIFAPA – PISAYAMBO.

BANCO NACIONAL DE OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS, S. A. GERENCIA FIDUCIARIA

ACTIVOS FIDUCIARIOS AL 30-09-81	*Cifras en miles de pesos*
Fideicomisos de Garantía	81'284
Feicomisos de Administración	6.938'356
Fideicomisos de Inversión	18.861'434
SUMA DE ACTIVOS	25.881'074

PATRIMONIOS FIDUCIARIOS AL 30-09-81	
Fideicomisos de Garantía	73'464
Fideicomisos de Administración	5.433'581
Fideicomisos de Inversión	14.708'430
SUMA DE PATRIMONIOS	20.215'475
PASIVOS AL 30 DE SEP. 1981	5.654'998

Principales ingresos de los fideicomisos

1. Aportaciones del Gobierno Federal para el cumplimiento de los objetivos de los Fideicomisos que tiene constituidos.
2. Aportaciones de los Fideicomitentes a los Patrimonios Fiduciarios, principalmente de los de Inversión; por ejemplo el de Ferrocarriles Nacionales de México.
3. Contrataciones de créditos, para cumplir los fines de los fideicomisos.
4. Recuperaciones de cartera de créditos concedidos a terceros.

Principales egresos de los fideicomisos

1. Entregas de fondos a las Delegaciones Fiduciarias.
2. Concesión de créditos a terceros; por ejemplo a los contratistas de obras públicas, por medio de depósitos en cuentas en la Banca Comercial.
3. Entregas a la Banca de Fomento de fondos recibidos a través de fideicomisos, para acreditar a adeudos a cargo de acreditados de la misma.
4. Entregas a la Banca Comercial de fondos destinados a inversiones específicas en Valores.

Inversión de fondos ociosos

Cuando temporalmente existen ingresos superiores a los egresos, los fondos excedentes se invierten, por medio de un fondo común, en una "cuenta corriente" que maneja la Tesorería General de BANOBRAS, que paga a los Fideicomisos una tasa de interés del 8% anual, principalmente.

A fondos derivados de ciertos fideicomisos, les cubre una tasa del 12% a FERRONALES y del 13% a CAMINOS Y PUENTES, y ACAPULCO.

A su vez, la Tesorería General invierte estos fondos a tasas superiores, logrando rendimientos que se reflejan en los resultados del Bancario.

Al día 15 del presente mes, estas inversiones estaban distribuidas como sigue:

8%	$ 1.571'500,000.00
9%	16'880,323.14
10%	16'334,000.00
12%	705'594,665.37
13%	323'000,000.00
	$ 2.633'308,988.51

RENDIMIENTO DE OPERACION (enero a septiembre de 1981).

Ingresos

	(miles de pesos
Honorarios Fiduciarios	
Fideicomisos de Garantías	1,293
Fideicomisos de Administración	147,618
Fideicomisos de Inversión	71,744[1]
SUMA	220,655
Fondo de Habitaciones Populares	155,299
TOTAL	375,954
Honorarios por Avalúos	6,522
Honorarios por mandatos	41
GRAN TOTAL	382,517

[1] De esta cifra $50 millones aproximadamente corresponden a diferenciales de tasas de interés.

Costos directos

del Area Fiduciaria	50,823
Rendimiento del área fiduciaria	331,684
Sobre cargo de gastos BANOBRAS	314,238
Rendimiento neto a BANOBRAS	17,446

(miles de pesos)

	Fideicomiso Garantía	*Fideicomiso Administración*	*Fideicomiso Inversión*	TOTAL
Caja y Bancos	5,833	490,444	165,956	662,233
Valores BANOBRAS	8,654	1'227,701	5'045,299	6'281,564
SUMA	14,487	1'718,145	5'211,255	6'943,887

ACTIVIDADES FIDUCIARIAS

		Patrimonio y recursos	*Nº de empleado*
1. Fideicomisos de vivienda			
BNOSPSA	5	1,029'319,298.37	6
BNUSA	107	1,369'465,259.57	
2. Fideicomisos de inversión			
BNOSPSA	46	457'851,682.44	4
BNUSA	19	525'427,600.00	
3. Fid. de recuperación de Cartera			
BNOSPSA	24	720'192,773.10	5
BNUSA	1	8'854,123.26	
4. Fid. susceptiblse de cancelar			
BNOSPSA	40	544'024,696.90	4
BNUSA	2	217'997,275.37	
5. Fid. de Admón. de Inmuebles			
BNOSPSA	9	1'404'987,834.29	844
BNUSA	10	31'984,426.36	
6. Fid. Vta. Inmuebles			
BNOSPSA	6	2,477'885,681.88	1,027
BNUSA	0	—.—	
7. MANDATOS			
BNOSPSA	3	98'050,338.19	6
BNUSA	24	8'833,747.48	

8. Fideicomisos Industriales			
BNOSPSA	5	927'985,463.82	270
BNUSA	0	—.—	
9. Fid. Otorgamiento de Créditos			(Personal Gerencia Financiera del BNOSPSA)
BNOPSA	2	2,047'789,458.70	
BNUSA	0		
10. Fid. Educativos			
BNOSPSA	2	20'776,824.40	232
BNUSA	0	—.—	
11. Fondo de Habitaciones Populares		7,937'609,995.63	Personal Bancario
12. Préstamos a contratista de obras públicas y cobranza de contratistas		4,740'391,248.66	20

RESUMEN

Total de Fideicomisos	308	
BNOSPSA	145	
BNUSA	163	
Total de patrimonios y recursos		$24,569'427,728.42
BNOSPSA	22,406'865,296.38	(31-XII-80)
BNUSA	2,162'562,432.04	(31-VIII-80)
Total de empleados		2,483

Fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal en el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S. A.

Dentro del área fiduciaria del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S. A., desempeña un papel de suma importancia su Gerencia Fiduciaria, ya que es ella la que realiza gran parte de las actividades encomendadas en esta materia a la Institución, la cual está autorizada para operar toda clase de fideicomisos y para realizar todo género de funciones fiduciarrias, de conformidad con su Ley Orgánica y con la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, aunque siempre relacionadas con el objeto de la propia Institución, mismo que se sintetiza en estos renglones fundamentales que son: Obras y Servicios Públicos y Actividades de Interés Social.

La Gerencia Fiduciaria, actualmente maneja 45 fideicomisos, los cuales son de diferente índole, destacándose entre ellos, aquellos que fueron creados para el fomento de las actividades económicas tales como, infraestructura urbana y vivienda.

Uno de los principales fines de estos fideicomisos son, el financiamiento para obras de beneficio colectivo, como: agua potable, drenaje, alcantarillado, pavimentación, alumbrado público, mercados, centrales camioneras, rastros vivienda, caminos y presas.

Por tal motivo, de la relación que remitimos de estos fideicomisos destacan los siguientes:

1. Fid. 65.—Fondo de Habitaciones Populares.
2. Fid. 106.—Préstamos a Contratistas de Obras Públicas.
3. Fid. 198.—Fondo Fiduciario Federal de Fomento Municipal.
4. Fid. 266.—Fondo de Inversiones Financieras para Agua Potable y Alcantarillado.
5. Fid. 269.—Acapulco, Gro.

Relación de Fideicomisos de Administración, Inversión y Garantía, adscritos a la Gerencia de Fideicomiso y que fueron constituidos directamente por el Gobierno Federal

Fid. 1 Gobierno Federal.—Construcción Caminos Nacionales.
33 Gobierno Federal.—Unidad Habitacional Villa Olímpica.
41 Gobierno Federal.—Secretaría de Recursos Hidráulicos.
47 Gobierno Federal.—Fondo Regular de Ahorro y Préstamo.
65 Gobierno Federal.—Fondo de Habitaciones Populares.
66 Gobierno Federal.—Créditos Especiales.
70 Gobierno Federal.—Bancos de Ahorro y Préstamo.
74 Gobierno Federal.—Banco del Patrimonio Familiar.
77 Gobierno Federal.—Patronato de la Universidad Nacional Autónoma de México.
87 Gobierno Federal.—Bienes en Administración de Constructora.
100 Gobierno Federal.—Créditos a Damnificados de Jaltipan, Ver.
106 Gobierno Federal.—Préstamos a Contratistas de Obras Públicas.
112 Gobierno Federal.—Cuarteles y Campos Militares.
Fid. 114 Gobierno Federal.—Acciones de Del Angel, S. A.
122 Gobierno Federal.—Benjamin Hill, Sonora, B. C.
126 Gobierno Federal.—Acciones de Inmuebles Cuauhtémoc, S. A.
143 Gobierno Federal.—Talleres Gráficos de la Nación.

159 Gobierno Federal.—Haber Social del Banco Nacional de Transportes, S. A.
165 Gobierno Federal.—Junta Federal de Mejoras Materiales de Veracruz, Ver.
169 Gobierno Federal.—Caminos y Puentes Federales de Ingresos y Servicios Conexos.—Préstamo de $180'000,000.00.
173 Gobierno Federal.—Yukalpetén, Yuc.
177 Gobierno Federal.—Bahía de Acapulco, Ensenada de Santa Lucía.
183 Gobierno Federal.—Río Silao. Irapuato, Gto.
184 Gobierno Federal.—Bahía de Banderas, Estado de Nayarit.
188 Gobierno Federal.—Constructora Morelos, S. A.
195 Gobierno Federal.—Comisión Nacional de Caminos Alimentadores y Aeropistas.
198 Gobierno Federal.—Fondo Fiduciario Federal de Fomento Municipal.
201 Gobierno Federal.—Regularización Puerto Vallarta, Jal.
202 Gobierno Federal.—Escuelas Náuticas Mercantes.
212 Gobierno Federal.—Construcción del Edificio de la Sede Social, olítica y Deportiva del Congreso del Trabajo.
219 Gobierno Federal.—Servicios Portuarios y Marítimos de Ensenada, S. A. de C. V.
220 Gobierno Federal.—Encargo Fiduciario. Zihuatanejo.
y 221
232 Gobierno Federal.—Pisayambo, Ecuador. (ICA) (CESA).
233 Gobierno Federal.—Plan de Carreteras Gran Visión, Estado de Chihuahua.
246 Gobierno Federal.—Desarrollo Urbano Ciudad Lázaro Cárdenas, iMch.
253 Gobierno Federal.—Fondo Nacional para los Desarrrollos Portuarios.
256 Gobierno Federal.—Cumbres de Llano Largo. Acapulco, Gro.
266 Gobierno Federal.—Fonde de Inversiones Financieras para Agua Potable y Alcantarillado.
269 Gobierno Federal.—Acapulco, Gro.
272 Gobierno Federal.—Financiera General, S. A. Fraccionamiento El Palomar en Guadalajara, Jalisco.
277 Gobierno Federal.—Centro de Espectáculos, Convenciones y Exposiciones de Acapulco, Gro.
281 Gobierno Federal.—Ciudad Industrial de León, Guanajuato.
289 Gobierno Federal.—Centro de Estudios Históricos del Agrarismo en México.
Fid. 290 Gobierno Federal.—Parque Industrial de El Salto, Jalisco.
291 Gobierno Federal.—Parque Industrial de San Juan del Río, Querétaro.

Fid. 65.—FONDO DE HABITACIONES POPULARES.

Este fideicomiso fue creado mediante Decreto Presidencial publicado en el

Diario Oficial de la Federación el día 2 de abril de 1981, formalizando el Contrato de Fideicomiso el día 13 de mayo del mismo año.

Sus características son:

Fideicomitente: El Gobierno Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Fiduciario: El Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S. A.

Patrimonio Fiduciario:

a) Los activos totales del Fondo de Habitaciones Populares al 31 de diciembre de 1980, según estados financieros dictaminados; que ascienden a la cantidad de $8,161 millones.
b) Las aportaciones de cualquier tipo que efectúen el Gobierno Federal, las Entidades Federativas, los Municipios o entidades públicas o privadas.
c) Los recursos provenientes de las operaciones del fideicomiso.
d) Los rendimientos que se obtengan de las inversiones de fondos existentes del patrimonio fideicomitido y
e) Cualesquiera otras aportaciones, bienes muebles o inmuebles que por cualquier título legal adquiera el fideicomiso.

Los fines del Fideicomiso:

I. Financiar la construcción y mejoramiento de viviendas y conjuntos habitacionales populares.
II. Financiar los programas de vivienda popular de los organismos del sector público, así como los formulados por los gobiernos estatales y municipales.
III. Financiar la construcción o adquisición de viviendas o conjuntos habitaciones populares, para que sean dados en arrendamiento.
IV. Financiar los programas de vivienda de las sociedades cooperativas.
V. Otorgar créditos para la urbanización de fraccionamiento populares.
VI. Otorgar créditos inmobiliarios para la adquisición de viviendas populares.
VII. Financiar programas de regeneración urbana en sus modalidades de: renovación, remodelación, rehabilitación, restauración, remozamiento, mejoramiento, sustitución y saturación urbana, que conlleven el concepto de vivienda popular.
VIII. Otorgar financiamiento a programas de parques de materiales que se integren como apoyo al mejoramiento de la vivienda popular.
IX. Descontar, redescontar o dar en redescuento títulos de crédito derivados de préstamos otorgados en operaciones que tengan relación con los fines del fideicomiso.
X. Garantizar la amortización y el pago de intereses de documentos o valores que, con intervención de instituciones de crédito, se emitan para destinar los recursos procedentes de ellos al cumplimiento de los fines del propio fideicomiso.

XI. Previo cumplimiento de las disposiciones legales aplicables, obtener créditos de cualquier fuente interna de financiamiento, en moneda nacional, cuidando que las tasas de interés y demás servicios de las operaciones pasivas. En ningún caso se podrán obtener créditos de fuentes externas de financiamiento.

XII. Fomentar y participar en actividades científicas, técnicas o de cualquier otro orden, relaciones con el servicio de habitaciones populares.

XIII. Apoyar otras medidas de fomento, sostenimiento, consulta, estudio y propaganda del servicios de habitaciones populares, y

XIV. En general, promover el mejoramiento de las condiciones de habitación de los sectores de población económicamente débiles.

Cabe mencionar, que este fideicomiso venía operando dentro de la Institución como un Encargo Fiduciario, por lo tanto las actividades que se desarrollaron durante el año de 1980, fueron: Por venta de Inmuebles 192.4 millones de pesos, por venta de Servicios 31 millones de pesos, igualmente se terminaron 1,916 viivendas que representaron una inversión de 225.3 millones de pesos.

Fid. 106.–ANTICIPOS A CONTRATISTAS.

Estructura legal y administrativa

1) Antecedentes:

Oficio No. 305-I-26522 de fecha 14 de septiembre de 1960 de la Dirección de Crédito de la S.H.C.P.

2) Contrato de Fideicomiso:

Contrato de Fideicomiso, firmado el 19 de abril de 1961.

Fideicomitente: Gobierno Federal, a través de la S.H.C.P.

Fiduciario: Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S. A.
Fideicomisarios: Los contratistas que tengan contratadas una o varias obras con las diversas dependencias del Gobierno Federal.

Fondo Fiduciario: Estará integrado por los siguientes recursos:

a) Las aportaciones que para ese fin haga el Gobierno Federal.

b) Las aportaciones que el propio Gobierno realice con cargo a los fondos que la Tesorería de la Federación retiene a los contratistas de obras públicas federales, en garantía de la ejecución de las obras y que ascienden al 5% del importe de las mismas, en el entendido de que si esa retención es mayor únicamente se afectará al presente fideicomiso el 5% indicado.

c) Con los productos de la inversión del patrimonio fiduciario que no se afecten específicamente a los conceptos que más adelante se señalan.

Objeto del Fideicomiso:

Que la Fiduciaria otorgue créditos especiales a los contratistas de obras públicas federales.

Honorarios Fiduciarios: Por concepto de gastos y honorarios la Fiduciaria percibirá:

a) El 2% anual sobre las sumas depositadas por cuenta de los contratistas.

b) El 25% de los rendimientos de inversión de fondos ociosos provenientes de las aportaciones directas del Gobierno Federal al patrimonio fiduciario.

3) Reglas de Operación:

a) El destino de los créditos será cubrir las erogaciones que demande la iniciación de obras contratadas por cualquiera de las Dependencias del Gobierno Federal.

b) El acreditado someterá a la aprobación de la Fiduciaria el programa del ejercicio del crédito y el calendario de disposición correspondiente.

c) El plazo de amortización no será mayor de 18 meses a partir del otorgamiento del crédito respectivo.

d) Como fuente de pago y garantía específica, el acreditado deberá afectar en fideicomiso el contrato de obra que sirva de base para el otorgamiento de crédito.
La Fiduciaria aplicará la proporción que se fije de todas las cantidades que perciba en ejercicio de ese fideicomiso a la amortización del crédito aun cuando éste quede cubierto totalmente antes del plazo máximo de 18 meses señalado en el inciso c).

e) El acreditado deberá además otorgar garantías adicionales, ya sean propias o de terceros, que el Comité Técnico del Fideicomiso considere conveniente para la mayor seguridad de la operación.

f) El monto de los créditos se establecerá sobre la base de un 15% del valor de las obras, el que podrá ser aumentado por el Comité Técnico del Fideicomiso, oyendo el parecer de la Dependencia del Gobierno Federal que

hubiere otorgado el contrato de obra en cuanto a la necesidad y justificación de los gastos para iniciar los trabajos que deba realizar el acreditado.

g) El tipo de interés será del 12% anual sobre saldos insolutos y en caso de demora se elevará a un 15%.

h) La Fiduciaria establecerá en los contratos de crédito las demás modalidades usuales en esta clase de operaciones.

El apoyo financiero a las empresas constructoras que llevan a cabo obras para dependencias del Gobierno Federal y Organismos Paraestatales, representó la concesión de créditos por un total de 2'030 millones de pesos en el año de 1980, lo que significa un aumento de 365 millones de pesos, es decir 21.9% en relación con lo otorgado en 1979.

En este año por el periodo de enero a agosto, se han operado créditos con cargo al fideicomiso, por $3,272 millones de pesos para financiar diversas obras públicas.

Fid. 198. FONDO FIDUCIARIO FEDERAL DE FOMENTO MUNICIPAL

Objetivos del fideicomiso

Otorgar préstamos a largo plazo, con un interés sumamente preferencial, a municipios de escasos recursos para que realicen obras de servicios públicos necesarios.

Servicios que presta

Financia proyectos para la introducción ampliación y mejoramiento de sistemas de agua potable, alcantarillado, mercados, rastros, alumbrado, pavimentos, banquetas y obras similares de alta prioridad social y económica.

Requisitos generales para el otorgamiento de créditos

Todos los estados y municipios del país son elegibles para recibir el financiamiento. Las prioridades para la asignación de recursos serán acordes con el Plan Nacional de Desarrollo Urbano, conforme a las siguientes bases:

Se deberán tener completos estudios de ingeniería de las obras que vayan a realizar con el préstamo, los cuales son indispensables para juzgar sobre los beneficios que pueda retiduar a la comunidad; que se trate de obras firmes y duraderas; que su costo no sea mayor al monto del préstamo, y si es mayor, se requerirá que el Ayuntamiento contribuya con partidas complementarias en caso de que el préstamo resulte insuficiente.

En casos especiales el F.M. puede pagar parte y hasta el total del costo de los estudios de ingeniería.

Las obras se construyen por quien ofrezca las mayores ventajas, incluso, puede hacerlas el propio Ayuntamiento interesado, si cuenta con elementos para ello. Por lo general, las mayores ventajas las ofrecen los contratistas de obras experimentados. Para buscar las mayores ventajas para el Municipio, cuando se trate de contratos importantes, deben celebrarse concursos entre los contratistas interesados en realizar las obras, para que estos, en vista de la competencia que se provoque, ofrezcan las mejores condiciones y así, el Municipio pueda escoger de entre varias propuestas.

La dirección técnica de las obras debe ser ejercida por el principal interesado en el proyecto, o sea, el propio Ayuntamiento.

Tratándose de obras para abastecimiento de agua o para instalación de alcantarillado la Secretaría de Recursos Hidráulicos ofrece, por sus propias funciones, una alternativa insuperable para encargarse de la dirección técnica de esas obras.

Términos generales de los créditos

a) Plazo de los créditos.

El plazo que se otorga a la amortización de los financiamientos puede ser para obras de agua potable y drenaje hasta de 30 años, para mercados hasta de 20, y para otros hasta de 15, a excepción de los destinados a alumbrado, pavimentos, banquetes y guarniciones que podrán ser hasta de 5 años.

b) Tasas de intereses.

- Agua y drenaje 2.5% semestral.
- Mercados y rastros 3.0% semestral
- Otras obras 3.5% semestral

Límites de los préstamos

El monto de los financiamientos para proyectos de agua potable y de alcantarillado no excederá de $20'000,000.00 M.N. y para otros no excederá de $10'000,000.00 M.N.

Actualmente el Fondo Fiduciario Federal de Fomento Municipal, cuenta con un patrimonio Fiduciario de: $1'225'104,000.00.

Durante el ejercicio de 1980, autorizó créditos por la suma de .....

$2'671'000,000.00, para la realización de 202 obras en 26 entidades federativas, destacándose éstas las de Agua y Drenaje con un total de 1'805 millones de pesos, Mercados con 518 millones de pesos y Pavimentación con 164 millones de pesos.

La inversión efectuada con cargo a los créditos aprobados ascendió a 407 millones de pesos, monto que resulta superior en 143.7% al de 1979.

FONDO DE INVERSIONES FINANCIERAS PARA AGUA POTABLE .. ALCANTARILLADO

(FIFAPA)

Objetivo del fideicomiso

Otorgar créditos a entidades encargadas de la prestación de servicios públicos de abastecimiento de agua potable y alcantarillado, para la construcción, ampliación y mejoramiento de sus sistemas, cuyas obras sean proyectadas, aprobadas y ejecutadas por la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas.

Servicios que presta

Otorga préstamos en moneda nacional a cualquier entidad pública, municipal o estatal, que tenga la función de prestar servicios públicos urbanos de suministro de agua o alcantarillado. Por lo tanto, podrán ser acreditados por el fideicomiso, bajo la condición anterior: a) Los estados de la federación; b) Los municipios del país; c) Organismos descentralizados estatales ,y d) Organismos descentralizados municipales.

Requisitos generales para el otorgamiento de créditos

a) Podrá ser acreditado del fondo cualquier entidad pública, municipal o estatal, que tenga la función de prestar servicio público urbano de suministro de agua y/o de alcantarillado.
b) Exclusivamente serán elegibles para ser financiado por el fondo aquellos proyectos que hayan sido formulados por la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas.
c) Los proyectos deberán ser autorizados por el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.
d) Que se trate de proyectos que generen ingresos suficientes para que los encargados del servicio respectivo puedan cubrir sus costos de operación y financieros, sin sufrir descapitalización.

e) La selección de contratistas y proveedores de servicios y bienes que se empleen en los proyectos, se hará por la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, conforme a los procedimientos legales aplicables a adquisiciones y contratos de obra del Gobierno Federal y en su caso, a las disposicioes contractuales convenidas con las instituciones que hayan otorgado financiamientos para incrementar el patrimonio del Fondo.

Términos generales de los apoyos

a) Plazo de los créditos.
El fondo otorgará a plazos que no excedan de 20 años, en función de la capacidad de pago del acreditado, prevista para después de ejecutado el proyecto.
b) Tasa de interés.
9% anual.
c) Garantía de los créditos.
Los productos que se obtengan por la operación de los sistemas de agua potable y alcantarillado respectivos. Además de la garantía anterior, cuando el Gobierno del Estado sea deudor o solidario por las obras que se realizan en su jurisdicción, deberá afectar en fideicomiso en el propio banco fiduciario y a favor del fondo, las participaciones que en impuestos federales le correspondan.

El Fondo de Inversiones Financieras para Agua Potable y Alcantarillado, actualmente cuenta con un Patrimonio Fiduciario de $11'500'000,000.00.

En 1980, se formalizaron financiamientos por 5'342 millones de pesos para la ejecución de este tipo de obras en varias ciudades de la República.

Fueron ejercidos durante dicho año, créditos por 659 millones de pesos, cifra que recibe un incremento relativo del 97% respecto a la de 1979.

FID. 269.–ACAPULCO, GRO.

Estructura legal y administrativa

1) Antecedentes

Fideicomiso constituido mediante Decreto de fecha 18 de junio de 1976, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 del mismo mes y año.

2) Contrato de Fideicomiso.

Formalización del fideicomiso mediante contrato de fecha 20 de julio de 1976.

Contrato de Fideicomiso registrado en la S.H.C.P. bajo el Nº 1902 el 18 de agosto de 1976.

Fideicomiso Irrevocable, Traslativo de Dominio y de Administración.

Fideicomitentes: El Gobierno Federal, representado por la S.H.C.P., el Gobierno del Estado de Guerrero y el Ayuntamiento de Acapulco.

Fiduciario: El Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S. A.

Finalidad: Servir de instrumento de coordinación de los esfuerzos de autoridades federales, estatales y municipales en Acapulco, para lo cual la acción del fideicomiso abarcará promociones de carácter urbano, turístico, agropecuario, industrial y de servicios, a corto, mediano y largo plazo, que tengan como propósito lograr su desarrollo económico y social.

De manera enunciativa y no limitativa, llevará a cabo las siguientes actividades:

Adquirir, urbanizar, fraccionar, vender, arrendar y administrar bienes inmuebles para el adecuado desarrollo de Acapulco y contraer los pasivos necesarios que para ello autorice la Secretaría de Programación y Presupuesto.

Asesorar, promover y financiar programas de fomento y desarrollo del Puerto en los términos y con los propósitos señalados en los considerando del Decreto constitutivo.

Proponer la integración del fondo legal de Acapulco en la faja costera comprendida entre el Río Papagayo y la Laguna de Coyuca, elaborando al efecto el Plan Maestro de dicha zona. Para este propósito, el fideicomiso gestionará ante las autoridades correspondientes que efectúen los actos que procedan en los términos de la legislación vigente en la materia.

Buscar nuevas actividades a desarrollar en el Puerto y obtener de las autoridades competentes, en su caso, en beneficio del propio fideicomiso, las concesiones que sean necesarias para su explotación.

Canalizar los recursos financieros o presupuestales que señale a las distintas dependencias federales la S.P.P. de acuerdo con sus atribuciones, para su aplicación en Acapulco, gestionando, ante dicha Secretaría las autorizaciones correspondientes.

Las demás que le señalen expresamente los fideicomitentes por conducto de la S.H.C.P.

Patrimonio. El patrimonio del Fideicomiso se integrará con:

Los bienes que posteriormente decidan aportar en efectivo o en especie los Gobierno Federal, Estatal o Municipal, así como los particulares interesados en el desarrollo y promoción en Acapulco.

Honorarios fiduciarios. El fiduciario percibirá, por concepto de honorarios la suma que anualmente se determinará de común acuerdo entre éste y el Gobierno Federal, representado por la S.H.C.P.

El Fideicomiso Acapulco, tiene asignado un presupuesto para el año de 1981 de 2'500 millones de pesos que se destinará a las siguientes actividades:

1) Remodelación de la Costera Miguel Alemán.
2) Libramiento a Zihuatanejo, Gro.

3) Agua Potable y Alcantarillado.
4) Urbanización.
5) Nuevos Desarrollos Turísticos.
6) Nuevo Centro de Población el Renacimiento.

Fideicomisos en Banco Mexicano Somex, S. A.

Al 31 de diciembre de 1976, el Banco Mexicano, S. A. y sus filiales administraban en fideicomiso $7,728'000,000.00. En 1979 se fusionaron bajo la denominación de Banco Mexicano Somex, S. A. y sus fondos fiduciarios ascendían a $15,981'000,000.00, importe que al 31 de julio de 1981 creció a ..... $34,156'000,000.00, y según un informe al Consejo de Administración es líder fiduciario de la banca privada y mixta, manejando 1,099 negocios fiduciarios como sigue: fideicomisos de administración (509), de garantía (124), de inversión (332) y 44 mandatos.

Los fideicomisos que maneja son principalmente instrumentos para intervenir en la promoción, realización y satisfacción de programas gubernamentales de naturaleza social, entre ellos, fideicomisos de unidades habitacionales de interés social con más de 35,000 viviendas, fideicomisos que tienen por objeto el pago de pensiones y primas de antigüedad a personal de empresas, fideicomisos para administración de acciones de sociedades con el control del Gobierno Federal; fideicomiso de apoyo al programa nacional para la fabricación de alimentos básicos; fideicomiso de apoyo a la investigación científica, como el contratado con la Universidad Nacional Autónoma de México para labores de investigación y capacitación a estudiantes universitarios y personal bancario; el fideicomiso constituido con el Gobierno del Estado de México para administrar 17 centros de servicios administrativos; fideicomiso de promoción turística; un fideicomiso que regula la compraventa de acciones y obligaciones de Teléfonos de México, S. A.; un fideicomiso establecido por el Consejo Nacional de Fomento Educativo para la recaudación de fondos destinados a la educación de niños indígenas, y uno constituido con el Departamento del Distrito Federal para el financiamiento, construcción y operación de una nueva central de abastos en la Ciudad de México.

Fideicomisos en Financiera Nacional Azucarera

Financiera Nacional Azucarera, S. A., Institución Nacional de Crédito, como Fiduciaria del Gobierno Federal, tiene a su cargo la administración de tres fideicomisos, que son los siguientes:

Fondo del Fideicomiso del Azúcar (FIDAZUCAR). Este Fideicomiso es administrado por Financiera Nacional Azucarera, S. A., desde el año de 1953, siendo en la actualidad su objetivo principal apoyar otorgando su aval a las empresas azucareras que no cuenten con fuentes de pago o que las disponi-

bles sean insuficientes para asegurar la recuperación total de los créditos que otorgue el Departamento Financiero de la Fiduciaria, en lo necesario para cubrir las insuficiencias de dichas fuentes de pago; este apoyo se hace extensivo a la falta de insuficiencia de garantías.

Otro objetivo importante del Fideicomiso ha sido el de adquirir y, en su caso, trasmitir las unidades industriales de los ingenios, así como las acciones o partes sociales del capital social de las empresas azucareras y de sus filiales o subsidiarias, que pasen a formar parte de la Administración Pública Federal.

El volumen de operaciones que para el año de 1981 está llevando a cabo el Fideicomiso, es del orden de los 13,000 millones de pesos aproximadamente.

Fondo para la Creación y Fomento de Centrales de Maquinaria y Equipo Agrícolas de la Industria Azucarera (FIMAIA). Este Fideicomiso se creó mediante contrato de fecha 11 de diciembre de 1975. Sus fines son adquirir maquinaria y equipo agrícola y de transporte a fin de auspiciar la constitución de una central de maquinaria y equipo agrícolas por ingenio, que permitan cubrir las necesidades técnicas de organización de las labores de los campos azucareros, propiciando el manejo colectivo y la uniformidad del precio de las tareas agrícolas y obtención de costos promedios, así como vender a crédito dichos bienes a agrupaciones organizadas de campesinos cañeros en los términos que acuerde el Comité Técnico del Fideicomiso.

El volumen de operaciones que se generarán en el presente año es del orden de 1,600 millones de pesos, aproximadamente.

Fideicomiso de Obras Sociales a Campesinos Cañeros de Escasos Recursos (FIOSCER). Este Fideicomiso se constituyó por contrato celebrado el 24 de agosto de 1971. Tiene como finalidades principales las de contribuir a elevar el nivel de vida de los trabajadores del campo cañero de escasos recursos, productores y cortadores, poniendo especial atención en beneficiar a los cortadores de caña migratorios.

Asimismo, procurar elevar el nivel de vida de la comunidad cañera mediante programas de empleo y productividad que incluyen medidas de capacitación y adiestramiento en y para el trabajo y de seguridad e higiene; finalmente, coadyuva en la dotación de obras de infraestructura y servicios públicos indispensables tanto en los núcleos de población cañera como en los núcleos de cortadores de caña y otorga créditos para viivenda y obras de beneficio colectivo.

En el presente ejercicio, este Fideicomiso está manejando recursos para sus programas por un monto aproximado de 1,700 millonse de pesos.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Coordinación General de Estudios Administrativos de la Presidencia de la República, en el mes de septiembre de 1981 organizaron un ciclo de conferencias sobre el fideicomiso público en México, con el propósito de informar sobre este instrumento para el desarrollo, dar a conocer sus características jurídico administrativas y su función dentro de la administración pública, establecer las bases teórico prácticas para su uso adecuado en México, analizar las políticas, instrumentos o

técnicas para su constitución, modificación o extinción y, en general, para revisar sus experiencias de operación.

Se puso de relieve que los fideicomisos del Gobierno Federal manejan entre $250,000 y $300,000 millones de pesos, de los cuales los 17 fideicomisos de fomento más importantes manejan $150,000 millones de pesos.

RELACION DE LOS FIDEICOMISOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL

DIARIO OFICIAL DEL 18 DE MARZO DE 1982

IV. Fideicomisos de la Administración Pública Federal

1. Fideicomiso Bahía de Zihuatanejo (FIBAZI) 21105
2. Fideicomiso Balneario Agua Hedionda 30330
3. Fideicomiso Caleta del Xel-Ha y del Caribe 21110
4. Fideicomiso Campaña Nacional Contra la Garrapata 08230
5. Fideicomiso Centro de Estudios Históricos del Agrarismo en México 15085
6. Fideicomiso Ciudad El Recreo, La Paz 21120
7. Fideicomiso Ciudad Industrial Benito Juárez, Qro. 20135
8. Fideicomiso Ciudad Industrial de Aguascalientes, Ags. 20145
9. Fideicomiso Ciudad Industrial de Celaya, Gto 20140
10. Fideicomiso Ciudad Industrial de Iguala, Gro. 20255
11. Fideicomiso Ciudad Industrial de León, Gto. 20260
12. Fideicomiso Ciudad Industrial de Linares, N. L. 20150
13. Fideicomiso Ciudad Industrial de Matamoros, Tamps. 20155
14. Fideicomiso Ciudad Industrial de Mérida, Yuc. 20175
15. Fideicomiso Ciudad Industrial de Morelia, Mich. 20265
16. Fideicomiso Ciudad Industrial de Torreón, Coah. 20340
17. Fideicomiso Ciudad Industrial de Villahermosa, Tab. 20160
18. Fideicomiso Ciudad Industrial de Xicoténcatl, Tlax. 20270
19. Fideicomiso Ciudad Industrial Nayarita 20180
20. Fideicomiso Ciudad Industrial Nueva Tijuana (6)* 20275
21. Fideicomiso Ciudad Industrial Tizayuca, Hgo. 20190
22. Fideicomiso Ciudad Turística Portuaria Cabo San Lucas 21115
23. Fideicomiso Colonias Militares 07080
24. Fideicomiso Comisión Promotora Conasupo para el Mejoramiento Social 10215
25. Fideicomiso Conjunto Habitacional C. T. M. Atzacoalco 00561
26. Fideicomiso Conjunto Habitacional "Cuitláhuac" 06486
27. Fideicomiso Conjunto Habitacional "Héroes de Chapultepec" 20350
28. Fideicomiso Conjunto Habitacional "Lindavista Vallejo" 06487
29. Fideicomiso Conjunto Habitacional "Loma Hermosa" 06489
30. Fideicomiso Conjunto Habitacional "Mixcoac Lomas de Plateros" 06488

31. Fideicomiso Conjunto Habitacional "Presidente Kennedy" 06491
32. Fideicomiso Conjunto Urbano Corazones de Manzana en la Unidad Balbuena 06507
33. Fideicomiso de Apoyo a la Industria Rural 15095
34. Fideicomiso de Bahía de Banderas, Nay. 15105
35. Fideicomiso de Promoción Rural 00562
36. Fideicomiso de Puerto Vallarta 20280
37. Fideicomiso de Riesgo Compartido 00500
38. Fideicomiso del Azúcar (FIDAZUCAR) 06620
39. Fideicomiso del Legado de David Alfaro Siqueiros 11205
40. Fideicomiso del Legado de Eduardo Omarini 06400
41. Fideicomiso de las Frutas Cítricas y Tropicales (FIDEFRUT) ... 08295
42. Fideicomiso destinado exclusivamente a la Operación del "Centro de Especátculos, Convenciones y Exposiciones de Acapulco, Gro" . 21145
43. Fideicomiso Ejidal Ley Federal de Aguas (6)* 08305
44. Fideicomiso Ex-Convento de Santa Catarina en Oaxaca, Oax. 21130
45. Fideicomiso Fondo de Habitaciones Populares 20285
46. Fideicomiso Grupo Hilos Cadena 18298
47. Fideicomiso Hotel Escuela La Paz 21140
48. Fideicomiso Inmobiliario para las Fuerzas Armadas Mexicanas ... 07100
48. Fideicomiso Liquidador de Instituciones y Organizaciones Auxiliares de Crédito 06410
50 Fideicomiso Minerales No Metálicos Mexicanos 18300
51. Fideicomiso para Administración de Conjuntos de Viviendas de Interés Social 00507
52. Fideicomiso para Adquirir la Cartera a Favor de Financiera General, S. A. y Derivada del Fraccionamiento El Palomar 06415
53. Fideicomiso para Adquisición de Terrenos en San Juan de Aragón, D. F. Urbanización y Construcción de Viviendas de Interés Social 20305
54. Fideicomiso para Apoyo a la Ganadería de los Estados de Sonora y Baja California Norte (6)* 08250
55. Fideicomiso para Caminos y Puentes Federales de Ingresos y Servicios Conexos 20293
56. Fideicomiso para Compensar a las Instituciones Filiales del Banco Nacional Agropecuario, S. A. 06420
57. Fideicomiso para Consolidar Adeudos a Agricultores de Matamoros, Tamps. 06425
58. Fideicomiso para Consolidar Adeudos a Agricultores de Diversas Regiones del Estado de Chihuahua 06485
59. Fideicomiso para Construcciones Militares 07120
60. Fideicomiso para Cooperar en la Solución de los Problemas de las Colonias Proletarias de Ciudad Juárez, Chih (6)* 20320
61. Fideicomiso para Cooperar en la Solución de los Problemas de las Colonias Proletarias de Ciudad Madero (6)* 20355
62. Fideicomiso para Cooperar en la Solución de los Problemas de las Colonias Proletarias de Ciudad Madero, Tamps. 20360

63. Fideicomiso para Cooperar en la Solución de los Problemas de las Colonias Proletarias de Tijuana, B. C. (6)* 20365
64. Fideicomiso para Créditos en Areas de Riego y de Temporal ... 06440
65. Fideicomiso para Créditos en la Siembra del Frijol o Maíz a Campesinos dle Sur de Sinaloa 00515
66. Fideicomiso para Diferir las Obligaciones Correspondientes al 50% de los Costos de Combustibles y Energía Eléctrica de Ejidatarios y Agricultores 00521
67. Fideicomiso para Elaborar un Diccionario del Español que se habla en México 11225
68. Fideicomiso para Elaborar una Historia de la Revolución Mexicana 11240
69. Fideicomiso para el Aprovechamiento de Maderas Utilizables en Uxpanapa, Ver. 08260
70. Fideicomiso paar el Centro de Estudios Históricos del Movimiento Obrero Mexicano (CEHSMO) 14110
71. Fideicomiso para el Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos (CEMLA) 06433
72. Fideicomiso para el Centro Nacional de Productividad de México, A. C. 14105
73. Fidelcomiso para el Colegio Superior de Agricultura Tropical de Cárdenas, Tab. 08235
74. Fideicomiso para el Colegio Británico, A. C. 06490
75. Fideicomiso para el Desarrollo del Plan de Estructuración de Bosques Artificiales 08275
76. Fideicomiso para el Desarrollo de la Zona Henequenera 08270
77. Fideicomiso para el Desarrollo Económico y Social de Acapulco, Gro. (FIDEACA) 20310
78. Fideicomiso para el Desarrollo Urbano de la Ciudad Lázaro Cárdenas-Las Truchas (FIDELAC) 20315
79. Fideicomiso para el Establecimiento de un Sistema de Comercialización de Productos Agrícolas Perecederos 10220
80. Fideicomiso para el Estudio y Fomento de Conjuntos, Parques, Ciudades Industriales y Centros Comerciales (FIDEIN) 20325
81. Fideicomiso para el Fomento Metropolitano de Monterrey (FOMERREY) 20300
82. Fideicomiso para el Fomento Vocacional de la Carrera de Ingeniero de Minas 18302
83. Fideicomiso para el Fomento y Apoyo del Desarrollo Pesquero .. 14107
84. Fideicomiso para el Instituto Nacional de Astrofísica, Optica y Electrónica 11212
86. Fideicomiso para el Instituto Nacional de Investigaciones Agrícolas 08255
87. Fideicomiso para el Manejo del Fondo Nacional de Fomento Ejidal 15100
88. Fideicomiso para el Otorgamiento de Apoyos a Empresas Nacionales Fabricantes y Distribuidoras de Armas y Cartuchos 06435

89. Fideicomiso para el Otorgamiento de Becas a Campesinos Candelilleros 08225
90. Fideicomiso para el Otorgamiento de Créditos a Ingenieros y Contratistas, S. A., Constructora Estrella, S. A. e Ingenieros Civiles, S. A. 00541
91. Fideicomiso para el Otorgamiento de Créditos a La Forestal, F.C.L. 08245
92. Fideicomiso para el Otorgamiento de Créditos a las Cooperativas Escolares (FOCCE) 06445
93. Fideicomiso para el Otorgamiento de Créditos a las Cooperativas Pesqueras para la Adquisición de Barcos Camaroneros (FIPESCO) .. 06455
94. Fideicomiso para el Otorgamiento de Créditos al Congreso del Trabajo 00539
95. Fideicomiso para el Otorgamiento de Créditos paar el Cultivo de la Piña en Loma Bonita, Oax. 00543
96. Fideicomiso para el Otorgamiento de un Crédito a Astilleros de Veracruz, S. A. 06475
97. Fideicomiso para el Otorgamiento de un Crédito a la Comisión Nacional Coordinadora de Puertos 06510
98. Fideicomiso para el Parque Industrial de El Salto, Jol. (7)* 20317
99. Fideicomiso para el Parque Industrial de San Juan del Río, Qro. (7)* 20317
100. Fideicomiso para el Plan de Carreteras Gran Visión, en Chihuahua 06545
101. Fideicomiso para el Programa de Descentralización de las Explotaciones Lecheras del D. F. (PRODEL) 06625
102. Fideicomiso para el Sostenimiento del Patrimonio Indígena del Valle del Mezquital 08285
103. Fideicomiso para el Turismo Obrero (FIDETO) 14108
104. Fideicomiso para Estudios sobre la Construcción de Viviendas de Interés Social 00547
105. Fideicomiso para Estudios y Planes de Desarrollo Agropecuario y Programas de Crédito Agrícola (FEDA) 06480
106. Fideicomiso para Garantizar al Banco Nacional Cinematográfico la Explotación de las Películas Extraordinarias (6)* 00551
107. Fideicomiso para Inmuebles Cuauhtémoc, S. A. 06725
108. Fideicomiso para la Adquisición de Acciones Serie "C" de Siderúrgica Lázaro Cárdenas-Las Truchas, S. A. 18308
109. Fideicomiso para la Adquisición de Reservas Territoriales para el Desarrollo de Programas Habitacionales 20335
110. Fideicomiso para la Adquisición de Terrenos Ganados al Río Santa Catarina en Monterrey 20245
111. Fideicomiso para la Adquisición, Venta, Arrendamiento y Transmisión de Equipo Marítimo y Portuario (FIDEMAP) 09220
112. Fideicomiso para la Capacitación Forestal Campesina 08350
113. Fideicomiso para la Cineteca Nacional 04310
114. Fideicomiso para la Comisión Nacional de Caminos Alimentadores y Aeropistas (CONACAL) 20295

115. Fideicomiso para la Compañía del Angel, S. A. 06350
116. Fideicomiso para la Compañía Periodística Nacional, S. A., Editora de El Universal 00513
117. Fideicomiso para la Compañía Telefónica Fronteriza, S. A. 06355
118. Fideicomiso para la Conservación de la Casa del Risco y Pinacoteca Isidro Fabela 11220
119. Fideicomiso para la Construcción de la Segunda Etapa del Conjunto Habitacional La Pradera 20345
120. Fideicomiso para la Construcción de la Nueva Unidad Industrial de los Talleres Gráficos de la Nación 04290
121. Fideicomiso para la Construcción de la Villa Olímpica 00563
122. Fideicomiso para la Editorial Kino, S. A. 06493
123. Fideicomiso para la Ejecución del Programa Nacional de Desmontes 00565
124. Fideicomiso para la Emisión de Certificados de Participación Ordinarios, Amortizables denominados "PETROBONOS" 06495
125. Fideicomiso para la Habitación Popular Conjunto Habitacional Presidente Adolfo López Mateos 00567
127. Fideicomiso para la Investigación y Educación Pesquera (FIEP) 11235
128. Fidiecomiso para la Investigación y la Educación Agropecuaria y Forestal 11230
129. Fideicomiso para la Operación de la Unidad Ganadera Ejidal Francisco Zarco (antes "Hacienda El Ojo) 08290
130. Fideicomiso para la Organización y Capacitación Campesina 08300
131. Fideicomiso para la Planta Benito Juárez 18314
132. Fideicomiso parala Prevención y Control de las Aguas y el Desarrollo de la Fauna Acuática (6)* 00568
133. Fideicomiso para la Publicación de la Obra Seis Siglos de Historia Gráfica de México 11242
134. Fideicomiso para la Reestructuración y Funcionamiento de las Escuelas Náuticas de Mazatlán, Sin., Tampico, Tamps. y Veracruz, Ver. 09225
135. Fideicomiso para la Rehabilitación de Agricultores de la Comarca Lagunera 06615
136. Fideicomiso para la Rehabilitación de la Industria Platanera de Tabasco y Norte de Chiapas 06505
137. Fideicomiso para la Suscripción de Acciones Serie "A" de Siderúrgica Lázaro Cárdenas--Las Truchas, S. A. 18310
138. Fideicomiso para la Suscripción y Pago de Acciones Serie "C" de Siderúrgica Lázaro Cárdenas--Las Truchas, S. A., así como para el otorgamiento de opción de compra y de comisión sobre las mismas a Altos Hornos de México, S. A. y La Perla Minas de Fierro, S. A. 18304
139. Fideicomiso para la Venta de los Terrenos Ganados al Mar en Ensenada de Santa Lucía en Acapulco, Gro., con el objeto de resarcir las Inversiones de las Obras para la Olimpiada 05573
140. Fideicomiso para la Venta de Lotes de Terrenos Colindantes del Brazo del Río Silao en el Tramo que atraviesa Irapuato, Gto. ... 20375

141. Fideicomiso para las Siembras de Maíz, Frijol y Cacahuate 00611
142. Fideicomiso para Liquidar Adeudos a la Japan-Cotton, Co. 06550
143. Fideicomiso para los Museos Diego Rivera y Frida Khalo 11165
144. Fideicomiso para los Pensionistas Militares Retirados 07130
145. Fideicomiso para Obras, Ampliación y Mejoramiento de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado de la Ciudad de Veracruz .. 06365
146. Fideicomiso para Obras de Infraestructura Rural (FOIR) 08315
147. Fideicomiso para Obras e Instalaciones en Ciudad Universitaria . 00575
148. Fideicomiso para Obras en Materia de Relaciones Internacionales 05150
149. Fideicomiso para Obras Sociales a Campesinos Cañeros de Escasos Recursos (FIOSCER) 18322
150. Fideicomiso para Otorgar Anticipos a Contratistas de Obras Públicas 06645
151. Fideicomiso para Otorgar Créditos a Agricultores de Diversas Regiones del Estado de Chihuahua 06450
152. Fideicomiso para Otorgar Créditos a Agricultores de Matamoros, Tamps 06515
153. Fideicomiso para Otorgar Créditos Agropecuarios en San Pedro de las Colonias, Coah 06430
153. Fideicomiso para Otorgar Créditos a Ayuntamientos, Gobiernos de los Estados y Gobierno Federal, para Obras de Agua Potable y Alcantarillado 00580
155. Fideicomiso para Otorgar Créditos a Empresas Telefónicas 06520
156. Fideicomiso para Otorgar Créditos a La Concha, S. A., Fábrica de Hilados, Tejidos y Acabados 18312
157. Fideicomiso para Pagos de Defunciones de los Diputados Constituyentes de 1917 00574
158. Fideicomiso para Puerto Madero, Chis 06535
159. Fideicomiso para que se Otorguen Créditos hasta por el 50% de los Costos de Operación para Cultivos de Algodón y Sorgo 00597
160. Fideicomiso para Radio Aeronáutica Mexicana, S. A. de C. V. ... 09205
161. Fideicomiso para Recuperación de Crédito Otorgado por el Fiduciario y Cubierto por el Gobierno Federal 00595
162. Fideicomiso para Rehabilitar Regiones del País Afectadas o que en el Futuro Sufran Consecuencias de Fenómenos Físicos (6)* 20380
163. Fideicomiso para Trabajos de Explotación, Bombeo, Estudios y Créditos a Cinco Centros de Población del Valle del Vizcaíno en el Estado de Baja California (6)* 06540
164. Fideicomiso para Venta o Arrendamiento de Maquinaria, Equipo Auxiliar y de Oficina, y Aparatos e Instrumentos Científicos 06506
165. Fideicomiso para Película La Sombra del Caudillo (6)* 00601
166. Fideicomiso "Premio Literario Internacional Ollin Yoliztli" 00604
167. Fideicomiso Programa de Remodelación Urabana de la Ciudad de México 20385
168. Fideicomiso que Tendrá por Objeto la Investigación, el Cultivo y la Comercialización de Hule Natural 08325
169. Fideicomiso Submetrópoli de Tijuana 20370
170. Fideicomiso Traslativo de Dominio para la Enajenación de los Terrenos Ganados al Mar en la Instalación del Puerto de Yukalpetén 09240
171. Fideicomiso Unico para el Desarrollo de la Flora y la Fauna Acuáticas (6)* 00618
172. Fondo Candelillero 08240
173. Fondo de Asistencia Técnica y Garantía para los Créditos Agropecuarios (FEGA) 06570
174. Fondo de Cultura Económica 11245
175. Fondo de Equipamiento Industrial (FONEI) 06640
176. Fondo de Fomento y Apoyo a la Agroindustria 06580
177. Fondo de Fomento y Garantía para el Consumo de los Trabajadores (FONACOT) 14120
178. Fondo de Garantía y Apoyo a los Créditos para la Vivienda de Interés Social (FOGA) 06585
179. Fondo de Garantía y Descuento para las Sociedades Cooperativas (FOSOC) 14130
180. Fondo de Garantía y Fomento a la Industria Mediana y Pequeña (FOGAIN). 06590
181. Fondo de Garantía y Fomento a la Pequeña y Mediana Minería . 06595
182. Fondo de Garantía y Fomento a la Producción, Distribución y Consumo de Productos Básicos 06627
183. Fondo de Garantía y Fomento para la Agricultura, Ganadería y Avicultura 06600
184. Fondo de Inversiones Financieras para Agua Potable y Alcantarillado (FIFAPA) 06605
185. Fondo de la Amistad México-Japón 00506
186. Fondo de Operación y Descuento Bancario a la Vivienda (FOVI) 06610
187. Fondo de Protección de Créditos a Cargo de Instituciones Bancarias (7)* 00620
188. Fondo Especial para Financiamientos Agropecuarios (FEFA) 06630
189. Fondo Fiduciario Federal de Fomento Municipal (FOMUN) 06635
190. Fondo Forestal 08340
191. Fondo Ganadero 08343
192. Fondo Nacional de Estudios y Proyectos (FONEP) 06575
193. Fondo Nacional de Fomento al Turismo (FONATUR) 21160
194. Fondo Nacional de Fomento Cooperativo Pesquero 16135
195. Fondo Nacional de Fomento Industrial (FOMIN) 18320
196. Fondo Nacional para Actividades Sociales (FONAPAS) 00619
197. Fondo Nacional para el Desarrollo de la Danza Popular Mexicana (FONADAN) 11265
198. Fondo Nacional para el Fomento de las Artesanías (FONART) . 11265
199. Fondo Nacional para el Servicio Social de Estudiantes de Instituciones de Educación Superior 00622

200. Fondo Nacional para los Desarrollos Portuarios (FONDEPORT) 20405
201. Fondo Nacional para Prevenir y Controlar la Contaminación Ambiental (7)* 00623
202. Fondo para el Desarrollo Comercial (FIDEC) 06647
203. Fondo para el Desarrollo de los Recursos Humanos 11275
204. Fondo para el Fomento de la Ganadería de Exportación 08345
205. Fondo para el Fomento de las Exportaciones de Productos Manufacturados (FOMEX) 06650
206. Fondo para la Creación y Fomento de Centrales de Maquinaria y Equipo Agrícola de la Industria Azucarera (FIMAIA) 06655

1 Ha sido acordada su fusión, siendo ésta la entidad fusionada.

2 Ha sido acordada su fusión, subsistiendo esta entidad como fusionante.

3 Ha sido autorizada la participación estatal en la empresa, estando por formalizarse la constitución de la misma.

4 Ha sido acordada la transferencia de las acciones que integran el capital social de esta empresa, en favor del Gobierno Federal.

5 Ha sido acordada su constitución, estando por formalizarse la escritura constitutiva.

6 Ha sido acordada su extinción, estando por formalizarse el convenio respectivo.

7 Ha sido acordada su constitución, estando por formalizarse el contrato respectivo.

Atentamente.
Sufragio Efectivo. No Reelección.
Palacio Nacional, a 9 de marzo de 1982.—El Secretario, *Ramón Aguirre Velázquez*.—Rúbrica.

LEY DE PRESUPUESTO, CONTABILIDAD Y GASTO PUBLICO

(D. O. de 31 de diciembre de 1976)

Normas relacionadas con Fideicomisos Públicos

La ley que se comenta define como gasto público federal las erogaciones por concepto de gasto corriente, inversión física, inversión financiera y pagos de pasivo o deuda pública que hagan los fideicomisos en los que el fideicomitente sea el Gobierno Federal, el Departamento del Distrito Federal, los organismos descentralizados o las empresas de participación estatal mayoritaria, es decir, los fideicomisos a los que la propia ley denomina como "entidades". (Artículo 2, fracción VIII).

Como consecuencia de la calificación de gasto público federal, respecto de la erogación que deben hacer los fideicomisos entidades, las fiduciarias están

obligadas a proporcionar, a la Secretaría de Programación y Presupuesto toda la información que le solicite y a permitirle a su personal la práctica de visitas y auditorías para la comprobación del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ley que se comenta, cuya aplicación está encomendada al Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Programación y Presupuesto. (Arts. 1º y 37).

Los catálogos de cuentas que utilizarán los fideicomisos, deben ser expresamente autorizados por la Secretaría de Programación y Presupuesto. (Art. 39).

Con propósito más cercano a las buenas intenciones que a la redacción de la norma jurídica propiamente dicha, el Artículo 40 dispone que la contabilidad de las entidades se llevará con base acumulativa, para determinar costos y facilitar la determinación "ejercicios y evaluación de los presupuestos y sus programas con objetivos, metas y unidades responsables de su ejecución" y agrega que los sistemas de contabilidad deben diseñarse y operarse "en forma que faciliten la fiscalización de los activos, pasivos, ingresos, costos, gastos, avances en la ejecución de programas" y en general, dice textualmente la ley, de manera que permitan mediar la "eficacia y eficiencia del gasto público federal". (Artículo 40). No se sabe exactamente qué quiere decir lo anterior y en mi opinión debería haber sido parte de la exposición de motivos y no del articulado porque, como veremos después, al estudiar las responsabilidades, la gran generalidad de este artículo origina el que se llegue a juzgar con criterios subjetivos, y se deje al juicio de la Secretaría de Programación y Presupuesto, decidir sobre el cumplimiento o incumplimiento de la norma.

El Artículo 45 abre la puerta para que la Secretaría de Programación y Presupuesto dicte, "las medidas administrativas sobre las responsabilidades que afecten... el patrimonio de las entidades de la administración pública paraestatal, derivadas del incumplimiento de las disposiciones contenidas en esta ley y de las que se hayan expedido con base en ella", y que se lleguen a conocer a través de visitas, auditorías, investigaciones y pliegos preventivos que levanten los fideicomisos con motivo de la "glosa que de su propia contabilidad hagan". El artículo siguiente (46) dispone que los funcionarios y demás personal de los fideicomisos serán responsables de cualquier daño o perjuicio estimable en dinero "por actos u omisiones que le sean imputables, o bien por incumplimiento o inobservancia de obligaciones derivadas de esta ley". La responsabilidad se extiende a todo el personal o funcionarios que hayan omitido la revisión o autorizado los actos que originaron el perjuicio en el patrimonio de los fideicomisos "por causas que impliquen dolo, culpa o negligencia por parte de los mismos", responsabilidad que se extiende solidariamente a los particulares en los casos en que hayan participado. La responsabilidad se deberá garantizar mediante un embargo precautorio en tanto la Secretaría de Programación y Presupuesto determine la responsabilidad, la cual tendrá por objeto indemnizar por los daños y perjuicios y tendrán "el carácter de créditos fiscales" (Art. 47), las que fijadas en cantidades líquidas por la Secretaría de Programación y Presupuesto, en caso de no cubrirse desde luego se harán efectivas a través del procedimiento de ejecución que

realice la Tesorería de la Federación o del Departamento del Distrito Federal. (Artículo 47).

Como se ve, queda a juicio unilateral de la Secretaría de Programación y Presupuesto fijar el monto de las responsabilidades en que incurran los funcionarios y demás personal de los fideicomisos, tanto así que queda a criterio de esa propia Secretaría dispensar, según dice el Artículo 48, las responsabilidades en que se incurra "siempre que los hechos que la constituyan, no revistan un carácter delictuoso ni se deban a culpa grave o descuido notorio del responsable y que los daños causados no excedan de cinco mil pesos", cantidad que a estas alturas resulta ridícula. El mismo artículo faculta a la Secretaría de Programación y Presupuesto para cancelar créditos derivados de responsabilidades que no excedan de diez mil pesos, siempre que no se haya obtenido un cobro por algún medio legal o por incosteabilidad práctica, y se dispone que cuando excedan de esa cantidad se propondrá su cancelación a la Cámara de Diputados al rendir la cuenta correspondiente, acompañando los datos que fundamenten la proposición. Es notorio que este artículo es completamente desafortunado.

Finalmente, es de señalarse otro artículo desafortunado, el 49, que asigna a la Secretaría de Programación y Presupuesto facultad de imponer correcciones disciplinarias para los referidos empleados y funcionarios, que van de multas de cien a diez mil pesos y suspensión temporal de funciones, correcciones disciplinarias que se aplicarán independientemente de que se haga efectiva la responsabilidad, responsabilidad que se exigirá independientemente de las sanciones penales que lleguen a determinarse por la autoridad judicial (Art. 50).

Estimo que el articulado que se ha comentado atribuye a la Secretaría de Programación y Presupuesto funciones judiciales que ciertamente parecen necesarias en vista del desorden y la corrupción en que suelen incurrir los fideicomisos entidades, pero que repugnan porque permiten que la autoridad gubernamental administrativa, frente a quebranto patrimonial de un fideicomiso, llegue a determinar una responsabilidad fiscal, proceda a embargar bienes y a rematarlos para hacer efectivos los créditos, y no se advierte ningún procedimiento de defensa por parte de los funcionarios. Creo que ese articulado merece una revisión que contemple las dos necesidades. Mayor rigor en la vigilancia de los fideicomisos y procedimiento imparcial y equitativo en el fincamiento de responsabilidades, en armonía con las disposiciones jurídicas existentes.

Fideicomisos en Bancos Fiduciarios Privados

Según los balances publicados por 29 Instituciones Fiduciarias privadas mexicanas, actualizados a octubre del año en curso, éstas administraban en fideicomiso aproximadamente 140,000 millones de pesos, contra 23,000 millones de pesos calculados a mediados de 1975, 568 millones de pesos manejados en el año de 1954 y 25 millones de pesos fideicometidos en 1939.

Bancos Fiduciarios Privados (millones de pesos)

Banco Mexicano Somex, S. A.	31/VIII/81	34'315,820
Multibanco Comermex, S. A.	31/VIII/81	7'280,212
Bancomer, S. A.	31/VIII/81	17'622,560
Banco Internacional, S. A.	31/VIII/81	14'131,976
Serfin, S. A.	31/VIII/81	4'796,513
Multibanco Mercantil de México, S. A.	31/VIII/81	372,187
Banco Nacional de México, S. A.	31/VIII/81	20'365,515
Banco de Crédito y Servicios, S. A.	31/VIII/81	3'639,161
Banco del Pequeño Comercio del D. F., S, A.	31/I/81	223,858
Financiera Industrial y Agrícola	31/I/81	58,497
Banpaís, S. A.	31/VII/81	3'159,271
Crédito Mexicano, S. A.	31/VII/81	206,151
Banco Mercantil de Monterrey, S. A.	31/VII/81	770,759
Banco Abumrad, S. A.	31/VIII/81	545,264
Banco Continental, S. A.	31/VIII/81	116,330
Banco Azteca, S. A.	31/VIII/81	2'842,152
Polibanca Innova, S. A.	31/VIII/81	1'133,458
Unibanco, S. A.	30/IX/81	524,524
Banco del Atlántico, S. A.	31/VIII/81	3'170,653
Banpacífico, S. A.	31/VIII/81	471,425
Banco Obrero, S. A.	31/VIII/81	19'172,709
Banca Cremi, S. A.	31/VIII/81	1'233,383
Banco Longoria, S. A.	31/VIII/81	231,746
Banco Sofimex, S. A.	31/VIII/81	409,470
Banca Promex, S. A.	31/VIII/81	75,890
Actibanco Guadalajara, S. A.	31/VIII/81	405,427
Banco Popular, S. A.	31/VIII/81	357,787
Banco del Noroeste, S. A.	31/VIII/81	52,572
Banco BCH, S. A.	31/IX/81	816,582

FUENTE: Balances publicados por las Instituciones.

EL FIDEICOMISO EN MEXICO Y LA MIGRACION DEL TRUST

Antecedentes

El primer intento realizado en México para adaptar el trust al sistema latino, fue un proyecto llamado Limantour, redactado por el Lic. Jorge Vera

Estañol para establecer las instituciones fiduciarias y sus servicios especializados más que el trust propiamente dicho, proyecto que no llegó a examinarse en la Cámara de Diputados debido a que, según se dijo, reviviría las proscritas instituciones fideicomisarias. El interés por las instituciones fiduciarias vino a reaparecer hasta 1924 por el proyecto Creel, presentado en la Convención Nacional Bancaria de 1924, ya que es en esa época, cuando pasada la Revolución Mexicana, empiezan a formarse y a consolidarse las instituciones bancarias modernas en México.

Otro antecedente reconocido fue una emisión de bonos para financiar la construcción de ferrocarriles, en rigor, una variedad del trust que correspondía a contratos de préstamo, mandato e hipoteca combinados.[1]

La Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 que reglamentó el fideicomiso como mandato irrevocable, fue abrogada poco después y su articulado quedó incorporado en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del mismo año de 1926, la que a su vez fue abrogada por la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, en cuya exposición de motivos se indicaba que México rompía una tradición para introducir la institución jurídica del fideicomiso, que podría ser de muy grande utilidad para la actividad económica del país y anunciaba que el fideicomiso quedaría concebido, en su carácter sustantivo, en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como una afectación patrimonial a un fin confiado a las gestiones de un fiduciario, superándose pues la obscura concepción del fideicomiso como mandato irrevocable. La mayor parte de las disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, con casi 50 años de vigencia, derivan a su vez del proyecto Alfaro de 1920, y del proyecto Vera Estañol que a su vez se inspiró en el Código Civil Colombiano (análogo al Chileno de don Andrés Bello en esta materia) en el Código Civil Panameño y en una Enciclopedia Jurídica Norteamericana. Según Batiza, el trust ha llegado a convertirse en la aportación angloamericana más trascendental en el campo del derecho, y es una forma de disposición de bienes a través de la cual las obligaciones y facultades del trustee (fiduciario) podrán ser las que determine el settlor (fideicomitente) y los derechos del cestui que trust (fideicomisario) aquellos que desee concederle, subordinándolos, si así lo quiere, a la decisión discrecional del trustee.

La doctrina es unánime en el sentido de que la peculiar naturaleza jurídica del trust resulta de la circunstancia histórica de que en Inglaterra, en el siglo XV y durante los cuatro siglos siguientes, los tribunales de derecho estricto y los de equidad, existieron como entidades separadas independientes, y estos últimos elaboraron una forma doble del derecho de propiedad en que, de una parte, está el trustee a quien corresponde el título legal, y de la otra, el beneficiario que tiene la propiedad de equidad, situación que ha constituido el escollo técnico más serio en la adaptación del trust en los países romanistas.

[1] En esta reseña se sigue la exposición de Rodolfo Batiza en su libro Principios Básicos del Fideicomiso y la Administración Fiduciaria.

En la obra de Pierre Lepaulle, Tratado Teórico y Práctico de los Trusts (página 372), se describe la migración del trust en los países de Derecho Romano, en los términos siguientes:

"En 1923, la Ley 45 de Colombia autorizó a los bancos para tener un trust department a la usanza americana.

En Panamá, la Ley Nº 9, de 6 de enero de 1925, promulgada de nuevo el Nº 17 en 20 de febrero de 1941, constituye un Código del trust en 38 artículos. Su padre espiritual es el gran jurista Ricardo Alfaro.

En México, la ley general sobre el crédito incorporó desde 1926 las disposiciones esenciales de la ley de Panamá. Modificada en 1932 y 1941, es actualmente objeto de una revisión general que constituirá un monumento legislativo del primer orden, probablemente la más importante codificación del trust en un país de derecho romano.

Desde el 23 de abril de 1928, la ley 41 de Puerto Rico recogió por su parte la ley panameña.

Bajo la influencia del economista de Estados Unidos, Edwin W. Kemmerer, el Ecuador autorizó a los bancos para actuar de hecho como trustees (sin usar empero tal término), por decreto-ley 423 de 11 de junio de 1938.

Bolivia había entrado ya en esa vía el 11 de julio de 1928; Chile, en febrero de 1930 por ley 4827; Perú, en marzo de 1935, por ley 8050; Costa Rica, en 23 de octubre de 1936, por Ley Nº 15.

El Salvador reglamentó el trust bajo el nombre de fideicomiso, dentro de límites, sin embargo, estrechos, por decretos de 25 de octubre y 12 de noviembre de 1937.

Argentina, en la ley 8875 de 1912, creó un verdadero trustee para protección de los obligacionistas.

Brasil ha seguido el mismo camino en el artículo 10, § 3 de la ley de febrero de 1933.

El Japón admitió sin dificultad el trust en su legislación, bajo el nombre de fideicomiso, en 1922, para los trusts civiles y en 1924 para los mercantiles.

La Luisiana, único Estado de la Unión Americana regido por el derecho derivado del romano, ha incorporado lo esencial del Restatement of the Law of the trust del American Law Institute, en su Trust Estate Act, que es la ley 81 de 1938.

En cuanto a la Provincia de Quebec, que es el otro bastión avanzado del derecho de origen romano en el mundo anglosajón, el trust bajo el nombre de fiducia, se incorporó como artículo 48 en el Código Civil mismo.

Ceylán (Ordenanza Nº 9 de 1917, modificada por la Nº 4 de 1918) también ha codificado el trust.

Si al lado de las legislaciones nacionales, se da un rápido vistazo a la legislación internacional, se advierte que para la reparación de los daños de guerra, los planes de Dawes y Young habían instituido trusts; que la ONU substituyó los mandatos por trusteeships y que la ley 27 de la Zona Americana de Alemania (en sus artículos 3 y 4) ha puesto las acciones de las nuevas sociedades alemanas de la industria del acero y del carbón, consti-

tuidas por dicha ley (las Unit Companies) en manos de trustees. Por fin, la noción de trust aparece ya como un instrumento técnico que quizás resulte necesario para poner en funcionamiento el plan Schuman.

Esta vista panorámica de la jurisprudencia, de la doctrina y de la legislación, nacional e internacional, nos lleva a la siguiente comprobación: desde hace treinta años el trust, que hasta entonces se había quedado en el ámbito de los países de Common Law, se extiende más y más por el mundo, con el apoyo— y en ocasiones la complicidad— de los juristas de todos los países."

De acuerdo con una nota de Rodolfo Batiza (Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria, página 13), en México, Panamá, Puerto Rico, El Salvador, Venezuela, Nicaragua, Guatemala y Honduras se usa el término "Fideicomiso" paar designar a la figura jurídica derivada directamente del trust anglo-americano, en una acepción nueva y diferente que no deja de ser algo arbitraria, en tanto que en las legislaciones de Colombia, Chile, Bolivia y Perú, por influencia de la Misión Kemmerer, emplean la expresión comisiones u operaciones de confianza. En su significado tradicional, por fideicomiso se entendía, conforme al Derecho Romano, la herencia o parte de ella que el testador manda transmitir a otro.

El arraigo en la terminología jurídica hispano-americana, como equivalente al trust, se debe al proyecto del jurista panameño Ricardo J. Alfaro, quien al explicar el nuevo concepto de "Fideicomiso" decía que para que éste pudiera servir rectamente a los fines prácticos "que he dejado esbozado", se necesario concebirlo bajo un aspecto que lo acerque más al trust anglo-sajón que al antiguo modelo romano. Cabe mencionar que las comisiones de confianza se inspiran más en los servicios fiduciarios de las "trust companies'" que en el trust como institución jurídica propiamente dicha.

PROYECTO DE LEY UNIFORME SOBRE FIDEICOMISO EN EL CONTINENTE AMERICANO

En la IX Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados celebrada en Dallas, Texas, E. U. A., en abril de 1956, el Lic. Rodolfo Batiza, autor de las mejores obras sobre Fideicomiso en México, sometió una ponencia acerca del proyecto de Ley Uniforme sobre Fideicomiso, proponiendo que fuera designada una Comisión mixta de abogados americanos e iberoamericanos, para que se encargara de preparar las bases de la "propiedad fiduciaria" que se incluyera en los Códigos Civiles como presupuesto técnicamente indispensable en la adopción del fideicomiso como operación bancaria, y que dicha Comisión, con vista en la experiencia de los diversos países en materia de trust y de fideicomiso, elaborara un nuevo proyecto de Ley Uniforme para ser adoptada en el continente americano. Esta proposición no ha tenido hasta la fecha resultados concretos.

El Lic. Batiza destacó que una institución tan antigua, de tan diversas aplicaciones y de tan extraordinaria flexibilidad como el trust, sólo hubiera venido a suscitar el interés de los juristas formados en el Derecho Romano hasta bien entrada la mitad del siglo pasado, señalando que las causas de este retraso pudieran esencialmente reducirse al justificado orgullo de ser parte de una tradición que se remonta al orden jurídico cuya perfección mereció el calificativo de "ratio escrita" y al equívoco consistente en creer que el trust no sería un instrumento aplicable en países que poscribían la mano muerta, los mayorazgos o cualesquiera otras formas vinculatorias de la propiedad.

Ernest Glasson en 1882 hace una referencia al trust en una obra de derecho comparado y, según el propio Batiza, "lejos de sugerir la adopción del trust, parece no ver en la institución inglesa sino un resabio de feudalismo insular". En 1896 el jurista holandés Adrián Floris van Hall propone su implantación en Holanda mediante reforma del Código Civil, y en 1906 el norteamericano Preston aconseja la adopción en Francia de las organizaciones especializadas en servicios "fiduciarios" (Trust Companies).

Por cuanto a Iberormérica, el jurista panameño Dr. Ricardo J. Alfaro, tuvo el mérito de haber iniciado en 1920 el movimiento para implantar el trust, y su Proyecto de Ley sobre Fideicomiso publicada ese año, se adoptó casi en su integridad como Ley en Panamá, e influyó decisivamente en la Ley de Puerto Rico de 1928, y en la Ley de bancos de fideicomiso mexicana de 1926, que tuvo una vigencia efímera y en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 en vigor hasta la fecha.

Según el Lic. Batiza: "Otro grupo es el formado por los países sudamericanos que siguieron las recomendaciones de la Misión Kemmerer, introduciendo en su legislación bancaria las llamadas "comisiones de confianza", como Colombia (en julio de 1923), Chile (en septiembre de 1925), Bolivia (en julio de 1928, pero en suspenso hasta 1955) y Perú (en mayo de 1931). Con posterioridad, han reconocido el fideicomiso en su variedad de operación bancaria, Costa Rica (en noviembre de 1936), Venezuela (en enero de 1940), Ecuador (en agosto de 1948), Nicaragua (en octubre de 1940), Guatemala (en diciembre de 1946) y Honduras (en febrero de 1950)."

La ponencia del Lic. Batiza a que me vengo refiriendo, estaba orientada a la esperanza de la adopción final de una Ley Uniforme sobre Fideicomiso con vigencia en todo el continente americano, porque según dicho autor, se había llegado a una aceptación general del fideicomiso como versión latina del trust, y su adopción en los países fuera del movimiento, en su opinión, podía considerarse como una cuestión de tiempo. El hecho de que el Banco Central del Uruguay haya manifestado su interés en estos problemas y convocado a este seminario en el seno de la ALIDE, revela, en mi opinión, que así como en México el fideicomiso ha tenido un florecimiento, es de esperarse un desenvolvimiento análogo en los otros países latinoamericanos.

PROYECTO DE LEY UNIFORME DE FIDEICOMISO DEL DR. RICARDO J. ALFARO

El fideicomiso es un acto en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena el que los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario. Puede también el fideicomitente instituir el fideicomiso en favor de sí mismo. (Artículo 1º).

Puede constituirse fideicomiso sobre toda clase de bienes, muebles o inmuebles, corpóreos o incorpóreos, presentes o futuros. (Artículo 2º).

El fideicomiso puede ser particular o universal, puro o condicional, a día cierto, por tiempo determinado o durante la vida del fideicomitente, del fiduciario o del fideicomisario.

Puede también ser perpetuo cuando sea constituido en favor de una institución o fundación de beneficencia, de piedad, de asistencia social o conocida por la ley, o cuando lo sea para fines de beneficencia, de piedad, de asistencia social o de interés público que tengan carácter permanente. (Artículo 3º).

Toda condición de que dependa la ejecución de un fideicomiso, y que tarde más de veinte años en cumplirse, se tendrá por fallida.

Estos veinte años se contarán desde la aceptación del cargo por el fiduciario. (Artículo 4º).

Puede constituirse fideicomiso para cualesquiera fines que no contravengan a la moral o a las leyes. (Artículo 5º).

Son prohibidos los fideicomisos secretos.

Todo fideicomiso deberá expresar claramente los fines para que se ha constituido y el nombre del fideicomisario. (Artículo 6º).

No valdrá el fideicomiso que haya de producir efectos después de la muerte del fideicomitente, en cuanto esté constituido a favor de una persona incapaz para sucederle por cualesquiera de las causas que determina la ley. (Artículo 7º).

Son prohibidos los fideicomisos en que hay orden sucesivo y conocidos generalmente bajo las denominaciones de familiares, perpetuos, graduales y sucesivos.

Se entiende que hay orden sucesivo en el fideicomiso, cuando éste concede el mismo beneficio a dos personas distintas y la segunda debe recibir por muerte de la primavera. (Artículo 8º).

En un fideicomiso se puede disponer del uso o del usufructo de los bienes a favor de un fideicomisario durante su vida y de la plena propiedad en favor de otro. Pero será ineficaz toda disposición tendiente a establecer fideicomiso subsiguiente sobre la cosa mandada dar en propiedad a un primer fideicomisario. (Artículo 9º).

Cuando el fideicomiso se constituya por tiempo fijo para fines determinados que deban cumplirse no obstante la muerte de un fideicomisario o la del fideicomitente, los derechos de uno y otro se transmitirán a sus herederos. (Artículo 10).

El fideicomitente puede dar al fideicomisario los sustitutos que quiera para

el caso en que no pueda o no quiera aceptar el fideicomiso o de que habiéndole aceptado fallezca antes de su ejecución. (Artículo 11).

El fideicomitente puede nombrar no sólo uno sino dos o más fiduciarios y dos o más fideicomisarios. En el caso de que haya dos o más fiduciarios se estará a lo dispuesto en el Código Civil con respecto a los albaceas mancomunados. (Artículo 12).

No valdrá la institución o manda hecha a favor de persona no existente.

Se exceptúan los casos siguientes:

1º Cuando se instituye fideicomisario a la criatura que está en el vientre de su madre; y

2º Cuando en los fideicomisos perpetuos de que trata el artículo 3º resultan fideicomisarios personas o grupos de personas de determinadas calidades o pertenecientes a determinada comunidad, pero que individualmente no son conocidos y pueden no existir al tiempo de instituirse el fideicomiso. (Artículo 13).

Puede darse al fiduciario uno o más sustitutos para que lo reemplacen en caso de que no quiera o no pueda ejecutar el encargo o en caso de muerte, incapacidad o imposibilidad sobreviviente.

El fideicomitente puede encomendar la designación de sustitutos a un tercero o al mismo fiduciario. (Artículo 14).

Cuando no pueda seguir cumpliéndose un fideicomiso por haber muerto o renunciado o haberse incapacitado el fiduciario sin tener sustituto, el Juez podrá nombrarlo a instancia del fideicomitente, del fideicomisario o del Agente del Ministerio Público en interés de la moral o de la Ley. (Artículo 15).

La existencia legal del fideicomiso comienza cuando el fiduciario acepta el cargo.

Una vez aceptado, el fideicomiso es irrevocable.

La aceptación puede ser expresa o tácita, deducida esta última de los actos del fiduciario en ejecución del fideicomiso. (Artículo 16).

La aceptación expresa deberá manifestarse en la misma forma en que se constituyó el fideicomiso. (Artículo 17).

El fideicomiso puede ser constituido por testamento para que tenga efecto después de la muerte del fideicomitente o por acto entre vivos. (Artículo 18).

Puede constituirse el fideicomiso entre vivos por escritura pública, por documento privado o aun verbalmente, salvo este último caso, lo que disponga la ley respecto a la prueba de las obligaciones o contratos según su cuantía. (Artículo 19).

El fideicomiso constituido sobre bienes inmuebles deberá constar en escritura pública o sólo afectará a terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro Público. (Artículo 20).

Los bienes raíces fideicometidos deberán ser inscritos en el Registro a nombre del fiduciario como cualquier otra transmisión del dominio y se inscribirán como gravámenes las disposiciones del fideicomiso en virtud de las cuales se limita la facultad del fiduciario para enajenar o gravar los inmuebles fideicometidos. (Artículo 21).

No se inscribirá en el Registro Público a nombre del fiduciario los bienes raíces fideicometidos, si no se presenta para su inscripción junto con el instrumento del fideicomiso la escritura de aceptación, salvo que ésta conste en aquel mismo instrumento. (Artículo 22).

Todo fideicomiso se entiende remunerado. El fiduciario tiene derecho a cobrar los mismos honorarios que la ley señala a los tutores salvo pacto en contrario. (Artículo 23).

Podrá ser fiduciario una persona natural o una jurídica. El fiduciario que sea persona natural deberá tener las calidades y requisitos que la Ley exige a los tutores. (Artículo 24).

El fiduciario no podrá excusarse de ejecutar el fideicomiso, ni renunciarlo después de haber aceptado, sino por causa grave a juicio del juez. (Artículo 25).

La excusa deberá ser presentada dentro de los ocho días siguientes a la notificación del nombramiento. Fuera de este término no será admitida, sino por causa grave a juicio del Juez. (Artículo 26).

El fiduciario tiene todas las acciones y derechos inherentes al dominio, pero no podrá enajenar ni gravar los bienes fideicometidos a menos de tener autorización expresa o de ser imposible la ejecución del fideicomiso sin enajenarlos o gravarlos. (Artículo 27).

Es prohibido al fiduciario disponer de los bienes fideicometidos en forma distinta o contraria a la establceida en el fideicomiso. (Artículo 28).

El fiduciario deberá emplear en la administración de los bienes el cuidado de un padre de familia. (Artículo 29).

El fiduciario será responsable de las pérdidas y deterioros que provengan de su culpa. (Artículo 30).

1º El que tuviese intereses personales antagónicos a los intereses del fideicomisario;

2º El que malversare o administrare con dolo o culpa los bienes fideicometidos;

3º El inhábil o impedido, desde que sobrevenga o se averigüe su incapacidad o impedimento. (Artículo 31).

Pueden pedir la remoción del fiduciario el fideicomitente, el fideicomisario y el representante del Ministerio Público, en defensa de menores o incapaces, o en interés de la moral y de la ley. (Artículo 32).

El fideicomitente y el fideicomisario podrán impetrar en juicio sumario las providencias conservatorias que crean convenientes, si los bienes fideicometidos parecieren sufrir pérdidas o menoscabos en manos del fiduciario.

Tendrán el mismo derecho los ascendientes legítimos del fideicomisario que todavía no existe y cuya existencia se espera. (Artículo 33).

El fiduciario no será obligado a dar caución de buen manejo, sino por sentencia del Juez que así lo ordene como providencia conservatoria impetrada por el representante del Ministerio Público, el fideicomitente, el fideicomisario, o por los ascendientes legítimos de éste cuando todavía no exista y cuya existencia se espera. (Artículo 34). Muerto el fiduciario o separado del

cargo por cualquier causa, los inmuebles inscritos a su nombre en el Registro Público serán inscritos a nombre del sustituto que lo reemplace; y el fiduciario separado a los herederos del fiduciario muerto restituirán al sustituto los muebles que aquél tuviere en su poder.

La inscripción a nombre del nuevo fiduciario será hecha por el Registrador con vista del auto que haya proferido el Juez, cuando ocurra el caso previsto en el artículo 15. En los casos del artículo 14, se presentará la escritura de aceptación del sustituto con la partida de defunción del fiduciario principal o el auto en que se haya declarado la incapacidad o imposibilidad. (Artículo 35).

El fideicomiso se extingue:

1º Por el cumplimiento de los fines para que fue constituido;

2º Por hacerse imposible su cumplimiento;

3º Por faltar la condición necesaria para que se ejecute el fideicomiso o no haberse cumplido en tiempo hábil;

4º Por la renuncia del fideicomisario, siempre que no tenga sustitutos o por muerte, salvo lo dispuesto en los artículos 10 y 11; pero no podrá extinguirse por esta causal el fideicomiso instituido por el fideicomitente en favor de sí mismo;

5º Por la destrucción de la cosa en que esté constituido;

6º Por la resolución del derecho del fideicomitente sobre las cosas fideicometidas;

7º Por confundirse la calidad del único fidiecomisario con la de único fiduciario;

8º Por convenio expreso y personal de las partes. (Artículo 36). El fideicomiso de usufructo, renta o pensión constituido a favor de una persona jurídica, no podrá durar más de veinte años y se extingue al cabo de ese lapso. (Artículo 37).

Extinguido el fideicomiso, el fiduciario estará obligado a restituir al fideicomitente los bienes fideicometidos, cuyo dominio no haya enajenado conforme al encargo salvo los casos previstos en los numerales 5º y 6º del artículo 36.

En el caso de extinción por la causal 8ª del artículo 36 se estará a lo estipulado en el convenio. (Artículo 38).

FIDEICOMISO FONDO DE PROTECCION DE CREDITOS A CARGO DE INSTITUCIONES BANCARIAS

En vigor a partir del 31 de diciembre de 1981, el decreto publicado el día anterior en el Diario Oficial de la Federación, que reformó y adicionó la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, ordena a las instituciones de crédito, exceptuadas las nacionales, que participen en un mecanismo de protección de créditos a su cargo, cuya organización y funcionamiento se precisa en el Artículo 94 Bis de la ley referida.

La reforma legal dispone que el Gobierno Federal "'por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público" (ahora debe ser la Secretaría de Programación y Presupuesto, por las reformas a la Ley Orgánica de la Administración Pública), constituirá en el Banco de México un fideicomiso que se denominará Fondo de Protección de Créditos a Cargo de Instituciones de Crédito con duración indefinida.

La masa fiduciaria debe invertirse en operaciones preventivas que procuren evitar los problemas financieros que enfrenten las instituciones de crédito, problemas que "resulten en perjuicio del pago íntegro y oportuno de los créditos a su cargo" (fracción II) y adquirir depósitos de otros créditos objeto de protección expresa del propio Fondo, en caso de que se declare la insolvencia del banco deudor.

Aun cuando se dispone que los títulos de depósito y otros créditos tendrán derecho a que el fiduciario, con cargo al patrimonio fideicometido, les cubra dichos créditos, previa transmisión de sus derechos al Fondo, no se dice qué ocurriría si el Fondo no quisiera cubrir dichos créditos, porque el texto de la ley únicamente expresa que los titulares tendrán tal derecho, pues aunque se presume, debió decir que el fiduciario tendrá tal obligación. Se deja la puerta abierta para que se establezca un procedimiento para estas operaciones y, en mi opinión, en el mismo debería decirse expresamente que el Banco de México estará obligado a comprar tales créditos.

No se protegen los créditos a favor de tenedores de obligaciones subordinadas ni los derivados de depósitos de los valores en custodia y administración, ni la parte protegida expresamente que exceda de la cantidad que resulte de aplicar, a los pasivos de la institución deudora, los porcentajes máximos determinados conforme a lo previsto en el Artículo 94 bis 1, inciso a) de la ley (que es el que regula la diversificación de los riesgos de los bancos, mediante las reglas que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público expide oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros y del Banco de México, no se incluyen en este último caso los saldos de los depósitos bancarios de dinero en cuenta de cheques.

Los bancos quedan obligados a cubrir las obligaciones ordinarias y extraordinarias al Fondo que determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a propuesta del Banco de México y oyendo éste la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, sin exceder del 1 al millar y del 1.5 al millar del importe al que asciendan, al día último del semestre natural inmediato anterior, los créditos objeto de protección expresa del Fondo a cargo de la propia institución. El Banco de México cargará en cuenta a los bancos el importe de las cuotas.

El Fideicomiso queda facultado para obtener financiamientos, y en el contrato constituido se prevé la existencia de un Comité Técnico integrado por seis miembros propietarios, de los cuales uno nombrará la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien será el presidente y tendrá voto de calidad en caso de empate, otro por el Banco de México, otro por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros y los tres restantes por la Secretaría de Hacienda

y Crédito Público, a propuesta de las instituciones de crédito, expresándose que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público establecerá el procedimiento para hacer tales propuestas. Se dice además que las propuestas deberán recaer en personas de reconocida calidad moral "y notoria experiencia en materia bancaria" (fracción VI, párrafo segundo), pudiendo la Secretaría de Hacienda y Crédito Público revocar el nombramiento de los miembros, a petición de las proponentes o cuando dejen de reunir los mencionados requisitos.

Al Comité Técnico le compete, según la fracción VII del 94 bis lo siguiente:

"a) Expedir las reglas de operación del fideicomiso, en las que se precisarán las operaciones preventivas que podrán llevarse a cabo con cargo al fondo, los tipos de depósitos y otros créditos objetos de protección expresa del Fondo, mismos que deberán estar referidos a la realización del Fondo, mismos que deberán estar referidos a la realización de operaciones bancarias, así como la periodicidad con la que habrán de cubrirse las aportaciones ordinarias."

"b) Determinar qué operaciones de las que el Fiduciario realice para cumplir los objetivos del Fondo, deberán someterse a su previa autorización."

"c) Instruir al Fiduciario respecto de la inversión de los recursos libres, misma que deberá hacerse tanto en valores de Estado y en depósitos de tasa ajustable en el Banco de México, como en depósitos en las instituciones de crédito a prorrata de las aportaciones cubiertas por ellas. El importe de estos últimos depósitos no será inferior al 50% de los recursos libres del Fondo", y

"d) Resolver sobre el régimen de devolución de los recursos no comprometidos del Fondo, en caso de que éste se extinga."

Por último, se dispone que los bancos deberán poner en conocimiento de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros todos los casos en que a su juicio deban ocurrir al Fondo y que el Fiduciario podrá adquirir acciones representativas del capital de aquellas aun en exceso del 25% a que se refiere el Artículo 8º, fracción IV Bis, pero que deberá recolocarlas en el mercado tan pronto "como las circunstancias sean propicias para ello" (fracción IX), todo ello previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

REFORMAS A LA LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL

Importancia para los fideicomisso estatales del Decreto que reforma la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. (Diario Oficial del 4 de enero de 1982, en vigor al día siguiente de su publicación).

Gran importancia tiene el Decreto que se comenta, en materia fiduciaria, porque el reformado artículo 49, que antes definía lo que eran los fideicomisos entidades, o fideicomisos paraestatales, como aquellos establecidos por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, como fideicomitente único de la administración pública descentralizada, o los creados con recursos de las entidades de la administración pública paraestatal, ahora dice que los fideicomisos a que se refiere la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal

"serán los estblecidos por la administración pública centralizada (debe entenderse la Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, los departamentos administrativos y la Procuraduría General de la República), así como los que se creen con recursos de las entidades a que se refiere el artículo 3º", (o sea con recursos de los organismos descentralizados, de las empresas de participación estatal, de instituciones nacionales de crédito, organizaciones auxiliares nacionales de crédito e instituciones nacionales de seguros y fianzas y de fideicomisos estatales).

La otra novedad en el artículo 49 es la de que en lo sucesivo la Secretaría de Programación y Presupuesto "representará como fideicomitente único a la administración pública centralizada, en los fideicomisos que ésta constituya". Para la cabal comprensión de este párrafo hay que tomar en cuenta el artículo cuatro transitorio del propio Decreto que se comenta, porque en él se ordena a las Secretarías de Hacienda y Crédito Público y de Programación y Presupuesto que, en la esfera de sus atribuciones, "realizarán los actos que sean necesarios a efecto de que esta última represente, como fideicomitente, a la administración pública centralizada en los fideicomisos constituidos con anterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto". Agrega este cuarto transitorio que todos los recursos humanos, materiales y financieros, así como los archivos y, en general, el equipo que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público haya venido utilizando en el desempeño de las funciones de fideicomitente único de la administración pública centralizada "pasarán a la Secretaría de Programación y Presupuesto, dentro del plazo de 60 días a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Decreto".

En mi opinión, el alcance de las disposiciones que se estudian es muy claro: en materia fiduciaria se quiere llevar la reforma administrativa, inaugurada con la Ley Orgánica de la Admiinstración Pública Federal, a sus últimas consecuencias, y considerando que el establecimiento y participación estatal en los fideicomisos entidades es gasto público, pues debe corresponder a la Secretaría de Programación y Presupuesto el manejo de esta actividad estatal, y no a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de tal manera que ésta quede reemplazada, como representante del Gobierno Federal, por la Secretaría de Programación y Presupuesto, tanto en los fideicomisos ya constituidos, como en los que en el futuro constituya el Gobierno Federal. Así por ejemplo, debe entenderse que el Fondo de Protección de Créditos a Cargo de Instituciones Bancarias, fideicomiso cuya constitución se ordena en las reformas a la Ley Bancaria, en vigor a partir del 31 de diciembre de 1981, aunque se diga que se constituirá por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, será la de Programación y Presupuesto quien lo constituya, y los fondos fiduciarios para las operaciones especiales de crédito agropecuario previstos en el artículo 136 reformado de la Ley General de Crédito Rural, que ordena que los constituya el Gobierno Federal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, deberá constituirlos la Secretaría de Programación y Presupuesto.

Por último, cabe consignar que al reformarse el artículo 49, queda suprimido su antiguo párrafo segundo, que disponía que para la formación de los comités técnicos Hacienda debería recabar la autorización previa de la cordinadora del sector y tener, en todos los casos, un representante en los comités técnicos. Cabe preguntar si la supresión de este párrafo implica la eliminación de un representante del fideicomitente único del Gobierno Federal, o sea Programación y Presupuesto, en todos los comités técnicos, que era el sentido de la disposición contenida en el suprimido párrafo segundo del artículo 49. En mi opinión, habrá que estar a lo dispuesto en el Decreto de 10 de enero de 1979 sobre fideicomisos de la administración pública federal, cuyo artículo octavo dispone que en los comités técnicos siempre estará, por lo menos, un representante del cordinador del sector y otro de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Substituida ésta por la de Programación y Presupuesto, debe estimarse que en los comités técnicos debe estar, por lo menos, un representante del coordinador del sector y otro de la Secretaría d Programación y Presupuesto, puesto que toda la reforma que se viene comentando no tiene otro sentido que el de substituir, en materia de fideicomisos estatales, a la Secretaría de Hacienda por la de Programación y Presupuesto, como representante del Gobierno Federal.

FIDEICOMISOS EN AMERICA LATINA

Como encargos de confianza que pueden desempeñar las instituciones bancarias (enumerados en forma no taxativa)	Chile Bolivia Perú Venezuela Costa Rica Colombia
Como institución jurídica legislada, definida y estructurada —versión latina del trust— patrimonio de afectación.	Costa Rica Colombia[1] El Salvador Guatemala Ecuador Venezuela México Panamá[2]
No lo conocen y sólo prevén las prohibidas sustituciones fideicomisarias.	Argentina[3] Uruguay Brasil Paraguay

[1] Llamado también fiducia mercantil.
[2] Concebido como mandato irrevocable.
[3] El proyecto Michelsen Ley de Fideicomisos no cristalizó.

LA FIDUCIA MERCANTIL O FIDEICOMISO COLOMBIANO

El nuevo Código de Comercio de Colombia, publicado en junio de 1971 y, en vigor desde el 1º de enero de 1972, define a la fiducia mercantil como un negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o ejecutarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente; en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante o beneficiario, y sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios (Art. 1226).

Como en México, los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida. También en Colombia la fiducia debe constar por escrito; aun cuando el Artículo 1228 no lo especifique, se desprende del texto del mismo, porque dispone que la fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública según la naturaleza de los bienes. La constituida mortis causa deberán serlo por testamento. También se parece al fideicomiso mexicano porque la existencia del fideicomisario no es necesaria en el acto de constitución de fideicomiso, aun cuando en México puede no haber fideicomisario y en Colombia éste "debe ser posible y realizarse dentro del término de duración del mismo, de modo que sus fines puedan tener pleno efecto". (Artículo 1229).

En Colombia también están prohibidos los fideicomisos secretos; aun cuando el Art. 1230 les llame "negocios fiduciarios secretos", expresión en mi opinión equívoca, porque no creo que el fideicomiso deba catalogarse como un negocio fiduciario, por más que muchos autores insisten en esta apreciación. También están prohibidos aquellos en los cuales el beneficio se concede a diversas personas sucesivamente con mejor redacción que la de la fracción II de nuestro artículo 359 (Ley de Títulos y Obligaciones de Crédito), porque no establece la salvedad de la sustitución realizada en favor de personas vivas o concebidas ya, a la fuerte del fideicomitente. También en Colombia se establece un término al fideicomiso, pero la prohibición se limita a aquellos cuya duración sea mayor de 20 años y se dispone la salvedad de los constituidos en favor de incapaces y entidades beneficencia pública o utilidad común. En México las fiduciarias no deben prestar caución especial, pero en Colombia el Artículo 1231 prevé que, a petición del fiduciante, del beneficiario o de sus ascendientes, el juez puede imponer al fiduciario la obligación de efectuar el inventario de los bienes recibidos en fiducia "así como la de prestar una caución especial", situación no prevista para las fiduciarias mexicanas.

Las causas de renuncia de las instituciones fiduciarias se limitan a los casos siguientes:

a) Que se den los moitvos expresamente indicados en el "contrato" (Art. 1232), redacción muy feliz, porque queda de manifiesto que la legislación colombiana sí es específica en cuanto a que el fideicomiso necesariamente es, como debe serlo, un contrato;

b) Que el beneficiario no pueda o se niegue a recibir las prestaciones de acuerdo con el acto constitutivo;

c) Que los bienes "fideicomitidos" (SIC) no rindan productos suficientes para cubrir las compensaciones estipuladas a través del fiduciario y;

d) Que el fiduciante, causahabiente o el beneficiario, en su caso, se nieguen a pagar los honorarios fiduciarios.

La renuncia del fiduciario requiere autorización previa del Superintendente Bancario, cosa que no ocurre en México.

Con mucho tino el Código de Comercio Colombiano dispone que, para todos los efectos legales, los bienes fideicometidos deben mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, "y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo" (Artículo 1233).

Esta disposición no tiene un precepto análogo en nuestro país, pero es una consecuencia del conjunto de disposiciones que regulan el fideicomiso, y la redacción corresponde a uno de los proyectos del Código de Comercio que se han elaborado y armoniza perfectamente con la idea de que puede y debe haber patrimonios que no sean necesariamente atributo de la personalidad.

Como en México, en Colombia el cargo de fiduciario es indelegable y el primer deber de éstos es cumplir con los previstos en el acto constitutivo y además, según dice el artículo 1234, los siguientes:

1º Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;

2º Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios;

3º Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca;

4º Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicometidos contra actos de terceros, del beneficiario y aun del mismo constituyente;

5º Pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el Superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario;

6º Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo;

7º Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario, y

8º Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses.

El título de la fiducia del Código de Comercio Colombiano se cierra con tres disposiciones, una de carácter procesal, consignada en el Artículo 1241 que dispone que el juez competente para conocer las controversias relativas al "negocio fiduciario", es el del domicilio de la institución fiduciaria, y otras dos, que tienen correspondencia en nuestra legislación, que son las de que a la terminación del fideicomiso los bienes fideicometidos deben pasar al dominio del fideicomitente o de sus herederos (artículo 1242), y otro que establece la ineficacia de cualquier estipulación por la que el fiduciario adquiriera definitivamente, por causa del "negocio fiduciario". el dominio de los bienes fideicometidos. Arts. 1241 y 1244). Por último, el artículo 1243, establece que el fiduciario responderá hasta de la "culpa leve" en el cumplimiento de su gestión.

EL FIDEICOMISO VENEZOLANO

El Artículo 1º de la ley venezolana sobre Fideicomiso lo define diciendo que es una relación jurídica por el cual una persona, llamada fideicomitente, transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario, quien se obliga a utilizarlos en favor de aquél o de un tercero llamado beneficiario.

La Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito de Venezuela (de 3 de febrero de 1961), permite a todo banco o institución de crédito "actuar como fiduciario y ejecutar mandatos, comisiones y otros encargos de confianza" (Artículo 2º) y en su título Octavo, Arts. 86 a 95, norma las actividades fiduciarias de los bancos y sociedades financieras, las cuales requieren autorización del ejecutivo nacional para actuar como fiduciarios, de conformidad con la Ley de Fideicomiso así como para efectuar mandatos, comisiones y otros encargos de confianza, autorización que será dada por intermedio de la Superintendencia de Bancos, cuya opinión será oída previamente por el Ejecutivo Nacional. La autorización no podrá ser concedida a Instituciones de Crédito en las que participe la Nación. La autorización requiere un depósito previo de 50,000 bolívares en el Banco Central de Venezuela, además de un 3% del valor de los bienes objeto del fideicomiso que deberá depositar el fiduciario a medida en que empiece a actuar como tal. Estos valores depositados en garantía pueden ser enajenados por orden del Ejecutivo Nacional cuando sea necesario hacer efectivo tales garantías en beneficio de los interesados.

Se ordena a los fiduciarios mantener un Departamento de Fideicomiso y contabilizar y publicar separadamente en sus balances sus operaciones fiduciarias. Además los fondos requeridos provenientes o resultantes de los fideicomisos deberán mantenerse en caja o depositados en cuenta especial en el Banco Central de Venezuela hasta en tanto se les aplique al fin correspondiente. En ningún caso los fiduciarios podrán invertir los fondos fideicometidos u otros bienes de su propiedad ni de empresas en las cuales tengan participación o en las cuales sus directivos tengan intervención como Socios, Directivos, Asesores o Consejeros.

Hay la obligación expresa de invertir en Venezuela los fondos fideicometidos salvo instrucciones expresas en contrario.

Por último, la obligación de rendir cuentas a los fondos fiduciarios está sujeto a lo dispuesto en la Ley de Fideicomiso, y en cuanto a los fondos invertidos en ejercicio de mandatos, las cuentas deben rendirse semestralmente.

EXPERIENCIA DE ARGENTINA EN MATERIA DE FIDEICOMISOS

El Artículo 2662 del Código Civil Argentino, en vigor desde el último tercio del siglo pasado, curiosamente regula el dominio fiduciario definiéndolo como aquel que "se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutiva. o hasta el vencimiento de un plazo resolutivo, para el efecto de restituir la cosa a un tercero". Para comprender este Artículo hay que referirse a los Artículos 2507 y 2663, dentro del capítulo de la propiedad, que definen al dominio imperfecto y al dominio revocable. No obstante esa disposición en Argentina, no se conoce el fideicomiso como en México o en Colombia y las tentativas de incorporarlo no han tenido éxito. El Proyecto de Ley de Fideicomisos de Guillermo Michelson, bastante parecido al fideicomiso mexicano y a la fiducia colombiana, no pasó de ser un mero proyecto, pues el artículo primeramente citado no ha sido suficiente para generar negocios fiduciarios en la República Argentina. Parece ser que en la emisión de obligaciones o debentures, regulada en la Ley de Sociedades Mercantiles, hay una aproximación porque la emisión de dichos títulos supone la celebración de un contrato entre la sociedad emisora anónima o en comandita por acciones y el fiduciario que cumplirá el rol de representante legal de los debenturistas o adquirentes de títulos, debiendo ser dicho fiduciario un banco, al menos en el periodo de emisión o suscripción, limitándose el papel de fiduciario al de un representante legal de los obligacionistas, con las facultades y deberes de los mandatarios generales. Otro intento de aproximación es el de los fondos comunes de inversión que son un evidente esfuerzo de adaptar el investment trust del derecho anglosajón.

Sin embargo puede decirse, en resumen, que la figura en sí del fideicomiso como la entendemos nosotros no ha sido utilizada en Argentina, lamentablemente porque se desprecian las inmensas posibilidades de aplicación que tiene este instrumento legal. No creemos que sea suficiente que la Ley de Entidades Financieras, que autoriza la banca comercial argentina al realizar todas las operaciones activas, pasivas y de servicios no prohibidas por la ley sea sufi-

ciente fundamento para que en la República Argentina se desarrolle el fideicomiso, porque si bien las personas físicas pueden hacer todo lo que no tengan prohibido, las personas morales únicamente pueden hacer aquello para lo que expresamente fueron constituidas, independientemente de que el intento de Michelson pruebe la necesidad de una regulación detallada, ya sea en una ley especial o dentro del Código de Comercio Argentino.

EL FIDEICOMISO EN COSTA RICA

El fideicomiso en Costa Rica está regulado en el Código de Comercio y presenta grandes analogías con el mexicano, el venezolano y el colombiano, con la novedad de que en este país puede ser fiduciario cualquier persona física o jurídica capaz de adquirir derechos o contraer obligaciones, en el concepto de que en el segundo de estos casos las personas jurídicas deben estar expresamente capacitadas en su escritura constitutiva para recibir por contrato o por testamento "la propiedad fiduciaria" (Artículo 637).

El Capítulo Décimosegundo del Código de Comercio comienza diciendo que por medio del fideicomiso el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos; el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo. Pueden ser objeto de fideicomisos toda clase de bienes o derechos que legalmente estén dentro del comercio y los bienes fideicometidos "constituirán un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso" (Artículo 633).

El fideicomiso debe constituirse por escrito, mediante actos entre vivos o por testamento y como en Guatemala las causales de indignidad que consagra el Código Civil se aplicarán al fideicomisario.

El fideicomiso de bienes sujetos a inscripción debe ser inscrito en el registro respectivo, y con toda claridad el Artículo 636 dispone que en virtud de la inscripción el bien quedará inscrito en nombre del fiduciario en su calidad de tal. Sobre esta materia los derechos de registro deberán pagarse en un 50% cuando el fideicomitente traspase los bienes que da en fideicomiso, y el 50% restante cuando el fiduciario haga tal traspaso en virtud de la conclusión del fideicomiso (Artículo 662).

La falta del fiduciario faculta al fideicomitente para nombrar sustituto; en su defecto, el Juez Civil a solicitud de la parte interesada nombrará al sustituto.

Se pueden designar varios fiduciarios para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, en el entendido de que se puede establecer el orden y las condiciones en que deben sustituirse.

Con toda claridad el Artículo 640 dispone que cuando se establezcan dos fiduciarios deberán obrar conjuntamente, resolviendo el juez competente la falta de acuerdo entre ellos; si se designaran tres o más sus decisiones se tomarán por mayoría decidiendo el empate el nombrado en primer lugar. El que

disienta de la mayoría o no haya participado en la resolución, sólo será responsable de la ejecución llevada a cabo por los cofiduciarios en los siguientes casos:

a) Si delega indebidamente sus funciones;
b) Si aprueba, consciente o encubre una infracción al fideicomiso y,
c) Si con culpa o negligencia graves omite ejercer una vigilancia razonable sobre los actos de los demás.

Cuando opera una sustitución de fiduciario, el sustituto no es responsable de los actos de su predecesor excepto en los siguientes casos:

a) Si ilícitamente el predecesor adquirió bienes que el sustituto, a sabiendas, conserva;
b) Si omite llevar a cabo las gestiones necesarias para que el predecesor le entregue los bienes objeto del fideicomiso, y
c) Si se abstiene de promover diligencias conducentes para que su predecesor repare cualquier incumplimiento en que hubiera incurrido en su gestión.

El fiduciario no puede delegar su encargo, pero es bajo su responsabilidad designar los auxiliares o apoderados que demande la ejecución de determinados actos del fideicomiso.

Como en México, en Costa Rica el fiduciario tiene obligación de llevar a cabo los actos necesarios para la realización del fideicomiso, debe rendir cuentas y desempeñarse como un buen padre de familia, no pudiendo renunciar al cargo si no es por justa causa. No puede garantizar los rendimientos de los bienes fideicometidos. En fideicomisos de inversión, a falta de instrucciones no puede invertir en valores con fines especulativos ni de empresas en proceso de formación o bienes raíces para revender; si hiciere préstamos en dinero deberán quedar garantizados con hipoteca en primer lugar y en ningún caso por suma mayor del 60% del precio de avalúo del inmueble (Artículo 648).

Tampoco podrá invertir en un solo negocio más de la tercera parte del patrimonio del fideicomiso (Artículo 649).

Por lo que toca a los impuestos, el fiduciario debe pagarlos que corresponden a los bienes fideicometidos, con obligación solidaria en caso de no hacerlo.

Los derechos básicos del fideicomisario son en Costa Rica similares a los establecidos en México: además de los derechos que le conceda el acto constitutivo, el fideicomisario tiene el derecho de exigir del fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones, el de perseguir los bienes fideicometidos y de pedir la remoción del fiduciario.

El Artículo 655 dispone que serán válidos los fideicomisos honorarios, siempre que no se constituyan para un fin absurdo o ilícito y no tiendan a la creación de una perpetuidad.

No puede ser fiduciario el fideicomisario y el fideicomiso constituido en frente de acreedores puede ser impugnado.

Las causas de extinción del fideicomiso son idénticas a las que se prevén en México, así como los casos de los fideicomisos prohibidos.

EL FIDEICOMISO GUATEMALTECO

Regulado en el Código de Comercio, en vigor desde la legislación guatemalteca al definir el fideicomiso hace especial énfasis en la limitación que tiene el fiduciario de realizar, en relación con los bienes y derechos transmitidos en fideicomiso, con carácter obligatorio, sólo aquelos actos "exigidos para cumplir los fines del fideicomiso" (Art. 766). El proyecto guatemalteco también acepta que únicamente pueden ser fiduciarios los bancos y dice que las instituciones de crédito también podrán actuar como fiduciarias después de haber sido autorizadas especialmente para ello por la Junta Monetaria (Art. 768). Por cuanto a la caracterización de fideicomitente y fideicomisario se sigue el modelo mexicano, así como a la forma de constituirse y a la posibilidad de designar varios fiduciarios. Por lo que toca a los efectos contra terceros, también se establece, como en México y en Colombia, la obligatoriedad de la inscripción y del endoso o registro cuando se trata de títulos a la orden o nominativos, con la novedad de que se trata de empresas industriales, comerciales o agrícolas hay la obligación de publicarlo en el Diario Oficial, y mediante edicto comunicarlo a los interesados (Art. 776, inciso 6º). También se hace, con toda corrección, la precisión de que los derechos del fideicomisario son los que derivan del contrato o acto constituido del fideicomiso y por supuesto exigir al fiduciario su cumplimiento, pedir su remoción en caso de incumplimiento o falta de diligencia, impugnar los actos del fiduciario con mala fe o con infracción de las disposiciones que rijan el fideicomiso y exigir judicialmente la restitución de los bienes que salgan del patrimonio fideicometido como consecuencia de tales conductas y revisar la documentación propia del fideicomiso (Arts. 778 y 786). Existe la novedad en el fideicomiso guatemalteco de que el fiduciario obligatoriamente debe declarar que actúa en esa calidad, en todo acto o contrato que otorgue en ejecución del fideicomiso (Art. 781). Hay disposición expresa respecto de la inembargabilidad de los derechos que el fideicomisario pueda tener en el fideicomiso, inembargabilidad que no se extiende a los frutos que perciba del fideicomiso. Por cuanto a las inversiones de los fondos fideicometidos, salvo autorización expresa en contrario, el fiduciario sólo puede invertir en bonos y títulos de crédito emitidos o garantizados por el Estado o las entidades paraestatales a bancos y empresas privadas cuyas emisiones califique la Comisión de Valores como de primer orden. Por cuanto a las obligaciones y derechos del fiduciario, la extensión del fideicomiso y sus efectos y las causas de nulidad, son análogas a las existentes en México, con excepción de que no se precisa expresamente la nulidad del fideicomiso establecido en favor del fiduciario aun cuando sí se dice que el fiduciario de un fideicomiso en garantía debe ser persona distinta del acreedor. Por lo que toca a los impuestos, se exime tanto el documento constitutivo del fideicomiso, como la traslación de bienes por tal causa; la devolución de los bienes fideicometidos queda eximida de impuestos a la terminación del fideicomiso. Sin embargo, sí se grava la enajenación de bienes por el fiduciario al fideicomisario o a terceros "pero en caso de fideicomisos testamentarios, dice el artículo 792, en lo que se refiere a inmuebles, el impuesto se graduará según el parentesco del fideicomitente con el del respectivo fidicomisario (Art. 792, parte final). Por último, cabe mencionar que por lo que toca al plazo del fideicomiso, éste es de 252 años, con la misma salvedad de que los de interés público pueden ser indefinidos.

LAS COMISIONES O ENCARGOS DE CONFIANZA BANCARIOS

Usando la expresión "comisiones de confianza", inspirados en los servicios bancarios fiduciarios de las trust companies, países como Chile, Bolivia, y Perú, legislaron alrededor de los años treintas para permitir que los bancos comerciales atendieran provisionalmente encargos para satisfacer la necesidad de administrar, por cuenta ajena, bienes muebles o inmuebles que, por determinadas circunstancias no podían ser manejados directamente por sus titulares.

Así la Ley de Bancos 7159 del Perú, del 24 de mayo de 1931, permitía al superintendente de bancos conceder autorización para que un banco comercial ejerciera funciones de depositario, apoderado o administrador de bienes ajenos, "así como para llenar cualquiera de las demás funciones de confianza asignadas o autorizadas por la ley'" (artículo 89).

Previamente a la autorización, el banco debe proteger los intereses del público depositando, a satisfacción de la superintendencia de bancos, la suma que éste señale en el Banco Central de Reserva del Perú, para responder del fiel cumplimiento de los deberes por comisiones de confianza, depósito que en un principio se fijó en 200,000 soles, y que también de acuerdo con la superintendencia, podría ser invertido y producir rendimientos.

La enumeración de los encargos de confianza a que se refiere el artículo 94, parece definir lo que el legislador peruano entendió por fideicomisos, porque al final de la enumeración que comentaré a continuación dice que los bancos podrán ser numerados "ejecutores de fideicomisos" de cualquier otro carácter, cuando lo permita la ley (artículo 94, 14). Los cargos de confianza son, como he dicho, depositarios e interventores de bienes embargados, liquidadores de sociedades civiles y comerciales, administradores de bienes comunes, de herencias, albaceas testamentarios o dativos, guardadores de menores, incapaces y ausentes, administradores de bienes dejados por testamento o donados bajo condición o desde cierto día, a fin de entregarlos a herederos, legatarios o donadores, cuando se cumpla la condición o llegue el día, administradores de bienes por acto entre vivos para obras públicas, establecimien-

tos de beneficencia o de instrucción u otros fines lícitos, y representante de tenedores de bonos.

No quedan incluidos bajo la denominación de "Comisiones de Confianza" los poderes para administrar bienes, para cobrar créditos, para negociar con acciones o cobrar dividendos y, en general, las operaciones no descritas anteriormente.

LA DESCOLONIZACION EN LAS NACIONES UNIDAS CON ESPECIAL REFERENCIA AL CASO DEL SAHARA ESPAÑOL

DR. CARLOS ARELLANO GARCÍA

SUMARIO: 1. *Evolución histórico-jurídica de la descolonización.* 2. *Antecedentes geográficos y económicos.* 3. *Conceptos de colonización y de descolonización.* 4. *Carta de las Naciones Unidas.* 5. *Asamblea General.* 6. *Consejo de Seguridad.* 7. *Secretaría.* 8. *Corte Internacional de Justicia.* 9. *Consejo de Administración Fiduciaria.* 10. *Comité Especial.* 11. *Organismos Regionales.—Organización de los Estados Americanos.—Organización de la Unidad Africana.* 12. *Organismos Especializados.* 13. *El mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.* 14. *La negociación directa.* 15. *El neocolonialismo.*

1. *Evolución histórico-jurídica de la descolonización*

Desde que el hombre existe data la pugna interhumana. Es tan antigua como la historia de la humanidad la dominación del hombre por el hombre. Las luchas de los pueblos a lo largo de las diversas épocas se han entablado para dominar y para librarse del vasallaje impuesto. Cuando los conglomerados se tornan sedentarios la conquista se orienta a la expansión territorial. Un vestigio remoto de la importancia que se concedió a la afirmación de los derechos territoriales lo tenemos en el antiquísimo tratado sobre fronteras, celebrado entre el reino de Lagash y la comunidad de Umma, en Mesopotamia, 3,100 años antes de la era cristiana.[1]

Concretamente, respecto de Africa saharense y mediterránea, los egipcios, fenicios, cartagineses, árabes y romanos extendieron los límites del universo conocido y asentaron sus manifestaciones colonizadoras.[2] Roma proyectó sus iniciales luchas de conquista a la península itálica e impuso su sistema de vida hasta que toda Italia se convirtió en un país romano. En la zona itálica se extendió la cultura romana en una fórmula de asimilación, inicialmente se concedieron algunos derechos políticos y civiles para llegar al fin a una igualdad. Las entonces colonias o provincias de la Galia e Iberia fueron cotos para beneficiar a magistrados cesantes o poderosos militares vencidos en la lucha. Se les otorgaba considerable retribución y poca responsabilidad. El interés de

[1] Manuel J. Sierra. Derecho Internacional Público, 4ª Edición. Porrúa, México, 1963, p. 42.
[2] Monique Lions, Constitucionalismo y Democracia en el Africa recién independizada, UNAM, México, 1964, p. 13.

beneficio a la colectividad se atenúa conforme se agudiza el alejamiento de la metrópoli. En Africa y Asia las posesiones romanas sólo interesan como fuente de lucro para asegurar el fausto y la comodidad del mundo central romano.[3]

La decadencia de Roma produce una descolonización con una abundante fragmentación de poder muy cercana a la anarquía y proliferan los miniestados conocidos bajo la denominación de señoríos feudales. Los feudos mayores se consolidan y se engrandecen hasta el advenimieno del Estado moderno. A su vez, los Estados modernos también propugnan por su engrandecimiento material mediante la guerra y la amenaza de ella. Tal parece que sólo a cada Estado le preocupa dominar y no ser dominado y que el problema de colonización y descolonización debe ser preocupación de cada quien, pero un destello de fiscalización internacional lo representa la Bula Intercoetera de Alejandro VI[4] ya que ella da derecho de colonizar a países católicos y concomitantemente se los niega a protestantes. La Bula alejandrina de 1493 tiene singular relevancia en cuanto a que lleva inbíbita una preocupación por los habitantes de las tierras concedidas. Textualmente exhortaba a los beneficiados por ella en los siguientes términos: "... procureis enviar a las dichas tierras firmes, e islas hombres buenos, temerosos de Dios, doctos, sabios y expertos para que instruyan a los susodichos naturales moradores en la fe católica, y les enseñen buenas costumbres, poniendo en ello toda la diligencia que convenga".[5] Por otra parte la Bula constituye en este punto un dato de moral internacional en la colonización.

Otro destello de humanización en el coloniaje se destaca en la Declaración sobre el tráfico de negros, dada en Viena el 8 de febrero de 1815 durante la celebración del Congreso de Viena. Sólo es objetable en esta declaración de abolición universal del tráfico de negros que la ejecución no era inmediata y, por tanto, no se impidió la continuación de los estragos del genocidio.[6] Se ha afirmado que del continente africano a las tierras americanas fueron deportados unos veinte millones de negros y que por cada negro deportado, diez fueron muertos.[7]

En la evolución histórica del colonialismo y la descolonización, la emancipación política de las naciones bajo el dominio español es un acontecimiento ensombrecido por la Doctrina Monroe que señala los prolegómenos de la zona de influencia económica y política de una potencia en aquella etapa de nuevo cuño y hoy con gran poderío mundial.

[3] Angel Modesto Paredes, Las Ultimas Transformaciones del Derecho Internacional, Depalma, BuenosAires, 1961, pp. 162 y 163.

[4] Francisco Cuevas Cancino, Tratado sobre la Organización Internacional, Editorial Jus, S. A., México, 1962, p. 213.

[5] Véase el texto de la Bula en Gustavo A. Pérez Trejo. Documentos sobre Belice, México, 1958, p. 29.

[6] Véase el texto de la Declaración de Viena en Modesto Seara Vázquez. Del Congreso de Viena a la Paz de Versalles, UNAM, México, 1969, pp. 3, 5.

[7] Colonialismo y Neocolonialismo. Salvat Editores, S. A., Barcelona, 1973, p. 11.

Por lo que hace a la colonización del continente africano, de noviembre de 1884 a febrero de 1885, se verificó el Congreso de Berlín para el arreglo de las reivindicaciones coloniales en Africa para armonizar los intereses de las potencias europeas.[8] Los países participantes, sin el menor recato, resuelven entre ellos el porvenir y el destino de todo un continente. Es el apogeo exacerbado de la actitud colonialista cuyo objetivo es delimitar el reparto de Africa. Se pretende justificar el atentado a los derechos de los habitantes con expresiones como las de "misión civilizadora" del hombre blanco. En el fondo, las potencias colonizadoras buscaban productos alimentarios a precios ínfimos, materias primas, nuevos mercados para sus productos manufacturados, fuentes de energía, solución a sus problemas internos, futuro engrandecimiento, posiciones estratégicas, etc.[9] En el desenfreno de ambiciones que aflora del Acta General de Berlín de 26 de febrero de 1885[10] de una manera tibia, casi desapercibida, en el proemio, se asevera que los jefes de Estado europeos y de Estados Unidos, suscriptores del Acta están preocupados con los "medios de aumentar el bienestar moral y material de las poblaciones indígenas". El documento berlinés permite que el dominio europeo pase del 11% de territorio sujeto a colonización al 90%.[11]

Alcanzada la cima de la colonización con el Acta General de Berlín y el reparto material de Africa, se inicia la etapa de la descolonización con un documento precursor, el Tratado de Renuncia a la Guerra, denominado Pacto Briand-Kellog, suscrito en París el 27 de agosto de 1928.[12] En el artículo 1º de esta convención, las Altas Partes Contratantes condenan el recurso de la guerra para la solución de las controversias internacionales y a ella renuncian como instrumento de política nacional, en sus mutuas relaciones. Tal Pacto, a pesar de su modestia y su parquedad e independientemente de su vulneración posterior, marca el límite jurídico a la guerra como instrumento de colionialismo.

El 8 de enero de 1918, el Presidente Wilson de los Estados Unidos en histórico mensaje al Congreso de su país enfoca la descolonización internacional y también es precursor de la moderna descolonización. En el punto 5 del documento se alude a "un arreglo libre, razonable y absolutamente imparcial de todas las reclamaciones coloniales, basado en la firme observancia del principio de que, al determinar tales cuestiones de soberanía, los intereses de las poblaciones interesadas deben tener el mismo peso que las reclamaciones equitables del gobierno cuyo título ha de ser determinado".[13]

En la Primera Guera Mundial son derrotadas dos potencias con importantes posesiones coloniales, Turquía y Alemania. Las colonias no son entrega-

[8] Modesto Seara Vázquez, obra citada, p. 181.

[9] Colonialismo y Neocolonialismo, *op. cit.*, pp. 25 y 23.

[10] Véase texto íntegro en Modesto Seara Vázquez, *op. cit.*, pp. 181 a 202.

[11] Colonialismo y Neocolonialismo, *op. cit.*, p. 24.

[12] Véase texto del tratado en el apéndice a la obra de Charles G. Fenwick, Derecho Internacional. Bibliografía Omeba, Buenos Aires, 1963, pp. 787 y 788.

[13] Véase texto en Modesto Seara Vázquez, *op. cit.*, p. 438.

das como botín de guerra a los países vencedores, tal y como ocurría en el pasado. En los tratados suscritos por Alemania y Turquía renuncian en favor de los vencedores de todos sus derechos sobre las posesiones de ultramar; y se establece el nuevo sistema de mandatos previsto en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones.[14] En el citado dispositivo se consideraba que las referidas colonias las habitaban pueblos aún no capacitados para "dirigirse por sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno" y que "el bienestar y el desenvolvimiento de estos pueblos constituye una misión sagrada de civilización". Por tanto, se confiaba la "tutela de dichos pueblos a las naciones más adelantadas, que, por razón de sus recursos, de su experiencia o de su posición geográfica, se hallen en mejores condiciones de asumir esta responsabilidad, y consientan en aceptarla. Estas naciones ejercerán la tutela en calidad de mandatarias y en nombre de la Sociedad". El mandatario estaba obligado a enviar al Consejo una memoria anual concerniente al territorio que tenga a su cargo pero, no se establecía la necesaria vigilancia directa de la Sociedad de Naciones para que no se traicionasen los objetivos ya mencionados. El régimen de los mandatos implica parcialmente la subsistencia del coloniaje con las modalidades que le son inherentes pero también engloba una importante etapa a la descolonización cuando terminase ese régimen. En el Pacto de la Sociedad de Naciones es también de trascendencia el artículo 10 en cuanto se establece la obligación para los miembros de la Sociedad de respetar y mantener contra toda agresión exterior la integridad territorial y la independencia política presente de todos los miembros de la Sociedad. Con dicho precepto se proscribe el derecho de conquista y se inhibe el colonialismo. Lamentablemente la acción de la Sociedad de Naciones no estuvo a la altura de los ideales consignados en el Pacto pero, sin duda la experiencia recogida posteriormente se ha reflejado en una mayor eficacia en las tareas de las Naciones Unidas.

Un acontecimiento histórico de relevancia inaudita en la progresión descolonizadora es la Segunda Guerra Mundial. Japón derrota inicialmente en Oriente a las armas occidentales y pone fin a dominios coloniales europeos que somete a su férula. Al fin de la guerra es necesario cumplir la promesa hecha a los pueblos sojuzgados de que se les concedería su independencia. Así se descolonizan Indonesia, India, Laos, Vietnam, etc.[15] Al fin de la Segunda Guerra Mundial, en el mundo sometido a coloniaje las mayores extensiones cuantitativas y cualitativas pertenecían a Gran Bretaña y Francia, ambas potencias agotadas por la contienda, con problemas de reconstrucción interior, en pésima situación económica y con una deuda moral con los pueblos colonizados que las ayudaron. El medio era propicio para la descolonización. Pero, además había dos potencias que podemos calificar como descolonizadoras que

[14] Véase texto del artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones en el apéndice a la obra de J. L. Brierly, "La Ley de las Naciones", Editora Nacional ,México, 1950, pp. 236, 237 y 238.

[15] Jorge L. Tamayo, Geografía Económica y Política, UNAM, 1963, p. 282. Véase también a Cuevas Cancino, *op. cit.*, p. 223.

podían aprovechar la coyuntura para beneficiarse con la liberación de pueblos pertenecientes a esferas coloniales y que podrían someter a su ámbito de influencia. Estas potencias lo eran Estados Unidos y Rusia. Ambos países vencedores de la segunda gran guerra, carecían de un pasado colonial inmediato y les convenía una postura anticolonialista. Se afirma que Franklin D. Roosevelt deseaba modificar radicalmente el mapa del mundo y tal intención se desbordó en la Carta del Atlántico.[16] Inglaterra no podía rehusar la suscripción del documento conocido como Carta del Atlántico de 1941 porque supervivía gracias a la ayuda norteamericana. Los postulados iniciales son abiertamente descolonizadores: "1º—Sus países no buscan expansión territorial o de cualquier otra índole. 2º—No desean modificación territorial alguna que no esté de acuerdo con los deseos libremente expresados de los pueblos afectados. 3º—Respetar el derecho de los pueblos a elegir la forma de gobierno bajo la cual deseen vivir y anhelan se restablezcan los derechos soberanos y autoridad a aquellos gobiernos que mediante la fuerza han sido privados de los mismos."

En el proceso de la descolonización es menester citar el Pacto de la Liga de los Estados Arabes de 22 de marzo de 1945 en donde se define la soberanía y los derechos de los pueblos árabes contra la acción de colonización de las grandes potencias.[17]

Dentro de la zona sahariana, en 1951 se inicia el proceso independentista y la descolonización, a veces con singular violencia, se realiza para los nuevos países según los siguientes datos: Libia, 1961; Marruecos, 1956; Chad, Niger, Malí y Mauritania, 1958; Argelia, 1962.[18] En lo que hace al Sahara Español, también llamado Sahara Occidental, será motivo de referencia especial en este trabajo, pudiéndose anticipar desde el punto de vista histórico-jurídico que la penetración española en ese territorio aún no descolonizado del Sahara se inició en 1884. En 1885 se construyó Villa Cisneros y se establecieron factorías en Río de Oro y la Bahía del Oeste. En un tratado de 1920 con Francia se delimitaron las fronteras. En 1958 se entregó a Marruecos una porción septentrional. En 1959, por virtud de un decreto, los teritorios de Río de Oro y Saguia el Hamra se unieron para formar la provincia del Sahara Español.[19]

2. *Antecedentes geográficos y económicos*

El Sahara es el mayor desierto del mundo; abarca una extensión de aproximadamente diez millones de kilómetros cuadrados. Está ubicado en una enorme porción del centro y del norte de Africa, comprende una tercera parte de la extensión total del continente. A las elevadas temperaturas diurnas que

[16] Dada a la publicidad por la Casa Blanca el 14 de agosto de 1941, firmada por Franklin D. Roosevelt y Winston Churchill. Véase su texto en Charles G. Fenwick, *op. cit.*, p. 789. Véase a Pedro Pablo Cacargo, Derecho Internacional Público, Tomo II, Bogotá, 1973, pp. 143 a 146.

[17] Pedro Pablo Camargo, *op. cit.*, tomo III, p. 300.

[18] Véase Enciclopedia Salvat, "Sahara, Desierto del."

[19] *Idem.*, "Sahara Español."

en el mes de julio suelen ser superiores a 50° C, les suceden temperaturas de 8 y 10° C por la noche. La arena del desierto llega a tener temperaturas próximas a los 70° C. En el mes de enero las heladas son frecuentes, y no es raro encontrar las cumbres cubiertas por un casquete de nieve. Las lluvias son escasas e irregulares. En general son inferiores a los 200 milímetros anuales. La evaporación es muy importante debido a las altas presiones. En el Sahara no existen cursos continuos de agua. Los uads (ríos intermitentes) discurren por valles fósiles y las aguas se filtran hasta encontrar una capa de materiales impermeables, este manto, alcanzado por un pozo, da lugar al establecimiento de un oasis. Después de las lluvias aparece una vegetación de ciclo corto.[20]

El desierto del Sahara está dividido entre Marruecos, Mauritania, Níger, Libia, Malí, Chad y Argelia, países saharianos ya descolonizados. Marruecos tiene una superficie de 418 283 kms² y una población de 13 323,000 habitantes (datos de 1965). El extremo meridional de Marruecos es típicamente sahariano. En la Conferencia de Algeciras de 1906 se les concedieron derechos a Francia y España en Marruecos. En 1912 Marruecos se constituyó en protectorado francés. En un acuerdo entre Francia y España se le concedió a España en protectorado la zona. El 2 de marzo de 1956 se le concedió la total independencia a Marruecos. En abril de 1956 España renunció al protectorado sobre la zona de Rif. Marruecos es productor de fosfatos como el Sahara Español. En el supuesto de que se posesionase de la zona productora del territorio del Sahara Español, controlaría el 80% del mercado mundial de fosfatos, lo que permitiría al gobierno marroquí fijar los precios mundiales del producto y de los fertilizantes a base de fosfatos.[21]

Argelia, con una superficie de 2.466,833 km², y una población de diez y medio millones de habitantes (1963), tiene una gran región sahariana. Posee uno de los ejércitos más poderosos de Africa. Apoya al grupo de resistencia del Sahara Occidental o Sahara Español llamado Frente Polisario. La frontera con el Sahara Español es casi nada más un punto convergente en el mapa africano. Cualquier derecho territorial que se le concediera en ese territorio le permitiría a Argelia tener litorales en el Atlántico.

Mauritania, con un territorio de 1.030,700 kms² y población de 900,000 habitantes (1964). al noroeste de Africa es físicamente un país sahariano constituido por la región occidental del Sahara. El 28 de noviembre de 1960 obtuvo su independencia. El gobierno de Marruecos no reconoció el nuevo Estado y adujo que Mauritania formaba parte histórica del territorio marroquí. El referendum de 1958 fue favorable a la independencia y contrario a la integración con Marruecos. Es el país que tiene fronteras más extensas con el Sahara Español. También pretende derechos a una porción del Sahara Occidental.

Los otros países saharianos por lo menos parcialmente, aunque no colindantes con el Sahara Occidental son Libia, Malí, Chad y Níger.

[20] *Idem*, "Sahara, Desierto del."
[21] *Ibidem*, "Marruecos".

El mayor interés para los fines de este estudio lo representa el Sahara Español, muy próximo a la descolonización y que ha dado lugar a una crisis en la que se han puesto a prueba las instituciones de las Naciones Unidas referentes a la descolonización. El Comité Especial encargado de examinar la situación con respecto a la Aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, de la Organización de las Naciones Unidas, ha proporcionado a la Asamblea General los siguientes datos geográficos y económicos sobre el Sahara Español.[23] Está situado en la costa atlántica de Africa y confina con Marruecos y Argelia en el Norte y con Mauritania en el Sur y en el Este y en el Sureste. Tiene una superficie de alrededor 180,000 kms², en su mayor parte desértica o semidesértica.

Según el Boletín Oficial de la Provincia del Sahara de 15 de septiembre de 1971, el 31 de diciembre de 1970 tenía población de 76,425 habitantes. De ellos 24,048 en el Aáiun la capital y 6,692 en Villa Cisneros. De acuerdo con el movimiento de resistencia nacional para la liberación del territorio, se ha afirmado que 600,000 refugiados del Sureste viven en los países vecinos de Argelia, Mauritania y Marruecos.

El Comité Especial[24] en su informe citado ha proporcionado los siguientes datos en el aspecto económico: Consigna la existencia de un lago subterráneo a 1400 pies de profundidad descubierto por los geólogos en 1964 de 60 millas de largo y de 30 a 200 pies de profundidad. Se asevera que es el lago de agua dulce subterráneo más grande del mundo y que puede convertir la región árila en región agrícola. En cuanto a la riqueza de fosfatos que fueron lescubiertos en 1947 a 100 kms. de Aaiún, se dice que tienen una reserva de mil seiscientos millones de toneladas, y que contienen un 31% de fosfato puro, un índice de más alto rendimiento en el mundo. La explotación ha sido concedida a una empresa controlada por el Estado español. La pesca es de 6,661 toneladas. La ganadería está formada por 56,200 camellos, 145,400 cabras, 18,000 animales peleteros, 2,400 burros, 200 cerdos y 3,200 animales de otras especies.

Las costas tienen una extensión de 1,062 kilómetros. Los ricos yacimientos de fosfatos se encuentran en Bucraa. La población indígena representa un 78% de la total, en gran parte nómada. La población peninsular está prácticamente representada por la guarnición militar. Las prospecciones petrolíferas han sido infructuosas. España ha invertido en Bu-Craa cerca de 200 millones de dólares.[25]

[22] *Ibidem*, "Argelia".
[23] Informe a la Asamblea General. Documentos Oficiales: Vigésimo Octavo Período de Sesiones. Sup. Nº 23, vol. IV (A/9023/Rev.I).
[24] *Idem*.
[25] Compendio Mundial 1976, p. 294, Editorial América, S. A., México, 1975. V. Revista "Tiempo", 17 de noviembre de 1975. V. Enciclopedia Salvat, "Sahara Español".

3. *Conceptos de colonización y de descolonización*

Conforme al Dicionario de la Lengua Española de la Real Academia,[26] se define a la colonia como el "territorio que, situado fuera de una nación y en un grado de civilización inferior al de ésta, queda sometido a su influencia, ejercida principalmente en forma de expansión demográfica, política o económica'". A su vez, determina que el colonialismo es la tendencia a mantener un territorio en el régimen de colonia. En el mismo orden de ideas, si el prefijo "des" constituye conforme al mismo Diccionario una preposición inseparable que denota negación o inversión del significado del simple, por descolonización deberemos entender la tendencia transformista por la que un territorio colonial sale de una situación colonial.

Para Hans Kohn[27] el colonialismo significa un fenómeno mediante el cual una nación establece y mantiene el dominio político sobre una unidad exterior, política y geográficamente hablando, poblada por cualquier raza y cualquiera que sea su estado de desarrollo.

Para el Presidente del Senegal, Leopold Sedar Senghor[28] el colonialismo es un proceso de ocupación de un país por extranjeros, los cuales están decididos a hacer de él su propio país, o bien a mantener simplemente su dominio, indefinidamente. Para el mismo estadista, colonialismo es la explotación de los pueblos sometidos por parte de los conquistadores.

También se dice[29] que el colonialismo es el "proceso por el que un país aprovecha su superioridad técnica (de producción y de cambio) u organizadora (de administración y gobierno) para explotar los recursos económicos de otros territorios en su propio provecho y según sus propias necesidades. Esta explotación de recursos naturales puede ir acompañada de grandes desplazamientos humanos procedentes de las metrópolis (colonias de población) o de una imposición de determinada forma de control político o cultural (imperialismo).

Según Angel Modesto Paredes[30] el colonialismo tiene como caracteres: 1) Diferente trato para indígenas de la colonia y dirigentes pertenecientes a la metrópoli (administradores y gobernantes); 2) leyes para nativos y colonizadores (en materia civil o criminal); 3) diferentes estatutos para las tierras en beneficio del colonizador; 4) tributos establecidos para atender a las necesidades metropolitanas y no a los subyugados; 5) leyes y sistemas coloniales.

Conforme al punto de vista de Sorensen, en relación con las colonias, "la soberanía interna y la externa radican completamente en el país metropolitano..." lo que no significa que el Derecho Internacional no consagre derechos u obligaciones a los pueblos dependientes.[31]

26 Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1970.
27 Citado por Francisco Cuevas Cancino, *op. cit.*, p. 211.
28 Colonialismo y Neocolonialismo, *op. cit.*, p. 9.
29 *Idem.*
30 *Op. cit.*, pp. 160 a 162.
31 Manual de Derecho Internacional Público. Fondo de Cultura Económica, México, 1973, p. 272.

En el colonialismo, opina Monique Lions[32] existen dos comunidades separadas: razas, clases sociales, costumbres, modos de vivir, religiones.

También se anotan como elementos tipificativos del colonialismo:[33] 1) Dominación por parte de una minoría extranjera de pretendida superioridad racial y cultural sobre una mayoría nativa; 2) Contacto entre dos civilizaciones distintas: una de ellas de religión cristiana, poseedora de técnica avanzada y con un acelerado ritmo de vida; la otra de religión no cristiana, carente de técnica, con una economía agraria de subsistencia y con un ritmo lento de vida; 3) La civilización europea avanzada y tecnificada se impone sobre cultura autóctona.

Francisco Cuevas Cancino estima que el colonialismo toma varias formas:[34] la plena autonomía dentro del marco imperial, la expulsión o aniquilamiento de los pobladores aborígenes, el establecimiento de un sistema de castas o la absorción de una nacionalidad en otra.

En el colonialismo concurren diversos factores, entre los que cabe anotar: emigración de la población metropolitana a la colonia, exportación de capitales en el mismo sentido, explotación de tierras, recursos y hombres de la colonia, hegemonía cultural y dominación política.

Cuando sobreviene la descolonización se produce la denominación autodeterminación caracterizada a nivel interno por la posibilidad de establecer su propio orden normativo y político. En el ámbito internacional, significará la posibilidad de obtener la independencia del país dominante y en el posterior estado de mantenimiento de independencia respecto del colonialista y respecto de otros Estados que pretendan ocupar el lugar hegemónico.

Se le ha atribuido al colonialismo una cauda de aspectos negativos: a) consumo de recursos no renovables; b) explotación económica sin beneficio para la zona colonial; c) desprecio a lo indígena; d) destrucción de la civilización autóctona; e) desajuste social traducido en un desequilibrio social, cultural y económico. Al lado de lo negativo se ha pretendido que el colonialismo tiene una faceta positiva porque ha permitido el ingreso de culturas primitivas en la civilización moderna con traslado de un acervo técnico y científico producto de siglos de avance humano.

El cúmulo de datos que anteceden que permiten forjar los conceptos de colonialismo y descolonización convergen en una ideología irrefutable. Es contrario a la dignidad humana ubicar sectores de población bajo un yugo de dominación. La sangre derramada en holocausto a los afanes libertarios no permite ni un paso atrás en la menos lejana meta de la descolonización política y en la mucho más lejana meta de la descolonización económica a la que nos referiremos en el apartado referente al neocolonialismo. La actual colonización del Sahara Español presiona la descolonización.

32 *Op. cit.*, p. 27.
33 Colonialismo y Neocolonialismo, *op. cit.*, p. 21.
34 *Op. cit.*, tomo III, p. 76.

4. *Carta de las Naciones Unidas*

Dos grandes potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial coincidieron en un punto clave que cambiaría la fisonomía política y económica del mundo de la post-guerra, tal punto convergente estuvo constituido por la descolonización. La coincidencia debió reflejarse en la estructura jurídica de la Carta de las Naciones Unidas.

En el terreno de las ideas, los principios democráticos tan invocados durante la lucha armada fructificaron en las regiones colonizadas que deseaban proyectarlas a nivel mundial. Además las metrópolis de los enormes imperios coloniales, sobresalientemente el francés y el inglés, no estaban en condiciones de resistir el resquebrajamiento de los lazos de sujeción sobre todo si había los auspicios de naciones no colonizantes en mejor situación política, económica y miiltar. Los anhelos a la igualdad de los hombres de todas las latitudes y a la posibilidad de autogobierno no se conformarían con nuevas promesas y los hombres de los pueblos colonizados con los hechos sangrientos demostraron que no transigirían.

Las Naciones Unidas, al constituirse en San Francisco, en el año de 1945, asumieron la responsabilidad que la coyuntura internacional les fijó en lo que hace al proceso de descolonización, primero con la consagración de los lineamientos jurídicos en su Documento Supremo y posteriormente con las resoluciones y acciones liquidadoras del colonialismo, lo que permitió según nos ilustra Pedro Pablo Camargo[34] "la independencia de nuevos Estados que antes estuvieron sometidos al régimen colonial y los cuales, como Estados soberanos, son miembros de la organización mundial.

El organismo mundial máximo, con su estructura jurídica y con la firme determinación de llevar a su última expresión la descolonización ha vencido la tenaz resistencia de diversas potencias coloniales y, por otra parte, ha fomentado los movimientos libertarios de los pueblos aún sometidos. En el año de 1945, cuando nace la Organización de las Naciones Unidas, casi "una cuarta parte de la población del mundo" dice Pedro Pablo Camargo[35] vivía en territorios subyugados y había más de doscientos millones de seres humanos que vivían en territorios sin autonomía.[36]

En una interpretación extensiva muchas disposiciones de la Carta podrían encuadrarse dentro de la tendencia de desvinculación política de los pueblos sometidos pero, siendo que hay disposiciones directas y claras, nos limitaremos a precisar éstas últimas.

En el capítulo I de la Carta de las Naciones Unidas que puntualiza los propósitos de ese importante organismo, en el número 2 del artículo 1º se alude al respecto al principio de la "libre determinación de los pueblos" y con esta terminología hace referencia indubitable a la descolonización, proceso que después es regulado amplia y especialmente en los artículos incluidos en los capítulos XI, XII y XIII de la propia Carta.

[36] *Ibidem*, p. 83.

[37] Cuevas Cancino, *op. cit.*, p. 225. Véase publicación oficial de las Naciones Unidas "ABC de las Naciones Unidas", p. 36. Véase a Jorge L. Tamayo, *op. cit.*, p. 282.

Incluso, fuera de esos capítulos antes citados, en el artículo 55 del capítulo IX, relativo a la Cooperación internacional económica y social, se reitera el respeto a la libre determinación de los pueblos.

Qué pulcritud de miras, qué grandeza en la rectificación de pasados errores y qué enorme espíritu de justicia destilan los lineamientos integrantes del artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas, dentro del capítulo XI contenedor de la Declaración relativa a Territorios no Autónomos. La Carta de las Naciones Unidas brilla intensamente con luz propia que irradia de este dispositivo que recoge la protesta contra la desigualdad y la injusticia del mundo contra más de doscientos millones de seres humanos sumidos en la explotación y en la indignidad infrahumana.

No queremos pensar en que pudo haber intereses de neocolonialismo al plasmar con tan bellos ideales en el artículo 73 de la Carta la descolonización pues los vocablos sintetizan los anhelos de los humanos vilipendiados por el vasallaje. Nos remitimos pues al texto del precepto, cuya detallada exégesis y sugerencias de perfeccionamiento no haremos por no permitirlo la limitada extensión de este estudio. El artículo 73 no era un precepto destinado simplemente al adorno de la Carta de las Naciones Unidas, tampoco podía ser una fórmula con exclusivos visos literarios, por supuesto tampoco podía ser materia de transacción. Las presiones externas a la descolonización, algunas de ellas promovidas por ilegítimos deseos de sustituir a la anterior potencia colonizadora, los legítimos movimientos reivindicadores de los territorios colonizados, la labor coadyuvante de los nuevos países que emergieron del yugo colonizador y la responsabilidad de los funcionarios internacionales le han hecho cobrar vida real al artículo 73 y muchos nuevos países allí encontraron la base de su vida independiente. El Sahara español queda englobado en el artículo 73.

Se les otorga, como debe ser, mayor jerarquía a los intereses de los habitantes de los territorios.

El Capítulo XII de la Carta de las Naciones Unidas regula jurídicamente la Administración Fiduciaria bajo la autoridad de la Organización, respecto de los territorios que se hallaban bajo mandato al expedirse la Carta, respecto de los territorios segregados a los Estados perdidosos en la segunda guerra mundial y respecto de los territorios voluntariamente colocados bajo ese régimen por los Estados responsables de su administración. El régimen de administración fiduciaria es limitante de la soberanía, razón por la cual no se aplica a territorios que hayan adquirido la calidad de miembros de las Naciones Unidas. De este capítulo conviene señalar, entre los objetivos del régimen de administración fiduciaria el de que ha de promoverse el adelanto político, económico, social y educativo de los habitantes de los territorios fideicomitidos, así como su desarrollo progresivo hacia el gobierno propio o la independencia.

El Capítulo XIII se refiere al Consejo de Administración Fiduciaria que será materia de un apartado en este mismo trabajo.

5. *Asamblea General*

La Asamblea General se preocupó del cumplimiento de la obligación de los Miembros de las Naciones Unidas, administradores de territorios no autónomos, en el sentido de transmitir información en los términos del inciso e) del artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas. De esa manera instó el Secretario General para que se le informara sobre el número y calidad de los territorios no autónomos. En esta forma la Asamblea General pudo tomar conocimiento que en 1946, ocho Estados Miembros —Austria, Bélgica, Dinamarca, Estados Unidos de América, Francia, Nueva Zelanda, Países Bajos y Reino Unido— enumeraron 80 territorios bajo su administración. Los Estados Unidos incluyeron la zona del Canal de Panamá lo que originó las correspondientes protestas de Panamá. Esos territorios estaban habitados en esa época por 215 millones de habitantes.[37] España ingresó a las Naciones Unidas en el año de 1955, pero la información sobre los territorios no autónomos administrados por ella la comenzó a transmitir hasta 1961.[38]

De 1946 a 1949, la Asamblea General aprobó resoluciones para definir el alcance, naturaleza y procedimientos de la información a rendirse. Asimismo, estableció la Comisión para la Información sobre Territorios no Autónomos. Con base en los informes de esta Comisión, la Asamblea ha fijado metas y normas en los campos económico, social y educativo para ayudar a los pueblos de los territorios dependientes para la obtención de su autonomía. Entre las medidas específicas acordadas ha recomendado la eliminación del analfabetismo, la educación gratuita y obligatoria, la abolición de la discriminación, el ejercicio de los derechos políticos, la formación profesional de los trabajadores indígenas y proporcionar mayor asistencia técnica.[39]

Entre las resoluciones de mayor trascendencia en la vida de la Asamblea General debe singularizarse la aprobada el 14 de diciembre de 1960 con el número 1514 (XV) con el rubro "Declaración sobre la Concesión de Independencia a los Países y Pueblos Coloniales"[40] porque es una de las más reiteradas en lo general y en lo particular, porque los órganos de las Naciones Unidas no han dudado de su obligatoriedad jurídica y porque muchos países deben a ella su autonomía.

La resolución 1514 (XV), en su motivación parte de los siguientes puntos considerativos, sintéticamente expresados: A) Tiene presente la proclamación en la Carta de los derechos fundamentales del hombre, la dignidad de la

[37] *Idem.*
[38] Véase "ABC de las Naciones Unidas", p. 36.
[39] *Idem*, pp. 37 y 38.
[40] Véase su texto íntegro en Bohran T. Halajzuk y Ma. Teresa del R. Moya Domínguez. Derecho Internacional Público, Ediar, Buenos Aires, 1972.

persona humana, la igualdad de derechos de hombres, mujeres y naciones y la elevación del nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad; B) Toma conciencia del principio de la libre determinación de todos los pueblos, así como del respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos; C) Reconoce el deseo de ser libres que abrigan todos los pueblos dependientes y el papel decisivo de dichos pueblos en el logro de su independencia; D) Expresa el conocimiento de los crecientes conflictos que origina el hecho de negar la libertad de esos pueblos o de impedirla, lo que constituye una amenaza a la paz mundial; E) Considera que es importante el papel que corresponde a la máxima organización mundial favorecer la independencia en los territorios en fideicomiso y no autónomos; F) Alude el deseo de los pueblos del mundo para que se ponga fin al colonialismo en todas sus manifestaciones; G) Juzga contrario el colonialismo a la cooperación económica internacional y al desarrollo de los pueblos dependientes, así como al ideal de paz universal; H) Afirma el derecho de los pueblos a disponer de sus recursos; I) Sostiene que el proceso de liberación es irresistible e irreversible; J) Celebra que en los últimos años muchos territorios dependientes han alcanzado la libertad y la independencia.

Con base en esa motivación, la resolución declara que la subyugación, dominación y explotación extranjeras deniegan los derechos humanos y son contrarias a la Carta de las Naciones Unidas y que compromete la paz y la cooperación mundiales. Rietera el derecho de los pueblos a la libre determinación. Refuta anteriores conceptos en cuanto estipula que la falta de preparación en el orden político, económico, social o educativo no deberá de invocarse como pretexto para retrasar la independencia. Señala la obligación de cesar toda medida represiva y acción armada dirigida contra los pueblos dependientes respetando la integridad de su territorio nacional. Reitera el respeto a la Carta de las Naciones Unidas, a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la propia Declaración contenida en la resolución que se comenta.

Antes de la Declaración, entre 1945 y 1960, treinta territorios no autónomos o fideicomitidos habían obtenido su independencia. Después de la Declaración, de 1960 a 1970, lograron su independencia 29 países más. En 1970 había todavía 45 territorios con 28 millones de habitantes sin lograr su independencia y a la fecha (1975) aún no concluye el movimiento independentista liquidador del colonialismo.[41]

La resolución 1514 (XV) debida a un proyecto asiático y africano fue aprobada por 89 votos, 9 abstenciones y ningún voto en contra.

Se ha debatido en la doctrina jurídica el valor que corresponde a las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Así se ha aseverado que no es la Asamblea General un cuarto legislativo supranacional sino un cuerpo en el que se debaten problemas a nivel mundial. Sobre el particular dice Max Sorensen[42] que las Resoluciones de la Asamblea General que incor-

[41] Véase a Pedro Pablo Camargo, *op. cit.*, tomo III, pp. 85 a 88.
[42] *Op cit.*, p. 188.

poran declaraciones de derechos o de principios no son, por sí mismas, actos creadores de nuevas normas de Derecho Internacional y que ello se debe a que la Asamblea General no tiene poder legislativo. Precisamente cita como ejemplo la resolución que nos ocupa. Pero, agrega, que dichas declaraciones pueden adquirir un valor jurídico que no es de ninguna manera desdeñable. Que en algunos casos equivalen a una interpretación de las reglas o de los principios que la Corte ya contiene y que son, obligatorias para los Estados. En segundo lugar indica que declaraciones de esta clase pueden representar un reconocimiento de principios jurídicos por parte de los Estados miembros que han votado en favor de su adopción, o sin oponerse. Que pueden contribuir a la forma de la norma consuetudinaria o ser prueba de que la costumbre ya se ha formado. Por último establece que tales declaraciones pueden crear mecanismos para controlar la aplicación de los principios que contienen, y de ese modo, pueden acelerar la creación de normas consuetudinarias, como ocurre en el caso del Comité creado para revisar la aplicación de la Declaración que se estudia. Sobre el mismo problema del valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General, Seara Vázquez[43] argumenta que la repetición constante de resoluciones en el mismo sentido prueba la existencia de la costumbre internacional.

Nosotros no abrigamos duda alguna de la obligatoriedad de la resolución 1514 (XV), entre otras, por las siguientes razones: 1) Reitera disposiciones contenidas en la propia Carta de las Naciones Unidas; 2) Existe un consenso internacional sin discrepancia de su obligatoriedad; 3) Nadie ha negado su obligatoriedad ni de los principios que confirma; 4) La Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Secretario General y la Corte Internacional de Justicia, la han invocado frecuentemente considerándola como obligatoria; 5) Los organismos regionales la han reiterado; 6) Se ha confirmado en una gran cantidad de resoluciones de la Asamblea General que no analizamos por no permitirlo la extensión de este trabajo.[44] Igualmente la ha reiterado el Consejo de Seguridad. 7) Es una fuente del Derecho Internacional dentro de la costumbre y dentro de los principios de Derecho.

Respecto del Sahara Español, inicialmente España manifestó que no se consideraba obligada por las disposiciones relativas a los territorios no autónomos de la Carta de las Naciones Unidas por atribuir a los territorios bajo su administración el carácter de provincias de ultramar, con estatuto similar al territorio metropolitano.[45] Sin embargo este criterio lo modificó en 1960 manifestando estar dispuesta a transmitir información y ya sobre el Sahara Occidental ha manifestado su voluntad de descolonizarlo.

[43] Véase Tratado General de la Organización Internacional, Fondo de Cultura Económica, pp. 403 y 404.

[44] Entre las resoluciones generales y especiales confirmatorias de la 1514 (XV) podemos citar ejemplificativamente las siguientes: 3292 (XXIX) 3329 (XXIX), 3118 (XXVIII), 3163 (XXVIII), 3070 (XXVIII), 3109 (XXVIII) 3162 (XXVIII), 2908 (XXVII), 2983 (XXVII), 2787 (XXVI, 2870 (XXVI), 2874 (XXVI), 2795 (XXVI), 2711 (XXV), 2708 (XXV), 2649 (XXV), 2548 (XXIV), 2591 (XXIV), 2428 (XXIII), 2354 (XXII), 2229 (XXI), 2184 (XXI) 2189 (XXI), (XXI), 2160 (XXI), 1541 (XV), 1542 (XV), 742 (VIII), 2072 (XX), 2621 (XXV), 3228 (XXIX).

[45] Véase Tratado de la Organización Internacional, *op. cit.*, p. 394.

Respecto del Sahara Español, aunque hay otras resoluciones de la Asamblea General, estimamos pertinente hacer referencia especial a las resoluciones 3162 (XXVIII) de 14 de diciembre de 1973 y 3292 (XXIX) de 13 de diciembre de 1974. La primera de estas resoluciones, después de reiterar la resolución 1515 (XV) ya analizada y la resolución 2621 (XXV) de 12 de octubre de 1970, que contiene el programa de actividades para la plena aplicación de la Declaración, reafirma resoluciones anteriores sobre el llamado Sahara Español y declara que la continuación de la situación colonial en el territorio compromete la estabilidad y al armonía en la región noroeste de Africa. Expresa la solidaridad de la Asamblea con la población del Sahara bajo administración española. Reafirma al principio de libre determinación y su preocupación de que se aplique en un marco que garantice la expresión libre de su voluntad a los habitantes. Reitera su invitación a la potencia administradora a determinar, en consulta con los gobiernos de Maruecos y Mauritania y cualquier otra parte interesada, los procedimientos para la celebración de un referéndum con el auspicio de las Naciones Unidas para permitir al pueblo autóctono del Sahara que ejerza sin trabas su derecho a la libre determinación. A continuación sienta las bases prácticas para el logro de ese objetivo de descolonización del Sahara Español.

La resolución 3292 (XXIX) de 13 de diciembre de 1974, igualmente reitera la declaración contenida en la resolución 1514 (XV) y recuerda otras resoluciones concretas de la Asamblea General sobre el Sahara Español. Reafirma el derecho de las poblaciones del Sahara Español a la libre determinación. Considera que la persistencia de la situación colonial en el Sahara Occidental compromete la estabilidad y la armonía en la región noroccidental del Africa. Toma nota de que Marruecos y Mauritania han manifestado estar interesados en el futuro del territorio. Indica que se han escuchado las declaraciones del representante de Argelia y las del representante de España. Concluye con la decisión de recabar de la Corte de Justicia Internacional, sin perjuicio de la aplicación de los principios contenidos en la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, que emita una opinión consultiva a la brevedad posible sobre las cuestiones relativas al Sahara Español que en la misma resolución se precisan.

La opinión de la Corte Internacional de Justicia ya se ha producido al igual que una serie de acontecimientos que han puesto en grave peligro el mantenimiento de la paz en la región, a los que se hará referencia en subsecuentes apartados. Por tanto, la Asamblea General en el trigésimo periodo de sesiones que ya se ha iniciado deberá pronunciarse sobre el caso del Sahara Español o Sahara Occidental.

6. *Consejo de Seguridad*

El proceso de descolonización no ha sido fácil para muchos pueblos que han tenido que empuñar las armas para combatir los intereses creados que han atentado contra su libre determinación. Siendo que al Consejo se le ha encomendado la responsabilidad de mantener la paz y la seguridad internacionales ha tenido que intervenir frecuente y delicadamente en la problemática suscitada.

En particular, en ocasiones el proceso de la descolonización ha sido tan dislocador y violento que inclusive han tenido que intervenir las fuerzas militares internacionales dependientes de la Organización de las Naciones Unidas, con objeto de restablecer la paz: Palestina en 1956, en el Congo en 1960, en Chipre en 1964, en Corea en 1951.

En el régimen de la administración fiduciaria, al Consejo de Seguridad, según el artículo 83, le está reservada una importante intervención respecto de la administración fiduciaria de zonas estratégicas.

Ante la imposibilidad de estudiar todas las intervenciones de importancia del Consejo de Seguridad en materia de colonización y siendo que este estudio está orientado en forma especial al análisis del caso del Sahara Español, nos limitaremos a examinar la ingerencia y desempeño del Consejo de Seguridad en estos días (noviembre de 1975).

España solicitó el 18 de octubre de 1975 que el Consejo de Seguridad se reuniera para tratar de impedir la invasión pacífica del Sahara Occidental por 350,000 marroquíes conforme anuncio hecho por el Rey de Marruecos Rassan II y según reiterada información comprobada en ese sentido.[46] El 20 de octubre de 1975 el embajador español ante las Naciones Unidas instó nuevamente al Consejo de Seguridad a que pidiese urgentemente al Rey de Marruecos que suspenda la marcha que "constituye un acto de fuerza para atentar contra la integridad territorial del Sahara Occidental y viola una frontera internacional"... afirmó que "invadir es entrar por la fuerza por más pacíficos que sean los propósitos, constituye la violación de una frontera".[47] El 1º de noviembre de 1975, el encargado español de negocios ante las Naciones Unidas advirtió al Consejo de Seguridad que España usaría su ejército si es necesario para detener la invasión pacífica marroquí. El 2 de noviembre de 1975, el representante español habló ante el Consejo de Seguridad y ratificó la decisión hispana de detener la marcha marroquí sobre el Sahara, "inclusive por la fuerza armada". A su vez, Argelia advirtió que si la comunidad internacional no cumple sus responsabilidades en el Sahara, "Argelia asumirá la suya".[48] La marcha marroquí penetró 9 kilómetros en territorio del Sahara Español y acampó a tres kilómetros de la línea fortificada y minada que los españoles llamaron "línea de disuasión". España informó al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que Marruecos amenazó seguir su marcha en

[46] Véase Diario Excelsior, 19 de octubre de 1975.
[47] Excelsior, 21 de octubre de 1975.
[48] Excelsior, 2 y 3 de noviembre de 1975.

el Sahara, aun a riesgo de grandes bajas, a menos que el gobierno de Madrid acepte iniciar negociaciones para entregarle el territorio. Igualmente informó que el Ministro de Información de Marruecos le dijo: "que no excluye Marruecos la posibilidad de enfrentamiento entre los participantes en la marcha y las tropas españoles. Pero si este enfrentamiento ocurre, será muy difícil que el ejército real (de Marruecos) no intervenga y en ese caso podemos llegar a una situación de beligerancia entre España y Marruecos".[49]

Con el estímulo de las peticiones españolas y ante la información que por otros medios se allegó el Consejo de Seguridad, se produjeron las resoluciones 377, 379 y 380 del Consejo de Seguridad de los días 22 de octubre, 2 de noviembre y 6 de noviembre de 1975, respectivamente.[50]

En la resolución 377, el Consejo de Seguridad reafirma la resolución de la Asamblea General 1514 (XV) y al actuar conforme al artículo 34 de la Carta pide al Secretario General que entable consultas inmediatas con las partes involucradas e interesadas y que informe al Consejo de Seguridad tan pronto como sea posible sobre los resultados de sus consultas, a fin de que el Consejo de Seguridad puede adoptar las medidas apropiadas. Además hace un llamamiento a las partes involucradas e interesadas para que den muestra de caución, moderación, y permitan que la misión del Secretario General se emprenda en condiciones satisfactorias.

En la resolución 379 el Consejo de Seguridad insta a todas las partes involucradas e interesadas a evitar cualquier acción unilateral o de otra índole que pueda intensificar más la tirantez en la región y pide al Secretario General que prosiga e intensifique sus consultas con las partes involucradas e interesadas y que informe al Consejo de Seguridad a la brevedad posible sobre los resultados de esas consultas a fin que el Consejo pueda adoptar cualesquier otra medida apropiada que pueda ser necesaria.

En la resolución 380 el Consejo de Seguridad deplora la realización de la marcha; insta a Marruecos a que retire inmediatamente a todos los participantes en la marcha del territorio del Sahara Occidental; e insta a Marruecos y a todas las demás partes afectas e interesadas a que, sin perjuicio de cualesquier medida que puede adoptar la Asamblea General en virtud de la resolución 3292 (XXIX) y de cualesquier negociaciones que las partes interesadas puedan establecer de conformidad con el artículo 33 de la Carta, cooperen plenamente con el Secretario General en el cumplimiento del mandato que le ha confiado el Consejo de Seguridad en las resoluciones 377 y 379 de 1975.

7. *Secretaría*

La Secretaría de las Naciones Unidas se compone de un Secretario General y del personal que requiera la Organización. El Secretario General es el más

[49] Excelsior, 7 de noviembre de 1975.
[50] Véase documentos oficiales de las Naciones Unidas Números: S/RES/377 1975); S/RES/379 (1975), S/RES/380 (1975).

alto funcionario administrativo de la Organización. La estructura de tan importante órgano apenas está detallada en cinco preceptos de la Carta, los artículo 97 a 101. Como una prueba de la enorme relevancia que tiene el Secretario General de las Naciones Unidas no podemos menos que invocar el discurso pronunciado por el Secretario General, U Thant, en el almuerzo anual ofrecido por el Fondo Conmemorativo de Becas Dag Hammarskjöld, el 16 de septiembre de 1971. Lo significativo de este discurso está en que allí precisa la función del Secretario General después de 10 años de experiencia en el cargo.[51]

En cuanto a descolonización, conviene recordar que conforme al artículo 98 de la Carta, el Secretario General actúa como Secretario en la Asamblea de las Naciones Unidas, en el Consejo de Seguridad y en el Consejo de Administración Fiduciaria y estos órganos han tenido una intensa actividad en la descolonización. Además, en los términos del artículo 99 de la Carta tiene le deber de llamar la atención del Consejo de Seguridad hacia cualquier asunto que pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. En materia de descolonización este tipo de asuntos se han proliferado.

Por otra parte, el artículo 73 inciso e) de la Carta le da el carácter de receptor de la información relativa a los territorios no autónomos.

A su vez, el artículo 33 de la Carta previene medios pacíficos de solución de controversias y aunque no menciona al Secretario General, lo cierto es que se acude con frecuencia a su mediación en los conflictos sobre descolonización.

La descolonización del Congo produjo una lucha por el poder. Hubo de trasladarse a ese lugar de conflicto el Secretario General de las Naciones Unidas, Dag Hammarskjöld, quien pereció al estrellarse el avión en que iba a reunirse con Tshombe, en septiembre de 1961.[52]

Ya en lo particular, haremos referencia al Secretario General en relación con el caso del Sahara Español. Desde el 11 de junio de 1975, el Secretario General,[53] Kurt Waldheim, dijo que la situación en el teritorio del Sahara Occidental contenía un peligro de enfrentamiento, que pudiera afectar no sólo la paz y la seguridad de la región, sino también la paz y la seguridad internacionales. Advirtió que hasta que no se encuentre una solución pacífica, era importante que no se hiciera nada para poner en peligro y prejuiciar la decisión que debe ser tomada por los órganos competentes de las Naciones Unidas. Los acontecimientos posteriores confirmaron las predicciones del Secretario General, lo que es demostrativo del dinamismo de su encargo y de la actualización de su información obtenida dentro y fuera del más importante organismo internacional.

En cuanto a la última problemática de la presunta invasión pacífica del Sahara Occidental que se detuvo frente a la "línea de disuasión", la intervención del Secretario General fue continua y eficaz. De esa manera, el 26 de octubre de 1975, conferenció con el Rey Hassan II de Marruecos para buscar una solución pacífica a la disputa en torno del Sahara Español. En la noche del mismo día partió a la capital de Mauritania e inmediatamente después viajó a Argelia para entrevistarse con el Presidente Bumedian. La última escala del viaje de Waldheim fue Madrid.[54] En Madrid, el Secretario General de las Naciones Unidas, descartó la posibilidad de un arreglo entre España, Marruecos y Mauritania, que excluya a Argelia.

[51] Véase texto íntegro en OPI/499, octubre de 1971.
[52] Véase Historia Universal "Aguilar", volumen VI, *op. cit.*, p. 132.
[53] Véase ONU, "Crónica", julio de 1975.

El Secretario de las Naciones Unidas propuso que se respetara el derecho del pueblo saharuí a decidir su destino. Esto no lo aceptó Marruecos, que reclama para sí el territorio.[55] También propuso Waldheim que las Naciones Unidas reemplacen a España como potencia administradora y se establezca allí un control militar de las fuerzas militares de las Naciones Unidas y se cree una administración provisional compartida.[56] Tal administración –a cargo de Marruecos, Mauritania, España y nativos saharuís se prolongaría entre seis y doce meses después de los cuales se realizaría un referéndum. El día 4 de noviembre de 1975, un enviado especial de la Secretaría de las Naciones Unidas se entrevistó con el Rey Hassan II de Marruecos en el sentido de cancelar la marcha durante 6 meses, tiempo durante el cual administrarían el Sahara Español las Naciones Unidas.[57] El alto funcionario de las Naciones Unidas, Kurt Waldheim reveló el 8 de noviembre de 1975 que el Rey Hassan II, de Marruecos, le informó que la marcha verde podría limitar sus invasiones a la zona en que actualmente se halla verde podría limitar sus invasiones a la zona en que actualmente se halla en el interior del Sahara Occidental, y que el citado Rey le reiteró el carácter simbólico y pacifista de la misma. Por su parte, Madrid replicó que ante ese anuncio sus tropas no intervendrían. También informó que Marruecos se negó a aceptar la propuesta de que las Naciones Unidas administrasen el territorio temporalmente hasta llevar a efecto el plebiscito entre la población sahariana. Igualmente informó que España ofreció poner sus tropas a disposición de las Naciones Unidas para que mantuvieran el orden en una eventual administración temporal del organismo internacional.[58]

8. *Corte Internacional de Justicia*

En el apartado relativo a la Asamblea General hicimos referencia a la resolución 3292 (XXIX) por la que se sometió a la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia el caso del Sahara Español.

[54] Excelsior, 27 de octubre de 1975.
[55] Excelsior, 1o. de noviembre de 1975.
[56] Excelsior, 3 de noviembre de 1975.
[57] Excelsior, 5 de noviembre de 1975.
[58] Excelsior, 9 de noviembre de 1975.

Las cuestiones propuestas en la referida resolución para que la Corte emitiese opinión consultiva fueron las siguientes:

"I.–¿Era el Sahara Occidental (Río de Oro y Sakiet el Hamra) en el momento de su colonización por España un territorio sin dueño? (terra nulius)

"Si la respuesta a la primera pregunta es negativa.

"II.–¿Qué vínculos jurídicos existen entre dicho territorio y el Reino de Marruecos y el complejo mauritano?".

La Corte Internacional de Justicia, de conformidad con el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas está facultada para emitir opiniones consultivas sobre cualquier cuestión jurídica que le sometan la Asamblea General o el Consejo de Seguridad. Asimismo, el artículo 65 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece la misma facultad.

Sobre los efectos jurídicos de las opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia, Max Sorensen[59] asevera que no tienen fuerza obligatoria y que no constituyen cosa jugada paar el órgano que solicitó la opinión consultiva ni para la Corte si la misma cuestión se presentase en un caso contencioso, sin embargo, admite que es posible que esa opinión ejerza gran influencia sobre el fallo de la Corte. La opinión consultiva de la Corte no se proporciona a los Estados, sino que se otorga al órgano que tiene derecho a pedirla.

La Corte Internacional de Justicia emitió su opinión consultiva en relación con el asunto del Sahara Occidental en aplicación de la Declaración sobre la Concesión de Independencia a los países y pueblos coloniales.[60] En los puntos resolutivos se indica: "La Corte decide:

"Que el Sahara Occidental (Río de Oro de Oro y Sakiet El Hamra) en la época de colonización por España no era un Territorio perteneciente a nadie (Terra nullins).

"Que el territorio tenía, con el Reino de Marruecos, los vínculos jurídicos de las características indicadas en el párrafo 162 de esta opinión."

Por su parte, el párrafo 162 de la propia opinión consultiva estipula: "Los materiales e información presentados a la Corte muestran la existencia, en el tiempo de colonización española, de nexos legales de sujeción entre el Sultán de Marruecos y algunas de las tribus que habitaban en el territorio del Sahara Occidental. Ellos principalmente muestran la existencia de derechos incluyendo algunos derechos relativos a la tierra, lo cual constituía nexos jurídicos entre la entidad Mauritana como es entendido por la Corte, y el territorio de Sahara Occidental. Por lo contrario, la Corte concluye que los elementos y la información presentada no establecen una soberanía territorial entre el territorio del Sahara Ocidental y el Reino de Marruecos o la entidad Mauritana. La Corte no tiene fundamento legal de naturaleza alguna que pueda afectar la aplicación de la resolución 1514 (XV) en la descolonización de Sahara Occidental y, en particular, del principio de autodeterminación a través de la libre y genuina expresión de los derechos de los pueblos del territorio."

[59] *Op. cit.*, p. 61.

[60] El texto de la opinión consultiva puede consultarse en el documento oficial A/10300 de las Naciones Unidas de 17 de octubre de 1975.

El Reino de Marruecos se mostró inconforme con el resultado de la opinión consultiva de la Corte, y 130,000 Marroquíes se ofrecieron como voluntarios para emprender una marcha pacífica sobre el Sahara Español. Tal anuncio de la citada marcha produjo de inmediato como consecuencia aprestos bélicos en España, Argelia y Marruecos. Por otra parte, también como consecuencia de la opinión consultiva, el Rey Hassan II de Marruecos convocó a 350,000 voluntarios para hacer una marcha pacífica sobre la Capital del Sahara Español, puntualizando que los voluntarios irán desarmados.[61]

9. *Consejo de Administración Fiduciaria*

Según nos informa el internacionalista Pedro Camargo,[62] al finalizar la segunda guerra mundial, el régimen de mandatos fue reemplaado por el régimen internacional de administración fiduciaria. Este autor se refiere ampliamente a la nueva distribución de teritorios fideicomitidos entre potencias administradoras y apunta que los once territorios entregados en fideicomiso sólo subsisten dos sin haber obtenido su independencia y son Nueva Guinea como parte del territorio de Papua Nueva Guinea e Islas del Pacífico. Respecto de Papua Nueva Guinea la Asamblea General en resolución 3109 (XXVIII) se pronunció en el sentido de que se concediera a dicho territorio la autodeterminación e independencia, misma que ya se produjo en el mes de septiembre de 1975.

Por tanto, puede aseverarse que el Consejo de Administración Fiduciaria, regulado por el capítulo XIII de la Carta de las Naciones Unidas ha cumplido debidamente la misión que le fue asignada en el tópico de la descolonización.

10. *Comité Especial*

Al año siguiente de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General sobre Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, la propia Asamblea dictó la resolución 1654 (XVI), por la que creó un Comité Especial de 17 miembros para que examinara la situación con respecto a la aplicación de la declaración. El mencionado Comité, en 1962, tomó la decisión de analizar la situación en cada territorio y utilizar todas las fuentes de información disponibles incluyendo audiencias a peticionarios. Le dio prioridad al examen de los territorios de mayor extensión en el continente africano. El trabajo del Comité fue sometido a la Asamblea General,

[61] Excelsior, 18 de octubre de 1975.

[62] *Op. cit.*, tomo III, pp. 77 y78.

la que a su vez aprobó recomendaciones a los miembros administradores para que aplicaran la Declaración.[43]

En el año de 1963, la Asamblea General decidió prorrogar el funcionamiento del Comité Especial y amplió su composición a 24 miembros. El Comité se avocó con preferencia a estudiar las situaciones creadas en territorios que pudieran afectar la paz y la seguridad internacionales. A fines de ese año de 1963, el Comité Especial, además de haber examinado la situación en territorios ya estudiados, consideró otros territorios y recomendó medidas tendientes para acelerar la independencia. El Comité Especial hizo singular referencia con vista al Consejo de Seguridad de los problemas más álgidos en la materia de la descolonización como son los casos de Africa Sudoccidental, hoy Namibia, Rhodesia del Sur y los territorios portugueses.

El motivo fundamental tomado en consideración para la creación del Comité Especial fue la preocupación de la Asamblea General en el sentido de que mayores demoras en la descolonización, darían lugar a que emergieran situaciones crecientemente peligrosas en divrsas partes del mundo con amenaza para la paz y la seguridad internacionales.

Con referencia particular al Sahara Español, el Comité Especial rindió enjundioso informe a la Asamblea General.[64] En el citado informe se indica que el Comité Especial dedicó sus sesiones números 912, 928 y 930, celebradas entre el 14 de mayo y el 2 de agosto de 1973, a examinar el problema del Sahara Español. Sobre el particular resolvió el Comité aplazar el examen de la cuestión del Sahara Español hasta que terminen las consultas entre los Estados miembros directamente interesados y transmitir a la Asamblea el anexo en el que se contiene el resultado de la información recabada por el Comité sobre el Sahara Occidental. En el informe del Comité Especial aparecen datos actualizados sobre aspectos geográficos y económicos que ya se tomaron sn consideración en el apartado relativo a antecedentes geográficos y económicos. Asimismo, se hace detallada alusión a las diversas modificaciones constitucionales españolas para administrar el territorio en forma similar a las demás provincias españolas.

En el informe sobre el Sahara Español del Comité Especial se hace referencia a la organización de una Asamblea General Territorial, llamada la YEMA'A, creada por Decreto de 11 de mayo de 1967, que se compone de jefes de tribu y de 40 representantes elegidos por las unidades tribales o nomádicas del territorio. El Comité Especial también ha informado acerca de la reunión habida en la Capital de Marruecos, en 1972, entre este país y Mauritania para continuar esfuerzos para una más rápida descolonización. Asimismo, aludió a la reunión de Argelia, Marruecos y Mauritania, en 1973 que concluyó con una denuncia de maniobras dilatorias de España.

[63] Véase 'ABC de las Naciones Unidas", pp. 37 y 38. Véase "Documentos Básicos". "Comité Especial de los 24 sobre Descolonización". OPI/540, mayo de 1975. Véase a Pedro Pablo Camargo, *op. cia.*, p. 85, tomo III.

[64] Suplemento Nº 23 (A/90232/Rev. 1), vol. IV.

11. *Organismos regionales. Organización de los Estados Americanos. Organización de la Unidad Africana*

El artículo 52 de la Carta de las Naciones Unidas previene la posibilidad de acuerdos u organismos regionales en asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales sin más limitación que haya compatibilidad con los propósitos y principios de las Nacioens Unidas.

La Carta de la Organización de Estados Americanos, en los artículos del 9º al 22, al establecer los derechos fundamentales de los Estados reitera el principio de autodeterminación que es básico en la descolonización pero, su labor en ese terreno ha sido indudablemente mucho menos vigorosa que la realizada por la Organización de la Unidad Africana.

La Carta de Addis Abeba, de 25 de mayo de 1963, constitutiva de la Organización de la Unidad Africana, en el preámbulo establece la resolución de los Estados signatarios de defender y consolidar la "independencia duramente obtenida, la soberanía y la integridad de nuestros países" y de combatir "el neocolonialismo bajo todas sus formas". Entre los objetivos de esa organización, en el artículo 2, inciso d) se establece la eliminación de todas las formas de colonialismo en Africa. Entre los principios que se asignan a la Organización, en el punto 6 se establece la dedicación sin reservas a la causa de la emancipación total de todos los territorios africanos que todavía no son independientes.[65]

En el caso del Sahara Español, la Organización de la Unidad Africana no ha permanecido indiferente y el día 28 de octubre de 1975 llegó a Madrid el Delegado personal del Presidente Idi Amin con la misión de explicar la posición del citado organismo sobre el problema saharaí, en el sentido de que las resoluciones de las Naciones Unidas constituyen la base más adecuada para una solución justa y equitativa del problema.[66] En mayo de 1973, sobre el problema del Sahara Español la Organización de la Unidad Africana adoptó una resolución hacia la autodeterminación de este territorio y denunció las maniobras dilatorias españolas.

12. *Organismos internacionales especializados*

La Asamblea General de las Naciones Unidas, dentro de la materia de la descolonización, aprobó la resolución 2704 (XXV), en la que reafirma el reconocimiento por las Naciones Unidas de la legitimidad de la lucha de los pueblos coloniales por alcanzar la libertad y la independencia. En la misma resolución estima que todas las organizaciones de las Naciones Unidas deben otorgar toda la asistencia necesaria moral y material a los movimientos de

[65] Véase a Monique Lions, *op. cit.*, p. 181. Véase a Modesto Seara V. Tratado de la Organización Internacional, *op. cit.*, p. 678. Véase a Pedro Pablo Camargo, *op cit.*, tomo III, pp. 296 y 297.

[66] Véase Excelsior, 29 de octubre de 1975.

liberación nacional de los territorios no autónomos, en especial en las zonas liberadas de los mismos. En la misma resolución insta al Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y al Fondo Monetario Internacional para que tomen las medidas necesarias para retirar la ayuda financiera, económica, técnica y de otra índole a Portugal y Sudáfrica, hasta que renuncien a su política de discriminación racial y de dominación colonial.

La Organización Mundial de la Salud, reformó su Constitución respecto a Sudáfrica. La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, tomó la decisión de programar asistencia los movimientos de liberación nacional y a los pueblos de las zonas liberadas. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados tomó la determinación de proporcionar mayor asistencia a los refugiados de los territorios. En tratándose de los territorios sujetos a administración fiduciaria, debe proporcionar ayuda el Consejo Económico y Social.

13. *El manteniimento de la paz y la seguridad internacionales*

El traslado a la descolonización está sembrado de obstáculos. Francia fue bastante anuente a la liberación de los pueblos bajo su dominio y, a pesar de ello, se vio forzada con la violencia a permitir la autodeterminación de Indochina y de Argelia. El problema argelino llegó al extremo de amenazar la seguridad dentro del propio territorio metropolitano. Inglaterra también se mostró sin aparentes resistencias a la descolonización y tuvo graves problemas respecto de sus posesiones coloniales en Malasia. Holanda confrontó graves complicaciones en Indonesia y en el Congo. Los propios Estados Unidos se enfrentaron a muy serias situaciones bélicas en Corea y Vietnam. Portugal fue de los países que más se resistieron a la tendencia universal de liberación de los pueblos y su población de nueve millones de habitantes hubo de sufrir el desgaste del mantenimiento de una situación colonial ya no acorde con las exigencias del presente siglo. España, en un principio, adoptó una postura de esquivamiento al movimiento descolonizador pero, después de la resolución 1514 (XV) ha enmendado su política y está convencida de que debe descolonizar el Sahara Occidental. No obstante esta actitud de acatamiento, hubo de desplegar elementos castrenses para frenar las tentativas marroquíes y se vio España muy próxima a una conflagración bélica de consecuencais insospechadas.

Las reflexiones que preceden son significativas para dejar perfectamente bien sentado que la intervención de las Naciones Unidas en cuanto a colonización tiene también como fundamento la necesidad de mantener la paz y la seguridad internacionales que constituye el primer propósito que asigna la Carta al máximo organismo internacional.

14. *La negociación directa*

El artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas finca a los Estados Miembros que sean partes en una controversia que pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, el deber de tratar de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación. En el caso del Sahara Español, se puso puso en peligro la paz y la seguridad internacionales. Por ello, el Consejo de Seguridad, en su resolución 380 recordó a las partes el artículo 33 de la Carta en cuanto a negociaciones que pudiesen entablar. La prensa informó[67] que España, Marruecos y Mauritania llegaron a un arreglo que en síntesis comprende seis puntos, a saber: 1) España reafirma su recisión de retirarse del Sahara Occidental. 2) España procederá de inmediato a establecer una administración interina. 3. Será respetada la opinión de la población sahariana expresada por la Asamblea Indígena Local (Y.E.M.A.'A.) 4) España, Marruecos y Mauritania prometen mantener al Secretario General de las Naciones Unidas informado de sus acciones. 5) Los tres países declaran haber llegado a un acuerdo "en el mejor espíritu de entendimiento y fraternidad y con absoluto respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas". 6. El acuerdo entrará en vigor el mismo día de la publicación de la Ley de Descolonización del Sahara en el Boletín oficial español. Argelia condenó el acuerdo antes deferido y expresó que niega el derecho de autodeterminación del pueblo sahariano. Por tanto, la negociación no ha solucionado el problema y la Organización de las Naciones Unidas tendrá que tomar una próxima determinación, a nivel de Asamblea General, en el Trigésimo período de sesiones.

15. *El neocolonialismo*

La trayectoria histórica se proyecta al finiquito del colonialismo pero, parece ser que las potencias a nivel mundial conservarán fórmulas de dominación política y económica. A esto se le denomina el neocolonialismo. A los débiles se les quiere mantener como proveedores de materias primas, como mercados de productos manufacturados, como cómplices de tendencias diplomáticas, como destinatarios de inversiones extranjeras. Por tanto, la ímproba tarea descolonizadora en la que tan valioso empeño ha puesto la Organización de las Naciones Unidas no ha terminado y ya se dan los primeros pasos para combatir el nuevo colonialismo.

[67] Véase Excelsior, 22 de noviembre de 1975.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

EL REFRENDO

ELISUR ARTEAGA NAVA

El refrendo surgió en el derecho constitucional moderno como una institución por virtud de la cual los actos por escrito de un jefe de estado: rey, emperador o presidente de la república, política y jurídicamente irresponsable, requieren ser refrendados, por uno o varios ministros, para ser válidos; por virtud de esta intervención se hace recaer la responsabilidad sobre parlamentarios que son miembros del gabinete.[1] Con esa característica fue adoptado tanto en la constitución de Cádiz,[2] como en el reglamento provisional político del imperio mexicano de 1822,[3] documentos con los que se inició la vida constitucional del país.

No obstante que en la constitución de 1824 se adoptó un sistema presidencialista, lo relativo al refrendo, institución netamente parlamentaria, pasó al derecho positivo mexicano[4] y ha continuado hasta la fecha, como un acto

[1] Véase G. Balladore Pallieri, *Diritto Constituzionale*, Milano, 1976, "...poichè originariamente i ministri servirono a coprirse con la loro responsabilità la irresponsabilità del capo dello Stato, era logico che alla irresponsabilità amplissima e talora totale del capo dello Stato corrispondesse la responsabilità altrettanto piena di quel suo collaboratore che è il ministro. Questa situazione originaria ha continuato a spiegare i suoi effetti sino ai giorni nostri", p. 325. Ver también en el mismo sentido a Paolo Biscaretti, *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, S. A., pp. 466 a 468. Henri Capitant, en su *Vocabulario Jurídico* (Ediciones Depalma, 1973), define el término *Refrendata* (Contreseing) como: "Firma puesta por una autoridad junto a la de otra superior o simplemente distinta, para autentificar la firma principal o señalar la colaboración de las autoridades firmantes. Una importante aplicación de la refrendata se hace en el régimen parlamentario: todos los actos escritos del jefe del Estado, políticamente irresponsable, son refrendados por uno o varios ministros, quienes señalan así su colaboración en esos actos y comprometen con ello su responsabilidad política ante las Cámaras." P. 470. Ver también Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, p. 431.

[2] Art. 168: "La persona del Rey es sagrada e inviolable, y no está sujeta a responsabilidad." Artículo 225: "Todas las órdenes del Rey deberán ir firmadas por el secretario del Despacho del armo a que el asunto corresponda.

Ningún tribunal ni persona pública dará cumplimiento a la orden que carezca de este requisito."

[3] Artículo 29: "El poder ejecutivo reside exclusivamente en el Emperador, como jefe supremo del Estado. Su persona es sagrada e inviolable, y sólo sus ministros son responsables de los actos de su gobierno, que autorizarán necesaria y respectivamente, para que tengan efecto."

[4] Constitución de 1824, artículo 118: "Todos los reglamentos, decretos y órdenes del Presidente, deberán ir firmados por el secretario de despacho del ramo a que el asunto corresponda, según reglamento; y sin este requisito no serán obedecidos." En este mismo documento legislativo se estableció por primera vez la relativa irresponsabilidad del presidente de la república, ver artículo 108, en relación con el artículo 38.

que, aunque secundario, que sigue a un principal: orden decreto, reglamento o acuerdo del presidente de la república, tiene la característica de ser elemento del cual depende el que estos sean o no obedecidos.[5]

El artículo 92 de la constitución actualmente en vigor debe ser interpretado y aplicado con vista a los antecedentes históricos, los principios que rigen el sistema presidencialista y el contexto legislativo:

I. Por virtud de lo dispuesto por el último párrafo del artículo 108 constitucional, el presidente de la república goza de una relativa irresponsabilidad; ello dio lugar a que se procurara la existencia de altos funcionarios que fueran totalmente responsables: los secretarios de estado, ahora también los jefes de departamento, mediante el refrendo.[6]

II. En derecho constitucional, por virtud de la división de poderes, existe el principio de que todo cuerpo creado por la constitución es completo en sí mismo y está facultado para velar por su propia conservación.[7] Si bien es cierto que, salvo texto en contrario, lo que un poder resuelva en uso de facultades propias, es válido en sí mismo, sin que requiera del concurso de uno o más poderes (la coparticipación se requiere, por ejemplo, en los casos previstos en los artículos 76 fracción I, 89 fracciones IV y X, 135).

Por lo que toca a leyes y decretos aprobados por el congreso de la unión, una vez que ha pasado el término para que el presidente de la república pueda ejercitar su derecho al veto, o habiéndolo ejercitado, éste haya sido superado por una mayoría especial en ambas cámaras, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 72, inciso C, son formalmente leyes o decretos.

III. La constitución y leyes secundarias procuran que cada quien sea responsable de los actos que formal y materialmente realiza; los diputados y senadores por los actos que realizan en cumplimiento de sus mandatos; los secretarios y jefes de departamento en el desempeño de sus encargos, etc.[8] Un funcionario jurídicamente no puede ser responsable de los actos realizados por otros, si legalmente está obligado a ejecutarlos y no existe forma o procedimiento por virtud del cual los pueda modificar; lo mismo sucede entre poderes; en algunos casos, como el relativo al veto, si el congreso de la unión ha expedido una ley que el presidente de la república estima contraria a la constitución, una vez superado el veto, el presidente no tiene más alternativa jurídica que ejecutar el acto que ha estimado violatorio.[8]

IV. La institución del refrendo debe ser interpretada y aplicada en función de permitir el correcto y adecuado funcionamiento de los poderes creados por la constitución, respetando la división que debe existir entre ellos, tomando en cuenta la responsabilidad formal de cada funcionario.

V. El refrendo más existe para obligar a un alto funcionario que goza de una relativa irresponsabilidad, como es el presidente de la república, a asesorarse de especialistas en la materia, que a supeditar a la opinión de éstos los actos del congreso de la unión. Es decir, más se procura buscar responsables en funciones propias, que desvirtuar los actos del legislativo o del constituyente permanente.

VI. Es incuestionable que el presidente de la república puede dar y expedir reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes, los que jurídicamente son obligatorios sin el concurso del congreso de la unión.

VII. Cuando en un cuerpo jurídico armónico, equilibrado y completo existe incrustada una institución jurídica ajena, ésta debe ser aplicada de tal manera que no lesione ni rompa la estructura general por la que se ha inclinado el legislador originario. El refrendo, por ser una institución parlamentarista ajena al sistema presidencialista, con división de poderes, como es el mexicano, debe ser aplicado, y la norma constitucional que lo contiene interpretada, más con vista a hacer efectivo el sistema global adoptado, que a hacerlo nugatorio; por lo mismo no es lícito supeditar la validez de los actos del congreso a la voluntad de funcionarios dependientes del presidente. La institución extraña debe ser interpretada en forma circunscrita, restringida y limitada, de tal manera que en lugar de debilitar el sistema general por el que se ha inclinado el constituyente, lo fortifique y confirme.[10]

VIII. Dados los antecedentes históricos y las circunstancias de que de hecho, por una práctica largamente sostenida, cuando un reglamento, decreto, etc., llega al presidente de la república para su firma, ya ha sido firmado por los

[5] Ver Hans Kelsen, Teoría General del Estado, Editora Nacional, pp. 366 y 431.

La suprema corte de justicia ha resuelto al respecto: REFRENDO. DEBE CORRER LA MISMA SUERTE QUE LOS ACTOS DEL PROCESO LEGISLATIVO.

Si la ley impugnada se declara inconstitucional, todos los actos del proceso legislativo, entre ellos el refrendo, debe correr la misma suerte, o sea que si el Juez considera inconstitucional la ley y concede amparo contra la expedición, promulgación y aplicación de la ley, no tiene por qué hacer consideraciones especiales respecto al refrendo, y si éste no fue reclamado por vicio propio, el refrendo debe correr la misma suerte que los otros actos del proceso legislativo, sin que ello cause perjuicio a la autoridad.

Séptima Epoca, Primera Parte: Vol. 52, p. 60.—A. R. 1519/54.—Isaías Torres y Coag.—Mayoría de 16 votos.

[6] Reforma publicada en el Diario Oficial Correspondiente al 21 de abril de 1981.

[7] El principio general fue enunciado por Hamilton en *El Federalista*: "...todo gobierno debe contener en sí mismo los medios de su propia conservación". Fondo de Cultura Económica, México, p. 151; la misma idea es reiterada en la página siguiente: "...cada gobierno debe depender de sí mismo para su propia conservación, en cuanto esto sea posible".

[8] Artículo 108 constitucional.

[9] Artículo 72 inciso C).

[10] A decir de Edward S. Corwin, *La Constitución Norteamericana y su Actual Significado*, Buenos Aires, 1942, "Los 'principales funcionarios' 'de las dependencias ejecutivas' han formado, desde los tiempos de Washington, el Gabinete Presidencial, cuerpo absolutamente desconocido por la Constitución." En el mismo sentido Manuel García-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1967: "El Gabinete es desconocido por el texto constitucional.

...En esencia, se trata de un cuerpo ejecutante de las directivas y órdenes del Presidente, al que normal y regularmente le pide consejo, pero sin que esté obligado a seguirlo y sin que sea no ya la única, sino ni siquiera la principal fuente de asesoramiento político del presidente." P. 397.

secretarios del ramo, es obvio que con el refrendo no se buscan fedatarios o funcionarios que certifiquen la existencia de un acto; se procuran responsables.

Con vistas a lo anterior es válido concluir que los alcances, limitaciones y formas de aplicarse del refrendo en el sistema constitucional mexicano son los siguientes:

1) Está circunscrito a los actos realizados por el presidente de la república, en uso de facultades propias y exclusivas; no comprende los actos de los otros poderes.

2) La sanción de no obediencia que la falta de refrendo trae aparejada, afecta únicamente a los actos del ejecutivo, mas no a los actos realizados por los otros poderes. No está en lo correcto la jurisprudencia de la corte cuando exige el refrendo de los secretarios de estado, cuyos ramos sean afectados por una ley de congreso, para que sea válida.[11] El considerarlo así, es supeditar los actos de un poder, como lo es el legislativo, a la voluntad de un secretario de estado, que al fin de cuentas jurídicamente es sólo un dependiente del presidente de la república.

3) Una ley o decreto del congreso, al ser aprobados regularmente, sólo pueden ser modificados, derogados o interpretados por el propio congreso;[12] del presidente no requieren más que de su promulgación. Cuando el presidente de la república promulga se limita a ordenar su publicación y mandar se observe, ello lo hace mediante un decreto, este decreto sólo debe ser refrendado por el secretario de gobernación,[13] mas no por los secretarios de estado cuyas materias se traten en la ley o decreto del congreso.

Si el refrendo busca hacer responsable a quien lo verifica, malamente pudiera pensarse que existe responsabilidad en un secretario que refrenda un decreto por virtud del cual se ordena publicar y hacer cumplir un acto del congreso, respecto del cual el propio secretario, aun el presidente de la república, no hubieran estado de acuerdo e, incluso, éste hubiera vetado. Es obvio que el refrendo y la responsabilidad que de él deriva existe en función de órdenes del ejecutivo, no respecto de los actos realizados por otros poderes,

11 REFRENDO DE LOS DECRETOS DEL EJECUTIVO POR LOS SECRETARIOS DE ESTADO RESPECTIVOS.

El refrendo del decreto promulgatorio de una ley por parte de los secretarios de estado cuyos ramos sean afectados por la misma, es indispensable para la validez de éste de acuerdo con el artículo 92 de la constitución Federal; pero esta tesis no debe ser llevada hasta el extremo de exigir el refrendo de un decreto por parte de un secretario de estado, cuando en el mismo se toque, sólo de manera accidental o accesoria, alguna materia.

Sexta Epoca, Primera Parte:

Vol. XI, pág. 34.—A. R. 4320/50.—Enrique Palazuelos B.—Unanimidad de 17 votos.
Vol. XI, pág. 34.—A. R. 9039/51.—Diego Alonso Hinojosa.—Unanimidad de 17 votos.
Vol. XI, pág. 34.—A. R. 1860/51.—Diego Alonso Hinojosa.—Unanimidad de 17 votos.
Vol. XI, pág. 34.—A. R. 4509/51.—Diego Alonso Hinojosa.—Unanimidad de 17 votos.
Vol. CVIII, pág. 53.—A. R. 9121/50.—Alberto P. Rojas Jr.—Unanimidad de 17 votos.

12 Artículo 72 inciso F.

13 Artículo 27 fraciones II y III de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

así lo determina el artículo 93 de la constitución cuando habla de reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del presidente.

Confirma el punto de vista anterior el último párrafo del artículo 70 que establece la posibilidad de que se emitan leyes que no requieran promulgación del presidente y el artículo 135, por lo que hace a la actuación del constituyente permanente, por cuanto a que una reforma a la constitución no requiere de refrendo ni puede ser vetada.

4) Lógicamente si lo que se procura con el refrendo es fincar responsabilidad sobre los secretarios y jefes de departamento, el que éstos tengan que refrendar o no los actos del ejecutivo para que los reglamentos o decretos san obedecidos, se determinará en el grado que tenga relación con tal o cual dependencia, mas no es necesario el refrendo cuando se haga aluciones aisladas y parciales a una materia relacionada con una secretaría; en este respecto el criterio jurisprudencial de la corte citado anteriormente está en lo correcto. El que haya sido necesario o no un refrendo respecto a un reglamento u orden del presidente de la república, en última instancia quedará, en cada caso, a criterio de los tribunales federales el determinarlo.

Es cierto que en algunos casos de falta de refrendo, o en los casos de incertidumbre de su procedencia, ha dado lugar en la práctica a dificultades y dilaciones; no obstante ello, al fin de cuentas, es un mal necesario si se quiere que existan instituciones que finquen responsabilidad a altos funcionarios.

5) Con vista a los principios invocados y el contexto constitucional, es de dudarse que el refrendo sea necesario en los casos en que la constitución requiere el concurso de dos voluntades para configurar un acto jurídico: celebración y aprobación de un tratado, designación y ratificación de nombramientos, suspensión de garantía individuales. Si se lleva hasta sus últimas consecuencias el principio de que por ser el refrendo una institución extraña al sistema de presidencialista, debe dársele una interpretación restrictiva, la necesidad de la intervención del secretario o jefe de departamento sólo será necesaria en los casos de facultades propia y exclusiva del presidente, más no en los que concurre con otro poder.

6) Por otra parte, la fórmula utilizada por el constituyente, de enunciar casuísticamente los casos en que procede el refrendo, y no haber optado por una fórmula general y abstracta en la que quedaran comprendidos todos los actos del presidente de la república, hace suponer, fundadamente, que todo lo que no sea orden, decreto, acuerdo o reglamento del presidente, no es refrenable, así, no lo requerirán, por ejemplo, las iniciativas de ley que presente ante el congreso de la unión, la terna que debe presentar al senado en los términos del artículo 76 fracción V, el punto de vista que debe emitir en los términos previstos en el inciso 4º, de la fracción III del artículo 73, el informe que debe rendir ante el congreso de la unión en los términos del artículo 69, la protesta y renuncia al cargo previstas en los artículos 86 y 87, todos estos casos no pueden ubicarse dentro de los supuestos previstos en el artículo 92.[14]

14 El principio es válido aun en los casos previstos en la fracción IV del artículo 74 consti-

7) El principio general que de la enumeración del artículo 92 se desprende es que procede el refrendo en los casos en que el presidente usa su imperio; no comprende los casos de cortesía entre poderes, de interrelaciones con las autoridades de los estados.

8) El refrendo alcanza sus plenos efectos cuando se trata de actos realizados por el presidente de la república en uso de facultades que sólo a él le competen; cuando ejercita su imperio y autoridad la falta de refrendo trae aparejada la sanción de no obediencia del acto.

9) Por lo que hace a la no obediencia del acto no refrendado cabe hacer algunas consideraciones: el principio comprende a particulares y a miembros de la administración pública; si un particular obedece el acto no refrendado, no obstante existir el principio de que lo actuado en contra de ley prohibitiva es nulo, es válido, pues tácitamente se consintió.

Por lo que hace a los funcionarios y empleados que se dan cuenta de que no existe el refrendo respecto de un reglamento, están sujetos a su obediencia, no tanto por el reglamento o decreto en sí mismo, sino en aplicación del principio de relación jerárquica que existe entre los empleados y sus jefes inmediatos.

10) La legislación que dicta el presidente de la república en uso de facultades extraordinarias, existiendo suspensión de garantías, en los casos previstos en el artículo 29, se ha considerado requiere del refrendo del secretario respectivo y tal sentido se ha actuado; no obstante lo anterior, existen elementos que hacen suponer que el refrendo es innecesario y que éste tiene una aplicación restringida a los actos enumerados en el artículo 92, mas no a los que no se comprenden en él.

Si bien es cierto que cuando el presidente de la república legisla en uso

tucional, por lo que se refiere a los proyectos de ley de ingreso y presupuesto; también por lo que hace a la cuenta pública, en los que es necesario que concurra el secretario del despacho competente, según el caso, ante la cámara de diputados o comisión prmanente, a dar cuenta e informar de las razones que lo motiven. Técnicamente una iniciativa no puede quedar comprendida en los supuestos previstos en el artículo 92, pues no son ni reglamentos, acuerdos, órdenes ni decretos; no obstante ello, pero no por virtud de lo dispuesto en este último artículo, el secretario correspondiente, al elaborar para el presidente de la república los proyectos de ley de ingreso y presupuesto, cuenta anual, adquiere una amplia responsabilidad técnica y política, pero está derivada del principio general de que todo funcionario es responsable de los actos que realiza en el desempeño de su encargo. El artículo 92 establece una responsabilidad adicional y específica a la responsabilidad general y abstracta prevista en el artículo 110.

Los informes a que se refiere el artículo 93 de la constitución que deben proporcionar al congreso los altos y medianos funcionarios, agregan otro tipo específico de responsabilidad, mas no existe con el propósito de ampliar los supuestos del artículo 92. Cabe decir que las reformas que se hicieron en 1974 y 1977 al artículo 93 más obedecieron a ignorancia y deseo de perpetuarse a través de tocar la constitución, que por satisfacer una verdadera necesidad legislativa; en México y en los países con división de poderes, es incuestionable que el congreso, en cumplimiento de su función legislativa, goza del derecho de información, puede requerir de particularidades y funcionarios públicos cuanta información le sea necesaria y no esté prohibida proporcionar; no era necesario modificar el texto constitucional; hubiera sido suficiente con conocer derecho y actuar.

de facultades extraordinarias lo hace él en forma exclusiva y sustituyendo temporalmente al congreso, podría suponer que se impone, con mayor fuerza, el principio de que es necesario hacer recaer la responsabilidad de la actividad legislativa, en funcionarios legalmente responsables: los secretarios. Legislar es una grave responsabilidad, por ello tal función se confía, en épocas normales, a un organismo colegiado. En casos excepcionales esta función se confía al presidente de la república, por lo mismo cabría suponer que debe buscar auxiliares que lo asesoren y respondan de su asesoramiento.

Pero, a despecho de tal razonamiento, es incuestionable que el artículo 29 constitucional es una disposición que confirma y ratifica el sistema presidencialista y de división de poderes, por cuanto a que, recurriendo a procedimientos extraordinarios se procura salvar las instituciones ordinarias. En los casos de otorgamiento de facultades extraordinarias la presidencia alcanza su máxima altura; para salvar a la nación la constitución renuncia temporalmente la división de poderes y se confía a la voluntad de una sola persona. En aras de hacer frente a un peligro inminente, la constitución sacrifica fórmulas de control de responsabilidad y se entrega al criterio de un solo funcionario, lo inviste de supremas facultades, todo con una finalidad: que salve a la nación. La ley no quiere saber de responsabilidades, allana los obstáculos, se atiene al alto sentido cívico de la persona que en determinado momento ocupa la presidencia. En circunstancias excepcionales el exigir de un acto presidencial el refrendo es ridículo y peligroso. La dictadura constitucional nació en Roma como una figura soberana y sin limitaciones;[15] subsiste en el sistema constitucional mexicano con muchos de sus atributos originales.

Gran parte de los inconvenientes que hasta la fecha se han visto que ocasiona el refrendo, se pudiera eliminar mediante su reglamentación técnica y precisa en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; el legislador ordinario está para llevar al detalle y regular todo lo relativo al refrendo: cuando debe hacerse, quienes lo deben hacer, precisar la responsabilidad que recae sobre los que refrendan; no sólo la responsabilidad penal, técnica y política, habría que considerar la posibilidad de agregar una responsabilidad de tipo civil. En una palabra, es preciso circunscribir el campo de aplicación del refrendo.

[15] Ver: T. Mommsen. Historia de Roma. N. Maquiavelo: El Príncipe, cap. XIX y Discursos, Libro I, Cap. XXXIV.

EL AGENTE DE SEGUROS

LIC. SALVADOR AZANZA

Conferencia sustentada en la Escuela Libre de Derecho. Seminario Sobre Actualización en Materia de Seguros. 1981.

Es para mí muy satisfactorio participar en este Seminario Sobre Actualización en Materia de Seguros, por lo que agradezco a la Escuela Libre de Derecho y a los organizadores del evento, la invitación que se sirvieron hacerme para cambiar impresiones con ustedes sobre la problemática de la producción de seguros y la función del agente vendedor.

Aun cuando la exposición de esta noche se refiere a un solo tema, opté por dividirlo en dos partes principales: por ello iniciaré mi plática con una breve reseña de la función del agente de seguros, para proseguir con un análisis de sus aspectos jurídicos desde el punto de vista mercantil. En la segunda parte veremos el tema a la luz del derecho laboral, para finalmente formular algunos comentarios sobre la situación del negocio del seguro en México y proponer a ustedes las conclusiones del trabajo.

I. *Función del agente*

Uno de los temas más debatidos y de mayor importancia dentro del sector asegurador, es el asunto relacionado con el estatuto jurídico del agente de seguros y los efectos de las relaciones con la empresa aseguradora, y es un hecho que los agentes de seguros han participado de una manera notable en el gran incremento que en los últimos ochenta años, se ha producido en la actividad aseguradora en todos los países; afirmación que se encuentra respaldada por la opinión de los distintos autores que se han ocupado del tema.

Siendo el seguro un servicio, no es evidente por sí mismo, como puede serlo un mueble o cualquier aparato doméstico, sino que debe ser explicado por medio de un profesionista del seguro, dedicado a su producción, es decir, de un agente de seguros. Y además como es un servicio a la medida del cliente, sólo los conocimientos técnicos del agente, pueden seleccionar exactamente la modalidad y condiciones del seguro que mejor servicio puede prestar a las necesidades individuales del que ya se va a asegurar.

La importancia de la función productora en el seguro, es extraordinaria, puede afirmarse que se asemeja a dos de las más importantes funciones de cualquier otra clase de industria: la transformación de materias primas y su comercialización. En cualquier industria puede verse que existen cuatro etapas principales dentro del proceso de operación del negocio: en primer término las materias primas, seguido de la transformación de dichas materias primas en productos terminados, por medio de máquinas y mano de obra, en tercer lugar la venta de esos productos en el mercado, y por último la organización que coordina y dirige los tres anteriores elementos. En la industria del seguro, las materias primas son los riesgos potencialmente asegurables y la producción de contratos es, a la vez: 1) Transformación de materias primas, en cuanto que transforma el seguro potencial en seguro efectivo que satisface las necesidades humanas de estabilidad y elimina el riesgo económico y por otro lado, 2) comercialización, en cuanto que sea transformación coexiste con el pago por el cliente del precio del servicio o sea, de la prima.

Este doble efecto de la producción de seguros, hace que su importancia aumente, por ello, todo funcionario deficiente de la función productora, se traduce en un perjuicio del seguro.

Las compañías de seguros se esfuerzan en ampliar sus redes de gentes y también cuidar que las mismas se distribuyan por todo el territorio nacional e, incluso, por el extranjero, ya que de esta manera se logra el principal requisito del seguro, la compensación de riesgos, lo que supone que las primas en su conjunto, deben alcanzar un equilibrio con los siniestros, evitando que las masas de riesgos se acumulen y procurando que los mismos se encuentren dispersos en el espacio.

El maestro don Joaquín Garrigues señala en su tratado sobre el contrato de seguro de transporte terrestre que: "Si en toda empresa mercantil es necesaria la colaboración de los auxiliares dependientes o independientes del empresario, que pongan en relación a éste con el público consumidor, esta colaboración se hace más necesaria a la industria aseguradora, técnicamente fundada sobre la necesidad de la conclusión de un gran número de contratos de seguro y termina diciendo, a fin de compensar los riesgos de todos ellos."

Además de las anteriores, existen otras razones concurrentes en la necesidad de utilizar agentes para la producción de seguros, entre las que destaca, por su importancia, la necesidad de informar sobre el seguro en cada caso personal concreto, asesorando a los posibles asegurados y convencerlos de la necesidad de adquirir un bien intangible como el seguro, especialmente en el ramo del seguro de vida, pues la mayor parte de las personas no son conscientes de sus necesidades de seguros, por lo que el seguro debe ser vendido. El seguro mercancía incorporal, requiere ser transportado al sitio de consumo, esto es, a los lugares de residencia de los que necesitan suscribir pólizas que les protejan contra los eventos asegurables.

La figura genérica del agente, se encuentra dentro de la figura más amplia de los colaboradores del empresario de seguros, y para iniciar su estudio, hemos de partir de la distinción entre los que son colaboradores o auxiliares

dependientes y los calificados como independientes o autónomos. La distinción es fundamental porque incide en la naturaleza jurídica de la relación del empresario de seguros con sus colaboradores, ya que cuando se trata de colaboradores dependientes, la relación jurídica de éstos con la compañía de seguros, se rige, por regla general, por normas laborales, mientras que los colaboradores independientes, se rigen en su relación con el empresario de seguros por normas de carácter mercantil. Pero esta distinción, que como decimos es fundamental y que se basa en el elemento de la dependencia, aparece con nitidez sólo desde el punto de vista de los principios, ya que luego al descender a la casuística que nos ofrece la vida real, su claridad en algunos supuestos, se enturbia por un conjunto de circunstancias a las que más adelante tendremos ocasión de aludir.

La nota divisoria entre el agente de seguros y el colaborador dependiente del empresario de seguros, se encuentra precisamente en que el primero ejercita una actividad profesional bajo su propio riesgo como es la agencia de seguros. La existencia de esta independencia, se manifiesta ya no únicamente en la organización de su propia actividad para la que puede buscar la ayuda de colaboradores, sino también en el resultado económico, favorable o adverso de tal actividad, recae sobre el patrimonio del agente. La independencia del agente es la nota definitiva que nos puede marcar el rumbo seguro para la distinción entre el agente y el empleado o trabajador del asegurado y que, a su vez sirve para deslindar el contrato de agencia del contrato de trabajo.

Dentro de los agentes de seguros conviene distinguir dos figuras, que históricamente no han aparecido en el mismo momento, sino una después de la otra, pero que en la actualidad coexisten, los corredores de seguros que se les conoce también como agentes libres y los agentes de seguros estrictu sensu que se les conoce como agentes afectos. Tanto unos como otros tienden en definitiva, a una ampliación de la actividad aseguradora promoviendo la celebración de contratos de seguros, o dicho en otros términos, proporcionando asegurados a un empresario de seguros. Pero así como el agente libre o corredor ocupa una posición de mediador entre el empresario de seguros y su futuro cliente, con la finalidad de llegar a una composición de los intereses de ambos, sin inclinarse en la defensa particular de los intereses de una de las partes, pues el corredor actúa no sólo con independencia, sino también con una cierta imparcialidad; por el contrario del agente, aun no siendo un verdadero dependiente del empresario, tiene como objetivo primordial, la promoción de contratos de seguros a favor de un determinado asegurador, por ser de interés de este empresario la ampliación de su esfera de acción. Como decimos, históricamente la figura del corredor de seguros ha precedido a la del agente afecto, pero en este siglo la figura del agente afecto ha tenido una enorme difusión siendo uno de los principales medios de expansión de las compañías de seguros de manera que se ha podido sostener que la prosperidad de una empresa de seguros depende del cuadro de sus agentes.

II. *Rgulación*

La regulación del agente de seguros está íntimamente relacionada con la forma en que la actividad aseguradora ha sido tratada a través de las distintas etapas de su evolución.

En un principio el seguro no requería de permiso, autorización o concesión alguna, existía libertad de organización y comercialización sujeta únicamente a los principios del derecho civil y mercantil.

Esta etapa corresponde a los Códigos Civiles para el Distrito y Teritorios Federales de 1870 y 1884, en los cuales se establecían bases mínimas para la operación de todos los contratos de seguros, con excepción del marítimo, el cual se incorporó al Código de Comercio al publicarse éste, años más tarde.

La segunda etapa se inicia con la Ley Sobre Compañías de Seguros de 1892, en donde se inicia el debate sobre la conveniencia o no, de someter la actividad aseguradora a una legislación especial prevaleciendo el principio de la libertad de operación pero sujetándola a ciertas medidas de control, entre las que destaca la publicidad que deben dar a su situación financiera que permita a quienes contraten con una compañía de seguros, tener garantía sobre los servicios que pueden ofrecer.

Posteriormente se establece la necesidad de la intervención del Estado en la regulación de la aactividad aseguradora, con el propósito fundamental de salvaguardar los intereses de los asegurados.

Esta etapa empieza con la Ley Relativa a la Organización de las Compañías de Seguros Sobre la Vida, expedida en mayo de 1910. En su exposición de motivos se destaca que uno de los ramos de la actividad comercial que con mayor rapidez ha venido desarrollándose en la República durante los últimos años, es el de los negocios de seguros. Se indica que en particular los seguros sobre la vida, configuran una de las formas más interesantes de ahorro nacional.

La singular importancia adquirida por el negocio de seguros impone al gobierno la necesidad de examinar atentamente la situación para resolver si el sistema de libertad, presta realmente garantías eficaces al creciente mercado, o si por el contrario es oportuno seguir el ejemplo de otros países dotados de vasta experiencia en el ramo de seguros y en los cuales se ha dictado para la materia legislación especial que la someta a la vigilancia cuidadosa del Estado.

Pasando el período revolucionario, se expide en 1926 la Ley General de Sociedades de Seguros, en la cual se mantiene la tesis de la vigilancia de Estado sobre la actividad aseguradora, tesis que se ratifica en la Ley General de Instituciones de Seguros de 1935, que después de algunas modificaciones parciales, fue totalmente reformada por decreto el día 7 de enero de 1981.

En la actualidad es preocupación del sector público y del sector privado, el que el seguro responda cada vez mejor a los grandes objetivos nacionales que en este caso serían una sociedad más ampliamente protegida y una mayor captación de ahorro, destinado al fomento de actividades productivas y socialmente prioritarias, compromiso en el cual ocupa un papel relevante la figura del intermediario o agente.

III. *Calificación mercantil de la actividad de producción de seguros*

El agente de seguros constituye en el fondo una empresa que debe tener un montaje mínimo, de tipo administrativo, que puede ser realizado personalmente por el propio agente; con ayuda de sus familiares; por medio de empleados contratados laboralmente por el agente y, en algunos casos por otros agentes o sub-agentes. Un montaje administrativo que desde minúsculo y semipersonal, hasta complejo y sofisticado, incluso con el apoyo de computadoras, y sistemas de informática, debe darse indefectiblemente en todo agente, administración apoyada por una contabilidad que le permita conocer el Estado de cada una de las pólizas de sus clientes.

En la calificación mercantil de la actividad de producción de seguros, destacan ciertos elementos como la cartera del agente, pues desde un punto de vista estructural y organizativo el fenómeno de la cartera, como Hacienda, sirve para otorgar la calificación de empresario mercantil al agente de seguros, incluso en el supuesto de que carezca de personal que colabore con él.

El conjunto de contratos de seguros, promovido por la actividad del agente con su clientela, es un elemento para detectar la existencia de una organización, cartera que puede estar formada por un mínimo de contratos hasta aquellas carteras voluminosas de los agentes importantes.

El profesor Fernando Sánchez Calero en su obra "El Estatuto Profesional de los Agentes de Seguros", nos dice que se debate si todo agente de seguros tiene como presupuesto una organización empresarial o bien esta organización aun siendo normal, no se da en algunos casos y en ellos no podremos calificar al agente como empresario. Esta objeción contra la generalización de la calificación de empresario al agente de seguros, no es aceptable, pues se basa en la creencia de que es esencial la labor organizadora del empresario que se refiere al trabajo de las personas, lo que a nuestro entender no es exacto. El empresario tiende a la organización de los elementos personales y materiales, que son el instrumento o medio para la producción de bienes o servicios para el mercado, pero en algunos casos, será suficiente que su labor organizadora se limite a elementos materiales. En tales supuestos, este empresario será irrelevante para el derecho del trabajo y el de la seguridad social, pero no para el mercantil, si es que efectivamente ha creado una organización. En el caso del agente que no tenga personal dependiente, ciertamente no hay patrono o empresario desde el punto de vista laboral, pero sí un empresario mercantil o comerciante, que crea una cierta producción material –de valor económico– cuya expresión mínima ha de ser su cartera de seguros.

El conjunto de contratos de seguros promovidos por la actividad del agente, constituye la base o valga la expresión, la infraestructura, de las relaciones de hecho del agente con su clientela, dato éste en el que la doctrina mercan-

tilista se ha fijado tradicionalmente para detectar la existencia de organización.

Al lado de la cartera del agente, tenemos la forma de remuneración.

El hecho de que la remuneración del agente, comisión, no dependa de su labor de promoción de seguros, sino de que el contrato de seguros se firme y el asegurado pague la prima correspondiente, tiene una significación económica y jurídica esencial. "El agente ha de recibir una remuneración que en principio, depende no sólo de la perfección del contrato, sino de su ejecución por el asegurado. Por eso, cuando al asegurado no paga la prima contratada, se produce la devolución de la comisión (extorno) si ha percibido esta anticipadamente; la forma de remuneración del agente nos pone de manifiesto, por un lado, que el contrato de agencia es oneroso y por otro, que el agente soporta el riesgo de su propia actividad, en el sentido de que, por regla general, no obtiene retribución a su trabajo si los contratos que promueve no llegan a ejecutarse, aunque hayan sido perfeccionados.

En el aspecto económico, esto tiene un doble efecto; por un lado, transforma al agente en propio empresario, en el sentido de que soporta los riesgos de su gestión. Por otro, motiva al agente de seguros de una forma absolutamente poderosa. Esta motivación es la causa fundamental de la superior eficacia de la mediación de agentes en la producción de seguros, y por lo tanto, en la expansión del seguro en general, respecto a cualquier otra fórmula de comercialización.

Si las aseguradoras tuvieran que sostener un personal empleado fijo, incluido en sus nóminas, los resultados económicos de cada ejercicio no serían los mismos que teniendo organizada una red de buenos agentes profesionales. Si el agente produce, gana dinero legítimamente y en proporción al trabajo realizado.

El empleado a sueldo fijo gana lo mismo, produzca o no, porque no puede sentir el mismo estímulo. Al empleado le basta con cumplir la jornada de trabajo, el agente profesional en cambio, no tiene días ni horas inhábiles ni para producir ni para administrar. El empleado ve con indiferencia los seguros que se obtienen y los seguros que se pierden. El agente en su trabajo permanente, no puede dejar perder seguros, sino que tiende, casi por instinto natural, a la conservación de su cartera porque es el sustento de su familia y es la creación de su patrimonio futuro.

Lo anterior pone de relieve tres hechos fundamentales:

1) La razón de ser del agente de seguros. Nadie como el agente tiene el estímulo de la producción, porque si no produce, no cobra y si produce, cobra exactamente en proporción matemática a lo que produce.

2) Que la actividad preparatoria de la formalización de contratos de seguros es a riesgo del agente, como empresario autónomo, ya que sólo tiene, ingresos por las gestiones productivas, pero no por las improductivas. Esto motiva que el agente no pueda ver con indiferencia los seguros que se pierden, de ahí su eficacia.

3) Finalmente, que el agente al crear o formar una cartera, crea un patrimonio propio futuro, que es autónomo y separado del de la entidad aseguradora.

4) El interés propio del agente. La entidad, que cubre los riesgos, pretende una compensación de los mismos, de tal forma que los siniestros no superen a las primas. De ahí que la entidad busque riesgos de escasa peligrosidad o de pequeña dimensión que permitan la estabilidad de los resultados por efecto de la ley de los grandes números. Como el agente en cambio, es ajeno al riesgo del seguro, técnicamente hablando (ya que su riesgo es no hacer el seguro), su interés puede no coincidir con el de la entidad. Cuanto más grandes y peligrosos sean los riesgos, más comisión producirán y mayor será el beneficio del agente.

Un ejemplo de disparidad de interés, es lo ocurrido en España, como consecuencia de la congelación de las tarifas del seguro de automóviles, se han producido frecuentes pérdidas a las compañías de seguros. De ahí su resistencia a la aceptación de riesgos. Por el contrario, la demanda de seguros es más fuerte que nunca, en el ramo de automóviles, de tal forma que los agentes pueden obtener ingresos con más facilidad en este ramo, pues la demanda hace que no sea necesario un gran esfuerzo de gestión y persuasión.

Para redondear esta primera parte de la exposición, es conveniente por breve que sea, referirnos al

IV. *Contrato de agencia de seguros*

Desde el punto de vista del campo mercantil, la relación existente entre el empresario de seguros y el agente, se califica como contrato de agencia. El cual se puede definir como el acto por el que una persona se compromete frente a un determinado asegurador mediante una remuneración a realizar para éste, la actividad de promover contratos de seguros y cuidar su conservación y eficacia de acuerdo con las condiciones que se establezca entre las partes.

Sus principales características son las siguientes:

1) Es un contrato bilateral en el que las partes son el agente y asegurador.

2) Oneroso, ya que la actividad realizada por el agente (producción de seguros), ha de ser siempre remunerada.

3) La actividad del agente es la promoción de los contratos de seguros, su conservación y ejecución y excepcionalmente su aceptación.

En efecto la actividad del agente ha de ir dirigida a la producción de seguros y a la conservación de la cartera.

La ley española define la producción de seguros con claridad meridiana al establecer que "se entiende como tal, la actividad mercantil preparatoria de la formalización de contratos de seguros entre personas físicas o jurídicas

y entidades aseguradoras autorizadas por el Ministerio de Hacienda, así como la asistencia posterior al asegurado".

4) El contrato es consensual en cuanto se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, si bien a efectos probatorios y de su control administrativo ha de redactarse por escrito.

5) Hasta antes de la última reforma a la Ley General de Instituciones de Seguros era exclusivamente mercantil, y ahora se contempla la posibilidad de la existencia del agente empleado.

Por lo que se refiere a la regulación del contrato de agencia, tenemos en primer término:

1) Ley General de Instituciones de Seguros y su reglamento.

2) Tomando como base que es mercantil, ha de tenerse en cuenta las reglas generales sobre los contratos mercantiles que a su vez remiten a la aplicación de las normas del Derecho Común.

3) Se trata principalmente de normas imperativas que las partes no pueden alterar; el régimen establecido es esencialmente imperativo, en especial en todo aquello que puede significar tutela en los derechos de los agentes, ya que a pesar de la mercantilidad del contrato, estimamos que un fin claro del legislador ha sido la protección del agente a quien se considera en el contrato, la parte económicamente débil.

La ley ha impuesto el carácter escrito del contrato. Esta exigencia no creemos que transforme el contrato en forma, en el sentido de que sólo se considerara perfeccionado, cuando se redacta por escrito.

Además de los elementos y características principales del contrato de agencia, destacan otros aspectos derivados de la propia naturaleza del mismo y en relación a las obligaciones del agente.

A) La gestión de la cartera, esto es, el conjunto de actos referentes a la ejecución de los contratos de seguros en los que interviene el agente.

B) La conservación de esa cartera, que implica un especial cuidado por parte del agente, para evitar la extinción de los contratos de seguros. Pues como decíamos, la actividad del agente se extiende más allá de la promoción de los contratos de seguros, pues ha de cuidar de ellos y procurar su renovación.

C) La actividad del agente está regulada, y requiere de autorización especial de la autoridad competente para su ejercicio profesional.

Esta nota de la profesionalidad es muy importante, pues de la capacidad y preparación del agente, depende en buena parte el futuro del desarrollo de la actividad aseguradora. Tras la nota de la profesionalidad se esconden, a su vez, características que nos acaban de colorear los perfiles del agente. Porque la profesión del agente, en su aspecto económico, tendiente a la colaboración con las campañas de seguros mediante la producción de seguros, es una actividad lucrativa ejercitada por el agente en nombre propio.

Como lo anuncié al principio de la plática, en la segunda parte nos ocuparemos de revisar el tema objeto de estudio desde el ángulo laboral.

V. *Aplicación del Derecho Laboral*

Con motivo del desenvolvimiento que durante el presente siglo ha experimentado la materia laboral en la búsqueda por tutelar las relaciones obrero patronales, se han producido cambios importantes en las legislaciones de la mayoría de los países y los tratadistas se han separado en dos corrientes diferentes, una que sostiene la necesidad de que el Derecho Laboral tome en cuenta contratos que tradicionalmente fueron considerados mercantiles, pues sólo de esta forma respondería plenamente a la solución de las necesidades y problemas que reclama la época actual, y la postura que sostiene la necesidad de la existencia de relaciones entre empresa y personas naturales, que deben estar al margen del Derecho Laboral, para que produzcan los resultados deseados, aun cuando pudieran encontrarse en la frontera entre ambos campos.

En nuestro país desde hace más de treinta años, la Suprema Corte de Justica de la Nación, reconocido que los conceptos de comisión mercantil y agente comercio habían sufrido una transformación fundamental, pues si en el siglo pasado y en los primeros años de éste los comisionados se asimilaban a los llamados profesionales liberales, en el curso de los últimos años nació una situación nueva, consistente en que algunas personas se dedican de manera exclusiva o principal, sujetas a instrucciones o menos precisas, a la venta de productos o efectos de comercio por cuenta de alguna empresa, estableciendo en jurisprudencia firme que:

"La comisión mercantil tiene una marcada diferencia con el contrato de trabajo, pues en tanto que aquélla se manifiesta en un acto o en una serie de actos, que sólo accidentalmente crean dependencia entre comitente y comisionista, que duran sólo el tiempo necesario para la ejecución de esos actos, en el contrato de trabajo esa dependencia es permanente, su duración es indefinida o por tiempo determinado, pero independientemente el necesario para realizar el acto materia del contrato, siendo la característica esencial de este último contrato la dependencia económica que existe entre la empresa y el trabajador. De modo que si el comisionista sólo puede ocuparse de los asuntos del comitente, sin poder prácticamente ocuparse de otros, se encuentra en una sujeción y dependencia que da a su contrato las características de un contrato de trabajo".

Al redactarse el proyecto de la Nueva Ley del Trabajo, en 1968 se recogieron las ideas y principios sostenidos por la jurisprudencia, agregando un requisito más para que pueda considerarse que existe una relación de trabajo, consistente en que el trabajador ejecute personalmente el trabajo.

Con tal motivo el capítulo de la Ley Sobre Trabajos Especiales, fue adicionado estableciendo en su artículo 285, que los agentes de comercio, de seguros, los vendedores, viajantes, propagandistas o impulsores de ventas y otros semejantes, son trabajadores de la empresa o empresas a las que prestan sus servicios, cuando su actividad sea permanente, salvo que no ejecuten personalmente el trabajo o que únicamente intervengan en operaciones aisladas.

De dicho texto se desprenden los siguientes requisitos para considerar al agente de seguros como trabajador, es decir, como sujeto del Derecho Laboral:

1) Que el agente preste sus servicios a una o varias empresas.
2) Que su actividad sea permanente.
3) Que ejecute personalmente el trabajo.
4) Que no sólo intervenga en operaciones aisladas, o sea que, las operaciones que realice sean múltiples o masivas, y en consecuencia, que realice su actividad profesionalmente.

Ahora bien, siendo estas notas fundamentales en una relación de trabajo, no son las únicas que se aplican al caso de los agentes de seguros, ya que otras disposiciones de la misma Ley, exigen, además, la subordinación del trabajador al patrón; lo que sería el quinto requisito que se aplicara al caso de los agentes de seguros, para ser considerados como sujetos de nuestro Derecho del Trabajo.

En efecto, los artículos octavo y vigésimo, exigen la subordinación como el elemento esencial para definir al trabajador, así como a la relación y al contrato de trabajo.

III. *Análisis de los requisitos del Artículo 285*

1) Que el agente de seguros preste sus servicios en una o varias empresas.

El agente de seguros es una especie de agente de comercio, que a su vez constituye la categoría de los llamados auxiliares del comercio, también denominados en la doctrina mercantil, nacional y extranjera, auxiliares autónomos, esta categoría se distingue de la de los auxiliares del comerciante o auxiliares dependiente.

El criterio más claro de distinción entre los auxiliares dependientes y los independientes, es que aquéllos, como su nombre indica, dependen de un comerciante o empresario, en cuanto que le están subordinados, reciben órdenes de él, le deben obediencia, y trabajan en la negociación o empresa del comerciante; de ahí que se les designe auxiliares del o de un comerciante.

Los auxiliares independientes o autónomos en cambio, son aquellos que no dependen de ningún comerciante o empresario, sino que realizan una actividad independiente, con medios propios frecuentemente y con su propia empresa, sin subordinación jerárquica o técnica de ningún género, respecto a ningún otro empresario, por lo que no se habla de auxiliares del comerciante, sino en forma más amplia y general, de auxiliares de la actividad comercial, auxiliares del comercio.

De las consideraciones anteriores, se desprende que, en rigor, el agente de seguros, *si no se desvirtúa no se confunde su carácter*, no presta servicios a uno o varios empresarios (a una o varias empresas, como dice el Artículo 285 de la Ley Federal del Trabajo), en el sentido de formar parte de estas empresas, como trabajador, como funcionario o como empleado; sino que él ofrece servicios al mercado, a la clientela, y al comercio en general, como lo hacen otros empresarios, de manera semejante a como lo efectúan otros profesionistas, como los abogados, los contadores, etc. El agente se vincula a través de contratos mercantiles de agencia con una o varias empresas (de seguros, de ventas (agentes de ventas), seguros (agentes de seguros), contratos de viajes y de transportes (agentes de turismo y de viajes), venta de boletos de espectáculos públicos (agentes de espectáculos), etc.

Además, la actividad que realiza el agente puede ejercerla dentro de la organización de una empresa que él establezca como lo prevé el Artículo 75 fracción X del Código de Comercio, y entonces se trata de un comerciante y empresario, y no de un trabajador asalariado; o bien, dicha actividad la puede realizar sin organizar ni mantener su propia empresa, y tampoco en este caso, como veremos, el verdadero agente de seguros es un trabajador.

2) Que la actividad del agente sea permanente.

La actividad de un agente de seguros, como la de cualquier auxiliar de comercio no es continua, o sea, permanente, en un sentido temporal o cronológico, ya que las actividades que realiza no son constantes, fijas o estables, y nunca está el sujeto a horarios fijos ni a tareas ordinarias o extraordinarias; en cambio, sí es permanente, desde un punto de vista técnico o funcional, ya que su relación contractual con la aseguradora, su profesión de agente y la organización y explotación de su agencia de seguros, suponen e imponen la celebración y ejecución de actos especializados, profesionales, es decir, de múltiples actos y contratos semejantes, que se suceden en el tiempo, lo que plantea la permanencia de su relación. Como en el caso del comerciante individual, que no es la ejecución de un acto aislado lo que le da tal carácter, sino el ejercicio reiterado del comercio; en el agente no es la oferta o la celebración de un contrato aislado, por muy importante que sea, lo que le convierte en agente de seguros, sino la celebración, o posibilidad de celebración, de varios de ellos, en un lapso determinado o indeterminado.

Obviamente nunca será trabajador el agente, ni su relación con la empresa aseguradora sería una relación de trabajo, si se le contratara para una operación aislada, en cambio, sería indiferente para atribuirle o negarle el carácter de trabajador, la transitoriedad de su contrato, es decir, que el que se celebrará con él, fuera para suplir, provisionalmente, a otro agente, o para ofrecer cierto tipo de contratos de seguros con motivo de alguna circunstancia especial o estacional; este carácter no permanente o eventual, no tendría por qué excluir la naturaleza laboral de la relación, si ello lo fuera en atención a otras notas que se constituyen requisitos esenciales (y que en el caso típico del agente de seguros no existen, como es la subordinación y la obligación de ejecutar el trabajo personalmente).

3. Que se ejecute personalmente el trabajo

El ejercicio personal, indelegable, del servicio, es una nota esencial del contrato de trabajo; y así como el trabajador que vende su fuerza de trabajo y que asume una obligación de hacer, no se le puede obligar a prestar el servicio en el caso de incumplimiento de su contrato de trabajo, tampoco al patrón se le puede obligar a que otra persona, inclusive más hábil o más capaz, preste el servicio en lugar del obligado.

En el caso de los agentes de seguros sucede lo contrario de lo que ocurre respecto al trabajador y el contrato de trabajo, pues el contrato de agente permite, y en muchos casos implica (v.gr. contratos con agentes que tengan constituidos o que constituyan empresas o agencias) la delegación; y aún más, la relación con los agentes de seguros en la actualidad, y la hipótesis legal en nuestro sistema jurídico respecto al contrato de agencia es cabalmente, una relación no personal, en cuanto no se requiere ni se precisa de la intervención directa e insustituible del agente, sino que éste puede intervenir directamente, o bien, como es usual, por conducto del personal que le está subordinado, el cual es totalmente ajena a las empresas aseguradas.

Por lo que toca a los agentes de seguros que actúan sin contar con empresas de agencia, sino que lo hacen individualmente, en escala reducida, cabe preguntarse: ¿existe esta notade ejecución personal de trabajo? La respuesta parece que tendría que ser afirmativa, dado que por no contar con la organización de una empresa propia, no tiene el agente de quién echar mano para visitar y tratar con la clientela, lo que tendrá que hacer el mismo. Empero, la teoría y la realidad son otras, porque en efecto, como ya dijimos, el contrato de agencia no prohíbe sino que al contrario, implica que el agente individual delegue o pueda delegar su encargo y como dice el maestro Jorge Barrera Graf que se valga de otras personas, generalmente de otro u otros agentes amigos y colegas suyos que como él actúan en forma individual (se forma entre ellos una especie de cofradía en que rige el principio "hoy por ti, mañana por mí); y en la vida real esto es muy frecuente. La posibilidad y la frecuencia teórica con que en la práctica se acude a la delegación, nos permite concluir que tampoco el agente de seguros individual que actúa sin empresa o agencia, sea sujeto del derecho laboral.

4) Que los actos o contratos que ejecute el agente no sean aislados u ocasionales.

La actividad de un agente de seguros, auxiliar del comercio, consiste precisamente, en que preste su auxilio de manera estable y continua, y que un contrato de agencia cualquiera se celebra, no para la ejecución de un contrato singular o aislado, ni respecto a una actividad esporádica u ocasional, sino por su ejecución constante, frecuente reiterada y masiva de aquellos actos que fijan el objeto o la finalidad del contrato.

El agente de seguros, consecuentemente, siempre cumple esta nota que exige el Artículo 285 de la Ley Federal del Trabajo, de tal manera que si una

persona fuera contratada para ofrecer o celebrar un contrato aislado de seguros, no sería agente de seguros, sino un intermediario o comerciante, en los términos de los Artículos 57 y 273 del Código de Comercio

Es importante indicar ahora, que cuando el Artículo 285 de la Ley Federal del Trabajo incluye dentro de la enumeración que contiene a los agentes de comercio y a los de seguros, confunde las funciones y la naturaleza de éstos con la de otros auxiliares dependientes que la misma norma indica, o sea, los agentes vendedores, los agentes viajeros, los propagandistas e impulsores. Todos estos efectivamente dependen del comerciante, prestan servicios para una o varias empresas, efectúan el trabajo personal e indelegablemente, aunque nunca, tampoco sean contratados para operaciones ocasionales o aisladas.

5) Que haya una subordinación del agente de seguros con la empresa aseguradora

En el contrato de agencia, y respecto al típico agente de seguros, no existe esta nota de la subordinación que, para todos los contratos de trabajo y para cualquier relación laboral, exigen los Artículos 8 y 20 de la Ley Federal del Trabajo, y que constituye una característica esencial en la Nueva Ley.

No existe, en efecto, en las relaciones entre la empresa y el agente, la potestad jurídica de dirigir o de fiscalizar el trabajo del agente de darle instrucciones y de hacerle saber cuando así convenga a los intereses de la empresa; no existe relación jurídica alguna, que otorgue teórica o prácticamente, real o virtualmente facultades al primero para dar órdenes al segundo, respecto al ejercicio de sus actividades y a la oferta o celebración de algún o algunos de los contratos de seguro; ni siquiera para vigilar su actuación; tampoco está el agente sometido al principal, ni controlado por éste o vinculado con la empresa, por un deber de obediencia, cuya violación o incumplimiento diera ocasión a la rescisión del contrato, sin responsabilidad del supuesto patrón. En ningún caso el agente tiene obligación de acudir a la compañía para solicitar o seguir instrucciones, gestiones u órdenes de ésta, ni en caso alguno la compañía da dichas instrucciones, gestiones u órdenes a sus agentes; ni tampoco, el agente está obligado a "vender" un mínimo de seguros.

Por otra parte, en los contratos de agencia no se estipula pacto alguno de no competencia con otros agentes, sino que entre ellos existe y rige el principio de la libre competencia, sin que la empresa ponga o pretenda poner cortapisas o limitaciones a tal principio; en efecto, es lícito y usual que un agente trate con clientes de otro, ofreciéndole nuevas pólizas, que en caso de obtenerlas dan ocasión al agente de recibir la comisión estipulada con la empresa y autorizada por la Secretaría de Hcienda, sobre las primas que el asegurado pague.

Cuando el trabajo del agente se realiza a través de una empresa de agencia propia, es decir, cuando para el ejercicio de sus funciones como agente se vale de su negociación, o sea, de acuerdo con las definiciones que de la em-

presa dan la ley, la doctrina y la jurisprudencia, cundo se vale de la organización de los factores de la producción (capital y trabajo) para ofrecer sus servicios al mercado la falta de subordinación (como también la ausencia de la nota de ejecución personal del trabajo) es más patente y clara que cuando el agente de seguros no tiene una empresa establecida; en dicho caso, en realidad, la relación existe entre dos empresas, la de agencia y la de seguros. El agente utiliza todos los medios de organización, y entre ellos, principalmente, a sus empleados y trabajadores, para ofrecer los contratos de seguros a su clientela.

En conclusión, la función del agente de seguros es una exigencia de nuestra época pues su actividad es uno de los aspectos fundamentales en el proceso de la producción de seguros. Pero la aplicación del Artículo 285 de la Ley del Trabajo no debe llevar al extremo de que basta la denominación de agente de seguro, para hallarnos en presencia de una relación de naturaleza laboral, sino que será preciso, según se desprende del precepto citado, de la exposición de motivos de la iniciativa presidencial y de la jurisprudencia, que se satisfagan los requisitos de la relación o contrato de trabajo, tal como se encuentran en los artículos 20 y 21 de la ley de la materia, pues la legislación del trabajo solamente se aplica al trabajo subordinado. Por lo tanto, si se comprueba que una prestación de servicios no satisface los requisitos de servicio personal y de subordinación, la legislación del trabajo no tendrá aplicación.

El decreto de reformas a la Ley General de Instituciones de Seguros que entró en vigor a principios del presente año, concretamente el día 7 de enero de 1981 no sólo es una buena ley que vino a establecer las bases para la solución de los problemas genéricos que aquejan al sector asegurador, sino que sus redactores supieron hallar una respuesta al problema de los intermediarios, mediante el reconocimiento de tres categorías distintas:

I. El agente de seguros persona jurídica.
II. El agente de seguros persona natural independiente ligada a la compañía por un contrato de agencia.
III. El agente de seguros persona natural subordinada a la compañía mediante un contrato de trabajo.

Corresponderá al Reglamento de Agentes que en fecha próxima se publicará el señalar los requisitos, registros y control para el funcionamiento y operación de los agentes de seguros.

A manera de complemento de lo anteriormente expuesto, resulta conveniente hacer una referencia muy general sobre la situación del mercado de seguros en México, que nos permita reforzar las conclusiones del trabajo.

De acuerdo con una investigación realizada por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, reperida a un período de 15 años, los seguros medidos en términos de primas encierran un promedio anual del 14%, mientras que el producto interno bruto, aumentó en igual plazo un 13.6% por lo que en

estas condiciones, puede afirmarse que durante ese plazo los seguros no tuvieron ninguna penetración real.

Comparando esta falta de penetración real de las compañías de seguros con la actividad bancaria, se observa que mientras la participación de los pasivos en el producto interno bruto se incrementó en el período 60-72 en 119%, la misma participación, en términos de primas, representó un aumento de tan solo el 11%.

Con base en un estudio realizado por la compañía suiza de reaseguros en 1971, se hacen algunas comparaciones de primas con producto interno en otros países, no solamente altamente industrializados como E.U., sino también países que tienen igual o menos desarrollo económico relativo al nuestro.

Así tenemos que en

E.U.	es del	6.9%
Argentina	del	2.3%
España	del	2.2%
Perú	del	1.8%
Venezuela	del	1.6%
Brasil	del	1.3%

Mientras que en

México	es sólo del	0.8%

Con la finalidad de obtener un resultado práctico sobre todo lo expuesto, a continuación me permito proponer a ustedes las siguientes conclusiones:

Primera.—Somos responsables y debemos luchar por una sana interpretación del Artículo 285 de la Ley Federal del Trabajo, para que no quede ésta en un negativo y simple ejercicio letrista que nos oculte o falsifique la realidad, sino antes bien, que la busque y analice para fundar en ella, en la exposición de motivos de la iniciativa presidencial y en la jurisprudencia, una aplicación justa de tan importante precepto jurídico.

Segunda.—Es imprescindible para la Industria del Seguro contar con la colaboración de agentes profesionales que presten sus servicios de manera independiente, conservando su naturaleza mercantil, sin que lo mismo esté en contraposición a los altos fines que persigue el Derecho Laboral, siempre que se pueda mostrar que su actividad no satisface los requisitos de servicio personal y de subordinación.

Tercera.—La Ley General de Instituciones de Seguros al reconocer expresamente la figura del agente de seguros empleado, ligado a la compañía de seguros empleado, ligado a la compañía de seguros por un contrato de trabajo, da respuesta a la necesidad de que las compañías de seguros den el tratamiento correspondiente a todos aquellos casos en que de acuerdo con

la naturaleza de la relación contractual, deben considerarse tutelados por el Derecho Laboral.

Cuarta.—Las necesidades de protección abarcan aspectos tan diversos que no se puede pensar en un sistema uniforme, por lo que no parece razonable fijar las mismas condiciones al vendedor de un seguro para un gran riesgo industrial, que al vendedor de seguros de vida de puerta en puerta; o bien, seguros para los que hay una gran demanda y bien podrían venderse en el mostrador de las compañías, frente a seguros que requieren una gran labor de venta.

Quinta.—Para mejorar la imagen del seguro e impulsar su desarrollo, es indispensable elevar el nivel profesional de los agentes, y vigilar que sus funciones se lleven a cabo de acuerdo con el nuevo marco jurídico establecido.

ACCIONES DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES LEGALES Y ESTATUTARIAS QUE RIGEN A LAS SOCIEDADES ANONIMAS

José Becerra Bautista

La Ley General de Sociedades Mercantiles contiene disposiciones que norman actividades cuyo incumplimiento, en algunos casos, sanciona expresamente con la nulidad y en otras debe ser el intérprete quien determine si ese incumplimiento produce la nulidad o simplemente la ineficacia de los actos jurídicos respectivos.

Desde el punto de vista procesal, la propia ley distingue entre la nulidad y la acción de oposición que pueden hacer valer algunos de los socios, quedando sin resolver cuándo tienen legitimación activa terceros que pueden resultar afectados por el incumplimiento de los poderes-deberes que la ley establece y que no son acatados por quienes los deben realizar.

De las sociedades típicamente familiares o entre amigos que antes operaban, se ha pasado a la existencia de verdaderas sociedades anónimas ya que existen accionistas reales que adquieren sus acciones en la bolsa de valores o las suscriben por aumento de capital que no suscriben los socios dentro de los plazos estatutarios.

La falta de precisión respecto a la legitimación activa e inclusive respecto a quién debe serle demandada la nulidad de actos viciados obliga, desde un punto teórico, a estudiar el alcance de las nulidades expresas y de las nulidades que derivan del precepto del Código Civil según el cual "los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario".

Rodríguez y Rodríguez, al explicar los derechos de los socios en la legislación mexicana distingue los derechos patrimoniales de los derechos de consecución.

Entiende por derechos patrimoniales los de contenido económico en interés particular del socio que se ejercen frente a la sociedad, como la participación en los resultados patrimoniales que se obtengan y los subdivide en derechos patrimoniales y accesorios.

A los primeros corresponden la participación en los beneficios y en la cuota de liquidación y a los segundos la transmisión de la calidad de socio, la obtención de documentos que acrediten la calidad de socio y la aportación limitada.

Los derechos de consecución pueden ser administrativos, como la partici-

pación en las asambleas y el nombramiento de administradores y representantes y los derechos de vigilancia como son el de información, denuncia, nombramiento de órganos de vigilancia, aprobación del balance, gestión de administradores y comisarios.[1]

Enunciados los derechos de los socios respecto a la sociedad conviene determinar el alcance de las obligaciones que la sociedad misma y sus órganos tienen derivadas de las normas jurídicas que regulan su existencia y funcionamiento y de las restricciones que le imponen los derechos de terceros.

En otras palabras, las normas que regulan el nacimiento y operación de las sociedades anónimas son de carácter privado, modificables en forma discrecional por voluntad de los socios o son normas imperativas de tal manera que los estatutos sólo pueden regular supuestos no considerados expresamente por la ley.

Es doctrina comúnmente aceptada que las normas estatutarias en tanto son válidas en cuanto son permitidas por la ley por lo que el citado autor afirma que en el derecho mexicano las "normas en materia de sociedades anónimas son de carácter imperativo, menos cuando expresamente se autoriza modificación por los estatutos con toda libertad o dentro de los límites quc la ley permite".[2]

Sentadas estas premisas puede concluirse que el régimen legal de las sociedades anónimas es mixto: de derecho público, en cuanto imperativamente determina condiciones de existencia y funcionamiento de tal manera que las normas respectivas deben ser acatadas y de derecho privado en cuanto existen áreas que quedan reservadas a la libre voluntad de los socios.[3]

Lo anterior reduce el campo de investigación sobre la nulidad de los actos jurídicos que pueden realizar la sociedad misma o sus órganos.

En efecto, serán nulos los actos cuyo cumplimiento es de tal naturaleza que al no realizarse en los términos de la ley se declaran nulos.

Sirvan de ejemplo los siguientes: No producirán ningún efecto legal las estipulaciones que excluyen a uno o más socios de la participación de las ganancias (art. 17); son nulos de pleno derecho de acuerdos de los administradores o de las juntas de socios y asambleas que no separan de las utilidades netas de toda sociedad el 5 por ciento como mínimo, para formar el fondo de reserva, hasta que importe la quinta parte del capital social (art. 21 y 20); las asambleas generales de accionistas deben reunirse en el domicilio social y sin este requisito serán nulas salvo caso fortuito o de fuerza mayor (art. 179); toda resolución tomada por la asamblea sin que haya convocatoria para las asambleas por medio de publicación de aviso en el periódico oficial de la entidad del domicilio de la sociedad, o en uno de los periódicos de mayor circulación en dicho domicilio con la anticipación que fijen los estatutos, o en su defecto, quince días antes de la fecha señalada para la reunión y cuando la convocatoria no contenga la orden del día y sea firmada por quien la haga,

1 Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, Tratado de Sociedades Mercantiles, tomo I, p. 94.
2 *Op. cit.*, tomo I, p. 416.
3 *Ibidem.*

dicha resolución será nula (art. 188 y 186 y 187); las asambleas ordinaria y extraordinaria sólo serán válidas cuando se celebren con las representaciones de capital social y mayorías de votos que señalan los artículos 189, 190 y 191; será nula la resolución cuando una asamblea apruebe los informes a que se refieren los arts. 166 en su frcción IV y 172 en su enunciado general o la responsabilidad de administradores y comisarios cuando no se integre la mayoría requerida sin el voto del administrador o del comisario (art. 197); es nulo todo convenio que restrinja la libertad del voto de los accionistas (art. 198).

En el Diario Oficial de la Federación de 23 de enero de 1981 se reformaron, entre otros. el art. 172 que establece la obligación de las sociedades anónimas, bajo la responsabilidad de sus administradores de presentar anualmente a la asamblea de accionistas, un informe que incluya los pormenores que dicho precepto establece. A la información anterior debe agregarse el informe del comisario que detalla la fracción IV del artículo 166. Dichos preceptos en su orden esablecen:

Artículo 172. Las sociedades anónimas, bajo la responsabilidad de sus administradores, presentarán a la Asamblea de Accionistas, anualmente, un informe que incluya por lo menos:

A) Un informe de los administradores sobre la marcha de la sociedad en el ejercicio, así como sobre las políticas seguidas por los administradores y, en su caso, sobre los principiales proyectos existentes.

B) Un informe en que se declaren y expliquen las principales políticas y criterios contables y de información seguidos en la preparación de la información financiera.

C) Un estado que muestre la situación financiera de la sociedad a la fecha de cierre del ejercicio.

D) Un estado que muestre, debidamente explicados y clasificados, los resultados de la sociedad durante el ejercicio.

E) Un estado que muestre la cambios en la situación financiera durante el ejercicio.

F) Un estdo que muestre los cambios en las partidas que integran el patrimonio social, acaecidos durante el ejercicio.

G) Las notas que sean necesarias para completar o aclarar la información que suministren los estados anteriores.

A la información anterior se agregará el informe de los comisarios a que se refiere la fracción IV del artículo 166.

Artículo 166. Son facultades y obligaciones de los comisarios:

IV. Rendir anualmente a la Asamblea General Ordinaria de Accionistas un informe respecto a la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por el Consejo de Administración a la propia Asamblea de Accionistas. Este informe deberá incluir, por lo menos:

A) La opinión del comisario sobre si las políticas y criterios contables y de información seguidos por la sociedad son adecuados y suficientes tomando en consideración las circunstancias particulares de la sociedad.

B) La opinión del Comisario sobre si esas políticas y criterios han sido

aplicados consistentemente en la información presentada por los administradores.

C) La opinión del Comisario sobre si, como consecuencia de lo anterior, la información presentada por los administradores refleja en forma veraz y suficiente la situación financiera y los resultados de la sociedad.

Mantilla Molina enseña: "Es sumamente confuso el régimen establecido por la Ley General de Sociedades Mercantiles para el caso de que las asambleas hayan contravenido algún precepto legal o estatutario."[4]

Vázquez del Mercado, Oscar, por su parte concluye que "la dificultad para determinar cuándo estamos frente a un caso de nulidad y cuándo a un caso de anulabilidad, estriba en no conocer cuáles sean los requisitos, sino en saber cuándo un requisito falta o cuándo está viciado.

No sería posible hacer una enumeración casuística, tomando como base cada uno de los requisitos necesarios en la formación de la deliberación, para determinar cuándo éstos podrían faltar o estar viciados se correría el riesgo de anular, más de una hipótesis.

"Por esta razón, en cada caso particular, y según se presente éste, deberá hacerse un análisis...".[5]

Estas autorizadas opiniones permiten entrar al análisis de las nulidades en forma casuística.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que las diferencias entre nulidad e inexistencia son meramente teóricas "porque el tratamiento que el propio Código (civil) da a las inexistencias es el de nulidades, según puede verse en las situaciones previstas por los art. 1427, 1433, 1439 y 1826 en relación con el 2950 fracción III, artículos 2042, 2270 y 2779, en las que teóricamente, se trata de inexistencias por falta de objeto, no obstante, el Código las trata como nulidades y en los casos de los artículos 1802, 2182 y 2183 en los que, la falta de consentimiento originaría la inexistencia, pero también el Código las trata como nulidades".[6]

Como este criterio puede aplicarse también en materia mercantil debe descartarse la inexistencia para efectos prácticos y sólo advertir que son nulas las asambleas que se celebren, por regla general (salvo las totalitarias según el artículo 188) sin previa convocatoria que contenga la orden del día, sin que esa convocatoria esté firmada por quien la haga, sin que se publique en el periódico respectivo y sin que medie el plazo respectivo entre las publicaciones y la celebración de la asamblea.

Será nula la asamblea que se celebre fuera del domicilio social y cuando los asistentes no reúnan el quórum necesario para satisfacer los porcentajes que se fijan en la ley.

También será nula la asamblea cuando no asista el comisario en cumplimiento del deber que le impone la ley.

[4] Mantilla Molina, Roberto, Derecho Mercantil, número 549.

[5] Vásquez del Mercado, Oscar, Asambleas de Sociedades Anónimas, p. 209.

[6] Jurisprudencia 1917-1975. Apéndice al Seminario Judicial de la Federación, Tercera Sala, Jurisprudencia definida número 251.

En el supuesto que la asamblea se reúna cumpliendo todas las disposiciones que permiten considerarla legalmente constituida, debe analizarse cuando las resoluciones tomadas pueden ser nulas.

Desde luego cuando las votaciones no reúnan los porcentajes de aprobación que fija la ley o la establecida por los estatutos.

En algunas escrituras sociales se estipulan porcentajes mayores a los que fija la ley, tanto para los acuerdos del consejo como para los acuerdos de asambleas ordinarias. Esto tiende a proteger a las minorías exigiendo que estén representados el 60% o el 75% del capital social en asuntos en que la simple mayoría sería suficiente para que fueran válidos los acuerdos respectivos.

En estos casos la minoría siempre tendrá derecho a intervenir y un acuerdo que se tomara sin ese porcentaje sería nulo.

También será nula cuando un acuerdo de la asamblea desconozca las obligaciones que la ley le impone para formar las reservas legales o cuando excluye de la participación de beneficios a los socios.

Sería también nula la asamblea ordinaria anual en la que no se presentara el financiero por parte del Consejo de Administración y el informe del comisario, toda vez que la necesidad de presentar esos documentos es de carácter imperativo en los términos de la reforma a los artículos respectivos de la Ley de Sociedades Mercantiles, publicada en el Diario Oficial del 23 de enero de 1981.

Lo anterior confirma el texto reformado del art. 19 que dice: "La distribución de utilidades sólo podrá hacerse después de que hayan sido debidamente aprobados por la asamblea de socios o accionistas los estados financieros que las arrojen. Tampoco podrá hacerse distribución de utilidades mientras no hayan sido restituidas o absorbidas mediante aplicación de otras partidas del patrimonio, las pérdidas sufridas en uno o varios ejercicios anteriores, o haya sido reducido el capital social. Cualquiera estipulación en contrario no producirá efecto legal y tanto la sociedad como sus acreedores podrán repetir por los anticipos o reparticiones de utilidades hechas en contravención de este artículo, contra las personas que las hayan recibido o exigir su reembolso a los administradores que las hayan pagado, siendo unas y otros mancomunada y solidariamente responsables de dichos anticipos y reparticiones."

Este precepto, al establecer imperativamente la aprobación de los estados financieros implícitamente requiere el informe del comisario todo lo cual implica la necesidad de acatar las nuevas disposiciones legales bajo pena de nulidad.

Lo anterior con independencia de las acciones que le conceden a la sociedad misma y a los acreedores contra quienes hubieran resultado beneficiados con el reparto de utilidades hechas en contravención de dicho artículo.

Puede suceder que las asambleas traten asuntos opinables es decir en los cuales exista libertad para que los socios expresen sus criterios y voten de acuerdo con sus conveniencias.

En estos casos, los acuerdos serían válidos siempre que la votación resultara

del número que requirieran la ley o los estatutos y esas resoluciones, por haber sido legalmente adoptadas, serían obligatorias para los ausentes o disidentes, "salvo el derecho de oposición en los términos de esta ley". Según el art. 200.

El principio mayoritario que impera es básico en la vida de toda sociedad anónima porque de lo contrario no podría funcionar.

El derecho de oposición está en el art. 201 que dice:

"Los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social, podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las Asambleas Generales, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

I. Que la demanda se presente dentro de los quince días siguientes a la fecha de la clausura de la Asamblea;

II. Que los reclamantes no hayan concurrido a la Asamblea o hayan dado su voto en contra de la resolución, y

III. Que la demanda señale la cláusula del contrato social o el precepto legal infringido y el concepto de la violación.

No podrá formularse oposición judicial contra las resoluciones relativas a la responsabilidad de los Administradores o de los Comisarios."

Los autores mexicanos, al comentar este precepto, están de acuerdo en considerar que la exigencia de mencionar la cláusula del contrato social o el precepto legal infringido así como el concepto de violación crea la duda respecto a la naturaleza de la violación: si afecta a un precepto o cláusula cuyo incumplimiento trae como consecuencia la nulidad o de la asamblea o de una resolución concreta. No se justifica limitar el derecho de oposición al requisito de que sólo puedan ejercitarse los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social,[7] cuando se trata de una asamblea nula o de un acuerdo nulo.

Por otra parte, si esa violación no afecta a ninguna cláusula ni a precepto legal alguno ese derecho no podría ejercitarse cuando se trate de materias opinables porque entonces la decisión de la mayoría debe imponerse necesariamente y no sería procedente una oposición en los términos de artículo 201 mencionado.

La solución estaría en considerar los efectos de la oposición: si la hacen valer accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social podrán pedir la suspensión de la resolución impugnada siguiendo el procedimiento que fija el art. 202.

En cambio, cuando se trate de nulidad que afecte: organización de la asamblea o acuerdo tomado en forma contraria a la ley cualquier accionista podrá pedir la nulidad, pero no podrá pedir la suspensión de los acuerdos tomados ilegalmente o por una asamblea no constituida en forma legal.[8]

En materias opinables o sea cuando la asamblea extraordinaria acuerda el cambio del objeto social y de nacionalidad de la sociedad sí como transformación de la sociedad, cualquier accionista tiene el derecho de separarse y de que se le reintegre el valor de sus acciones si votó en contra del acuerdo y hace valer ese derecho dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea (art. 206).

[7] Véase Mantilla Molina, *loco supra citato.*
[8] *Ibidem.*

El problema se plantea para terceros afectados por una resolución tomada por asamblea ilegalmente constituida o cuando los acuerdos que toma una asamblea son ilegales y ningún socio los impugna o por nulidad o por medio del derecho de oposición.

Descartado el derecho de oposición que está restringido en cuanto a número de socios y plazo para ejercitarlo la nulidad genérica puede hacerse valer por medio de acción o de excepción.

En principio sólo pueden hacer valer la nulidad, por vía de acción, los socios afectados porque reconocer ese derecho a terceros sería atentar contra la estructura y existencia de las sociedades anónimas.

Si de las asambleas nulas o de los acuerdos nulos resultan actos que redunden en perjuicio de terceros, éstos podrán objetar los actos mismos pero no la causa que los generaron.

En cambio, por vía de excepción, la situación es distinta entendiendo por excepción el derecho de negar la validez de actos nulos, cuando se presenten como válidos para que los terceros los acepten como tales.

Por ejemplo: puede el Registro de Comercio negarse a inscribir el testimonio que contenga modificaciones sustanciales a una escritura social cuando no existe la aprobación judicial o cuando no consta la certificación de los escrutadores de haber sido aprobados los acuerdos con la asistencia del quórum estatutario o legal.

Podría el Fisco desconocer la validez de los estados financieros aprobados por la asamblea anual sin que hubiera constancia de haberse cumplido con todas las obligaciones que imponen las normas reformadas o sin el informe del comisario.

Es indiscutible que los terceros, por vía de excepción, entendida esta palabra en sentido amplio, si pueden desconocer la validez de una asamblea o de un acuerdo ilegalmente tomado aunque haya sido admitido expresa o tácitamente por los socios.

Puede oponerse también un tercero cuando la actividad social le perjudique. Por ejemplo, extinguido el plazo de vida de la sociedad, sin que se ponga en liquidación la asamblea ordinaria otorga un poder para pleitos y cobranzas y el apoderado a nombre de la sociedad cuya vida se extinguió, demanda a un tercero el cumplimiento de una obligación. El tercero puede oponer la excepción de falta de personalidad del representante debido a la nulidad del poder otorgado a su favor por una sociedad ya extinguida.

En estos ejemplos la nulidad se traduce en ineficacia de los actos jurídicos que les dieron origen.

Otros ejemplos pueden aclarar esta idea. La Ley para promover la Inversión Mexicana y regular la Inversión Extranjera publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de 1973 establece obligaciones a cargo

de las personas morales extranjeras y a cargo de sus administradores, directores y gerentes generales, comisarios y miembros de los órganos de vigilancia de las empresas y declara nulos actos que señala y desconoce actividades que se realizaran en contra de dicha ley.

El art. 28 dice: serán nulos, y en consecuencia no podrán hacerse valer ante ninguna autoridad, los actos que se efectúen en contravención a las disposiciones de esta ley y los que debiendo inscribirse en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, no se inscriban. Además, se sancionará al infractor con multa hasta por el importe de la operación, en su caso, que impondrá la Secretaría o el Departamento de Estado correspondiente. Las infracciones no cuantificables se sancionarán con multa hasta de $100,000.00.

El artículo 29 dispone: Los administradores, directores y gerentes generales comisarios y miembros de los órganos de vigilancia de las empresas, serán solidariamente responsables en lo concerniente a sus funciones, de la observancia de las obligaciones que establece esta ley. Su incumplimiento será sancionado con multa hasta de –$100,000.00–. Las sanciones serán impuestas por la Secretaría de Industria y Comercio previa audiencia del interesado.

La Ley sobre Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 11 de enero de 1982, en su artículo 11 establece.

Los actos, convenios o contratos a que se refiere el artículo segundo, así como sus modificaciones que no hayan sido inscritos en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología serán nulos, y no podrán hacerse valer ante ninguna autoridad y su cumplimiento no podrá ser exigido ante los tribunales nacionales. También serán nulos y su cumplimiento no podrá ser reclamado ante los Tribunales Nacionales, los actos, convenios o contratos cuya inscripción se hubiere cancelado por la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial.

En estos supuestos y en otros análogos en los que las asambleas tomaran acuerdos contrarios a leyes de orden público los accionistas podrían pedir su nulidad por vía de acción independientemente de las responsabilidades en que pudieran incurrir los administradores, gerentes o comisarios y los terceros podrían hacer valer la ineficacia de esos actos nulos.

Cuando una asamblea totalitaria se reuniera sin la previa convocatoria y aprobara, por ejemplo, estados financieros sin el informe del comisario los acuerdos respectivos serían nulos y no por estar aprobados por todos los socios los acuerdos respectivos se convertirían en válidos.

El Fisco podría desconocerlos alegando e invocando su ineficacia.

Una reforma que ha dado problemas de interpretación es la del artículo 116 de la Ley General de Sociedades Mercantiles porque, contra texto expreso de los artículos 3 y 4 del Código Civil y contra toda lógica, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de enero de 1981 y se dijo que estaba en vigor "desde el 1 de enero de 1981."

En lo que afecta al problema de las asambleas generales extraordinarias se estableció que cuando se emitan acciones, como resultado de la capitalización de primas sobre acciones o sobre otras aportaciones previas de los accionistas, así como de capitalización de utilidades retenidas o de reservas de valuación o revaluación, los acuerdos respectivos deben ser aprobados por asambleas generales extraordinarias.

El problema se presenta tratándose de sociedades de capital variable ya que según el artículo 216 el contrato constitutivo de toda sociedad de capital variable deberá contener, además de las estipulaciones que correspondan a la naturaleza de la sociedad, las condiciones que se fijen para el aumento y disminución del capital social.

Si en el contrato social se establece que la capitalización de utilidades retenidas o por reservas de valuación o revaluación y capitalización de primas sobre acciones o de otras aportaciones previas de los acionistas se haga a través de acuerdos de asamblea general ordinaria, no tendrá aplicación el artículo 116 y, consecuentemente no será necesaria la celebración de asamblea extraordinaria ya que bastará la ordinaria, por tratarse de una sociedad de capital variable que puede aumentarlo sin más formalidades que las exigidas en el capítulo correspondiente de la Ley General de Sociedades Mercantiles, según artículo 213.

Esta interpretación deriva del texto expreso de las disposiciones que norman la vida de las sociedades anónimas de capital variable.

Sin embargo, pensar que no es aplicable el régimen del artículo 116 a las sociedades de capital variable sería desconocer que, tratándose de sociedades de capital fijo, todo aumento o disminución de capital debe hacerse forzosamente por asamblea extraordinaria en los términos de la fracción III del artículo 182 que ordena que las asambleas extraordinarias deben resolver precisamente todo aumento o reducción del capital social.

Por tanto, si se ignoran las disposiciones del artículo 116 tratándose de sociedades anónimas de capital variable en los supuestos que prevé y no se celebra asamblea extraordinaria o no se protocoliza el acta de ésta o no se inscribe en el Registro Público de Comercio pueden surgir problemas de carácter fiscal.

Pero como la ley no establece cuándo deben ser protocolizadas ante notario e inscritas en el Registro Público de Comercio, las actas de las asambleas extraordinarias en los términos del artículo 194 bastará celebrar la asamblea extraordinaria y sólo en caso necesario protocolizar e inscribir el acta correspondiente.

La disminución del capital por retiro parcial o total de las aportaciones no presenta problemas en las sociedades de capital variable, salvo la notificación que deberá hacer el socio a la sociedad de manera fehaciente y la época en que surta efecto el retiro, o sea hasta el fin del ejercicio y hasta el fin del ejercicio anual en curso si se hace antes del último trimestre de dicho ejercicio y hasta el fin del ejercicio siguiente si se hace después (art. 220). El derecho de separación, en las sociedades de capital variable, no puede ejercitarse cuando tenga como consecuencia reducir a menos del mínimo el capital social (art.

221). ¿Esto significa que el socio que quiere retirarse debe permanecer contra su voluntad?

La solución está en la posibilidad de pedir la disolución de la sociedad cuando con ese retira el número de socios llegue a ser inferior al mínimo que la ley establece (art. 229, Fracc. IV).

Existe la posibilidad de que los acreedores se opongan a los acuerdos de la sociedad y que puedan paralizarlos. En el caso de la fusión cada sociedad de las que se fusionan debe decidirlo en asamblea extraordinaria (art. 182, Frcc. VII) y el acuerdo de fusión debe inscribirse en el Registro Público de Comercio y publicarse en el periódico oficial del domicilio correspondiente, y en la publicación deberá incluirse el último balance y la que deje de existir deberá publicar además el sistema establecido para la extinción de su pasivo.

La fusión no podrá tener efecto, dice el art. 224, sino tres meses después de haberse efectuado la inscripción a que se refiere el art. 223. Durante dicho plazo, cualquier acreedor de las sociedades que se fusionan puede oponerse a la fusión, la que se suspenderá hasta que cause ejecutoría la sentencia que declare que la oposición es infundada.

Aunque se establece que mediante un procedimiento "sumario" se resuelva la oposición, no se exige garantía alguna para ordenar la suspensión.

La fusión surte efectos desde la inscripción del acuerdo respectivo cuando se pacta que todas las deudas de las sociedades que hayan de fusionarse se paguen, cuando se constituye depósito para realizar el pago o cuando todos los acreedores acepten la fusión, en la inteligencia que todas las deudas se dan por vencidas (art. 225).

En estos supuestos se respetan los acuerdos de las asambleas extordinarias que hayan acordado la fusión, pero su ejecución queda sujeta a modalidades que la impiden concediéndose acción a los acreedores sin exigir garantía alguna para acordar la suspensión.

Una norma que tiene un contenido desquiciante es el art. 228 que establece: "En la transformación de las sociedades se aplicarán los preceptos contenidos en los artículos (de la fusión)."

Si una sociedad anónima de capital fijo trata de convertirse en sociedad de capital variable debe acordarlo en asamblea extraordinaria pero, ¿debe publicar balance? ¿Publicar la forma de extinguir su pasivo? ¿Pueden los acreedores oponerse a esa transformación pidiendo la suspensión de los acuerdos respectivos? ¿Se dan por vencidas las obligaciones de la sociedad que se transforma?

En una interpretación lógica resultan absurdas estas conclusiones porque se trata de la misma sociedad ya que subsiste el mismo objeto social, el mismo capital fijo, los mismos órganos de administración y de vigilancia, es decir, de la misma sociedad que al transformarse no se extingue para que surja una nueva.

Todo lo anterior aconseja no aplicar en sus términos el precepto contenido en el art. 228.

De lo expuesto puede concluirse: El incumplimiento de disposiciones legales y estatutarias están sancionadas con la nulidad de los actos contrarios a la Ley General de Sociedades Mercantiles y a disposiciones de orden público que pueden hacer valer: los socios, individualmente o por grupos representativos de un porcentaje del capital social y los terceros, oponiendo la ineficacia jurídica de los actos nulos.

Desde el punto de vista procesal la legitimación activa por vía de acción corresponde a los socios, en lo individual, promoviendo la:

a) Nulidad de Asambleas cuando no satisfagan los requisitos legales o estatutarios respecto a la asistencia de los socios para cubrir el quórum legal o estatutario y cuando no asista el comisario;

b) Nulidad de los acuerdos cuando la votación es inferior al número de votos requeridos para que sea válida, legal o estatutariamente;

c) Nulidad de los acuerdos tomados violando disposiciones de carácter imperativo establecidas en la propia Ley General de Sociedades Mercantiles o en normas jurídicas de orden público;

d) Nulidad del acuerdo que ordene el pago de utilidades y restitución de lo pagado, cuando la asamblea que las apruebe no satisfaga los requisitos

Corresponde a los socios, cuando integren el 33% del capital social, promover por vía de oposición, la nulidad de los actos y acuerdos antes especificados, con la posibilidad de suspender los efectos de los acuerdos respectivos, siempre que promovieran el juicio correspondiente en el plazo legal. La caducidad por el transcurso del plazo convierte en nulidad relativa la acción respectiva para los interesados.

A los terceros, cuando son acreedores, por vía de acción les corresponde:

a) Pedir la nulidad de los acuerdos sobre reparto de utilidades tomados sin sujeción a la ley y la restitución de lo pagado indebidamente,

b) Oponerse a la fusión de las sociedades cuando estiman que no se satisfacen los requisitos legales, dentro del plazo de tres meses a partir de la inscripción. Caduca, por tanto, esta acción de oposición por el transcurso del plazo.

La eficacia de los actos nulos pueden hacerlos valer los terceros negándose a darles cumplimiento cuando la nulidad depende de la violación, por parte de la sociedad, de disposiciones legales o estatutarias o cuando los acuerdos respectivos crecen de validez por disposiciones de orden público.

Deben considerarse terceros interesados en negar eficacia a los actos nulos: El Registrador Público de Comercio, los Tribunales del Fuero Federal o Común, el Fisco y las oficinas administrativas que debieran tramitar actos ineficaces.

La ineficacia de los actos nulos e independiente de las responsabilidades de los socios, administradores y comisarios.

La legitimación pasiva está a cargo de la sociedad misma, de los socios individualmente considerados y, tratándose de responsabilidades individuales, de los que dejan de cumplir sus deberes obligatorios.

El procedimiento a seguir es, tratándose del ejercicio de acciones, la vía

ordinaria mercantil y, en casos expresos, la "vía sumaria" aplicable cuando la legislación supletoria la admita y cuando haya desaparecido, como en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, la vigente cuando se expidió la Ley General de Sociedades Mercantiles.

ENSAYO SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL "PEDIDO"

RAMÓN CONCHA MALO

I. INTRODUCCION

Se ha hecho cada día más común la utilización, en el medio de los negocios, ya mercantiles, ya civiles, del así denominado "pedido", pues sirviéndose de este vocablo con una gran elasticidad, lo encontramos aplicado a muy diversos actos jurídicos.

Tal diversidad de aplicaciones y usos del citado término, ha acarreado la idea de que todo aquello que se denomina "pedido", es de idéntica naturaleza jurídica, y lo que es más, se ha pretendido calificar a este sistema de contratación, como una forma distinta de contrato, de especie atípica, cuya naturaleza aún no se ha precisado, y sobre el que falta un estudio detenido, para determinar sus alcances: especie, contenido, sujetos, objeto, efectos jurídicos, etc....

No existe obstáculo alguno para que en el derecho se den figuras nuevas, que sean lo suficientemente acordes con las condiciones sociales, que por naturaleza son variables, pues de lo contrario el derecho no sería, como se pretende, un instrumento eficaz de regulación de las relaciones humanas, sino más bien una ordenación obsoleta, que se convertiría en obstáculo o freno de la natural evolución social.

Lo anterior, no sólo se basa en consideraciones filosófico jurídicas, sino en preceptos concretos de nuestra legislación mexicana, pues, entre otros, nuestro Código Civil para el Distrito Federal en materia común y federal para esa jurisdicción, consagra sabiamente el principio conocido como de "libertad contractual", es decir que las partes pueden libremente establecer el sentido y alcance de las obligaciones que contraen, con la única limitante de no transgredir las normas prohibitivas, el orden público, el derecho legítimo de terceros y las buenas costumbres (Artículos 1796, 1832, 1839 y 1858), y por ello, las partes no tienen límite para crear e innovar formas contractuales, acordes a sus necesidades y a los fines que persiguen.

Otro tanto acontece con nuestro actual Código de Comercio que consagra en los siguientes preceptos el mismo principio de la libertad contractual:

> "ARTICULO 78.—En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados."

"ARTICULO 81.–Con las modificaciones y restricciones de este Código serán aplicables a los mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos."

No obstante lo anterior, y trayendo a la mente aquel adagio filosófico que reza que "los entes o conceptos no deben de multiplicarse sin necesidad", consideramos que lo más pertinente es indagar primero si el vocablo "pedido" no engloba diversos actos jurídicos típicos, que conviene detallar y separar, antes de multiplicar innecesariamente los contratos, al considerarlo un nuevo contrato atípico.

Ya Marcel Planiol había señalado la equiparación del pedido con la venta de cosa futura al establecer "las ventas mercantiles son generalmente VENTAS DE COSAS FUTURAS: como sucede tratándose de LOS PEDIDOS hechos a los FABRICANTES, que, en el momento en que los aceptan no tienen por lo general, los efectos que se obligan a entregar en el plazo establecido, y a menudo no tienen ni siquiera las materias primas necesarias para elaborarlos".

Por lo tanto, nos proponemos indagar la esencia de los pedidos, para saber qué relaciones jurídicas encierran, y si éstas pueden considerarse típicas o no, para en cada caso, concluir las características propias de dichas relaciones.

11. EL PEDIDO COMO ACTO UNILATERAL

Queremos señalar, primero, que el pedido en sí, es propiamente un acto unilateral de uno de los contratantes, y no es consecuentemente un contrato, pues éste exige el acuerdo de voluntades o consentimiento sobre el objeto pretendido, como claramente lo señalan los artículos 1792 y 1803 del Código Civil.

En efecto, unas veces el pedido en sí, redúcese a la "petición" que hace un posible contratante a otro eventual contratante, proponiéndole la celebración de un contrato. Por ejemplo, si A, necesita un automóvil, acude con B, y la fórmula un "pedido", esto es, le "pide" que le venda un vehículo, lo que nos hace evidente que el tal "pedido" no constituye aún un contrato, sino tan sólo una oferta de contrato. Otras veces sucede exactamente lo contrario, cuando, por ejemplo, se ha realizado una policitación por un comerciante, que ha ofrecido mercancías a determinado precio, y una persona acude al establecimiento y formula su "pedido" constituyendo lo que hace un aprovechamiento de la declaración unilateral de voluntad del comerciante oferente y conforma, con su aceptación, el consentimiento requerido para que se dé nacimiento al contrato de compra-venta.

De lo anterior se infiere que el pedido en sí puede consistir en:

A) UNA OFERTA DE CONTRATO.

B) LA ACEPTACION DE LA OFERTA O EL APROVECHAMIENTO DE UNA DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD.

Ambas posibilidades difieren entre sí, pues dan nacimiento a consecuencias jurídicas diversas que es necesario precisar.

A) OFERTA DE CONTRATO

En la oferta de contrato, es precisamente el oferente el que formula el pedido, y por lo tanto queda obligado a sostener su oferta durante el plazo que unilateralmente haya establecido, y si no lo ha fijado y se trata de un ausente queda vinculado por su oferta durante tres días más al necesario para la ida y vuelta regular del correo. (Artículo 1806).

Aquí conviene señalar una diferencia esencial entre el derecho civil que sostiene la teoría de la recepción, por lo que toca a la aceptación de la oferta (Art. 1807) y el derecho mercantil que consagra la teoría de la expedición (Artículo 80), es decir, en el derecho civil no se tiene por conformado el consentimiento, sino hasta que el proponente u oferente RECIBE la comunicación de la aceptación, y en cambio en el derecho comercial, basta la simple EXPEDICION de la aceptación, para que se tenga por perfeccionado el contrato.

Igualmente, conviene recordar que nuestro Código Civil, incorporando la tradición germánica, en contra de la rígida teoría tradicional romana y francesa, ha consagrado el principio de que la SOLA DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD PRODUCE CONSECUENCIAS JURIDICAS, es decir vincula y obliga al declarante unilateral. Por ello los artículos 1804 y siguientes del Código Civil, señalan la vinculación del oferente de un contrato durante el plazo señalado, y malamente se puede pretender que en la simple oferta haya un acuerdo de voluntades, no obstante lo cual, el oferente debe cumplir lo ofrecido, en caso de aceptación, y mientras ésta no se produzca no puede retractarse de la oferta si aún no expira el plazo.

B) LA ACEPTACION DE LA OFERTA O APROVECHAMIENTO DE LA DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD.

Nuestro legislador ha ido más allá, en cuanto a la posibilidad de que la sola voluntad unilateral sea jurigénica, pues independientemente de la oferta de contrato, señala otras tres formas de declaraciones unilaterales de voluntad que constituyen otra fuente de obligaciones: la policitación, el ofrecimiento al público y la estipulación a favor de tercero.

Por ello, como señalamos anteriormente, bien puede encontrarse al pedido como simple aceptación de la oferta de contrato o aprovechamiento de la policitación, en cuyos casos, ya no son ni el oferente ni el declarante los que formulan los pedidos, sino los recipiendarios de la oferta o la policitación.

Tocante a este punto cabe señalar, que el aceptante ha de ceñirse a los términos de la oferta o policitación (Arts. 1810 y 1860 del Código Civil), pues si la modifica, ello acarrea que se le considere como nueva oferta, en el caso de la

simple oferta de contrato o simplemente se desliga el declarante unilateral, en el caso de la policitación.

De lo anterior se infiere, que un pedido no necesariamente va a conducirnos a la celebración de un contrato, pues si ha sido una simple oferta, y ésta no ha sido aceptada, nunca se tendrá por celebrado el contrato propuesto, por la falta del elemento esencial que conocemos como "consentimiento" o acuerdo de voluntades. En cambio en los casos de los pedidos al oferente o policitante, que constituyen aceptación de la oferta o poliictación, tales pedidos constituyen la emisión de voluntad necesaria, para conformar el acuerdo de voluntades o consentimiento, dando nacimiento y perfeccionando al contrato ofrecido.

Por ende, de acuerdo con nuestra premisa señalada líneas arriba, el pedido no es necesariamente un contrato, es más, en puridad de conceptos, nunca es en sí, un contrato, pues siguiendo a Planiol, podemos decir, que el contrato se da cuando el pedido se acepta, pero la aceptación en sí ya no es el pedido, sino la conformación del contrato ofrecido, ya que sostener lo contrario equivaldría a confundir la oferta con el contrato mismo ofrecido.

De lo expuesto podemos deducir que el pedido puede encontrarse en el preámbulo de cualquiera relación jurídica, y en cualquier contrato, cuando no es sino una oferta de contrato, siendo entonces sinónimo el término "pedido" del término "oferta". Y cuando el pedido no es sino sinónimo de "aceptación" y puede encontrarse en cualquier tipo de contrato.

En cambio, como aprovechamiento de una declaración unilateral de voluntad, creemos que sólo puede encontrarse, racionalmente hablando, en el caso de la policitación, no en la oferta al público, ni en la estipulación a favor de tercero, y entonces el término pedido es sinónimo de "aprovechamiento", como ya hemos señalado.

III. RELACIONES JURIDICAS QUE PUEDEN NACER CON MOTIVO DE UN PEDIDO

Si, como hemos señalado, el pedido puede encontrarse en el preámbulo de cualquier relación jurídica bilateral o no, es factible que el mismo sea el antecedente de cualquier contrato definitivo o no, es decir, cabe no solamente en los contratos de eficacia propia y definitiva, sino también en los llamados preparatorios, o conocidos también como contratos de promesa.

De esa manera, pues, podremos encontrar al pedido, subyaciendo en cualquiera de estas dos posibilidades:

A) COMO ANTECEDENTE DE UN CONTRATO DE PROMESA O PREPARATORIO.

Como lo puede ser el de promesa de compraventa, y así en la práctica nos encontramos que muchas empresas inmobiliarias suelen aceptar pedidos que no son sino ofertas de contratos preparatorios o de promesa de compraventa de

casas, condominios o departamentos. Lo anterior es perfectamente válido y legal pues el contrato de promesa, aunque preparatorio, es un auténtico contrato, con su acuerdo de voluntades esencial y su objeto definido, y desde luego con una regulación legal específica que encontramos en los artículos 2234 y siguientes del Código Civil. Por lo tanto una oferta bajo la forma de pedido, o un pedido que encierre la aceptación de una oferta o una policitación, como ya señalamos, tiene real cabida en tratándose de un contrato de promesa.

Es importante subrayar que, distorcionando el sentido preciso del pedido, puede acontecer, lo que de hecho ocurre con enorme frecuencia, que bajo el nombre de "pedido"', con que se bautiza a un contrato de adhesión, y al documento que lo contiene, hay un verdadero contrato, ya no digamos de promesa, sino de auténtica compra-venta, siguiendo el criterio legal y jurisprudencial vigentes, que ven en el acuerdo de precio y cosa con un principio de ejecución, un auténtico y real contrato de compra-venta.

Sin embargo, no perdamos de vista, que lo anterior no es sino una perversión del vocablo "pedido" y de su auténtica conceptuación jurídica en los términos ya señalados anteriormente.

B) COMO ANTECEDENTE DE UN CONTRATO DEFINITIVO

En efecto, si ya hemos visto que el pedido, ya como aceptación, ya como oferta, puede conducir al acuerdo de voluntades o consentimiento requerido para la formación de una relación jurídica bilateral, es obvio que puede ser el antecedente de cualquier contrato defiintivo: el de compra-venta, arrendamiento, prestación, de servicios, de obra, etc....

Resulta necesario, una vez más, hacer hincapié en que el contrato definitivo a que condujo el pedido, ya no es el pedido mismo, sino una entidad jurídica diversa, con vida propia e independiente, de la misma manera como el todo no se confunde con las partes, o por usar un símil jurídico, de la misma forma como el contrato difiere de sus elementos, pues no existe convertibilidad entre ellos.

Consideramos que sería interminable analizar todos los contratos a que puede conducir un "pedido" o que se disfrazan bajo el nombre de un "pedido", pero creemos que es interesante analizar, si, como algunos han pretendido, en la práctica el pedido sólo se utiliza en relación con el contrato de compra venta, o lo que es lo mismo, que sólo da lugar a dicho contrato.

Planiol, entre otros, y conforme a la cita textual antes transcrita, considera que el pedido aceptado da lugar a una compra-venta de cosa futura, refiriéndose específicamente al caso de productos manufacturados que no existían al momento de la celebración del contrato de venta.

Nosotros creemos que el pedido, puede dar lugar al nacimiento de un contrato bien de compra-venta; bien de compra-venta de cosa futura; bien de obra a precio alzado, o de obra a precios unitarios, por lo que analizaremos estas posibilidades:

IV. COMO SIMPLE COMPRA-VENTA

De conformidad con lo preceptuado por los artículos 2248 y 2249 del Código Civil, el acuerdo de voluntades sobre cosa y precio tendiente a la transmisión de la propiedad de una cosa o un derecho, da lugar a la compra-venta.

Por lo tanto, si el pedido es una oferta de contrato para adquirir una cosa ya existente y de la que puede disponer el vendedor, o bien es la aceptación de una policitación del vendedor, es obvio que el pedido aceptado da lugar a una simple compra-venta.

Los requisitos para el supuesto anterior, son que la cosa vendida exista en la naturaleza, se encuentre en el comercio y sea determinada o determinable en cuanto a su especie como señala el artículo 1825 de nuestro Código Civil.

Debemos señalar que la mencionada posibilidad, esto es la simple, lisa y llana compra-venta, y sus diversas modalidades se rigen por lo dispuesto en los artículos 2248 y siguientes del Código Civil, paar actos de esta índole, y los artículos 371 y siguientes del Código de Comercio, para actos de esta última naturaleza, y quedando por lo tanto, las partes del contrato, obligados a las cargas y obligaciones que para adquirente y enajenante señalan, en primer lugar el clausulado del acto, después la teoría general de las obligaciones y por último la reglamentación ya civil ya mercantil de las ventas.

Suele ocurrir que el pedido se haga en formas preimpresas del propio vendedor, y que éste supedite la aceptación del pedido al cumplimiento de determinados requisitos y condiciona su aceptación a ciertas reglas. En estos casos, debemos señalar dos aspectos importantes: primero, que no habrá contrato, sino hasta que se haya aceptado expresa o tácitamente el pedido, previo el cumplimiento de los requisitos señalados; segundo, que por tratarse de formas preimpresas, y en caso de duda, debe de interpretarse y resolverse cualquier controversia en favor del que formula el pedido y en contra del "autor de la cláusula", en este caso el vendedor.

Conviene por último señalar que en los casos de pedidos al vendedor, la oferta de contrato nace del formulante del pedido, y éste no es la aceptación de una oferta, puesto que no ha mediado un ofrecimiento de venta por parte del vendedor. En efecto, la Ley señala con meridiana claridad que una cosa es ofrecer la celebración de un contrato, que debe contener la voluntad precisa y clara del oferente para celebrar un contrato, y otra bien distinta, la policitación u oferta de venta, que requiere el serio ofrecimiento al público en general de una cosa a determinado precio. Por lo tanto, debe de distinguirse muy claramente una policitación de una simple cotización, pues en ésta sólo se informa, en contestación a una pregunta, el precio que puede tener una cosa, pero no constituye ni una oferta de contrato ni una policitación, pues cotizar es sólo informar sobre el precio que una cosa puede tener en un momento dado.

V. COMO COMPRAVENTA DE COSA FUTURA

Este supuesto es el contemplado por Planiol en la cita transcrita, y en la que se señala, que encontraremos la venta de cosa futura cuando, al celebrarse el contrato aquella aún no exista en la naturaleza, al menos en su forma definitiva.

Ahora bien, la cosa futura puede darse o bien por un fenómeno o hecho de la naturaleza, o bien por el hecho de un tercero ajeno al contrato, o bien, por último, por el trabajo de una de las partes.

Hay autores que no ven distinción alguna en los supuestos anteriores y sin más concluyen que en todos los casos nos encontramos ante compra-venta de cosas futuras.

Sin embargo, otros autores como Colín y Capitant, Marcel Planiol, Puig Peña y otros consideran que cada supuesto o varios de ellos dan lugar a contratos distintos, y así nos dicen que si la cosa ha de producirse por un simple fenómeno natural o el hecho de un tercero, podemos hablar de venta de cosa futura; en cambio si ésta va a producirse por el trabajo de una de las partes, estamos, ya no frente a una venta de cosa futura, sino frente a un contrato de obra.

Nuestro Código Civil distingue no sólo la compra-venta de cosa futura (Art. 1826) del contrato de obra a precio alzado (Art. 2610) y del contrato de obra por precios unitarios, por piezas o a destajo (Art. 2630), sino que distingue con toda claridad la compra-venta de esperanza (Arts. 2792 y 2793), en los siguientes términos:

A) Hay COMPRAVENTA DE COSA FUTURA

Cuando la cosa vendida no existe en la naturaleza, y su producción debe atribuirse a un fenómeno natural o el trabajo de un tercero. En este tipo de venta EL VENDEDOR SOPORTA EL RIESGO DE LA NO EXISTENCIA DE LA COSA FUTURA. El contrato es conmutativo y no aleatorio Artículos 1826, 1838 y 2309 a contrario sensu.

B) Hay COMPRA DE ESPERANZA:

Cuando el comprador toma a su cargo los riesgos de que la cosa futura no pueda llegar a existir por lo que el vendedor tiene derecho al precio independientemente de la producción o no producción de la cosa vendida, Artículos 2792 y 2793. Este contrato es netamente aleatorio, Artículo 1838.

Cuando el pedido se refiera a cualquiera de los dos supuestos anteriores, estaremos ante compraventa con las modalidades señaladas, sujetas a la regulación propia de la compra-venta, con las variables precisadas, y quedando las partes sujetas al contrato por los principios de obligatoriedad, intangibilidad, conservación y seguridad de los contratos, esto es que no pueden sacudirse sus obligaciones unilateralmente: 'pacta sunt servanda"; ni pueden dejar de cumplir sus obligaciones por haber variado las condiciones existentes al momento de la celebración del contrato: "rebus sic stantibus".

VI. COMO CONTRATO DE OBRA

De acuerdo con los autores citados y nuestro Código Civil, si la cosa objeto del contrato no existe en la naturaleza al momento de la celebración del acto,

y su producción depende del trabajo, habilidad, capacidad y conocimiento de una de las partes, el contrato en cuestión es de obra, ya a precio alzado ya a precios unitarios o bien a destajo.

Nosotros creemos que lo más común en los pedidos a fabricantes, industriales o contructores, así como a los artesanos es encontrar una oferta de contrato de obra. En efecto, el producto que se pide aún no existe en la naturaleza, su producción depende del trabajo del fabricante, industrial, constructor o artesano, las materias primas las proporcionan éstos, independientemente de que haya anticipos en efectivo o en especie, pues el riesgo es siempre de ellos hasta la total entrega de la cosa y la razón por la que se escogió a éstos, es su conocimiento, capacidad o habilidad.

Si comparamos las anteriores características con los elementos que señalan los artículos 2616 y siguientes del Código Civil, hallaremos una absoluta identidad:

"ARTICULO 2616.–El contrato de obra a precio alzado, *cuando el empresario dirige la obra* y *pone los materiales*, se sujetará a las reglas siguientes."

"ARTICULO 2617.–Todo *el riesgo de la obra correrá a cargo del empresario hasta el acto de la entrega*, a no ser que hubiere morosidad de parte del dueño de la obra en recibirla o convenio expreso en contrario.

"ARTICULO 2626.–El empresario que se encargue de ejecutar alguna obra por precio determinado, *no tiene derecho de exigir después ningún aumento, aunque lo haya tenido el precio de los materiales* o jornales."

"ARTICULO 2633.–*El empresario* que se encargue de ejecutar alguna obra, *no puede hacerla ejecutar por otro a menos que se haya pactado lo contrario, o el dueño lo consienta*; en estos casos la obra se hará siempre bajo la responsabilidad del empresario.

"ARTICULO 2635.– *El dueño* de una obra ajustada por un precio fijo *puede desistir de la empresa comenzada, con tal que indemnice al empresario de todos los gastos y trabajos* y de la utilidad que pudiera haber sacado de la obra."

'ARTICULO 2638.–Si el *empresario muere antes de terminar la obra, podrá rescindirse el contrato*; pero el dueño indemnizará a los herederos de aquél del trabajo y gastos hechos."

Lo anterior nos revela las profundas diferencias que hay entre un contrato de compra-venta de cosa futura y un contrato de obra, pues, mientras éste es "intuitu personnae", aquél no lo es; y precisamente por ello, en el CONTRATO DE OBRA, cabe la RESCISION UNILATERAL, artículos 2635 y 2636 del Código Civil, como clara excepción al principio de que no puede dejarse el cumplimiento de los contratos al arbitrio de una sola de las partes, artículo 1797; y en la compra-venta de cosa futura no hay tal excepción. En la compra-venta, se siguen las reglas generales para el saneamiento por vicios ocultos, con las dos acciones "rehibitoria" y quanti minoris", con su estrecho plazo de prescripción de seis meses, artículos 2142 y 2149; mientras que en el contrato de obra la responsabilidad contractual del empresario por los defectos de la obra no tienen un plazo especial de prescripción, artículo 2134 y por lo tanto se está a la regla general del plazo más largo de diez años, artículo 1159. Por último existen en el contrato de obra las acciones oblicuas o subrogatorias que tienen los proveedores y trabajadores en contra del dueño de la obra, por el importe de las cantidades que éste adeude el empresario, artículo 2641, lo que desde luego no se da en el contrato de compra-venta.

De lo anterior inferimos, que la distinción que hemos hecho entre compra-venta de cosa futura y contrato de obra no es puramente académica o teórica, sino que tiene enorme trascendencia en la práctica y en la legislación, siendo por ende necesario que se distinga con toda claridad un contrato de otro, para poder resolver las controversias que se susciten en su ejecución e interpretación.

VII. CONCLUSION

Debemos concluir, pues, que en el "*pedido*":

A) No hay propiamente un contrato, sino que se trata más bien: o de una oferta de contrato, o de la aceptación de una oferta de contrato, o bien de la aceptación de una policitación u oferta de venta al público.

B) Que puede ser el antecedente de contratos de diversa índole, ya preparatorios, ya definitivos, típicos o no.

C) Que no es exacta la afirmación de que en el pedido se encuentra siempre un contrato de compra-venta.

D) Que más bien el pedido es una oferta de contrato de obra, en los casos en que los bienes objeto del contrato, son manufacturados por el co-contratante.

E) Y por último, que el pedido no es una forma nueva de contratación o una figura jurídica independiente, sino que engloba diversas figuras y da nacimiento a relaciones jurídicas diferentes, cuya precisa regulación ya existente hace innecesaria una legislación específica, haciéndose evidente una vez más el principio de interpretación de los actos jurídicos, según el cual, dichos actos han de interpretarse no por el nombre que las partes le han dado, sino por su contenido obligacional, artículo 1851 y siguientes del Código Civil.

ASPECTOS LEGALES DE LA COLOCACION PUBLICA DE ACCIONES DE SOCIEDADES EN MEXICO

LUIS J. CREEL CARRERA y
DIEGO MARTÍN DEL CAMPO Y SOUZA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Requisitos de Carácter Interno que debe Cumplir la Sociedad antes de Realizar la Oferta Pública de sus Acciones.* III. *Organismos de Carácter Público que Intervienen en el Mercado de Valores.* IV. *Requisitos de Carácter Externo que debe Cumplir la Sociedad para Realizar la Oferta Pública de sus Acciones.* V. *Requisitos que debe Cumplir la Sociedad Después de la Colocación Pública de sus Acciones.* VI. *Suspensión o Cancelación por Orden de la Comisión Nacional de Valores del Registro de las Acciones de la Sociedad en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.* VII. *Suspensión y Cancelación por Orden de la Bolsa Mexicana de Valores de la Cotización y Registro de las Acciones de la Sociedad en la Bolsa.* VIII. *Sanciones por la Oferta Pública de Acciones no Registradas.* IX. *Medios de Defensa en Contra de Resoluciones que Afecten a la Sociedad Emisora de las Acciones.*

I. *Introducción*

A. En qué consiste convertir una empresa en Sociedad Pública.

El término "sociedad pública" se utiliza, en algunos casos, para diferenciar a las sociedades propiedad de particulares —sociedades privadas— de aquellas que son propiedad del Estado —Entidades Paraestatales o Sociedades de Participación Estatal mayoritaria—. Sin embargo, este término también se usa para distinguir a las sociedades privadas, que han dejado de ser propiedad de un número reducido de personas para pasar a ser patrimonio de un gran grupo de accionistas, a quienes se les conoce como el gran público inversionista. Es precisamente esta conversión lo que constituye el objeto del presente estudio; el cambio o transformación que sufre una sociedad cuando parte o la totalidad de su capital social lo adquiere el público en general. A partir de este momento, la sociedad como negocio "familiar" —entendiéndose por tal el formado y organizado por un grupo reducido de inversionistas, generalmente conocidos entre sí— se convierte en un negocio "público" en el que participan como dueños un gran número de personas que no se encuentran inter-relacionadas, salvo por el hecho de ser propietarias de una parte de la misma empresa. En muchas ocasiones, los accionistas en sociedades públicas no sólo no se conocen entre sí, sino que probable-

mente nunca se lleguen a conocer, por encontrarse oculta su identidad al amparo de títulos al portador.

La forma, pasos a seguir y requisitos que deben de cumplirse para que una sociedad se convierta en sociedad pública se analizan en los capítulos siguientes. Como es de suponerse, al momento en que una sociedad hace participar al público en su capital social, asume una serie de obligaciones y responsabilidades frente a sus nuevos dueños. Estas obligacionse y responsabilidades se encuentran reguladas por leyes especiales, disposiciones administrativas y reglamentos que más adelante se comentan.

B. Objetivo que se busca al realizar una oferta pública de acciones

Como se señala en el capítulo anterior, la sociedad que se convierte en pública asume, por ese solo hecho, una serie de obligaciones que antes no tenía y sufre nuevas limitaciones o restricciones en su forma de operar y ser administrada. Esta nueva carga de responsabilidades y restricciones sólo tiene sentido, en la medida en que a cambio de ellas, la sociedad reciba beneficios de importancia. De otra forma, no hay razón alguna para perder ciertos privilegios que la empresa familiar tiene, como serían, por ejemplo, la flexibilidad y rapidez con que los accionistas pueden tomar decisiones, el control o influencia que pueden ejercer cada uno de los dueños del negocio y la relativa simplicidad o sencillez con que puede administrarse la sociedad y con que pueden implementarse las resoluciones. En muchas ocasiones, las sociedades se crean y organizan en base a la confianza y amistad que se tienen los socios quienes, además de su capital, aportan sus conocimientos y relaciones. Este manejo conjunto del negocio por parte de los accionistas se pierde, en la mayoría de las veces, cuando intervienen grupos o personas extrañas. Entonces, por necesidad, el negocio se institucionaliza y la empresa debe ser reestructurada y organizada de tal forma que pueda ofrecer las seguridades y protecciones necesarias a sus nuevos propietarios, que serán muchos.

En vista de lo anterior, es importante entender e identificar las razones o necesidades que, en un momento dado, justifiquen y hagan recomendable la decisión de convertir a una sociedad privada en pública.

Durante la vida de un negocio, habrá momentos en que, o por exigencias de expansión o por problemas internos —tales como un periodo largo de dificultades de cobranza; altos inventarios que no pueden fácil y rápidamente realizarse; inesperados aumentos en los costos de producción o en los gastos operativos; necesidades imprevistas de mantenimiento o de reposición de la maquinaria o equipo; compras con finalidades preventivas, por posible escasez de importantes volúmenes de materia prima, accesorios o componentes; los costos financieros por devaluaciones de la moneda o alza de intereses; o bien, por cambios súbitos en la economía del país —se requiere de fondos adicionales para poder seguir operando. Ahora bien, en algunas ocasiones estas necesidades de efectivo

surgen para hacer frente a situaciones anormales de carácter transitorio, para lo cual el financiamiento externo, en cualquiera de sus formas, o aun el financiamiento por parte de los socios es suficiente. Sin embargo, en algunos casos, este tipo de financiamiento no es siempre fácil o posible de obtener, ya sea porque el pasivo de la sociedad es ya muy alto, o porque ésta no ofrece las garantías requeridas por quien está dispuesto a financiarla, o bien porque el posible acreedor exige una serie de controles y limitaciones en el manejo del negocio y en las políticas a seguir, que hacen inaceptable la contratación del crédito sobre esas bases.

Existen medios de financiamiento que empiezan a ser utilizados en México con relativa frecuencia por las sociedades. Tal es el caso de la emisión de papel comercial y de obligaciones.

Por lo que toca al papel comercial, este instrumento de crédito consiste en la emisión de pagarés mediante los cuales la sociedad emisora se obliga frente a los tenedores a cubrirles cierta suerte principal más intereses, en un plazo determinado.[1] Las sociedades, para poder emitir papel comercial que habrá de ser objeto de oferta pública y negociado en la Bolsa de Valores, requieren que dichos títulos de crédito se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, así como en la Bolsa en la cual habrán de cotizarse.[2]

La desventaja que ofrece este tipo de financiamiento es que debe ser a corto plazo y a un costo, actualmente, muy elevado, puesto que las tasas de interés o de descuento que se ofrezcan deben representar un rendimiento más atractivo que el que ofrecen otros instrumentos de inversión, que ya garantizan al inversionista altos rendimientos, como pueden ser los Certificados de Tesorería.

Por su parte, la "obligación" consiste en un título que representa la participación individual de su tenedor en un crédito colectivo constituido a cargo de la sociedad emisora.[3] En este sentido, la obligación "es un título de renta fija, puesto que produce intereses a una tasa predeterminada",[4] siendo estos conceptos aplicables a las llamadas "obligaciones simples". Sin embargo, existen dentro del Derecho Mexicano, otro tipo de obligaciones, las conocidas como "obligaciones convertibles en acciones",[5] que precisamente dan derecho a sus tenedores a transformarlas en acciones, convirtiéndose ellos, en consecuencia, en accionistas en lugar de acreedorse de la sociedad emisora;[6] el derecho de con-

[1] Normalmente se concede, por la Comisión Nacional de Valores, autorización para emitir estos pagarés con plazos de vencimiento a 15, 30, 45, 60, 75 y 91 días atendiendo a las necesidades de la sociedad emisora; pero al momento de suscribirse el pagaré, en éste se hará constar un día fijo de vencimiento, dentro de las alternativas autorizadas por la mencionada Comisión.

[2] Ver artículos 13 y 33 de la Ley del Mercado de Valores.

[3] Ver artículo 208 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

[4] Raúl Cervantes Ahumada "Títulos y Operaciones de Crédito", p. 142. Editorial Herrero, S. A., México, 1978.

[5] Las obligaciones convertibles en acciones se encuentran reglamentadas por el Artículo 210 Bis de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual fue agregado a dicha Ley por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1962.

[6] Raúl Cervantes Ahumada, *op. cit.*, pp. 150 y 151.

versión de las obligaciones en acciones es un derecho de opción que corresponde exclusivamente al tenedor de las obligaciones, quien no podrá ser forzado por la sociedad emisora para realizar la conversión.[7] La emisión de obligaciones significa una carga para la sociedad, en tanto que ésta quedará obligada a pagar los intereses estipulados en dichos títulos así como las amortizaciones correspondientes, independientemente de los resultados que obtenga en sus operaciones; por otra parte, a fin de hacer competitiva su emisión en el mercado,[8] las obligaciones deberán estar en posibilidad de ofrecer rendimientos más atractivos que otros valores existentes en el mercado, debiéndose tomar en cuenta, para tales efectos, factores tales como tasa de interés y tasa de conversión en el caso de obligaciones convertibles en acciones.

En aquellas ocasiones en donde las causas que originan la necesidad de mayores fondos para la empresa son de carácter permanente, como podría ser el caso de programas de expansión; adquisición de nuevos negocios; o reestructuración de coeficientes financieros debido a desequilibrios entre el capital y el pasivo de la sociedad, es necesario llevar a cabo nuevas inversiones en su capital. Cuando esta inversión no puede ser hecha por los entonces accionistas, es preciso invitar a nuevos inversionistas. En este momento, surgen dos posibilidades que deben ser evaluadas cuidadosamente por los dueños del negocio.

C. Colocación privada y colocación pública de acciones

Los accionistas de una sociedad pueden invitar a otro u otros inversionistas en base a sus atributos personales, o por ciertas cualidades especiales que encuentren en ellos las que, en su opinión, constituirán un activo intangible importante para el negocio. En estos casos, generalmente los accionistas estarán dispuestos a aceptar al nuevo inversionista como un miembro más del grupo "familiar". Sin embargo, habrá otros casos en los que los accionistas estén dispuestos a ofrecer sus acciones al público en general, sin importarles quien o quienes se conviertan en sus socios. En el primer supuesto, se hablaría de una colocación "privada" de acciones, en tanto que ellas se venderían a personas perfectamente identificadas y dentro de un grupo ciertamente reducido. La participación de estos nuevos accionistas no rompería la estructura original de la sociedad, por lo que ésta continuaría considerándose como una sociedad privada.

En el segundo supuesto, estaríamos frente a una colocación "pública" de acciones, puesto que ellas se adquirirían por el gran público inversionista, cuyo ingreso en la sociedad haría que ésta se convirtiera en una sociedad pública. Cualquiera de las dos alternativas citadas lleva consigo ventajas y desventajas para los accionistas originales.

[7] Ver Art. 210 Bis fracciones III y V de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y Cervantes Ahumada, *op. cit.*, p. 152.

[8] Se ha dicho que la emisión de obligaciones convertibles en acciones presenta ventajas para las empresas que, por no ser muy conocidas entre el público inversionista tendrían dificultades para captar recursos financieros a través de la emisión de acciones comunes; ofreciendo este tipo de obligaciones, en tales circunstancias, la posibilidad de dar a conocer a la sociedad emisora y, de esta manera, "preparar el camino para posteriores ofertas de acciones". (Ver Revista "Expansión", p. 10, ejemplar del 29 de octubre de 1980.)

1. Ventajas y desventajas de la colocación privada de acciones

En el caso de una colocación privada de acciones, la ventaja principal es que no se pierde el carácter de empresa "familiar" y que, por lo tanto, se puede seguir operando el negocio como hasta esa fecha se había hecho. Por ora parte, en este tipo de colocaciones se invita a personas que usualmente aportan, además de su capital, su ayuda y asistencia dentro de las áreas de su especialización o actividades. La desventaja de una colocación privada es que, generalmente, los nuevos socios, precisamente por ser un grupo reducido y por adquirir, en la mayoría de los casos, paquetes significativos de acciones, exigen una importante participación en la administración de la empresa, casi siempre mediante su intervención en el Consejo de Administración de la sociedad. En otras ocasiones, los nuevos accionistas solicitan de los socios originales protecciones y garantías respecto a la veracidad y fidelidad de la información proporcionada con relación a la compañía, incluyendo proyecciones o estimaciones de resultados, lo que podría, en un momento dado, resultarles muy oneroso.

2. Ventajas y desventajas de la colocación pública de acciones

En el caso de una colocación pública de acciones, el mayor beneficio que se logra es el de dar a la sociedad un acceso directo al mercado y a la Bolsa de Valores, y de esta forma permitirle hacerse, con relativa facilidad, de fondos adicionales que satisfagan sus futuras necesidades. Además, las acciones que se colocan entre el público se distribuyen de tal manera que hacen que su tenencia se pulverice y, consecuentemnte, el nuevo grupo de accionistas queda muy diluido, permitiendo así a los dueños originales retener un paquete unificado de acciones que, si es de importancia, les dará el control efectivo de las operaciones y políticas de la sociedad. Finalmente, al momento en que la empresa adquiere el status de sociedad pública, su estructura se institucionaliza y su imagen corporativa se fortalece y adquiere mayor relevancia no solamente frente a terceros, posibles inversionistas, proveedores, clientes y competidores, sino también frente a la comunidad bancaria local y extranjera, así como frente al sector gubernamental toda vez que ahora el Estado tiene un interés general que proteger y, por ello, interviene al amparo de la legislación aplicable, mediante una supervisión y control mayor respecto a sus operaciones. La desventaja de este tipo de colocaciones, sobre todo tratándose de la primera vez, es la de obligar a la sociedad a convertirse en una sociedad pública, y con

ello se le hace sujeto de una serie de responsabilidades, obligaciones y controles que antes no tenía.

II. *Requisitos de carácter interno que debe cumplir la sociedad antes de realizar la oferta pública de sus acciones*

Generalmente las sociedades privadas o "familiares" se encuentran legal,, financiera y comercialmente organizadas de tal forma, que es preciso cambiar su estructura antes de que coloquen acciones representativas de su capital social entre el gran público inversionista. Frecuentemente, los estatutos de estas sociedades contienen disposiciones que fueron adecuadas para regular las relaciones entre los socios cuando éstos formaban el pequeño grupo "familiar", pero que resultarán inoperantes en el momento en que la empresa pase a ser propidad de un número ilimitado de socios. Lo mismo sucede respecto a ciertas relaciones contractuales de la sociedad, algunas de las cuales se justifican antes por ser reflejo de los acuerdos a que llegaron los socios originales. Nos referimos aquí a contratos celebrados entre la sociedad y uno o varios socios, o bien entre la sociedad y otras empresas propiedad de alguno de los socios o, inclusive, aquellos celebrados por la sociedad con algún tercero, cuando en tales contratos se establecen limitaciones a la forma de operar del negocio o a su estructura o políticas financieras.

Otros aspectos que deben revisarse con cuidado a fin de hacer, oportunamente, los cambios o ajustes que procedan, son aquellos relacionados con la clase de acciones que representan el capital social de la empresa, así como con la naturaleza de los poderes que se hayan otorgado y cuyo ejercicio puede comprometer, de alguna forma, a la sociedad. Finalmente, es necesario determinar el tipo de contingencias que tiene el negocio y como se encuentran reflejadas en sus estados financieros.

A continuación, se analizan cada uno de los aspectos más comúnmente observados y se explican los cambios o ajustes que deben realizarse antes de llevar a cabo la oferta pública de las acciones.

A. ESTATUTOS

Los estatutos de la sociedad contienen las normas que regirán su estructura y funcionamiento. Es por ello, que deben ser analizados con todo cuidado antes de convertir a la sociedad en una empresa pública pues, en muchas ocasiones, los estatutos son elaborados por los socios fundadores, tomando en cuenta la manera específica en que ellos decidieron asociarse y operar. De esta forma, frecuentemente estos documentos contienen reglas perfectamente justificables para el grupo inicial de accionistas, pero inaceptables para los nuevos inversionistas. Veamos algunos ejemplos:

1. Derechos de veto a minorías.

Independientemente de lo que señala la Ley General de Sociedades Mercantiles, en el sentido de otorgar a cada accionista o grupo de accionistas que sea propietario de por lo menos el 25% (veinticinco por ciento) del capital social de una compañía el derecho a nombrar a un miembro del Consejo de Administración[9] y a un comisario[10] cuando los administradores o comisarios de la sociedad sean tres o más personas, o de que si la sociedad tiene inscritas sus acciones en la Bolsa de Valores, tales derechos se le conceden al accionista o grupo de accionistas que sea propietario de por lo menos un 10% del capital social,[11] algunos estatutos prevén otro tipo de derechos en favor de los accionistas minoritarios. Así tenemos que, a veces, los accionistas tenedores de una de las dos o más series en que se divide el capital social de una empresa, tienen la facultad de vetar ciertas decisiones que se pretenden adoptar por los accionistas de las otras series, aun cuando estos últimos representen la mayoría de las acciones representativas del capital de la sociedad. Este derecho de veto, conocido también como control negativo, o sea facultad de bloquear o impedir la adopción de resoluciones de las mayorías, puede ser ejercido por los accionistas minoritarios en las asambleas de accionistas o por los Consejeros designados por tales accionistas minoritarios, en las sesiones del conejo de administración. Si existieren comités ejecutivos, también podría otorgarse este control negativo en favor de los miembros del comité designados por los accionistas o consejeros minoritarios.

Este tipo de derecho de veto es utilizado con frecuencia en coinversiones locales y extranjeras. En estos casos, toda vez que los extranjeros, por disposición de la legislación mexicana,[12] no pueden participar en forma mayoritaria en el capital social de las empresas, requieren de cierta protección estatutaria que les permita impedir la toma de decisiones, por parte de sus socios mayoritarios, con relación a aquellos asuntos que por su importancia, afectan seriamente a la sociedad o a ellos directament.e

El derecho de veto otorgado por los estatutos en favor del accionista o grupo de accionistas minoritario, puede ser ejercido indirectamente, es decir, no mediante un veto directo que pueda imponer dicho accionista o accionistas, sino a través de quórums mayores a los exigidos por la Ley para la instalación de asambleas de accionistas o consejos de administración y para las votaciones durante dichas asambleas o consejos, excepto por lo que se refiere a Asambleas Ordinarias de Accionistas que se reúnan en virtud de segunda convocatoria,

9 Artículo 144 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

10 Artículo 171 en relación con el 144 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

11 Artículos 144 y 171 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

12 En concreto la "Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera", que es el ordenamiento legal que en forma genérica regula la participación de accionistas extranjeros en empresas mexicanas; así como otras leyes especiales que se refieren a determinadas ramas de la actividad industrial, como serían por ejemplo, la Ley Minera y la Ley de Radio y Televisión.

atento a lo dispuesto por el Artículo 191 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Pues bien, el criterio sustentado por la Comisión Nacional de Valores sobre el particular, es en el senitdo de que, en términos generales, los derechos de veto de los grupos accionarios minoritarios deben de eliminarse antes de que las acciones de la sociedad se ofrezcan públicamente.

2. Restricciones a la libre transferencia de acciones. Precisamente porque una de las razones principales de los socios al formar una sociedad "familiar", es generalmente, la de preservar el grupo con los mismos miembros fundadores, toda vez que el motivo de su asociación es la confianza de que la unión de sus capitales más la aportación de sus atributos y cualidades personales significará un factor importante para el éxito del negocio, es para ellos muy importante poder limitar o restringir la libre transferencia de sus acciones. Con ello además se aseguran que, el día de mañana, no participará en su grupo un inversionista indeseable, como podría ser un competidor, un proveedor o un cliente.

Por las razones arriba apuntadas, en algunos estatutos se prevé que los accionistas no podrán enajenar sus acciones a terceros sin antes ofrecérselas, bajo los mismos términos y condiciones, a los demás accionistas. A veces, este derecho de preferencia a los accionistas reviste ciertas exigencias adicionales como el disponer que ningún accionista podrá enajenar sus acciones a un tercero sin la previa autorización del Consejo de Administración, el que deberá, primero, conceder el derecho de preferencia a los demás accionistas.

Otra forma que se acostumbra para restringir la transferencia de las acciones, es simplemente la de exigir la previa autorización del Consejo de Administración, el que podrá negarla, señalando a otro comprador quien podrá o no ser de los actuales accionistas, y quien deberá comprar las acciones sobre las mismas bases que las aceptadas por el supuesto primer adquirente.

Por razones obvias, este tipo de restricciones o limitaciones a la libre transferencia de acciones debe eliminarse antes de su colocación pública.

3. Derechos especiales en favor de ciertos accionistas.

En algunos casos, los socios se reconocen ciertos derechos especiales. Esto sucede, por ejemplo, cuando uno de los accionistas aporta a la sociedad, para que lo use como su denominación social, un nombre amparado por una marca o un nombre comercial de su propiedad. En estos supuestos, aun cuando su validez legal sea dudosa, los estatutos disponen que el nombre de la sociedad pertenece al accionista, quien tendrá el derecho de pedir su eliminación en caso de que se retire de la sociedad.

Otro tipo de derechos especiales en favor de ciertos socios podría ser la obligación, por parte de la sociedad, de entregar año con año un porcentaje de las

utilidades como dividendo, a todos los socios, salvo que un porcentaje muy elevado —como podría ser el 70 u 80%— de los accionistas resuelva otra cosa. Igual requisito a veces se exige para poder cancelar o dar por terminados ciertos compromisos o contratos celebrados por la sociedad con alguno de los socios o empresas propiedad de este último.

Debe quedar claro que, en los términos de nuestra legislación vigente, cualquier limitación al derecho de voto de los accionistas es nula,[13] por lo que si alguno de los derechos a favor de ciertos accionistas está otorgado por los estatutos en forma tal que se viole el principio anterior, la disposición estatutaria así redactada no tendrá efecto legal alguno. Sin embargo, sea como fuere, es lógico concluir que cualquier tipo de disposición como las comentadas arriba, contenida en los estatutos de una sociedad que desea colocar sus acciones en el mercado de valores, debe ser suprimida.

B. CONTRATOS

Por las mismas razones señaladas anteriormente, si la futura sociedad pública tiene celebrados contratos que la limiten en sus operaciones o funcionamiento, a grado tal que hagan injustificable dicha relación contractual frente al público inversionista, será necesario modificar tales contratos o, inclusive, darlos por terminados. A continuación, mencionaremos brevemente y en forma ejemplificativa, algunos contratos de este tipo.

1. De accionistas.

Este contrato que en cierta medida lo comentamos anteriormente, es muy usual entre inversionistas extranjeros, pues muchas de sus legislaciones lo sancionan y regulan. En México, en la mayoría de las veces es simplemente un "acuerdo de caballeros" pues las partes establecen compromisos para cuya implementación se requiere el ejercicio del derecho de voto del accionista parte del convenio en cuestión y esta obligación de votar en un sentido preestablecido, como ya lo señalábamos, no es legalmente posible pactarla.

Son precisamente los estatutos de una sociedad los que, en México, suplen adecuadamente a este tipo de contratos, cuidando siempre de no violar el libre ejercicio del derecho de voto.

Pues bien, el contrato de accionistas contiene precisamente acuerdos entre los socios que lo celebraron y, por lo tanto, debe ser ajustado o terminado, según el caso, en virtud de la participación de nuevos socios.

[13] En virtud de lo dispuesto por el Artículo 198 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el cual a la letra dice:

"Art. 198. Es nulo todo convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas."

2. De asistencia técnica.

Existe en México una ley que regula este tipo de contratos[14] y que expresamente prohíbe una serie de convenciones que limitan o restrinjen las operaciones y funcionamiento de la sociedad.[15]

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que si la exitosa operación de la sociedad depende, en buena medida, de la tecnología recibida y el licenciante resulta ser uno de los socios, es necesario que la empresa se asegure contractualmente del suministro de dicha tecnología y de sus mejoras por el tiempo que se estime indispensable, y no se acepten estipulaciones que permitan al licenciante retirar su tecnología a su capricho o en el momento en que deje de ser accionista. Es preciso tener presente que los dueños actuales están ofreciendo al público su empresa en operación y son, en cierta forma, responsables de la continuidad del negocio.

3. De suministro

En algunos casos, la sociedad se encuentra obligada, por contrato, a comprar su materia prima o parte de ella de una sola fuente, que resulta pertenecer a alguno de los socios. Esta obligación que pudo haber sido libremente aceptada por los demás socios, debe estudiarse con cuidado antes de que la sociedad haga una oferta pública de sus acciones. Las razones señaladas en el párrafo precedente, son aplicables a esta clase de contratos.

4. De distribución

Por iguales motivos que los mencionados anteriormente, es necesario analizar detenidamente y corregir, cuando sea procedente, los contratos que haya celebrado la sociedad en virtud de los cuales ésta asuma la calidad de distribuidor de productos de terceros, o bien designe distribuidores de sus productos. En ambos casos, es importante estudiar la forma en que se ha pactado determinar los precios a que se venderán los productos y las condiciones para su pago, la formación de inventarios, las garantías de calidad de los productos, el otorgamiento de exclusividad para su venta, etc., etc. La importancia de este contrato se hace más evidente cuando uno de los socios resulta ser parte, ya sea como propietario de los productos que la sociedad venderá, o como distribuidor de esta última.

[14] Esta ley es la "Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas", publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de enero de 1982.

[15] La ley a que alude la nota de pie de página anterior, en sus Artículos 15 y 16 expresamente señala las estipulaciones que no podrán contenerse en este tipo de convenios; en forma enunciativa señalaremos algunas de dichas estipulaciones que implican de alguna manera una limitación a las operaciones de la sociedad licenciataria:

- Cláusulas por las que se permita al licenciante regular o intervenir directa o indirectamente en la administración del adquirente de la tecnología;
- Cláusulas que impongan limitaciones a la investigación o desarrollo tecnológico de la licenciataria;
- Cláusulas que prohíban o limiten la exportación de bienes o servicios producidos por la licenciataria, de manera contraria a los intereses del país;
- Cláusulas que prohíban el uso de tecnologías complementarias;
- Cláusulas que obliguen a vender a un cliente exclusivo los bienes producidos por la licenciataria;
- Cláusulas que obliguen a la licenciataria a utilizar en forma permanente personal señalado por el licenciante;
- Cláusulas que limitan los volúmenes de producción o impongan precios de venta o reventa para la producción nacional o para las exportaciones de la licenciataria;
- etc....

5. De crédito

Los contratos de crédito llegan a ser, en varias ocasiones, el cuello de botella que impide o dilata la oferta pública de las acciones de una sociedad, toda vez que en algunos de ellos se incluyen limitaciones importantes respecto a las políticas de operación de la empresa deudora y obligaciones de mantener coeficientes financieros que dificultan o, a veces, impiden el manejo rápido y flexible del negocio. Es por ello por lo que se tiene que tener un mayor cuidado al revisar lo dispuesto en este tipo de contratos y, si es posible, renegociarlos con los acreedores para permitir la fácil colocación pública de las acciones.

C. ACCIONES

Existen en el Derecho Mexicano varias clases de sociedades y de valores que representan su capital o patrimonio social. Hay sociedades de naturaleza civil[16] y otras de naturaleza mercantil.[17] Entre las sociedades de naturaleza mercantil nos encontramos que unas están estructuradas sobre la base de un capital aportado por los socios[18] y otras en función de las personas que las integran.[19] Para efecto de este estudio, sólo nos referiremos a las sociedades anó-

[16] Este tipo de sociedades se encuentran previstas en y reguladas por los Códigos Civiles de cada uno de los Estados y el del Distrito Federal, por ser la materia civil una materia de carácter local; en síntesis, podemos decir que se reducen a dos tipos. Por un lado, las asociaciones civiles que se caracterizan por no tener un carácter preponderantemente económico y, por el otro, las sociedades civiles cuya finalidad es de carácter preponderantemente económico, sin constituir especulación comercial.

[17] Estas sociedades se encuentran previstas en y reguladas por la Ley General de Sociedades Mercantiles, por ser la materia mercantil una materia de carácter federal.

[18] Estas son las llamadas sociedades de capitales, dentro de las cuales encontramos a la sociedad anónima.

[19] Estas son las llamadas sociedades de personas, es decir, entidades "intuitu personae" en las que la consideración de las cualidades personales de los socios tiene una gran importancia; dentro de estas sociedades encontramos a la sociedad en nombre colectivo, así como a la sociedad en comandita simple.

nimas, ya que son éstas las que pueden colocar sus acciones entre el gran público inversionista. Estas sociedades pueden estructurar su capital en forma simple u ordinaria, o bien pueden imponerle la modalidad del capital variable. En ambos casos, se trata del mismo tipo de sociedad, según lo dispone la Ley General de Sociedades Mercantiles.[20]

Ahora bien, el capital social de estas sociedades, ya sea su parte fija o su parte variable cuando se haya adoptado esta última modalidad, puede estar representado por acciones de diversa naturaleza.[21] Sin embargo, normalmente

[20] La adopción de la variabilidad del capital no implica más que una modalidad de la sociedad, sin que ello signifique su transformación en una sociedad de naturaleza distinta. Así, el último párrafo del Artículo 1º de la Ley General de Sociedad Mercantil, en el que se enumeran los diversos tipos de sociedades mercantiles que dicha ley reconoce, dispone:

"Cualquiera de las sociedades a que se refieren las fracciones I a V de este artículo podrán constituirse como sociedades de capital variable..."

[21] Se pueden distinguir distintos tipos de acciones, según el criterio de clasificación que se siga. En resumen podríamos decir que las categorías más importantes de acciones son las siguientes:

i) *Acciones nominativas y al portador.*

La distinción entre una y otra acción depende de si se identifica o no a su titular en el propio texto del documento señalando nombre, nacionalidad y domicilio del mismo. Esta distinción es importante, desde el punto de vista de las formalidades que deben seguirse para la transmisión de las acciones. Con relación a las acciones nominativas, véanse los artículos 125, 128 y 129 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y Artículos 23 y 24 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. Por cuanto toca a las acciones al portador, véanse los Artículos 69 y 70 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

ii) *Acciones comunes y preferentes.*

Las acciones comunes son aquellas que otorgan a sus titulares los derechos que normalmente la ley confiere a los accionistas de una sociedad (véase primer párrafo del Artículo 112 de la Ley General de Sociedades Mercantiles). Las acciones preferentes o acciones de voto limitado son aquellas que sólo confieren a su titular el derecho de voto respecto de determinados asuntos que la ley expresamente señala, a cambio de lo cual, se conceden una serie de ventajas económicas, como por ejemplo el garantizar el pago de un dividendo anual mínimo y acumulativo igual al 5% de su valor (véase segundo párrafo del Artículo 112 y Artículo 113 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

iii) *Acciones propias e impropias.*

Acciones propias son aquellas que representan partes del capital social.
Acciones impropias (indebidamente llamadas acciones) son aquellas que no representan partes del capital social (ver párrafo viii siguiente).

iv) *Acciones con valor nominal y acciones sin valor nominal.*

Su clasificación depende según figure o no, en el texto de la acción, el valor nominal de la misma, entendiéndose por tal el valor que resulte de dividir el capital social

sólo aquellas acciones que representan una participación en el capital social, esto es, las acciones propiamente dichas —ver nota de pie de página Nº 21— pueden ser objeto de oferta pública. En casos excepcionales, previo examen y aprobación de la Comisión Nacional de Valores, se pueden inscribir en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios las llamadas acciones impropias. (Ver nota de pie de página Nº 21 - iii).

En tal virtud, es indispensable tomar los pasos necesarios a fin de que las acciones que se ofrecerán al público inversionista sean de aquellas a que nos referimos arriba.

entre el número de acciones que lo representan (ver Artículo 125, fracción IV de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

v) *Acciones de numerario y acciones de aportación.*

Acciones de numerario son aquellas que se pagan en dinero, en tanto que las acciones de aportación son aquellas que, en todo o en parte, se pagan con bienes distintos del dinero (ver Artículo 141 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

vi) *Acciones liberadas y pagadoras.*

Las acciones liberadas son aquellas que además de estar totalmente suscritas, su valor se encuentra pagado; y pagadoras, aquellas que, aunque totalmente suscritas, su valor no ha sido íntegramente cubierto (ver Artículos 116 y 121 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

vii) *Acciones con prima y sin prima.*

Las acciones con prima son aquellas que se entregan a sus suscriptores a su valor nominal más una cantidad adicional llamada prima; las acciones sin prima, son aquellas que se entregan exclusivamente a su valor nominal (ver Artículo 115 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

viii) *Acciones de goce, de trabajo y de tesorería.*

Este tipo de acciones forman parte de las llamadas acciones impropias (ver inciso iii arriba).

Acciones de goce: Son aquellas que pueden emitirse cuando se amorticen acciones con utilidades repartibles, en favor de los accionistas cuyas acciones fueron amortizadas (ver Artículo 136 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Acciones de trabajo: Son aquellas que se emiten en favor de las personas que presten servicios en la sociedad (ver Artículo 114 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Acciones de tesorería: Son aquellas que se emiten para representar un capital social autorizado, pero que aún no ha sido suscrito ni pagado (ver Artículo 216 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

(Ver Joaquín Rodríguez y Rodríguez "Derecho Mercantil", tomo I, pp. 86 a 933. Editorial Porrúa. México, D. F. 1980).

D. LIBROS DE ACTAS

Es necesario que tanto las actas de las Asambleas de Accionistas, como las de las Sesiones del Consejo de Administración, o de cualquier otra junta o reunión de organismos ejecutivos si estos últimos están previstos en los estatutos de la sociedad, se encuentren debidamente transcritas en los libros corporativos correspondientes, los cuales deben estar autorizados por las autoridades fiscales.[22]

Igualmente, deberán estar protocolizadas e inscritas en el Registro Público de Comercio correspondiente al domicilio de la sociedad, todas las actas que, por disposición de la legislación aplicable,[23] deben cumplir con estas formalidades.

E. PODERES

Se recomienda una revisión completa de todos los poderes que la sociedad, por conducto de sus órganos competentes, haya otorgado. Por supuesto que los de mayor trascendencia son los poderes para actos de dominio, pues su ejercicio puede afectar seriamente el patrimonio de la sociedad. Sin embargo, también son importantes los poderes para actos de administración e inclusive

[22] Circular 314-IV-A-1-47, expedida por la Dirección General de Oficinas Federales de Hacienda, Oficina de Reglamentación y Organización, dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de junio de 1957.

[23] Así tenemos, por ejemplo, el Artículo 5 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que a la letra dispone:

> "Las sociedades (mercantiles) se constituirán ante notario y en la misma forma se harán constar sus modificaciones."

Otro ejemplo es el Artículo 21 del Código de Comercio, el cual dispone que, en la hoja de inscripción de cada sociedad en el Registro de Comercio, se anotarán, entre otros actos, los siguientes:

> "V. Las escrituras de constitución de sociedad mercantil, cualesquiera que sea su objeto o denominación, así como las de modificación, rescisión o disolución de las mismas sociedades;
>
> VI. El acta de la primera junta general y documentos anexos a ella, en las sociedades anónimas que se constituyan por suscripción pública;
>
> VII. Los poderes generales y nombramientos, y revocación de los mismos, si la hubiere, conferidos a los gerentes, factores, dependientes y cualesquiera otros mandatarios;
>
> XII. El aumento o disminución del capital efectivo de las sociedades anónimas y en comandita por acciones."

aquellos que sólo facultan al apoderado a realizar actos para pleitos y cobranzas.

Si la larga historia de la sociedad y sus voluminosos expedientes hacen difícil la localización de todos los poderes y autorizaciones otorgados, se sugiere la revocación de todos y el otorgamiento de nuevos sólo a las personas que se desee. Debido cuidado debe tenerse, en este caso, de aquellos poderes —como los de pleitos y cobranzas— que están siendo ejercitados en juicios o controversias ya sea ante los tribunales o ante cualquier otra autoridad, pues su inesperada revocación podría poner en riesgo la defensa del interés de la sociedad. También cabe mencionar en este capítulo que para que una revocación de poderes o autorizaciones surta plenos efectos legales, es necesario que quede debidamente inscrita en el Registro Público de Comercio que corresponda al domicilio de la sociedad, y para que la inscripción del poder o autorización que se revoca quede legalmente cancelada es preciso que se indiquen los datos de inscripción de dicho poder o autorización.

F. GRAVAMENES O LIMITACIONES EN LOS ACTIVOS DE LA SOCIEDAD

Es necesario identificar y reportar todos los gravámenes o limitaciones que existan respecto de los activos de la sociedad, inclusive aquellos que, por cualquier razón, no estén reflejados en sus estados financieros. En algunas ocasiones se sugiere que la sociedad liquide algunos pasivos, antes de colocar públicamente sus acciones. Es recomendable discutir ampliamente estos aspectos con el agente colocador y con la Comisión Nacional de Valores.

G. OTRAS CONTINGENCIAS

Es normal que, con motivo de las operaciones rutinarias de una sociedad, surjan una serie de contingencias que no tienen que aparecer en sus estados financieros. Un caso común es el de las demandas de carácter laboral, civil o penal, o bien el riesgo de probables créditos fiscales todavía no fincados. En todos estos casos, también se sugiere discutir estas circunstancias con el agente colocador y las autoridades bursátiles antes de realizar la colocación pública. Igualmente, en este supuesto, a veces se recomienda tratar de resolver estas contingencias antes de que participe el público en el capital de la sociedad.

H. ESTADOS FINANCIEROS

Los estados financieros* constituyen la información básica para poder cono-

* Los estados financieros deben comprender el balance general, el estado de pérdidas y

cer la situación económica y financiera de la empresa. Es por ello, por lo que la sociedad debe contar con estados financieros al día, fidedignos y confiables, debidamente auditados por auditor externo e independiente. Si la sociedad es propietaria de acciones representativas del capital social de otras sociedades, deberá presentar estados financieros de cada una de sus empresas subsidiarias y si lleva a cabo la consolidación de todo el grupo de empresas, deberá presentar los estados financieros en forma consolidada.

I. ACUERDOS DE LOS ORGANOS DE ADMINISTRACION AUTORIZANDO LA OFERTA PUBLICA

El Consejo de Administración es el órgano que primero debe estudiar la conveniencia de llevar a cabo una oferta pública de las acciones de la sociedad y, en su caso, debe recomendar a la Asamblea de Accionistas aprobar dicha oferta y proceder a adoptar los acuerdos necesarios para su implementación. El acuerdo principal de la Asamblea de Accionistas en el caso de una colocación primaria,[24] consistirá en resolver un aumento de capital social, el cual estaría representado por las acciones que serían el objeto de la oferta pública. Los accionistas renunciarían al derecho de preferencia[25] para suscribir y pagar dichas acciones, dando así lugar al público inversionista, o al agente o agentes colocadores, según el caso, para que hicieran ellos dicha suscripción y pago. En algunos casos no será necesaria la intervención de la Asamblea de Accionistas y sólo bastará el acuerdo tomado por el Consejo de Administración, a fin de que las acciones emitidas por la sociedad, puedan ser objeto de una colocación secundaria.[26]

J. CLASES DE COLOCACION PUBLICA DE ACCIONES

El público inversionista puede recibir la oferta para adquirir acciones directamente de la sociedad emisora de tales valores, o bien de los tenedores de las acciones.

1. Colocación Primaria

En el primer caso, estamos precisamente frente a una colocación primaria, en tanto que las acciones ofrecidas son producto de una emisión aprobada

ganancias, el estado de cambios de situación financiera, el estado de cambios en las partidas que integran el patrimonio social y las notas que sean necesarias para aclarar o completar dicha información financiera.

24 Véase párrafo J siguiente, de este Capítulo II.

25 El Artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles dispone que los accionistas tendrán derecho preferente en proporción al número de sus acciones, para suscribir las que se emitan en caso de aumento del capital social.

26 Véase párrafo J siguiente, de este Capítulo II.

por la Asamblea de Accionistas, como consecuencia de un aumento de capital decretado para el exclusivo fin de ser suscrito y pagado por el público inversionista. Es decir, en este supuesto no hay propiedad de las acciones previa a la participación del público. Este se convertirá así en el primer dueño de dichos títulos.

2. Colocación Secundaria

En el segundo caso, la oferta la hacen directamente los accionistas originales y lo que ofrecen en venta son sus acciones. Aquí, no habrá un aumento de capital, sino que se estará vendiendo parte o la totalidad de las acciones que representan el capital social existente. Precisamente, por ser el accionista el que vende sus acciones y no la sociedad directamente, se dice que se trata de una colocación secundaria y no primaria.

3. Colocación Mixta

En muchas ocasiones, el segundo tipo de colocación se hace junto con el primero; es decir, se ofrece una parte del capital social antiguo —mediante una colocación secundaria— y el capital social nuevo que es la parte que se aumenta.

III. ORGANISMOS DE CARACTER PUBLICO QUE INTERVIENEN EN EL MERCADO DE VALORES

Independientemente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que es la dependencia del Poder Ejecutivo a quien le está encomendada la función de interpretar y proveer mediante disposiciones de carácter general a todo cuando se refiere a la aplicación de la Ley del Mercado de Valores[27] que es el ordenamiento jurídico que regula este campo de la actividad económica de nuestro país, tenemos ciertos organismos públicos que intervienen en dicho mercado con el objeto de regularlo y vigilar la debida observancia de las disposiciones legales y reglamentarias que le son aplicables, así como de prestar servicios que faciliten y agilicen las operaciones que en él se efectúen con valores.

Los organismos de que se trata son los siguientes:

A. La Comisión Nacional de Valores;

B. El Registro Nacional de Valores e Intermediarios; y

27 Art. 8 de la Ley del Mercado de Valores.

C. El Instituto para el Depósito de Valores.

A. LA COMISION NACIONAL DE VALORES

1. Antecedentes

El primer antecedente de lo que ahora es la Comisión Nacional de Valores, lo encontramos en la Ley que establece los requisitos para la venta al público de acciones de Sociedades Anónimas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 1º de febrero de 1940.[28]

Posteriormente, mediante decreto de 11 de febrero de 1946, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 16 de abril del mismo año, se creó la Comisión Nacional de Valore.s[29]

Actualmente, dicho organismo se encuentra regulado por la Ley del Mercado de Valores, ordenamiento que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de enero de 1975.

2. Naturaleza

Por cuanto toca a la naturaleza de la Comisión, se trata de un organismo desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público[30] que se caracteriza por:

i) Depender de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a la cual le está jerárquicamente subordinada.

ii) Tener facultades de decisión y ejecución en materia de mercado de valores.

iii) No tener personalidad jurídica propia, y por consecuencia tampoco tener un patrimonio propio, puesto que se trata de una entidad que forma parte de la estructura administrativa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

iv) Tener el carácter de autoridad frente a los particulares, puesto que cuenta con facultades de decisión y ejecución, condiciones necesarias para que sea considerada como tal, conforme a lo dispuesto por la doctrina y jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[31]

28 Ver: Miguel Acosta Romero "Derecho Bancario". Edit. Porrúa, México, 1978, p. 57.

29 Dicho Decreto fue abrogado por la Ley del Mercado de Valores actualmente en vigor (ver. Art. Segundo Transitorio).

30 Ver: Miguel Acosta Romero, *op. cit.*, pp. 42 a 44 y José Gómez Gordoa "Marco Jurídico y Estructura Institucional del Mercado de Valores", artículo publicado en el número 5 de la Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, México, 1981.

31 En la obra ya citada de Miguel Acosta Romero, se dan en nota de pie de página los fundamentos para esta aseveración (No. 6 p. 44), citándose entre ellos, la tesis número 54 la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que a la letra dice:

"Tesis número 54. Autoridades. Quienes lo son. El término "autoridades" para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen." Quinta Epoca: tomo IV, p. 1067, Torres Marcolfo F., tomo XXIX, p. 1180, Rodríguez Calixto A., tomo XXXIII, p. 2942. Díaz Barriga Miguel, tomo LXV, p. 2931, Sandi Mauricio, tomo LXX, p. 2262. Moral Portilla, Jorge del. (Jurisprudencia, Poder Judicial de la Federación, Tesis Ejecutorias 1917-1975. Apéndice al Seminario Judicial de la Federación. Octava Parte. Jurisprudencia Común al Pleno y a las Salas. (México, 1975). Ver también: Juventino V. Castro "Lecciones de Garantías y Amparo", pp. 416 a 419. Edit. Porrúa, México, 1978.

3. Funciones

La Comisión Nacional de Valores es el organismo encargado de regular el mercado de valores y de vigilar la debida observación de la Ley del Mercado de Valores y de sus disposiciones reglamentarias.[32]

4. Organización

La Comisión se encuentra integrada por los siguientes órganos: La Junta de Gobierno, la Presidencia de la Comisión y el Comité Consultivo.[33]

a. Junta de Gobierno

La Junta de Gobierno es el órgano supremo de la Comisión, y al que compete el ejercicio de las facultades que se atribuyen a la misma. La Junta de Gobierno se encuentra integrada por once vocales, correspondiendo a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público designar a tres de ellos; las siguientes entidades designarán, cada una de ellas, a un vocal: Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial, Secretaría de Comercio, Banco de México, S. A., Nacional Financiera, S. A. y Comisión Nacional Bancaria y de Seguros; los tres vocales restantes serán designados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Debiendo recaer dichos nombramientos en personas con conocimientos en materia bursátil, financiera, industrial o comercial, que no sean funcionarios o empleados de las entidades antes mencionadas. Cada representante propietario tendrá un suplente.[34]

32 Art. 40 de la Ley del Mercado de Valores. El Art. 41 de dicho ordenamiento legal enumera en forma enunciativa las facultades que corresponden a dicha Comisión. Miguel Acosta Romero resume las facultades de la Comisión diciendo que éstas "pueden agruparse en la inspección y vigilancia que realiza sobre los agentes, bolsas y emisores de valores, la intervención administrativa que puede llevar a cabo en ellos cuando las circunstancias lo hagan necesario, la cancelación de autorizaciones y registros, y opinar y ser órgano de consulta de las autoridades hacendarias en materia de mercado de valores", *op. cit.*, p. 59.

33 Art. 42 de la Ley del Mercado de Valores.

34 Art. 44 fracción I de la Ley del Mercado de Valores. En cuanto a su integración ver art. 43 de dicha Ley. Ver también José Gómez Gordoa, *op. cit.*, p. 19.

b. Presidencia

El Presidente de la Comisión Nacional de Valores es uno de los vocales de la Junta de Gobierno, designado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y a él corresponde dirigir administrativamente a la Comisión, asumir su representación legal y ejecutar los acuerdos de la Junta de Gobierno.[35]

c. Comité Consultivo

El Comité Consultivo se integra por el número de miembros que determine la Comisión Nacional de Valores, pero en todo caso, contará con un miembro designado conjuntamente por las bolsas de valores del país, y cinco más designados, respectivamente, por la Asociación Mexicana de Casas de Bolsa, la Asociación de Banqueros de México, la Confederación de Cámaras Industriales de los Estados Unidos Mexicanos, la Confederación Nacional de Cámaras de Comercio y la Asociación Mexicana de Instituciones de Seguros. La función del Comité Consultivo es la de conocer de los asuntos que le someta el Presidente de la Comisión, relativos a la adopción de criterios y políticas de aplicación general en materia de mercado de valores.[36]

B. EL REGISTRO NACIONAL DE VALORES E INTERMEDIARIOS

1. Antecedentes

La Ley del Mercado de Valores prevé la existencia de este Registro, el cual está a cargo de la Comisión Nacional de Valores, la que debe organizarlo de acuerdo con las disposiciones de dicha Ley y las reglas que para tal efecto dicte la propia Comisión.[37]

2. Organización

El Registro es público, y se integra por dos secciones que son la de Valores y la de Intermediarios.[38]

En la Sección de Valores, se inscriben los valores que vayan a ser materia de oferta pública tanto dentro del país como en el extranjero, cuando en este último caso se trate de valores emitidos en México o por personas morales mexicanas, y siempre y cuando se satisfagan los requisitos que señala la Ley para obtener dicha inscripción.[39] Lo anterior es con el objeto de proteger los intereses del público, ya que sólo respecto de títulos inscritos en el Registro

35 Arts. 42 y 45 de la Ley del Mercado de Valores.

36 Por cuanto toca a su integración y funciones, ver Art. 46 de la Ley del Mercado de Valores.

37 Art. 10 de la Ley del Mercado de Valores.

38 Art. 10 de la Ley del Mercado de Valores.

39 Art. 11 de la Ley del Mercado de Valores.

puede haber una garantía de adecuada información tanto de sus emisores, como de los valores objeto de la oferta pública.[40]

En la Sección de Intermediarios, deben inscribirse las personas físicas o morales que realicen funciones de intermediación en el mercado de valores.[41]

C. EL INSTITUTO PARA EL DEPOSITO DE VALORES

1. Antecedentes

Cabe señalar que con anterioridad a la creación del Instituto para el Depósito de Valores ("INDEVAL"), se preveía en la Ley del Mercado de Valores[42] la posibilidad de constituir depósitos centralizados de valores, con el objeto de que las operaciones que se realizaran con dichos títulos fuesen más seguras, rápidas y económicas.[43]

Mediante decreto de 28 de abril de 1978, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo del mismo año, con el objeto de dar un impulso a las operaciones con valores y de establecer un sistema que sin merma de la seguridad jurídica que deben tener dichas operaciones, facilitara y garantizara una amplia circulación de los valores que se ofrecen en el mercado, se creó el "INDEVAL".

40 Ver Exposición de Motivos de la Ley del Mercado de Valores, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de enero de 1975.

41 La Ley del Mercado de Valores establece una excepción a este respecto cuando se trate: (i) de operaciones que realice una persona por cuenta propia, con valores emitidos o garantizados por terceros respecto de las cuales se haga oferta pública; o (ii) de operaciones de administración y manejo de carteras de valores propiedad de terceros; cuando en ambos casos, dichas operaciones las realicen personas facultadas para ello por la propia Ley del Mercado de Valores, o por otras leyes. (Ver Art. 12 de la Ley del Mercado de Valores.)

42 En la fracción IX del Artículo 41 de la Ley del Mercado de Valores, antes de ser reformada por Decreto de 28 de abril de 1978, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de dicho año, se disponía a la letra lo siguiente:

"Artículo 41. La Comisión Nacional de Valores tendrá, además de las facultades que se le atribuyen en otros artículos de la presente Ley, las siguientes:

Autorizar y vigilar el funcionamiento de depósitos centralizados de valores, de sistemas de compensación y de información centralizada de operaciones, así como de otros mecanismos tendientes a facilitar el trámite de las mismas o a perfeccionar el mercado.""

43 En la Exposición de Motivos de la Ley del Mercado de Valores, se decía sobre este particular, lo siguiente:

... "Se prevé expresamente la posibilidad de constituir depósitos centralizados de valores, que en mucho puedan contribuir a que el trámite de las operaciones de esos títulos sea más seguro, expedito y económico. La perspectiva de la existencia de estos depósitos hace inconveniente que los agentes de valores monten, dentro de sus empresas, departamentos de custodia física de valores, que multiplicarían instalaciones que resultarían innecesarias e ineficientes comparativamente, cuando se tengan los referidos depósitos. Por tanto, el proyecto de Ley no permite a los agentes la tenencia física de títulos..."

Así se dice en la Exposición de Motivos del Decreto de Reformas a la Ley del Mercado de Valores, que con la creación del "INDEVAL":

"Se propone establecer un sistema de depósito centralizado de valores que permita obtener la transferencia de los mismos, por el procedimiento de asientos contables dentro del Instituto, sin que sea necesaria la tradición material de los títulos.

"La posibilidad de transferir los valores sin necesidad de su desplazamiento físico, está íntimamente ligada con la facultad del Instituto para proceder a la compensación y liquidación de las cuentas entre los depositantes, y poder devolverles títulos idénticos a los depositados. Es decir, el proyecto prevé un depósito irregular de valores, el cual indudablemente facilitará las operaciones con los mismos.

2. Naturaleza

El "INDEVAL" es un organismo descentralizado por servicio,[44] que se caracteriza por:

[44] La "Ley para el Control, por parte del Gobierno Federal, de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal" (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1970), define en su Art. 2º a los organismos descentralizados, como "las personas morales creadas por la Ley del Congreso de la Unión o decreto del Ejecutivo Federal, cualquiera que sea la forma o estructura que adopten, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

I. Que su patrimonio se constituya total o parcialmente con fondos o bienes federales o de otros organismos descentralizados, asignaciones, subsidios, concesiones o derechos que le aporte u otorgue el Gobierno Federal o con el rendimiento de un impuesto específico; y

II. Que su objeto o fines sean la prestación de un servicio público o social, la explotación de bienes o recursos propiedad de la Nación, la investigación científica y tecnología, o la obtención y aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social.

Desde un punto de vista doctrinario, se dice que la descentralización "consiste en confiar la realización de algunas actividades administrativas a órganos que guardan con la administración central una relación diversa de la de jerarquía". Si bien el otorgamiento de una personalidad jurídica y patrimonio propios se han considerado como características esenciales de un organismo descentralizado, esto puede obedecer a alguno de dos motivos, "el de dar a un organismo determinado una simple autonomía técnica o el de concederle una verdadera autonomía orgánica". Para que exista la descentralización, es preciso que el organismo de que se trate se encuentre desligado de vínculos de jerarquía respecto a órganos superiores de la administración central, puesto que de lo contrario no habría descentralización, sino una "administración personalizada" que seguiría formando parte de la Administración Central del Estado. Pero si además de la autonomía técnica que "consiste en que los órganos administrativos, no estén sometidos a las reglas de gestión administrativa y financiera que son aplicables a todos los servicios centralizados del Estado", existe una autonomía orgánica, la cual "supone la existencia de un servicio público que tiene prerrogativas propias, ejercidas por autoridades distintas del poder central y que puede oponer a ésta su esfera de autonomía", estaremos en presencia de una verdadera descentralización.

i) Ser un organismo creado por Ley del Congreso de la Unión.[45]

ii) Tener personalidad jurídica propia.[46]

iii) Tener un patrimonio propio, el cual se integra por las aportaciones del Gobierno Federal, los ingresos que el "INDEVAL" perciba por los servicios que preste, los rendimientos que obtenga de su patrimonio y por los demás bienes que adquiera por cualquier título.[47]

iv) Tener por objeto la prestación de un servicio público para satisfacer necesidades de interés general, relacionadas con la guarda, administración, compensación, liquidación y transferencia de valores, en los términos de la Ley del Mercado de Valores.[48]

v) Estar sujeto al control y vigilancia de la Comisión Nacional de Valores.[49]

3. Funciones

Como ya ha quedado señalado, la función del "INDEVAL" consiste en la prestación de un "servicio público para satisfacer necesidades de interés general relacionadas con la guarda, administración, compensación, liquidación y transferencia de valores";[50] para lo cual se le confieren las siguientes atribuciones:[51]

i) Ser depositario de valores, así como de documentos respecto de los cua-

Esta autonomía orgánica implica el que los funcionarios y empleados del organismo descentralizado no estén sujetos a los poderes jerárquicos de órganos superiores de la administración central, esto es, a los poderes de decisión y de mando, que se conservan en manos de la autoridad superior; además de dichos poderes se ha dicho que la relación jerárquica implica la existencia de otros poderes tales como: el poder de nombramiento, el poder de vigilancia, el poder disciplinario, el poder de revisión y el poder para la resolución de conflictos de competencia. No obstante que en el caso del "INDEVAL" tenemos el poder de inspección y vigilancia atribuido a la Comisión Nacional de Valores, y el nombramiento de los integrantes de su Consejo Directivo en manos de representantes designados por diversas entidades de carácter público y privado, ello no obsta para seguir considerando al "INDEVAL" como un organismo descentralizado de la Administración Pública; puesto que como explica el Maestro Gabino Fraga, al tratarse en estos casos de la realización de atribuciones del Estado por este tipo de entidades, el Estado no puede prescindir del ejercicio de ciertas facultades respecto de las mismas, sin que ello implique que se trate de las facultades que llevan consigo la relación jerárquica propia de la centralización administrativa, pero si, al menos, de aquellas facultades que sean necesarias para garantizar la unidad del Poder Público. Ver Gabino Fraga "Derechos Administrativo", Editorial Porrúa, México 1979, pp. 165 a 172, 201 a 204 y 212 a 223.

[45] Ley del Mercado de Valores, por virtud de las reformas que se le hicieron por decreto el 28 de abril de 1978, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo del mismo año.

[46] Art. 54 de la Ley del Mercado de Valores.

[47] Arts. 54 y 56 de la Ley del Mercado de Valores.

[48] Art. 55 de la Ley del Mercado de Valores.

[49] Art. 65 de la Ley del Mercado de Valores.

[50] Art. 55 de la Ley del Mercado de Valores.

[51] Art. 57 de la Ley del Mercado de Valores.

les se realice oferta pública y que otorguen a sus titulares derechos de crédito, de propiedad o de participación en el capital de personas morales;

ii) Administrar los valores que se le entreguen para su depósito, pudiendo ejercer únicamente los derechos de carácter patrimonial que dichos valores confieran a sus titulares;

iii) Prestar servicios de transferencia, compensación y liquidación sobre operaciones que se realicen respecto de los valores materia de depósito;

iv) Intervenir en las operaciones mediante las cuales se constituya garantía prendaria respecto de valores en él depositados;

v) Llevar, a solicitud de las sociedades emisoras, los libros de registro de acciones nominativas y realizar las inscripciones correspondientes;

vi) Dar fe de los actos que realice en ejercicio de las funciones que se le atribuyen;

vii) Realizar aquellas otras operaciones conexas que se relacionen con su objeto y que le autorice la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; y

viii) Servir como conducto para el registro en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras de los inversionistas extranjeros y las acciones que éstos adquieran, cuando la adquisición se hubiere realizado en bolsa de valores establecida en la República Mexicana.[52]

52 Art. 39 del Reglamento del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras. Sobre este particular, cabe anotar lo siguiente:

Por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 8 de diciembre de 1981, se reformó el Artículo 39 del Reglamento del Registro Nacional de Inversiones Etxarnjeras, con el objeto de facilitar a los inversionistas extranjeros que adquieran acciones de sociedades mexicanas en bolsa de valores establecida en la República Mexicana, el cumplimiento de las obligaciones que les impone la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera relativa a su inscripción como inversionistas extranjeros, así como de las acciones que adquieran, en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras. De esta manera, se concedió al Inversionista extranjero la opción de solicitar individualmente su registro, así como el de sus acciones, o bien, el de obtener dicho registro a través del INDEVAL. En este último supuesto, los depositantes de valores en el INDEVAL — agentes de valores personas morales, instituciones de crédito, de seguros y de fianzas y sociedades de inversión, así como otras personas o entidades distintas de las anteriores, cuando así lo establezcan otras leyes o la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante disposiciones de carácter general — podrán registrar a los inversionistas extranjeros y las acciones que hayan adquirido en bolsa de valores, por conducto del INDEVAL, este registro surtirá los efectos de una inscripción provisional en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, el cual se convertirá en definitivo cuando el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras certifique que tales adquisiciones

4. Organización

Los órganos que integran el "INDEVAL" son los siguientes:

a) Un Consejo Directivo; y
b) Un Director General.

a) Consejo Directivo

El Consejo Directivo constituye el órgano de gobierno de dicho Instituto y se encuentra compuesto por nueve miembros, a saber, el Presidente de la Comisión Nacional de Valores y representantes de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, del Banco de México, S. A., de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, de las bolsas de valores y de la Asociación de Banqueros; los otros tres miembros restantes, son designados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de entre personas que tengan conocimientos en materia bursátil, financiera, industrial o comercial, que no sean funcionarios o empleados de las entidades antes mencionadas o de instituciones que puedan ser depositantes.[53]

b) Director General

El Director General es el representante legal del "INDEVAL" con plenas facultades, y tiene a su cargo, entre otras funciones, la ejecución de los acuerdos tomados por el Consejo Directivo.[54]

IV. *REQUISITOS DE CARACTER EXTERNO QUE DEBE CUMPLIR LA SOCIEDAD PARA REALIZAR LA OFERTA PUBLICA DE SUS ACCIONES*

La legislación Mexicana dispone que para que los valores, entendiéndose por tales las acciones, obligaciones y demás títulos de crédito que se emitan en serie o en masa,[55] puedan ser materia de oferta pública,[56] se requiere el que

se han llevado a cabo conforme a los porcentajes y conversiones requeridos por la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera y las Resoluciones Generales dictadas por la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.

53 Por cuanto toca a la integración, funcionamiento y facultades del Consejo Directivo, ver Arts. 58 a 62 de la Ley del Mercado de Valores. Las instituciones que pueden depositar valores y documentos en el INDEVAL se mencionan en el Art. 57 de dicha Ley.

54 Ver Arts. 63 y 64 de la Ley del Mercado de Valores.

55 Ley del Mercado de Valores, Art. 2. Incluso se previene que "Sólo podrán ser materia de intermediación en el mercado de valores los documentos inscritos en la Sección de Valores del Registro Nacional de Valores e Intermediarios, salvo que se trate de operaciones que sin constituir oferta pública, tengan por objeto la suscripción de acciones, la fusión o transformación de sociedades o la transferencia de proporciones importantes del capital de empresas" (Art. 13 de dicha Ley).

56 La Ley Mexicana considera oferta pública en esta materia, aquella que se hace por algún

dicha oferta sea aprobada por la Comisión Nacional de Valores[57] y el que los valores correspondientes se encuentren inscritos en la Sección de Valores del Registro Nacional de Valores e Intermediarios,[58] dependencia que está a cargo de la propia Comisión Nacional de Valores.[59]

Dicho Registro constituye también un requisito necesario para que los valores de que se trate puedan ser operados en Bolsa de Valores.[60]

A. REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIRSE ANTE LA COMISION NACIONAL DE VALORES

Por lo tanto, con base en lo señalado arriba, siendo las acciones títulos de crédito considerados como valores por nuestra Ley del Mercado de Valores, para que puedan ser colocadas entre el gran público inversionista y negociadas en Bolsa de Valores, deberán de encontrarse inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, para lo cual la socidad emisora deberá satisfacer los requisitos que a continuación se mencionan:[61]

- La Sociedad deberá presentar ante la Comisión Nacional de Valores una solicitud de inscripción de sus acciones en la Sección de Valores del Registro antes mencionado.

- Las características de las acciones y los términos de su colocación, deberán ser tales que permitan el que las acciones tengan una circulación que sea significativa y que no cause perjuicio al mercado.

- Las acciones deberán tener o poder llegar a tener una circulación amplia en relación con la magnitud del mercado y de la sociedad emisora.

- La sociedad emisora deberá tener solvencia y liquidez.

A fin de que la Comisión Nacional de Valores pueda evaluar el cumplimiento de los requisitos antes mencionados, la sociedad emisora le deberá presentar la siguiente documentación e información, la cual tiene por objeto, también, el que el público inversionista esté debidamente informado de los datos sobresalientes respecto al desarrollo económico y financiero de la sociedad, y a su situación actual, así como a sus perspectivas y planes futuros:

medio de comunicación masiva o a persona indeterminada para suscribir, enajenar o adquirir títulos o documentos de los que la propia Ley define como valores.

57 Ley del Mercado de Valores, Art. 2.

58 Ley del Mercado de Valores, Art. 11.

La propia Ley previene en este precepto que los valores emitidos en México o por personas morales mexicanas, que sean materia de oferta pública en el extranjero, deberán estar inscritos en una sección especial del propio Registro Nacional de Valores e Intermediarios.

59 Ley del Mercado de Valores, Art. 10.

60 Ley del Mercado de Valores, Art. 33, fracción I.

61 Ley del Mercado de Valores, Art. 14, fracciones I a IV.

1. Solicitud de inscripción de las acciones

Como ya quedó dicho, la sociedad deberá presentar ante la Comisión Nacional de Valores una solicitud por escrito, que cumpla con los requisitos y contenga los datos que se explican a continuación:[62]

Denominación y domicilio de la sociedad; nombre y personalidad de su representante, quien será la persona que, en nombre de la sociedad, promueva y tramite la solicitud; número y características de todas las acciones representativas de su capital social, especificándose, en su caso, aquellas cuya inscripción se solicita, y de éstas se deberá indicar el número y características de las que, por el momento, se pretende ofrecer públicamente, señalando la clase de oferta que se desea realizar, es decir si ésta consistirá en una oferta primaria, secundaria o mixta.[63]

En la solicitud, la Sociedad deberá pedir también las aprobaciones que se requieran a fin de que las acciones que se van a ofrecer puedan ser objeto de inversión por parte de diversas entidades, tales como Instituciones de Crédito, o Instituciones de Seguros o de Fianzas, así como para que puedan ser adquiridas y operadas por Sociedades de Inversión.[64] Finalmente, en el documento que se comenta, la sociedad emisora deberá manifestar expresamente, que se compromete a cumplir con las obligaciones previstas en las fracciones V, VI y VII del Artículo 14 de la Ley del Mercado de Valores,[65] y fracción II del Ar-

62 "Instructivo para solicitar la inscripción de acciones en la Sección de Valores del Registro Nacional de Valores e Intermediarios", Comisión Nacional de Valores, Dirección de Emisoras y Desarrollo del Mercado, Departamento de nuevas emisiones.

63 Oferta primaria es aquella que se produce cuando la sociedad emisora aumenta su capital social con el objeto de colocar entre el público inversionista las acciones representativas de dicho aumento.

Oferta secundaria es aquella que se produce cuando los accionistas de la sociedad emisora buscan colocar entre el público inversionista las acciones, representativas de su capital social, de las cuales son tenedores.

Oferta mixta es aquella que comprende una oferta primaria y una oferta secundaria; como sería el caso de una sociedad emisora que aumentase su capital social con el fin de colocar, entre el público, las acciones representativas de ese aumento, y al mismo tiempo se ofreciese públicamente un porcentaje de acciones ya suscritas y pagadas, de las cuales son tenedores los accionistas de dicha sociedad.

64 Las sociedades de inversión son aquellas que se dedican a operar con valores, requieren de una concesión del Gobierno Federal y con sus actividades ayudan a incrementar la demanda en el mercado de valores. La estructura y organización de este tipo de sociedades se encuentra regulada por la Ley de Sociedades de Inversión y por las reglas y disposiciones dictadas por entidades de la administración pública, tales como la Comisión Nacional de Valores. Dichas sociedades se encuentran también sujetas a una serie de controles por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de la propia Comisión Nacional de Valores. El régimen de inversión de este tipo de sociedades está regulado por normas y criterios cuyo objeto es el de procurar condiciones adecuadas de seguridad y liquidez en la inversión, la diversificación de riesgos, el fomento de actividades prioritarias, el desarrollo ordenado del Mercado de Valores y evitar el que este tipo de sociedades adquieran el control de empresas. Ver Art. 8º de la Ley de Sociedades de Inversión.

65 Las fracciones V, VI y VII del Artículo 14 de la Ley del Mercado de Valores establecen, en resumen, la obligación de la sociedad emisora de seguir políticas congruentes con los in-

tículo 53 de la propia Ley,[66] y deberá acompañar una relación de los documentos que se adjunten a la solicitud –los cuales se analizarán más adelante– debiendo, por último, expresar la fecha de la propia solicitud la cual deberá ir firmada por el representante de la sociedad.

2. Autorización al intermediario para tramitar la solicitud

Carta de la sociedad en la que autorice y faculte al intermediario, en su caso, para promover y tramitar la solicitud a que alude el párrafo anterior, ante la Comisión Nacional de Valores. Dicha carta deberá contener la denominación y domicilio del intermedairio, el nombre y personalidad del representante del intermediario, la fecha de la carta-autorización y las firmas tanto del representante de la sociedad como del propio intermediario.

3. Información de carácter jurídico

La sociedad deberá proporcionar la información y acompañar los documentos que se indican a continuación:

a. Personalidad del representante.

Testimonio o copia certificada de la escritura que acredite la personalidad del representante de la sociedad.

b. Existencia de la sociedad.

Testimonios o copias certificadas de la escritura constitutiva de la sociedad y de las reformas a sus estatutos sociales; conteniendo los datos de inscripción correspondientes, en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio de su domicilio.

c. Aprobación de Estados Financieros.

Copia de las actas de Asambleas Generales Ordinarias de Accionistas que hayan aprobado los estados financieros correspondientes a los últimos cinco

tereses de los inversionistas, de proporcionar a la Comisión Nacional de Valores y al público la información que se le requiera mediante disposiciones de carácter general (actualmente esta información se encuentra especificada en las Circulares de la Comisión Nacional de Valores, que se comentan en este artículo), y de no efectuar operaciones que modifiquen artificialmente el rendimiento de sus valores, o concedan a sus tenedores prestaciones que no se deriven de la naturaleza propia de los títulos o no se hayan consignado expresamente en los mismos, salvo que, en este último caso, hayan obtenido la previa autorización de la Comisión Nacional de Valores.

66 La fracción II del Artículo 53 de la Ley del Mercado de Valores, se refiere al documento o escrito en el que conste la conformidad, en este caso, de la sociedad emisora, de cubrir a la Comisión Nacional de Valores el importe de todos los derechos que se causen con motivo de la inscripción de las acciones en la Sección de Valores del Registro Nacional de Valores e Intermediarios, así como los gastos de inspección y vigilancia en que incurra la propia Comisión relacionados con el registro de las acciones y el mantenimiento del mismo.

ejercicios sociales de la sociedad, o si ésta no tuviere, a la fecha de la solicitud, una antigüedad de 5 años, copia de las actas correspondientes a dichas Asambleas desde la fecha de su constitución. Las copias de referencia deberán estar certificadas por el Secretario del Consejo de Administración de la sociedad o por Notario Público, o bien, contenerse en escritura pública.

d. Lista de accionistas asistentes a la última Asamblea.

Lista de los accionistas que comparecieron a la última Asamblea, firmada por éstos y autentificada por los Escrutadores, especificando el número de acciones que representan, así como en su caso, el nombre de los representantes de los accionistas que asistieron a la Asamblea.

e. Lista de miembros del Consejo de Administración, Comisarios y Funcionarios.

Nombres de las personas que integran el Consejo de Administración de la sociedad, así como de sus Comisarios y principales funcionarios, señalando la fecha en que fueron electos o designados, y su antigüedad en la compañía.

f. Libros corporativos.

Certificado del Secretario del Consejo de Administración en el que manifieste que los libros de actas de Asambleas de Accionistas y Sesiones del Consejo de Administración y, en su caso, los libros de Registro de Acciones Nominativas y de Variaciones de Capital,* se encuentran actualizados.

g. Títulos de acciones.

Ejemplar cancelado o copia fotostática del modelo de título definitivo o de certificado provisional que represente las acciones de la sociedad.

h. Contratos celebrados por la sociedad.

Relación de los contratos importantes que tenga celebrados, tales como de Asistencia Técnica, Transferencia de Tecnología, Licencia de Uso y Explotación de Marcas, Invenciones o Nombres Comerciales. La Sociedad debe acreditar que ha dado cumplimiento a los registros y autorizaciones requeridos.

Se deberán entregar copias de los contratos de crédito en que se establezcan limitaciones de carácter financiero o con relación al reparto de utilidades de la sociedad.

* Aun cuando el instructivo no hace mención a los libros de Registro de Acciones Nominativas y de Variaciones de Capital, es de presumirse que éstos deberán también estar al corriente, puesto que forman parte de los libros corporativos de la sociedad.

i. Información laboral.

La sociedad deberá informar el número de trabajadores sindicalizados y de confianza con que cuenta, y la suma anual a la que ascienden los salarios y prestaciones del personal. Es necesario presentar una copia del contrato colectivo de trabajo y señalar la fecha de su próxima revisión. Finalmente, se deberá proporcionar una relación de los juicios laborales que se estén promoviendo en contra de la sociedad, así como información respecto de huelgas y paros que hubiese sufrido la misma.

j. Licencias, permisos, concesiones y autorizaciones.

Copia de las licencias, permisos, concesiones y autorizaciones necesarias para la constitución de la sociedad, y para la realización de sus operaciones y negocios.

k. Gravámenes.

Relación de los gravámenes constituidos sobre los activos de la sociedad, señalando el porcentaje que éstos representan con respecto a su capital contable.

l. Resolución de la Asamblea de Accionistas aprobando el aumento del capital social, en caso de tratarse de una colocación primaria.

En el supuesto de que se trate de una colocación primaria, se deberá presentar un proyecto del acta de la Asamblea de Accionistas que habrá de resolver sobre el aumento del capital social de la empresa y la emisión de las acciones que serán objeto de oferta pública. Posteriormente, en su caso, habrá de proporcionarse testimonio o copia certificada de la escritura pública en la que se contenga la protocolización de dicha acta, incluyendo los datos de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio del domicilio social.

m. Resolución del Consejo de Administración autorizando la inscripción de las acciones.

Copia certificada por el Secretario del Consejo de Administración del acta de la Sesión del citado Consejo en la que se haya acordado inscribir las acciones en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.

n. Sociedades Controladoras.

En el supuesto de que la sociedad emisora fuere una sociedad controladora, deberá proporcionar una relación de las sociedades controladas, señalando el porcentaje de su participación accionaria en cada una de ellas y la proporción que ello representa en el capital social y contable de la propia Sociedad Controladora.

Asimismo, deberá acompañarse testimonio o copia certificada de la escritura constitutiva y de las reformas a los estatutos sociales de cada una de las sociedades controladas, con los correspondientes datos de inscripción en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

o. Requisitos especiales.

Si alguno de los accionistas, persona moral, de la sociedad emisora es propietario del 15% o más de su capital social, o si alguna de las sociedades controladas por la sociedad emisora es una sociedad extranjera, deberá acreditarse, según proceda, la personalidad jurídica del accionista y de la sociedad extranjera.

4. Información de carácter económico

Esta información consiste en un estudio técnico-económico de la sociedad emisora, preparado por una institución de crédito o por un profesionista independiente, el cual deberá contener datos relativos a:

a. Actividad de la sociedad.

Una descripción de las actividades de la sociedad emisora indicando sus principales líneas de productos y servicios, y especificando las marcas y nombres comerciales que utilice, ya sea como propietaria de ellas o como simple licenciataria.

b. Instalaciones.

Número y ubicación de sus plantas industriales, indicando la capacidad instalada de producción, y la capacidad a la cual éstas se encuentran operando a la fecha de la solicitud, asimismo, deberá proporcionarse una descripción de la maquinaria utilizada y de su origen.

c. Producción

Un resumen de los volúmenes de producción, costo y venta, desglosado por líneas de productos, correspondientes a los cinco últimos ejercicios sociales, o desde que la sociedad hubiere iniciado sus operaciones, si el período desde que fue constituida fuere inferior a cinco años. Igualmente se deberán proporcionar proyecciones en estos renglones para los próximos tres ejercicios sociales.

d. Materias primas.

Información sobre las materias primas que utiliza la sociedad, su origen y su suministro.

e. Mercado.

El mercado que tienen los productos de la sociedad, señalando datos relativos a los consumidores, empresas competidoras, importancia que tiene la sociedad frente a otras empresas del mismo ramo, su penetración actual y mercado potencial, sus volúmenes de importación y exportación durante los últimos tres años, y sus canales de distribución y venta.

f. Tecnología.

Asistencia técnica que recibe la sociedad y empresas que se la proporcionan, indicando la nacionalidad de estas últimas; patentes de invención y licencias de fabricación con que cuenta. Se deberá acompañar una copia del Contrato correspondiente.

g. Fuerza laboral.

Información sobre el número total de sus trabajadores, costo de mano de obra y programas de capacitación al personal con que cuente o proyecte implantar.

h. Organigrama.

Organigrama de la sociedad, conteniendo una descripción de las funciones que realicen los diversos departamentos.

i. Proyecciones.

Las proyecciones o programas que tenga la sociedad respecto a sus inversiones futuras, diversificación de sus productos, incrementos en su capacidad de producción y sus estimaciones respecto al crecimiento en la demanda de sus productos.

j. Objetivos de la colocación pública de sus acciones.

Se deberá explicar los objetivos que persigue la sociedad con la colocación pública de sus acciones y los resultados económicos que con ello pretende lograr, por lo general estos objetivos consisten en: el fortalecimiento de la estructura financiera de la empresa y en hacer partícipe al público en el desarrollo de la misma.

5. Información de carácter financiero.

En este renglón, es necesario que la sociedad emisora informe sobre lo siguiente:

a. Estados financieros.

Estados financieros[67] dictaminados por contador público independiente, incluyendo las notas explicativas, por los últimos tres ejercicios sociales.

b. Activos fijos.

Estado que muestre, por cada uno de los tres últimos ejercicios sociales, el costo de adquisición de los bienes que integran el activo fijo de la sociedad, y la depreciación de los mismos.[68]

La sociedad deberá proporcionar también un resumen del avalúo de los bienes, firmado por institución de crédito o perito independiente designado por la empresa y registrado en la Comisión Nacional de Valores.

c. Capital social.

Estado de modificaciones al capital social por los últimos tres ejercicios sociales, señalando el origen de los aumentos ocurridos, las fechas en que se hubieren acordado, y la estructura actual del capital social y sus modalidades.

d. Inversiones en acciones y otros valores.

Relación de las inversiones que tenga la sociedad en acciones y otros valores, indicando el nombre de la emisora, clase de título, cantidad adquirida, valor nominal, precio de adquisición por cada uno de ellos e importe total de adquisición.

e. Emisión de obligaciones, papel comercial u otros valores.

Si la sociedad ha emitido obligaciones, papel comercial u otros valores y éstos se encuentran en circulación, deberá proporcionar información relativa a la fecha y número del oficio de la Comisión Nacional de Valores por el que se autorizó la emisión, monto autorizado, plazo, tasa, amortización, garantías, saldo pendiente de amortizar, y la aplicación que se hizo de los fondos obtenidos.

f. Modificaciones a la estructura financiera y productividad de la sociedad.

Explicación de las causas que hayan motivado variaciones importantes en la

67 Se comprenden dentro de los Estados Financieros al Balance General, Estado de Resultados, Estado de Cambios en la Situación Financiera y Estado de Variaciones en el Capital Contable.

68 La actualización de activos fijos debe presentarse en un renglón por separado, señalando el incremento por revaluación y el complemento a la depreciación, conforme a las disposiciones contenidas en la Circular 11-3 de la Comisión Nacional de Valores, emitida con fecha 22 de mayo de 1980.

estructura financiera de la sociedad emisora y en su productividad de un año a otro, durante los tres últimos ejercicios sociales.

g. Aplicación de utilidades.

Estado de aplicación de los resultados obtenidos durante los tres últimos ejercicios sociales, indicando los dividendos decretados, monto, fecha de pago y cupón contra el que fueron pagados.

h. Situación fiscal.

Información sobre la situación fiscal de la sociedad, especificando los impuestos de carácter federal, estatal o municipal que se causen con motivo de sus operaciones y utilidades, tasa de impuesto y demás contribuciones que las graven y los beneficios, exenciones, subsidios o incentivos de que goce.

i. Destino de los fondos que se obtengan de la colocación pública de las acciones.

Explicación detallada de los fines a los que se destinarán así como de la aplicación de los fondos que se obtengan de la colocación.

j. *Presupuestos.*

Estados financieros presupuestados por tres ejercicios sociales, dando efecto al aumento de capital social (en caso de que se trate de una colocación social (en caso de que se trate de una colocación primaria), y a los fondos que se obtengan de la colocación de acciones; explicando, además, las bases que se emplearon para la preparación de tales estados financieros presupuestados.

k. Resultados y situación financiera del último trimestre, presentados en forma comparativa.

Estado de la situación financiera y resultados correspondientes al último trimestre, presentados en forma comparativa con los del mismo trimestre del ejercicio social inmediato anterior. Esta información deberá proporcionarse de acuerdo a las formas especiales preparadas para tal propósito por la Comisión Nacional de Valores. Finalmente, se deberán acompañar las notas explicativas y la opinión preliminar del contador público externo.

l. Política sobre dividendos.

Es preciso que se informe sobre la política que la sociedad habrá de seguir con relación al pago de dividendos.

m. Publicación del último balance.

Ejemplar del periódico oficial del domicilio de la sociedad, en que se hubiere publicado el último Balance General aprobado por la Asamblea Ordinaria de Accionistas.

n. Informe del Consejo de Administración.

Copia del informe correspondiente al último ejercicio social presentado por el Consejo de Administración a la Asamblea de Accionistas.

o. Sociedad Controladora.

Si la sociedad emisora es una sociedad controladora, deberá presentar también la información a que se refieren los párrafos, a., b., c., f., j. y k. anteriores, en términos consolidados.

p. Inversiones en sociedades subsidiarias y asociadas.*

Relación de las inversiones permanentes que la Sociedad tenga en compañías subsidiarias y asociadas, según se desprende de su Balance General correspondiente al último ejercicio social. En esta relación deberá especificar el porcentaje de su tenencia accionaria en el capital social de cada empresa subsidiaria o asociada, y la forma en que se valuaron las inversiones.

q. Estados financieros de cada una de las sociedades subsidiarias.

Estados Financieros correspondientes al último ejercicio social de cada una de las empresas subsidiarias, dictaminados por contador público independiente.

6. Información relativa a la oferta pública.

Sobre este particular, la sociedad emisora tiene que proporcionar lo siguiente:

a. Programa de colocación.

Este programa deberá determinar la naturaleza de la oferta pública de las acciones (primaria, secundaria o mixta);[69] y deberá contener información sobre el número y las características de las acciones objeto de la oferta pública, así como el porcentaje que éstas representan en el capital social de la sociedad

[69] La explicación de estos conceptos aparece en la nota de pie de página número 63 anterior.

* Comúnmente, se entiende por subsidiaria aquella empresa de la que una sociedad es tenedora de más de la mitad de su capital social, y por asociada aquella en cuyo capital social participa significativa pero minoritariamente la Sociedad tenedora.

emisora; nombre del intermediario que actuará como administrador de la colocación; nombre de los miembros del sindicato que habrá de realizar la colocación; periodo tentativo de la colocación; bases utilizadas para fijar el precio de las acciones y monto total de la oferta; personas que podrán adquirir las acciones; grado de diversificación y distribución de las acciones materia de la oferta pública —número máximo de acciones que pueden adquirirse por persona y porcentaje de distribución nacional—;[70] comisiones que habrán de cubrirse con motivo de la colocación; y forma en que estarán representadas las acciones. En caso de que éstas se encuentren representadas por certificados provisionales, deberá indicarse también la fecha de canje de dichos certificados por los títulos definitivos de acciones.

b. Contrato de colocación.

Proyecto de contrato de colocación[71] y, en su oportunidad, un ejemplar firmado por las partes.

c. Contrato de sindicación.

Proyecto de contrato de sindicación[71 bis] y, en su oportunidad, un ejemplar firmado por las partes.

d. Aviso al público.

Proyecto de aviso de oferta pública de las acciones, el cual deberá expresamente señalar que la inscripción en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios de las acciones no implica certificación alguna sobre la bondad del valor o la solvencia del emisor.[72]

70 Entendemos que este concepto obedece a las disposiciones de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, por lo que en este sentido el porcentaje de distribución nacional se refiere al porcentaje de las acciones mexicanas, que por exclusión serán todos aquellos que no se encuentran comprendidos en las diversas fracciones del Artículo 2º de la Ley antes citada.

71 Sobre la naturaleza de los contratos de colocación y de sindicación y algunos comentarios prácticos sobre este tipo de contratos ver "Importancia de la Relación Jurídica Formal de las Casas de Bolsa con su Clientela", por el Lic. Javier Pérez Rocha, conferencia pronunciada el 25 de mayo de 1981, publicada por la Academia Mexicana de Derecho Bursátil, A. C., en su Memoria del "Seminario sobre la Importancia de la Relación Jurídica formal de las casas de Bolsa con su Clientela".

71 bis Ver Nota de pie de página 71 anterior.

72 El último párrafo del Artículo 14 de la Ley del Mercado de Valores, dispone a la letra lo siguiente:

> "La inscripción en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios no implica certificación sobre la bondad del valor o la solvencia del emisor. Esta mención deberá figurar en los documentos a través de los que se haga oferta pública de valores."

e. Prospecto de colocación.

Seis tantos del proyecto del prospecto de colocación para su revisión por la Comisión Nacional de Valores, el cual deberá contener la siguiente información:

- Denominación, datos de constitución, domicilio, objeto y capital social de la sociedad emisora.

- Si la empresa es una sociedad controladora, deberá incluirse una lista de las sociedades que controla, indicando el objeto social de cada una de ellas. Además, se deberá señalar el porcentaje de la participación accionaria de la Sociedad Controladora en cada una de las subsidiarias. Finalmente, es necesario presentar en forma consolidada y dictaminada los Estados Financieros correspondientes al último ejercicio social de tales Sociedades Controladas, así como comparativamente sus Estados de Situación Financiera y de Resultados por los tres últimos ejercicios sociales.

- En caso de colocación primaria un extracto del acta de la Asamblea de Accionistas en donde aparezca la resolución que aprobó el aumento del capital social de la sociedad emisora, y la emisión de las acciones objeto de la oferta pública.

- Extractos del estudio técnico-económico y del programa de colocación, a que antes se ha hecho mención.

- Lista de miembros del Consejo de Administración, Comisarios y principales funcionarios de la sociedad emisora, indicando la fecha en que fueron designados o electos y su antigüedad en la compañía.

- Política futura de dividendos por los siguientes tres ejercicios sociales.

- Informe sobre los derechos y obligaciones de los accionistas, y las restricciones que hubiere al derecho de voto; deberá incluirse un resumen de las disposiciones estatutarias que modifiquen el régimen legal relativo a quórums de asistencia y votación de las Asambleas de Accionistas, derechos de las minorías para designar Consejeros y Comisarios,[73] reglas para el ejercicio del derecho de retiro y de las que se refieren al ejercicio del derecho de preferencia para suscribir los aumentos de capital social.

73 El Artículo 144 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, según reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 23 de enero de 1981, dispone que cuando los administradores de una sociedad anónima sean tres o más, el contrato social determinará los derechos que corresponden a la minoría de los accionistas en la designación, pero en todo caso la minoría que represente un diez por ciento del capital social nombrará cuando menos un Consejero, cuando se trate de sociedades que tengan inscritas sus acciones en Bolsa de Valores. La misma disposición es aplicable en relación a los Comisarios de acuerdo con lo previsto por el Artículo 171 de dicha Ley.

– Informe sobre la situación fiscal y laboral de la sociedad emisora.

– Aplicación de los resultados obtenidos durante los tres últimos ejercicios sociales, especificando los dividendos decretados y su monto.

– Estado de modificaciones que haya sufrido el capital social, especificando el origen del aumento o reducción.

– Estados Fianancieros correspondientes al último ejercicio social, incluyendo las notas explicativas y el dictamen del contador público independiente.

– Estados de Situación Financiera y de Resultados comparativos de la sociedad emisora, por los últimos tres ejercicios sociales.

– Estados de Situación Financiera y de Resultados recientes o por el último trimestre del ejercicio social en curso, comparativos con el mismo periodo del ejercicio social inmediato anterior, con las notas explicativas y la opinión preliminar del contador público independiente.

– Destino de los fondos que se obtengan de la colocación pública de acciones.

– Datos de inscripción de las acciones en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios; de la autorización de la oferta pública y de la mención prevista en el último párrafo del Artículo 14 de la Ley del Mercado de Valores.*

– Los nombres de por lo menos dos Consejeros de la sociedad emisora y el del Director General de la institución administradora de la colocación, que con su firma autoricen el prospecto.

– La carátula del prospecto deberá indicar el número y características de las acciones materia de la oferta pública, el precio unitario en que se ofrecen y el monto total de la oferta, las personas que puedan adquirir las acciones, el periodo de colocación, el nombre del intermediario que actúa como administrador de la colocación y de los miembros del sindicato correspondiente, y por último, la fecha del prospecto.

Una vez revisado el prospecto de colocación por la Comisión Nacional de Valores, se deberán proporcionar a dicha institución veinte ejemplares del mismo, corregido de acuerdo con las observaciones que hubiere manifestado la citada autoridad.

* Ver nota de pie de página No. 72.

7. Requisitos adicionales.

a. Documentos firmados por el representante.

La documentación a que aluden los párrafos anteriores, salvo el proyecto y ejemplar aprobado del prospecto de colocación, deberá presentarse por duplicado y estar firmada por el representante de la sociedad emisora.

b. Mayor información soliictada por la Comisión Nacional de Valores.

La Comisión Nacional de Valores tendrá el derecho de requerir de la sociedad emisora, cualquier información adicional y las aclaraciones que estime pertinentes, a fin de estar en posibilidad de resolver sobre el registro y autorizaciones que le sean solicitados.

El estudio necesario para satisfacer los requisitos que se deben cumplir a efecto de obtener la inscripción, de los valores, se hace generalmente por la casa de bolsa que actúa como intermediario encargado de la colocación y oferta pública de las acciones.

Por último, cabe mencionar que existen sociedades que se encuentran exentas de cumplir con algunos de los requisitos que establece el Artículo 14 de la Ley del Mercado de Valores, a fin de obtener la inscripción de sus acciones en la Sección de Valores del Registro Nacional de Valores e Intermediarios; éstas son las Instituciones de Crédito y de Seguros, las Organizaciones Auxiliares de Crédito[74] y las Sociedades de Inversión, las que únicamente deberán cumplir con lo señalado en las fracciones I, III, V y VI del mencionado Artículo 14.[75]

La razón de estas excepciones, así como de las que más adelante se mencionan en relación con este tipo de sociedades, es la de que tales instituciones se encuentran sujetas a leyes especiales que establecen una serie de controles sobre las mismas, y de que la función de inspección y vigilancia de sus operaciones corresponde a otras autoridades.[76]

74 "Se entiende por Organización Auxiliar de Crédito, una Sociedad Mercantil sujeta a normas especiales de Derecho Administrativo Mercantil, y concesionada o autoridada por las autoridades hacendarias para realizar una serie de actividades que coadyuvan en la intermediación del crédito, aunque en particular no realizan en estricto sentido, operaciones de crédito." Miguel Acosta Romero "Derecho Bancario", Edit. Porrúa, Mééxico, 1978, p. 384.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares en su Artículo 3º considera como Organizaciones Auxiliares de Crédito a los Almacenes Generales de Depósito, las Arrendadoras Financieras, las Bolsas de Valores, las Uniones de Crédito y las demás que otras leyes consideren como tales.

75 Ley del Mercado de Valores, Artículo 15.

76 Como lo son la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Banco de México, S. A., y la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros. Ver Artículo 1º de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, Artículo 2º de la Ley General de Instituciones de Seguros; y, en el caso de sociedades de inversión, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional de Valores. Ver Artículos 2o., 3o., 16 bis y 17 de la Ley de Sociedades de Inversión.

B. REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIRSE ANTE LA BOLSA MEXICANA DE VALORES PARA LA INSCRIPCION DE LAS ACCIONES

Antes de señalar cuáles son los requisitos que la sociedad emisora debe cumplir ante la Bolsa Mexicana de Valores, a fin de que sus acciones puedan quedar inscritas y ser operadas en la misma, conviene hacer una breve mención de los propósitos que persiguen este tipo de instituciones. La principal razón de ser de una Bolsa de Valores es la de procurar facilidades a sus miembros, a fin de que en su recinto realicen las operaciones de compra y venta de valores, registrados en la propia Bolsa, a nombre y por cuenta de sus clientes, y el de proteger a los inversionistas que realizan operaciones a través de la Bolsa, gracias a la vigilancia que ésta ejerce sobre las sociedades emisoras cuyos valores se operan en ella.[77]

En México, aun cuando la Ley del Mercado de Valores se refiere a bolsas de Valores en plural, actualmente sólo existe una sola Bolsa de Valores, que es la Bolsa Mexicana de Valores, S. A. de C. V.

Sin embargo, hasta el año de 1976 existían en México tres bolsas de valores, una en la Ciudad de México, otra en Guadalajara, Jalisco y otra en la Ciudad de Monterrey, Nuevo León. Las autoridades juzgaron que era más conveniente el que sólo existiera una bolsa de valores en nuestro país, en virtud, en primer lugar, de que en las bolsas regionales no había propiamente un mercado, y de que el establecimiento de varias bolsas propiciaba el que se dieran diferentes cotizaciones sobre un mismo valor, lo cual traía como consecuencia la especulación.[78] En tal virtud, la Comisión Nacional de Valores notificó el 23 de diciembre de 1975 a la Bolsa de Valores de Guadalajara y a la Bolsa de Valores de Monterrey, que a partir del 5 de enero del año siguiente debían suspender sus actividades.[79]

Existiendo en México únicamente la Bolsa Mexicana de Valores, S. A. de C. V. —Bolsa Mexicana de Valores— nos referiremos exclusivamente a los requisitos que las sociedades emisoras deben satisfacer ante la misma con el objeto de que sus valores se operen en dicha institución.

Cabe recordar a este respecto que la Ley del Mercado de Valores dispone que para que cualquier valor pueda ser operado en bolsa se requiere que primero esté inscrito en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, que las sociedades emisoras soliciten su inscripción en la bolsa de que se trate y que se satisfagan los requisitos que determine el Reglamento Interior de la bolsa correspondiente.[80]

El análisis que a continuación se hace, sobre los requisitos que deben cumplirse ante la Bolsa, tiene como base el proyecto de Reglamento Interior de la

[77] Ver Miguel Acosta Romero "Derecho Bancario", pp. 452 y 453. Edit. Porrúa, México, 1978.

[78] *Op. cit.*, pp. 456 y 457.

[79] *Op. cit.* Nota de pie de página No. 9, p. 457.

[80] Ley del Mercado de Valores. Art. 33.

Bolsa Mexicana de Valores, elaborado en el mes de junio de 1981, mismo que aún no ha sido aprobado por la Comisión Nacional de Valores.[81]

El proyecto del Reglamento mencionado, establece el siguiente procedimiento para obtener la inscripción en bolsa de las acciones de la sociedad emisora:

1. Inscripción de las acciones en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.

Las acciones que vayan a ser negociadas en bolsa deberán estar inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.[82]

2. Solicitud de inscripción de las acciones en la Bolsa Mexicana de Valores.

La sociedad emisora habrá de presentar una solicitud al efecto, por duplicado, cumpliendo con los requisitos y documentos que se requieran según el texto del modelo de solicitud aprobado por la Bolsa. La Sociedad deberá exhibir una copia del oficio de autorización de la Comisión Nacional de Valores, en el que conste que las acciones se encuentran inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios o, en su defecto, deberá acompañar la solicitud presentada a la Comisión Nacional de Valores para obtener dicho registro. Es necesario presentar la solicitud con una anticipación de 36 días hábiles a la fecha prevista para la colocación de las acciones. La documentación correspondiente deberá estar firmada por el representante de la sociedad emisora facultado para tramitar la solicitud de inscripción, e ir en papel membretado de la sociedad.

La solicitud necesita estar respaldada por un estudio técnico y jurídico sobre la sociedad emisora a fin de que el Consejo de Administración de la Bolsa pueda decidir sobre la inscripción de las acciones. Para tales efectos, la sociedad deberá cubrir el importe de los gastos y honorarios que se causen con motivo del estudio técnico y jurídico mencionado. La Bolsa podrá solicitar a la Sociedad el que le proporcione información adicional o las aclaraciones que considere pertinentes sobre la solicitud.[83]

3. Correcta emisión de acciones, escritura constitutiva y reformas, y títulos de acciones.

La emisión de las acciones, la escritura constitutiva de la sociedad y sus reformas, y los títulos representativos de las acciones, deberán ajustarse a las leyes aplicables, a los requisitos de carácter general establecidos por la Bolsa para

[81] No obstante que aún no ha sido aprobado este proyecto de Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana de Valores por las autoridades correspondientes, el mismo se está aplicando de hecho.

[82] Art. 55 del proyecto del Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana de Valores.

[83] Arts. 57, párrafo 57.1, 58, 59, 60, 63, 64 y 65 del proyecto de Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana de Valores.

garantizar los intereses de los inversionistas, y a las prácticas del mercado bursátil.[84]

4. Cumplimiento del Artículo 14 de la Ley del Mercado de Valores.

Las acciones deben satisfacer los requisitos establecidos en el Artículo 14 de la Ley del Mercado de Valores,[85] entre los que podemos mencionar los siguientes: las características de las acciones y los términos de su colocación les deben permitir una circulación que sea significativa y que no cause perjuicio al mercado y las acciones deberán tener o poder llegar a tener una circulación amplia, tomando en cuenta la magnitud del mercado y de la sociedad emisora.

5. Solvencia, liquidez y rendimiento de la sociedad.

Es indispensable que la sociedad emisora acredite su solvencia, liquidez y rendimientos razonables a juicio del Consejo de Administración de la Bolsa.[86]

6. Prohibición de divulgación de información privilegiada.

Deberá existir el compromiso por parte de la sociedad emisora de no proporcionar información privilegiada a persona o entidad alguna, fuera de aquella información que, en general, se proporciona al mercado públicamente, y de velar porque su personal quede impedido de hacer uso de información a su alcance para realizar operaciones de compraventa de acciones emitidas por la Sociedad en condiciones ventajosas.[87]

7. Visita a la sociedad por parte de la Dirección General de la Bolsa.

La Dirección General de la Bolsa Mexicana de Valores hará una visita oficial a la sociedad emisora, con el objeto de conocer sus instalaciones y sistemas, y a sus directivos.[88]

El Consejo de Administración de la Bolsa se reunirá por lo menos una vez al mes para resolver sobre las solicitudes de inscripción de valores que le

84 Art. 57, párrafo 57.2 del proyecto de Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana de Valores.

85 Art. 57, párrafo 57.3 del proyecto de Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana de Valores.

86 Art. 57, párrafo 57.4 del proyecto de Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana de Valores. Los valores emitidos por el Gobierno Federal, por las instituciones de crédito y de seguros, por las organizaciones auxiliares de crédito y por las sociedades de inversión, no estarán sujetos al análisis de solvencia, liquidez y rendimiento y su inscripción en la Bolsa deberá solicitarse con una anticipación mínima de 10 días hábiles a la fecha de colocación (Art. 68 del proyecto de Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana de Valores).

87 Art. 57, párrafo 57.5 del proyecto de Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana de Valores.

88 Art. 64 del proyecto de Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana de Valores.

presente la Dirección General.[89] Si después de transcurridos seis meses a partir de la presentación de la solicitud de inscripción, ésta no ha sido resuelta en forma favorable, por causas imputables a la sociedad emisora, deberán reiniciarse los trámites de inscripción y pagar de nuevo los gastos y honorarios por concepto del estudio técnico y jurídico que debe respaldar la solicitud respectiva.[90] Asimismo, si una vez que hubiere sido aprobada, por el Consejo de Administración de la Bolsa, la inscripción de las acciones, no se realiza la colocación pública dentro de un plazo de seis meses, la inscripción quedará sin efectos, y la sociedad emisora deberá presentar nueva información actualizada y pagar de nuevo los gastos y honorarios antes referidos, a fin de que el Consejo de Administrción de la Bolsa, resuelva de nuevo sobre la solicitud de inscripción.[91]

C. REQUSITOS QUE DEBEN CUMPLIRSE ANTE LA BOLSA MEXICANA DE VALORES PARA LA AUTORIZACION DEL REGISTRO DE LAS OPERACIONES DE OFERTA PUBLICA DE LAS ACCIONES.

Una vez obtenida la inscripción de las acciones en la Bolsa Mexicana de Valores, deberán reunirse los siguientes requisitos para que la Dirección General de dicha institución autorice el registro de las operaciones de la oferta pública:[92]

1. Presentación del prospecto.

El prospecto impreso autorizado por la Comisión Nacional de Valores y por la bolsa, que detalle las características de la emisión de las acciones, debe presentarse a esta última 48 horas antes de la fecha de colocación.

2. Publicación de la oferta pública.

La oferta deberá publicarse previamente a la colocación en dos de los diarios de mayor circulación en la Ciudad de México, mencionando el número de autorización de la Comisión Nacional de Valores y la inscripción en Bolsa. Si el domicilio de la sociedad emisora se encuentra fuera del área metropolitana de la Ciudad de México, además deberá hacerse la publicación en un diario de la localidad en la que la sociedad emisora tenga su domicilio.

89 Art. 59 del proyecto de Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana de Valores.

90 Art. 61 del proyecto de Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana de Valores.

91 Art. 69 del proyecto de Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana de Valores.

92 Art. 67 párrafo 67.1 y 67.6 del proyecto de Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana de Valores.

3. Depósito de las acciones en el Instituto para el Depósito de Valores.

Las acciones deberán depositarse en el Instituto para el Depósito de Valores, cuando menos tres días antes de la fecha de la colocación.

4. Registro de las operaciones realizadas.

Las casas de bolsa o el agente colocador deberán registrar en la Bolsa las operaciones que se realicen en oferta pública.

5. Notificación a la Bolsa Mexicana de Valores sobre la forma en que se distribuyeron las acciones.

Las casas de bolsa o el agente colocador deberán comunicar a la Bolsa, en un plazo de 30 días, después de la colocación, la forma en que se distribuyeron las acciones.

Para efectos estadísticos y de difusión, las operaciones antes mencionadas se clasificarán independientemente de las operaciones diarias de compraventa.

6. Recurso en contra de la decisión de la Bolsa Mexicana de Valores de no inscribir las acciones.

En el supuesto de que no se autorice la inscripción de las acciones en Bolsa, y la sociedad emisora se considere afectada en sus derechos por este motivo, podrá ocurrir ante la Comisión Nacional de Valores la que resolverá lo que proceda, oyendo a la Bolsa.[93]

V. *REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR LA SOCIEDAD DESPUES DE LA COLOCACION PUBLICA DE SUS ACCIONES*

Con el objeto de que el público inversionista tenga un conocimiento cabal sobre los valores objeto de su inversión, de que los inversionistas estén en posibilidad de tomar decisiones con elementos apropiados, y de que las autoridades competentes puedan llevar a cabo sus funciones de inspección y vigilancia, las sociedades emisoras cuyos valores sean materia de oferta pública, deben cumplir periódicamente con una serie de requisitos, ante los organismos que a continuación se mencionan:

i) Comisión Nacional de Valores;
ii) Bolsa de Valores; y
iii) Instituto para el Depósito de Valores.

[93] Art. 34 de la Ley del Mercado de Valores.

A. REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIRSE ANTE LA COMISION NACIONAL DE VALORES POR DISPOSICION DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES

Independientemente de los requisitos que debe satisfacer la sociedad emisora para obtener la inscripción de sus acciones en la Sección de Valores del Registro Nacional de Valores e Intermediarios a fin de que tales acciones puedan ser materia de oferta pública, la sociedad asumirá una serie de obligaciones, de carácter permanente, frente al público inversionista y a la Comisión Nacional de Valores, en tanto sus acciones sean materia de oferta pública y estén inscritas en el mencionado Registro.

La Ley del Mercado de Valores señala dentro de este tipo de obligaciones, las siguientes:

1. Solvencia y liquidez de la sociedad.

La sociedad emisora deberá mantener su solvencia y liquidez.[94]

2. Políticas respecto a los intereses de los accionistas.

La sociedad emisora deberá seguir políticas congruentes con relación a los intereses de los inversionistas.[95]

3. Suministro de información.

La sociedad deberá proporcionar a la Comisión Nacional de Valores y al Público, la información que dicha Comisión determine mediante disposiciones de carácter general,[96] las cuales serán analizadas más adelante.

4. Mantenimiento de las mismas reglas para el rendimiento de las acciones, y prestaciones en favor de sus tenedores.

La sociedad no podrá efectuar operaciones que modifiquen artificialmente el rendimiento de sus acciones, o conceder a sus tenedores prestaciones que no se deriven de la naturaleza propia de dichos títulos, o que no se hayan consignado expresamente en los mismos, salvo que, en este último caso, se obtenga la autorización previa de la Comisión Nacional de Valores.[97]

[94] Artículo 14 fracción IV de la Ley del Mercado de Valores.
[95] Artículo 14, fracción I de la Ley del Mercado de Valores.
[96] Artículo 14 fracción VI de la Ley del Mercado de Valores.
[97] Artículo 14 fración VII de la Ley del Mercado de Valores.

B. REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIRSE ANTE LA COMISION NACIONAL DE VALORES POR DISPOSICION DE LO PREVISTO EN LAS CIRCULARES EXPEDIDAS POR LA COMISION NACIONAL DE VALORES

Las obligaciones que debe cumplir la sociedad emisora frente a la Comisión Nacional de Valores, en virtud de lo dispuesto por diversas circulares expedidas por dicha Comisión, son las de proporcionarle información periódica de carácter financiero, legal, contable y administrativo.

Con fundamento en la fracción VI del Artículo 14 y fracción IV del Artículo 44, ambos de la Ley del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de Valores, ha expedido las siguientes circulares que determinan la información que deben proporcionarle las sociedades emisoras cuyos valores se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios:

a) Circular 11-2 de fecha 25 de febrero de 1980, que entró en vigor el día 1º de abril de 1980,[98] y que se refiere, en general, a la información financiera, legal, contable y administrativa que deberá proporcionarse por las sociedades emisoras, así como las características que debe reunir dicha información.

b) Circular 11-3 de fecha 22 d emayo de 1980, obligatoria para los ejercicios sociales que se inicien a partir de enero de 1980[99] que contiene disposiciones relativas a la revelación de los efectos de la inflación en la información financiera de sociedades emisoras.

c) Circular 11-4 de fecha 15 de junio de 1981, que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación,[100] habiendo sido publicada el día 24 de julio de 1981, que establece disposiciones relativas a la información legal que las sociedades emisoras deben proporcionar a la Comisión Nacional de Valores.

En síntesis, cada una de las circulares mencionadas dispone de lo siguiente:

1. Circular 11-2 – "Información financiera, legal, contable y administrativa".

98 De acuerdo con lo dispuesto por la Disposición Primera Transitoria de la propia Circular 11-2.

99 De acuerdo con lo dispuesto por la Disposición Transitoria Unica de esta Circular 11-3, misma que fue modificada por la Circular 11-3 bis de fecha 23 de enero de 1981, a fin de permitir a las sociedades emisoras durante el primer ejercicio social iniciado a partir del 1º de enero de 1980, el que la valuación de sus activos fijos se realice de acuerdo con cualquiera de los procedimientos previstos en la propia Circular 11-3 bis, en lugar de que sea necesariamente por peritos registrados en la Comisión Nacional de Valores como lo dispone la Circular 11-3; y de otorgarles la opción de incorporar en sus estados financieros la actualización de cifras de activos fijos que revelen los efectos de la inflación, o bien de presentar esa actualización como información adicional de acuerdo con lo señalado por el Boletín B-7 del Instituto Mexicano de Contadores Públicos, A. C.

100 De acuerdo con la Disposición Transitoria Unica de esta Circular 11-4.

a) Reportes y documentación anual.

Cada año, dentro de los cuatro meses siguientes a la terminación de su ejercicio social, la sociedad deberá enviar a la Comisión Nacional de Valores:

(1) Balance General.

El Balance General debe estar dictaminado por Contador Público independiente, y corresponder al ejercicio social terminado.

(2) Sociedades Controladoras.

Si la sociedad emisora es tenedora del 50% o más del capital social de otras sociedades o controla su administración, o bien, su inversión en acciones de otras empresas asciende a 20% o más de su propio capital contable, deberá proporcionar sus Estados Financieros, tanto en forma individual como consolidada. En el supuesto de que la sociedad, debido a su tenencia accionaria, no pueda ejercer control en la administración de las otras sociedades sólo deberá proporcionar los Estados Financieros de las empresas subsidiarias, sin necesidad de consolidarlos con los de la propia sociedad.

(3) Publicación de Estados Financieros.

Un ejemplar del periódico en el que se hubieren publicado el Balance General y el Estado de Resultados de la sociedad, incluyendo el dictamen de contador público independiente y las notas respectivas.

(4) Inversión en acciones, obligaciones y otros valores.

Relación de las inversiones en acciones, obligaciones y otros valores que tenga la sociedad emisora.

(5) Activos fijos de la sociedad.

Un estado que contenga las partidas de activo fijo de la sociedad, incluyendo la depreciación y amortización correspondientes. En caso de que hubiere revaluación de activos fijos, se deberá enviar un resumen del avalúo correspondiente que sirvió de base para la revaluación.

(6) Emisión de obligaciones.

Si la sociedad ha emitido obligaciones, deberá informar sobre las amortizaciones efectuadas durante el ejercicio, pago de intereses, seguros relacionados con dicha emisión y riesgos cubiertos.

(7) Producción.

Un reporte sobre el volumen de producción y el valor de la misma a precio de costo, indicando la capacidad de producción utilizada.

(8) Aspectos laborales.

Un informe sobre el número de trabajadores de la sociedad y los costos y gastos incurridos por conceptos laborales durante el ejercicio.

(9) Programa de expansión.

Un reporte del avance que hubieren tenido los programas de expansión de la sociedad, durante el ejercicio.

La sociedad emisora deberá enviar la información anual a que se refieren los párrafos anteriores dentro de los dos días hábiles siguientes a la celebración de la Asamblea Ordinaria Anual de Accionistas.

(10) Documentos y acuerdos correspondientes a la última Asamblea Ordinaria Anual de Accionistas.

Una copia del informe que el Consejo de Administración presentó a la Asamblea Ordinaria Anual de Accionistas; un resumen de los acuerdos que se hubieren tomado, incluyendo los relativos a la aplicación de utilidades; copia de la lista de accionistas asistentes firmada por éstos y por los escrutadores y; una relación de las personas que forman el Consejo de Administración de la sociedad emisora y principales funcionarios.

b) Información respecto a modificaciones en los registros contables, estructura financiera o resultados de la Sociedad, así como en el comportamiento de los valores emitidos por ella.

La sociedad debe informar a la Comisión Nacional de Valores, sobre cualquier cambio en sus registros contables, o aquellos que afecten, de manera importante, su estructura financiera, resultados o el comportamiento de los valores que haya emitido, a partir del momento en que tenga conocimiento de los mismos, tal sería el caso, por ejemplo, de cambios en la tasa de amortización y depreciación de sus activos, cambios en los métodos que estaba usando para valuar sus inventarios o revaluar sus activos, así como los términos de amortización anticipada de sus obligaciones.

c) Información de actos o hechos que afecten a la sociedad.

La sociedad emisora deberá informar a la Comisión Nacional de Valores, a partir del momento en que realice, o tenga conocimiento de cualquiera de los siguientes actos o hechos:

(1) Gravámenes en sus activos.

Constitución de hipotecas o de cualquier otro gravamen sobre los activos de la sociedad, cuando con esto se afecten una proporción superior al valor de la tercera parte del total de dichos activos.

(2) Inversiones en acciones o partes sociales de otras empresas, que signifiquen o incrementen una tenencia accionaria hasta del 20% del capital contable de la sociedad emisora.

(3) Pérdida de parte de su capital social.

Pérdida de una cuarta parte o más de su capital social.

(4) Quiebra o suspensión de pagos.

Cuando la sociedad emisora se declare en suspensión de pagos o quiebra.

(5) En caso de que la sociedad se encuentre en huelga .

En el supuesto de que haya estallado alguna huelga de los trabajadores de la sociedad emisora.

(6) Contrato de crédito.

Restricciones en las operaciones o políticas de la sociedad que se impongan en contratos de crédito, tales como decisiones sobre el reparto de dividendos, o mantenimiento de ciertos coeficientes financieros.

(7) Otros hechos.

Cualesquiera otros hechos o actos que, de alguna forma, afecten la estructura financiera o los resultados de la sociedad, o bien el comportamiento, en el mercado, de los valores que hubiere emitido.

d) Información trimestral.

Dentro de los veinte días siguientes a la terminación de cada uno de los primeros tres trimestres, y por cuanto toca al cuarto trimestre dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a su terminación, la sociedad debe enviar a la Comisión Nacional de Valores, por duplicado, la información que se detalla

en la forma preparada para tal efecto por la propia Comisión, la cual en resumen se refiere a:

(1) Balance General.

Datos relativos al Balance General de la sociedad.

(2) Estado de Resultados.

Información relativa al Estado de Pérdidas y Ganancias de la sociedad.

(3) Coeficientes financieros.

Razones o coeficientes y proporciones financieras actuales y comparativos con los del ejercicio social anterior.

(4) Capital Social.

Información relativa a la integración del capital social, como sería la clase de acciones que lo representan; las Series en que están divididas, si éste es el caso; el número de acciones y derechos que confieren sobre las utilidades de la sociedad, etc.

e) Información trimestral complementaria.

Como complemento de la información trimestral, arriba señalada, la sociedad deberá enviar las notas que procedan en relación con los siguientes puntos:

(1) Activo circulante.

La forma en que se encuentra integrado su activo circulante.

(2) Pasivos en moneda extranjera.

Créditos o pasivos que se tengan en moneda extranjera, su monto y variaciones en el tipo de cambio.

(3) Otras cuentas y documentos por cobrar.

Información que especifique la naturaleza y monto de las cuentas y documentos por cobrar.

(4) Cobranza difícil o dudosa.

Un reporte sobre aquellas cuentas y documentos cuyo cobro se estime dudoso o de difícil recuperación.

(5) Inventarios.

Un reporte sobre los inventarios y el procedimiento utilizado para su registro.

(6) Partidas obsoletas o defectuosas del inventario.

Una lista del inventario obsoleto o defectuoso.

(7) Inmuebles, planta y equipo.

Información sobre el costo de adquisición, las revaluaciones efectuadas, la depreciación acumulada, el valor en libros, las tasas y métodos de depreciación de los inmuebles, planta y equipos propiedad de la sociedad.

(8) Maquinaria y equipo arrendados.

Una lista de la maquinaria y equipo arrendados.

(9) Inversiones en subsidiarias y asociadas.

(10) Otros activos.

Un detalle de los demás activos, propiedad de la sociedad.

(11) Obras en proceso.

Información sobre el progreso de los programas de expansión de la sociedad.

(12) Documentos descontados y facturas cedidas.

Un reporte de esta clase de documentos y los términos en que se realizó el descuento o la cesión.

(13) Pasivos contingentes.

Una relación de este tipo de pasivos, explicando su monto y naturaleza.

(14) Otros gastos y productos.

La composición del renglón de estos gastos y productos.

(15) Capital contable.

La forma en que se encuentra integrado el capital contable.

(16) Garantías o limitaciones financieras con motivo de la emisión de valores.

Si la sociedad, con motivo de alguna emisión de títulos valores, se encuentra sujeta al cumplimiento de ciertas garantías o limitaciones financieras, deberá informar sobre la naturaleza y monto de las mismas.

(17) Emisión de obligaciones.

Si la sociedad tiene inscrita alguna emisión de obligaciones, deberá comunicar el monto de las obligaciones en circulación a la fecha en que se proporcione la información.

f) Generalidades.

(1) Responsabilidad de los administradores o funcionarios que suscriban la documentación correspondiente.

La información arriba mencionada se proporcionará bajo la responsabilidad de los administradores o funcionarios de la sociedad, cuyas firmas autógrafas deberán aparecer en la documentación correspondiente.

(2) Firma de auditores en los estados financieros.

Los estados financieros dictaminados deberán contener la firma autógrafa de los auditores.

(3) Avisos simultáneos al público, Comisión Nacional de Valores y Bolsa Mexicana de Valores.

La información sobre la sociedad, deberá distribuirse en forma simultánea entre el público, y deberá ser enviada tanto a la Comisión Nacional de Valores como a la Bolsa Mexicana de Valores, S. A. de C. V.

2. Circular 11-3 "Revelación de los efectos de la inflación en la información financiera de la sociedad".

A fin de que el público cuente con información actualizada sobre los valores que se le ofrecen y se encuentre en posibilidades de tomar decisiones con elementos apropiados, la Comisión Nacional de Valores publicó esta Circular,[101] obligando a la sociedades emisoras a mostrar en su contabilidad y estados financieros el valor actual de sus activos. En resumen, las disposiciones de esta Circular obligan a las sociedades emisoras que tengan títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios a observar, con las modalidades que se establecen en la propia Circular, el boletín denominado "Revelación de los Efectos de la Inflación en la Información Financiera", emitido por el Instituto Mexicano de Contadores Públicos, A. C., mismo que entró en vigor el 1º de enero de 1980. Las disposiciones más relevantes de esta Circular son las siguientes:

i) La obligación de utilizar el método de actualización de costos específicos por cuanto toca a los activos fijos, en la reexpresión de los estados financieros;

ii) El cumplimiento de normas específicas en relación con la expresión de las inversiones en acciones que tenga la sociedad emisora, de acuerdo con sus porcentajes de participación en la sociedad de que se trate;

iii) Con relación al capital contable, se dice que el importe de los incrementos por revaluación de activos fijos, registrado en la cuenta de actualización patrimonial, únicamente podrá capitalizarse como máximo hasta un 50% en el ejercicio en que se lleve a cabo la revaluación, y hasta un máximo de 6.25% anual en los ejercicios subsecuentes.

3. Circular 11-4 "Información legal que debe proporcionar la sociedad".

El objeto de esta Circular es el de que la Comisión Nacional de Valores esté debida y oportunamente informada sobre cualquier cambio en la estructura jurídica de la sociedad emisora, la legalidad de dichos cambios, y sobre operaciones que pudieren afectar los intereses de los inversionistas.

Por ello, esta Circular 11-4 dispone que, en adición a la información que la sociedad debe suministrar a la Comisión Nacional de Valores conforme a la Circular 11-2, ésta deberá proporcionar la información de carácter legal que se contiene en el anexo de la propia Circular, dentro de los plazos que la misma señala. En resumen, la información que se solicita es la siguiente:[102]

a. Asambleas de Accionistas.

Testimonio notarial o copia certificada por Notario de las actas de Asambleas Generales Extraordinarias de Accionistas, incluyendo los datos de ins-

101 Las disposiciones de esta Circular 11-3 no son aplicables a instituciones de crédito, de fianzas, de seguros, ni a sociedades de inversión, debido a que se considera que la naturaleza de los activos de estas sociedades es totalmente diferente al de las demás sociedades.

102 Las instituciones de crédito y de seguros y las organizaciones auxiliares de crédito, que tengan valores registrados en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, sólo deberán proporcionar testimonio notarial o copia certificada por notario de las actas de Asambleas Extraordinarias de Accionistas, conteniendo los datos de inscripción en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio del domicilio de la sociedad, así como la información relativa a los títulos de sus acciones, misma que se describe en el párrafo c. de los comentarios a la Circular 11-4.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

cripción en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio del domicilio de la sociedad.

Copia certificada por el Secretario del Consejo de Administración de las actas de Asambleas Generales o Especiales Ordinarias de Accionistas.

Copia certificada por el Secretario del Consejo de Administración de las Listas de Asistencia relativas a las Asambleas de Accionistas a que se alude en los dos párrafos anteriores, firmada por los accionistas que asistieron o sus representantes, y por los Escrutadores.

b. Libros de Actas y Registros.

Carta firmada por el Secretario del Consejo de Administración, en la que manifiesta el estado de actualización de los siguientes libros corporativos:

Libro de Actas de Asambleas de Accionistas; Libro de Actas de Sesiones del Consejo de Administración; Libro de Registro de Variaciones de Capital, en caso de que la sociedad emisora sea una sociedad anónima de capital variable; y Libro de Registro de Acciones Nominativas, si algunas o todas las acciones de la sociedad son nominativas.

c. Títulos de acciones.

Si se emiten nuevas acciones como consecuencia de aumentos de capital social o canje de acciones, decretados por la Asamblea de Accionistas, deberá enviarse a la Comisión Nacional de Valores un ejemplar cancelado del modelo de los certificados provisionales y, en su oportunidad, del modelo de los títulos definitivos que representen estas acciones.

d. Contratos o convenios.

Información sobre los contratos más relevantes celebrados por la sociedad emisora, tales como de: Asistencia Técnica, Transferencia de Tecnología, Uso y Explotación de Patentes, Marcas y Nombres Comerciales, acreditando los registros y autorizaciones que, en su caso, correspondan; y copia de los Contratos de Crédito en los que se establezca la obligación de mantener ciertas razones o coeficientes financieros, o se limite el reparto de dividendos.

e. Sociedades controladoras.

Si la sociedad emisora tiene o adquiere el carácter de sociedad controladora, deberá proporcionar además:

Testimonio notarial o copia certificada por Notario, de la escritura constitutiva y de las reformas estatutarias de aquellas sociedades en las que la sociedad emisora sea titular del 50% o más del capital social, o tenga la facultad, por cualquier título, de determinar su administración.

Informe sobre operaciones de compra o venta de acciones que impliquen la

adquisición o transmisión por parte de la sociedad emisora del 50% o más del capital social de otras sociedades, o la facultad de determinar su administración, o cuando una o varias de dichas operaciones respecto de acciones de una misma sociedad asciendan al 20% o más del capital contable de la sociedad emisora.

f. Cambios en el control administrativo.

Informe sobre cambios en el control administrativo de la sociedad emisora.

g. Sociedades emisoras de obligaciones hipotecarias registradas.

Relación del número de póliza, compañía aseguradora, riesgos cubiertos y duración del seguro que deben contratar las sociedades que se encuentran en este supuesto de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 217 fracción III de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.[103]

h. Responsabilidad de los administradores o funcionarios que suscriban los documentos.

La información antes descrita se proporcionará bajo la responsabilidad de los administradores o funcionarios de la sociedad emisora, cuyas firmas autógrafas consten en los documentos respectivos.

i. Avisos de reformas a los estatutos.

Asimismo, se dispone en la Circular 11-4, que las sociedades emisoras dentro de un plazo no mayor de 5 días hábiles después de la fecha de celebración de Asambleas Generales o Especiales Extraordinarias de Accionistas que hayan acordado reformas a sus estatutos sociales, deberán proporcionar a la Comisión Nacional de Valores una copia, certificada por el Secretario del Consejo de Administración, de las actas correspondientes a dichas Asambleas.

C. REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIRSE ANTE LA BOLSA MEXICANA DE VALORES[104]

Las sociedades cuyos valores se cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores, deben cumplir periódicamente con una serie de obligaciones ante este organismo; obligaciones que, en su mayoría, son de carácter informativo, y dentro de las cuales cabe destacar las siguientes:

103 El Artículo 217 fracción III de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone que cuando se pignoren o hipotequen bienes en garantía de una emisión de obligaciones, éstos deberán estar asegurados mientras la emisión no se amortice totalmente, por su valor o por el importe de las obligaciones en circular, cuando éste sea menor a aquél.

104 Cabe apuntar, de nuevo, que los requisitos que se señalan en este punto, fueron tomados del proyecto de Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana de Valores, S. A. de C V. (proyecto de Reglamento de la Bolsa), de fecha junio de 1981, que si bien aún no ha sido aprobado por la Comisión Nacional de Valores, se ha venido aplicando de hecho.

1. Información trimestral.

a. Datos y notas financieras.

La sociedad debe proporcionar a la Bolsa, dentro de los 20 días siguientes a la terminación de cada trimestre, información financiera trimestral de acuerdo con las formas preparadas al efecto por la propia Bolsa, y con las notas aclaratorias correspondientes.

b. Datos consolidados, en su caso.

Si la sociedad emisora, consolida con subsidiarias, deberá enviar la información financiera trimestral en forma individual y consolidada.[105]

c. Cambios en el capital social de sociedades de capital variable.

Las sociedades anónimas de capital variable deberán presentar a la Bolsa un informe trimestral sobre los cambios que hubiere en su capital suscrito.[106]

2. Información anual.

Cada año, la sociedad deberá proporcionar a la Bolsa, dentro de los cinco días hábiles que sigan a la celebración de la Asamblea Ordinaria Anual de Acionistas, copia de lo siguiente:[107]

a. Estados financieros dictaminados.

Estados financieros dictaminados por contador público independiente, correspondientes al ejercicio social terminado.[108]

b. Dictamen del Comisario.

Dictamen del Comisario en relación a los Estados Financieros correspondientes al ejercicio social terminado.

c. Informe del Consejo de Administración.

Informe anual presentado a la Asamblea por el Consejo de Administración de la sociedad.

105 Artículo 71 del proyecto de Reglamento de la Bolsa.
106 Artículo 75 del proyecto de Reglamento de la Bolsa.
107 Artículo 79 párrafos 79.1 a 79.7 del proyecto de Reglamento de la Bolsa.
108 El Artículo 78 del proyecto de Reglamento de la Bolsa señala que se deberá proporcionar a la Bolsa el dictamen del auditor correspondiente y la información financiera que corresponda de conformidad con el instructivo elaborado por la propia Bolsa, dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha del dictamen.

d. Acuerdos sobre aplicación de utilidades.

Informe sobre los acuerdos tomados respecto a la aplicación de utilidades, especificando, en su caso, la forma, lugar y fecha de pago de dividendos.

e. Lista de Asistencia a la Asamblea.

Lista certificada por los Escrutadores, de los accionistas que asistieron a la Asamblea, conteniendo, en su caso, los nombres de sus representantes.

f. Designación de Comisarios.

Los nombres de las personas designadas como Comisarios de la sociedad.

g. Designación de miembros del Consejo de Administración.

Los nombres de las personas designadas como miembros del Consejo de Administración de la sociedad.

h. Movimiento de los valores de la sociedad.

Una relación de los movimientos que los valores emitidos por la sociedad, hayan tenido durante el ejercicio.

i. Sociedades industriales.

Este tipo de sociedades deberán enviar una lista de los productos que elaboran, señalando el número de unidades producidas y vendidas, y de las marcas usadas para su venta, la ubicación de sus plantas y actividades que realizan en ellas. Deberán informar, asimismo, cuáles son sus inversiones en valores, y en el supuesto de que participen en el capital de otras empresas, sobre la ubicación de las mismas y las actividades a que estas últimas se dedican.[109]

j. Sociedades comerciales y de servicios.

Estas sociedades deberán informar sobre las principales actividades fuente de sus ingresos, los locales en que desarrollan dichas actividades, sus inversiones en valores. En el supuesto de que participen en el capital de otras empresas, deberán señalar la ubicación de estas últimas y las actividades a que se dedican.[110]

3. Avisos de convocatorias a Asambleas de Accionistas y de Obligacionistas.

109 Artículo 80 párrafos 80.1, 80.2, 80.4 y 80.5 del proyecto de Reglamento de la Bolsa.
110 Artículo 80 párrafos 80.2, 80.3, 80.4 y 80.5 del proyecto de Reglamento de la Bolsa.

La sociedad deberá informar a la Bolsa sobre las convocatorias a Asambleas de Accionistas y de Obligacionistas con una anticipación de cinco días hábiles a la fecha de su celebración.[111]

4. Suministro de copias de actas de Asambleas de Accionistas y de Obligacionistas y de Listas de Asistencia, así como de actas de ciertas Sesiones del Consejo de Administración.

Se deberá entregar a la Bolsa dentro de los dos días hábiles siguientes a la fecha de su celebración, copia de las actas de Asambleas de Accionistas u Obligacionistas, y de las listas de asistencia correspondientes, así como copias de las actas de Sesiones de Consejo de Administración en que se adopten resoluciones relativas al pago de dividendos, exhibiciones sobre acciones pagadoras y suscripción y pago de acciones de tesorería.[112]

5. Avisos de hechos o sucesos que afecten la estructura financiera o las utilidades de la sociedad, así como cambios de políticas contables.

La sociedad deberá hacer del conocimiento de la Bolsa, cualquier situación extraordinaria que afecte su estructura financiera o utilidades, así como cualquier cambio en sus políticas contables en relación con el ejercicio social inmediato anterior.[113]

6. Avisos de cambios de miembros del Consejo de Administración, funcionarios, domicilio, oficinas o teléfonos de la sociedad.

Deberá informarse a la Bolsa sobre cualquier cambio que ocurra en los miembros del Consejo de Administración o principales funcionarios de la sociedad, así como en su domicilio, oficinas o teléfonos, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que hubiere ocurrido el cambio.[114]

7. Pago de cuotas anuales.

La sociedad tendrá que cubrir cuotas anuales por remuneración de los servicios de la Bolsa, conforme al arancel aprobado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Dicha cuota se fijará en proporción al capital social de la sociedad emisora.[115]

8. Avisos de nulificación, pérdida, alteración o transferencia indebida de los títulos de acciones.

111 Artículo 76 del proyecto de Reglamento de la Bolsa.
112 Artículo 75 del proyecto de Reglamento de la Bolsa.
113 Artículo 72 del proyecto de Reglamento de la Bolsa.
114 Artículo 73 del proyecto de Reglamento de la Bolsa.
115 Artículos 62 y 70 del proyecto de Reglamento de la Bolsa.

Se deberá comunicar a la Bolsa cualquier nulificación, pérdida, alteración o transferencia indebida que hayan sufrido los títulos representativos de las acciones, que hubieren sido emitidos por la sociedad.[116]

9. Participación de un representante de la Bolsa en las Asambleas Ordinarias y Extraordinarias de Accionistas de la sociedad.

La sociedad deberá aceptar la presencia de un representante de la Bolsa en sus Asambleas Ordinarias y Extraordinarias de Accionistas, el cual no tendrá ni voz ni voto.[117]

10. Suministro de información adicional solicitada por el Consejo de Administración o la Dirección General de la Bolsa.

Por último, la sociedad deberá proporcionar a la Bolsa la información adicional que le solicite el Consejo de Administración o la Dirección General de dicha institución.[118]

D. REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIRSE ANTE EL INSTITUTO PARA EL DEPOSITO DE VALORES

1. Aviso de las resoluciones de la Asamblea de Accionistas respecto al decreto y pago de dividendos, intereses u otras prestaciones y derechos.

El depósito de valores en el Instituto para el Depósito de Valores (INDEVAL) ha cobrado importancia en cuanto a su generalidad, debido a que tanto en la Ley del Mercado de Valores,[119] como en Circulares expedidas por la Comisión Nacional de Valores[120] y en el Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana de Valores,[121] se impone a los agentes de valores, persona moral, la obligación de depositar en dicho Instituto los títulos que mantengan por cuenta propia y ajena, de conformidad con los programas que autorice la Comisión Nacional de Valores. Cuando las acciones de la sociedad emisora se encuentren depositadas en el INDEVAL, ésta deberá informar por escrito al citado instituto, el día hábil siguiente de celebrada una Asamblea en la que se hubiere decretado el pago de dividendos, intereses u otras prestaciones, de las resolu-

116 Artículo 77 del proyecto de Reglamento de la Bolsa.
117 Artículo 74 del proyecto de Reglamento de la Bolsa.
118 Artículo 81 del proyecto de Reglamento de la Bolsa.
119 Artículo 23, fracción III, inciso b) de la Ley del Mercado de Valores.
120 Circular 20-33 expedida por la Comisión Nacional de Valores el 17 de enero de 1980.
121 Artículo 67.3 del proyecto de Reglamento de la Bolsa.
El precepto a que se alude, dispone a la letra lo siguiente:
"67.3 Cuando se trate de una oferta pública de valores inscritos en la Bolsa, éstos deberán depositarse en el INDEVAL con 3 días hábiles de anticipación como mínimo, a la fecha de su colocación."

ciones adoptadas con relación a los derechos que podrán ejercer los tenedores de acciones, indicando además los títulos o cupones contra los cuales se harán efectivos esos derechos y los términos para su ejercicio. De cualquier manera, la sociedad deberá informar al INDEVAL del plazo fijado para el ejercicio de tales derechos, por lo menos cinco días antes de la fecha en que éste principie. Lo anterior con el objeto de que el INDEVAL pueda hacer valer oportunamente los derechos patrimoniales derivados de las acciones que mantenga en depósito.[122]

2. Aviso y entrega de convocatorias a Asambleas de Accionistas.

La sociedad emisora deberá, asimismo, proporcionar al INDEVAL un ejemplar de las convocatorias a Asambleas de Accionistas, cuando menos un día hábil antes de la fecha de su publicación y, en todo caso, deberá informar a dicho Instituto respecto de tales convocatorias, con una anticipación no menor de cinco días hábiles a la fecha de cierre de sus registros de asistencia, con el objeto de que el INDEVAL pueda expedir a los depositantes de acciones emitidas por la sociedad emisora, constancias no negociables de las acciones objeto de depósito, las cuales servirán para acreditar la titularidad y el derecho de asistencia a las Asambleas.[123]

VI. *SUSPENSION O CANCELACION POR ORDEN DE LA COMISION NACIONAL DE VALORES DEL REGISTRO DE LAS ACCIONES DE LA SOCIEDAD EN EL REGISTRO NACIONAL DE VALORES E INTERMEDIARIOS*

La Ley del Mercado de Valores,[124] dispone que la Comisión Nacional de Valores, podrá suspender o cancelar el registro de valores en los siguientes supuestos:

A. POR INCUMPLIMIENTO A LO DISPUESTO POR EL ARTICULO 14, FRACCIONES II, III, IV, V Y VI DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES

Cuando los valores o las sociedades emisoras dejen de satisfacer o de cumplir, a juicio de la Comisión, los requisitos u obligaciones señalados en las fracciones II, III, IV, V y VI del Artículo 14 de la propia Ley del Mercado de Valores, esto es:

i) Cuando las características de las acciones y los términos de su colocación no les permitan una circulación que sea significativa y que no cause perjuicio al mercado; o

ii) Cuando las acciones no tengan o no puedan llegar a tener una circulación amplia en relación con la magnitud del mercado o de la empresa emisora; o

iii) Cuando la sociedad emisora deje de tener solvencia o liquidez; o

iv) Cuando la sociedad emisora no siga políticas congruentes respecto a los intereses de los inversionistas; o

v) Cuando la sociedad emisora no proporcione a la Comisión Nacional de Valores y al público inversionista la información que dicha Comisión determine, mediante disposiciones de carácter general.

B. POR SUMINISTRO DE INFORMACION FALSA O QUE INDUZCA A ERROR, RESPECTO DE LA SITUACION ECONOMICA O DE LOS VALORES DE LA SOCIEDAD

En este supuesto, la sanción se aplicará cuando la sociedad emisora proporcione información que sea falsa o que induzca a error, sobre su situación económica o sobre los valores que ha emitido. En todo caso, la Comisión antes de dictar su resolución, oirá a la sociedad emisora.

Si se tratase de valores emitidos o garantizados por instituciones u organizaciones auxiliares de crédito o instituciones de seguros, la Comisión Nacional de Valores deberá recabar también en forma previa, la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, para resolver sobre la cancelación o suspensión del registro de dichos valores.

Lo anterior no será necesario si la Comisión, tan pronto como considere que se ha realizado alguno de los supuestos antes mencionados, suspende, como medida precautoria, en forma temporal y por un plazo no mayor de sesenta días, los efectos de la inscripción de los valores en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.

Si la Comisión resuelve suspender o cancelar el registro de los valores, éstos no podrán ser objeto de intermediación en el mercado de valores, en tanto dure la suspensión de los efectos del registro, o se obtenga la revocación de la resolución que suspendió o canceló el registro de dichos valores.[125]

C. FECHA A PARTIR DE LAS CUALES SURTE EFECTOS LA SUSPENSION O CANCELACION DEL REGISTRO DE LAS ACCIONES

La suspensión o cancelación del registro de un valor, ordenado por la Co-

122 Artículo 76, fracción I de la Ley del Mercado de Valores.
123 Artículo 78, fracción I de la Ley del Mercado de Valores.
124 Artículo 16 de la Ley del Mercado de Valores.
125 Artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores.

misión Nacional de Valores, surtirá efectos en el Salón de Remates de la Bolsa Mexicana de Valores, al inicio de la sesión de remates del día siguiente a su notificación por escrito a la Bolsa y, a partir de ese momento, no podrán realizarse operaciones sobre el valor correspondiente.

Si la resolución de la Comisión Nacional de Valores requiere expresamente el que la suspensión o cancelación del registro de un valor se verifique a partir del momento de su notificación, dicha notificación por escrito y una copia de la misma serán selladas con el reloj impresor del Salón de Remates y, a partir de ese momento, no podrán realizares operaciones sobre dicho valor.[126]

VII. *SUSPENSION O CANCELACION POR ORDEN DE LA BOLSA MEXICANA DE VALORES DE LA COTIZACION Y REGISTRO DE LAS ACCIONES DE LA SOCIEDAD EN LA BOLSA*

A. SUSPENSION DE LA COTIZACION DE LAS ACCIONES

1. En virtud de la existencia de condiciones desordenadas u operaciones contrarias a los usos y prácticas aceptables de mercado.

La Bolsa Mexicana de Valores podrá suspender la cotización[127] de las acciones, cuando se produzcan condiciones desordenadas y operaciones no conformes a sanos usos o prácticas de mercado, debiendo dar aviso de dicha situación el mismo día tanto a la Comisión Nacional de Valores, como a la sociedad emisora. Para que la suspensión pueda prolongarse por más de cinco días hábiles, se requerirá la conformidad de la Comisión Nacional de Valores, la que resolverá oyendo a la sociedad afectada y a la Bolsa.[128]

Sobre este particular, la Ley del Mercado de Valores faculta expresamente a la Comisión Nacional de Valores para ordenar la suspensión de la cotización de las acciones, en caso de que ocurra alguna de las circunstancias arriba descritas.[129]

Por su parte, el Reglamento Interior de la Bolsa,[130] prevé otros casos en los que podrá suspenderse la cotización de valores inscritos en Bolsa. A este respecto podría plantearse la cuestión de si es posible el que dicho Reglamento amplíe los supuestos previstos por la Ley del Mercado de Valores para que se pueda suspender la cotización de un valor en Bolsa. En nuestra opinión, el Reglamento sí puede legalmente establecer supuestos distintos a los que enumera la Ley del Mercado de Valores para la suspensión de la cotización de valores en Bolsa, ya que este último ordenamiento, en su Artículo 37 fracción V, al referirse al contenido del Reglamento Interior de las Bolsas de Valores, prevé que el mismo deberá tener, entre otras, disposiciones relativas a "los casos en que proceda la suspensión de cotizaciones respecto de valores determinados", sin establecer mayor limitación al respecto que la que el Reglamento Interior respectivo, sea aprobado por la Comisión Nacional de Valores.

Partiendo de lo anterior, el Reglamento Interior de la Bolsa establece los siguientes casos, en los cuales podrá suspenderse temporalmente la cotización de un valor en Bolsa, debiendo informar de este hecho a la Comisión Nacional de Valores.

2. Por falta de pago de cuotas e intereses.

Cuando la sociedad emisora no cubra a la Bolsa el importe de las cuotas anuales de remuneración por los servicios prestados por esta última, así como el importe de las cuotas complementarias en caso de que la sociedad emisora hubiese aumentado su capital social,[131] y los intereses moratorios correspondientes sobre el importe de la cuota adeudada. La suspensión podrá decretarse después de transcurridos noventa días, contados desde la fecha en que la sociedad incurrió en incumplimiento.[132]

3. Por falta de suministro de información financiera.

En caso de que la sociedad no proporcione a la Bolsa de Valores la información financiera trimestral, cuando la sociedad permanezca en incumplimiento de esta obligación por más de 45 días naturales.[133]

4. Por falta de entrega de documentos corporativos.

Si la sociedad emisora no cumple, en forma oportuna, con su obligación de entregar a la Bolsa, copias autorizadas por el secretario de la sociedad, de las actas de Asambleas Generales de Accionistas u Obligacionistas de la sociedad, así como de las listas de asistencia correspondientes, copias de las actas de Sesiones de Consejo de Administración en que se hayan adoptado resoluciones relativas al pago de dividendos, exhibiciones sobre acciones pagadoras, y suscripción y pago de acciones de Tesorería y, tratándose de sociedades anónimas

126 Artículo 87 del proyecto de Reglamento de la Bolsa.

127 Por cotización se entiende la fijación del precio de los valores que son objeto de negociación en la bolsa. "Diccionario de Derecho" Rafael de Pina Vara, Edit. Porrúa. México, 1980.

128 Art. 35 de la Ley del Mercado de Valores.

129 Art. 41 fracción VI de la Ley del Mercado de Valores.

130 Una vez más nos referimos al proyecto de Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana de Valores de junio de 1981, que se ha venido aplicando de hecho, aun cuando el mismo no ha sido aprobado todavía por la Comisión Nacional de Valores.

131 Ya que el importe de la cuota anual que deben pagar las sociedades emisoras a la Bolsa de Valores, se determina con base en el capital social de la emisora ver Artículo 70 del proyecto de Reglamento de la Bolsa.

132 Art. 82 del proyecto de Reglamento de la Bolsa. En dicho artículo se establece que el pago de las cuotas debe hacerse en el mes de enero de cada año, y el de las cuotas complementarias dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la Asamblea que acordó el aumento del capital social.

133 Art. 83 del proyecto de Reglamento de la Bolsa.

de capital variable, si éstas no presentan el informe trimestral sobre los cambios que hubiere sufrido su capital social suscrito; cuando el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones antes descritas cause daños al mercado.[134]

5. Por falta de suministro de la información anual o de la adicional que se solicita a la sociedad.

En el supuesto de que la sociedad emisora no proporcione oportunamente la información anual[135] que debe rendir a la Bolsa o la información adicional que le solicite el Consejo de Administración o la Dirección General de esta última.

B. SUSPENSION DEL REGISTRO DE LAS ACCIONES

La Ley del Mercado de Valores prevé también la suspensión, por la propia Bolsa de Valores, de la inscripción de valores en Bolsa, en los casos que a continuación se señalan, en el entendido de que la suspensión deberá efectuarse con la previa autorización de la Comisión Nacional de Valores, la que habrá de oír a la sociedad emisora de los valores de que se trate, para dictar su resolución:[136]

1. Por dejar las acciones de estar inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios; y

2. Por incumplimiento de los requisitos establecidos en el Reglamento Interioridad de la Bolsa.

Esto es, cuando las acciones dejen de satisfacer los requisitos que determine el Reglamento Interior de la Bolsa para que las mismas puedan estar y permanecer inscritas en la Bolsa.

C. CANCELACION DEL REGISTRO DE LAS ACCIONES

De conformidad con la Ley del Mercado de Valores, la Bolsa de Valores podrá, previa autorización de la Comisión Nacional de Valores, la que en todo caso deberá oír a la sociedad afectada antes de dictar su resolución, cancelar la inscripción de valores en los siguientes casos:[137]

1. Por dejar las acciones de estar inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.

134 Art. 84 del proyecto de Reglamento de la Bolsa.

135 La información anual es aquella que se detalla en el Artículo 79 del proyecto de Reglamento de la Bolsa, misma a que se hizo mención en el punto 2 del inciso C del Capítulo V de este Artículo.

136 Art. 35 de la Ley del Mercado de Valores.

137 Art. 35 de la Ley del Mercado de Valores.

2. Por incumplimiento de los requisitos establecidos por el Reglamento Interior de la Bolsa.

Esto es, cuando se dejen de satisfacer los requisitos que señala dicho Reglamento para la inscripción o registro de las acciones en Bolsa.

3. Por resolución del Consejo de Administración de la Bolsa.

Independientemente de lo anterior, el Reglamento Interior de la Bolsa[138] dispone que, el Consejo de Administración de la Bolsa podrá acordar la cancelación de la inscripción de valores en los siguientes casos:

a. Cuando quede amortizada totalmente la emisión de los valores.[139]

b. Cuando la sociedad se disuelva y liquide.

Cuando la sociedad emisora se extinga por su disolución y liquidación de conformidad con lo dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles.[140]

c. Cuando desaparezca la sociedad.

Cuando la sociedad emisora desaparezca, sin que se tenga información de sus representantes y bienes.[141]

d. Cuando así lo solicite la sociedad.

Cuando la sociedad emisora lo solicite por acuerdo tomado en Asamblea General de Accionistas, por la mayoría de sus socios, quienes deberán asentar en el acta su compromiso formal de adquirir las acciones de los accionistas que se hubieren opuesto a dicha resolución. La oferta de compra de dichas acciones deberá anunciarse a través de los mismos medios de comunicación que se señalan para convocar a Asamblea de Accionistas. El precio de las acciones y el término de duración del compromiso, deberán ser aprobados por la Bolsa de Valores y por la Comisión Nacional de Valores.[142]

138 Cabe aquí el mismo comentario hecho respecto a la posibilidad de contemplar en el Reglamento Interior de la Bolsa supuestos distintos a los previstos por la Ley del Mercado de Valores, tanto para la suspensión como para la cancelación de la cotización o inscripción de valores, en virtud de lo dispuesto por la fracción III del artículo 37 de la propia Ley del Mercado de Valores, en cuanto se refiere a la cancelación de la inscripción de valores.

139 Párrafo 88.1 del Artículo 88 del proyecto de Reglamento de la Bolsa. En relación a la amortización de acciones ver Artículo 136 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

140 Párrafo 88.2 del Artículo 88 del proyecto de Reglamento de la Bolsa.

141 Párrafo 88.3 del Artículo 88 del proyecto de Reglamento de la Bolsa.

142 Párrafo 88.4 del Artículo 88 del proyecto de Reglamento de la Bolsa.

D. SANCIONES DE CARACTER PECUNIARIO A CARGO DE LA SOCIEDAD

Independientemente de los casos en que la suspensión de la cotización de las acciones o la suspensión o cancelación de su registro en la Bolsa se aplican como sanciones por incumplimiento de obligaciones a cargo de la sociedad emisora, cabe señalar que el Reglamento Interior de la Bolsa establece otro tipo de sanciones de carácter pecuniario a cargo de la propia sociedad emisora por incumplimiento menos graves. Dentro de este tipo de sanciones se encuentra el cobro de intereses moratorios por incumplimiento en el pago oportuno de las cuotas o multas, que pueden ascender al 1% o 2% del importe de los valores operados durante el tiempo que dure el incumplimiento de las obligaciones de proporcionar información a la Bolsa[143] Asimismo, se establece que en el caso de incumplimiento de las demás obligaciones establecidas en el Reglamento Interior de la Bolsa, se impondrá a las sociedades emisoras la sanción que determine la propia Bolsa en acuerdo general.[144]

Por último, cabe señalar que tratándose de valores emitidos o garantizados por instituciones u organizaciones auxiliares de crédito o instituciones de seguros, la Comisión Nacional de Valores, deberá oír previamente a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, antes de resolver sobre la suspensión de la cotización o sobre la suspensión o cancelación del registro de dichos valores en Bolsa.[145]

VIII. *SANCIONES POR LA OFERTA PUBLICA DE ACCIONES NO REGISTRADAS*

A. MEDIDAS PARA TERMINAR CON LA REALIZACION DE ESTAS OPERACIONES

La Comisión Nacional de Valores podrá ordenar la suspensión de operaciones e intervenir administrativamente a las personas o empresas que efectúen operaciones de oferta pública respecto de valores no inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios,[146] excepto cuando se trate de instituciones de crédito, organizaciones auxiliares de crédito, e instituciones de seguros, cuya inspección y vigilancia corresponde a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.[147]

La ley del Mercado de Valores, concede a la Comisión Nacional de Valores, la facultad de investigar los actos que hagan suponer la ejecución de operaciones violatorias de dicha ley, pudiendo ordenar visitas de inspección a los presuntos responsables.[148]

Cuando con motivo de la inspección realizada por la Comisión Nacional de Valores se determine que la persona o entidad inspeccionada efectúa operaciones de oferta pública respecto de valores no inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, la propia Comisión podrá llevar a cabo:[149]

1. La adopción de medidas para normalizar la situación.

Dictará las medidas que sean necesarias para normalizar la situación de la persona o entidad de que se trate, señalando un plazo para que dicha normalización se lleve a cabo.

2. La suspensión de las operaciones irregulares.

Ordenará la suspensión de las operaciones irregulares o la liquidación de las mismas.

3. La designación de un interventor para terminar con las operaciones irregulares.

Designará un interventor que tome las medidas necesarias para que se suspendan, normalicen, o, en su caso, se liquiden las operaciones irregulares.

4. La designación de un interventor-gerente para administrar la sociedad que realizó este tipo de operaciones.

Designará, de entre la terna que le presente a la propia Comisión Nacional de Valores la Bolsa que ésta señale, un interventor-gerente, quien tendrá todas las facultades que requiera para llevar a cabo la administración de la empresa intervenida, contando para ello con plenos poderes generales para pleitos y cobranzas, actos de administración, e inclusive actos de dominio, así como para suscribir títulos de crédito, y para otorgar los poderes generales o especiales que considere conveniente, así como para revocar los que hubiere otorgado la persona o entidad intervenida o los que él mismo hubiese conferido. En este caso, el interventor-gerente ejercerá sus facultades sin supeditarse a la Asamblea de Accionistas ni al Consejo de Administración o al Administrador Unico de la sociedad intervenida. Quedarán supeditadas al interventor-gerente todas las facultades de los administradores de la sociedad y los poderes de las personas que dicho interventor-gerente determine. La Asamblea de Accionistas podrá continuar reuniéndose regularmente para conocer de los asuntos de su competencia, lo mismo podrá hacer el Consejo de Administración con el fin de estar informado por el interventor-gerente sobre el funcionamiento y ope-

143 Véanse Artículos 82, 83 y 84 del proyecto de Reglamento de la Bolsa.

144 Véanse Artículo 86 del proyecto de Reglamento de la Bolsa.

145 Art. 35 de la Ley del Mercado de Valores.

146 Art. 41 fracción VIII de la Ley del Mercado de Valores. Dicha facultad corresponde a la Junta de Gobierno de la Comisión, quien podrá delegarla en el Presidente de la misma (ver Art. 44, fracción I de la Ley del Mercado de Valores).

147 Art. 41 último párrafo de la Ley del Mercado de Valores.

148 Art. 41 fracción III de la Ley del Mercado de Valores.

149 Art. 47 de la Ley del Mercado de Valores.

raciones de la sociedad, y para opinar sobre los asuntos que el interventor-gerente someta a su consideración. El interventor-gerente podrá convocar a Asambleas de Accionistas, así como a Sesiones del Consejo de Administración de la sociedad intervenida, con los fines que considere convenientes o necesarios. Por último, el nombramiento de dicho interventor-gerente, deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio que corresponda al domicilio de la sociedad intervenida.[150]

La designación del interventor en los casos a que se refieren los párrafos 3 y 4 anteriores, corresponde al Presidente de la Comisión Nacional de Valores.[151]

B. SANCIONES DE CARACTER CORPORAL Y PECUNIARIO

Por otra parte, la Ley del Mercado de Valores establece sanciones de tipo pecuniario y sanciones corporales en contra de quienes infrinjan sus disposiciones. De esta forma, se prevé que los infractores de dicha ley o de sus disposiciones reglamentarias, podrán ser sancionados con multa no mayor de $1'000,000.00 de pesos, según la gravedad de la infracción, pudiéndose imponer tales multas tanto a la sociedad emisora, como a sus administradores, funcionarios, empleados o apoderados, cuando éstos sean responsables de la infracción; dichas sanciones, serán impuestas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo previamente al presunto infractor.[152] Asimismo, se contempla expresamente la sanción de prisión, de uno a diez años, para las personas que hagan oferta pública de valores cuando éstos no estén inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, así como para los administradores, funcionarios o empleados de las personas morales que sean responsables de lo anterior.[153]

IX. *MEDIOS DE DEFENSA EN CONTRA DE RESOLUCIONES QUE AFECTEN A LA SOCIEDAD EMISORA*

Debe señalarse que los procedimientos de inspección y vigilancia, intervención, suspensión y cancelación de autorizaciones y registros, a que se refiere la Ley del Mercado de Valores, son de interés público. La sociedad emisora que se viera afectada por alguna resolución dictada en alguno de estos procedimientos, podrá ocurrir ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en defensa de sus intereses, dentro de un término de quince días hábiles a partir de la fecha en que tenga conocimiento del acto que le afecta, sin que ello suspenda los efectos de la resolución reclamada. Las pruebas que se ofrezcan, se desahogarán en un término de diez días hábiles. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público dictará su resolución, oyendo en forma previa a la Comisión Nacional de Valores.[154]

Con excepción de los casos antes mencionados, las resoluciones que dicte la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en ejercicio de las facultades que le confiere la Ley del Mercado de Valores, podrán recurrirse ante la propia Secretaría, en los mismos términos que se señalan en el párrafo anterior.[155]

No podrá promoverse el Juicio de Amparo por la sociedad emisora afectada, si no se acredita por esta última el haber agotado los procedimientos y recursos señalados.[156]

150 Art. 48 de la Ley del Mercado de Valores.

151 Art. 45 fracción IV de la Ley del Mercado de Valores.

152 Art. 51 de la Ley del Mercado de Valores.

Es facultad de la Comisión Nacional de Valores el proponer a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la imposición de sanciones por infracciones a la Ley del Mercado de Valores o a sus disposiciones reglamentarias (ver. Art. 41 fracción XVIII de la Ley del Mercado de Valores). Dicha facultad de la Comisión corresponde a su Junta de Gobierno pero la misma ha sido delegada en el Presidente de la Comisión (ver Art. 44 fracción I de la Ley del Mercado de Valores, y Acuerdo de la Comisión Nacional de Valores, publicado en el Diario Oficial el 31 de julio de 1981).

153 Art. 52 fracciones II y III de la Ley del Mercado de Valores.

154 Artículo 50 de la Ley del Mercado de Valores.

155 Artículo 50 de la Ley del Mercado de Valores.

156 Artículo 50 de la Ley del Mercado de Valores.

ASEGURAMIENTO DE EJIDATARIOS, COMUNEROS

ADOLFO AQUILES DE LUCIO

En artículo anterior,* hemos expuesto la evolución histórica del aseguramiento de los Ejidatarios, Comuneros, Colonos, Pequeños Propietarios, constituidos en grupo solidario, sociedad local o unión de crédito. Hemos visto el loable empeño del Gobierno Federal de incorporar a los beneficios del Seguro Social a esta clase de trabajadores. Sin embargo, hemos hecho notar la falta de técnica jurídica que el Legislador ha adoptado para el aseguramiento de estos grupos, subrayando los absurdos que resultan al querer asegurar a estos grupos de trabajadores no asalariados dentro del esquema de la relación trabajo-salario, porque evidentemente ellos no trabajan bajo una relación laboral, ni con jornadas laborales, ni perciben salario, a pesar de que el Legislador advirtió claramente en la exposición de motivos de las reformas a la Ley de 1956, la dificultad que implica el aseguramiento de los trabajadores del campo que carecen de patrón y, lo que es más grave, el Legislador del 73, a pesar de la enorme experiencia acumulada, no pudo o no quiso resolver de fondo el problema.

No basta empero señalar el error, es necesario apuntar una solución que aun cuando pueda ser o no válida, es una opción para resolver el problema.

Estimo, que antes de plantear el esquema que considero correcto, para mayor comprensión de la solución, es necesario recordar qué es el seguro para los trabajadores y cuál fue su origen. No es fácil encontrar el origen del contrato de seguro y como diría un tratadista, se pierde en la obscuridad de los tiempos; pero lo que sí es cierto, es el origen del Seguro de Riesgos del Trabajo. Nace con la industrialización y se funda en la responsabilidad objetiva o civil a cargo del patrón. En efecto, con la invención de máquinas, equipos e instrumentos industriales, el trabajador se encuentra expuesto en el manejo de los mismos y desempeño de su trabajo a riesgo que pueden lesionar su integridad física o causarle la muerte; en esa virtud, el patrón, dueño de esa maquinaria y a quien aprovecha su empleo, debe responder por los daños que causen a su trabajador. Entonces, el patrón se ve obligado a contratar un seguro para sus trabajadores, por el cual mediante el pago de una prima, el asegurador responde y cubre los riesgos, y en caso de siniestro, se hace cargo de los daños causados al trabajador. El Seguro de Riesgos de Trabajo, queda perfectamente claro, nace y se desarrolla sobre la relación laboral, es decir, para los asalariados.

Posteriormente los Estados toman a su cargo este seguro, lo perfeccionan y lo amplían y pasa a ser Seguro Social.

* Publicado en Revista de Investigaciones Jurídicas. Escuela Libre de Derecho, No. 5.

En México todos los antecedentes legislativos anteriores a la Ley del Seguro Social de 1943 y de manera especial la de algunos Estados, como por ejemplo: Estado de México, 1904; Nuevo León, 1906; Veracruz, 1914; Yucatán, 1915; Hidalgo, 1916; Coahuila, 1916, establecen el Seguro de Riesgos de Trabajo, obligando al patrón a cubrir los riesgos que el trabajador tiene en el manejo de maquinaria en el desempeño de su trabajo.

Establecen también, el seguro por el riesgo de la enfermedad de trabajo y se contempla la protección del salario del trabajador, durante el tiempo que esté imposibilitado para trabajar a causa del accidente o de la enfermedad, y ya algunas legislaciones abrieron el camino extendiendo la protección del trabajador a la invalidez, la cesantía o la muerte. En estos seguros, el trabajador tiene la obligación de aportar algo de su salario.

La Constitución del 17 recogió las inquietudes de las legislaciones locales y reconoce la necesidad, a nivel federal, de establecer cajas de seguros populares de invalidez de vida, de cesación involuntaria de trabajo, de accidentes y de otros, con fines análogos, dejando al Gobierno Federal y a cada Estado el formular la organización de estas instituciones.

Al promulgarse la Ley del Seguro Social de 1943, el Legislador definió perfectamente tres clases de seguros, todos ellos esencialmente involucrados con la relación laboral.

Con toda claridad, la exposición de motivos de la Ley del Seguro Social expresa la substancial interdependencia del Régimen Obligatorio del Seguro con la relación laboral. Es dicha exposición todo un tratado sobre el trabajo, el salario, la salud del trabajador, la familia del trabajador, etc., llegando a la conclusión de que es necesaria la implantación del Seguro Social para la protección de todos esos valores.

En la imposibilidad de transcribir toda la exposición de motivos, sólo citaremos algunos párrafos que son de indubitable validez para comprobar que el Seguro Social nace y se desarrolla para los asalariados.

Al principio dice: "Siendo el salario la única fuente de la que los trabajadores obtienen los recursos indispensables para la subsistencia de ellos y la de sus familiares, todo hecho que implica pérdida o disminución del mismo, causa a todos ellos perjuicios trascendentales. Más adelante: "el Régimen del Seguro Social representa un complemento del salario en la medida en que otorga prestaciones que el obrero tendría que obtener de su único ingreso...." "la circunstancia antes señalada permite destacar en primer término, que el Régimen del Seguro Social no es susceptible de aplicarse de un modo general o indeterminado a todos los individuos de la sociedad, sino exclusivamente al sector de la población formado por las personas que trabajan mediante la percepción de un salario o sueldo".

En otra parte, la exposición de motivos expresa: "la lucha por dominar a la naturaleza para la mejor satisfacción de las necesidades humanas provoca el gran maquinismo que lleva al hombre, ya a las profundidades de la tierra o del mar, o a grandes alturas en el espacio, junto al fuego de los altos hornos, al ambiente letal de las zonas petrolíferas, de las plantas eléctricas, del laboratorio o de los lugares insalubres, y en general a la vida intensa de la fábrica; pero a

medida que la técnica moderna se desenvuelve, más se multiplican y se agravan los riesgos a que están expuestos los hombres que dedican su vida al trabajo fecundo. De ahí que sea un deber esencialmente humano la protección eficaz y el remedio oportuno frente a los infortunios que la actividad industrial puede traer aparejados. Por eso, el Régimen del Seguro Social es un exponente del grado de previsión y de seguridad que han logrado los pueblos en el curso de su civilización..." "Tal obligatoriedad comprenderá desde luego sólo a los trabajadores que presten servicios en empresas privadas, estatales, de administración obrera o mixtas o a los miembros de sociedades cooperativas de producción y a los aprendices especiales contratados con ese carácter, para extenderse posteriormente a los trabajadores del Estado, de empresas de tipo familiar y a domicilio, del campo, los domésticos, los temporales y los eventuales. Esta distinción obedece en unos casos a la diversa situación jurídica que existe entre esas categorías de trabajadores y en otros a las dificultades de carácter práctico que se encontrarían de pretenderse aplicar desde luego a todos los trabajadores y a todas las empresas las disposiciones del Seguro Social, dificultades que es necesario evitar."

Queda evidente que la Ley del Seguro Social se hizo para los asalariados, los trabajadores que tienen un patrón, que perciben un salario, que cumplen jornadas de trabajo y están expuestos a los riesgos que pueden privar del trabajo y del salario.

Ahora bien, la nueva Ley del Seguro Social promulgada en 1973, establece también el aseguramiento sobre la base de la relación de trabajo, aun cuando en la exposición de motivos tiene expresiones muy claras de que el Seguro Social debe extenderse a otros grupos. En una parte de dicha exposición se dice: "Las sucesivas reformas que se han hecho a la Ley han tenido el propósito de avanzar hacia una seguridad social que sea integral, en el doble sentido de mejorar la protección al núcleo de los trabajadores asegurados y extenderla a grupos humanos no sujetos a relación de trabajo."

En otra parte, añade: "se ratifican preceptos de la Ley vigente al definir como sujetos de aseguramiento a los ejidatarios, comuneros, colonos, pequeños propietarios, pero se agrupan en forma más detallada, tomando en cuenta sus diversas características en relación a los sistemas de cultivo y de crédito, así como otros factores que influyen en su rendimiento económico para adoptar formas de seguro congruentes con estas peculiaridades".

Estos dos párrafos de la exposición de motivos parecen señalar que el Legislador había encontrado por fin el camino correcto y adecuado para el aseguramiento de no asalariados y que las disposiciones de la Nueva Ley del Seguro Social eran congruentes con la realidad y la naturaleza propia de esta clase de trabajadores.

No fue así, al recorrer la Ley sólo encontramos algunas referencias a estos asegurados, que no revelan una verdadera estructura legal para su aseguramiento. Analicemos los artículos que se refieren a estos trabajadores no asalariados. En primer término, el artículo 12, que es el mismo artículo 4º de la Ley anterior determina simplemente sin limitación alguna que son sujetos del Régimen Obligatorio los Ejidatarios, Comuneros, Colonos y Pequeños Pro-

pietarios, es decir, los sujetos del artículo 12, fracción III son asegurados de pleno derecho y con la cobertura total de todos los seguros a que se refiere el artículo 11, excepción hecha del Seguro de Guarderías para hijos de aseguradas.

En el artículo 13, el Legislador parece haber entendido el meollo de la cuestión, a saber, el aseguramiento de los no asalariados, cuando al final de dicho artículo establece las modalidades del aseguramiento, es decir, las reglas especiales a que debe estar sujeto el aseguramiento de los trabajadores no asalariados. Esto se corrobora cuando la Ley, en el Capítulo VIII, establece las normas de aseguramiento en la incorporación voluntaria. Es de advertirse, sin embargo, dos circunstancias que dan al traste con este buen planteamiento: primera, que ya había asegurado a Ejidatarios y demás trabajadores no asalariados en la plenitud de un régimen de Seguro Social estructurado esencialmente para trabajadores asalariados, o sea, los sujetos del artículo 12, fracción III. Esto lleva a pensar que el Legislador establece una división de Ejidatarios de primera, que son los del artículo 12 y Ejidatarios de segunda, que son los del artículo 12. Realmente ignoro y no puedo entender la intención del Legislador.

La segunda circunstancia es que, posteriormente a la expedición de la Ley del Seguro Social en 1973, la Ley de Crédito Agrícola es abrogada y se expide la Ley de Crédito Rural. Esta nueva ley determina como sujetos de dicho crédito, a todos los tipos y clases de régimen ejidal, ya sea agrícola, industrial, forestal o comercial. En esa virtud, todos estos grupos pasan a ser sujetos del Régimen Obligatorio en los términos del artículo 12 y en consecuencia caen por tierra las bases del aseguramiento con modalidades que establecen los artículos 16 y 17 y el Capítulo VIII de la Ley para los Ejidatarios del artículo 13.

Continuando con el análisis de los artículos de la Nueva Ley que hacen referencia a estos trabajadores no asalariados, encontramos que el artículo 23 de la Nueva Ley, que no es otro que el artículo 8º, un poco modificado, de la Ley anterior, el Legislador a fuerza de encontrar un patrón para estos grupos de trabajadores, obliga a las instituciones de crédito que operan con los mismos, a la inscripción y demás operaciones concernientes. Cuales sean estas operaciones concernientes, quizá deba entenderse que son todas las demás obligaciones de los patrones respecto a sus trabajadores. Cuando se trata de incorporaciones voluntarias, las instituciones de crédito quedan igualmente obligadas a retener las cuotas como si fueran patrones.

Lo expuesto, nos hace ver que el Legislador por una parte, advierte la problemática que represente el aseguramiento de los no asalariados y ha tratado de encontrar la solución al equiparar el aseguramiento con el de los trabajadores asalariados y en ese empeño ha fracasado en alcanzar la plenitud del Seguro Social o Seguridad Social.

Como se ha expuesto, el propósito de este análisis o estudio es allegar una aportación a esta gigantezca obra, que es el Seguro Social.

La problemática expuesta debe tener por tanto, una solución. Cual sea, depende de diversos factores, entre otros, políticos, económicos, jurídicos. Si lo planteamos desde el punto de vista jurídico, a mi ver, la solución parece fácil,

a saber, establecer una legislación idónea y adecuada para los trabajadores no asalariados, distinta de la establecida para los trabajadores asalariados.

La distinción nace de la misma raíz del aseguramiento, ya que existe una distinción substancial entre trabajadores asalariados. y trabajadores no asalariados. En consecuencia, la Ley debe establecer el Régimen del Seguro Social para trabajadores asalariados y el Régimen del Seguro Social para trabajadores no asalaridos y en cada uno de ellos estblecer las condiciones propias de uno y otro seguro.

El seguro para los trabajadores asalariados lo tenemos ya perfectamente establecido y explorado. El seguro para los trabajadores no asalariados está apenas bosquejado, aunque en forma difusa, en la Ley del Seguro Social, como puede verse en las bases que establecen los artículos 13 y 16, 17, 211 y 212.

El régimen de aseguramiento para trabajadores no asalariados, comprende los seguros: a) enfermedades y maternidad, b) invalidez, vejez y muerte.

Los sujetos de aseguramiento son:

1) Ejidatarios, comuneros, colonos, pequeños propietarios, dedicados a la explotación agropecuaria.
2) Los ejidatarios, comuneros, pequeños propietarios, dedicados a los aprovechamientos forestales.
3) Los ejidatarios, comuneros, pequeños propietarios, dedicados a cualquier otro tipo de explotación de recursos.
4) Los trabajadores de industrias familiares, los independientes profesionistas, comerciantes en pequeño, artesanos.
5) Los patrones, personas físicas con trabajadores a su servicio.

Los asegurados no asalariados cotizarán en forma anual de acuerdo al promedio de ingresos que obtengan el año anterior y quedarán comprendidos en el grupo correspondiente, según la tabla establecida para los trabajadores asalariados.

Cuando el trabajador no asalariado sea también trabajador asalariado, estará sujeto al aseguramiento para esta última clase de trabajadores, pero podrá cotizar en el seguro de invalidez, vejez y muerte en el régimen de no asalariado, con objeto de incrementar las pretaciones diferidas.

En caso de mora, el asegurado pagará interés en el mismo porcentaje que los patrones; pero, de ocurrir un riesgo, no perdería el derecho a las prestaciones.

EL SEGURO DE ENFERMEDADES:

Quedan protegidos en este ramo:

1) El asegurado
2) Los pensionados
3) La esposa o concubina.
4) Hijos menores de 16 años.

5) Hijos mayores de 16 años que estudien, hasta los 25 años.
6) Hijos inválidos.

El asegurado y sus beneficiarios tendrán derecho a las prestaciones en especie siguientes:

1) Asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria.
2) Medicina preventiva.
3) Asistencia obstétrica, ayuda para lactancia y canastilla.
4) Gastos de funeral.

Régimen Financiero:

Los asegurados pagarán la cuota que fije el Instituto por periodos anuales, de acuerdo al promedio de percepciones en el año anterior. El Gobierno Federal pagará una cantidad equivalente y también por periodos anuales.

El asegurado conservará sus derechos una vez que haya causado baja en el ramo de este seguro, por ocho semanas.

EL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE:

Quedan protegidos en este ramo:

1) El asegurado.
2) La esposa o concubina.
3) Hijos menores de 16 años.
4) Hijos mayores de 16 años que estudien, hasta los 25 años.
5) Hijos inválidos.

Las prestaciones:

El asegurado y sus beneficiarios tienen derecho a las pensiones, asignaciones y ayudas asistenciales, dote matrimonial.

El derecho a estas prestaciones serán en la cuantía y condiciones establecidas para los trabajadores asalariados. El asegurado conservará sus derechos en este ramo, por el mismo tiempo establecido para los trabajadores asalariados.

Régimen Financiero:

Los asegurados pagarán la cuota que fije el Instituto por periodos anuales, de acuerdo al promedio de percepciones en el año anterior. El Gobierno Federal pagará una cantidad equivalente y también por periodos anuales.

Por lo que se refiere al seguro de riesgos de trabajo, por su propia naturaleza, por la complejidad de la técnica para clasificar la clase y grado de riesgo, por el financiamiento a cargo del patrón y por otras implicaciones y consecuencias legales, no debe aplicarse a los trabajadores no asalariados, cuanto más que los mismos están protegidos de los siniestros que afecten su salud y su vida.

En efecto, si a un trabajador de esta clase ocurriere un accidente o contrajere una enfermedad en su trabajo o con motivo de éste, tendrá derecho a la asistencia médica, quirúrgica, farmacética y hospitalaria derivada de la cobertura del seguro de enfermedades.

Si el accidente o la enfermedad ocasionan al trabajador no asalariado una incapacidad que le impida trabajar, estaría cubierto por el seguro de invalidez; en cambio, si la incapacidad no le impide trabajar, seguirá teniendo la potencialidad económica de sujeto efectivo.

Por cuanto al seguro de guarderías, tal como está planteado en la Ley actual del Seguro Social, no puede ser aplicable a los trabajadores no asalariados; sin embargo, creo que tanto este seguro como su aplicación a los trabajadores no asalariados requiere un estudio y análisis muy riguroso, ya que el Legislador dio un paso fenomenal del derecho a un seguro, mediante el pago de una prima, al derecho a un servicio financiado por una carga impositiva.

Esto sería a grandes rasgos, un proyecto de las bases fundamentales para el aseguramiento de los no asalariados, debiendo ajustarse la Ley de algunas otras disposiciones en las que puede manejarse al mismo tiempo el aseguramiento para ambas clases de trabajadores.

En conclusión, sería el esquema de una legislación adecuada para el aseguramiento de los no asalariados, salvando así los obstáculos que hasta la fecha se han presentado, al aplicar a esta clase de trabajadores el seguro de trabajadores asalariados.

Desde luego y como principio fundamental, este aseguramiento es obligatorio. Como se instrumentaría su cumplimiento, queda a una adecuada reglamentación administrativa, pero sobre todo a la bondad del sistema y de la institución, que si lo es, no habrá alguien que quiera privarse de sus beneficios.

NOTAS CRITICAS PARA UNA RECONSTRUCCION DEL OBJETO DE ESTUDIO EN EL DERECHO

MARTÍN DÍAZ DÍAZ

INDICE

SUMARIO: 1. *Planteamiento del problema.* 2. *Contenido axiomático.* 3. *Ubicación de las posiciones clásicas.* 3.1. *Iusnaturalismo.* 3.1.1. *Primado de la Metafísica.* 3.1.2. *Teleología del derecho.* 3.1.3. *Derecho natural e individuo.* 3.1.4. *Derecho y moral.* 3.2. *Positivismo.* 3.2.1. *Intención depuradora.* 3.2.2. *La finalidad y la finalidad ausente.* 3.2.3. *Los contenidos.* 4. *Un sistema de críticas recíprocas.* 4.1. *Kelsen a los Iusnaturalistas.* 4.2. *Los Iusnaturalistas a Kelsen.* 4.3. *Las crí-*

ticas no formuladas. 5. *La construcción del objeto de estudio.* 5.1. *La construcción en el derecho natural.* 5.2. *La construcción positivista.* 5.3. *Hacia una construcción materialista.* 6. *Dos problemas específicos.* 6.1. *Categorías y tareas.* 6.2. *"Ser y Deber Ser".* 7. *Conclusiones.*

1. Planteamiento del problema.

Razones pueden enumerarse muchas, pero el hecho es actualmente ciencias como la economía, la política o la sociología, avanzan en su proceso de "explicación social",[1] mientras el conocimiento jurídico dentro de los paradigmas clásicos, permanece estático, sin reemplantarse y cada vez más desfasado de lo que podría denominarse conocimiento científico.

Quiere decirse aquí que el derecho no se ha convertido —como otros fenómenos sociales— en el objeto de un conocimiento que lo explique a satisfacción. Hasta hoy se han planteado preguntas del tipo: ¿Qué es el derecho? ¿Cuáles son sus fines? ¿Cuál es su relación con la moral?; o bien: ¿Cuál es el fundamento de la validez de una norma? o: ¿Qué es lo específicamente jurídico? Estas interrogantes no abarcan otras que sin embargo, son esenciales para una explicación integral del derecho, como por ejemplo: ¿Cuál es la función del derecho en una sociedad determinada? ¿Qué tipo de relaciones sociales reviste un modelo jurídico dado? ¿Cuáles son las causas sociales de las transformaciones jurídicas y cómo pueden preverse esas transformaciones? ¿Existe conexión entre el desarrollo de la forma jurídica y el proceso de desarrollo material de una sociedad? Tal vez se hiciera la objeción de que las preguntas planteadas en segundo término, sólo encontrían respuestas en el campo de la sociología jurídica, pero a esto, deberíamos replicar que una ciencia jurídica integral, sólo consigue armarse con una visión completa del desenvolvimiento del derecho. Es imposible penetrar la esencia de algo, cuando se dejan a un lado sus determinaciones materiales, su dinámica y su lógica específica.

Aquí se propone que cualquier planteamiento con aspiraciones de convertirse en científico y explicar el derecho, debe satisfacer una doble búsqueda: Primero, tiene que establecerse la relación entre un tal jurídico y su causa histórica; y Segundo, debemos referirnos a la forma en que el derecho, en su lógica interna estructura una respuesta al hecho social que lo genera.

Si hiciéramos caso a cualquiera de las dos corrientes clásicas que hasta la fecha han realizado con más consistencia el trabajo de explicación del derecho, me refiero al Iusnaturalismo y al Positivismo, no obtendríamos el resultado deseado, es decir, la explicación integral del fenómeno jurídico. Ninguno de estos modelos o paradigmas teóricos, construye el objeto de la ciencia jurídica tomando en cuenta la totalidad de sus datos esenciales; tanto Iusnaturalismo como Positivismo, resultan, según este planteamiento, enfoques parciales del

[1] Se utiliza el concepto "explicación" no sólo en el sentido de dar referencia de algo, sino además obteniendo cierta previsibilidad a partir de ciertos datos conocidos. Véase al respecto de Ryan, A. *La filosofía de la explicación social.* Ed. F.C.E., México, 1976.

problema, porque o bien tratan únicamente de establecer el contenido abstracto de las normas —Iusnaturalismo—, o solamente se atiende a la forma lógica del derecho sin hacer referencia al contenido social de las disposiciones jurídicas —Positivismo—. Esta carencia en dos sentidos fue captada por Umberto Cerroni, que con agudeza expresa: "El derecho se parece (...) a un recipiente con dos orificios; un orificio en la parte superior, a través del cual se evapora la justicia, edificante pero no positiva, y otro en la parte inferior, por el cual se desliza con los residuos de la eficiencia naturalista".[2] Podríamos afirmar utilizando expresiones leídas en el mismo autor, que el Iusnaturalismo, cuyo problema es intención fundamental consiste en obtener una valorización finalística del derecho —así, en abstracto— constituye una "Ciencia sin objeto", una elucubración sobre un algo no positivo; y a la inversa, ese positivismo que de modo tenaz abraza como único el aspecto normativo del derecho, propone su objeto, lo fija, pero carece de ciencia que lo explique: "Ciencia sin objeto y objeto sin ciencia",[3] dos proposiciones que engloban en síntesis el drama y las carencias de conocimiento jurídico contemporáneo.

Conforme vayamos llevando la exposición más a detalle intentaré probar: Que el Iusnaturalismo es un enfoque ahistórico —salvo las concepciones del derecho natural de contenido variable (Stamler), porque desestima las vinculaciones entre el fenómeno jurídico y las condiciones materiales de una sociedad determinada; más todavía, que el Iusnaturalismo no da referencia de la materialidad misma del derecho; y que por otro lado, el positivismo deja al margen la importantísima articulación entre el derecho y las relaciones sociales, entre la forma y el contenido, tanto del derecho como de la formación social en su conjunto.

2. El contenido axiomático.

Como no creo en el conocimiento "neutral", aclaro desde ahora: En este artículo se asume una perspectiva crítica con matices materialistas que se propone demostrar la insuficiencia de las concepciones jurídicas clásicas. En otras palabras, quiero decir que el trabajo contiene ciertos presupuestos o axiomas que podrían resumirse así:

2.1. Que la realidad social es un todo complejo que para ser efectivamente conocido, requiere de un enfoque teórico "Totalizador",[4] globalizante en el sentido de tratar a cada fenómeno social —por ejemplo lo económico, lo político o lo jurídico—, como parte de un todo integrado por elementos de influencias recíprocas, donde las condiciones materiales tienen a su favor la determinación en "última instancia".[5]

[2] Cerroni, U. *La libertad de los modernos.* Ed. Martínez Roca, España, p. 39.

[3] Cerroni, U. "Conocimiento científico y derecho", en su libro *Introducción a la ciencia de la sociedad.* Ed. Grijalbo, Barcelona, 1978, pp. 48-114.

[4] El concepto de totalidad fue introducido a la ciencia jurídica por Hegel, véase su obra *Filosofía del Derecho Público y el Estado.*

[5] Determinación en última instancia alude a una determinación compleja no lineal.

2.2. Que en la perspectiva anterior, el derecho no es en sí mismo ciencia —cómo la célula y el átomo no son tampoco ciencia— pero sin embargo, el derecho puede convertirse en objeto del conocimiento científico.

2.3. Que el conocimiento para que podamos etiquetarlo de científico, debe por lo menos, intentar explicar un determinado fenómeno, en el sentido de establecer predicciones; y que además, sus proposiciones hipotéticas, problemas y soluciones deben ser reconocidos por una comunidad de practicantes en el ramo de la ciencia y la academia.[6]

2.4. El conocimiento carece en todo caso de neutralidad axiológica, y en especial tratándose del conocimiento científico social que se encuentra cargado de parcialidad e ideológicamente atravesado, tanto en la construcción de sus categorías, como en la conformación del objeto de estudio, en la selección de los datos y lógicamente en la obtención de conclusiones.

3. Ubicación de las posiciones clásicas.

Antes de tratar en detalle como se enfrentan los paradigmas clásicos a la construcción de su objeto de estudio, vale la pena, aunque sólo sea para ubicarnos, hacer una presentación panorámica de cada una de estas posiciones:

3.1. Iusnaturalismo. Esta corriente se integra a través de un proceso complejo, cuyo punto de arranque y pilar fundamental son los planeamientos aristotélico-tomistas de la edad media; posteriormente, la idea del derecho natural reaparece en el renacimiento pero en su nueva presencia, el laicismo de la época ha influido bastante, el derecho natural se ha vuelto un producto racional por excelencia —Grocio—, y en alguna vertiente se ha transformado en un individualismo posesivo, Locke por ejemplo.

La edad moderna contemporánea continúa acogiendo los postulados de esta escuela, sus principios afinados después de la crítica del empirismo, siguen presentes en autores como Romen, Coing, Stamler, Le Fur y Radbruch, por sólo mencionar a algunos.

Escapa a los límites de este artículo hacer una exposición pormenorizada del proceso evolutivo en el modelo del derecho natural, aquí sólo podemos buscar el fondo común que constituye sus principios, y al respecto, Helmut Coing en uno de sus más destacados párrafos resume:

> Son (...) tres ideas las que principalmente destacan como fundamento del derecho natural, la idea de justicia, la idea de libertad moral y la idea de ciertas regularidades o legalidades de la naturaleza del hombre y de los procesos sociales...[7]

3.1.1. El primado de la metafísica. En general los Iusnaturalistas reconocen la existencia de la metafísica y no sólo eso, precisan que "la metafísica es el

[6] Sobre la noción de reconocimiento social del conocimiento, véase el artículo de Vargas, G. "Ideología y ciencias sociales", en la revista *Iztapalapa*, No. 3, pp. 272-288

[7] Coing, H. *Fundamentos de filosofía del derecho*. Ed. Ariel, Barcelona, p. 165.

fundamento lógico de toda ciencia".[8] La metafísica en la ciencia jurídica ocupa el lugar primordial, el orden jurídico, en esta perspectiva no es solamente la concretización normativa.

> Es, nos dice Coing, el orden ideal que ordena relaciones espirituales, a saber, relaciones sociales. Desde el punto de vista ontológico, el orden jurídico pertenece, pues al ser ideal...[9]

3.1.2. La Teleología del derecho. El derecho tiene finalidades trascendentes que están más allá de lo físico, tiene una vocación teleológica, realización siempre aplazada de valores sociales como la justicia, la seguridad o el bien común.

Dentro del Iusnaturalismo ha sido conflictivo establecer el contenido de los conceptos de justo, seguridad y bien común.[10] No nos toca tampoco referir ese debate, basta señalar que las visiones más realistas del problema, concluyen que en todo caso, la precisión del contenido de los conceptos citados, no deja de tener una determinación arbitraria, al respecto Núñez Ladevese señala:

> La noción de justicia es racional pero su contenido no lo es, puesto que depende de un último principio arbitrario, (...) el que firma sus principios fundamentales no justificados.[11]

Esto mismo puede afirmarse de los otros "fines" del derecho, tanto seguridad como bien común, son conceptos que requerirían de una definición histórica para ser usados dentro de una teoría científica.

3.1.3. Derecho natural e individuo. "El hombre es el valor más alto en la naturaleza"... "La legalidad no es establecida por el Estado sin designio; es establecida 'esencialmente en interés de los individuos'..." "Por una reflexión sobre sí mismo el hombre descubre su naturaleza"..' "El núcleo del iusnaturalismo moderno son los derechos del hombre..."[12]

He dejado que sean los mismos iusnaturalistas los que expresen su profunda convicción individualista. El derecho natural remite necesariamente a la esfera de los derechos subjetivos, oponibles siempre a un eventual poder arbitrario que a menudo adquiere la forma del Estado intervencionista. Los derechos individuales son inherentes, acompañan al hombre desde su nacimiento, aunque en la práctica, estos derechos son difíciles de precisar.

3.1.4. Derecho y Moral. En la perspectiva que ahora analizamos, el derecho no es un fenómeno autosubsistente, es más bien un apéndice del mundo infinito de la ética, porque "El hombre es punto de penetración de los valores en la realidad" y "El derecho es un orden coactivo cuya construcción descansa, empero, en último término, en su concordancia con normas éticas".[13] Conse-

[8] Romen, E. *Derecho Natural. Historia-Doctrina*. Ed. Jus. México, 1950, p. 148.

[9] Coing, H. *Op. cit.*, p. 32.

[10] Le Fur, Delos y Radbruch. *Los fines del derecho*. Ed. UNAM, México, 1973. En este libro se plantea la discusión telológica del derecho por tres autores de la corriente.

[11] Núñez Ladevese. *Ciencia jurídica y lenguaje*. Ed. Akal. España, p. 166.

[12] Le Fur, *op. cit.*, p. 21. Dellos, *op. cit.*, pp. 32 p. 34. Coing, *op. cit.*, p. 180.

[13] Coing, *op. cit.*, p. 145.

cuentemente derecho y moral forman una trabazón indisoluble, aunque esto signifique la no emancipación del conocimiento jurídico, que a diferencia de otras ciencias sociales, continúa inmerso en las redes filosóficas, y aun su laicismo es, en muchos casos, sólo relativo.

3.2. Positivismo. La contrapartida al iusnaturalismo, al menos en la concepción clásica del derecho, es el positivismo; confieso que en este artículo se toma únicamente a Kelsen como la gran referencia de esta corriente. De la misma manera que en el caso anterior, haré una presentación esquemática y simplificada del modelo positivista.

3.2.1. La intención "depuradora". Es necesario eliminar la metafísica, la política, la moral y todo aquello que no es específicamente jurídico. Sólo la norma coactiva es relevante para la construcción de una ciencia jurídica:

> La teoría pura del derecho insiste en una clara distinción entre derecho empírico y justicia trascendente (...). No ve en el derecho la manifestación de una autoridad sobrehumana, sino una técnica social específica basada en la humana experiencia.[14]

3.2.2. La finalidad. El derecho en sí no tiene fines, al menos éstos no son relevantes para la ciencia jurídica, aunque ésta sí cuenta con un objetivo claro: "elevar la teoría del derecho, que aparece expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia..."[15]

3.2.3. Los contenidos. El derecho se concibe en la lógica kelseniana como un sistema autosubsistente, "la autonomía del derecho consiste en que se basta a sí mismo para crearse".[16] El derecho es, solamente, conjunto de normas coactivas y ordenadas, donde cada una de las normas, está a su vez determinada por otra que le sirve de fundamento de validez. En la cúspide del sistema se encuentra una norma supuesta o "hipótesis básica que sirve de fundamento al ordenamiento jurídico en su conjunto. En el sistema kelseniano, y en esto se acerca a una casi perfecta explicación del derecho moderno, los sujetos sociales no existen en concreto, el derecho sólo registra sujetos jurídicos, "haces" de derechos y obligaciones, cuya existencia y extensión es fijada por el propio sistema jurídico.[17]

4. Un sistema de críticas recíprocas.

Por lo expuesto hasta aquí, resulta evidente que las posiciones clásicas no se toleran mutuamente y su vida, adquiere en gran parte sentido por lo que dice una de la otra en una interlocución interminable, veamos:

[14] Kelsen, H. *Teoría General del Derecho y el Estado*. Ed. UNAM, México, 1979, p. VII y la Introducción en general.
[15] *Ibid.*
[16] Calsamiglia, A. *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*. Ed. Ariel. Barcelona, p. 197.
[17] Kelsen, H. *La teoría pura del derecho*. Ed. Nacional, Argentina, 1970, pp. 125-127.

4.1. Kelsen a los iusnaturalistas:

4.1.1. La visión iusnaturalista es impura y dependiente. Su explicación del derecho se da principalmente en el campo de la ética y la metafísica, por esta razón el planteamiento iusnaturalista carece de objetividad; sus autores buscan fines trascendentes que el derecho en su expresión exclusivamente normativa no tiene; consideran jurídico lo que está por su naturaleza fuera del derecho.

4.1.2. Los iusnaturalistas no distinguen la diferencia entre derecho natural y derecho positivo (o artificial).[18] No fijan el contenido concreto del derecho, lo cual les impide encontrar su lógica específica de funcionamiento. Ninguna obra de "Derecho natural" va jamás a resolver un problema técnico de interpretación o aplicación de normas.

4.2. Los iusnaturalistas a Kelsen.

4.2.1. Kelsen es acusado de mutilador, de no captar la digna dualidad que compone a la persona humana: cuerpo y alma.

4.2.2. También se le acusa de pragmatismo y de haber creado un sistema teórico donde se pierden las referencias morales del sistema jurídico. Negar los fines del derecho es como negar al derecho mismo. Sólo ante esta negativa, Kelsen es capaz de afirmar que el sistema jurídico de un Estado injusto es derecho válido, siempre que cumpla con los requisitos formales que el mismo sistema imponga.

4.3. Las críticas no formuladas.

Ninguno de los paradigmas clásicos considera el problema de la vinculación del derecho y la sociedad. En ninguno de ellos encontramos como un momento de la explicación del fenómeno jurídico la relación entre la norma del derecho y las relaciones sociles a las que se pretende reglamentar:

4.3.1. El iusnaturalismo en sus afanes de defensa individual, se olvida de que las relaciones humanas tienen siempre una connotación material específica, por, que la esencia humana a la que con frecuencia alude esta corriente, "surge en cada caso de una determinada forma social, no es un abstracto ínsito en el individuo particular, sino el conjunto de las relaciones sociales"... es una sociedad determinada.[20]

Debe llamarse la atención sobre un hecho importante, la abstracción que se hace en el derecho natural de las relaciones sociales concretas, se vuelve peli-

[18] Kelsen, H. *La idea del derecho natural*. Ed. Nacional, México, 1972, p. 19.
[19] *Idem.*
[20] Schmidt, A. *El concepto de naturaleza en Marx*. Ed. Siglo XXI, México, p. 92.

grosa cuando descubrimos que en algunos casos, algunos iusnaturalistas desenvocan en una apología del orden existente, leamos por ejemplo a Dellos:

> el derecho positivo persigue fines objetivos, que le son exteriores y trascendentes —llámeseles justicia, seguridad o bien común—; pero rasgo esencial, esos fines son al mismo tiempo inmanentes a la realidad jurídica.[21]

Aquí —aunque este no es el caso de todo el iusnaturalismo—, se está justificando el derecho positivo, no por el valor intrínseco que pudiera tener, sino porque es, en último análisis identificado con el derecho natural, con el orden humano ideal que en este caso no sería otro que el mismo orden normativo en cuestión. El derecho positivo resulta, en este planteamiento, ideal y concretización al mismo tiempo.

4.3.2. El positivismo por su parte, se resuelve también en una apología encubierta del orden existente, apareciendo a tras mano el sentido ideológico que Kelesn le niega a su teoría, analicemos el siguiente párrafo:

> La configuración del derecho abstracto como esfera de la voluntad y la reducción del Estado a simple realidad ideal son los modelos específicos mediante los cuales el intelecto abstracto sanciona y legitima (...) el estado presente de las "instituciones" positivas del derecho formal y del Estado representativo.[22]

Esto es todavía más claro cuando se tiene en cuenta el problema de la norma básica que Kelsen establece como presupuesto ideal necesario para fundamentar y dar coherencia lógica al sistema jurídico. En la obra del jurista vienés, jamás se aclara que la norma fundamental dota al mismo tiempo de validez a la constitución de un orden jurídico y el poder político que la sostiene. En verdad, la norma básica contiene a la autoridad ideal que por un proceso oculto a la ciencia jurídica, se transforma en la autoridad real que ejerce el poder coactivo sobre una sociedad civil determinada.[23]

5. La construcción del objeto de estudio.

Es en la construcción del objeto de estudio, donde los paradigmas clásicos muestran de manera definitiva sus limitaciones, o más claramente la limitación que pesará en adelante sobre sus resultados obtenidos. Por eso, haré un análisis aunque sea panorámico de la forma de construcción teórica que emplea cada uno de los paradigmas que aquí he llamado clásicos. A cada paso iré dejando constancia de lo que sería la propuesta para una reconstrucción materialista del objeto de estudio de la ciencia jurídica. El punto de partida de una con-

[21] Dellos, *op. cit.*, p. 38.
[22] Calsamaglia, *op. cit.*, p. 200.
[23] *Idem*, p. 32.

cepción materialista, como se verá adelante, no puede ser otro que la crítica de las concepciones clásicas.

5.1. La construcción iusnaturalista.

5.1.1. El desliz metafísico. Para los autores que han hecho la teoría del derecho natural, derecho no es exclusivamente la normatividad positiva,[24] más allá de los hechos materiales, existe un orden ideal, rector en última instancia de todos los sucesos sociales; el derecho no es sólo empiria, sino sobre todo espiritualidad. "Se puede decir —Le Fur— que no hay nada en el derecho que no venga de los hechos, salvo el derecho mismo...".[25] Es válido afirmar, que si bien el derecho como norma de la conducta social, tiene una faceta fáctica, la idea general del derecho, sin embargo, trasciende los hechos materiales porque dicha noción, descansa directamente sobre la idea de justicia.

Al no existir la experiencia como fuente, al derecho natural se le hace proceder, según el autor de que se trate, de Dios, del orden natural o de la razón. En teoría del conocimiento esto significa que entre el sujeto cognocente —jurista— y el objeto conocido —derecho—, se introduce una mediación ajena a la naturaleza del objeto, llámese como dije: "Dios, orden natural o razón. Aquí la positividad del objeto no existe, el derecho en sí se pierde, por eso no es extraño que no exista ni existirá una casuística del derecho natural; su idea universal rechaza por principio lo concreto y particular. Los postulados del derecho natural, son así un manto que envuelve los hechos, pero que como el manto de los magos los hace desaparecer; en lugar de la aplicación de las normas en concreto, nos queda la justicia en abstracto y en lugar de los hombres en circunstancia social, aparece el hombre como valor, como fin en sí mismo. Después de esto no resulta raro que Coing nos diga que "para comprender la peculiaridad del fenómeno jurídico (...) hay que buscar la específica intencionalidad que persigue el hombre con el derecho".[26]

5.1.2. El objeto depende del espíritu. El iusnaturalismo no define un objeto de estudio independiente; derecho y ético integran una ligazón indisoluble: "La idea del derecho —dice Coing— es, según esto, la suma de los contenidos morales que están esencialmente ligados al desarrollo del derecho".[27] El derecho natural como la ética, pertenece al gran cuerpo de la filosofía, y lo grave es que esta confusión lleva a legitimar los hechos del orden existente, se vuelven su apología mientras derecho y ética se mantengan como unidad que se resuelve en la espiritualidad —porque— no se logra mediar la estructura específica y heterogénea de la objetividad.[28]

A manera de resumen debe decirse que seguir la vía de construcción teórica

[24] Coing, *op. cit.*, p. 32.
[25] Le fur, *op. cit.*, p. 20.
[26] Coing, *op. cit.*, p. 32.
[27] *Idem*, p. 158.
[28] Cerroni. *La libertad*, p. 72.

del iusnaturalismo, implica avocarse a las siguientes prioridades: 1) reconocer el contenido axiológico del derecho, 2) tener que descubrir y jerarquizar sus fines colocando al hombre siempre como fin supremo y 3) aplicar estas valoraciones a la conducta humana, considerada siempre en abstracto.

Queda claro que la concepción iusnaturalista clásica es completamente atemporal, sus contenidos axiológicos tienen una pretención universal de validez, son principios dogmáticos, a los que las circunstancias no les hacen sombra; dar a cada quien lo suyo, es una máxima eterna y evidente que sin embargo no se cuantifica. ¡Bendita la idea que no enveceje jamás con el transcurso del tiempo! ¡el derecho que se mantiene incólume, aunque a la sociedad no le ajuste!

Sobra decir que una concepción fundamentalmente ideal como ésta, poco puede explicar acerca de las variaciones del fenómeno jurídico y de su conexión con los procesos sociales que las causan; que tampoco puede —y explícitamente no se lo propone— resolver ningún problema técnico que se suscite en un sistema jurídico. Sin normas en concreto y sin hombres en concreto, sólo queda valorar y creer, creer siempre y más que ningún otro paradigma.

5.2. La construcción positivista. Dentro de esta corriente brilla con luz propia la intención "depuradora"; no se puede adelantar en el análisis, sin referirse aunque sea brevemente, a este tema al cual Kelsen dedica los mejores párrafos de sus introducciones:

> La teoría pura del derecho quiere seguir siendo teoría y limitarse al conocimiento de su materia excluyendo todas las demás. Busca la definición de lo que es el derecho, y de qué manera se ha formado, sin preguntarse que debería ser y de qué manera debería estar formado. No se trata de política jurídica, sino de ciencia del derecho.[29]

Kelsen sigue al respecto "la tradición teórica alemana que hace una rigurosa distinción entre los juicios de valor y los juicios de hecho",[30] distinción que deja frente a frente y en posiciones irreconciliables política y ciencia; derecho natural y derecho positivo.

Para comprender mejor el proceso kelseniano de "depuración", debemos remontarnos a la división kantiana entre naturaleza y sociedad.

> Las ciencias naturales descubren su objeto por medio del principio de causalidad (relación necesaria entre causa y efecto). La ciencia jurídica no puede describir su propio objeto por el mismo principio, se pretende autónoma.[31]

El derecho pertenece al mundo normativo donde reina el principio de imputación, y la libertad del individuo, transforma las relaciones necesarias de la naturaleza en relaciones voluntarias de obligatoriedad. Separar naturaleza y sociedad, significa, inequívocamente, apartar las relaciones sociales de sus determinaciones materiales.

[29] Kelsen. *La teoría pura...* p. 15.
[30] Tadic. "Kelsen y Marx", en vol. colectivo *Marx, el Derecho y el Estado*. Ed. Oikós, España, p. 111.
[31] Calsamiglia, A. *op. cit.*, p. 65.

Siguiendo la secuencia del "proceso depurador", el próximo paso consiste en que una vez ubicado el derecho dentro de las ciencias normativas, es necesario distinguir los datos particulares de sus normas del resto del género, y para ello, Kelsen se vale de la noción de coacción, las normas jurídicas son en lo esencial normas coactivas. Kelsen piensa —al estilo kantiano— que "la ciencia crea su objeto"[32] y por lo tanto, la investigación que logre delimitar su objeto con una metodología pertinente, adquiere así el carácter de científica. De esta forma, "el concepto de imputación le permite delimitar el objeto del derecho", aislar el derecho de las ciencias en general y mediante la coacción, aislar a la norma jurídica de todo tipo de normas.[33] Con esto Kelsen ya está habilitado para afirmar sobre su propia teoría:

> Al calificarse como "teoría pura" indica que se pretende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición.[34]

Con esto se esclarece la intención del jurista vienés: desconectar la norma jurídica de la realidad social, descartar al Ser del mundo del derecho.[35] Esta desarticulación imposible, ocasionó graves incongruencias en el desarrollo kelseniano, su teoría tuvo a fin de cuentas que capitular ante la realidad, pero ahora, como si la realidad se vengara, se incorpora a la explicación kelseniana como hecho sin mediar, como empiria vulgar sobre la que su ciencia no ha dicho nada. Esta vuelta forzosa a la realidad, se hace evidente sobre todo, en la concepción kelseniana de la norma básica, porque allí la hipótesis ideal que sostiene la validez del sistema jurídico, sirve al mismo tiempo de fundamento al poder real que se haya vinculado a un sistema jurídico determinado.

Existen otros aspectos igualmente problemáticos dentro del modelo kelseniano, que como en el caso de la norma fundamental, ponen a la vista infidelidades del autor hacia su propio proyecto; valga aquí solamente apuntar cuáles son estos núcleos problemáticos: Dentro del concepto de validez de una norma, Kelsen tiene que incorporar el criterio de efectividad, es decir un elemento fáctico, sin este elemento del mundo del Ser, cualquier doctrina jurídica hubiera carecido de sentido, al respecto Calsamiglia opina: "Si Kelsen no hubiera introducido el concepto de efectividad como condición de validez su teoría se hubiera disociado de la realidad jurídica".[36]

Otro caso patente de infidelidad metodológica, cometido por el autor de la "teoría pura" se produce cuando éste, al estudiar los mecanismos de aplicación

[32] *Idem.*
[33] *Idem*, p. 67.
[34] Kelsen. *La Teoría pura...* p. 15.
[35] Calsamiglia, p. cit., p. 25.
[36] *Idem.*, pp. 32-33.

de las normas, reconoce al órgano encargado cierta facultad de revisar e interpretar los contenidos de la norma, admite que esa decisión es una cuestión de política jurídica; por eso precisamente, va a tener necesidad de diferenciar, posteriormente en su teoría, el acta de creación de una norma del acto de su aplicación.

5.3. Hacia una construcción materialista alternativa.

Una construcción materialista del objeto de estudio de la ciencia jurídica, debe partir de la crítica de los paradigmas clásicos y renunciar a cualquier explicación ideal o depuradora del fenómeno jurídico.

> El derecho en efecto —dice Cerroni—, no es sólo un conjunto de elementos normativos, (...) sino que es al mismo tiempo el conjunto de los elementos institucionales que exigen una observación que casi en nada se diferencia de las que ponen en práctica tanto el economista, como concretamente, el naturalista..'[37]

Como institución histórica la norma jurídica es, necesariamente, la articulación de determinadas relaciones sociales sobre las que a su vez, juega una función determinada. Al no ocuparse de ideas sino de hechos, siguiendo con Cerroni, la ciencia jurídica debe ser de cuño materialista, aunque para ello tenga que renegar contra una tradición metafísica de los juristas, o bien contra un positivismo sin sentido social que pretende explicar lo jurídico sin comprometerse con ello. "En el fondo —ahora vuelvo a citar a Correas— la crítica a la ciencia formal es una crítica a su contumaz negativa a discutir acerca de los contenidos del derecho."[38]

Hacer ciencia jurídica de cuño materialista, significa reunir lo que Kant dividió; explicar la articulación real y necesaria entre la naturaleza y la sociedad; dejar sentido —como lo hizo el joven Marx— que la sociedad es también, y ante todo, un proceso natural, tal como la naturaleza adquiere a su vez, una dinámica especial cuando el hombre actúa sobre ella a partir del trabajo.[39] Así también una ciencia jurídica materialista requiere de restablecer la conexión irrenunciable de lo jurídico con lo social.

El famoso enfrentamiento de voluntades de la sociedad moderna, la relación voluntaria de personas, es inexplicable sin las referencias a un proceso material y objetivo del cual es dependiente. En la medida en que el derecho proceda de la realidad social, sus categorías formales reflejan la existencia de sus contenidos materiales; no hay contrato sin mercado, ni sujeto jurídico sin igualación formal de los individuos ante la ley, por solamente citar dos casos. La norma entendida como articulación de relaciones sociales determinadas "no es más que la 'sanción oficial del hecho', de un hecho que se ha articulado independientemente del legislador y de la voluntad del hombre.[40]

[37] Cerroni. *La libertad*, p. 18.
[38] Correas, O. *La ciencia jurídica*. Ed. Univ. de Sinaloa, México, 1980, p. 13.
[39] Schmidt, A., *op. cit.*, p. 45.
[40] Pashukanis, citado por Cerroni, en *La libertad*, p. 80.

De ninguna manera puede conocerse un hecho de la espiritualidad humana, dice Marx, sin el conocimiento de la parte que ese hecho espiritual tiene sumergida como un "iceberg"' social, sólo a ese nivel surge la vinculación explicativa de Ser y Debe Ser.[41] En este sentido, la teoría del derecho tendría que dejar de ser dogmática para convertirse en crítica,[42] de las concepciones jurídicas incompletas y crítica de la realidad misma, para que como alguna vez dijo Marx, "La crítica del cielo se transforme así en crítica de la tierra..."[43]

Evidenciar la función del derecho, induce a señalar su falsa imparcialidad; el derecho moderno que se sustenta sobre la igualación formal de los sujetos, no hace sino reforzar las diferencias reales de los hombres socialmente considerados. Esta conexión desmitificadora entre derecho y hecho, es por tanto, el presupuesto de una ciencia jurídica materialista que permita entender "el libre despliegue de la voluntad" también como una forma específica de producción y apropiación social,[44] y aún más, como una forma de dominación que se entroniza en fórmula democrática y da sustento al ejercicio del poder en las sociedades modernas.

El derecho debe concebirse como una mezcla de razón y hechos, soldando, como dice Cerroni, la normatividad y la historia para poder comprender la no pureza de las normas y la no exclusividad material de los hechos jurídicos.[45]

6. Algunos problemas específicos.

6.1. Categorías y tareas.

6.1.1. El iusnaturalismo se propone como fin, señalar la conexión entre derecho y moral, demostrando la eticidad de la conducta humana y para ello utiliza categorías como:

a) Persona (naturaleza humana) en sentido siempre ideal, que se refiere a la entidad que forman el cuerpo y el alma, vinculación en cuya dinámica el hombre encuentra su finalidad trascendente a través de la búsqueda interna.

b) Jerarquía. Como los hechos son de orden muy diverso —y el fin del derecho es valorar los hechos— debe establecerse entre ellos una ordenación en sentido de preponderancia moral, sin ella no hay derecho posible ni parámetro para juzgar.[46]

c) Finalidad. El derecho sólo adquiere sentido cuando tiende a garantizar la cristalización de valores humanos, tales como la justicia, la seguridad o el bien común. Derecho y Justicia —la de dar a cada quien lo suyo—, forman una unidad ordenada de medio a fin.

[41] Núñez Ladevese, *op. cit.*, 156.
[42] Calsamiglia, A., *op. cit.*, p. 41.
[43] Marx, A. "Introducción a la crítica de la filosofía del derecho", en *La Sagrada Familia*. Ed. Grijalbo, México. Introducción.
[44] Cerroni, U. Marx y el derecho mdoerno. Ed. Grijalbo, México, 1970, p. 93.
[45] Cerroni, U. *La libertad*, p. 41.
[46] Le Fur, *op cit.*, p. 21.

d) Razón. Es "la razón la que percibe las relaciones necesarias que se desprenden de la naturaleza". En el caso del iusnaturalismo laico, la razón es además, la fuente por excelencia de las normas naturale.s Es en general, el vínculo entre el hombre y lo trascendente, y al mismo tiempo, el dato esencial de la naturaleza humana.

Con la conjugación de estas variables básicas podemos obtener los problemas y matices que se plantean por los teóricos del derecho natural; que a mi entender, encuentra su expresión más terminada en la tesis kantiana del hombre-fin[47] el núcleo del iusnaturalismo —recordemos— son los derechos del hombre, de ese ser presocial muy cercano a los hombres del "estado natural" que inventaron Locke y Rousseau en el siglo XVIII. En el hombre del derecho natural no cabe, sin embargo cualquier hombre y, aunque eso suene inexplicable así es; si no, veamos las confesiones de Helmut Coing al respecto. Hablando de las masas este autor nos dice:

> La falta de individualidad, de tradición y de propiedad las hace insensibles a las bendiciones de una situación jurídica ordenada y asegurada, el derecho es para ellas irrelevante...[48]

...Y viceversa —completaremos nosotros—, las masas también son irrelevantes para este derecho al que Coing se refiere con tanta claridad, sobre todo para ese derecho de propietarios cuyas facultades son la herencia enmascarada de los privilegios feudales.

6.1.2. Por su parte el positivismo, se propone como ya se apuntó, "el engrandecimiento científico del derecho" y para ello, ocupa categorías del tipo siguientes:

a) Depuración. Término que alude al proceso de vaciado social de la forma jurídica y la proclamación absoluta de la necesidad lógica, en detrimento siempre de los hechos sociales.

b) Imputación. Llave maestra del pensamiento kelseniano que abre la puerta por donde la naturaleza escapa, dejando al hombre solo con la incertidumbre —¿o certeza?— de su razón. En el ámbito de la imputación la causalidad sólo a veces.

c)) Positividad. Sanción que contiene las normas, coacción del Estado —de cualquier Estado— que da en los hechos la garantía de existencia y continuidad al fenómeno jurídico; y en la teoría, la posibilidad de distinguir la norma jurídica del resto de las normas.

d) Orden jurídico. Las normas en el derecho forman un conjunto ordenado o sistema, tienen relaciones jerárquicas en orden al criterio de validez y todas

[47] Della Volpe, G. *Rousseau y Marx*. Ed. Martínez Roca, España, p. 63 y ss.
[48] Coing, *op. cit.*, pp. 102-103.

ellas se fundamentan a su vez, en una norma supuesta —hipótesis artificiosa y necesaria— denominada norma básica.

e) Validez. Relación entre normas que consiste en reconocer que una norma sólo es tal, cuando recibe habilitación de otra norma situada en una jerarquía superior dentro del sistema jurídico. En este sentido puede afirmarse que la norma jurídica es válida porque pertenece a un orden válido.

El problema con la validez, como ya lo señalé apoyado en Calsamiglia, es que Kelsen la hace depender de la eficacia, introduciendo con ello un elemento no lógico en el modelo formal.

f) Sujeto. Realmente en la construcción positivista el sujeto no existe como tal, es solamente un reflejo de la norma y una construcción artificial, "un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica", donde "la persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y derechos, un conjunto de normas. Es el orden jurídico quien da existencia a los sujetos, quien mide su extensión; para Kelsen, hombre no es en definitiva una noción jurídica.[49]

Es cierto que la concepción kelseniana de "persona" resume en sí, todas las críticas que pueden formularse contra el carácter sólo formal del positivismo, pero es cierto también que si nosotros no adoptamos una actitud crítica respecto del orden jurídico en su conjunto, la noción kelseniana nos habla en forma impecable y convincente de que es el sujeto jurídico dentro del derecho moderno. Efectivamente en un contexto de generalidad y abstracción como lo es el contexto normativo, el sujeto social jamás se considera en concreto. Para desmitificar el carácter del sujeto jurídico no sólo hay que salir del positivismo, sino incluso del derecho moderno y de la ideología liberal, descubriendo entonces, que bajo los sujetos iguales y abstractos del derecho, existen los sujetos dependientes y desiguales de la historia. Descubriremos así cómo opera la inversión: no es el derecho el que crea el sujeto sino al contrario, son los sujetos históricamente determinados los que se dan una forma específica de derecho.

6.1.3. Una construcción materialista del objeto de estudio de la ciencia jurídica, requeriría de otro tipo de categorías distintas a las aquí expuestas, éstas en todo caso, deberían resultar, como resultan las de Marx en su crítica de la economía política clásica; "expresión de diversos tipos de relaciones de producción que asumen la forma de cosas" —léase normas en este caso—.[50] Cualquier esfuerzo por precisar algunas categorías útiles en el análisis materialista del derecho no puede apartarse de las dos grandes categorías abstractas del marxismo, me refiero a la categoría "Modo de producción" y a la de "Formación económico-social", de hecho las categorías que a continuación menciono, tratan de encuadrar al derecho dentro del ámbito de un determinado modo de produc-

[49] Kelsen, H. *La teoría pura*... p. 115.
[50] Rubin, I. *Ensayo sobre la teoría marxista del valor*. Ed. Cuadernos de pasado y presente (Siglo XXI), México, p. 107.

ción y de precisar sus especificidades en una determinada formación económico social, veamos:

a) Desfetichización. Proceso del conocimiento que consiste en buscar el contenido social de la forma jurídica; que pone en evidencia la desigualdad material de los sujetos sociales, frente a la igualación formal de los individuos ante la ley que realiza el derecho en la sociedad capitalista moderna. En otro sentido, esta categoría sirve también para deslindar el contenido ideológico del derecho y la asimilación lineal del derecho a la moral.

b) Articulación. Vinculación y determinación mutua entre fenómenos como la historia y la naturaleza, el derecho y la sociedad, el sujeto jurídico y las relaciones sociales, el contrato y el mercado; en síntesis, de la forma y el contenido en el caso de las normas jurídicas.

c) Totalidad. Calcando la idea de Karel Kosik "comprende la realidad en sus leyes internas, y descubre, bajo la superficialidad y causalidad de los fenómenos, las conexiones internas y necesarias..."[51] La realidad es un todo complejo que para ser conocido requiere de un enfoque totalizador que hable de los nexos de los fenómenos y no de los fenómenos aislados. El fenómeno puro sólo puede ser concebido como momento del análisis teórico, nunca como la forma material del mismo fenómeno.

d) Determinación. Influencia específica de un elemento de la totalidad sobre un elemento en particular o sobre la totalidad en general. La determinación de un elemento hacia otro siempre es determinación mutua aunque generalmente se produzca en distinto grado.

e) Especificidad. Referencia siempre particular a un objeto determinado; se opone a las afirmaciones universales, recobra en cambio, el sentido relativo de un objeto y de su dinámica.

f) Génesis. Dinámica específica de formación y desarrollo de un fenómeno dado, movimiento que toma en cuenta la esencia y el fenómeno —en sentido hegeliano— como unidad.

g) Crítica. Es la visión y la intención de una ciencia materialista que cuestiona y desfetichiza lo ideal, lo ideológico, lo jurídico, y en general, cualquier apariencia que aparece desdoblada de su esencia; la crítica descorre velos, pero además es superación teórica de concepciones anteriores y, en último análisis, práctica social.

h) Relaciones sociales de producción. Se conoce suficiente cuál es el significado de estos términos dentro del marxismo, aquí nos atañe como contenido específico de las normas jurídicas de un sistema de derecho dado.

6.2. El "Ser" y el "Deber Ser".

El derecho reúne en sí una dualidad peculiar, al menos esto es lo que se expresa en los estudios jurídicos clásicos; por un lado, en el orden del Ser, figura como un elemento de regulación social; sin embargo, en el orden del Deber Ser, aparece como un imperativo en el sentido kantiano y como un modelo ideal al que debe conformarse determinado hecho.[52] El problema de la dualidad del derecho lo recoge y lo plantea la ciencia jurídica clásica de manera unánime, pero no todos lo plantean de la misma manera ni con idéntico contenido, veamos:

6.2.1. En el caso del iusnaturalismo, la diferencia entre el Ser y el Deber Ser tiene un carácter ontológico; es decir, se trata de diferenciar dos realidades distintas; el mundo empírico por un lado; y por el otro, un mundo ideal que resulta el modelo de la conducta y la realización plena de los valores inmutables. Aquí la división entre Ser y Deber Ser, responde en última instancia a la división ontológica entre materia y espíritu, es por decirlo así la modalidad jurídica de una concepción dualista.

6.2.2. En cambio para Kelsen la dualidad Ser-Deber Ser tiene otro sentido, no se trata de una división ontológica en ningún momento, sino de niveles distintos de una misma realidad, monismo, diríamos para contraponerlo al dualismo iusnaturalista.

Kelsen encuentra "que la norma es el sentido de un acto de voluntad dirigido a la conducta de otros; su sentido es un deber ser",[53] pero un deber ser lógico y normativo; un deber ser que deriva de la misma estructura formal de los juicios hipotéticos (si es A, debe ser B) y no de un mundo platónico o de entelequias aristotélicas como el de los iusnaturalistas.

Si resumimos, puede decirse que mientras para los iusnaturalistas el dualismo entre ser y deber ser es un problema ontológico y ético, para Kelsen por contra, es un problema lógico, derivado de la estructura formal del ámbito de la imputabilidad.[54] En Kelsen los elementos de la dualidad no tienen forma de ser mediados, deben permanecer desarticulados para conservar la pureza metódica de la ciencia jurídica. En cambio para los iusnaturalistas sí existe forma y necesidad de mediación en esta dualidad, ésta es, precisamente, el actuar justo de los hombres, su tendencia a dirigir su conducta de conformidad con las leyes naturales, y para algunos todavía más, para hacer que sus valores en potencia se transformen en acto.

6.2.3. Para la concepción materialista de la historia, y en este caso del derecho, la dualidad entre ser y deber ser no tiene significado teórico, puesto que

[51] Kosok, K. *Dialéctica de lo concreto*. Ed. Grijalbo, México, p. 53.
[52] Núñez Ladevese, *op. cit.*, p. 72.
[53] Schmidt, A., *op. cit.*, p. 61.
[54] Calsamiglia, A., *op. cit.*, p. 66.

ni acepta la existencia del modelo axiológico del derecho natural, ni tampoco la separación de la historia y la naturaleza del kantismo acogida en la teoría de Kelsen. En retribución, una teoría materialista hará esfuerzos por explicar la relación dialéctica entre derecho y sociedad (entre un derecho y una sociedad); tratará el problema de la conjugación entre forma y contenido de la norma, contrastando el modelo jurídico dado con las relaciones sociales que articula.

7. Conclusiones.

7.1. El iusnaturalismo realiza una construcción metafísica del objeto de estudio del derecho, rehuyendo con ello su especificidad histórica y su especificidad técnica.

7.2. El positivismo realiza una construcción formalista —sólo técnica— del objeto de estudio del derecho, rehuyendo con ello su especificidad histórica y el análisis del contenido social de las normas jurídicas.

7.3. Tanto iusnaturalismo como positivismo, construyen el objeto de estudio del derecho sobre una base parcial, y por tanto, ninguna proporciona una explicación integral del fenómeno jurídico; hecho que se manifiesta en la incapacidad de explicar las transformaciones del derecho y la relación de éstas, con las transformaciones sociales.

7.4. Por lo tanto, es necesaria una reconstrucción materialista del objeto de estudio de la ciencia jurídica que explique, de manera esencial, la relación que explique, de manera esencial, la relación entre el derecho y la realidad social, valiéndose para ello de categorías como: desfetichización, articulación, totalidad, especificidad, determinación, relación social, génesis y crítica, sólo así adquirirán un sentido pleno, instituciones como el contrato, la relación de trabajo, la división de poderes o el sujeto de derecho, por sólo mencionar algunos.

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REQUISA CIVIL EN EL DERECHO MEXICANO

FAUZI HAMDAN AMAD

I. *Introducción*

El Derecho Administrativo se ocupa de la propiedad privada en cuanto los bienes que son objeto de regulación por dicha rama del Derecho constituyen un medio indirecto de la acción administrativa, es decir, el Estado para llevar a cabo sus fines no sólo actúa por medio de los bienes que integran su patrimonio (bienes del dominio público o privado), sino también por medio de los bienes que pertenecen a los particulares. Es por ello que la propiedad privada tiene una doble función, individual y social, que ha sido afirmada, siguiendo diversos criterios, por los filósofos y políticos. Es innegable que el régimen administrativo de la propiedad privada está en íntima conexión con el lugar que ocupe y se le asigne dentro de un sistema jurídico-político.

Básicamente, a finales del siglo XVIII, la mayoría de los Estados aceptaron el postulado contenido en la Declaración de Derechos del Hombre, que coloca a la propiedad privada como uno de los derechos naturales del hombre. La fundamentación de este derecho sagrado e inviolable, fue y aún sigue siendo, fundada a través o por medio de diversos principios. Así, para algunos autores, tales como Grocio y Puffendorf, al analizar históricamente la propiedad concluyeron que si bien en un principio las cosas eran poseídas en común, con el desarrollo de la sociedad la propiedad ha sido un elemento universal y permanente del orden natural.

Sea cual fuere la tendencia o explicación del origen, fundamento y justificación de la propiedad privada, lo cierto es que en el siglo XVIII alcanza su innegable reconocimiento en la mayoría de los países de más alta evolución, por lo que el principio de la propiedad privada se afirmó en forma contundente y absoluta. Sin embargo, después del individualismo liberal que corresponde al periodo de la propiedad privada en sentido absoluto, siguió una tendencia de la función social de la propiedad entendiéndose ésta en forma restrictiva para cumplir precisamente con una función social.

En los textos constitucionales contemporáneos la propiedad es mantenida como uno de los fundamentos del orden social, pero ya no confiere más que prerrogativas limitadas. Así disociada de su fundamento individualista, la propiedad sólo se le concibe y justifica cuando cumple un cometido social,

esto es, que la propiedad comprenda deberes y cuyo ejercicio constituye un servicio en el sentido más noble de la palabra.

México no podía sustraerse a esta evolución, y principalmente a partir de la Constitución de 1917, el derecho de propiedad ya no es más un derecho de señorío absoluto, sino condicionado a las necesidades de interés general; su ejercicio no debe resultar nocivo a los terceros sino dirigirse y encausarse a un fin social. En efecto, el Artículo 27 Constitucional reconoce la propiedad individual, pero al mismo tiempo subordina el interés particular al interés general cuando declara, entre otros aspectos, que: "La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público..."

Partiendo de los principios ideológicos y axiológicos, plasmados en nuestro ordenamiento jurídico supremo, el derecho subjetivo de la propiedad individual sufre restricciones y limitaciones en los siguientes campos:

1. Limitaciones de policía administrativa a la propiedad privada, tales como medidas de policía sanitaria, en materia de construcción, de uso y destino del bien, etc...

2. Prestaciones obligatorias *in natura* que dan lugar a la ocupación temporal de bienes de propiedad privada para satisfacer necesidades de interés general, como las previstas en el Código Sanitario, Ley de Fomento Agropecuario, Ley Forestal, enter otras; y

3. Privación de la propiedad privada por causa de utilidad pública o interés general, tales como la nacionalización, la expropiación y la requisa.

Precisamente, el objeto de este trabajo es desentrañar la naturaleza, contenido y efectos jurídicos de una de las formas en que el Estado interviene para privar de la propiedad o del uso temporal de bienes de propiedad privada, que es conoce en la Doctrina con el nombre de requisa.

II. *Noción preliminar*

La requisa, en sentido lato sensu,[1] es el acto administrativo por medio del cual el Estado, basado en ley y mediante indemnización, priva a un particular de la propiedad o del goce temporal de un bien, sea mueble o inmueble, o lo obliga a prestar un servicio personal, originada por situaciones urgentes, apremiantes o peligrosas, con el objeto de satisfacer necesidades de interés general.

Como primer elemento del concepto encontramos que la requisa, al igual que cualquier otro instituto jurídico, debe estar previsto en ley, en sentido formal y material, de ahí que sólo puede tener lugar la requisa cuando está expresamente prevista en una ley. En este sentido, la ley para que sea válida debe

[1] Incluye la noción tanto la requisa civil como la militar

estar fundada en el ordenamiento jurídico supremo estatal, o sea, la Constitución.

El segundo elemento consiste en que la requisa se concreta cuando se dan los supuestos previstos en la ley, mediante un acto administrativo de naturaleza individual y concreta.

La requisa puede tener por objeto bienes muebles, inmuebles, semovientes, derechos, así como servicios personales.

Sólo puede tener lugar la requisa, y ésta es una de las características que la distinguen de otras instituciones jurídicas afines, por situaciones urgentes, graves o de peligro inminente, tales como guerra, epidemias, catástrofes económicas o sociales.

Por último, la requisa da derecho a quien resulta afectado por el acto a ser indemnizado al justo valor.

III. *Breve evolución histórica de la requisa*

El derecho de requisa es una de las instituciones del Derecho Administrativo que ha sufrido más transformaciones desde su origen.

Originalmente, la requisa se concibió como un procedimiento exclusivamente militar, un modo de adquisición reservado a las fuerzas armadas para satisfacer sus necesidades en tiempo de guerra, y tenía por objeto principalmente la adquisición de bienes mobiliarios, tales como bagajes, alimentos, aprovisionamiento de armas y municiones al igual que servicios personales.

Sin embargo, el concepto ha evolucionado y ha sufrido modificaciones, de tal suerte que hoy en día se admite la procedencia de la requisa no sólo en tiempo de guerra, sino también en tiempo de paz, naciendo paralelamente a la requisa militar la requisa civil y, por ende, el objeto de la requisa se ha extendido a bienes inmuebles. Aún más, admitida la requisa civil en tiempo de paz, supone que sólo procede por circunstancias anormales, graves o peligrosas que requieren medidas urgentes, rápidas y eficaces para hacer frente a tales situaciones.

El antecedente más remoto de la requisa tiene su origen en Roma. Se instituye la requisa en el periodo de la República para evitar que la población sufriera actos de saqueo o pillaje por parte de las tropas, dictándose para ello leyes encaminadas a la protección de la población civil, justificándose la requisa de las tropas únicamente paar abastecerse de víveres, ropa, armas y transportes.

Dicha institución sufrió ciertos cambios y transformaciones, básicamente en el período medieval, conociéndose en Francia en tal época con el nombre de "Derecho de Presa", que consistía en la facultad que tenía el Monarca sobre sus súbditos de apropiarse a su paso de granos, forrajes, bestias de carga y otros bienes para el sostenimiento del ejército en tiempo de guerra. Este Derecho de Presa equivalía a un tributo extraordinario, ya que el Monarca no tenía obligación de indemnizar a sus súbditos por tales aprovisionamientos.

Hoy en día, la mayoría de las constituciones, como una medida cautelar al derecho de propiedad, admiten que puede restringirse el derecho de propiedad en tiempo de guerra, como caso de excepción, a causa de la requisa militar. En efecto, el Artículo 26 de nuestra Constitución señala que: "En tiempo de paz ningún miembro del ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra, los militares podrán exigir alojameinto, bagages, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la Ley Marcial correspondiente."

El primer antecedente constitucional de la requisa militar lo encontramos en la Constitución de 1857, bajo el mismo numeral de la actual, básicamente con la misma redacción.

Las anteriores constituciones no previeron de manera expresa la requisa militar por considerar que en todo caso el derecho de propiedad sólo podía ser afectado, limitado o restringido, mediante el procedimiento de suspensión de garantías, a causa de situaciones graves o urgentes que alteraran o perturbaran la paz, la seguridad interior o exterior, la economía, el orden social o económico o cualquier otro hecho o acto que, en general, desestabilizara el orden constitucional. Los congresos constituyentes anteriores al de 1857, no consideraron necesario prever la requisa militar, pues sólo ésta procede en situaciones anormales, básicamente derivadas de la guerra, que en todo caso daría lugar a situaciones extraordinarias que serían combatidas mediante disposiciones de excepción en tiempo de guerra.

A nivel constitucional sólo se prevé la requisa militar y no la civil, circunstancia, como más adelante lo mencionaremos, que da lugar a la inconstitucionalidad de las disposiciones legales contenidas en diversos ordenamientos jurídicos secundarios que se refieren a la requisa civil. En algunos casos, sin embargo, ciertos actos de privación del goce temporal de bienes previstos en algunas leyes, no constituyen propiamente actos de requisa, sino que corresponden, por su naturaleza jurídica, a lo que en Doctrina se conoce con el nombre de "Ocupación Temporal"; en otros casos, francamente estamos en presencia de disposiciones abiertamente inconstitucionales por falta de apoyo y fundamento en nuestra Carta Magna.

IV. *La requisa y otras instituciones jurídicas afines*

La requisa se incluye, junto con otras instituciones jurídicas,[2] dentro del rubro de modos de adquisición de derecho público. Empero, algunos tratadistas extranjeros en sus tratados incluyen a tal institución dentro del rubro de limitaciones a la propiedad privada en interés público.

Como la requisa resulta ser una privación total o temporal de bienes muebles, inmuebles o semovientes, se presenta el problema de distinguirla de otras instituciones jurídicas que también tienen por objeto la privación de bienes de

[2] Nacionalización, expropiación, decomiso, confiscación, esquilmos y ocupación temporal.

propiedad privada, pero teniendo una causa o motivo diverso; de ahí que es necesario distinguir la requisa de la ocupación temporal, de la expropiación, de la nacionalización, del decomiso y de la confiscación.

La Ocupación Temporal consiste en la privación del uso y goce de un inmueble de un particular para que se ponga a disposición temporal de otro sujeto de derecho que puede ser otro particular o el mismo Estado, por razones de utilidad pública o de necesidad y urgencia, siempre por un tiempo limitado.

Del anterior concepto se desprende que se priva al particular sólo de uno de los atributos de la propiedad: el uso y goce, por un tiempo determinado. Precisamente, por eso se le llama "Ocupación Temporal". Por ejemplo, puede darse tal fenómeno para hacer instalaciones temporales, como campamentos para la construcción de una obra pública; para fines de producción agrícola, como es el caso contemplado en el Capítulo Primero del Título Quinto de la Ley de Fomento Agropecuario, relativo a la producción agrícola de tierras declaradas ociosas; igualmente el caso previsto por la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia Minera en que la autoridad administrativa está facultada para otorgar concesión a un particular para realizar trabajos de exploración en terreno de un tercero, lo cual implica la ocupación del mismo por un plazo limitado. La concesión de exploración para el descubrimiento de minerales importa la ocupación de la superficie para almacenes de depósito de materiales, camiones, máquinas, etc.

De lo que acabamos de señalar surgen las características propias de esta institución jurídica que se pueden resumir en las siguientes:

a) Es temporal, a diferencia de la expropiación, servidumbres y restricciones administrativas a la propiedad, que son permanentes y definitivas;

b) Se refiere únicamente a bienes inmuebles, en tanto que en la requisa puede incluir bienes muebles y hasta servicios personales. Igualmente, la expropiación no sólo se limita a bienes inmuebles, sino también a bienes muebles; y

c) Priva del uso y goce del bien inmueble, en tanto que la expropiación es una privación total de la propiedad.

De lo anterior se advierte claramente que la Ocupación Temporal se distingue de la expropiación, ya que en la primera el titular de la cosa continua siendo el propietario en sentido jurídico, en tanto que en la expropiación la cosa cambia de titular. Por otro lado, el objeto de la expropiación puede recaer sobre cosas muebles e inmuebles, mientras que la Ocupación Temporal solamente se restringe a bienes inmuebles.

La Ocupación Temporal se distingue de la requisa, aun cuando ambas figuras jurídicas son muy semejantes y suelen confundirse, en que la requisa no sólo se refiere a prestaciones de bienes sino también a servicios personales y, además, la requisa puede referirse a cosas muebles e inmuebles. Por su causa o motivo la Ocupación Tmporal, al igual que la expropiación, se presenta en condiciones normales como instituciones permanentes encaminadas a la reali-

zación de las atribuciones del Estado; en cambio, la requisa se presenta en situaciones anormales, sea en tiempo de paz o de guerra, para hacer frente a situaciones o circunstancias de gravedad o que ponen en peligro la seguridad nacional, la economía o el orden social.

Las tres instituciones tienen en común que el afectado debe ser indemnizado.

En nuestro derecho la Ocupación Temporal está prevista en el Artículo 3º de la Ley de Expropiación que señala: "El Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Estado, Departamento Administrativo o Gobierno de los territorios correspondientes, tramitará el expediente de expropiación, de Ocupación Temporal o de limitación de dominio y, en su caso, hará la declaratoria correspondiente."

La requisa se distingue de la expropiación por razón de su objeto. La expropiación puede recaer sobre bienes muebles e inmuebles, en tanto que la requisa no sólo afecta a bienes del particular, sino también puede traer aparejada la obligación de prestaciones de servicios o de actividades personales. En la expropiación siempre hay una privación de la propiedad mientras que en la requisa puede haber sólo la afectación al derecho de uso o goce de los bienes, como en el caso de alojamiento. Por razón de su fin, para que pueda tener lugar la expropiación es necesario que se declare la causa de utilidad pública prevista en la ley; en cambio, en la requisa la causa que da lugar a su aplicación no sólo es de utilidad pública sino en casos de urgencia o extrema gravedad para el país.

Se distingue la requisa de la nacionalización, en que en este último caso el Estado, mediante reforma constitucional, se reserva la facultad exclusiva de llevar a cabo una actividad excluyendo a los particulares de su intervención, o bien, la declaratoria a nivel constitucional de que determinados bienes son del exclusivo dominio directo del Estado, y por ende, su aprovechamiento y explotación sólo pueden llevarse a cabo por el propio Estado. De lo anterior, se colige que la nacionalización es absoluta y permanente, en tanto que la requisa es temporal, por su propia naturaleza, ya que subsiste mientras permanezca la situación anormal que hubiere dado lugar a su aplicación.

La requisa se distingue del decomiso en que en este último caso se trata de una sanción que establece la ley consistente en la pérdida de los instrumentos con los cuales se comete un delito intencional, o bien, la pérdida de los bienes que son objeto del delito. En este sentido el decomiso es una sanción, y por ende, el sujeto desposeído de los bienes no tiene derecho a una indemnización. El decomiso o comiso como suele conocérsele también en la Doctrina extranjera, está contemplado en el Artículo 40 del Código Penal para el Distrito Federal en materia común y de aplicación en toda la República en materia federal.

Aun cuando casi todas las constituciones del mundo prohíben tajantemente la confiscación, sólo por mera referencia doctrinal haremos la distinción entre dicha figura jurídica y la requisa. La confiscación es la privación de los bienes muebles e inmuebles de una persona, sin mediar indemnización alguna y sin que el afectado hubiere dado lugar, con actos propios, a tal privación. La

confiscación corresponde a una institución jurídica casi extinguida que obedeció estrictamente a actos de abuso o exceso de poder.

Por último, la requisa se distingue de las modalidades a la propiedad privada, en que en este último caso no se priva a un particular de su bien, sino que se le imponen restricciones o limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad; importa un régimen general y permanente que comprende la condición, término y modo de ejercitarse el derecho de propiedad con un fin social; es decir, la modalidad, aunque difícil de precisar comprende la extensión, contenido y forma de ejercicio del derecho de propiedad, por lo que no implica la extinción de ésta, situación que sí ocurre en la requisa y en la expropiación. La modalidad a la propiedad modifica la forma y términos de ejercerse el derecho mas no se traduce en la supresión de algunos de los derechos de la propiedad. Por la modalidad a la propiedad se puede afectar la libre disposición de la cosa, como es el caso de los concesionarios de las vías generales de comunicación en que a pesar de ser propietarios de los bienes afectos a la concesión tienen la limitación de la disponibilidad de los bienes, en los términos previstos en la Ley de Vías Generales de Comunicación. Por la modalidad se puede afectar su uso y destino, como es el caso contemplado por la Ley General de Asentamientos Humanos y las Leyes de Desarrollo Urbano Estatales, en que el propietario del bien no puede destinarlo para cualquier fin sino el previsto en el plan director y en los planes parciales respectivos. Igualmente, puede imponerse modalidad al usufructo o aprovechamiento del bien como es la obligación del propietario de un terreno agrícola de aprovecharlo y explotarlo y no tenerlo ocioso, tal como se contempla en la Ley de Fomento Agropecuario. En síntesis, las modalidades a la propiedad importan medidas de policía administrativa que restringen la libre y absoluta disposición o uso del bien por razones de orden, de seguridad, de salubridad o por razones urbanísticas, económicas, etc.

Hay autores que pretenden distinguir las modalidades de las limitaciones a la propiedad privada, y aunque no es materia de este trabajo, vale concluir que las modalidades a la propiedad privada sea el género, en tanto que sus limitaciones o restricciones corresponden a una de sus especies.

V. *La requisa militar*

Como decíamos en el Capítulo correspondiente, en sus orígenes la requisa tuvo como objeto satisfacer urgentes necesidades de la guerra. Su antecedente es castrense y constituía un procedimiento exclusivamente militar. La requisa militar importa, de una u otra forma, una privación o afectación del derecho de propiedad y, contra ella, se ha establecido una prohibición fundada en un principio general, consagrado en el Artículo 26 Constitucional, que: "en tiempo de paz ningún miembro del ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra

los militares podrán exigir alojamiento, bagages, alimento y otras prestaciones en los términos que establezca la Ley Marcial correspondiente".

La Constitución ha querido, en el citado precepto, asegurar en términos generales una garantía inherente al derecho de propiedad. Sin embargo, debe entenderse limitada en caso de estado de necesidad y tal prohibición, no obstante su carácter general, solamente es aplicable en tiempo de guerra, previa declaratoria que de ella haga el Congreso de la Unión en los términos del Artículo 73, Fracción XII de la Constitución relacionado con el Artículo 89, Fracción VIII, del propio ordenamiento. Pero también cabe la requisa militar cuando hubiere no sólo una guerra (entendiendo por ésta la contienda bélica con otros Estados), sino también por cualquier situación que perturbe la paz y tranquilidad interiores; en tal caso la requisa militar podría proceder siguiendo el procedimiento de suspensión de las garantías individuales contemplado por el Artículo 29 Constitucional, previo cumplimiento de las formalidades que dicha disposición señala.

La requisa militar es la destinada a satisfacer las necesidades de los miembros del ejército, determinadas o creadas con motivo de la guerra. Para que proceda tiene que haber previamente la declaratoria de guerra y la expedición de una Ley Marcial que señale la forma, términos y condiciones en que proceda la requisa y la indemnización correspondiente a los afectados por ella. Por tratarse de situaciones anormales, admite que la requisa se lleve válidamente a cabo sin un acatamiento riguroso o estricto a las reglas del debido proceso legal contemplado en el Artículo 14 Constitucional. Por razón de los sujetos que pueden requisar, en materia militar es aplicable a todo miembro del ejército, entendiendo por tal no sólo al ejército regular y permanente encargado de salvaguardar el orden y tranquilidad interior y exterior, sino también puede ser miembro del ejército, para los efectos del Artículo 26 Constitucional, la guardia nacional cuando ésta fuera usada o utilizada para hacer frente al Estado de Guerra. Pero además, para que proceda la requisa militar tal como lo exige el Artículo 26 Constitucional, debe existir una Ley Marcial que delimite las facultades de la autoridad militar y, en cuanto a la materia de la requisa tendrá que especificar los bienes que pueden ser objeto o materia de requisa, sujetos, período y forma de cubrirse la indemnización a los afectados. En conclusión, ninguna requisa es procedente sin ley que la autorice. La requisa militar, como excepción a la inviolabilidad de la propiedad privada, se propone evitar los abusos en forma de saqueo o de pillaje por parte de las fuerzas armadas en tiempo de guerra.

VI. *La requisa civil*

Hay que distinguir entre requisición militar y civil y, a su vez, dentro de esta última hacer una nueva distinción basada en la causa y en la finalidad de la requisición.

Como veíamos en el Capítulo anterior, la requisa militar no es otra cosa

más que la manifestación de los poderes de guerra, previa declaratoria de ésta en los términos que prescriben las disposiciones constitucionales atinentes a la materia. Doctrinalmente, la requisa civil tiene por finalidad la satisfacción de una necesidad urgente y apremiante, como casos de excepción al régimen normal del ejercicio de las atribuciones del Estado. La requisa civil no está prevista en nuestro sistema constitucional y, por ende, no cabe estructurarla e institucionalizarla mediante ordenamientos jurídicos secundarios que carecen de fundamento constitucional. Por el procedimiento genérico derivado del estado de necesidad, en los casos del Artículo 29 Constitucional, cabe comprender la requisa civil pero en tal situación habría que satisfacer las formalidades y requisitos que tal disposición legal señala. En consecuencia, salvo el caso de suspensión de garantías y siempre y cuando las prevenciones generales que al efecto se dicten prevean expresamente la requisa civil, no cabe instituirla en ordenamientos jurídicos secundarios como institución permanente.

En el derecho extranjero, principalmente en el Argentino, la requisa civil comprende medios para combatir el agio y la especulación; como por ejemplo, obligar a fábricas a elaborar determinados productos dentro del sistema mínimo de producción. La incautación de bienes o las medidas para prevenir el agio, o bien, para aumentar la producción, en cierta manera están previstos en la Ley de Atribuciones del Ejecutivo en Materia Económica y en la Ley de Fomento Agropecuario, pero como veremos en el siguiente capítulo en tales casos técnicamente no estamos en presencia de una requisa civil, sino de una Ocupación Temporal que está comprendida dentro de la Ley de Expropiación que a su vez tiene su fundamento en el artículo 27 Constitucional. Vale la pena enfatizar que toda requisa por su causa tiene por objeto hacer frente a situaciones urgentes, graves y apremiantes, en tanto que la expropiación y Ocupación Temporal, tal como lo vimos en su oportunidad (ver Capítulo IV), se presentan en situaciones normales como instituciones permanentes.

VII. *Casos de requisición administrativa, a causa de situaciones urgentes, previstos en el derecho positivo mexicano*

Tal como lo señala el Dr. Andrés Serra Rojas[3] es necesario distinguir las diferentes hipótesis que pueden dar origen, en tiempo de paz, al procedimiento de requisición. En efecto, el Dr. Serra Rojas distingue tres diferentes hipótesis, por razón del objeto de la requisición: "a) El procedimiento de requisición que implica la prestación forzosa de servicios personales; b) La requisición de bienes inmuebles o uso de inmuebles; y c) La requisición de bienes muebles".

En cuanto al primer supuesto, o sea la prestación obligatoria de servicios personales, es necesario indicar que los únicos casos que expresamente están autorizados por nuestra constitución son los previstos en el Artículo 5º relativos al desempeño de cargos consejiles, electorales, censales y los atinentes a los

[3] Derecho Administrativo, tomo II, pp. 263 y ss. Editorial Porrúa, S. A., Sexta edición.

servicios profesionales de índole social. Fuera de dichos casos, y salvo que tal garantía fuere suspendida en los términos del Artículo 29 Constitucional, los servicios personales obligatorios contemplados en algunos ordenamientos jurídicos, a nuestro juicio, son inconstitucionales. En efecto, los Artículos 10, 25, 26 y 27 del Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos, imponen servicios personales a los particulares cuando se trate de medidas tendientes a combatir el alcoholismo, control de substancias que intoxican al individuo o dañan a la especie humana, epidemia de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades transmisibles en el país. Para hacer frente a tales situaciones, que corresponden a situaciones extraordinarias, señala expresamente el Artículo 27, Fracción I del referido ordenamiento legal que la Secretaría de Salubridad y Asistencia puede encomendar no sólo a las autoridades federales, estatales y municipales, sino también a profesionales, técnicos y auxiliares que desempeñen las actividades que estimen necesarias y obtener para ese fin la participación de particulares.

En el caso señalado, la prestación del servicio personal obligatorio resulta inconstitucional pues no obstante que el Consejo General de Salubridad tiene facultades para imponer medidas necesarias para hacer frente a tales calamidades, según lo autoriza el Artículo 73, Fracción XVI, incisos 3 y 4 de la Constitución, no menos lo es que no puede extender su facultad para obligar a los particulares a formar brigadas tendientes a combatir o a hacer frente a tales situaciones. Si las acciones extraordinarias en materia de salubridad para tales situaciones, incluyen la participación de particulares, será necesario proceder en los términos del Artículo 29 Constitucional para que en todo caso sea factible que los particulares estén obligados a participar en tales casos. Por sí misma la disposición constitucional de referencia no concede atribuciones al Estado, por conducto del Consejo General de Salubridad, para imponer servicios personales obligatorios, sin que medie la suspensión de la garantía prevista en el Artículo 5º Constitucional; de tal suerte que la requisa civil, en los casos urgentes en tiempo de paz a que se refiere el Código Sanitario, resulta inconstitucional.

Hay otro caso que es el contemplado por el Artículo 43 de la Ley Forestal que a la letra dice: "En caso de incendio de la vegetación forestal todas las autoridades civiles y militares, así como las organizaciones oficiales o particulares, y en general, todos los habitantes físicamente aptos, están obligados a prestar su cooperación con los elementos adecuados de que disponga para extinguirlos."

De acuerdo con la opinión del Dr. Andrés Serra Rojas, tal precepto tiene su apoyo en el Artículo 27, Párrafo Tercero de la Constitución. En nuestra opinión la disposición constitucional. de ninguna manera puede entenderse hasta el extremo de obligar a los particulares a prestar su cooperación en el caso contemplado por el Artículo 43 de la Ley Forestal, pues un servicio forzoso y obligatorio, como el caso que se analiza, sólo puede tener lugar, por vía de excepción, mediante el procedimiento de suspensión de garantías.

Por muy grave que sea el incendio, supone que el Estado mediante los ingresos que obtiene a través de las contribuciones de los particulares debe contar,

como exigencia racional y lógica, con los medios y recursos humanos y materiales adecuados e idóneos paar hacer frente a tal situación. Naturalmente que si la calamidad fuere extrema pudiera, en todo caso, exigirse la colaboración forzosa de los particulares, pero para ese caso de situación de necesidad, cuenta el Estado con el instrumento de suspensión de garantías del Artículo 29 Constitucional. Por lo tanto, el Artículo 43 de la Ley Forestal que se comenta es claramente inconstitucional. En todo caso, como sugiere el propio Dr. Serra Rojas, para evitar el procedimiento del Artículo 29 Constitucional sería pertinente adicionar el Artículo 5º con los casos excepcionales y urgentes cuando así lo reclame el interés general de acuerdo con una ley que precise dicha colaboración social de los particulares, sobre todo dice el Dr. Serra Rojas: "...para evitar aquellos casos injustos como las "levas" de la época del porfiriato que se obligaba a servir al Gobierno".

En cuanto a la requisición civil de bienes inmuebles existen diversos ordenamientos jurídicos que contemplan tal posibilidad. El caso que más se ha usado a últimas fechas, especialmente tratándose de bienes que tienen como fin la prestación de servicios públicos, es el previsto en el Artículo 112 de la Ley de Vías Generales de Comunicación que ordena: "En caso de guerra internacional, de gran alteración del orden público o cuando se tema algún peligro inminente para la paz interior del país o para la economía nacional, el Gobierno tendrá el derecho de hacer la requisición en caso de que a su juicio lo exija la seguridad, defensa, economía o tranquilidad del país, de las vías generales de comunicación, de los medios de transporte, de sus servicios auxiliares accesorios o dependencias, bienes muebles e inmuebles y de disponer de todo ello como lo juzgue conveniente. El Gobierno podrá igualmente, utilizar el personal que estuviere al servicio de la vía de que se trate cuando lo considere necesario. En ese caso, la nación indemnizará a los interesados pagando los daños por su valor real y los perjuicios con el cincuenta por ciento de descuento. Si no hubiere avenimiento sobre el monto de la indemnización, los daños se fijarán por peritos nombrados por ambas partes, y los perjuicios, tomando como base el promedio del ingreso neto en los años anteriores y posteriores a la incautación. Los gastos del procedimiento pericial serán por cuenta de la nación. En el caso de guerra internacional a que se refiere este artículo, la nación no estará obligada a cubrir indemnización alguna."

Con base en tal disposición legal el Gobierno Federal en varias ocasiones,[4] por conducto de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, ha requisado todos los bienes de las empresas denominadas Teléfonos de México, S. A. (Empresa de Participación Estatal Mayoritaria) y Compañía Mexicana de Aviación, S. A., entre otras.

[4] Acuerdo publicado en el Diario Oficial del 2 de noviembre de 1977, mediante el cual se requisaron los bienes de la Compañía Mexicana de Aviación, S. A.; Acuerdo publicado en el Diario Oficial de la Federación del 12 de junio de 1978, mediante el cual el Gobierno Federal requisó los bienes de la empresa deominada Transportes Dos Huastecos, S. A.; Acuerdo publicado el 26 de abril de 1979, por medio del cual se requisaron los bienes de Teléfonos de México, S. A.; Acuerdo publicado el 12 de marzo de 1982, por medio del cual el Gobierno Federal requisó los bienes de Teléfonos de México, S. A.

El Dr. Andrés Serra Rojas pretende justificar la requisa civil prevista en tal disposición legal, argumentado al efecto que reglamenta en parte el Artículo 29 de la Constitución y que encuentra su fundamento en el Artículo 73, Fracción XVII de la misma. Cabe señalar que por ningún concepto puede reglamentarse de manera permanente el Artículo 29 Constitucional, puesto que, en primer lugar, no se cumplieron con las formalidades previstas en tal disposición legal, y además, el supuesto del Artículo 29 es la existencia de la perturbación o alteración de la paz o del orden público, en cuyos casos dadas tales situaciones nace la posibilidad, de acuerdo con la gravedad de las circunstancias, de tomar las medidas o prevenciones generales cumpliendo con las formalidades del Artículo 29 Constitucional, para hacer frente a dichas situaciones. Por lo tanto, no cabe una reglamentación permanente del Artículo 29 Constitucional, pues éste se presenta sólo para casos extraordinarios. Los casos en que el Gobierno Federal ha utilizado la requisa civil, con base en el Artículo 112 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, han sido básicamente con motivo de huelga en los servicios públicos de las empresas en cuestión. Para tal efecto, remitimos al análisis que sobre el particular hicimos de la huelga en los servicios públicos en nuestro trabajo "Elementos y Caracteres de Servicio Público y su Ubicación en el Derecho Positivo Mexicano".[5]

Otro caso de requisición de bienes inmuebles, es el previsto en el Título Quinto de la Ley de Fomento Agropecuario relativo a la facultad del Gobierno Federal, por conducto de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos, para declarar tierras ociosas los terrenos aptos para la producción agrícola que se encuentren sin explotación. En tales casos la Secretaría podrá encomendar la explotación de tales tierras a una entidad legalmente autorizada del Sector Público, solamente por el término de un ciclo agrícola, mediante indemnización que se le cubra al propietario o poseedor de la tierra ociosa que hubiere sufrido el acto de Ocupación Temporal.

Técnicamente hablando el caso contemplado en la Ley de Fomento Agropecuario no es una requisa civil, sino una Ocupación Temporal, ya que no se trata de situaciones anormales, de peligro o urgentes. Precisamente, cuando veíamos la distinción entre la Ocupación Temporal y la requisa, señalábamos entre sus características distintivas que en la Ocupación Temporal se trata de privación a un sujeto del uso y goce temporal de sus bienes, por razones de utilidad pública o de interés general. En el caso particular, es constitucional la Ocupación Temporal, mediante indemnización, basada en el Artículo 27 Constitucional ya que si tal disposición constitucional faculta al Estado para expropiar (privación de la propiedad) por causa de utilidad pública, también puede privar del uso y goce temporal por la misma causa, ya que el que puede lo más puede lo menos, toda vez que si el Estado puede privar de la propiedad también puede privar de uno de sus atributos como es el uso o goce, para satisfacer una necesidad pública. Por ende, por las circunstancias de que no

[5] Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, año 3, número 3, 1979, pp. 271 y ss.

se trata de una situación urgente o anormal no estamos en presencia técnicamente hablando de una requisa, y por lo tanto, es constitucional a nuestro parecer el caso previsto por la Ley de Fomento Agropecuario.

Otro caso similar al contemplado por la Ley de Fomento Agropecuario, es el previsto por el Artículo 12 de la Ley de Atribuciones del Ejecutivo Federal en materia Económica que señala: "El Ejecutivo Federal podrá decretar la Ocupación Temporal de negociaciones industriales cuando ello sea indispensable para mantener e incrementar la producción de las mercancías que se declaren comprendidas en el Artículo 1º de esta Ley."

Sobre el análisis de tal disposición legal cabe distinguir dos diferentes hipótesis.

a) Si la situación que motiva la intervención del Estado es por razones urgentes o anormales estaremos en presencia de la requisa civil, la cual sería inconstitucional, toda vez que tendría que seguirse el procedimiento del Artículo 29 Constitucional; y

b) Si la Ocupación Temporal deriva de un procedimiento ordinario, pero no en extremo grave o anormal, en cuyo caso sería constitucional la Ocupación Temporal, siempre y cuando medie indemnización.

La apreciación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto de Ocupación Temporal tendría que analizarse en cada caso en particular, para estar en condiciones de determinar si estamos en presencia de una Ocupación Temporal o de una requisa civil. Según la investigación que hemos realizado, a la fecha el Gobierno no ha hecho uso de la facultad prevista en el Artículo 12 de la referida ley. Desde luego, en el presente caso no se analiza la constitucionalidad de la propia Ley de Atribuciones del Ejecutivo en Materia Económica que sería en todo caso materia de un estudio aparte.

Por último, en cuanto a la requisición de bienes muebles sólo procede en los casos del Artículo 26 Constitucional, en tiempo de guerra, tal como lo analizamos en su oportunidad al hablar de la requisa militar. El Dr. Serra Rojas pretende encontrar fundamento constitucional de la requisa de bienes muebles en el Artículo 27 Constitucional, párrafo tercero, en que se faculta al Estado a imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público. Desde luego, que tal párrafo de ninguna manera puede imponer la requisa sobre bienes muebles, pues claramente quedó señalado al hacer la diferencia entre modalidad a la propiedad privada y la requisa (ver Capítulo IV de este trabajo) que la modalidad no es supresión o eliminación de la propiedad sino es modificación o limitación a su ejercicio, por lo que no existe fundamento constitucional para la requisa de bienes muebles, en tiempo de paz, aún tratándose de situaciones urgentes o apremiantes, salvo que, como ya lo hemos reiterado a través de este trabajo, se use como medida extrema la suspensión de garantías en los términos del Artículo 29 Constitucional.

EL REGLAMENTO DE TRABAJO DE LOS EMPLEADOS DE LAS INSTITUCIONES DE CREDITO Y DE LAS ORGANIZACIONES AUXILIARES Y EL DERECHO DE HUELGA

LIC. JUAN FRANCISCO ROCHA BANDALA

1. *Presentación*

A partir de la publicación del Primer Reglamento de Trabajo de los Empleados de las Instituciones de Crédito y de las Organizaciones Auxiliares en el año de 1937, han existido grandse debates sobre su validez formal, es decir, sobre su constitucionalidad.

El presente estudio se enfoca sobre la supuesta prohibición para que este tipo de empleados (trabajadores) formen asociaciones y sindicatos y consecuentemente, ejerzan el Derecho de Huelga. Este ha sido el tema toral de las discusiones referentes al contenido del Reglamento, por las implicaciones políticas y sociales que se le atribuyen; pero como se dejará demostrado sin lugar a dudas, jurídicamente la prohibición no existe, independientemente de la inconstitucionalidad del Reglamento.

2. *Antecedentes*

Siendo Presidente de la República el General Lázaro Cárdenas y a sólo 6 años de haberse expedido la Primera Ley Federal del Trabajo (28 de agosto de 1931), se publicó en el Diario Oficial de 29 de noviembre de 1937 el Reglamento de Trabajo de los Empleados de las Instituciones de Crédito y Auxiliares.

El Reglamento constaba de 26 Artículos, sin Títulos o Capítulos específicos y sin Artículos Transitorios. Su estructura era muy sencilla y establecía los Derechos y Obligaciones de tipo laboral, social y económico que les correspondía a este tipo de empleados.

Dicho Reglamento fue sustituido por el publicado por el Presidente Adolfo Ruiz Cortines en el Diario Oficial de 30 de diciembre de 1953 (Fe de Erratas del 2 de marzo de 1954).

El nuevo Reglamento de Trabajo de los Empleados de las Instituciones de Crédito y las Organizaciones Auxiliares consta de 42 Artículos comprendidos en 8 Capítulos y 3 Artículos Transitorios.*

* Los capítulos se refieren a: Capítulo I del Personal de las Instituciones de Crédito y Or-

El Reglamento vigente fue reformado en forma sustancial durante la Presidencia del Lic. Luis Echeverría Alvarez. (Reforma publicada en el Diario Oficial de 14 de julio de 1972 por la cual se modificaron los Artículos 3º, 6º, 12, 14, 15, 18, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 32, 33, 35, 38, 39 y 42).

3. *Planteamiento del problema*

El fundamento jurídico para la expedición de los Reglamentos fue la fracción Primera del Artículo 89 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. El fundamento sólo se puede referir a la facultad del Ejecutivo Federal para proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de las leyes; lo que la mayoría de la doctrina y nuestros tribunales aceptan como facultad reglamentaria. De acuerdo a la doctrina constitucional se pueden dar tipos de reglamentos a saber: los autónomos y los heterónomos. Los primeros son aquellos que pueden darse sin que exista ley previa del Congreso a la cual reglamente y por lo tanto en un sistema de facultades expresas, sólo se pueden concebir estos Reglamentos cuando hay disposición expresa en el texto constitucional que así lo exprese. Los heterónomos en cambio, son aquellos que reglamentan a las leyes o decretos expedidos por el Congreso de la Unión. Lógicamente, la Fracción Primera del Artículo 89 de la Constitución se refiere a estos últimos.

Las Leyes Federales del Trabajo de 1931 y 1970, que serían los ordenamientos reglamentados por el Ejecutivo en el caso del Reglamento de que nos ocupamos, no tienen norma alguna que se refiera en forma especial a los empleados de las Instituciones de Crédito (y no lo hicieron, porque obviamente cualquier norma que coartara el derecho de asociación o de huelga de los trabajadores sería inconstitucional).

De lo anterior se deduce, sin lugar a dudas, que los Reglamentos fueron expedidos sin fundamento constitucional.

Pero independientemente de lo anterior, tradicionalmente se ha aceptado que dicho ordenamiento impide la libre sindicación de los trabajadores bancarios y por consecuencia el ejercicio del derecho de huelga.

Del articulado del Reglamento vigente, se infiere que la anterior presunción deriva del Artículo 19 (idéntico al 25 del Reglamento de 1937), que a la letra dice:

> "Las labores nunca se podrán suspender en las Instituciones de Crédito, y organizaciones auxiliares y en las Dependencias de ambas, sino en las fechas que la Comisión Nacional Bancaria autorice. Cualquiera otra suspensión de labores causará la terminación de los contratos de trabajo de quienes la realicen."

ganizaciones Auxiliares; Capítulo II Escalafones y Tabuladores; Capítulo III Salarios y Gratificaciones; Capítulo IV Jornada de Trabajo, Horas Extras, Vacaciones, Despido; Capítulo V Prestaciones de Carácter Cultural; Capítulo VI Prestaciones de Carácter Social; Capítulo VII Prestaciones de Carácter Económico; y Capítulo VIII Procedimiento Administrativo de Conciliación.

4. *Alcances del Artículo 19 del Reglamento de Trabajo de los empleados de las Instituciones de Crédito y de las Organizaciones Auxiliares*

La intención del artículo a comento fue que los empleados no pudieran suspender las labores, en forma individual o colectiva, sino en las fechas autorizadas por la Comisión Nacional Bancaria, protegiendo, supuestamente, los intereses del público usuario de este tipo de servicios.

Aun bajo esta interpretación sería claro que los trabajadores de estas Instituciones podrían, haciendo uso de sus derechos constitucionales y legales, coaligarse y ejercer todas las prerrogativas que a ésta condición otorgan las leyes.

Sin embargo, la interpretación citada, a la luz de los preceptos constitucionales y de la Ley Federal del Trabajo resulta antijurídica. La única correcta y admisible, sería que la Comisión Nacional Bancaria, aumentara los días no laborables o, en su caso, cualquier otro derecho de los trabajadores señalados en la Ley Federal del Trabajo; pero nunca podría disminuirlos.

No existiendo ningún otro artículo en el Reglamento que implique prohibición o impedimento para la libre asociación de los trabajadores y el eventual uso de su derecho de huelga, resulta clara la viabilidad jurídica para ello.

5. *Conclusión*

Independientemente de la inconstitucionalidad del Reglamento, por carecer de facultades el Ejecutivo Federal para su expedición, los trabajadores bancarios están en plena libertad de acogerse a los derechos que les señalan las Fracciones XVI, XVII y XVIII del Artículo 123 Constitucional y los reglamentarios previstos en los Títulos 7º y 8º de la Ley Federal del Trabajo en vigor, que se refieren a la posibilidad de coaligarse en defensa de sus intereses y ejercer el derecho de huelga.

Bibliografía

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
De Buen L. Néstor, Derecho del Trabajo, Edit. Porrúa, II Tomos, México, 1977.
De la Cueva, Mario, Derecho Mexicano del Trabajo, Edit. Porrúa, México, 1979 (dos tomos).
Diarios Oficiales del 29 de noviembre de 1937; 30 de diciembre de 1953; 2 de marzo de 1954; y 14 de julio de 1972.
Leyes Federales del Trabajo (28 de agosto de 1931 y 1º de abril de 1970).
Tena Ramírez, Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, Edit. Porrúa, 980.

ESTUDIO JURIDICO DE LOS CUATRO MOVIMIENTOS DE SOBERANIA EN OAXACA

MANUEL RUIZ DAZA

Introducción

Siempre me ha llamado la atención la denominación que recibe cada una de las Entidades que forman la República Mexicana. Esa denominación es la de "Estado Libre y Soberano de" . . . etc. Si bien el Pacto Federal les da tal denominación, artículo 40 de la Constitución de 1857, mismo que sigue igual en la Constitución de 17, no es de extrañarse que la Constitución particular de cada Estado la adopte. Así lo hace la Constitución del Estado Libre y Soberano de Oaxaca. Ligado con el problema del nombre, en Oaxaca precisamente se han dado movimientos, armados algunos, en los que el Estado ha reasumido su soberanía.

El presente trabajo hará un análisis somero de tales movimientos, pero única y exclusivamente desde el punto de vista jurídico. Se han hecho trabajos sobre

el tema, pero éstos los han encuadrado siempre desde el ángulo político o símplemente histórico, sin que a la fecha tengamos una valoración del mismo desde el marco jurídico.

¿Son o no justificados jurídicamente los movimientos de soberanía? Es preciso, pues, desentrañar la significación del cancepto; su naturaleza; su existencia o inexistencia en los Estados miembros de la Federación o puramente en el Estado Federal. Estos son los problemas fundamentales que trataremos en el presente estudio, el que desdoblaremos para mayor claridad del tema.

Capítulo I

Los cuatro movimientos de soberanía en el Estado de Oaxaca:
A) Primer movimiento: Decreto de 7 de diciembre de 1844.
B) Segundo movimiento: Decreto de 21 de diciembre de 1857.
C) Tercer movimiento: Decreto de 9 de noviembre de 1871.
D) Cuatro movimiento: Decreto de 3 de junio de 1915.

En este capítulo nos proponemos narrar simplemente los cuatro movimientos de soberanía. El análisis crítico-jurídico sobre los mismos lo haremos al final del presente trabajo, en el capítulo Cuarto. Empezamos con el primero:

A) *Primer movimiento: Decreto de 7 de diciembre de 1844.*

Por Decreto de 7 de diciembre de 1844 el General Antonio de León, Gobernador y Comandante General del Departamento de Oaxaca, desconoció la Autoridad Federal declarada por el Gobierno Supremo de la República según Decreto de 29 de noviembre, publicado en México el día 2 de diciembre de 1844. Este Decreto promulgado por el General Valentín Canalizo, Presidente Interino de la República, disolvió el Congreso. Lo anterior sucedió bajo la vigencia de las Bases Orgánicas y como consecuencia de que el Congreso Electo empezaba a oponerse al Presidente Santa Anna. El Decreto del Gobernador de Oaxaca dice:

"Artículo 1º Se desconoce la autoridad que ha declarado el Gobierno Supremo de la República por decreto de 29 del mes anterior, publicado en México el día 2 del que rige.

2º El Departamento de Oaxaca no reconoce otros poderes supremos que los establecidos conforme a las bases constitucionales y obsequiará sus disposiciones en cualquier lugar en que residan.

3º Luego que estos poderes se hayan restablecido y estén en ejercicio de sus funciones constitucionales, el departamento les prestará su obediencia, rigiéndose entre tanto por las bases orgánicas y leyes preexistentes, cuya custodia, observancia y puntual cumplimiento, se reencarga al superior Gobierno del mismo, quien será responsable de la conservación del orden y tranquilidad pública, cuidando eficazmente de la seguridad, de la vida, propiedades y derechos de los habitantes del departamento.

El superior Gobierno dispondrá se imprima, publique, circule y se le dé el debido cumplimiento. Dado en el Salón de Sesiones de la Asamblea del Departamento de Oaxaca a las nueve de la noche del día 7 de diciembre de 1844. Luis Frnández del Campo, presidente, Gerardo Bonequi, secretario.

Por tanto, mando se imprima, publique, circule y se le dé el debido cumplimiento.–Palacio del Gobierno de Oaxaca a 7 de diciembre de 1844.–ANTONIO DE LEON.–Vicente Tátua, Oficial 2º encargado de la Secretaría".

Esta situación anormal sólo duró tres días, pues el 10 de diciembre del propio año ya se había vuelto a la normalidad, al orden constitucional, al asumir José Joaquín de Herrera la Presidencia de la República, por ministerio de ley, y en sustitución del General Valetín Canalizo, a quien desconoció. José Joaquín de Herrera reinstaló al Congreso. (A estos hechos los denomina el Lic. PJ "La primera Soberanía de Oaxaca").

B) *Segundo movimiento: Decreto de 21 de diciembre de 1857.*

Todos sabemos que la Guerra de Tres Años se inicia precisamente cuando Zuloaga desconoce la Constitución de 1857 con su Plan de Tacubaya, el 17 de diciembre de 1857. En dicho plan reconoce a Comonfort como Presidente de la República, pero ofrece convocar un nuevo Constituyente. Posteriormente Comonfort se suma al Plan de Tacubaya, no obstante haber expedido como Presidente de la República la Constitución de 57. También sabemos que Juárez, Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y quien según el artículo 79 Constitucional era el sustituto legal, defiende la Constitución de 1857. El resultado es conocido. Pues bien, el 21 de diciembre de 1857, el Licenciado José María Díaz Ordaz, Gobernador del Estado, promulgó el Decreto de la Legislatura local en que Oaxaca reasumió su soberanía. Tal Decreto dice:

"El Congreso del Estado libre y soberano de Oaxaca, considerando:

"Que el movimiento ocurrido en la Villa de Tacubaya el 17 del corriente importa la subversión del orden constitucional a que debe el Estado sus libertades:

"Considerando: Que dicho movimiento podría conducir a la nación a un régimen opresor, contra el que tan eficazmente ha combatido:

"Considerando: Que el medio de conocer la voluntad de los pueblos no es ni pueden ser los motines militares que tanto han dañado a la República: que el aceptar tal hecho sería contrariar el voto de los pueblos que han vencido a la reacción, que hoy se les presenta bajo distinta fase; y por último, que el pueblo oaxaqueño no debe vacilar entre la traición y la perfidia o el cumplimiento de sus más santos deberes, ha tenido a bien decretar lo que sigue:

"Artículo 1º Entre tanto los poderes federales se encuentren impedidos para ejercer sus funciones, por el plan proclamado en Tacubaya el 17 del corriente, el Estado de Oaxaca reasume su soberanía y se gobernará por sus leyes especiales.

"2º Para sostener el orden constitucional se faculta ampliamente al Ejecutivo del Estado, en todos los ramos de la administración pública.

"3º El Gobierno dará cuenta al Congreso del Estado del uso que hiciere de las facultades que le concede este decreto.

"Lo tendrá entendido el Gobernador del Estado, y dispondrá se imprima, publique y circule. Dado en el salón de sesiones del Congreso de Oaxaca, a 21 de diciembre de 1857.—Félix Romero, presidente: José Esperón, vicepresidente, Luis Fernández del Campo, Ignacio Mejía, Manuel Dublán, Marcos Pérez, Cristóbal Salinas, Juan N. Cerqueda, Secretario, Luis M. Carbó, secretario.

"Por tanto, mando se imprima, publique, circule y se le dé el debido cumplimiento. Oaxaca, diciembre 21 de 1857.—José M. Díaz Ordaz.—Al C. Bernardino Carvajal, oficial mayor encargado de la secretaría.

"Y lo inserto a V.S. para inteligencia y fines consiguientes.

"Dios y libertad, Oaxaca, diciembre 21 de 1857.—Bernardino Carvajal, oficial mayor de la secretaría.—Señor Gobernador del Departamento del Centro".

C)) *Tercer movimiento: Decreto de 9 de noviembre de 1871.*

El tercer caso de reasunción de la soberanía por parte del Estado de Oaxaca se da cuando el Gral. Porfirio Díaz es derotado como candidato a la Presidencia de la República en las elecciones federales de junio y julio. El Congreso Federal declaró, 12 de octubre de 1871, triunfante para ocupar la Presidencia al Lic. Benito Juárez. Entonces Porfirio Díaz se lanzó a la lucha armada con su "Plan de la Noria" y en contra de Benito Juárez, el 7 de noviembre de 1871. La Hacienda de la Noria —de la que era propietario Porfirio Díaz— se encuentra en la parte sur y a la orilla de la ciudad de Oaxaca. Pues bien, el 8 de noviembre del propio año, el Congreso Local se suma al Plan de la Noria y reasume la Soberanía del Estado. El Decreto fue promulgado por el entonces Gobernador de Oaxaca, General de brigada Félix Díaz, hermano de Porfirio Díaz. El Decreto dice:

Decreto núm. 27

"Considerando: que en las elecciones federales de junio y julio últimos, los agentes del poder, apelando a la violencia, al cohecho y a la suplantación, privaron de toda libertad a una gran parte del pueblo mexicano:

"Que desde la primera junta preparatoria, en la revisión de poderes y en la instalación del Congreso, se faltó a las prescripciones de la ley, excluyendo arbitrariamente a muchos representantes legítimos, y dando asiento en la cámara a otros sin misión legal:

"Que en la computación de votos para la presidencia de la República se ha dejado sin voto a más de un millón de habitantes y sin representación a más de cincuenta distritos:

"Que la mayoría parlamentaria creada por estos medios es enteramente ficticia, y que los esfuerzos de los representantes legítimos que quedan en la cámara, son impotentes para salvar las libertades públicas y las instituciones:

"Que, por lo mismo, la votación del día 12 del próximo pasado y el decreto que declara Presidente de la República al C. Benito Juárez es contrario a las prescripciones constitucionales y atentatorio de la más trascendental de las libertades públicas:

"Que el actual encargado del Ejecutivo federal y sus agentes en el Congreso se proponen destruir la soberanía de los Estados centralizando todos los poderes bajo el pretexto de autorizaciones que exceden con mucho al espíritu del artículo 29 de la Constitución:

"Considerando, por último: que la guerra civil ha estallado en toda la extensión de la República, y que entre el pueblo que se levanta en defensa de sus derechos, y los usurpadores del sufragio, el Estado de Oaxaca tiene el deber de salir a la defensa de su constitución y de sus leyes:

"El Congreso del mismo, decreta:

"Artículo 1º El Estado libre y soberano de Oaxaca, reasume su soberanía y protesta su acatamiento a la Constitución federal de 1857.

2º Invita a los demás Estados de la República a proveer a la reconstrucción de los poderes federales, por medio de una asamblea de representantes elegidos popularmente por los mismos Estados:

3º Se faculta al Ejecutivo del Estado para que provea a las emergencias de la situación.

"Dado en el palacio de los Supremos Poderes del Estado de Oaxaca, a 8 de noviembre de 1871.—F. García, diputado presidente S. Luengas, Gabriel Serrano, M. Jiménez, Albino Zertuche, J. Fenochio, José M. Irigoyen, A. Castillo, M. Sáenz Pardo, J. Iturribarría, José María Pardo, Francisco Carranza, A. Ramos, diputados secretario, I. Muñóz, diputado secretario.

"Por tanto, mando se imprima, publique, circule y cumpla.—Palacio del Gobierno Constitucional del Estado. Oaxaca, noviembre 9 de 1871.—Félix Díaz.—Al C. Albino López, oficial mayor encargado de la secretaría del Despacho". Este movimiento fue sofocado por don Benito Juárez.

D) *Cuarto movimiento: Decreto de 3 de junio de 1915.*

El cuarto caso de reasunción de soberanía en el Estado de Oaxaca se tiene cuando el Gobernador Interino del mismo, Licenciado José Inés Dávila la decreta el 3 de junio de 1915. Lo anterior acontece en el periodo preconstitucional decretado por Venustiano Carranza el 12 de diciembre de 1914. Las causas de la reasunción de la soberanía están expresadas en el único considerando que contiene dicho Decreto. Lo transcribimos íntegro. Dice:

"JOSÉ INÉS DÁVILA, Gobernador Interino Constitucional del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, a sus habitantes sabed: Que por la Secretaría del Honorable Congreso del mismo se me ha dirigido el siguiente —Decreto Nº 14— El Congreso del Estado Libre y Soberano de Oaxaca teniendo en cuenta que: la República entera y aún las demás naciones del mundo civilizado saben que desde que se inició la Revolución de 1910, el Estado de Oaxaca

se ha mantenido en paz, sin tomar participación en la lucha armada que ha enrojecido el suelo de la Patria con sangre de sus hijos, que debiera reservarse para ponerla al servicio de la Defensa Nacional en el caso de invasión extranjera, y esta actitud correcta del Estado, que no ha podido ser cambiada a pesar de los compromisos personales de algunos de sus Gobernadores, es la que ha determinado de una manera clara y bien definida la política actual basada en el principio de que para tener derecho de que se le respete y considere, es indispensable respetar y guardar consideraciones a los demás: por eso los gobiernos o los jefes revolucionarios que han ocupado la Capital de la República, han visto al Estado de Oaxaca con la ley por escudo, el orden por lema y el respeto a las Instituciones como norma invariable de conducta, fruto del arraigo espiritual de verdadera democracia que anima al pueblo oaxaqueño.

"En esta época de crisis nacional en que no sólo han peligrado los principios fundamentales de nuestra Carta Magna, sino que osadamente se ha puesto sobre ellos, pretendiendo modificarlos sin la consulta previa del pueblo mexicano, legítimamente representado; en que unas veces invocando sacrílegamente los principios de nuestra Constitución, y en todas las veces vulnerándolos siempre, se pretenden implantar libertades para un pueblo heroico que las ha sabido gozar en otros tiempos legalmente garantizadas y se le arroje al más ignominioso despotismo con la implantación del llamado periodo preconstitucional durante el cual la voluntad de un solo hombre, sin las limitaciones de la Ley, pretende llevar a cabo reformas políticas que debieran hacerse con los procedimientos serenos y pacíficos que determina nuestra Carta Fundamental, y aún reformas sociales que no son fruto de una Ley, porque las costumbres y la índole de los pueblos no se modifican con disposiciones legislativas, sino con medidas lentas y bien meditadas que dirijan y orienten por el sendero del progreso y del perfeccionamiento social la evolución natural de los mismos pueblos; durante esta crisis cuyas fases sería largo enumerar y cuyos acontecimientos han dejado pálidos los relatos de las más sangrientas páginas de nuestra historia, el Estado de Oaxaca ha conservado el funcionamiento normal de sus instituciones y su Gobierno ha procurado realizar, dentro de esa normalidad, sin convulsiones, ni precipitación, todas las reformas benéfica para el pueblo, demostrando así a los demás Estados de la República que cualquiera reforma puede llevarse a cabo sin derramamiento de sangre y dentro de las bases que para ello tienen fijadas nuestras leyes.

"Pero no ha sido suficientemente aquella actitud ejemplar del pueblo oaxaqueño, ni esta política prudente de su Gobierno para detener la sed insaciable de destrucción, de odios y de venganzas de los malos hijos de México que se han constituido en enemigos del pueblo, que laboran por su ruina y que traidoramente lo exponen a la pérdida de su nacionalidad, provocando que en nombre de la humanidad se pretenda hacer cesar por una potencia extraña esta matanza de hermanos; sino que se pretende sacar a nuestro Estado de su funcionamiento normal, se pretende arrojarlo al caos en que se han

perdido para muchas de las demás Entidades Federativas los preceptos supremos de nuestra Constitución Política, que como único baluarte se han refugiado en el Estado de Oaxaca, que los conserva incólume como sagrada herencia de los inmaculados Constituyentes del 57 y que como perseguidos han venido esos supremos preceptos huyendo de la ingratitud que los asfixia, a buscar en la cuna del Gran Reformador Benito Juárez, que los guarda con veneración, un asilo seguro en que habrán de encontrar el espíritu de su ardiente defensor en la Guerra de Tres Años primero y en la Intervención después; animando a los valientes hijos de Oaxaca para luchar por la conservación y por el imperio de la Carta Fundamental de la República. Y ese espíritu que alienta al pueblo oaxaqueño, le impone el ineludible deber de defender aquellos preceptos supremos y de hacer un esfuerzo para evitar se le arroje al caos y al más desenfrenado absolutismo con la implantación del periodo preconstitucional, que recientemente se ha invocado para intentar justificar en un ataque a la dignidad y soberanía del Estado, haciendo cesar una autoridad militar a la primera Autoridad de uno de nuestros Distritos y pretendiendo una fuerza armada apoderarse de otro Distrito con el pretexto de poner en vigor desde luego una reforma hecha a nuestra Carta Fundamental, sin los requisitos que ella establece para sus enmiendas, y a pesar de que, como ya se ha dicho, se han realizado y se están realizando todas las reformas benéficas con la sujeción estricta a los mandatos de nuestra Constitución Política y demás Leyes relativas. Pero no pretende el llamado Constitucionalismo el imperio de la Constitución y la evolución dentro del orden y de la Ley, sino que quiere la implantación violenta, inmediata de las reformas hechas a la Constitución, sin el asentamiento del Pueblo Mexicano como lo expresa claramente el telegrama que fue recogido anoche de la caja en que se habían extraído algunos aparatos de la Oficina Telegráfica, en el cual se contesta la reclamación que hizo el Gobernador en nombre de la Soberanía del Estado, contra los procedimientos de algunos Jefes Militares en el que se dice que éstos no pueden menos que ir poniendo en práctica y hacer efectivas las disposiciones emanadas del Gobierno revolucionario, lo cual significa la aprobación que el Primer Jefe del Ejército llamado Constitucionalista da a la intromisión de aquellos jefes en los asuntos interiores de nuestro Estado, pretendiendo implantar en esta tierra clásica de la Libertad procedimientos del más ignominioso despotismo, como son los que se han puesto en práctica en otras Entidades hermanas, contra todas las clases sociales, contra todo lo que sea trabajo, contra todo lo que sea capital, contra todo lo que signifique respeto al derecho ajeno, en una palabra, contra todas las bases del orden social; esos procedimientos son bien conocidos de todos para permitir que llegaran a implantarse en el heroico y patriota Estado de Oaxaca que siempre ha tomado participación activa en los grandes problemas nacionales, defendiendo la Carta Magna del golpe de estado de Comonfort, hasta sacarla no solamente ilesa de la Guerra de Tres Años, sino completándola con las sabias Leyes de Reforma, verdadero cimiento de la paz nacional; que más tarde la sostuvo y fue bandera de triunfo de la Guerra de Intervención, restau-

rando la República y que por último dio a ésta más de treinta años de paz, durante los cuales, se conquistó nuestra hoy dolorida Patria un lugar distinguido en el concierto de los pueblos cultos. Y cuando estos antecedentes se presentan a nuestra memoria, no podemos, no debemos, sin faltar a la gratitud, sin hacernos dignos del justo reproche de nuestros héroes, olvidar su ejemplo y dejar que se pierdan para siempre sus esfuerzos para legarnos una herencia de civismo sin límites, de patriotismo sin mancha, de abnegación sin asomo de egoísmo.

"Ya que hemos podido conservar el funcionamiento normal de nuestras instituciones, que hemos realizado y vamos realizando, a pesar de los graves trastornos nacionales, las reformas a que nos llama la natural evolución de los pueblos para que al terminar la guerra fratricida, se presente el Estado de Oaxaca ya reorganizado, sin necesidad de convulsiones, tenemos derecho a exigir que se nos respete, que no se nos toque, que no se nos arrastre al desorden, que ni pretexto tienen siquiera para ello, puesto que en nuestras reformas vamos quizá más adelante que las aspiraciones de Libertad y Democracia que el llamado Constitucionalismo aparenta realizar; tenemos derecho a exigir que se nos deje evolucionar dentro de la Ley, a fin de que en medio de las negruras que obscurecen el antes límpido cielo de la República y en medio de las tristezas que arrancan lágrimas de amargura y agonía, a nuestra adolorida patria, aparezca como punto blanco, como punto luminoso, como refugio de todas las garantías, como símbolo de orden, el heroico Estado de Oaxaca con la fe inquebrantable que fortaleció al inmortal Juárez para sostener los supremos principios de nuestra Constitución, los cuales hemos conservado como privilegiada vestal guardará el fuego sagrado que en no lejano día alumbrará con su luz inextinguible a todas las entidades de la República, al restablecerse en la Nación el orden Constitucional.

"En virtud de lo expuesto, aceptando la iniciativa del Ejecutivo que manifiesta haber oído el parecer de los honorables miembros del Poder Judicial y de los Jefes Militares, consultando la opinión de juiciosas y prudentes personalidades de esta Capital y conocido por los informes de las primeras autoridades de los Distritos el sentir general de los pueblos del Estado, la Honorable Legislatura de Oaxaca.

DECRETA

"Artículo 1º Entre tanto se restablece en la República el orden Constitucional, el Estado Libre y Soberano de Oaxaca reasume su Soberanía.

"Artículo 2º El Estado se gobernará observando la Constitución General de 5 de Febrero de 1857, con sus adiciones y reformas, legalmente hechas mediante las tramitaciones que la misma establece; Las Leyes de Reforma, su Constitución Política y demás leyes particular.

"Artículo 3º Las Oficinas, puertos y demás servicios que conforme a las Leyes Generales debieran depender del Gobierno Federal, y los Ferrocarriles que

el llamado Gobierno Constitucionalista se ha incautado dentro del Territorio Oaxaqueño quedarán sujetos al Gobierno del Estado, entre tanto se restablecen los Poderes de la Unión, conforme a los preceptos constitucionales.

"Artículo 4º Queda facultado el Ejecutivo para confirmar en sus empleos a las personas que actualmente sirvan las Oficinas y Dependencias a que se refiere el artículo anterior, removerlas libremente y sustituirlas por personas de su confianza y para dictar las disposiciones que estime convenientes para el mejor servicio.

"Artículo 5º Los fondos existentes y los que en lo sucesivo se recauden en las Oficinas y Dependencias de que trata el artículo 2º, se concentrarán en la Tesorería General del Estado que llevará una cuenta especial que se denominará "Servicios Federales"; a ellas se aplicarán los Ingresos que aquellas produzcan y con cargo a la misma se cubrirán los sueldos y demás gastos que demanda la conservación, desarrollo y mejoramiento de los expresados servicios.

"Artículo 6º De conformidad con la fracción XVI del artículo 48 de la Constitución Política del Estado, se conceden al Ejecutivo las facultades que sean necesarios para hacer frente a la situación, debiendo dar cuenta oportunamente del uso que hiciere de esta autorización.

TRANSITORIO

"Este Decreto será publicado por Bando solemne.—Lo tendrá entendido el C. Gobernador, y hará que se publique, circule y cumpla.

"Dado en el Salón de Sesiones del H. Congreso del Estado.—Oaxaca de Juárez, 3 de junio de 1915.—Luis Meixueiro, Diputado Presidente; Ramón Castillo Issasi, Diputado Secretario; Ernesto Nieto, Diputado Secretario; Rúbricas.

"Por tanto, mando se imprima, publique por Bando solemne, circule y cumpla.

"Palacio de los Poderes del Estado.—Oaxaca de Juárez, 3 de junio de 1915.—José Inés Dávila.—Rúbrica".

Es pertinente manifestar que este último movimiento de soberanía costó al Estado de Oaxaca la pérdida de muchas vidas, entre ellas la del propio Gobernador Soberano Inés Dávila, muerto en Ixtayutla y decapitado. El Gobierno de Venustiano Carranza sometió militarmente al Estado. Este movimiento duró desde el 17 de agosto de 1915 —en que Carranza designó como Gobernador y Comandante Militar de Oaxaca al General Jesús Agustín Castro— hasta el 27 de diciembre de 1919, con la firma de los tratados de Coatecas Altas, Ejutla, Oax., en que se reconoció el gobierno de Carranza. Tal postura es mantenida por el Lic. Gustavo Pérez Jiménez en su libro "Las Constituciones de Oaxaca", pág. 190. Sin embargo, el historiador Jorge Fernando Iturribarría manifiesta un criterio igual que el anterior, aunque en rigor —dice— "el desenlace definitivo se opera hasta el 20 de abril de 1920, cuando depone las armas el general Isaac M. Ibarra, en vísperas del Plan de Agua

Prieta –23 de abril– suscrito por don Adolfo de la Huerta y los generales Obregón y Calles contra el Presidente Carranza"; Oaxaca en la Historia, pág. 349.

CAPITULO II

La soberanía. A) Síntesis histórica: 1) Grecia. 2) Roma. 3) Edad Media: a) El poder temporal contra el eclesiástico; b) Pugnas del Rey contra el Emperador; c) Pugnas del Rey contra los Señores Feudales. B) Concepto y naturaleza de la soberanía: a) Definición nominal; b) Definición real: Bodino; Mario de la Cueva; Jellinek; Seydel y otros; limitabilidad o ilimitabilidad de la soberanía; Le Fur. C) Titular de la soberanía. D) Nuestra opinión. E) Caracteres de la soberanía. División de la soberanía.

La soberanía. A) Síntesis histórica. Debemos decir antes que nada que la idea de soberanía es de reciente creación. El término se empleó por vez primera al final del siglo XIII, cuando se afirmó el principio de que el Rey era *soberano* de todo el reino sobre los barones, a quienes también se les llamaba soberanos. Hay quien afirma que el concepto tuvo origen polémico, como también que la denotación exacta del mismo no puede ser comprendida si no se hurga en las raíces históricas del término; que al comienzo tuvo un valor defensivo y posteriormente se convirtió en ofensivo; algunos otros al hacer el estudio del concepto piensan que el mismo ha sufrido tremendas variaciones, pero que éstas no estriban simplemente en el cambio de titular de la soberanía; que el problema que entraña la soberanía no es sólo a qué o a quién se atribuye; otros más piensan que delenda est superaneitas y a la manera de Catón exigen su plena y total desaparición. Entre éstos se encuentran Duguit, Maritain, Krabbe, Scelle. Este último ha dicho que la soberanía entraña "la maldición y la contradicción del derecho". El concepto, en verdad, de soberanía que al principio fue político y que hoy ha tomado carta de ciudadanía en el campo jurídico, lleva serias implicaciones cuando se le refiere al terreno internacional. El presente trabajo no se referirá a ellas, porque tales implicaciones trascienden los límites del mismo. Acaso sólo contenga simples referencias.

Tiene razón Jellinek cuando afirma que el concepto de soberanía no puede ser cabalmente comprendido si no se tiene en cuenta su raíz histórica; ya que el mismo antes que nada es una categoría histórica y no absoluta –problema que después analizaremos–. El autor citado escribió una profunda y notable monografía de la soberanía haciendo su disección y análisis. Lo propio debe decirse de Rehm, Gerber, Jouvenel, Schmit, Heller y nuestro Mario de la Cueva.

El concepto de soberanía fue desconocido en la antigüedad clásica, en Grecia y en Roma. Las razones que se aportan son las siguientes:

1) Grecia. Ni el Estagirita ni ningún otro escritor de su época se ocuparon del problema. Aristóteles, en efecto, define la polis como una comunidad humana autárquica, pero autarquía no quiere decir soberanía, sino simpliciter autosuficiencia.

Lo que el filósofo griego afirma del xupiov, de la fuerza suprema del Estado, no puede referirse tampoco al concepto moderno ni medieval de la soberanía, pues Jellinek apoyándose en Rehm afirma que tal pretensión sólo se refiere al más alto poder social, pero no jurídico.

De igual manera, no puede entreverse el origen de la soberanía en las palabras de Tucídides sobre los Delfos: autovouous, autoteseis, autodixou, que en buen romance no significan otra cosa que una comunidad se da su propia ley, se provee de sus propios ingresos y tiene autoridades propias. Sin embargo, contra esta opinión de Jellinek –que parece contundente– se oponen las opiniones de Marcel de la Bigne, Burckhardt, Esmein y Mario de la Cueva. El primero de los nombrados sostiene que en la palabra "autarquía" (autapxns) está subentendida la idea de soberanía; más aún, que cuando los griegos defendieron su independencia de los persas no hicieron otra cosa que defender su soberanía. En esto último coincide Burchardt. Mario de la Cueva sostiene que Grecia afirmó su soberanía, pues ésta no es otra cosa que la "doble pretensión de un pueblo de conducir una vida unitaria e independiente", Teoría del Estado, págs. 295, 296. Más aún, robustece su postura con la formulación de las formas de Estado aristotélicas: justas e injustas, pues –afirma– que tal clasificación tiene por fundamento la titularidad de la soberanía. Esmein sólo de una manera general mantiene las tesis de que la soberanía fue conocida tanto en Grecia como en Roma. Admite que las Repúblicas antiguas habían practicado de una manera indistinta la soberanía, sin tratar de justificarla; que el mismo imperio Romano lo había admitido en sus orígenes. Elements de Droit Constitutionnes Francois et compare, p. 312. Creo que a Jellinek, como a Rehm se les pueden hacer una observación bastante seria: En efecto, lo que Aristóteles afirmó del xupiov ¿se refiere sólo y simplemente a la fuerza social y no a la jurídica? Pensamos que tal pensamiento aristotélico involucra también la supremacía del poder jurídico.

2) Roma. En Roma tampoco se conoció el concepto de soberanía. No hubo "la oposición del poder del Estado a otros poderes", según lo afirma Jellinek. *Op. cit.*, pág. 359. Más aún, afirmar que la soberanía fue conocida del pueblo romano, es tanto como ir en contra de la política del propio pueblo romano, ya que éste al dominarlo todo, pretendía que los pueblos subyugados "comiter" pugnaran por la majestad del pueblo romano ("qui maiestatem populi romani comiter servant").

3) Edad Media. Resulta apasionante hacer el estudio de la soberanía en la Edad Media, mejor dicho, a fines de la Edad Media. Los datos son superabundantes, dado que en la misma se localiza el origen del concepto que tantas polémicas ha acarreado, sin que pueda decirse aún que ha sido totalmente agotado. Las críticas sobre las diversas posiciones las haremos después al referirnos a la esencia o naturaleza del concepto. La soberanía surgió no como doctrina, ni siquiera como corriente de opinión, sino se impuso como un hecho absoluto. Juan Bodino, quien fue quien primero la sistematizó y le

dio categoría de problema científico la consideró como elemento esencial del Estado. Definió lo que ni filósofos ni jurisconsultos habían visto en el Estado. Sabemos que Aristóteles definió a la Polis como: "Una comunidad humana autárquica (xoivonía autápkns); Cicerón como: "República res populi. Populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus", de Rep., I, 25, 39; pero fue Bodino quien manifestó por vez primera que la soberanía integra al Estado y esto de manera esencial. Dijo: "Recta plurium familiarum et rerum inter ipsas communium cum summa perpetuaque potestate gubernatio". En las palabras "cum summa perpetuaque potestate" está vivo y presente el concepto de soberanía, pues tales palabras no indican otra cosa, sino "supremo y perpetuo poder", es decir: plena soberanía. Después notaremos cómo profundizó en el concepto. Pintaremos a grosso modo el ambiente general de la Edad Media. La sociedad de la Edad Media fue definida como "una gran cadena de obligaciones". Estas iban desde los siervos hasta el señor feudal y del señor feudal al Rey, del Rey al Emperador y del Emperador al Papa. Los estados que defacto pugnaron por romper estas cadenas fueron Francia, Inglaterra, Austria, Alemania, España y en menor escala Portugal, Venecia, Pisa y Florencia. El Renacimiento encontró ya casi con personalidad propia a los primeros Estados mencionados, sobre todo a Francia. Pues bien, crearon y mantuvieron un ambiente propicio para el desarrollo de la soberanía: Juan de Salisbury, Juan de París, Mursilio de Padua, Dante y en forma predominante: Bodino.

Hablaremos de las pugnas del Poder Temporal y Eclesiástico; de las pugnas del Rey y el Emperador y, por último, de las pugnas del Rey y de los Señores Feudales. La soberanía es el resultado de estas pugnas.

a) El Poder Temporal vs. el Eclesiástico. Al enfrentarse el poder Temporal con el poder espiritual representado principalmente por la Iglesia Católica se pueden distinguir —con base en Jellinek— tres etapas. En la primera y segunda etapas el dominio de la Iglesia en los asuntos temporales fue absoluto, desde los tiempos de Gelasio I, Papa, siglo v. Baste recordar que el "anathema sit" llegó a su apogeo precisamente en la Edad Media. La doctrina desprendida del Evangelio de San Lucas sobre las dos espadas fue interpretada arbitrariamente y, por tanto, la Iglesia se abrogó el conocimiento y juicio de los asuntos tanto espirituales como temporales. Aún hoy en día no existe plena y total separación de estas cuestiones, por parte de la Iglesia, porque sutilmente distingue los asuntos netamente temporales, los asuntos espirituales y los asuntos de carácter mixto. Con base en esta última distinción la Iglesia mete mano en casi todos los asuntos.

En la tercera teapa, comienzos del siglo xv, el poder temporal empezó a ganar terreno frente al eclesiástico hasta que se consolidó en forma definitiva. El papado de Avignon muestra la supremacía ya del poder temporal frente al espiritual. Las luchas de Felipe el Hermoso contra Bonifacio VIII consolida la Independencia del poder temporal y el primer aspecto de la soberanía, ya que ésta se ensambla, por una parte, con la Independencia del poder

temporal frente al eclesiástico; por otra, con la independencia del poder temporal de otros poderes también temporales situados fuera del territorio propio; y por último, con el dominio del poder temporal frente a otros poderes temporales enmarcados dentro de determinado territorio. Al final de este apartado pondremos un cuadro sinóptico para que en forma gráfica se vea cómo se integró el concepto de soberanía. Pues bien, gracias a Francia, que se enfrentó en forma decisiva al poder eclesiástico, tenemos el concepto de soberanía. Aún se notan los esfuerzos supremos, desesperados, pero agonizantes, de Bonifacio VIII quien exclamaba: "Nec insurgat hic superbia gallicana, quae dicit quod non recognoscit superiorem: mentiuntur quia de jure sunt et esse debent sub rege et imperatore". Fácil es entender que así como El Emperador del Sacro Imperio Romano reconocía como superior al Papa; lo mismo se exigía del Rey de Francia, pero manteniéndolo bajo la potestad del Rey y Emperador. El transcurso del tiempo nos ha demostrado que al luchar Francia por su Independencia "no estaba ni debía estar por derecho" bajo el Emperador y menos que el gesto de los franceses, guiados por Felipe El Hermoso, fuera simplemente "soberbia galicana". Conviene resaltar que Marsilio de Padua fue uno de los escritores que más contribuyó a consolidar la independencia del poder temporal frente al espiritual. Sus ideas están contenidas en su libro: "Defensor Pacis". Lo mismo cabe decir de Juan de París, quien hizo la defensa del Rey de Francia Felipe el Hermoso, en su libro: "De potestate Regia et Papali". Mario de la Cueva dice que Dante resulta ser también uno de los más ilustres escritores políticos del siglo xiv, Teoría del Estado, pág. 300. En efecto, el autor de la Comedia terció con su libro la "Monarquía" en la polémica que sostuvieron Gil de Roma, quien defendió a Bonifacio VIII, y Juan de París, quien defendió a Felipe el Hermoso. Dante estuvo en contra de las opiniones de Gil de Roma.

b) Pugnas del Rey vs. el Emperador. Hemos narrado suscintamente las luchas de Felipe el Hermoso contra el Papa. Las luchas del Rey contra el Emperador es otro de los aspectos que conforma la soberanía. Para mantener la supremacía del Emperador siguió presionando la Iglesia. Recordemos las palabras de Bartolus: "imperatorem qui dicerit non esse dominum et monarchum totius orbis esset forte hereticus" (L. 24. D. de capt. et poslim. 49, 15, núm. 7.—citado por Jellinek, nota I, pág. 361). En vista de que el Rey de Francia por ningún concepto reconocía ya la supremacía del Emperador, los Papas clamaban constantemente contra tal estado de cosas. Pío II, Papa, escribió a Federico III que todos los pueblos le estaban sometidos a él por derecho. A pesar de tales premáticas, en Francia el Rey era ya reconocido como cierto Dios Corporal. Es celebérrimo el apotegma: Rex Francisae est in regno tanguam quidem corporalis Deus". La plenitudo potestatis que en un principio sólo correspondía al Emperador, fue desmoronándose poco a poco hasta desintegrarse y conformar los nuevos estados que encontramos en el Renacimiento y que hoy fulgen con personalidad indiscutible. "Rex Franciae et Angliae licet negent se subditos Regis Romanorum, non tamen desinunt esse cives romanus", se decía constantemente para mantener a las demás

corporaciones dentro del marco romano. Empero, no todos los Estados que reclamaban y luchaban por su independencia exterior la conseguían de manera absoluta como Francia, Inglaterra y Alemania, sino que había algunos que sólo podían negar el estar bajo el yugo de imperio, pero mediante cierto privilegio o alguna virtud. Entre tales Ciudades-Repúblicas encontramos a Venecia, Pisa y Florencia, quienes se consideraban "civitates superiorem non recognoscentes". Tal independencia parcial, pues, no brotaba de la naturaleza del Estado, sino que era un agregado por privilegio o virtud ("Cuncti profecto, qui sub jugo negant imperii, aut id privilegio es asserunt assecutos aut virtute aliqua'", nota 4, pág. 361, 362) se concedía por el Emperador. Incluso el título de Rey era concedido por el Emperador. Es conveniente recordar la jugarreta que el Emperador hizo a Carlos el Temerario, de Borgoña, quien quiso ser Rey y resultó burlado al desaparecer el Emperador de la Ceremonia, en que aquél iba a ser coronado.

c) Pugnas del Rey vs. los Señores Feudales. En la Edad Media se distinguió un doble poder: El poder real y el señorial. El otro aspecto de la soberanía se consolidó cuando el poder real dominó al señorial. Es sabido que los señores feudales tenían poderes semejantes a los poderes del Estado. Además, el Estado sólo de una manera mediata, indirecta, estaba relacionado con el pueblo. Este prestaba juramento de fidelidad a los barones y acudía en demanda de justicia a los tribunales de su Señor. Jellinek señala y analiza las diversas direcciones que siguió Inglaterra, Francia y Alemania para conseguir la unidad en el interior, el pleno dominio del Rey sobre los Señores Feudales. En Inglaterra, el Rey Guillermo el Normando consiguió la unidad nacional con una sola batalla; en Francia, en cambio, fue "labor de siglos". Ya al final del siglo XIII se reconoció la soberanía del Rey sobre los barones, a quienes también se les llamaba soberanos. La idea de unidad perseguida con estas luchas fue expresada por Aeneas Sylvius así: "amat enim unitatem suprema potestas".

Se puede, pues, ya concluir en un primer proyecto de definición de la soberanía. Esta tiene una doble dimensión: externa e interna. En la primera, significa Independencia; en la segunda, Unidad y Supremacía. La definición es ésta: La soberanía indica supremacía e independencia. Después analizaremos esta definición provisional. En forma más extensa dice Moreau: "La souveraineté externe est l''affirmation de l'existence propre et autonome de l'Etat au regard des autres Etats; la souveraineté interne est l'affirmation de l'être collectif au regard des particuliers". (Nota 3, p. 386, obra de Jellinek). Jouvenal al referirse a los orígenes de la soberanía manifestó que "en la Edad Media los hombres tenían una idea muy clara de una cosa concreta que es la jerarquía; carecían de la idea de una cosa abstracta, como la soberanía. La palabra *soberano* se usab comúnmente, pero no en el sentido moderno. En su significación de entonces, simplemente quería decir *superior*, lo cual es su significado etimológico. Cualquier superior era con relación a sus inferiores un soberano". Sovereignty an inquiry into the political good, pág. 171.

Independencia	El poder temporal del espiriaual. El Emperador de la Iglesia. Los Reyes de la Iglesia. Los Reyes del Emperador.	Primer aspecto
Supremacía y unidad	Dominio de los Reyes sobre los Señores Feudales.	Segundo aspecto

B) *Concepto y naturaleza de la soberanía.* Ya sabemos que cuando se trata de dar el concepto de una cosa —y la soberanía es cosa, porque es ente—, se aborda uno de los problemas más difíciles en lógica jurídica. Se puede hablar de la soberanía desde el punto de vista etimológico o desde el punto de vista real. Claro que circunscritos en el marco jurídico. Comprenderemos los dos aspectos. El problema de la definición está también íntimamente ligado con el problema de la naturaleza o contenido de una cosa. A pesar de los esfuerzos de García Bacca, para demostrar la inaplicabilidad de la lógica a la materia jurídica, sin embargo seguimos pensando en su absoluta vigencia. Esto ya lo manifestamos razonadamente en nuestro trabajo sobre el problema de la definición y precisamente al comentar a Juan David García Bacca. Entremos, pues, en materia:

a) Definición nominal. No se tienen noticias de la palabra "superaneitas". Parece que fue desconocida de los latinos. Sin embargo, la palabra soberanía viene de las siguientes dicciones latinas: Superanus que equivale a superior. La significación de esta palabra es clara. Se nota de inmediato su sentido comparativo. Por esto dice Jouvenel que cualquier superior era un soberano con respecto a sus inferiores. Jellinek afirma que el concepto de soberanía que al principio era relativo, comparativo, pues se comparaba con la de los señores feudales, se transforma después, gracias a los ataques de los legistas a los Estados Feudales, en absoluto, superlativo. "De Superior que era adviene Supremus". Ibidem, pág. 366. Ha habido autores como S. I. Benn y Carré de Malberg, que atribuyen cinco o tres significaciones *arbitrarias* a la soberanía. No estimamos pertinente referirnos a ellas.

b)Definición real. Vamos a entrar ahora a uno de los puntos más espinosos, a uno de los problemas más agudos y difíciles, al problema que entraña dar la definición real jurídica de Soberanía. Este problema va íntimamente ligado con el problema de la naturaleza o esencia de la misma. Nuestra propia definición sólo la formularemos cuando hayamos analizado la naturleza de la soberanía. Pasamos por alto las definiciones descriptivas de la soberanía, porque no nos conducen a nada. Son abundantes y las podemos encontrar en cualquier manual de teoría general del Estado o de teoría constitucional. En cuanto a las doctrinas jurídicas que han pretendido penetrar la naturaleza de la soberanía —y son pocas— las discutiremos y analizaremos según nuestro propio criterio. Empecemos:

Debemos distinguir un doble aspecto: 1º ¿Qué es la soberanía en sí?; 2º ¿a quién se atribuye la soberanía o atributo de quién es? (Problema de titularidad).

Primer aspecto. ¿Qué es la soberanía? Al responder a esta pregunta estamos pisando ya el terreno de la definición esencial. Juan Bodino dijo que la soberanía es "summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas" o también "La puissance absolue et perpetuelle d'une République", es decir: poder supremo sobre los ciudadanos y súbditos no sometidos a leyes. Pero como también consideró a la soberanía como nota esencial del Estado, entonces cabe enunciar la de este último: "República con justo gobierno de muchas familias y de lo que es común a ellas, con suprema autoridad". Es decir, Bodino manifestó que República (Estado) y Soberanía se identifican plenamente, pues no de otra manera ha interpretado Mario de la Cueva, Jellinke, Jouvenal, y otros, la doctrina de Bodino. La soberanía, pues, es de la esencia del Estado, luego son convertibles.

Por suprema autoridad (sovrein) entendió el poder absoluto y supremo de una República, aquel es absolutamente supremo, que después de Dios no reconoce a otro por superior ni mayor que él", citado por Mario de la Cueva, *Op. cit.*, pág. 305. De aquí se ha extraído, con base además en las luchas medievales, la siguiente definición de la soberanía: La soberanía indica supremacía e independencia. Quien, atiende pues, a la formación histórica del concepto está por eso mismo prestando especial atención a la significación genética del mismo. La doctrina de Bodino substancialmente se conserva en la actualidad, con uno que otro agregado de fondo, que después veremos. Mario de la Cueva nos da la siguiente definición genética: "Un estado es soberano cuando integra una unidad social independiente y con un poder político supremo", ibidem. págs. 301 y 302. Casi todos los comentaristas de Bodino manifiestan que la soberanía desde su origen trajo las notas de Independiente y Supremo. La investigación histórica, pues, descubrió la génesis de la soberanía. Pero puede aún llegarse a más: aun teniendo en cuenta de que se trata de una categoría histórica y no absoluta, ¿no puede acaso buscarse la naturaleza en sí de esa categoría histórica? Pensamos que sí. Entendemos que lo que Jellinek ha querido dar a comprender como categoría histórica es que tal concepto sólo ha regido para determinado tiempo. Y en efecto así es; pero sí creemos que si nos circunscribimos a determinado tiempo, puede también formularse una definición esencial si por esencia entendemos no "quod quid est" —que dijo Aristóteles— y que sólo se ha aplicado al campo de la naturaleza, sino también que puede hablarse de "quod quid est", pero aplicando tal concepto al campo de las ciencias normativas. El concepto de esencia que surge entonces no es otro que los distintos elementos que han integrado o integran una unidad, es decir, elementos necesarios —que en determinado tiempo— forman una entelequia y, en el caso, jurídica. Así entendida la categoría histórica de Jellinek, entonces el concepto de soberanía que dio Bodino sólo fue válido para determinado tiempo. Lo que hay que preguntarse, pues, es si para nuestro tiempo —siglo XX— aún sigue siendo válido tal concepto. Ya hemos dicho anteriormente que el concepto fundamentalmente se mantiene, aunque con uno que otro agregado, que después estudiaremos.

Vamos a entrar ahora a una de las opiniones más poderosas y que hizo temblar la doctrina tradicional de la soberanía. No la destruyó, pero sí hizo nuevos planteamientos. Veremos por ahora sólo el problema de la naturaleza; dejamos para otro apartado los nuevos planteamientos, como el problema de a quién conviene. Para Jellinek el concepto tradicional de soberanía es de entraña negativa; y puramente formal; se confundió soberanía del órgano con la soberanía del Estado y se atribuyó a la soberanía lo que corresponde al Poder Público. Jellinek analiza la naturaleza de la soberanía bajo estos tres incisos: a) Carácter formal de la soberanía; b) Soberanía y poder del Estado; c) La soberanía no es nota general dentro de las propiedades del poder del Estado. Aunque de su estudio se desprende que la soberanía corresponde al Estado, sin embargo después la refiere exclusivamente al poder del Estado. Y esto, no la atribuye a todo el poder del Estado, sino sólo al poder jurídico. La estudia como "propiedad". Iremos exponiendo la doctrina de Jellinek en forma breve y, a su vez, insertaremos algunos comentarios y críticas inspiradas en la misma, para llegar por último a la definición que nos propone.

Cuando Jellinek estudia los elementos del Estado, sitúa a la soberanía dentro de uno de ellos, dentro del poder del Estado. Dice que "el Estado, en su aspecto jurídico, no es otra cosa que la fuerza de dominación originaria de que está dotada la corporación de un pueblo sedentario", *op. cit.*, pág. 354. Influido por la filosofía de Hegel concibió al Estado como la síntesis de población territorio y poder. Se interroga: ¿cuáles son las propiedades del poder del Estado? ¿Qué notas distinguen al poder del Estado de aquel otro poder que no es del Estado? Y aquí surge la Soberanía. ¿Qué es la soberanía? ¿Es una nota necesaria al poder del Estado?

Analicemos en primer término la postura formalista propugnada por Jelinek:

Esta postura descansa sobre las limitaciones que el Estado mismo se impone. Es de la esencia del Estado la existencia de un orden determinado. Esta es la limitación fundamental; pero tales limitaciones "no dicen nada sobre el contenido de las propias limitaciones'", pág. 393.

Ahora bien, pensamos que si la limitación del Estado estriba en la existencia de un orden determinado y esto es esencial, por qué detenerse en el borde de ese "orden determinado" y no entrar precisamente al contenido del "orden determinado"? Una limitación puede considerarse bajo un doble punto de vista: 1º Simpliciter como limitación o solamente en cuanto tal, y 2º ¿Que es lo que limita la limitación (valga el pleonasmo) o, en otras palabras, contenido de la limitación. Si se atiende al primer aspecto, en verdad que es difícil saber y responder a la observación de Jellinek; pues la limitación es puramente formal. Pero si se atiende al segundo aspecto, entonces se debe parar mientes precisamente en dicho contenido, y cuando se detiene uno a considerar dicho contenido limitado por género próximo y diferencia específica, o por los distintos elementos necesarios para tener una entelequia jurídica válida para determinado tiempo, surge la definición esencial. Parece, pues, que la limitación en sí no dice absolutamente nada. He aquí la postura formalista de Jellinek; pero —concluyendo— lo que sirve para delimitar algo,

puede contener en sí sus propias limitaciones. De aquí que pueda definirse el Derecho sin atender al concepto de soberanía.

Analicemos ahora brevemente el inciso b) de Jellinek en el que estudia la soberanía y el poder del Estado. Sostiene el autor citado que entre la soberanía y el poder del Estado hay distinción, pero no aclara qué clase de distinción. Solamente dice que hay la misma distinción que entre un acto constitutivo de la organización y los actos concretos que, posteriormente realizan los administradores. Mario de la Cueva, pág. 346, al comentar Jellinek. Pero preguntamos: ¿Distinción real? Formal ratione ratiocinantis o rational ratiocinatae? ¿Mayor o menor? Antes que nada debemos dar el concepto de distinción. Se la define como negación de identidad entre muchos. Es real cuando uno no es otro y esto independientemente de cualquier consideración mental. Es formal o lógica cuando dos en realidad son una sola cosa, pero se tienen como dos por consideración mental. Esta última se divide en rationae ratiocinantis y ratione ratiocinatae. La primera estriba en que es puramente mental sin fundamento en la cosa (ejem: lo definido con respecto a la definición: hombre de animal racional); la segunda sí encuentra fundamento en la cosa aún siendo mental. Esta última puede subdividirse en mayor y menor. Mayor cuando uno de los conceptos distintos no incluye al otro ni explícita ni implícitamente (ejem: cuando se distingue la animalidad y racionalidad del hombre); menor cuando uno de los conceptos distintos incluye al otro.

Ahora bien, ¿qué clase de distinción existe entre la soberanía y el poder del Estado? Pensamos que es distinción real.

La confusión provino —según Jellinek— de que como el poder del Estado ha ejercitado las funciones de legislación, justicia, derecho de gracia, nombramiento de funcionarios, acuñación de moneda, etc. (es decir: las ocho señales de Bodino), se las concibe como parte esencial de la soberanía, "siendo así que la investigación histórica prueba que estas funciones a menudo tienen un origen enteramente distinto y no se demuestra que sólo correspondan al Estado", pág. 395. Se puede hacer el siguiente comentario: Jellinek ha sostenido en otro de los párrafos de sus reflexiones sobre la soberanía, que la "soberanía no otorga al Estado otros derechos posibles de soberanía que los que en un momento dado se ha atribuido realmente a sí mismo", pág. 394. Con base en este pensamiento puede argüirse que en la época en que se confundió Soberanía con poder del Estado, lo único que sucedió es que en aquella época el Estado se reservó tales derechos como propios de su soberanía. Es pertinente concluir que tal confusión era congruente con la época. Pero hay más: aun en nuestra época el Estado se ha reservado esas mismas funciones y algunas otras más, como propias y exclusivas de su poder, sin que valgan los argumentos jellinekistas de que "el reconocimiento de la libertad individual ha hecho que desaparezcan derechos de dominación que antes existían"; que en el siglo XIX se extendieron las atribuciones del Estado; que a pesar de tales extensiones la soberanía "no ha aumentado en nada".

Vamos a responder a cada uno de estos argumentos. Con respecto a la primera objeción se plantea el eterno problema: límites del poder del Estado

frente a la libertad individual. ¿Quién es capaz de señalar el justo equilibrio? El reconocimiento de la libertad individual no debe llevar hasta el grado de hacer nugatorio el poder del Estado. En el decurso de la vida social, se tratará siempre de encontrar el justo límite. En cuanto a la objeción hay que decir que es cierto que en el siglo XIX se extendieron las atribuciones del Estado, pero de aquí es falso que no pueda decirse que la soberanía ha aumentado, porque la soberanía no ha aumentado en forma genérica, pero la misma sí ha aumentado en forma diferenciada.

Jellinek se plantea otra interrogante: "¿Qué actividad ha menester el poder del Estado para ser soberano"? y se responde: "es una cuestión a la que no se puede contestar".

Entremos ahora al último aspecto estudiado por Jellinek: "La soberanía no es nota esencial del Poder del Estado". Si desde un principio ha sostenido Jellinek que la soberanía es una propiedad del Estado, mal podría admitir ahora que la soberanía es una nota esencial del poder del Estado. En efecto, si la soberanía fuera esencial al poder del Estado, siendo el poder del Estado un elemento esencial del propio Estado, tendría que concluirse que la soberanía es nota esencial del Estado. Entonces Estado y Estado Soberano serían lo mismo, se identificarían plenamente. Pero no es nota esencial del Estado. ¿Pruebas? Razones de tipo histórico, como las siguientes:

a) Algunos Estados de otros tiempos, que hoy consideramos como soberanos, no tuvieron la nota de la soberanía. "El Estado de la Edad Media no era aún soberano, pero era ya Estado", pág. 397.

b) En la Edad Media existían príncipes sujetos, pero con derechos de Soberanía, quienes continuaban siendo soberanos; por tanto, ni en la Edad Media la soberanía fue nota esencial de los Estados: ni siquiera de los Estados de la época del florecimiento del dogma del Derecho Natural.

En contra de tales argumentos se levanta la tesis que estima que la soberanía es de la esencia del poder; por tanto, de la esencia del Estado. Esta tesis identifica Estado y Estado Soberano. Es sostenida por la Escuela del Derecho Natural, como también por Seydel, Zorn, Haenel, Bornhak, Le Fur, Combothecra, Esmein. Cabe concluir que según esta doctrina no es Estado al que le falta la nota de la soberanía. Así lo ha reconocido una opinión muy arraigada en los EE.UU., la que les niega el carácter de Estados, a los Estados de la Unión.

Hemos anunciado que el concepto de la soberanía ha sido agregado con nuevos planteamientos. Veremos si en verdad se trata de nuevos planteamientos. Razonaremos sobre los mismos. El nuevo agregado consiste en la "limitabilidad" de la Soberanía. Démosle cuerpo a este problema. Empecemos:

La soberanía además de las notas de poder "supremo" e "independiente" tiene una tercera: la limitabilidad de la misma. Esa nota no brota de la evolución histórica del concepto, sino de la soberanía misma. Veamos: Según Jellinek el concepto de soberanía de Bodino es esencialmente negativo y no alcanzó su expresión suprema, pues estaba limitado por leyes divinas y naturales. En su origen, pues, la soberanía fue negativa, ya que significó la

"imposibilidad de limitar *jurídicamente* la propia voluntad mediante un poder extraño, sea o no este poder el de un Estado", pág. 393. Sobre la limitación de la propia voluntad soberana se han dado las siguientes tesis:

1. La teoría del Derecho Natural opina que opera la "autolimitación", que es inseparable del carácter de la soberanía;
2. Según Bodino el concepto de soberanía estaba limitado por leyes divinas y naturales;
3. Meyer dice que las limitaciones del Estado, por lo tanto, de la soberanía, son siempre reales o morales, pero no jurídicas;
4. Según Jouvenel, la soberanía tenía los siguientes correctivos o limitaciones: la Iglesia, el papado, el consejo, como último correctivo estaba el derecho de rebeldía; estos correctivos desaparecieron cuando se pensó en la soberanía ya referida a una persona de carne y hueso;
5. Don José Ma. del Castillo Velasco sostuvo que el poder nacional soberano tiene límites y que el primero de ellos es la persona humana: "El poder nacional puede mucho, pero no puede destruir a la persona humana", citado por Mario de la Cueva, p. 291;
6. Hobbes sostuvo la ilimitabilidad de la soberanía del Príncipe;
7. Juan Jacobo Rousseau sostuvo la ilimitabilidad de la "voluntad general", como soporte de la soberanía;
8. John Austin dice que la soberanía no tiene límites, ni siquiera jurídicos, y esto es de su esencia, citado por Xifra, pág. 313.
9. Jellinek dice fundadamente que el "Estado encuentra una limitación jurídica en la existencia de un orden determinado; que el Estado puede elegir la Constitución (Orden determinado) que ha de tener, pero debe tener necesariamente alguna; que es esencial al Estado poseer un orden jurídico, con lo cual se niega la doctrina del poder absoluto e ilimitado del Estado; que el Estado no se encuentra sobre el derecho, de suerte que éste pueda librarse del derecho mismo; que lo que depende de su poder no es el saber *si* el orden jurídico debe existir, sino sólo el *cómo* ha de organizarse, *op. cit.*, pág. 389. Si Jellinek habla de ilimitabilidad de la Soberanía ésta debe entenderse como que "ningún otro poder puede impedir jurídicamente el modificar su propio orden jurídico". Aclara que las limitaciones de hecho son posibles, pero las mismas no son jurídicas.

Ahora sí ya llegamos a la definición de soberanía según Jellinek. Es ésta: la "soberanía no indica ilimitabilidad, sino tan sólo facultad de determinarse por sí mismo exclusivamente, y por tanto, la autolimitación del poder del Estado, no obligado jurídicamente por poderes extraños para instituir un orden dado sobre la base del cual solamente la actividad del Estado adquiere un carácter jurídico. Expresada en una fórmula breve significa, por tanto, la soberanía la propiedad del poder de un Estado, en virtud de la cual corresponde exclusivamente a éste la capacidad de determinarse jurídicamente y de obligarse a sí mismo". Este es el aspecto positivo que dio Jellinek a la soberanía.

Se puede, pues, reducir la definición de Jellinek con base en el principio

"definitio sit brevis". La soberanía es la capacidad exclusiva de determinarse jurídicamente y de obligarse a sí mismo. Está también anunciado el otro problema: tal capacidad corresponde al poder del Estado, como propiedad. Ahora bien, ¿acaso no encontramos, en otras palabras, la misma definición de Bodino? Poder absoluto y supremo de una República. Están también enunciados ambos problemas: poder absoluto y supremo, es decir, independiente y supremo, capacidad exclusiva de determinarse, como también que tal supremacía absoluta corresponde a la República (Estado). Por esto dijimos anteriormente que la noción de soberanía de Bodino se conserva substancialmente. En lo que cabe mencionar una diferencia es en que mientras para Bodino la soberanía tenía como limitación a Dios, a las leyes naturales y las leyes fundamentales de Francia, más ciertos correctivos, para Jellinek la limitación proviene de determinado orden, que es esencial al Estado; es decir, la soberanía sí admite limitaciones, pero éstas deben ser únicamente de naturaleza jurídicas. Este es el gran aporte del Pensador Alemán.

En parecidos términos define Le Fur la soberanía. Dice: La soberanía es la cualidad de un Estado de no ser obligado a determinarse más que por su propia voluntad dentro de los límites de un principio superior de Derecho, y conforme al bien colectivo que debe realizar". Nota I, pág. 392, de la obra de Jellinek.

C) *Titular de la Soberanía.* Vamos a entrar ahora a otra de las cuestiones fundamentales de la soberanía, la relativa al soporte o titular de la soberanía. Este problema se encuentra entremezclado con el anterior, pero ahora lo estudiaremos en forma particular y extractando las diversas opiniones que tocan todos los extremos. Expondremos la nuestra también.

Vamos a enunciar las diversas posturas:

1. La soberanía corresponde a la República. (Bodino).
2. La soberanía corresponde al Príncipe, no como persona de carne y hueso, sino como institución. (Tomás Hobbes).
3. La soberanía corresponde al pueblo, en forma originaria y perpetua. (Rousseau).
4. La soberanía corresponde a la persona física, que en determinado momento gobierna. De aquí los correctivos citados por Jouvenel.
5. La soberanía corresponde al Consejo. (Bacón, citado por Jouvenel, pág. 171).
6. La soberanía corresponde al Parlamento, quien tiene además un poder despótico. (Blackstone, John Austin).
7. La soberanía corresponde al orden jurídico. (Kelsen, Krabbe, Nelson).
8. La soberanía corresponde al Poder del Estado. (Al Edo.) (Jellinek).
9. La soberanía en abstracto puede referirse al Estado, al Reyno o a la República; pero la soberanía en concreto se refiere principalmente a quien es titular del territorio, al que en cada momento es titular de dicho territorio; en la democracia corresponde a todo el pueblo"; en la Aristocracia la soberanía reside en todos aquellos que tienen el poder de domi-

nación; en las monarquías la tiene el Monarca, a quien por esto se llama "Príncipe Soberano o Soberano Señor". (Traité des Seigneuries, París, 1908, pág. 25, citado por Jellinek, nota 2, pág. 375). (Loiseau).

D) *Nuestra opinión*. Por fin, ¿atributo de quién es la Soberanía? Trataremos de formular nuestra tesis, como también de fundarla.

Si recordamos que la definición se asemeja a una proposición, aunque hablando con propiedad no es juicio, tendremos que considerar que en la proposición que resulte, la verdadera definición estriba en el predicado. Pero este predicado, a su vez, lo referiremos exclusivamente al sujeto que nosotros consideramos como soporte o titular de la soberanía. Al mismo tiempo, indicaremos si forma o no parte de la esencia del sujeto. Abarcaremos, pues, en una sola cuestión los dos problemas glosados con anterioridad: ¿Qué es la soberanía? ¿Atributo de quién es?

La soberanía indica independencia y supremacía, limitadas jurídicamente. La Soberanía corresponde al Estado. *Definición*: La Soberanía es un atributo contingente del Estado e indica supremacía e independencia.

Expliquemos nuestra definición: Acogemos la definición de Estado propugnada por Jellinek: Síntesis de población, territorio y poder.

Decimos que la soberanía es un atributo del Estado (El Estado *es soberano*), porque:

No debe predicarse del Príncipe, ni de la persona física que en determinado momento gobierne, ni del Consejo, ni del Parlamento, ni del pueblo, ni del poder del Estado, porque, en efecto, se incurre en el error de predicar o atribuir la soberanía al órgano o a uno solo de los elementos del Estado. Lo primero ya fue acremente criticado por Jellinek. Lo segundo es problemático y conviene analizarlo después. El Príncipe, Consejo, Parlamento, pueblo (que parcialmente es órgano), son órganos del Estado, es decir, instrumento de los que el Estado se vale para manifestar su voluntad. El Poder del Estado es simplemente uno de los elementos del mismo Estado y no se ha probado el por qué se le debe referir exclusiva o principalmente a él. Jellinek lo hace así, pero para diferenciar el poder del Estado de cualquier otro poder. La tesis de Kelsen ya fue rebatida por Heller y también por Mario de la Cueva. Concordamos con ambos. En efecto, un ordenamiento jurídico ni flota en el espacio ni es un juguete de los vientos; un orden jurídico positivo no puede concebirse carente de soporte; es así que el soporte de un orden jurídico sólo es la voluntad (efficienter et immanenter), y según la democracia: la voluntad del pueblo; luego desapareciendo el soporte desaparece el derecho. Kelsen llegó, pues, a "una ciencia del derecho, sin derecho"; citado por Mario de la Cueva, pág. 358.

Nosotros predicamos la soberanía del Estado, es decir, de sus tres elementos, pero de diferente manera. La soberanía conviene al Estado, cierto; pero como lo que está en el todo está también en cada una de las partes, veremos entonces cómo se encuentra en todo y cómo en cada una de las partes (pueblo, territorio, poder). La soberanía conviene al Estado no como nota esencial,

porque es cierto lo afirmado por Jellinek: "El estado de la Edad Media no era aún soberano, pero era ya Estado", pero tampoco conviene al mismo como "propiedad". Esto último lo sostenemos en contra de Jellinek. Veamos qué se entiende por propiedad (Proprium):

Hay cinco maneras o modos para atribuir una cosa de otra. Lo que se predica de otro o pertenece a la esencia de éste, o es algo añadido a su esencia. En el primer caso, o es algo aún determinable o es algo no determinable. Si es algo determinable, es "genero". Si es algo no determinable, o es algo que determina la esencia o es toda la esencia determinada. Si es algo que determina la esencia, es decir al género, es "diferencia"; sí es toda la esencia determinada (género y diferencia juntos) entonces es "especie". Si lo que se predica de otro es algo añadido a la esencia de éste, hay que ver si fluye de su esencia de una manera directa e inmediata o si puede estar o no estar en su esencia. Si lo primero, tenemos el "propio" (propiedad); si lo segundo, tenemos entonces el "accidente". Ahora bien la soberanía de ninguna manera brota de manera directa y necesaria del Estado. Lo anterior está corroborado por el testimonio mismo de Jellinek (El Estado de la Edad Media no era soberano, pero era ya Estado). Por tanto, no es "propiedad" del Estado. Puede preguntarse si no conformando históricamente una propiedad del Estado, ¿debemos admitirla como tal? Es difícil responder; aunque la respuesta parece debe ser negativa, ya que donde quiera que apareciere el Estado, allí le seguiría la soberanía, como agregado directo y necesario. Pensemos, pues, que la soberanía se predica del Estado "in quale contingenter", es decir como accidente, y no "in quale accidentaliter necessario", es decir, como propiedad.

Veamos ahora cómo se encuentra la Soberanía en el pueblo, en el territorio y en el poder. Lo anterior no quiere decir que fraccionemos la soberanía.

En el Pueblo: Acogemos la tesis de Rousseau. La soberanía radica en el pueblo en forma originaria y perpetua. Podemos decir que el pueblo es la fuente permanente y única de la soberanía, es decir, ésta reside en el pueblo como en su única causa eficiente. El pueblo ha sido entendido de tres maneras: a) El pueblo titular del poder constituyente, situado antes y por encima de la Constitución; b) El pueblo constituido o dentro de la Constitución, actuando a través de las funciones representativas (sufragio); c) El pueblo junto o al margen de la regulación Constitucional, como masa, público. Carl Schmitt, citado por Xifra en su obra "Curso de Derecho Constitucional", pág. 365.

Pensamos que debe acogerse la primera significación. Pero una vez que el pueblo se ha dado su Constitución, sólo tiene el pueblo la soberanía como facultad latente, como opina Tena Ramírez? El autor citado dice —refiriéndose a México— que el pueblo hizo uso de su soberanía caundo se constituyó en Estado jurídicamente organizado, esto es, cuando consignó su forma de gobierno, creó los poderes públicos con sus respectivas facultades y reservó a las personas una zona inmune a las invasiones del Poder, las llamadas garantías individuales; que el pueblo subsumió en la Constitución su propio poder

soberano y que incluso la facultad de alterar la Constitución (facultad latente de la soberanía) sólo se ejercita por cauces jurídicos. Por tanto, concluye —siguiendo a Kelsen— que la soberanía reside exclusivamente en la Constitución, una vez que el pueblo la ejercita; qué tal sería la doctrina aplicada al sistema americano, pues la doctrina europea de la soberanía resulta inaplicable al caso. Tena admite, pues, dos titulares de la soberanía: El Pueblo ("dentro del sistem americano el único titular de la soberanía es el pueblo", pág. 9) y la Constitución, cuando el pueblo ya hizo uso de su soberanía. Es valedera la crítica hecha anteriormente al sistema kelseniano.

En el Territorio: La soberanía se encuentra en el territorio como en su sede o "ubi". La soberanía, aplicada al territorio, se llama soberanía territorial, dice Bluntschli en su Derecho Internacional Codificado, pág. 162. El territorio del Estado debe considerarse, generalmente, como inalienable e indivisible. Tal principio —afirma el autor citado— fue desconocido en la Antigüedad y en la Edad Media, pero hoy es aceptado, porque garantiza la estabilidad de los Estados. No es pertinente profundizar en este aspecto, porque penetraríamos al terreno del Derecho Internacional.

En el Poder: la soberanía en el Poder se encuentra referida al Poder en cuanto elemento y, por tanto, se dice del mismo como "in quale contingenter"; pero sete accidente sirve para diferenciar el Poder del Estado de cualquier otro poder que no es del Estado. Así como la corporación es una voluntad colectiva, no real, y, por ende, necesita de órgano para poder expresarse; así también el Estado —que es una persona moral, una ficción de Derecho— necesita de órganos de expresión. Los órganos de ninguna manera pueden, pues, confundirse con la corporación; ésta es la unidad, mientras que la voluntad de la corporación puede ser expresada por el Parlamento, el Pueblo, el Rey, Junta de Notables, sin que por esto se cambie la esencia de la corporación. Esta distinción la debemos a Jellinek, quien manifestó que por no haberse hecho esta distinción se atribuyó al órgano una cualidad que pertenece al Poder del Estado. Por otra parte, el órgano en cuanto manifiesta la voluntad soberana no funge sino como causa instrumental. Xifra Heras estima que la división de poderes destruyó la esencia unitaria e indivisible de la soberanía, op. cit. pág. 314; lo que estimamos falso, porque la causa instrumental puede ser múltiple, sin que por eso se rompa la unidad de la voluntad corporativa o del Estado. Por esta razón también diferimos de la opinión de Tena Ramírez que estima frustrados e inútiles los esfuerzos de Jellinek en cuanto a la citada distinción de soberanía del órgano y soberanía del Estado, pues una cosa es que "necesariamente" el Estado tenga que manifestar su voluntad soberana a través siempre de órganos, gobernantes; y otra, que porque exista tal necesidad de facto, no deba hacerse la distinción. La causa instrumental sólo actualiza a la causa principal, sin que destruya la unidad de ésta, aunque aquella sea múltiple.

E) *Caracteres de la soberanía.* En este apartado haremos un resumen de los diferentes caracteres atribuidos a la soberanía. Algunos le llaman derechos

de la soberanía; Bodino se refirió a ellos al hablar de ocho "vrayes marques"; otros le llaman atribuciones de la soberanía, etc. Otros haciendo caso omiso de las ocho señales de la soberanía, se refieren a caracteres distintos. Los veremos también.

Bodino mencionó las ocho siguientes señales de la soberanía:

1. El derecho de legislar;
2. El derecho sobre la paz y la guerra;
3. El derecho a nombrar los altos dignatarios;
4. El derecho supremo de justicia;
5. El derecho a la fidelidad y a la obediencia;
6. El derecho de gracia;
7. El derecho de moneda;
8. El derecho a fijar impuestos.

Esta enumeración fue criticada por Loyseau. También por Jellinek, quien la juzgó arbitraria y antisistemática.

Blutschli redujo a cinco tales derechos:

1. Derecho de constituirse a sí mismo;
2. Derecho de tener una legislación independiente para su pueblo y territorio;
3. Derecho de gobernarse y administrarse por sí mismo;
4. Derecho de hacer libremente los nombramientos para los empleos públicos;
5. Derecho de designar y acreditar representantes cerca de los demás Estados. (Obra citada, pág. 90).

Rousseau menciona las siguientes características de la Soberanía, las que que son consecuencia de la naturaleza de su titular:

1. Una;
2. Indivisible;
3. Inalienable;
4. Imprescriptible;
5. Ilimitable;
6. Infalible en su esfera.

Sinteticemos sus razonamientos:

La voluntad general es *una* y no dos en el mismo pueblo; tal voluntad se forma como voluntad "idéntica" de todos los hombres. Si es una, no puede fraccionarse *ni dividirse*, porque la voluntad general es convergencia de los quereres idénticos de todos los hombres. Es inalienable porque "la voluntad,

individual o general, soporte de la soberanía, no puede enajenarse; el hombre no puede renunciar a la esencia de su ser, y su voluntad forma parte de esa esencia". De la Cueva, pág. 331. Textualmente dice Rousseau: "Le pouvoir peut bien se transmettre mais non pas la volonté". Es imprescriptible porque la voluntad es extrictamente personal y no se puede renunciar a la propia libertad; de dónde se desprende que por más tiempo que dure la esclavitud de un hombre o de un pueblo, no puede legitimarse la esclavitud. Es ilimitable, porque en efecto la voluntad general carece de límites. Es infalible, por lo menos en su esfera, porque dicha voluntad general manifestada debe acatarse.

La Constitución Francesa de 1791, Título III, artículo 1º, recogió algunos de los caracteres de la soberanía. Dice tal artículo: "La souveraineté est une, indivisible, inalienáble et imprescriptible". Igualmente la Constitución de 1848, art. 1º, dijo "La souveraineté réside dans l'université des citoyens francais. Elle est inaliénable et imprescriptible". El Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán a 22 de octubre de 1814, en su Capítulo II, De la Soberanía, artículo 3c, recoge los siguientes caracteres: "Esta (la soberanía) es por naturaleza imprescriptible, inenajenable e indivisible".

Ya vimos anteriormente cómo Jellinek aportó una nueva característica a la soberanía: la limitabilidad; y ésta, de naturaleza jurídica.

División de la Soberanía. Se le divide en interna y externa. En la dimensión interna expresa supremacía; en la externa, independencia. ¿Puede dividirse también en limitada y no limitada? ¿Y esto en cuanto a su ámbito y no a su contenido? ¿Divida y no divida? Estos problemas quedarán resueltos al hablar de la soberanía en el Estado Federal.

CAPITULO III

De la soberanía en el Estado Federal. Exposición y crítica: A) La doctrina de la cosoberanía. B) La soberanía como nota esencial del Estado. C) El Estado Federal como Estado Unitario. D) Sólo el Estado Federal es soberano. E) Teoría del Tercer Término. F) El Estado Descentralizado. Fórmula práctica. G)Opinión de Tena Ramírez. H) Nuestra opinión.

Vamos a entrar a otro de los capítulos que más discusiones ha acarreado en la doctrina del derecho constitucional: al Estado Federal. Al tratar de desentrañar la naturaleza del Estado Federal las discusiones han girado en torno al tema de la soberanía. Y en efecto, la cuestión parece dilucidarse con tal nota y no con otra. Pero no es así, por el contrario se subraya mucho más, como luego veremos. ¿Qué nota podría distinguir la esencia o estructura del Estado Federal? Veamos:

Se ha repetido hasta la saciedad que el Estado Federal es un ente híbrido, que nace como término medio entre el Estado Unitario y la Confederación.

El segundo de los nombrados se llama Unitario "cuando sus instituciones de gobierno constituyen un solo centro de impulsión política. En el Estado Unitario, todos los ciudadanos están sujetos a una autoridad única, al mismo régimen constitucional y a un orden jurídico común". Xifra Heras, *op cit.*, pág. 445. La Confederación no es otra cosa más que la reunión de varios Estados en uno solo. ¿En qué se distingue el Estado Unitario de la Confederación? Mientras en el Estado Unitario la soberanía radica en el Poder Central, la misma en la Confederación radica particularmente en cada uno de los Estados miembros de la Confederación. La Confederación en sí no goza de la nota de la soberanía. El Estado Federal, por el contrario, engendra graves discusiones cuando se quiere descubrir su naturaleza. Ya mencionamos que todas éstas giran en torno a la soberanía. Hay opiniones de todos los matices, desde las que asimilan al Estado Federal con el Estado Unitario, hasta las que lo asimilan a la Confederación; las hay también las que postulan una doble soberanía, como las que restringen el término Estado exclusivamente al Estado Federal; otras que atribuyen la soberanía sólo a la Federación y otros que lo conciben como forma avanzada de descentralización. Las veremos todas. Antes digamos qué entendemos por Estado Federal.

Citemos la definición que da Xifra: "El Estado Federal es una forma política compleja, que engloba una pluralidad de organizaciones políticas dotadas de ordenamientos constitucionales propios (federados), que participan en la estructura y funciones de un ordenamiento jurídico-político superior (federal), al que se hallan subordinadas", pág. 453. En iguales términos da Mouskheili su definición de Estado Federal. Dice que "el Estado Federal es un Estado que se caracteriza por una descentralización de forma especial y del grado más elevado, se compone de unidades miembros dominados por él, pero que poseen autonomía constitucional y participan en la formación de la voluntad federal". Ahora bien, mencionamos las diferentes teorías relativas a la naturaleza del Estado Federal y expongamos razonadamente la nuestra. Empecemos con las primera:

A) Existe la teoría de la cosoberanía. Esta considera como Estados tanto al Estado Federal, como a las entidades particulares, miembros del Estado Federal. En esta teoría la Federación es soberana dentro de la esfera de su competencia, pero también los Estados miembros son soberanos en aquellas competencias no transferidas a la Federación. A primera vista resalta que esta opinión es inaplicable al problema planteado por nosotros (México-Oaxaca), porque en el caso, dice bien Tena Ramírez, que el Acta Constitutiva de 1824 creó a los Estados y no los Estados intervinieron creando el Acta. En México, pues, no preexistieron Estados Particulares Soberanos que hayan transferido parte de su soberanía y se hayan reservado otra parte. Estos fueron creados por Acta Constitutiva de 24. Además, en aquellas competencias no transferidas, obran en cuanto a Estados, no en cuanto a Soberanos.

En la teoría expuesta se acepta la limtiación de la soberanía, pero sólo en cuanto al ámbito y no al contenido. Mohl dijo por eso que se trata de una

soberanía dividida, no limitada. Tal teoría apareció por primera vez en Norte América en el periódico "El Federalista" y la llevaron a Europa Tocqueville y Weitz. Pero fue precisamente Jorge Weitz quien le dio rigurosa construcción jurídica. Esta doctrina floreció a fines del segundo tercio del siglo XIX, languideció al final del siglo citado, y a principios del XX se intentó su restauración.

B) La Soberanía es nota esencial del Estado. Por tanto, no cabe hablar de Estado Federal y Estados Miembros. Sólo el Estado Particular goza de la nota de la soberanía, no así pues, la Federación. Así lo sostuvo John C. Calhoun en Norte América y Max Von Seydel en Alemania. El Estado Federal, pues, se asimila a la Confederación. Tal opinión tampoco puede aplicarse al problema que estudiamos, porque nuestros Estados fueron "a posteriori" y éste no es el caso contemplado por Calhoun y Seydel.

C) Hay otra corriente que asimila la Federación al Estado Unitario. En esta doctrina la soberanía es nota esencial del Estado, pero admite limitaciones de tipo internacional y de tipo constitucional "en su ejercicio". Aunque la soberanía es esencial al Estado, sin embargo en el Estado Federal los Estados Particulares han renunciado a su soberanía en favor del Poder Central. Tal renuncia no es absoluta, sino que reciben del Poder Central algunos derechos soberanos. En esta doctrina los Estados miembros no son Estados en el pleno sentido de esta palabra, porque están sometidos a una soberanía. Esta opinión, pues, asimila El Estado Federal al Estado Unitario, pero con una nota más, con la nota de "cualificado". Objeción: no se ve claro cómo siendo la soberanía nota esencial del Estado, pueda renunciar a dicha nota esencial permaneciendo aún Estado, aunque no en el Pleno sentido de esta palabra. Si no es Estado en el pleno sentido de la palabra, ¿qué es?

Heller puede sumarse a esta corriente de opinión, pues dice: "el Estado es una unidad de decisión soberana sobre un determinado territorio. Sólo el Estado Federal tiene la decisión universal en última instancia; el Estado miembro carece de ella". La decisión del Estado Federal puede ser intra praeter e incluso contra legem; pero claritatis gratia, se debe reservar el nombre de Estado a la unidad de decisión universal.

D) Una cuarta posición la constituye la iniciada por Laband. Tanto la Federación como las Entidades Particulares son Estados; pero únicamente el Estado Federal goza de la soberanía. Distingue en el Estado Miembro dos dimensiones: visto desde la Federación, es "dominado"; visto desde los súbditos, es "dominador". Las Entidades Particulares son Estados, porque poseen a título propio "un derecho de dominación público y constituyen uno poder independiente".

En igual forma sostiene Jellinek su tesis: Hay Estados soberanos y Estados no soberanos. Lo que caracteriza al Estado no es la soberanía, sino "el poder originario de mandar", esto es, que este poder no sea derivado. "Allí donde haya una comunidad con un poder originario y medios coercitivos para dominar sobre sus miembros y su territorio, conforme a un orden que le es propio, allí existe un Estado". Jellinek, *op. cit.*, pág. 400. ¿Qué nota diferencia al Estado Soberano del que no lo es? "Los límites entre Estado soberano y no soberano son ya fáciles de señalar. La soberanía es la capacidad para determinarse de un modo autónomo jurídicamente. De aquí que el Estado soberano es el único que puede, dentro de las limitaciones jurídicas que a sí mismo se haya puesto, ordenar, de una manera plenamente libre, el campo de su actividad. El Estado no soberano, por el contrario, se determina libremente sólo en tanto que la esfera en que lo hace es aquella en que obra como Estado". Son las propias palabras de Jellinek. "Entre el Estado Federal y el Estado miembro no se halla repartida ni la soberanía ni el poder del Estado. Están, sí, repartidos los objetos a que se dirige la actividad estatista, pero no la actividad subjetiva que a estos objetos se refiere", pág. 411, 2a. edición, julio de 1957, Cía. Editorial Continental, México, D. F. Así como el poder del Estado es indivisible, así también lo es la soberanía. Esto como consecuencia de la concepción jurídica "unitaria" del Estado. No existe, pues, ninguna soberanía dividida, fragmentaria, disminuida, limitada, relativa. Los que afirman que tanto el poder del Estado, como la soberanía son divisibles, se mueven aún dentro del campo de la confusión de soberanía del Estado y soberanía del órgano; los que afirman la indivisibilidad, se mueven dentro del campo que atribuye exclusivamente la soberanía al poder del Estado. Conclusión: la soberanía es una y sólo la tiene el Estado Federal. Jellinek estima que el Estado Federal es un Estado soberano integrado por una variedad de Estados; que en conjunto son cosoberanos; pero en forma particular cada Estado carece de la nota de la soberanía; "Los Estados miembros del Estado Federal son Estados no soberanos", *op. cit.*, pág. 623; que en tanto predomina o prevalezca la soberanía del Estado Federal, los Estados miembros pierden su carácter de Estado; en tanto domina la competencia del poder del Estado Federal, desaparecen las diferencias de los Estados miembros; que por esta razón tanto el pueblo como el territorio de los Estados miembros son el pueblo y territorio del Estado Federal; que en las Repúblicas Federales funciona siempre una Cámara de Senadores, representación directa de los Estados miembros, pero que realizan funciones de la federación; que las Legislaturas locales tienen participación directa en las modificaciones a la Constitución General; que en rigor jurídico los Estados miembros en tanto son Estados en cuanto ejercen sus funciones totalmente independientes y liberados del poder federal; que "el Estado miembro es Estado, si no se halla sometido al poder federal y pierde el carácter de tal, en cuanto queda sometido al poder de éste", pág. 624; sin embargo, cuando domina el Estado Federal, el Estado miembro sólo existe en cuanto exige prestaciones del Estado Federal y en cuanto participa en el ejercicio de la soberanía de aquél; participa de dicha soberanía como órgano del Estado total; en cuanto participante es órgano, no Estado; y en cuanto sometido y a pesar de dicho sometimiento exterioriza una voluntad independiente, es agrupación no estatista;

cuando se identifican estas dos concepciones, es cuando surge la falsa idea de que el Estado miembro, "qua tale", está sometido al Estado Federal. Por tanto, el Estado miembro goza del carácter estatista en dos direcciones: "como comunidad que está libre del Poder del Estado federal, y como titular de exigencias jurídicas de carácter público con respecto al Estado federal y de acuerdo con la Constitución de éste". Jellinek siguiendo a System postula cuatro relaciones bajo las cuales debe considerarse jurídicamente al Estado miembro. Son: a) Sometido al Estado federal carece del carácter estatista; b) estando sometido, tiene, sin embargo, una zona libre de la soberanía del poder federal, en la que muestra su carácter de Estado; c) por ser Estado tiene derecho de exigir prestaciones del Estado federal; d) en cuanto Estado tiene derecho de exigir su situación de órgano en el Estado federativo, si bien, no como Entidad particular, sino como órgano del Estado federal. Jellinek subraya un princiipo de fundamental importancia en el Estado federal: "que la organización jurídica del Estado miembro sólo puede enclavarse dentro de las limitaciones puestas por el Estado Federal", pág. 632. Le Fur estima que aunque este principio no se encuentre prescrito de manera expresa, debe darse por subentendido; Jellinek, pues, estima que en el Estado federal existe jurídicamente solamente un poder soberano; que lo que ha creado la confusión y hasta la "división" de la soberanía, en el Estado federal, ha sido la falsa perspectiva de considerar al Estado federal como Estado unitario que comparte su soberanía con los Estados miembros.

Otra modulación de la doctrina anteriormente expuesta y que coincide substancialmente con ella, es la de Verdross, Adamovich y Kunz. Tanto la Federación, como las entidades particulares son Estados, pero la soberanía sólo corresponde al Estado Federal. La soberanía de ninguna manera es elemento esencial del Estado. Kunz distingue al Estado en el sentido del Derecho Internacional, único que goza de la soberanía, del Estado en el sentido del Derecho interno, es decir, el dotado de autonomía constitucional Los Estados en este segundo sentido no son soberanos y sus competencias le son atribuidas por el Estado en el sentido del Derecho Internacional.

E) Existe una teoría denominada del Tercer Término. La sostienen Haenel, Gierke, Nawiasky y Kelsen. Según esta posición la soberanía no se encuentra ni en el Estado Federal (primer término) ni en los Estados Miembros (segundo término), sino que es urgente encontrar un tercer término, que no puede ser otro que la "totalidad orgánica", es decir, "la síntesis orgánica de la Federación y de los miembros". Así lo postulan principalmente Haenel y Gierke. Según Nawiasky, quien parte desde un punto de vista deductivo del concepto de Estados in génere, no empírico, la soberanía es de la esencia del Estado. Los Estados miembros de una Federación son también soberanos; entonces no existe distinción entre la Federación y la Confederación. Según el autor citado, en el Estado Federal se da una Confederación ampliada en torno a un Estado Central. El Estado Federal se encuentra "junto" a los Estados Miembros y no "sobre" ellos. Tanto el Estado Federal, como los Estados Miembros son soberanos; entre ellos existen relaciones de coordinación; pero como son Estados parciales, se tienen que complementar a fortiori recíprocamente. De esta complementación surge el tercer término, que goza de la soberanía plena.

Para Kelsen el Estado Federal tiene la siguiente estructura: a) Distingue una Constitución Federal (primer término), como los principios fundamentales de las constituciones de los Estados (segundo término); ambos (Constitución y principios) forman la Constitución conjunta. Esta es la única soberana. He aquí el tercer término. En la estructura del Estado Federal menciona también un orden jurídico federal y un orden jurídico particular. El primero está formado por las normas jurídicas que caen dentro de la competencia federal; el segundo está formado por las Constituciones particulares dentro de límites de la Constitución conjunta. El federalismo es para él un sistema de descentralización. Distingue tres órdenes de descentralización: cierta *autonomía administrativa*, de que gozan los municipios; cierta *autonomía política*, de que gozan las provincias autónomas pero que carecen de autonomía legislativa; y la *autonomía constitucional*. De ésta solamente goza el Estado miembro o federado.

F) Una última concepción sobre el Estado Federal la constituye la de Mouskheli. Según este autor, hay que concebir al Estado Federal como un Estado descentralizado, pues tal descentralización está basada en la Constitución y no en leyes ordinarias. Por otra parte, entre las competencias descentralizadas, hay algunas a título exclusivo y al margen del Estado Central. En esta doctrina, ¿dónde reside la soberanía? No encontramos la respuesta segura. Parece ser que la soberanía reside en el Estado central.

Por las opiniones expuestas nos daremos cuenta que el problema es agudo y florido en bemoles. Concordamos con Xifra Heras cuando éste dice que no siempre resulta fácil determinar si una organización política es o no soberana; que la duda nos acoge principalmente con respecto a los Estados Miembros de las Federaciones, los que ofrecen grandes analogías con las entidades autónomas de algunos Estados Unitarios. "Los textos federales, en efecto, —dice el autor citado— señalan siempre limitaciones a las competencias de los Estados Miembros, aunque ello no es óbice para que el poder de éstos, en la mayoría de los casos, sea originario y supremo en su ámbito de competencias in suo órdine", pág. 116 y 117. Después cita a Biscaretti, quien, conjugando el criterio genético-histórico del ordenamiento jurídico, como el principio causal de su validez, nos propone una fórmula práctica para descubrir si una organización política es o no originaria, es decir, soberana en su orden. Tal fórmula es la siguiente: 1) "Si se anula hipotéticamente el ordenamiento del que parece depender el que se examina, y éste subsiste, se trata efectivamente de un Estado Soberano, mientras que si se extingue, se trata de una institución que no tiene tal carácter; 2) Toda organización que no desarrolle por lo menos las funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional no puede

ser soberana, y 3) El órgano supremo de un Estado soberano no puede depender de otro superior".

Con tal fórmula práctica no estamos de acuerdo por las siguientes razones:

Se presentan dos casos en la Pirimera regla:

1. Desaparece el independiente, subsiste el dependiente.
2. Desaparece el independiente, desaparece el dependiente.

En el primer caso, ¿subsiste el dependiente como Estado Soberano desapareciendo el independiente? No necesariamente. Biscaretti parte de la tesis de que es de la esencia del Estado la soberanía y por eso concluye así. Pero para los que afirmamos que la soberanía no es de la esencia del Estado, la subsistencia del ordenamiento dependiente será única y exclusivamente como Estado y no más.

En el segundo caso, ¿desapareciendo el independiente desaparece el dependiente? Puede ser. Pero también puede ser que aún desapareciendo el independiente subsista el dependiente. De otra manera: la desaparición del independiente no necesariamente conlleva la desaparición del dependiente.

Vamos a la segunda regla: Cuando una organización desarrolla las funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional se encuentra más cerca de ser soberana; pero del hecho de que desarrolle tales funciones no se sigue necesariamente que por eso es soberana. La soberanía bien puede alcanzarla por un acto de fuerza o por un acto legislativo, siempre y cuando tal acto legislativo no esté prohibido por la Constitución. Si está prohibido, es imposible jurídicamente que la alcance.

Vamos a la tercera regla: Esta es la única regla valedera. Donde se encuentre esta señal, allí hay un Estado Soberano. ¡Venciste, Juan Bodino!

G) *Tena Ramírez* al hablar del Estado Federal distingue dos elementos específicos del mismo: La autonomía local y la participación de los Estados Miembros en las reformas a la Constitución general. Gaxiola mantiene la tesis contraria, es decir, que la participación directa en la revisión de la Constitución General por parte de los Estados miembros no es elemento específico del Estado Federal. Esxpongamos en forma un poco más amplia la opinión de Tena Ramírez.

Ya dijimos anteriormente que Tena Ramírez sigue en parte la posición tanto de Pelsen, como de Mouskheli, apoyándose, además, en Gaxiola. Considera al federalismo como un fenómeno de descentralización. Esta descentralización consiste fundamentalmente en la facultad que tienen los Estados miembros de darse y revisar su propia Constitución, elemento de calidad y no de cuantidad, con respecto a las demás descentralizacionse y de tal manera es básico este elemento cualitativo, que si no se da, no surge el Estado Federal. Por otra parte, aunque la facultad de darse su propia Constitución coincida con la soberanía, puesto que ésta también se expresa en el momento de darse su propia Constitución sin embargo, cabe hacer una distinción entre

Soberanía y facultad del Estado miembro de darse su propia Constitución, es decir, entre soberanía y autonomía. La autonomía supone dos estamentos: un estamento "proprie'" autónomo, esto es, de autodeterminación; y un estamento heterónomo, es decir, de restricciones jurídicas impuestas por una voluntad extraña a la voluntad del Estado Miembro. En tanto la soberanía en términos simplistas y absolutos indica solamente "autodeterminación plena"; carencia de "determinantes jurídicos extrínscos". La autonomía presupone doble zona. Aceptamos la significación arbitraria que al respecto se da a la palabra "autonomía", pues a más de estar permitido lo anterior "por convención" lógica, es patente nuestra carencia de términos no sólo técnicos, sino comunes para poder expresar situaciones como la comentada.

La autonomía local, o mejor dicho, la autonomía constitucional, constituye el primer elemento específico del Estado Federal. Tal autonomía se distingue de soberanía, luego ésta no se da en el Estado miembro; lo que se da es la autonomía.

Entremos ahora al segundo elemento específico. Tena Ramírez estima que la participación de los Estados miembros en las reformas a la Constitución General es nota de esencia en el Estado Federal. Más aún, que en México este elemento se encuentra legislado en el artículo 135 de la Constitución General en donde se postula la aprobación mayoritaria de las Legislaturas de los Estados Miembros. En la Constitución de 57 tal artículo es el 127, idéntico al 135 de la de 17. Si la Cámara Alta (Senado) no tomara parte en las reformas constitucionales, no por eso se quebranta el principio, puesto que el mismo está asegurado con la participación de las Legislaturas. Tena Ramírez sólo exige, pues, la participación directa de la voluntad de los Estados miembros en las reformas a la Constitución General; la participación indirecta –la del Senado, representantes de los Estados– no es necesaria para la existencia del Estado Federal. Tal formulación es contraria a la tesis sostenida por Mouskheli, quien postula como elementos de esencia del Estado federal la concurrencia de la participación directa e indirecta.

En conclusión, para Tena Ramírez tres son los elementos "sine qua non" del sistema federal: "Una zona de materias retenidas por los Estados miembros (en la que opera la autonomía constitucional), una zona de facultades delegadas en los Poderes centrales y un sistema que garantice a los Estados miembros la conservación del anterior *status*". Este último aspecto sólo se mantiene con la participación de los Estados miembros en las revisiones constitucionales.

H) *Nuestra opinión.* Nuestra opinión que en este momento sólo esbozamos, se tendrá completa con lo que hemos sostenido al hablar de la soberanía (qué es y de quién se predica y cómo se predica) y con lo que apuntaremos después al hacer el estudio exclusivo concreto de las soberanías en Oaxaca.

Hemos dicho que la nota de la soberanía no es esencial al Estado, como que del mismo se atribuye "in quale contingenter"; que no obstante no ser la soberanía algo esencial del Estado, sin embargo tal nota sirve paar distin-

guir al poder del Estado de cualquier otro poder. Esto no encierra mayor dificulta, pues los accidentes sirven también para distinguir una cosa de otra. Ahora bien, cómo se encuentra la soberanía en el Estado Federal? El Estado Federal surgió como tipo intermedio entre el Estado Unitario y la Confederación. Es conveniente recordar que en la Confederación la soberanía se encuentra en cada uno de los Estados miembros, pero la Confederación "en sí" no posee la nota de soberanía. En el Estado unitario la soberanía radica en el Poder Central, es decir, únicamente la tiene toda y cabalmente el Estado Unitario. Ahora bien, conviene distinguir la doble modalidad de creación del Estado Federal, en la que podemos distinguir una regular y otra irregular. Un Estado surge a la vida social y política con la categoría de Federal —y esto en forma regular— cuando siendo varios Estados Particulares y que gozan plenamente de su soberanía, se unen constitucionalmente para integrar un solo Estado, es decir, un Estado Federal. Así surgió Estados Unidos de Norte América. Un Estado surge en forma irregular a la vida social y política como Estado Federal, cuando siendo Unitario se desmembra en Estados Particulares. Tal es el caso de México. México surgió —ya lo dijimos— como Estado Federal en el Acta Constitutiva de 1824. Antes no había Estados particulares, hablando jurídicamente. ¿Cómo se encuentra la soberanía en el Estado Federal? Si atendemos a la forma de cómo surgió el Estado Federal Mexicano, notaremos que no habiendo Estados particulares preexistentes, que hubieren gozado de la nota de la soberanía, no hubo, por tanto, transferencia de la misma al Estado Federal. Si atendemos a que un Estado Unitario Soberano se desmembra —según Acta de 1824— en Estados particulares, ¿hay que decir también que la soberanía se desmembró? ¿Que la misma de dividió? ¿Que hay pequeñas soberanías en una mayor? ¡Pensamos que no! Entonces, ¿qué explicación racional damos? La siguiente:

Existe en México el Estado Federal, como también se dan Estados particulares, es decir, que son Estados tanto las entidades miembros, como también el Federal. La soberanía, pues, no es de la esencia del Estado. Pero únicamente el Estado Federal goza de la soberanía; los Estados particulares no la tienen. Sin embargo, el Estado Federal mexicano no por eso puede asimilarse a un Estado Unitario. Veamos:

La soberanía surgió como concepto unitario. Si bien son dos palabras las de "supremacía" e "independencia"; sin embargo, ambas quedan subsumidas "significativamente" en soberanía. Para que haya, pues, soberanía, se necesita el ensamble, la unidad de las dos palabras, la única significación: Independencia en lo exterior, supremacía en lo interior. Ninguna de estas dos notas se dan en los Estados particulares, porque son dependientes y, además, porque no constituyen la instancia decisoria suprema en su propia esfera. Lo que la Constitución de 1857 denomina en su artículo 40 "Estados libres y soberanos en su régimen interior", debe entenderse simplemente como autonomía constitucional. Y esto, con liimtaciones expresas, pues ninguna norma constitucional particular debe contradecir el texto federal. En este aspecto, seguimos parcialmente las ideas de Heller, Laband, Verdross y Mouskheli. A este último

sigue Tena Ramírez cuando habla de la soberanía en el Estado Federal, pues en México los Estados particulares gozan de autonomía constitucional y participan en la formación de la voluntad federal.

El Estado Federal mexicano no puede asimilarse al Unitario, porque no hay autoridad única; hay sí regímenes constitucionales parciales, que sólo rigen en determinado territorio, y un orden constitucional supremo, que rige en toda la federación y que impone, además, restricciones y limitaciones a los órdenes jurídicos particulares. Por otra parte, además de que los Estados miembros tienen el carácter de tales al organizarse, sus Legislaturas son también órganos supremos del poder federal. "Este enlace —dice Jellinek— entre el titular del órgano del Estado miembro con el del Estado Federal es muy peculiar, y constituye una relación que no se encuentra en otra parte". *Op cit.*, pág. 625.

Puede preguntar alguien: ¿Cómo es que siendo la soberanía algo accidental al Estado, se encuentra sin embargo en el Estado Federal? Esta pregunta se contesta sólo con base en la historia. En el caso de México, porque al darse su Independencia la conquistó. ¿Puede un Estado particular conquistar su soberanía? Esto quedará resuelto con lo que digamos después.

CAPITULO IV

A) Sistema Federal Norteamericano. B) Sistema Federal Mexicano. C) Estudio crítico de los cuatro movimientos de Soberanía: Primera Soberanía; Segunda Soberanía; Tercera Soberanía; Cuarta Soberanía.

Antes de entrar al estudio crítico de los movimienetos de Soberanía en el Estado de Oaxaca, vamos a hacer un brevísimo estudio comparativo del sistema federal en los Estados Unidos de Norte América y en los Estados Unidos Mexicanos. Lo anterior, sólo para aclarar un poco más lo dicho en el capítulo precedente.

A) *Sistema Federal Norteamericano.* El sistema federal es también de creación reciente. Se originó en lo que hoy conocemos como Estados Unidos de Norte América. Las Colonias angloamericanas decidieron independizarse del Reino Británico, en 1775. Las Trece Colonias gozaban de autonomía y no había ninguna relación de dependencia de una con respecto a la otra. Al principio cada Colonia optó por convertirse en Estado Independiente. En 1777 decidieron crear una Confederación, la que realizaron cuatro años después. No obstante de que con la Confederación estaban seguros de los ataques del extranjero y de que cada Estado miembro conservó sus prerrogativas específicas; sin embargo, el Congreso Confederado no tenía medio coactivo alguno para obligar a los Estado smiembros al cumplimiento de las leyes de la Unión. Por esto se reunió en Filadelfia —mediados de 1787— la Convención Federal con el objeto de hacer posible la obligatoriedad de las leyes federales.

Se impuso en aquella Convención la corriente ecléctica, conocida como "Transacción Connecticut". Adoptó de la de Virginia la representación proporcional al número de habitantes, pero sólo para la Cámara de Representantes (Diputados); y de la de New Jersey la representación igual para todos los Estados. Así se creó la Cámara de Senadores y apareció, por tanto, el bicamarismo. Además, se aceptó por la Convención Federal de que en las modificaciones de la Constitución deberían participar el Congreso Federal y las Legislaturas Estatales. Alexander Hamilton describió en el "Federalista", artículo XXXII, el federalismo de la siguiente manera: "La confusión completa de los Estados dentro de la soberanía nacional, implicaría la absoluta subordinación de las partes, y los poderes que se les dejaran estarían siempre subordinados a la voluntad general. Pero como el plan de la convención tiende solamente a conseguir una confusión o una unión parcial, los gobiernos de los Estados conservarán todos los derechos de la soberanía de que disfrutaban antes y que no fueron delegados de manera exclusiva en los Estados Unidos por dicho instrumento".

La Asamblea Constituyente de Filadelfia expidió, en 1787, la Constitución norteamericana aún vigente creando el Estado Federal. (Angel María Garibay ha anunciado que a fines del presente siglo xx, los Estados Unidos de Norte América se fraccionarán en dos o más Estados, por las ideas tan contradictorias que en la actualidad conmueven aquel gran país. Periódico "El Día", de fecha 26 de agosto de 1964).

B) *Sistema Federal Mexicano.* Veamos ahora cómo se produce el federalismo en México. Retrotraigámonos un poco al México Dependiente. Toda la política Colonial fue Centralista. Tal centralismo se agudizó con el sistema de intendencias creado por José de Gálvez, ministro de Carlos III. Pero tales intendencias no eran autónomas y dependían del Gobierno Central. Más aún, no existían poderes legislativos en las intendencias y ni aún en la Nueva España, pues todas las disposiciones legales emanaban directamente del Rey y a falta de leyes especiales aplicables a "las Indias", regían supletoriamente las españolas. En tales condiciones México conquistó su Independencia. Apareció al mundo político, pues como Estado Unitario.

Busquemos ahora el antecedente mexicano más remoto del Sistema Federal y por tanto, de Estados "libres y soberanos" en su régimen interior. Sabemos que el país se vio envuelto en luchas entre Centralistas y Federalistas. Hagamos un breve recorrido:

En la Constitución de Apatzingán promulgada por el Generalísimo D. José Ma. Morelos y Pavón, en 1814, se previeron futuros cambios, ya que se estableció que "en los pueblos, villas y ciudades continuaran respectivamente los gobernadores y repúblicas, los ayuntamientos y demás empleos, *mientras no se adopte otro sistema; a reserva de las variaciones que oportunamente introduzca el Congreso,* consultando el mayor bien y felicidad de los ciudadanos", Artículo 208.

Ciertamente que sto esfuturos cambios nada dicen respecto al sistema federal y menos pueden ya entreverse los "Estados libres y soberanos en su régimen interior"; pero en fermento algo había para cambiar el viejo y caduco sistema español centralista.

Desde la caída del Imperio de Iturbide se debatió arduamente la implantación del sistema federal o central. El 28 de mayo de 1823, ante el Primer Constituyente congregado nuevamente, el diputado Don Servando Teresa de Mier presentó su "Plan de Constitución Política de la Nación Mexicana" en que se adoptaba el sistema centralista. Tal proyecto no fue aprobado y después de varios debates, el 12 de junio de 1823 el "Voto del Congreso" declaró que "El Gobierno puede decir a *las provincias* estar el voto de *su soberanía* por el sistema de *república federada,* y que no lo ha declarado en virtud de haberse decretado se forme convocatoria para nuevo Congreso que constituya a la nación".

El Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, de 24 de enero de 1824, expedida el 3 de febrero de 24, habla en sus artículos 3º de la soberanía, la que reside radical y esencialmente en la nación, a quien pertenece en forma exclusiva adoptar —por medio de sus representantes —la forma de gobierno más conveniente, etc.; en el 5º textualmente dice: "La nación adopta para su gobierno la forma de república representativa *popular* federal"; en el artículo 6º: "Sus partes integrantes son *Estados independientes, libres y soberanos,* en lo que exclusivamente toque a su *administración y gobierno interior,* según se detalle en esta acta y en la Constitución General"; y en el 7º: "Los Estados de la Federación son por ahora los siguientes: . . ." Estimo que este es el antecedente más remoto en cuanto a la denominación de "libres y soberanos en su administración y gobierno interior"; texto que después vemos reproducido en el artículo 46 del proyecto de la Comisión de 1856, que se convierte en la Constitución de 1857 en el artículo 40, como después veremos.

La "Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos", expedida el 4 de octubre de 1824, adoptó en su artículo 4º el sistema federal: "La nación mexicana adopta para su gobierno la forma republicana representativa popular federal". No dijo nada sobre los Estados "libres y soberanos".

En 1836, mes de abril, termina de promulgarse la denominada Constitución Centralista de "Las Siete Leyes". Por esta "Constitución de las Siete Leyes" los Estados fueron convertidos en Departamentos, artículo 1º de la Sexta Ley; los Gobernadores eran nombrados por el gobierno general a propuesta en terna de las juntas departamentales, artículo 5º de la propia Ley. Desapareció pues, el sistema federal.

Siendo Presidente de la República don Nicolás Bravo, éste designó a 80 Notables para que elaboraran las Bases Constitucionales; pero éstos formularon una Constitución. Tal Constitución recibió el nombre de Bases Constitucionales. Habiendo reasumido Santa Anna la Presidencia de la República sancionó tales bases, las que fueron promulgadas el 14 de junio de 1843. Tales bases son conocidas como "Bases Orgánicas de 1843". Fue también Centralista.

El artículo 40 de la Constitución de 1857 textualmente dice: "Es voluntad

del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, *federal*, compuesta de *Estados libres y soberanos* en todo lo concerniente a su *régimen interior; pero unidos* en una federación establecida según los principios de esta Ley fundamental". Este artículo fue discutido por el Constituyente de 1856 en la sesión del 9 de septiembre de ese mismo año. Se tomó como base para la discusión el artículo 46 del proyecto de la Comisión. Este añadía lo siguiente: "salvo todo lo relativo a los intereses comunes y nacionales, al mantenimiento de la Unión, y a los demás objetos expresados en la Constitución". Tal expresión fue suprimida por la Comisión de Constitución tras breve debate. El artículo, tal como aparece citado, fue aprobado por unanimidad de 82 diputados presentes. El artículo 40 de la Constitución de 1857 se encuentra idéntico en la Constitución de 1917; incluso bajo el mismo número. Se adoptó, pues, nuevamente el artículo 6º del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana de 1824.

C) *Estudio crítico de los cuatro movimientos de Soberanía.* Entremos ahora al estudio crítico de cada uno de los movimientos soberanos en Oaxaca. Lo anterior bajo la vigencia de la Ley Suprema cuando ocurrió cada movimiento soberano, es decir, vigente la Constitución de 5 de febrero de 1857, y a la luz de la doctrina jurídica. Nuestra crítica ya la enderezamos bajo nuestro punto de vista. Veamos:

Primera Soberanía. Este primer movimiento es calificado por el señor Lic. Gustavo Pérez Jiménez como "La primera soberanía de Oaxaca" en su obra "Las Constituciones del Estado de Oaxaca", pág. 103. En realidad no se trata de un movimiento soberano, ya que claramente se lee en el Decreto transcrito que lo único que hizo el Gral. Antonio de León, Gobernador en aquel entonces del Departamento de Oaxaca (había tomado el cargo el 29 de noviembre de 1844 y lo dejó el 2 de septiembre de 1845) fue desconocer a la autoridad suprema declarada por Decreto de 29 de noviembre de 1844; pero en el propio Decreto del Gral. Antonio de León se expresa que el Departamento de Oaxaca reconoce a los poderes supremos establecidos conforme a las bases constitucionales y que "obsequiará sus disposiciones en cualquier lugar en que residan". Además, aclara y robustece el propio Decreto de que tan luego los poderes se hayan restablecido y estén en ejercicio de sus funciones constitucionales, el Departamento les prestará su obediencia. Tal situación anómala dentro del sistema centralista adoptado por las Bases Orgánicas de 1843 de ninguna manera puede tomarse como movimiento soberano. Razones jurídicas:

1. En una República Central la soberanía reside única y totalmente en la República Central (Estado Unitario); las Provincias o Departamentos carecen absolutamente de la misma. Por tanto,

2. Mal podría, pues, tomar o declarar su soberanía quien no la tiene. (Por otra parte, lo difícil de las comunicaciones en aquel entonces llevó a adoptar una conducta doble: se reconocieron o siguieron reconociendo a los poderes supremos y se obsequiarían sus disposiciones en cualquier lugar "en que residan"; y, al mismo tiempo, se declara que "luego que estos poderes se hayan restablecido y estén en ejercicio de sus funciones", se les prestará obediencia. Total, que sólo hubo un simple desconocimiento a una situación anormal creada por los fuertes intereses políticos en pugna y —nullo modo— podría declarar su soberanía quien carece jurídicamente de ella.)

Segunda Soberanía. Es pertinente sentar ciertas bases: La Constitución 5 de febrero de 1857 reconoce que la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo; que el pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno; artículo 39; que es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libre y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental; artículo 40; que el pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión en los casos de su competencia, y por los de los Estados para lo que toca a su régimen interior, en los términos respectivamente establecidos por esta Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir a las estipulaciones del pacto federal; artículo 41. Esta Constitución fue el resultado del triunfo de la Revolución de Ayutla. Auténtica Revolución, según Tena Ramírez, porque trajo un nuevo orden jurídico.

La Constitución Federal de 5 de febrero de 1857 fue jurada en la Capital del Estado de Oaxaca el 20 de marzo de 1857 por bando solemne. En los Distritos cercanos a la Capital se juró el mismo domingo y en los subsiguientes en los demás Distritos. Era Gobernador del Estado el Lic. Benito Juárez, quien gobernó hasta el 25 de octubre de 1857.

Ahora bien, no está por demás decir que Oaxaca se sumó al Plan de Ayutla el 18 de agosto de 1855. Con base en el artículo 4º del Plan de Ayutla de 1º de marzo de 1854 reformado en Acapulco el 11 del mismo mes y año se designó al Consejo de Gobierno y se promulgó el "Estatuto para el Gobierno Provisional del Estado de Oaxaca". Tal Estatuto se promulgó el 13 de septiembre de 1855 y en el mismo se adopta el restablecimiento del sistema republicano, representativo, popular, federal, artículo 4º, Sección I; asimismo en el artículo 1º Transitorio se reconoce como Gobernador del Estado al excelentísimo señor don Benito Juárez. (Mientras "se presenta a desempeñar sus funciones, al excelentísimo señor general don José María García"). Benito Juárez una vez que arribó a Oaxaca, 10 de enero de 1856, convocó a elecciones de Diputados. Estos con el carácter de Constituyentes expidieron la Constitución Local, promulgada por el Gobernador Benito Juárez el 15 de septiembre de 1857. Según el artículo 3º Transitorio de la misma, la Constitución Política Local empezó a regir el 1º de enero de 1858. En ésta se prescribió que "El Estado de Oaxaca es libre y soberano en todo lo que exclusivamente concierne a su régimen interior, y está obligado a guardar y hacer guardar la Consti-

tución política de la Unión Mexicana y leyes generales", artículo 22, Título II; que la "soberanía reside esencial y originariamente en el pueblo, y se ejerce por medio de los poderes del Estado en lo relativo a su Gobierno y administración interior, en los términos que establece esta constitución. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para su beneficio", art. 23; y que "el Estado de Oaxaca adopta para su régimen interior la forma de Gobierno republicano, representativo, popular", art. 25, Título III, Sección Primera.

Pues bien, según lo transcrito el Estado Mexicano volvió al régimen federal y se declaró nuevamente que los Estados son libres y soberanos en su régimen interior, pero unidos en una federación. Así las cosas y ante el pronunciamiento de Zuloaga, el Gobernador de Oaxaca, Lic. José María Díaz Ordaz, promulga el Decreto en que Oaxaca reasume su soberanía. Es pertinente hacer notar que esta reasunción no fue adoptada en términos absolutos, sino relativos, condicionados, pues se manifestó en el artículo 1º del Decreto citado en el Capítulo Primero de este estudio que solamente "entre tanto" los poderes federales se encontraran impedidos para ejercer sus funciones por el Plan de Tacubaya. Pero esta reasunción *temporal* de la soberanía de ninguna manera se justifica jurídicamente. La reasunción de la soberanía en forma absoluta o constitucional no puede admitirse en los Estados miembros de la federación, porque sencillamente los Estados miembros carecen de la misma. Lo único que poseen es cierta autonomía constitucional y participación en la voluntad general —a través de sus legislaturas—, pero no gozan de la soberanía. Por esto, no estamos en contra de la postura política adoptada por José María Díaz Ordaz. ¡No! ¡De ninguna manera! Sabemos que el fin político era sumarse al movimiento legalista encabezado por el Presidente Juárez; pero este fin político no justifica JURIDICAMENTE la medida adoptada. No era ni es necesario para sumarse a un movimiento que defiende la vigencia de la Ley Suprema romper el Pacto Federal. Ante un desacato imperdonable desconocimiento de la Constitución de 57 por Zuloaga y Comonfort, se comete otro mayor jurídicamente: rompimiento del Pacto Federal.

Al plantear nuestra tesis sobre la soberanía mantenemos la postura de que los Estados miembros de una Federación son "Estados" porque tienen un poder de mando originario; pero no son "Soberanos", porque ni gozan de independencia exterior ni de supremacía interna. Ya dijimos que el Pacto Federal les impone restricciones y limitaciones aún en la esfera constitucional propia. Esto está expresado claramente en la Constitución Federal de 5 de febrero de 1857 en su artículo 41, en que se dice que las Constituciones particulares de los Estados en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal. Por otra parte, el *derecho* de "secesión" sólo se da en las Confederaciones, pero nunca en los Estados Unitarios y en las Federaciones. Pueden darse *de hecho*, pero tales hechos siempre serán violatorios de una norma legal y, por tanto, no podrán justificarse nunca jurídicamente. ¿Habrá acaso justificaciones de tipo moral, humano? No es problema que debamos analizar aquí. De allí la tremenda fuerza de la conjunción adversativa "pero" que

aparece en el texto constitucional, que en forma absoluta y categórica cierra la puerta a cualquier "reasunción de soberanía" y a cualquier pretendido derecho de "secesión". (Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, etc., federal, compuesta de Estados libres y soberanos en su régimen interior; PERO *unidos* en una federación, etc.).

El movimiento soberano decretado por José María Díaz Ordaz no tiene, pues, justificación jurídica. (Se advierte, además, una grave contradicción legal que posiblemente aminore su pecado jurídico, es la siguiente: Por una parte reasume la soberanía de Oaxaca y por otra se suma precisamente al movimiento de Juárez, quien defiende aceradamente la Constitución de 1857.)

Tercera Soberanía. En el tercer movimiento de soberanía se descubren los siguientes móviles: Fundamentalmente un móvil político y encubriendo el propio móvil político: las facultades extraordinarias concedidas a Benito Juárez, con base en el artículo 29 Constitucional, las que atentan hasta destruir la soberanía de los Estados, y la guerra civil que estalla en toda la extensión de la República. Tales motivaciones alegadas por el hermano de Porfirio Díaz, Félix Díaz, eran a su vez, plenamente antijurídicas. Por una parte se decreta la reasunción de la soberanía y, por otra, se protesta el acatamiento de la Constitución federal de 1857. En el presente caso se rompe o se pretende romper el Pacto Federal por un motivo político; bastardo, además, por tratar de desconocer la voluntad popular expresada en unas elecciones.

Problemas que surgen en esta reasunción de la soberanía:

Si se protesta el acatamiento a la Constitución Federal de 1857, ¿aún así se da la "reasunción de la soberanía"? Hay una himalayesca contradicción "in términis", porque si se acata la Constitución Federal de 57, se está manifestando que la voluntad estatal se mantiene firme y leal al Pacto Federal, art. 40; luego entonces no hay soberanía. Pero si se reasume la soberanía de facto —y es de hecho aunque haya un Decreto Estatal— entonces no se acata la Constitución Federal de 57; sino por el contrario se viola y se le desprecia. Este es el signo más evidente en esta segunda soberanía. La propia Constitución Federal de 57 estableció que las Constituciones Particulares de los Estados, de ningún modo pueden contravenir las estipulaciones del Pacto Federal, art. 41; luego lo que no puede hacer *jurídicamente* un Constituyente Local, como el expedir una norma constitucional que contraríe cualquiera del Pacto Federal, menos lo puede hacer el Congreso Ordinario Local, porque se viola el principal fundamental de legalidad, previsto en el Art. 127 de la Constitución Federal de 57. El Decreto Soberano, pues, carecía de fuerza legal.

No está por demás decir que los argumentos expuestos al criticar la segunda Soberanía, decretada por José María Díaz Ordaz, tienen exacta aplicación en el presente caso. A ellos remitimos al lector.

2o. Problema. Si se ha reasumido la soberanía de facto, esto es, si ya se está fuera de la federación, con qué carácter se invita a los demás Estados de la República a "proveer a la reconstrucción de los poderes federales", etc...?

(Art. 2º del Decreto Soberano). Es vergonzante, pues, el propósito de los hermanos Díaz; removido el estorbo político —Juárez—, Oaxaca se reintegraría a la Federación. Sabemos que Juárez sofocó la situación en Oaxaca a través del Gral. Ignacio Alatorre.

Cuarta Soberanía. Entramos ahora a la cuarta y última —¡bendito Dios!— soberanía de Oaxaca. Esta plantea nuevos y más agudos problemas. Los veremos. Pues bien, la última soberanía de Oaxaca acontece en el periodo preconstitucional decretado por Carranza. Más aún, tiene como única causa el Decreto expedido el 12 de diciembre de 1914 por el Jefe del Ejército Constitucionalista que estableció tal periodo. Si se lee con algún detenimiento el Decreto Soberano de Inés Dávila destacan algunos otros motivos que originaron dicha reasunción de la soberanía. Son:

1. Que Oaxaca ha vivido en paz desde la iniciación de la Revolución de 1910 y, por ende, no ha participado en el movimiento armado; y, además, quiere seguir viviendo en paz;
2. Que el periodo Preconstitucional ha llevado a un hombre a ejercer el más ingnominioso despotismo, quien, además, pretende reformar a la Ley Suprema fuera de los cauces legales que la mismo señala;
3. Que los supremos preceptos de la Constitución de 57, perseguidos, se han refugiado en Oaxaca; Estado que luchará por la conservación y por el imperio de la Ley Fundamental;
4. Que una autoridad militar (carrancista) cesó a una autoridad civil de un Distrito del Estado y una fuerza armada pretende poner en vigor una reforma hecha a la Constitución General, sin que se hubieren cumplido los requisitos que la misma señala para sus enmiendas; con tal motivo pretende apoderarse del Distrito;
5. Que Oaxaca ha realizado reformas sin necesidad de convulsiones;

Con tales argumentos el C. Gobernador del Estado decretó la soberanía de Oaxaca. Conviene hacer notar que en el artículo 1º del Decreto se dijo "entre tanto" se restablece el orden Constitucional; en el artículo 2º que Oaxaca se gobernará por la Constitución de 57, con sus adiciones y reformas hechas dentro de los cauces legales; leyes de reforma y, además, por la Constitución Particular del Estado. Esta Constitución Particular fue la de 15 de septiembre de 1857, misma que entró en vigor el 1º de enero de 1858.

Conviene hacer unas breves consideraciones conexas con el tema.

Ya Tena Ramírez ha estudiado los acontecimientos de febrero de 1913 que llevaron al poder a Victoriano Huerta. Según el autor citado el "gobierno de Huerta no fue de usurpación", si sólo se atiende al aspecto formal, aunque en el orden moral e histórico condene la traición más ignominiosa de nuestra historia. Todos los Gobiernos de los Estados reconocieron el gobierno de Huerta, a excepción del de Coahuila, y estimaron que continuaba sin interrupción el régimen de legalidad. En efecto, "las formalidades legales estaban extenuadas, no podían servir sino para solapar una situación notoriamente

inmoral y antisocial. Era llegado el caso de violar el derecho positivo en función de la moral, había nacido el derecho moral de la revolución". Tena Ramírez, Derecho Constitucional Mexicano, pág. 61. Pues bien, concordamos con Tena de que el derecho a la revolución sólo tiene fundamentación moral, pero de ninguna manera jurídica, como también que nuestra Constitución de 17, al reemplazar a la de 57, violó el artículo 128 de la misma, idéntico al 136 de la vigente.

Sólo el Gobernador de Coahuila estimó que los acontecimientos de 19 de febrero de 1913 interrumpieron el orden constitucional. Así lo expresa en el Decreto de reformas al Plan de Guadalupe de 12 de diciembre de 1914.

¿Qué se entiende por interrupción del orden constitucional?

La expresión es clara. Cuando el orden constitucional se interrumpe de ninguna manera puede entenderse que el orden jurídico vigente bajo detrminada Constitución, muere; éste sólo desaparece cuando la Ley Suprema es derogada. Los acontecimientos de 1913, según Carranza, interrumpieron el orden constitucional. Nosotros seguimos el criterio sustentado por Tena Ramírez en el sentido de que en la ascensión de Huerta al poder "las formalidades constitucionales se habían observado impecablemente". Por tanto, el orden constitucional no se había interrumpido. Lo que justifica a Carranza fue el "triunfo" de la Revolución que hizo, y el contenido social que trajo. Esto en cuanto al fin, que en cuanto a la causa tiene plena justificación; no jurídica, sino moral.

Otra consideración conexa con el tema en estudio es la referente a los conceptos de suspensión del orden constitucional, derogación de la Constitución y revolución. Brevemente nos referiremos a cada uno.

Puede hablarse de suspensión del orden constitucional en forma parcial. Esto sucede cuando por motivos de invasión, perturbación grave de la paz pública, etc., se suspenden las garantías individuales, es decir, en los casos previstos por el artículo 29 Constitucional. Aquí la suspensión es de derecho y engendra la Dictadura Constitucional. Puede darse la suspensión del orden constitucional en forma total? ¡Sí! En México este caso se presentó precisamente con el Decreto de 12 de diciembre de 1914 que suspendió la vigencia de la Constitución de 57 y estableció el periodo Preconstitucional. Tal Decreto fue violatorio de la propia Constitución de 57, y sólo puede justificarse porque el país vivía en plena revolución. Después volveremos a esto. Tena dice al respecto: "Carranza estableció un periodo preconstitucional, mientras la revolución triunfaba. Con ello desmintió su falsa actividad anterior de respeto a la Constitución, entró en la realidad de la revolución y eludió el serio problema con que se enfrentaba la teoría, relativo al derecho que debe regir mientras dura la etapa de transición de la revolución al gobierno". Tena Ramírez, *op. cit.*, pág. 62. El autor citado también eludió el serio problema de dilucidar qué derecho debió regir durante esa etapa de transición. Formularemos al respecto nuestra opinión.

La derogación de la Constitución puede realizarse por medios jurídicos y extrajurídicos. Nuestra Constitución de 57 no acepta los medios extrajurídicos. Ahondaremos más en esto después. Los cauces jurídicos son admitidos

parcialmente. Se ve claro que nuestra Constitución de 1857 no admitió una reforma total de sí misma. Tal es la postura sostenida con respecto a la Constitución de 1917 por el Exponente Máximo del Derecho Constitucional Mexicano e Investigador Incansable, Dr. Antonio Martínez Báez. En brillante y fecunda cátedra de sus Cursos Superiores de Derecho Constitucional nos fue expuesta tal tesis. Nosotros retrotraemos tal postura, previo etudio, a la Constitución de 1857 y la encontramos totalmente aplicable al caso. Nuestra Constitución de 57 no admitió, pues, su propia derogación por medios legales. Algunos autores llaman abrogación formal de la Constitución por el Constituyente cuando hay reforma total; también menciona la desuetudo y la caducidad; pero ninguno de estos medios legales admite nuestra Constitución. Surge ahora el problema ya estudiado por Tena Ramírez bajo el epígrafe: El Constituyente Revolucionario. Trasladamos el problema a la Constitución de 57. ¿La Constitución de 57 admitió o no su propia derogación por medios violentos? ¿Extrajurídicos? Respondemos que no los admitió. Lo anterior con base en el Título VIII de la misma, que habla de la inviolabilidad de la Constitución. Sin embargo, una es la disposición constitucional, otra la práctica y otra muy distinta la doctrina. Por disposición constitucional la Ley Fundamental no está al alcance de las revoluciones. A pesar de esto, la Constitución de 17 surgió a la vida violando la Constitución anterior. De aquí que Tena Ramírez la tenga como inválida originalmente. Concordamos con tal tesis, porque, en efecto, la Constitución de 17 al violar el artículo 128 de la Constitución de 57 nació con mácula original.

Entremos ahora al concepto de revolución. ¿Qué es la revolución? La doctrina acepta generalmente que las revoluciones extinguen a las Constituciones. Así lo sostiene Xifra Heras, quien dice: "el fin de las Constituciones tiene lugar normalmente por vía revolucionaria. Toda revolución triunfante (incluimos también el golpe de estado) produce como consecuencia primordial la sustitución del ordenamiento jurídico fundamental"..., tomo II, pág. 182. El autor citado define la revolución como "la ruptura de la historia jurídica" o bien como "la substitución de una idea de derecho por otra, como principio rector de la actividad social". Según él, la revolución y no la nueva Constitución deroga a la precedente.

Tena Ramírez manifiesta que la revolución es "la modificación violenta de los fundamentos constitucionales de un Estado". Mientras Tena excluye del concepto de revolución las rebeliones, motines o cuartelazos, que tienen por objeto el apoderamiento del mando, Xifra Heras incluye también el golpe de estado. Podemos, pues, concluir que la revolución extingue la vigencia de la Constitución y funda un nuevo orden constitucional, si triunfa. Cuando no triunfa y, por tanto, no impone un nuevo orden, no es revolución. En el caso de México, las justificaciones de la revolución constitucionalista son, según Tena, el éxito y las conquistas sociales que entronizó. Moralmente tiene justificación, jurídicamente no. Pues bien, ¿hubo o no interrupción del orden constitucional con el cuartelazo de Huerta? ¡Formalmente no! ¡Hubo interrupción del orden constitucional con el decreto carrancista de 12 de diciembre de 1914? Ya dijimos anteriormente que más que de interrupción, debe hablarse de suspensión total del orden constitucional. Si la revolución es auténtica, funda un nuevo orden constitucional cuando triunfa; pero mientras se desarrolla y desenvuelve la propia revolución, ¿qué estatuto jurídico debe regir? Sabemos que Carranza estableció un periodo preconstitucional, mientras la revolución triunfaba. Ahora ya vamos a referirnos en concreto a la cuarta y última soberanía de Oaxaca. Empezamos por formular nuestra opinión sobre el problema que dejamos pendiente, que eludió Carranza, y que tampoco resolvió Tena Ramírez. El Problema consiste en saber qué estatuto jurídico rigió en el Estado Federal durante el periodo preconstitucional decretado por Carranza el 12 de diciembre de 1914.

Veamos: Tena Ramírez sólo mencionó el problema. Ya lo dijimos antes. Ahora formulemos nuestra opinión. Pensamos que el derecho que rigió en el periodo preconstitucional fue el derecho impuesto por la fuerza de las armas. Aunque en el periodo analizado existían varios bandos, sin embargo el único que adoptó una actitud legalista "por error o como táctica" fue Carranza. Tal actitud legalista no le da su fuerza y vigor a las leyes, sino la vigencia brota de la fuerza de hecho. Tras de la ley está la fuerza.

Un nuevo problema se presenta a nuestra vista: Vigente el Decreto de 12 de diciembre de 1914, ¿cómo quedaron los Estados miembros, jurídicamente? Podemos decir que Carranza abolió de hecho y de derecho las Constituciones Particulares y concentró en sus manos un poder tan grande, que sólo tiene justificación por el estado revolucionario en que se vivía. El problema fundamental que surge es si en tales condiciones los Estados continuaron siendo Estados. Parece que no. Razones: En el Decreto citado, Carranza se concedió facultades para nombrar y deponer gobernadores. Con esto acabó con la autonomía constitucional y, en cierto modo, con el poder de mando "originario", requisito de esencia en todo Estado. Resulta, pues, sin pies ni cabeza luchar por la soberanía de Oaxaca, cuando ni siquiera existía Oaxaca como Estado. Lo anterior encuadrado dentro del tiempo en que se dio tal movimiento soberano y vigente el Decreto carrancista.

No está por demás que reiteremos nuestra tesis: Los Estados miembros de una Federación son Estados, pero carecen de la nota de la soberanía. Esta solamente la tiene el Estado Federal. Aquellos gozan de autonomía constitucional y participan en las reformas a la Constitución General. Los Estados miembros aún en su propia esfera autónoma tienen limitaciones impuestas por el Estado Federal. La soberanía de que goza el Estado Federal no es una nota esencial, ni siquiera propia, sino contingente; pero esta nota contingente sirve para diferenciar el poder del Estado de cualquier otro poder. Además, los Estados miembros están impedidos jurídicamente para alcanzar la soberanía; recuérdese el alcance de la adversativa "pero", etc.; pueden de hecho obtener su soberanía; pero este caso en las condiciones actuales (sic rebus stantibus) siempre será violatorio de una norma constitucional y por tanto ineficaz. La soberanía, por otra parte, tiene como único titular al Estado y sin ser divisible se encuentra en el pueblo como en su causa eficiente e "in-

mantener"; en el territorio como en su sede o *ubi* y en el poder como en su causa intrumental. La soberanía se distingue del poder del Estado "realmente" y no es atributo exclusivo de este poder, sino también del pueblo y del teritorio, es decir, del Estado.

Concluimos, pues, de que aún suspendido en forma total el Ordenamiento Jurídico, los Estados miembros de la Federación carecen de la nota de la soberanía.

Refirámonos de manera breve a cada uno de los argumentos del Decreto Soberano de Inés Dávila.

En cuanto al primero: Que Oaxaca ha vivido en paz, etc., no tiene ninguna trascendencia jurídica. Históricamente es falso; pero, además, tal ángulo no encaja dentro de nuestro tema.

En cuanto al segundo argumento hay que decir que en efecto se trata de una postura legalista adoptada por Inés Dávila. Por cierto bien fundada. Pero no fue el primero en asumirla y menos defenderla con las armas en los campos de batalla. Si se lee el Decreto de 12 de diciembre de 1914 expedido por Carranza se notará en forma más que evidente que quien sostenía el restablecimiento de la Constitución de 57 como primer paso y —restablecida ésta— se reformara y se le incorporaran todas las reformas sociales conquistadas, fue precisamente Francisco Villa, a quien Carranza tildó de reaccionario. Tal calificativo de Carranza es injusto; y, a la luz del derecho, resulta ser Francisco Villa el auténtico Constitucionalista. Cualquier reforma a la Constitución fuera de los cauces legales es contraria al principio de legalidad consagrado por la propia Constitución; pero en época de crisis, de revolución, ya hicimos notar que el modo normal de extinción de las Constituciones son las revoluciones. Y Carranza llevó a cabo una auténtica revolución. Véase al respecto el razonado estudio de Tena Ramírez en su Derecho Constitucional Mexicano: "El Constituyente Revolucionario".

El tercer argumento (Oaxaca luchará por la conservación y por el imperio de la Ley Fundamental) es contradictorio con la postura adoptada: reasunción de soberanía. ¿Se pretende luchar desde fuera? El camino es equivocado. Ya dijimos al comentar la soberanía decretada por José María Díaz Ordaz que ante un desacato constitucional: suspensión de la Constitución de 57, se comete otro mayor: ruptura del Pacto Federal; que por otra parte es jurídicamente irrompible.

En cuanto al cuarto argumento, debemos decir que al cesar una autoridad militar a una autoridad civil de un Distrito Oaxaqueño lo que se violaba era no la soberanía, sino la autonomía constitucional. Ante tal situación de hecho sólo es aceptable otro situación de hecho. Pero al caso anterior hay que añadir el siguiente: el 17 de agosto de 1913 Carranza designó como Gobernador y Comandante Militar de Oaxaca al Gral. Jesús Agustín Castro, es decir, dos meses dieciséis días después de promulgado el Decreto Soberano. Por esto dijimos anteriormente que en aquella época Oaxaca ni siquiera existía como Estado. La segunda parte del argumento del Decreto Soberano ya fue analizada antes.

En cuanto al quinto argumento (Oaxaca ha realizado reformas sin necesidad de convulsiones) cabe decir que tampoco tiene trascendencia jurídica.

CONCLUSIONES

1. En el Estado de Oaxaca se han dado solamente tres movimientos soberanos. El primero de 7844 no tiene tal carácter.
2. Existen dudas fundadas en si el concepto de Soberanía fue conocido en Grecia y si tuvo aplicación o no.
3. Con certeza se puede afirmar que el concepto de Soberanía no fue conocido del pueblo romano, pues no hubo poder alguno que se enfrentara al poder del Estado.
4. El concepto de Soberanía surgió en la Edad Media como resultado de la pugna de diversos poderes: el temporal contra el eclesiástico, el del Rey contra el Emperador y el del Rey contra los Señores Feudales.
5. La definición nominal de Soberanía indica que viene del latín "Superior" (comparativo), y así resulta Soberano cualquier superior.
6. Entre la Soberanía y el Poder del Estado existe distinción real. No obstante lo anterior, la Soberanía sirve para distinguir el poder del Estado de cualquier otro poder.
7. La Soberanía es un atributo contingente del Estado e indica supremacía e independencia. Tal es la definición real. Por tanto:
8. La Soberanía no es de la esencia del Estado; tampoco le pertenece como "proprium", sino "in quale contingenter".
9. El titular de la Soberanía es el Estado. La Soberanía se dice del pueblo como de su causa eficiente e "inmanenter"; del territorio como de su sede o ubi y del poder como de su causa instrumental.
10. La Soberanía es indivisible.
11. En un Estado Federal, los Estados miembros carecen de la Soberanía. Esta pertenece al Estado Federal.
12. Los Estados miembros tienen autonomía constitucional y participan en la creación de la voluntad general. Aun dentro de su autonomía constitucional los Estados miembros tienen limitaciones impuestas por el Estado Federal.
13. Los Estados miembros están impedidos jurídicamente para poder obtener la Soberanía. Lo anterior con base en el artículo 40 Constitucional. (Recuérdese la fuerza de la adversativa "pero").
14. Tampoco tienen los Estados miembros el derecho de secesión. Tal derecho sólo es propio de los Estados Confederados.
15. Los Decretos de reasunción de la Soberanía de 1857, 1871 y 1915 fueron promulgados en contra de la Constitución de 1857 y, por ende, no tienen justificación jurídica alguna.
16. Aun en el caso de la suspensión total de la Constitución de 57, decretada

por Carranza, los Estados miembros carecían —y carecen— de la nota de la Soberanía.

17. El hecho de que Oaxaca hubiera decretado "temporalmente" su Soberanía —en los tres movimientos— no lo salva del pecado jurídico que cometió.
18. Las razones políticas, por fuertes que sean, legítimas o ilegítimas, no autorizan jurídicamente a un Estado (Oaxaca) a romper el Pacto Federal. Si lo hace, tal acto carece de fundamento jurídico.

BIBLIOGRAFIA

1. Felipe Tena Ramírez, Derecho Constitucional Mexicano, Ed. Porrúa, S. A. Sexta edición, México, 1963; y edición tercera de 1955.
2. Miguel Lanz Duret, Derecho Constitucional Mexicano y Consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen, 4a. edición, México, 1947.
3. Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1917, tomos I y II.
4. Constitución política mexicana, Ediciones Andrade, S. A., undécima edición, México, 1962. También edición del PRI, México, 1958.
5. Las Constituciones de México, Sindicato Nacional de Trabajadores del I.M.S.S., Editorial Puebla, México, 1957.
6. Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1856.
7. Francisco Zarco, Crónica del Congreso Constituyente (1856-1857), México, 1957.
8. Emilio Rabasa, La Constitución y la Dictadura, Estudio sobre la organización política de México, 3a. edición, 1956.
9. Manuel García Pelayo, Derecho Constitucional Comparado, Ed. Manuales de la Revista de Occidente, VI Edición, Madrid, 1961.
10. James Bryce, Constituciones Flexibles y rígidas, Biblioteca de la Facultad de Derecho, México.
11. Primera Jefatura del Ejército Constitucionalista, "Decretos", Gobierno del Estado Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza, en especial: Decreto de 12 de diciembre de 1914, pág. 131.
12. Hans Kelsen, Teoría General del Derecho y del Estado, México, 1949.
13. Hans Kelsen, Teoría General del Estado, traducción directa del alemán por Luis Legaz Lacambre, Editora Nacional, Edinal, S. de R. L., México, D. F., 1959.
14. Mario de la Cueva, Teoría del Estado, Seminario de Derecho Constitucional, Apuntes inéditos.
15. Bertrand de Jouvenel, Sovereignty an Inquiry into the Political Good, Translated By J. F. Huntington, Ed. The University of Chicago Press, 1957.
16. Georg Jellinek, Teoría General del Estado, Traducción de Fernando de los Ríos Urruti, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1943.
17. Alfredo Constain, Elementos de Derecho Constitucional, Segunda edición, Ed. Universidad de Cauca, 1951.
18. A. Esmein, Eléments de Droit Constitutionnel Francais et Comparé Huitiéme edition, tome premier, Societé anonyme du' Recueil Sirey, París, 1927.
19. Jorge Xifra Heras, Curso de Derecho Constitucional, Tomos I y II, 2a. edición Editorial Bosch, Barcelona, 1957.
20. Francisco Porrúa Pérez, Teoría General del Estado, 3a. edición. Editorial Porrúa, S. A., México, 1962.
21. Felipe Tena Ramírez, Leyes Fundamentales de México 1808-1964, 2a. edición. Editorial Porrúa, S. A., México, 1964.
22. Edgar Bodenheimer, Teoría del Derecho, versión española de Vicente Herrero, Fondo de Cultura Económica, México, 1942.

23. Georg Jellinek, Teoría General del Estado, 2a. edición. Compañía Editorial Continental, S. A., México, 1958.
24. José María del Castillo Velasco, "Apuntamientos para el estudio del Derecho Constitucional Mexicano, Imprenta del Gobierno, en Palacio, México, 1871.
25. Isidro Montiel y Duarte, Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada y jurada por el Congreso General Constituyente, el día 4 de octubre de 1824. Tomo II, págs. 251 a 275; como también: Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada y jurada por el Congreso General Constituyente el día 5 de febrero de 1857, tomo IV, págs. 929 y sgs.
26. Jean Dabin, Doctrina General del Estado, Elementos de Filosofía Política, Editorial Jus, México, 1946.
27. Alexander Hamilton; Jack Madison; John Jay, El Federalista, traducción de Gustavo R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, 2a. edición, México, 1957.
28. Aristóteles, La Política, Colección Austral, Octava Edición, México, 1958; o bien: The Politics of Aristotle, translated by William Ellis, Classical, J. M. Dent & Sons Limited; E. P. Duton & Co. Inc. New York, 1943.
29. Pedro de Alba y Rangel Nicolás, Primer Centenario de la Constitución de 1824, Obra Conmemorativa, Talleres Gráficos Soria, México, 1924.
30. Manuel Herrera y Lasso, Estudios Constitucionales, Editorial Polís, México, 1924.
31. Ponciano Arriaga, Proyecto de Constitución presentado al Congreso el 16 de junio de 1856, por la Comisión presidida por; Derecho Público Mexicano de Montiel y Duarte, T. IV, o Leyes Fundamentales de México, de Tena Ramírez.
32. Hermann Heller, Teoría del Estado, versión española de Luis Tobío Fondo de Cultura Económica, México, 1947.
33. M. Bluntschli, traducción, adiciones y notas de José Díaz Covarubias, Imprenta dirigida por José Batiza, México, 1871.
34. Gustavo Pérez Jiménez, Las Constituciones del Estado de Oaxaca, Ediciones Técnicas Jurídicas del Gobierno del Estado de Oaxaca, enero de 1959.
35. Leovigildo Vázquez Cruz, La Soberanía de Oaxaca en la Revolución a través de las memorias del autor, México, 1959.
36. Jorge Fernando Iturribarría, Oaxaca en la Historia; Publicaciones de la Universidad "Benito Juárez" de Oaxaca, Editorial Stylo, México, 1955.
37. Jorge L. Tamayo, Oaxaca en el siglo xx, Apuntes Históricos y Análisis político, México, 1956.
38. Antonio Martínez Báez, Fuentes Históricas y parlamentarias de las Constituciones políticas de México, Conferencia sustentada en Guadalajara; editada por la Generación de Abogados 1948-1953, Universidad de Guadalajara, 1963.
39. Robert R. Bowie y Carl J. Friedrich, Estudios sobre Federalismo Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.
40. José Ignacio Conde y Díaz Rubín, Breves consideraciones sobre el artículo 120 Constitucional, Tesis, México, 1959.
41. Carre de Malberg R., Contribution a la théorie générale de l'Etat, París, 1920.
42. León Duguit, Traité de Droit Constitutionnel, París, 1921.
43. Gabino Fraga, Derecho Administrativo, Ed. Porrúa, S. A., México, 1948.
44. Luis Recasens Siches, Panorama del pensamiento jurídico en el siglo xx, tomos I y II, Editorial Porrúa, S. A., México, 1963.

MATRIMONIO, PROCREACION Y EL ARTICULO CUARTO CONSTITUCIONAL

Lic Carlos Traslosheros Peralta

La reforma al artículo cuarto de nuestra Constitución Federal motivó y sigue siendo fuente de innumerables polémicas.

Por un lado resulta absurdo el dejar de reconocer que la creciente explosión demográfica en un país como el nuestro, —tan escaso de soluciones, por su ya perpetuada carencia de una atinada dirección social efectiva, ante un fracaso agrícola indiscutible y por consiguiente sin tener un nivel adecuado de producción de alimentos, ante un desempleo creciente y su atávico subdesarrollo—, hacía necesario el buscar una solución ante tan grave problema; pero la propuesta por la enmienda constitucional sólo significó un intento para descartar del poder público su responsabilidad, arrojándola "a la libertad responsable e informada" de cada quien.

Por otro lado, buscando un equilibrio ideológico que a nadie satisfizo, so pretexto de respetar las conciencias, se responsabiliza a toda persona de decidir sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, otorgándose una garantía constitucional que resulta muy lejos de serlo, pues si por garantía constitucional debe entenderse una autolimitación estatal, una limitación jurídica a la actuación de las autoridades en beneficio del gobernado, ésta tendría sentido si la autoridad estatal obligara a procrear, lo que jamás se ha presentado en nuestro medio.

Evidentemente fue demagogia y no solución social el llevar a nuestra ley fundamental una norma que compete principalmente al Derecho Civil y de manera coordinada al Derecho Administrativo, para crear el ambiente propicio a efecto de que tuviera realidad fáctica un plan congruentemente trazado.

Las soluciones socialistas, tanto las que tienden a limitar la explosión demográfica, como las que tratan de lograr el aumento de la población, son soluciones congruentes, pues el Estado proporciona los medios para realizarlas, independientemente de que nuestra ideología personal las apruebe o no, como también tienen congruencia las prohibiciones contundentes a evitar la concepción y el establecimiento de la procreación como un fin primordial del matrimonio, por muy dogmáticas que nos parezcan.

Esta Reforma Constitucional repercutió de manera inmediata sobre el Código Civil, haciéndose necesaria la reforma al artículo 162 que por estar inserto dentro de la temática del matrimonio hubo que agegarle "por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges",

disposición que entra en conflicto con el dispositivo del 147 que se dejó vigente, no obstante resultar inconstitucional, pues contradice al Cuarto de la Carta Magna al no derogarse su precepto en el sentido de que, "cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie... se tendrá por no puesta".

En otras palabras, o existe la libertad para procrear y en el matrimonio los cónyuges deberán ponerse de acuerdo al respecto, o se les prohíbe a los consortes que condicionen la perpetuación de la especie. Como la jerarquía constitucional debe prevalecer, resulta necesario derogar el referido artículo 147 del Código Civil en la parte que examinamos, pues constitucionalmente hablando ha desaparecido la procreación como finalidad primordial del matrimonio, ya que es totalmente lícito el que los cónyuges convengan en no procrear o en condicionar su procreación.

Cuando en mi inquietud de aprendiz de jurista he analizado las definiciones del derecho, debo confesar que en su mayoría las he encontrado hermosas, pero demasiado abstractas, como la de Celso que consideraba al derecho como "Art Boni et equi". Otras me han parecido simplemente descriptivas de la función o actividad del estado como las de Baudry, Lacantinerie, Duguit, Stammler o Kelsen; otras demasiado idealistas como las de Del Vecchio o Goldschmitd; pero hay dos que despiertan en mí un especial interés: la primera de ellas es la de Timasheff que considera que el derecho es o debe ser "una armonía entre el poder y la ética"' y la segunda, la que nos da la corriente sociológica norteamericana que se encumbra con Roscoe Pound y que ve en el derecho "una ingeniería social que persigue ciertos resultados" ("un instrumento para la mejoría del orden social y económico, por medio de un esfuerzo consciente e inteligente". Efectivamente, nadie podrá negar que los marcos jurídicos, dotados de coercibilidad, ordenan conducta humana, ni que el derecho es un producto cultural y si queremos "la decisión libre, responsable e informada" sobre la procreación, necesita el estado, en su labor de ingeniería social, crear el ambiente propicio para que quien tome esa decisión haya recibido el acervo cultural suficiente para ejercerla con la información y responsabilidad adecuadas.

Considerar que nuestro pueblo reúne la cultura y la ética suficientes es hacer demagogia, apartándose el legislador "irresponsable y carente de toda información" de nuestra realidad nacional.

Quienes consideramos que es necesario frenar la tremenda explosión demográfica que padecemos y sin prejuicios de ninguna clase observamos esa realidad nacional, consideramos que sólo a base de planes sociales, congruentemente dirigidos, puede lograrse el freno sociológico que se impone. Estamos conscientes que en un país civilizado la libertad individual debe respetarse, pero esa libertad supone la base cultural indispensable para que sea racional. Se dirá que existen campañas de convencimiento en el sentido de que "La Familia Pequeña Vive Mejor"; pero por un lado se abren campañas contradictorias más intensas que la gubernamental y por otro lado la campaña oficial es tan raquítica que no alcanza la educación elemental.

Con cierta razón, se sostiene en la actualidad, que el Derecho de Familia debe desligarse del Derecho Civil, e incluso ubicarse dentro del Derecho Público, y así se ha hecho en muchos países, lográndose una programación efectiva, al controlar de manera más concreta al núcleo social fundamental. En México se ha dado un primer paso al intentar el establecimiento de la justicia familiar de manera independiente.

Ubicado el problema dentro de un marco jurídico adecuado, que en la especie sería dentro del Derecho de Familia, la finalidad social buscada se destaca de manera congruente, y la Administración Pública debe entrar en funcionamiento creando ese ambiente propicio para facilitar su conclusión.

En el año de 1977 se celebró en nuestro país un Congreso sobre Derecho Familiar en el cual llegó a proponerse un Proyecto de Código Familiar para el Distrito Federal. En este proyecto, procurando respetar el hoy aislado artículo Cuarto Constitucional, en el artículo 20 se proponía que el control de la natalidad debía ubicarse dentro de una demografía planificada, pero sin que tal planificación llegase a atacar la libertad de cada quien y se establecían en su Capítulo Séptimo las Técnicas y Métodos para la Planificación Familiar y el Control de la Natalidad, llegándose incluso a tocar el tema del aborto. En otros capítulos se abordaban análisis, "De Los Derechos Humanos Para La Planificación Familiar y el Control de la Natalidad", "De Los Centros de Planificación Familiar y Control de la Natalidad" y "De la Educación Para La Planificación Familiar y el Control de la Natalidad"; pero... nada se realizó. El Congreso sirvió para lucimiento y promoción de políticos para hacer demagogia. Ninguna solución práctica trajo consigo, no obstante lo en él gastado y sus propósitos que, desde luego, merecen la continuación de los estudios ahí iniciados, por su indiscutible trascendencia nacional. No pretendo que el Proyecto se apruebe, pretendo que se discuta, se mejore y se haga derecho positivo.

No es correcto razonar en el sentido de que hay instituciones intocables, pues la experiencia histórica nos revela lo contrario, en nuestro medio se ha llegado a considerar el matrimonio, en especial, como un "Tabú", como algo estático, imposible ya de encontrar mejoría.

El matrimonio, históricamente hablando, ha sido una institución en continua evolución, al grado de que Westermarch lo considera "como la historia de una relación en la cual la mujer ha venido triunfando gradualmente sobre las pasiones, los prejuicios y los intereses egoístas del hombre". Resulta difícil precisar en que momento se pasa de una promiscuidad a un contrato natural con un pacto de fidelidad que en un principio se impone al menos a la mujer. El Mahabarata, nos muestra en la India una promiscuidad inicial y posteriormente una poligamia en su época teocrática, en la que un Brahaman podía tener varias mujeres y en escala descendente disminuía el número hasta el esclavo o Sudra cuya pobreza lo obligaba a la monogamia.

También entre los egipcios y los hebreos existió la poligamia inicial y los vínculos siempre disolubles, aun por el simple repudio del varón a la mujer, imponiéndose entre los hebreos la institución del Khetuba, garantía económica a favor de la mujer en el sentido de que si llegare a ser repudiada por el varón la hacía efectiva en su benificio. En Grecia la libre unión sustituye al matri-

monio, interviniendo el estado en la regulación de la procreación, limitando la natalidad para contener la explosión demográfica. En Roma La Confarreatio, La Coemptio y El Usus, tres formas del matrimonio para los ciudadanos dotados del Jus Connuvi, permiten su disolución mediante ceremonias inversas o la Trinocti Usurpacio, que libera a la mujer de La Manus del marido. Cuando los Bárbaros invaden Europa el matrimonio es un simple pacto consensual y ante la cristianización se hace necesario el Concilio para regular su funcionamiento. Entre 1545 y 1563, es tema principal de las discusiones y conclusiones del Concilio de Trento el regular esa unión consensual que caracterizaba al matrimonio, pues aunque en el siglo XII el Concilio de Letrán había tratado de regularlo como sacramento, su propósito no fue logrado y aun se sostiene que por lo que atañe a países donde las disposiciones disciplinarias del Concilio Tridentino no fueron puestas en vigor, se hizo necesario el decreto Ne Temore del 2 de agosto de 1907 para introducir en su absoluta plentitud el principio de que no puede haber matrimonio sin su celebración.

El matrimonio canónico es resultado de la preponderancia que en el curso de la edad media tuvo la Iglesia Católica, en él es considerado como sacramento y como vínculo indisoluble. Es considerado como un contrato natural entre un hombre y una mujer, por el cual se entregan el derecho perpetuo y exclusivo sobre sus cuerpos, en orden a los actos que por su naturaleza son aptos para engendrar hijos. Los Ministros en el Sacramento son los propios contrayentes y no el sacerdote que es sólo un testigo de calidad. Se distinguen en la concepción canónica del matrimonio sus fines primarios que son la procreación y la educación cristiana de la prole y sus fines secundarios consistentes en la mutua ayuda y el remedio de la concupiscencia.

La reforma protestante entendió el matrimonio no como un sacramento con vínculo indisoluble, sino como un contrato cuya regulación era exclusiva de la sociedad civil. (Hay excepciones en algunas sectas como la Anglicana.)

La revolución francesa secularizó plenamente el matrimonio aun cuando existen en la actualidad diversas concepciones.

En México entendemos el matrimonio, indebidamente definido por la Constitución como un contrato, —pues tal definición es sólo una transportación del concepto canónico que perduró antes de la Guerra de Reforma a la secularización de éste como consecuencia de su resultado y de las Leyes de 27 de enero d 1857 de Comonfort y las de julio de 1859 de Juárez, derivadas de la Constitución de 1857—, entendemos el matrimonio en México, digo, como un acto solemne que nace a la vida jurídica necesariamente por la declaración de voluntad de los contrayentes ante un fedatario, también mal llamado "Juez" del Registro Civil, que hace constar esa manifestación en un acta, de modo que de no existir estas solemnidades no hay matrimonio; pero internacionalmente la situación es diversa con la excepción de algunos países como Francia, Bélgica, Holanda, Alemania, Suiza, y las Repúblicas de Centro y Sudamérica que coinciden en este aspecto sustancial con nuestro matrimonio solemne.

Puede decirse que el matrimonio confesional de hecho ha desaparecido, sin que esto signifique, de ninguna manera, que la conciencia religiosa de cada

quien deje de aceptar el dogma de su convicción. Puede hablarse en algunos países de un matrimonio confesional preferente y de un matrimonio civil subsidiario por un respeto coordinado a la religión dominante y a la legislación estatal, como es el caso de España, Italia o Portugal; también puede hablarse de un matrimonio facultativo en el que los contrayentes pueden celebrarlo ante un fedatario de estado o un ministro eclesiástico, pero tomando siempre razón del acto en los registros del estado, tal es el caso de Inglaterra, Suecia, Dinamarca, Irlanda y en muchos de los Estados de la Unión Americana. En otros lugares se considera el matrimonio como un acto estrictamente civil y consensual, pero no solemne, en el que la prueba de la voluntad que formó el consentimiento determina la unión matrimonial, como es el caso de la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas, de los Estados Unidos de Norteamérica y de Escocia en su sistema del "Gretna Green".

La necesidad de proteger a la mujer, ante la irresponsabilidad del varón que tiende a hacerse desentendido frente a las obligaciones inherentes a la procreación, ha determinado en algunos países la necesidad de reconocer como matrimonio ciertas uniones de hecho. Tal es el caso de Cuba donde los Tribunales están facultados para determinar cuando las uniones entre personas, con capacidad legal para contraer matrimonio y que no lo han celebrado, serán equiparadas por su estabilidad y singularidad al matrimonio civil. El Código Civil Guatemalteco también establece una equiparación entre este tipo de uniones concubinarias con sólo el transcurso de dos años de vida en común. Inspira a estas legislaciones, repito, la necesidad de preservar los derechos de la mujer y de la prole frente a la irresponsabilidad del marido. En México tuvimos en el Código de Tamaulipas el llamado "matrimonio por comportamiento", institución que lamentablemente desapareció y que jamás fue comprendida, pudiendo más los prejuicios que la razón ética y social que lo inspiraba.

Este breve análisis nos revela la tendencia evolutiva a considerar, fuera de todo concepto religioso, al matrimonio, como fuente de obligaciones, y aún más, el derecho positivo, en algunos lugares, asimila al matrimonio ciertas uniones de hecho, como fuente de responsabilidad para los contrayentes y muy en especial para el marido.

Las situaciones sociales cambiantes imponen nuevas necesidades, cuando factores o coeficientes de la evolución social así lo requieren, necesidades que, si así se quiere llamar, como en el caso del divorcio, son males necesarios, pero que se imponen a la estructura social, tal es el problema de la limitación a la natalidad cuando como en México, la explosión demográfica hace necesario tomar tal medida.

Aparece aquí la ética que el estado debe armonizar en su funcionamiento. Que no se argumente, por favor, con un criterio intocable. El estado está, y ésta es su función esencial, para resolver los problemas que se presenten en el continuo variar de los factores o coeficientes sociales y la liimtación a la natalidad se impone en las condicions actuales del país.

Surge el conflicto entre respetar la libertad de cada quien, —que debe ser respetada—, y la necesidad de frenar una irresponsable procreación a todas luces

vista y comprobada; pero la solución no es establecer demagógicamente una nueva garantía individual, que técnica y jurídicamente resulta innecesaria y que ni siquiera responde al sentido doctrinario que le es propio. La solución está en coordinar la Ingeniería Social que caracteriza al derecho, "como instrumento para la mejoría del orden social y económico, por medio de un esfuerzo consciente e inteligente", que en la especie sólo sería un plan sociológico, educativo, de una gran intensidad que debe iniciarse creando conciencia de un mal nacional y reformado de manera mucho más extensa el Derecho de Familia y los auxilios administrativos.

La enmienda que contiene el artículo Cuarto Constitucional y su repercusión inmediata, consistente en la reforma al artículo 162 del Código Civil, trajo como consecuencia la inversión de los fines esenciales del matrimonio que postulaba el derecho canónico y esa inversión la considero adecuada, pues el matrimonio perdura actualmente como una Institución en que la ayuda mutua y el remedio a la concupiscencia son sus fines fundamentales y el pacto de procreación debe ser regulado por los imperativos indiscutibles, frente a una realidad innegable, que debe imponer una cultura y una ética necesarias para la convivencia, que haga posible "la mejoría del orden social y económico por medio de un esfuerzo consciente e inteligente".

México, D. F., marzo de 1982.

CONCEPTO DEL DERECHO Y TEORIA GENERAL DEL DERECHO

MIGUEL VILLORO TORANZO

Extracto de un libro en preparación que tendrá como título: *Qué es la Teoría General del Derecho. Ciencia, Filosofía y Metodología del Derecho.*

Decíamos al comenzar nuestro trabajo que hay consenso general que la Teoría General del Derecho es parte de la Ciencia del Derecho. Por lo tanto se plantea en el plano científico y no en el filosófico. No debe ser confundida esta teoría con la Filosofía del Derecho. Será, por lo tanto, necesario construir un concepto científico del Derecho que sea instrumento apto para realizar la investigación propia de la Teoría General del Derecho y que tome en cuenta los objetivos de la misma. Además es claro por lo explicado antes que no podemos satisfacernos con una simple noción; tiene que ser un concepto.

En la historia de la Teoría General del Derecho se han propuesto definiciones del Derecho con una clara intención científica. Lo que no siempre ha quedado claro es si se ha querido dar a esas definiciones también un alcance filosófico. Allí es donde se origina la confusión que queremos evitar. Por otra parte, es perfectamente válido el selecionar como concepto científico del Derecho uno que sea también filosófico; eso dependerá de la especie de Teoría General del Derecho que se quiera elaborar. Recordemos que los conceptos científicos deben ser elegidos de acuerdo con la especie de ciencia que se quiere construir. De hecho la conclusión a la que queremos llegar en la presente sección es que, si uno quiere elaborar una teoría que sea a la vez "general" y "del Derecho", hay que tomar como presupuesto filosófico de la misma una definición a la vez científica y filosófica del Derecho. Pero, si se procede así, hay que hacerlo en forma plenamente consciente y asumiendo las consecuencias que entraña el tomar esa posición. En efecto, aceptar como punto de partida de una investigación científica un concepto filosófico significa estar dispuesto a defender en el plano filosófico la validez de ese concepto.

Queremos que este planteamiento quede claro. A riesgo de repetirnos, daremos un ejemplo. Un investigador puede decir: para mi teoría del Derecho voy a partir de una definición que diga que el Derecho es un sistema coherente de proposiciones gramaticales. Su posición es perfectamente válida con tal que: 1) no pretenda que la definición del Derecho por él propuesta es también válida filosóficamente; si tuviese tal pretensión, entonces deberá demostrar

filosóficamente que su definición es válida porque recoge las notas reales y esenciales del Derecho como fenómeno propio y diferente de otros fenómenos en la totalidad de los seres; 2) que su investigación procede dentro del cause limitado que él mismo se ha trazado, al definir al Derecho de esa manera; y 3) que no dé más alcance a las conclusiones de su investigación que las que puede lograr su planteamiento limitado. No hay duda que su investigación podrá resultar en una Teoría del Derecho que explore todos los aspectos de la coherencia que se dan entre las proposiciones jurídicas; incluso esa teoría podrá hacer aportaciones originales y valiosas que enriquezcan el conocimiento del fenómeno jurídico. Pero el investigador no tendrá derecho a proclamar que su investigación agota el conocimiento del Derecho, a no ser que haya probado que su definición del Derecho es válida filosóficamente.

Héctor Raúl Sandler presenta un ejemplo que ilustra muy bien lo que queremos explicar: "Es propio de una teoría general que contenga una 'teoría del matrimonio', o sea una serie de conjeturas sobre lo que el matrimonio es y, consecuentemente, que permita sacar de ella una serie de conclusiones, con la finalidad que fuere. Observamos que los juristas pueden enfrentarse en bandos irreconciliables porque confunden la 'teoría de que se valen con la supuesta 'esencia del matrimonio'. Si para unos el matrimonio 'es' un contrato y para otros, por ejemplo, 'es' una institución, no hay posible convivencia entre ellos. Ambas posiciones son, sin embargo, defendibles si en lugar de pretender describir la 'esencia' del matrimonio, tienen conciencia que sus teorías son 'instrumentos' creados por el jurista para poder resolver problemas que 'eso' que se llama matrimonio presenta."[1] Mientras la teoría se mantenga en el plano científico, hay libertad para definir al matrimonio como contrato o como institución y sólo se rechazará alguna de estas definiciones si se muestra incoherente o inapta para la investigación propuesta. Pero si las definiciones se plantean en el plano filosófico, es claro que son incompatibles y que, por lo tanto, o habrá que rechazar por argumentos filosóficos alguna de ellas o buscar una definición filosófica que las integre. Si se lograse esa definición integradora, ésta también podría ser utilizada en el plano científico, pero en este plano podrá tener dos alcances diferentes: para los que admitan la filosofía en que descansa la nueva definición, el alcance de la misma es doble: es una definición que sirve de presupuesto a una investigación científica y, además, esa investigación es verdaderamente "general" porque trabaja con un concepto admitido (filosóficamente) como el concepto que describe la esencia de lo investigado; para los que no admitan la filosofía en cuestión, la definición no podrá ser más que una de las múltiples definiciones posibles y la investigación construida sobre ella no tendrá el carácter general, puesto que sólo refleja un punto de vista. Si ese punto de vista es rechazado, entonces la oposición deja de darse en el plano científico y se está planteando en el plano filosófico.

El deslizamiento del plano científico al plano filosófico puede darse insensiblemente, en especial cuando el investigador por carecer de una formación

[1] Héctor Raúl Sandler, *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. UNAM, México, 1980, pág. 60 y sig.

filosófica es incapaz de distinguir entre los dos planos. Cuando se tiene éxito en una investigación científica, hay la tendencia a exagerar los méritos de la misma y a proyectar las conclusiones en el plano filosófico cuando éstas sólo son válidas en el plano científico limitado libremente por el concepto en él aceptado como presupuesto. Así, sin darse mucha cuenta, el investigador empieza a defender en el plano filosófico el concepto que demostró ser útil en el plano científico, y una problemática que debió ser criticada y explicitada en el plano filosófico, por no haber sido resuelta a tiempo y en el plano correspondiente, sigue actuando en forma confusa en el plano científico donde no puede tener respuesta. Porque la confusión puede operar en los dos sentidos: proyectando indebidamente conclusiones científicas al plano filosófico o aceptando con poco o ningón sentido crítico filosófico la corriente filosófica o predominante o que alcanza alguna voga en el ambiente del investigador y sacando sin más de ella conclusiones para el plano científico. En cada plano hay que plantear y discutir los problemas que le son propios. Si lo que uno quiere es investigar qué debe ser entendido por Derecho por todos, eso es cuestión filosófica que debe ser solucionada con la metodología de la Filosofía y no de alguna ciencia. Pero si lo que se trata es investigar un aspecto limitado de lo jurídico, entonces hay que construir el concepto de Derecho más apropiado para la investigación en cuestión y de acuerdo con la metodología de la misma; el concepto científico así obtenido y adoptado libremente servirá de hipótesis de trabajo para esa investigación pero no podrá clamar que en él se agota la visión total o filosófica del Derecho.

Vamos a examinar brevemente una teoría del Derecho, la de Austin con un fin muy concreto: conocer la operabilidad y alcances que pueden tener los conceptos científicos del Derecho en una teoría general del mismo.

3. 5 *La Jurisprudencia Analítica de Austin*

Cuando John Austin (1790-1859) elaboró su Teoría General del Derecho, las ciencias de la naturaleza y más en particular la Física ofrecían lo que entonces se creía era el único modelo de saber científico: observación empírica de hechos, búsqueda de relaciones constantes entre los mismos, formulación (matemática, de ser posible) de hipótesis que explicaran las causalidades constantes, verificación empírica de esas hipótesis, las cuales, al ser comprobadas empíricamente, se convertían en leyes.

Ya hemos dicho antes que Austin se propuso cientificar el conocimiento del Derecho con el objetivo más concreto de formar juristas, pero no juristas científicos sino juristas prácticos y, más en concreto, abogados cuya única misión es aplicar el Derecho Positivo vigente. Su teoría está encaminada a conocer ese Derecho para poderlo aplicar. Austin no se dirige a los legisladores ni a los jueces, ni pretende formar juristas críticos del Derecho Positivo. Así se opone a una Ciencia del Derecho crítica, a la que llama *censorial jurisprudence*, tal como la había querido elaborar su maestro Bentham en su *Theory of*

Legislation. Como se recordará, Bentham estaba más interesado en transformar al Derecho Positivo que en estudiarlo como tal y la teoría que propuso tenía como objetivo dirigir a la nueva legislación por el camino científico y racional. En cambio, a Austin no le interesa investigar cómo debe ser el Derecho sino cómo es el Derecho. Y así los diferentes objetivos llevan a Bentham y a Austin a diferentes puntos de vista en sus respectivas investigaciones. Como acertadamente observa W. Friedmann: "La separación, en principio, del Derecho tal cual es y del Derecho tal como debería ser es el postulado filosófico más fundamental del Positivismo jurídico."[2] El Derecho tal cual es son los mandatos, las órdenes, los imperativos, los actos de imperio normativo de la autoridad competente. Sobre ellos Austin va a construir su teoría, teniendo como modelo lejano a las ciencias de la naturaleza.

Y lo primero: un concepto científico del Derecho que sirva de presupuesto a toda investigación. Austin nos ofrece una primera definición: el Derecho o, más exactamente, la ley (*Law*) es "una regla establecida, para guiar a un ser inteligente, por otro ser inteligente que tiene potestad sobre el primero".[3] Ya está: el Derecho son hechos y no valores o ideas sobre la justicia la bondad o la maldad, pues las ciencias de la naturaleza deben trabajar a partir de la observación de hechos y no a partir de juicios de valor. Hay que analizar ese hecho y, por lo tanto, el método será el del análisis que va a dar su nombre a la "Jurisprudencia analítica", como se conoce al pensamiento de Austin y de sus seguidores.[4] El primer paso del análisis es la distinción entre "Derecho propiamente dicho o Derecho positivo (*positive law*)" y Derecho (o Ley) impropiamente dicho; el primero es aquel en que el mandato es establecido o por un superior político (ya sea supremo o ya subordinado) o por los mismos particulares actuando con fundamento en algún mandato de la autoridad que permita tal actuación; el segundo se da cuando el mandato no puede ser trazado, directa o indirectamente, a un superior político, como son las reglas de un club, las leyes de la moda o las leyes de las ciencias de la naturaleza. Esta distinción permite formular una definición más precisa del Derecho positivo:

[2] W. Friedmann, *Legal Theory*, 5a. ed., Columbia University Press, Nueva York, 1967, pág. 257.

[3] J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, citado por W. Friedmann, *op. cit.*, pág. 258. En el idioma inglés la palabra *"right"* significa lo que nosotros llamamos "derecho subjetivo"; en cambio la palabra *"Law"* puede ser traducida o como "ley" o como "Derecho" en el sentido de "Derecho objetivo". Los de habla inglesa, para designar la Teoría del Derecho, dicen "Theory of Law" y no "Theory of Rights" que significaría "teoría de los derechos subjetivos".

[4] Es natural que los seguidores de Austin se recluten en primer lugar en la Gran Bretaña y luego en otros países anglosajones. Británicos son Thomas Erskine Holland (*The Elements of Jurisprudence*), Sheldon Amos (*The Science of Law*), William Markby (*Elements of Law*) y Friederick Pollock (*A First Book of Jurisprudence* y *Essays in the Law*). Otros destacados seguidores de Austin son John Chipman Gray (*Nature and sources of Law*) en los Estados Unidos, W. E. Hearn (*The Theory of legal duties and rights*) en Australia y *John Salmond* (*Jurisprudence or the Theory of Law*) en Nueva Zelanda. De estos autores, algunos, como Gray y Salmond, se apartan algo del Positivismo voluntarista de Austin para acercarse al Positivismo jurisprudencial de Oliver Wendell Holmes.

es el conjunto de mandatos generales puestos en vigor por un superior político con la ayuda de sanciones.[5]

Pero Austin todavía precisa más su concepto de Derecho. Los mandatos que le interesan no son los de cualquier sociedad sino únicamente los de los países civilizados. En efecto se propone someter su objeto de estudio —el Derecho— a un análisis de acuerdo con el cual va a extraer cuatro elementos fundamentales: el mandato, la sanción, el deber u obligación y el soberano. Después mencionará otros elementos también comunes a todo Derecho: la generalidad, el daño, el derecho (subjetivo), la pena, la compensación, las relaciones entre los diferentes elementos. Austin se percató que sería difícil encontrar todos estos elementos —por ejemplo, el soberano— en el Derecho de las sociedades primitivas. Por eso escribe: "Entiendo por Jurisprudencia General la ciencia que concierne a la exposición de los principios, nociones y distinciones que son comunes a los sistemas de Derecho, entendiendo por sistemas de Derecho los sistemas más amplios y maduros, los que, por razón de su amplitud y madurez, están preeminentemente preñadas de enseñanzas."[6]

El proyecto de investigación trazado por Austin parece a primera vista responder a su ideal de construir una Ciencia del Derecho que tenga por modelo a la Física. Como ella, va a investigar hechos: los mandatos, el soberano, las sanciones y las sumisiones (*forbearences*) de los súbditos, pues en eso consisten sus deberes u obligaciones, en meros acatamientos a los actos de voluntad de las autoridades. Todos ellos serían hechos fácilmente verificables por la experiencia. Por eso el Derecho que pretende estudiar es "positivo", es decir, está puesto como un hecho y no tiene nada que ver con valores, con lo que debe ser, de la misma manera que la Física es ciencia positiva porque estudia hechos y no valores.

Observemos en primer lugar que el proyecto de estudio de investigar los aspectos fácticos del Derecho es perfectamente válido. Veremos que en realidad el planteamiento de Austin apuntaba a un estudio de sociología jurídica y esa especie de estudios tiene un lugar respetado por todos. También veremos que Austin se apartó del camino por él trazado y que ese apartamiento no se puede entender únicamente por un error metodológico sino que se debe atribuir a una razón más profunda: que Austin, al fin y al cabo jurista, no se podía contentar con un estudio resultante de la definición tan pobre del Derecho que él mismo había tomado como presupuesto científico. Nuestra conclusión será doble: por una parte que es legítimo partir de un concepto limi-

[5] La definición de Austin del Derecho positivo está expuesta y explicada en J. W. Harris, *Legal philosophies*, Butterworths, Londres, 1980, págs. 26 a 31.

Con pequeñas variantes, la definición de Austin ha sido aceptada por la mayoría de los textos jurídicos anglosajones. Por ejemplo, George W. Keeton escribe. "Positive law is a collection of commands, enforced by a political superior, with the aid of sanctions" (*The Elementary Principles of Jurisprudence*, Issac Pitman, Londres, 1949, pág. 59). A esta definición sólo le falta un elemento importante: el de la generalidad.

[6] J. Austin, citado por Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence. The Philosophy and Method of the Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusets, 1962, pág. 95. Otra traducción del mismo párrafo, por Felipe González Vicen, en su edición de *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951, pág. 31).

tado del Derecho para una investigación científica también limitada, pero entonces hay que reconocer lo parcial y limitado de la investigación; por otra, que si queremos hacer Teoría General del Derecho, hay que partir de un concepto científico del Derecho que lo describa en forma integral, es decir, que en realidad coincida con el concepto filosófico del Derecho. De esta manera hacemos patente la función de los conceptos científicos en las investigaciones científicas y cómo la selección de los mismos está profundamente ligada a las metas de la investigación.

Comencemos por la explicación de por qué el planteamiento de Austin apuntaba a una investigación de sociología jurídica. Es claro que no tenemos derecho de reprochar a Austin el no haber percibido todas las consecuencias de su planteamiento. Tuvo el mérito de hacer un planteamiento audaz para su tiempo, con una intención valiosa: la de cientificar el estudio del Derecho. Hay que comenzar por alguna parte y él comenzó. Después se ha reflexionado sobre su planteamiento. Nosotros podemos aprender tanto de Austin como de los críticos. Así avanza la ciencia.

La piedra angular del concepto austiniano del Derecho es lo que hay que entender por mandato. Ciertamente la posición de Austin merece el nombre de Positivismo voluntarista. Es "Positivismo", porque no hay la menor duda que los mandatos en que Austin hace consistir el Derecho son meros hechos, no son valoraciones. Es "voluntarista", porque esos hechos consisten en actos de la voluntad del soberano o de aquellas autoridades o particulares que actúan conforme a la voluntad del mismo. Pero, a partir de este planteamiento que es indiscutible, caben dos interpretaciones: la psicologista y la que, a falta de otro nombre, podemos llamar la sociológica. Parece que Austin no percibió la diferencia e incompatibilidad entre las dos interpretaciones, que por sus palabras se inclina a la primera, pero que en el fondo su pensamiento adquiere más coherencia por la segunda. La interpretación psicologista explica los mandatos como deseos (es decir, actos subjetivos) del soberano. Austin dice que todo mandato comprende tres elementos: un deseo, una sanción y la expresión del deseo; además, si el mandato es Derecho, incluye un cuarto elemento: la generalidad. La interpretación sociológica rechaza que se hable de deseos, pues por ser actos subjetivos no pueden ser verificados por los súbditos, y prefiere interpretar los mandatos como actos de fuerza (por lo tanto, admite los otros tres elementos: la sanción, la expresión de lo que quiere el soberano se haga para evitar la sanción y la generalidad). Esta segunda interpretación es más cercana del lenguaje común que la primera, aunque no coincide con él. H. L. A. Hart ha explicado con claridad lo que el lenguaje común entiende por mandato; entiende una orden, un imperativo, una exigencia de obediencia ligada a una cierta sugerencia de autoridad y respeto, pero "cuando se da un mandato no es menester que haya una amenaza latente de daño para el supuesto de desobediencia... un mandato no es primeramente una apelación al miedo sino al respeto a la autoridad".[7] Aquí, en el pensamiento

[7] H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho*. Trad. de Genaro R. Carrió. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, pág. 25 y sig.

de Austin, presenciamos un caso en que el pensamiento científico afina un concepto tomado del conocimiento común: acepta en el mandato lo que puede contener de presión y de amenaza, mientras deja a un lado lo que implica de valoración moral de la autoridad. En cambio la interpretación psicológica va más lejos y crea un concepto nuevo, puesto que la idea del deseo de la autoridad no parece estar contenida en el conocimiento común del mandato, a no ser en situaciones verdaderamente excepcionales como son las que se dan cuando los súbditos tienen una actitud de servilismo, por ejemplo, ante un monarca absoluto, como fue Luis XIV de Francia. Un súbdito servil no se contenta con obedecer a su soberano sino que quiere satisfacer hasta sus últimos deseos y caprichos.

Hoy se rechaza la interpretación psicológica, no sólo porque hace referencia a actos subjetivos (los deseos) de difícil o imposible vertificación empírica, sino porque el estudio de la interpretación que hacen de las leyes los jueces arroja una conclusión generalmente aceptada: los jueces no aplican las leyes tratando de reconstruir los deseos de los legisladores sino las ideas que están contenidas en la expresión de los mandatos. En otras palabras, la expresión que se encuentra en toda ley no es de deseos de la autoridad sino de conductas que se declaran u obligatorias o permitidas. Cuando la ley faculta a alguien a nombrar heredero, no se puede decir que eso sea un deseo del legislador; lo más probable es que el legislador esté indiferente respecto de que se nombren herederos o dejen de nombrarse. No pocas veces, deseos e intenciones subjetivas de las personas con autoridad no coinciden con lo que se expresa en la ley y la responsabilidad de los jueces no es interpretar lo que en el fondo deseaba el soberano sino el contenido coherente de lo que expresó. En resumen: lo que manda el legislador no coincide siempre con lo que desea.

La otra interpretación, la sociológica, ha tenido mucha mayor aceptación entre los críticos. De hecho tiene como heredera a toda la pujante corriente del sociologismo jurídico. Ver en las leyes mandatos que se imponen por la fuerza es ver al Derecho funcionando en la sociedad y verlo como un fenómeno sociológico, como un fenómeno resultado de la fuerza o poder político, que se da y existe en toda sociedad, nos guste o no. Aquí la voluntad del soberano ya no significa los deseos del mismo sino la manifestación de su poder político, el cual está respaldado por sanciones. No hay duda que se puede construir una teoría del Derecho con base en este concepto y la prueba la dan las teorías sociológicas del Derecho. En ellas el Derecho se define como las normas eficaces, las que de hecho funcionan y viven en una sociedad. Una forma que asume esta interpretación es la conocida como Positivismo jurisprudencial. Ha sido defendida por el novozelandés Sir John Salmond, que enseñó en Inglaterra, y los norteamericanos John Chipman Gray y Oliver Wendell Holmes, originadores de la escuela de pensadores conocida como el Movimiento Realista Americano. Para ellos y para muchos otros el Derecho se simple y llanamente la práctica de hecho de los tribunales, pues son éstos los que en fin de cuentas deciden los hechos del Derecho. No es el momento de hacer un balance crítico de este modo de pensar. Ahora sólo nos interesa subrayar que, al

aceptar una definición científica como punto de partida, se está trazando todo un camino de investigación que puede llevar a conclusiones inesperadas. Nos parece claro que la definición que dio Austin del concepto de Derecho apuntaba inexorablemente a un análisis sociológico del mismo. Si hubiera sido consecuente con el concepto que él mismo propuso, Austin debió de proceder a verificar dónde se dan esos hechos consistentes en mandatos originados en un poder soberano y su teoría del Derecho entonces hubiera sido estudio comparativo de fenómenos sociológicos: en particular los fenómenos de los mandatos originados en un soberano, la verificación de la existencia de los poderes soberanos y la constatación de las sanciones como hechos de apoyo a los mandatos. Ya que antes que Austin, Hobbes y Bodino habían considerado al Derecho como hechos-mandatos y, en consecuencia, habían seguido el camino de la sociología. También hubiera podido Austin, después de verificar qué mandatos cumplían con sus especificaciones, concentrarse en el contenido de lo mandado. Entonces su método hubiera sido interpretativo de la voluntad de los legisladores soberanos. Es el camino que siguió en Francia la Escuela de la Exégesis, para la cual la labor de los juristas consiste en reconstruir la voluntad del legislador. Pero Austin no procedió así. ¿Por qué? Porque su objetivo no era explicar la realidad del sistema de Derecho inglés o de cualquier otro sistema de Derecho, sino introducir racionalidad en la enseñanza del Derecho. Como observa Julius Stone, profesor de la Universidad de Sydney, Austin, en vez de decir que se proponía "mostrar que hay principios y distinciones comunes a todos los sistemas de Derecho", debió decir que quería explicar los conceptos y "los principios necesarios o útiles para analizar los sistemas de Derecho".[8] Pero para eso no le servía su concepto de Derecho.

Lo que estamos planteando es el problema de la naturaleza y razón de ser de la Teoría General del Derecho y del concepto científico del Derecho a partir del cual se hace posible esa teoría. Si se concibe a esta teoría como un instrumento en la formación de los juristas o, en otras palabras, como una investigación que se realiza con un objetivo pedagógico, hay que seleccionar un concepto científico del Derecho que haga posible esa investigación. Claro que si Austin se hubiera propuesto formar juristas explicándoles cuál era la realidad del sistema de Derecho de su tiempo, entonces hubiera sido muy útil un método sociológico que trazara el origen de los hechos-mandatos a otros hechos, tales como las posiciones de poder político y los intereses del grupo gobernante, detentador de la soberanía. Pero esa clase de formación no le interesaba, porque vislumbraba que la conclusión de una investigación de tipo sociológico hubiera sido que el Derecho inglés de su tiempo estaba compuesto de mandatos un tanto desordenados y a veces caóticos, resultados de las voluntades de varios soberanos. Por eso el método que en realidad sigue tiene muy poco del método de observación de hechos, propios de las ciencias de la naturaleza como la Física. Su método consiste fundamentalmente en el análisis de conceptos y reglas así como en la búsqueda de relaciones lógicas entre ellos y

[8] Julius Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings*. Standford University Press, California, 1964, págs. 92 y 88.

ellas. Augusto Comte, el fundador del Positivismo, no lo habría clasificado como método propio de la fase positiva, sino que la habría colocado en la fase metafísica. En realidad los seguidores de la Jurisprudencia Analítica están mucho más cerca de los métodos tradicionales de lo que quieren reconocer. Analizar conceptos y reglas no es un método empírico. Ni pretende Austin que los conceptos y reglas que él explica estén funcionando siempre de hecho en el sistema inglés y mucho menos en todos los sistemas.. No sólo no hay verificaciones en este sentido, sino que propone su teoría para que ésta sirva a introducir orden racional allí donde existe confusión. Y, aunque habla de "mostrar que hay principios y distinciones comunes a todos los sistemas de Derecho",[9] no procede al estudio de Derecho comparado que parece exigir ese propósito.[10] "Austin, por supuesto, se interesaba en el Derecho real en la medida que se proponía mostrar que era posible arreglar en un *orden sistemático* las partes que lo constituían, es decir, en un arreglo *lógico* de las proposiciones jurídicas de las cuales el Derecho real se compone. Pero ciertamente no pretendía que su sistema teórico o teoría fuera una representación literal del Derecho inglés o de cualquier otro sistema de Derecho existente en la realidad. Su teoría o sistema ordenado de ideas tenía únicamente una existencia hipotética y, por lo tanto, la utilidad de su método al exponer ese orden racional era limitada. Su intención, según sus propias palabras, era la de 'mostrar que le Derecho invlés, a pesar de sus muchas rarezas, puede ser reducido a conformarse a ese orden mucho más cercanamente de lo que se suele creer'. Decir que el Derecho inglés puede ser reducido a conformarse a ese sistema, obviamente no es lo mismo que afirmar que se conforma a él. Y conformarse mucho más cercanamente de lo que se suele creer, obviamente es diferente de conformarse *simpliciter*."[11] Lo que trata de formular Austin es una ciencia de las constantes racionales que *deben existir* en todo Derecho, no una ciencia del Derecho positivo concreto. Los diferentes Derechos positivos concretos sirven de material para abstraer los conceptos y principios generales y para subrayar las numerosas uniformidades y analogías en sus estructuras conceptuales, pero no son el criterio definitivo y último de elaboración de la Teoría General del Derecho.

La conclusión de nuestra ya larga reflexión es que el concepto científico del Derecho como un mero hecho resultado del mandato de la voluntad del soberano es inapropiado para el objetivo pedagógico que era el de Austin: formar juristas en un pensamiento racional científico. Este objetivo supone la preexistencia de un orden o sistema de conceptos y principios jurídicos, que servirá de instrumento para analizar, criticar y ordenar los datos aportados por los Derechos positivos. Ese orden racional no necesariamente debe su validez a

[9] Austin en una carta a la que hizo referencia su viuda en la edición póstuma de las *Lectures*, según cita de J. Stone, *op. cit.*, pág. 91 (véase la nota 118).

[10] Austin hace numerosas referencias al Derecho Romano, pero éstas no son utilizadas para comprobar la vigencia de hecho de los conceptos y reglas en otro sistema que el inglés, sino para construir los conceptos y reglas de Austin.

[11] Julius Stone, *op. cit.*, pág. 67.

los mandatos de la voluntad del soberano, pero debe ser capaz de interpretar coherentemente y de criticar esos mandatos. Así en la realidad de la teoría de Austin un concepto empírico, positivista y voluntarista del Derecho es criticado y supeditado por una visión racionalista de la Ciencia del Derecho, de acuerdo con la cual el Derecho para ser tal debe ser coherente.

Lo que está implícito en la posición de Austin es que, más allá y por encima de los mandatos un tanto desordenados y a veces caóticos de la voluntad del soberano, existe un orden lógico y coherente, común a todos los sistemas de Derecho, intuido por todos los auténticos juristas de todos los tiempos, por lo menos de los países civilizados, orden racional que debe ser desvelado por la Ciencia del Derecho y que debe formar las mentes de los futuros abogados, para introducir racionalidad en la enseñanza y en la explicación práctica del Derecho. La Teoría General del Derecho no sería más que la expresión suscinta y clara de lo más fundamental de ese orden racional. La ambigüedad del planteamiento de Austin tiene su origen en una falta de precisión del objetivo pedagógico: para ordenar la mente de los futuros juristas, ¿qué es exactamente lo que se les quiere enseñar? ¿Las constantes de hecho del fundamento real del sistema inglés o un orden lógico hipotético destinado a criticar y modificar los fenómenos que se observan en la realidad jurídica? Ambas enseñanzas son útiles y convenientes en la formación de los juristas, pero no deben ser confundidas. Es posible construir una Teoría General del Derecho sobre la una y sobre la otra. Pero el teórico del Derecho debe decidirse por un camino o por otro, pues de su elección libre dependerá el método de elaboración de la teoría. Y no basta que diga que su objetivo es pedagógico; es necesario que precise el tipo de enseñanza que quiere impartir, y esto último dependerá del tipo de jurista que quiere formar: ¿un abogado qué función sin contratiempos como pieza bien aceitada de un sistema real, en el que pueden darse contradicciones y abusos de hecho del poder? ¿O un jurista que contribuya al proceso de racionalizar y humanizar la realidad jurídica observada? Si se decide por el segundo tipo de jurista, como parece fue la intención de Austin, tendrá que partir de un concepto científico del Derecho apropiado a su investigación, y que no puede ser el positivista propuesto por ese autor. En realidad tendrá que ser un concepto integral del Derecho; en otras palabras: un concepto científico del Derecho que coincida con el filosófico. En efecto, mientras se tomen como punto de partida conceptos limitados del Derecho, las teorías construidas sobre los mismos, por valiosas que sean, también serán limitadas y, consecuentemente, sólo proporcionarán una formación incompleta a los futuros juristas. Lo cual no debe llevarnos a la confusión de las diversas funciones que tienen los conceptos científicos y los conceptos filosíficos. Los primeros son instrumentos de trabajo en una investigación científica, la cual como tal sólo pretende llegar a un conocimiento parcial de la realidad; los filosóficos, al definir la esencia de un ser ante la totalidad de los seres, son instrumentos de trabajo de una investigación que pretende conocer aspectos totalizadores y no únicamente parciales. La conclusión es que puede haber varias teorías científicas sobre el Derecho, tantas cuantos aspectos

parciales del Derecho se quieran investigar; cada una de esas teorías deberá sujetarse al método correspondiente al enfoque parcial libremente seleccionado por el investigador. Tal vez se puedan llamar "generales" en el sentido que el aspecto parcial investigado se encuentra en todos los fenómenos jurídicos, como puede ser el aspecto de la coherencia hipotética o el de la presencia del poder de mando por parte de la autoridad, pero aun esta generalidad es discutible, porque hay fenómenos jurídicos que se pueden observar como carentes de la coherencia hipotética y se suele llamar "Derecho" al "Derecho Natural" que se presenta como válido aunque carezca de la sanción aprobatoria de la autoridad humana. Además esas teorías científicas que trabajan con una definición limitada del Derecho lógicamente no pueden ser llamadas sin más "teorías *del Derecho*"; serán "teorías de un aspecto del Derecho pero no de todo el Derecho. Esta es otra cuestión que se debe aclarar: puede haber varias ciencias, cada una con su método propio, sobre el Derecho. ¿Será posible que alguna de estas ciencias pueda apropiarse el enfoque de la Teoría General del Derecho? Esta otra cuestión la trataremos a continuación.

Esta revista fue editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho. Se terminó de imprimir en los talleres de Editorial Galache, S. A., Priv. Dr. Márquez 81, 06720 México, D. F., el 20 de agosto de 1982. Estuvieron al cuidado de la edición Elisur Arteaga Nava, Josette Serrato de García y Laura Trigueros.

Se tiraron 1 000 ejemplares.