

Fondo Bancario de Protección al Ahorro (Fobaproa)

RICARDO ARMAS ARROYO

SUMARIO: I. Introducción. II. Fondo de Apoyo Preventivo a las Instituciones de Banca Múltiple (Fonapre). III. Fondo Bancario de Protección al Ahorro (Fobaproa). IV. Algunas de sus operaciones.

I. INTRODUCCIÓN

Durante el periodo que va de 1995 a 1998, el Fondo Bancario de Protección al Ahorro ha pasado de ocupar un papel secundario a ocupar un primerísimo lugar en la vida nacional, al ser tema de discusión en todo tipo de foros que van desde la simple e informal charla de café hasta las más altas tribunas de nuestro país. Los medios de comunicación, en su afán por informar, le han dedicado una cantidad inaudita de tiempo y espacio, dándole un papel estelar que ha obligado a autoridades, políticos, boleros, choferes, peluqueros, amas de casa y pueblo en general a hacer del Fobaproa tema obligado de conversación, independientemente de que se sepa a ciencia cierta en qué consiste este engendro.

Frente a tales circunstancias, el pasado primero de septiembre de 1998, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público mandó insertar en los periódicos un desplegado que bajo el título de *legalidad* pretende dar una serie de explicaciones sobre lo que es el Fobaproa y la legalidad de sus acciones.

En esta publicación no se analizan todos y cada uno de los actos realizados por este Fondo, situación que entendemos por lo extenso del tema, pero hay puntos que no se tocan y que consideramos de gran importancia, como lo es la legalidad en su creación, y que pueden ser tomados como una muestra de la actitud que nuestras autoridades tienen frente a la ley o simplemente verlo como un lamentable caso de excepción que puede poner en entredicho el Estado de derecho.

Este trabajo de ninguna manera tiene la pretensión de ser exhaustivo y agotar el tema; entre otras cosas —como ya lo señalamos— por lo extenso del mismo, pero fundamentalmente por la gran dificultad que representa el obtener información al respecto; por ello mi pretensión es simplemente dar un primer paso en un camino en el que hay mucho por recorrer, no sólo desde el punto de vista jurídico sino en otros muchos aspectos de la vida democrática de nuestro país.

Para entrar en materia, hay que empezar por resaltar el papel que en la actualidad juegan las instituciones bancarias en el desarrollo de un país, al ser ellas las encargadas de mover el dinero; movimiento que es requisito indispensable para el pleno desarrollo de los países. Por ello ha sido preocupación constante del Estado moderno el establecimiento de un expediente de protección con el que se cree un ambiente de confianza y seguridad que garantice la solvencia de los integrantes de su sistema financiero con el fin de que siempre sean honrados los derechos de los ahorradores, que les permita captar recursos que se destinen al financiamiento de la vida económica y den liquidez al sistema de pagos.

Los mecanismos utilizados para hacer frente a esta necesidad han sido el crear una mutualidad entre las propias instituciones o la creación de corporaciones o fondos cuya administración se deja en manos o del gobierno o de las instituciones, y su patrimonio se integra con recursos públicos o privados o de ambos.

En México, hasta 1985, el gobierno federal había asumido de hecho, sin fundamento legal alguno, las obligaciones de los bancos con problemas financieros, dando así seguridad a los ahorradores y creando el ambiente de confianza que se requería para la operación normal del sistema financiero.

II. FONDO DE APOYO PREVENTIVO A LAS INSTITUCIONES DE BANCA MÚLTIPLE (FONAPRE)

El 14 de enero de 1985, época en la que los bancos eran propiedad del gobierno federal, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, la cual entró en vigor al día siguiente por disposición de su artículo primero transitorio.

Esta ley, en su artículo 77, estableció que las instituciones de banca múltiple debían participar en el mecanismo de apoyo preventivo para preservar su estabilidad financiera, al que se denominó Fonapre.

Este precepto textualmente decía:

Art. 77. Las Instituciones de Banca Múltiple deberán participar en el mecanismo de apoyo preventivo para preservar su estabilidad financiera, cuya organización y funcionamiento se sujetará a lo siguiente:

I. El Gobierno Federal, por conducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto, constituirá en el Banco de México un fideicomiso que se denominará Fondo de Apoyo Preventivo a las Instituciones de Banca Múltiple, cuya duración será indefinida;

II. El Fondo aplicará sus recursos a efectuar operaciones preventivas para apoyar la estabilidad financiera de las instituciones de banca múltiple y evitar que los problemas que enfrenten resulten en perjuicio del pago oportuno de los créditos a su cargo;

III. Las Instituciones de banca múltiple estarán obligadas a cubrir al Fondo el importe de las aportaciones ordinarias y extraordinarias 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.

Las aportaciones ordinarias y extraordinarias serán por los importes resultantes de aplicar al monto de los créditos a cargo de las instituciones de banca múltiple de que

se trate, el porcentaje correspondiente para cada tipo de aportaciones que fije la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Las sociedades efectuarán aportaciones extraordinarias cuando los recursos del Fondo sean insuficientes para hacer frente tanto a los apoyos que se requiera otorgar, como a las amortizaciones de los financiamientos a que se refiere la fracción siguiente;

IV. En caso de que el Fondo necesite recursos adicionales a los previstos en la fracción anterior, podrá obtenerlos de financiamientos; y

V. En el contrato constitutivo del Fondo deberá preverse la existencia de un Comité técnico que estará integrado por ocho miembros propietarios, los que serán nombrados cuatro por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el primero de los cuales lo presidirá y tendrá voto de calidad en caso de empate; uno por la Secretaría de Programación y Presupuesto; uno por la Secretaría de la Contraloría General de la Federación; uno por el Banco de México; y uno por la Comisión Nacional Bancaria. El comité técnico expedirá las reglas de operación del fideicomiso y determinará las operaciones que deban someterse a su previa autorización.

De la lectura de este precepto se aprecia que el expediente por el que se optó en México fue la creación de un fideicomiso público,¹ del cual nos ocuparemos en primer lugar para después entrar al análisis de algunas de sus operaciones.

Siguiendo al licenciado Ramón Sánchez Medal en el análisis de este contrato, tomaremos el sistema de la doctrina española que estudia los elementos personales, los elementos reales y los elementos formales de cada contrato, dentro de los cuales pueden examinarse, cuando las haya, las peculiaridades relativas a los elementos de existencia y a los elementos de validez de cada contrato en particular.²

Para hacer este análisis tomaremos la definición que del fideicomiso público nos da el licenciado Miguel Acosta Romero, quien nos dice que

El Fideicomiso Público es un contrato por medio del cual el Gobierno Federal, a través de sus dependencias y en su carácter de fideicomitente, transmite la titularidad de bienes del dominio público o del dominio privado de la Federación, o afecta fondos públicos, en una institución fiduciaria (por lo general instituciones nacionales de crédito), para realizar un fin lícito, de interés público.³

Así tenemos que de acuerdo con dicha definición, con la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y con el texto del artículo 77 tienen el carácter de:

A. Elementos personales

El *fideicomitente* es la persona que crea un fideicomiso por una manifestación expresa de voluntad,⁴ y que, en el caso concreto, es el gobierno federal por con-

¹ Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, arts. 3, frac. III, y 47.

² *De los contratos civiles* 8a. (México Porrúa 1986) 29.

³ *Derecho bancario* (México Porrúa 1978) 340.

⁴ BATIZA, Rodolfo *El fideicomiso, teoría y práctica* (México Librería de Manuel Porrúa) 157.

ducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto;⁵ aunque hay elementos suficientes para suponer que tienen también dicho carácter las instituciones de banca múltiple.

El *fiduciario* es a quien se encomienda la realización del fin al que se afectan los bienes, y que en México sólo puede desempeñarse por instituciones expresamente autorizadas, y que en el caso concreto es el Banco de México.⁶

El *fideicomisario* es la persona o personas que reciben el provecho que el fideicomiso implica, y que en el caso concreto son las instituciones de banca múltiple.⁷

B. Elementos reales

El objeto. Los bienes que el fideicomitente afecta en fideicomiso y que en el caso concreto ni el artículo 77 ni el contrato de fideicomiso los señalan, los cuales deberían ser, de acuerdo con la definición que hemos adoptado, bienes del dominio público o del dominio privado de la Federación o simplemente fondos públicos.

Este fideicomiso únicamente recibe bienes de las instituciones de banca múltiple.

El fin. Es el propósito para el cual ha sido creado el fideicomiso y que en el caso concreto consiste en efectuar operaciones preventivas para apoyar la estabilidad financiera de las instituciones de banca múltiple y evitar que los problemas que enfrenen resulten en perjuicio del pago oportuno de los créditos a su cargo.⁸

Dentro de los elementos reales podríamos considerar el plazo, que en el caso concreto no se da de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito,⁹ y las comisiones a que tiene derecho la fiduciaria por el desempeño del encargo.

C. Elementos formales

De conformidad con el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomiso siempre debe constar por escrito.

⁵ Arts. 346 y 349 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y frac. I del art. 77 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito

⁶ Art. 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y frac. I del art. 77 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

⁷ Art. 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y frac. II del art. 77 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

⁸ Art. 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y frac. II del art. 77 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

⁹ Art. 66. Cuando se trate de operaciones de fideicomiso que constituya el gobierno federal o que el mismo, para los efectos de este artículo, declare de interés público a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; no será aplicable el plazo que establece la fracción III del artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Atento a lo dispuesto por la fracción I del artículo 77 que nos ocupa, el gobierno federal, por conducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto, el 10 de noviembre de 1986 —aproximadamente un año diez meses después de haber entrado en vigor la ley— constituyó el Banco de México —con la comparecencia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público— el fideicomiso que dicha ley ordenaba, al que se denominó “Fondo de Apoyo Preventivo a las Instituciones de Banca Múltiple” (Fonapre).

Antes de entrar al análisis de si en el contrato de fideicomiso que dio origen al Fonapre se cumplió con todos y cada uno de los elementos del contrato, desviaremos nuestra atención a un par de puntos que consideramos de suma importancia en un verdadero Estado de derecho, como lo es la seguridad jurídica, gracias a la cual las personas tienen la certeza de que su situación no será alterada violentando sus derechos, posesiones, etcétera, de tal forma que quienes tenían el carácter de depositantes o ahorradores en las instituciones de banca múltiple a partir del 15 de enero de 1985, estaban en la creencia de que sus depósitos y/o ahorros contaban con el respaldo de un Fondo que, en caso de alguna problemática financiera en la institución a la que confiaron sus recursos, los apoyaría para que ésta pudiera hacer frente a sus compromisos.

En ninguno de sus artículos, la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito señaló un plazo dentro del cual se debería proceder a la constitución del Fondo, lo cual nos plantea la primer interrogante en cuanto a establecer si el gobierno federal actuó de manera responsable al constituirlo un año diez meses después, aproximadamente, de la entrada en vigor de la ley que se lo ordenaba, pues qué hubiera pasado si en ese periodo alguna de las instituciones de banca múltiple se hubiera visto en problemas financieros. Las autoridades se hubieran concretado a decir “usted perdone pero el Fondo que debería apoyar a la institución con la que usted contrató no existe”. Esta situación mantuvo a los ahorradores en un estado inconsciente de incertidumbre, ya que la seguridad que les daba el artículo 77 no era una realidad, debido a que por la razón que fuere no se había constituido el Fondo.

Para quienes dan poca importancia al principio de legalidad —que es el otro punto que consideramos de suma importancia en un Estado de derecho, principio que debe regir la actuación de la administración pública— lo justifican con la discrecionalidad, de la cual se encuentra investida la gran mayoría de sus facultades, perdiendo de vista que la discrecionalidad de ninguna manera significa arbitrariedad y mucho menos constituye una patente para la irresponsabilidad.

Gabino Fraga, refiriéndose al acto administrativo, nos dice que

el acto discrecional tiene lugar cuando la ley deja a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse o en qué momento debe obrar o cómo debe obrar o, en fin, qué contenido va a dar a su actuación. Por lo general, de los términos mismos que use la ley podrá deducirse si ella concede a las autoridades una facultad discrecional. Así, normalmente, cuando la ley use términos que no sean imperativos sino permisivos o facultativos se estará frente al otorgamiento de un poder discrecional.¹⁰

¹⁰ *Derecho administrativo* 22a. (México Porrúa) 232.

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández dicen “el Ejecutivo se designa así porque justamente su misión es ‘ejecutar’ la ley... la distinción entre los poderes Legislativo y Ejecutivo da al primero la preeminencia y limita al segundo a actuar en el marco previo trazado por las decisiones de aquél, esto es, por las leyes”.¹¹

Lo anterior, queramos o no, significa que el Poder Ejecutivo no es omnímodo sino que siempre se encuentra sujeto a la ley y constituye el principio de legalidad en virtud del cual la administración pública siempre deberá tener como justificación una ley preexistente al acto concreto que lo justifique.

“La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos.”¹² Estas facultades que la ley otorga a la administración no son para que las ejercite a su capricho o cuando ella quiera, no son un instrumento que tiene guardado para hacer uso de él cuando le plazca, la administración pública tiene la obligación de hacer uso de esas facultades. “Concretamente las potestades administrativas deben ejercitarse en función del interés público, que no es el interés propio del aparato administrativo, sino el interés de la comunidad de la cual la Administración es... una mera organización servicial.”¹³

El texto de la fracción I del artículo 77 es imperativo en su redacción, al decir: “El Gobierno Federal, por conducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto, constituirá en el Banco de México [...]”, de tal forma que su constitución debió llevarse a cabo en un plazo breve, entendiéndose por breve únicamente el tiempo necesario para ultimar el contenido del clausulado del fideicomiso y definir aspectos tales como el monto de los recursos con que el gobierno federal lo constituiría, así como el de las aportaciones que los bancos deberían hacer para incrementar el patrimonio, su periodicidad, definir las personas que integrarían el comité técnico, etcétera; decisiones, todas ellas, que difícilmente pueden justificar la tardanza de un año diez meses para su constitución, por muy pesado que sea nuestro sistema burocrático.

De la lectura del texto del contrato de fideicomiso que para tales efectos se suscribió, confirmamos que los aspectos anteriores en forma alguna pueden servir para justificar la tardanza, ya que nos encontramos que en su mayoría es una transcripción de la ley, con tres agregados; el primero de ellos establece que en ningún caso el patrimonio del fideicomiso podrá incrementarse con aportaciones que realice el gobierno federal con cargo al Presupuesto de Egresos de la Federación;¹⁴ el segundo, que dentro de los cuatro miembros del comité técnico que corresponde nombrar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, tres de ellos se nombrarán a propuesta de las instituciones de banca múltiple a través de la Asociación Mexicana de Bancos;¹⁵ y el tercero, que los bancos tienen de-

¹¹ *Curso de derecho administrativo I* (Madrid Editorial Civitas 1981) 363.

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo I* (Madrid Editorial Civitas 1981) 370.

¹³ *Ibid.*, p. 375.

¹⁴ Último párrafo de la cláusula tercera.

¹⁵ Primer párrafo de la cláusula quinta.

recho a la devolución de los recursos no comprometidos en caso de que el fideicomiso se extinga.¹⁶

Si a lo anterior agregamos la importancia de la finalidad que se perseguía con la creación del Fonapre, que era precisamente el establecimiento de un mecanismo que, como dice la ley, consistía en preservar la estabilidad financiera de las instituciones de banca múltiple mediante su apoyo preventivo; resulta válido preguntarnos en qué medida la tardanza en su constitución contribuyó a hacer más grave la crisis bancaria por la que pasamos desde hace más de cuatro años; qué tan importante es el monto de las aportaciones de los bancos que se dejó de percibir durante ese, aproximadamente, año diez meses que se tardó su constitución; y desde luego si habrá alguna responsabilidad en los funcionarios que tenían dentro de su competencia la contratación de ese fideicomiso, así como de aquellos otros que tenían alguna actividad que realizar para que ese mecanismo entrara en funcionamiento.¹⁷

Hecha la mención anterior, continuaremos con el análisis de la constitución del Fonapre.

De conformidad con lo mencionado, uno de los elementos personales del contrato de fideicomiso es el fideicomitente, el cual —de acuerdo con la fracción I del artículo 77 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito— corresponde al gobierno federal por conducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto; carácter que, de acuerdo con la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, tiene quien destina ciertos bienes a un fin lícito determinado; encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.¹⁸ Así lo confirma Rodolfo Batiza al decir que “la ley sustantiva circunscribe la calidad de fideicomitente a ‘Las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica’ (artículo 349)”.¹⁹

En el fideicomiso, el elemento personal de fideicomitente se encuentra íntimamente ligado al objeto, elemento real del fideicomiso, por lo que a continuación haremos algunas consideraciones sobre él.

Debe mantenerse con cuidado la distinción entre objeto y fin del fideicomiso, términos que con frecuencia se emplean como sinónimos, sin serlo, ya que el objeto consiste en la cosa que es su materia, en tanto que el fin es el resultado que se persigue con su constitución.²⁰

Ramón Sánchez Meda dice que

Conforme a la definición legal del contrato (1793), el objeto directo e inmediato del contrato es la creación o la transmisión de obligaciones o derechos (sean éstos reales o personales); pero por una elipsis que viene desde el Código Napoleónico, se menciona como objeto del contrato lo que propiamente es el objeto de la obligación creada o transmitida por él. Este objeto indirecto o mediato del contrato puede ser o la

¹⁶ Inciso e) de la cláusula séptima.

¹⁷ Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, arts. 5, 7, frac. VI, y 47, entre otros.

¹⁸ Art. 346.

¹⁹ *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria* (México Porrúa 1977) 63.

²⁰ BATIZA, Rodolfo *El fideicomiso, teoría y práctica* (México Librería de Manuel Porrúa) 169.

prestación de una cosa (2011) o la cosa misma (1824-I)... Cuando se trata de prestación de cosa y concretamente consiste en la transmisión de la propiedad o de otro derecho real [...] respecto de una cosa cierta y determinada, dicha transmisión se opera por efecto del mismo contrato (2014).²¹

Rodolfo Batiza, al referirse al objeto como uno de los elementos del fideicomiso, dice

Resulta claro, afirma Scott, que un *trust* no puede establecerse, a menos que al tiempo de su creación exista un bien que sea un objeto, agregando que la creación no sería posible con respecto a bienes cuya propiedad no se tiene, aunque alguna vez se haya tenido o aunque se espere tenerla en el futuro. Es cierto, observa este autor, que puede celebrarse un contrato para crear un *trust* en el futuro, siempre que se llenen los requisitos para la existencia de un contrato; pero la creación de un *trust* actual presupone la propiedad presente sobre una cosa [...] Por definición, dice Powell, ningún *trust* puede tener existencia sin que haya un bien determinado que constituya su objeto, y cualquier cosa o derecho que tenga un valor y sea transmisible es susceptible de constituir el objeto de un *trust*.²²

Como se puede apreciar, el objeto del fideicomiso se encuentra vinculado de manera inseparable a la figura del fideicomitente, de tal forma que tendrá el carácter de fideicomitente aquel que afecta los bienes que son materia del fideicomiso, independientemente que lo haga en lo personal o a través de representante, de tal forma que la denominación de fideicomitente le viene no por un simple nominalismo sino por el papel que desempeña en el fideicomiso.

Todas las consideraciones anteriores vienen a cuento, ya que la Secretaría de Programación y Presupuesto como fideicomitente único del gobierno federal, al constituir el fideicomiso no hizo afectación alguna, de tal forma que el fideicomiso que nos ocupa carece de objeto o, dicho en otras palabras, carece de materia.

Lo anterior se desprende claramente de la lectura de las cláusulas primera y tercera del contrato de fideicomiso que nos ocupa, las cuales textualmente dicen:

Primera. El Gobierno Federal, representado por la Secretaría de Programación y Presupuesto, constituye en el Banco de México, el fideicomiso "Fondo de Apoyo Preventivo a las Instituciones de Banca Múltiple" a que se refiere el antecedente del presente contrato.

El Banco de México acepta el desempeño del cargo de Fiduciario en el citado fideicomiso.

Tercera. El patrimonio del fideicomiso se integrará con:

Las aportaciones ordinarias y extraordinarias que hagan las instituciones de banca múltiple, de conformidad con lo dispuesto por la fracción III del artículo 77 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito;

Los productos, rendimientos y otros activos derivados de las operaciones que se realicen;

Los recursos provenientes de los financiamientos a que se refiere la fracción IV del artículo 77 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito; y,

²¹ *De los contratos civiles* 8a. (México Porrúa 1986) 36 y 37.

²² BATIZA, Rodolfo, *op. cit.*, p. 168.

Los demás bienes y derechos que adquiera el fideicomiso por cualquier otro título legal.

En ningún caso el patrimonio del fideicomiso podrá incrementarse con aportaciones que realice el Gobierno Federal con cargo al Presupuesto de Egresos de la Federación.

El fideicomiso implica siempre la existencia de un patrimonio que se transmite por el fideicomitente al fiduciario para la realización de un fin lícito, y del cual el fiduciario se convierte en titular con las modalidades y limitaciones que se establezcan en el acto constitutivo.²³

Al no haber hecho la Secretaría de Programación y Presupuesto una afectación de bienes en el acto constitutivo del fideicomiso, nos encontramos frente a una apariencia de fideicomiso en el que la fiduciaria tiene unos fines que realizar pero carece de los bienes necesarios para ello y, en consecuencia, el fideicomitente únicamente tiene de tal el nombre, y si para que pueda haber contrato se requiere de acuerdo de voluntades entre fideicomitente y fiduciario resulta que tampoco se dio dicho consentimiento, ya que quien se dice fideicomitente en realidad no tiene tal carácter y por ello no hay fideicomiso; si a lo anterior le agregamos que tampoco hubo objeto del fideicomiso, como ya lo apuntamos con anterioridad, resultará que no se dio ninguno de los elementos de existencia del contrato. En conclusión no hubo consentimiento ni objeto.

Rodolfo Batiza, al ocuparse de la inexistencia y nulidad del fideicomiso, dice:

El consentimiento es elemento esencial del contrato. Consiste en el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, siendo necesario que estas voluntades tengan una manifestación exterior. La ausencia de consentimiento hace al acto jurídico inexistente, en los términos del artículo 2224 del Código Civil. Por ser el fideicomiso un acto jurídico... la falta de consentimiento de las partes determina su inexistencia.

Y refiriéndose al objeto nos dice: "Su falta, conforme al precepto acabado de mencionar, resulta en inexistencia."²⁴

Usando la clasificación de origen escolástico de los elementos del contrato, la cual los divide en elementos esenciales, elementos naturales y elementos accidentales, debemos de decir que en este fideicomiso no se dan los requisitos esenciales, los cuales son indispensables para su existencia, al no haber acuerdo de voluntades ni bienes afectos al mismo.

Seguramente habrá quienes defiendan la existencia de este contrato de fideicomiso argumentando que fue constituido en los términos de la parte final del artículo 349 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual es del tenor siguiente:

Artículo 349. Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de

²³ ACOSTA ROMERO, Miguel, *op. cit.*, p. 337.

²⁴ BATIZA, Rodolfo, *op. cit.*, p. 323.

bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen.

Efectivamente, en la época en que se constituyó este fideicomiso las instituciones de banca múltiple eran entidades públicas sectorizadas en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y al igual que toda entidad pública dependían en mayor o menor medida de las dependencias globalizadoras, entre las que se encontraba la Secretaría de Programación y Presupuesto y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de tal forma que se puede presumir que tenían facultades para instruir a los bancos para que hicieran las aportaciones al fideicomiso.

Suponiendo, sin conceder, que lo anterior fuera cierto, de todas formas no se salva el problema, ya que como hemos demostrado, en el acto de la constitución del fideicomiso no se llevó a cabo aportación alguna ni por la Secretaría de Programación y Presupuesto ni por las instituciones de banca múltiple, por lo que en el mejor de los casos podríamos decir que nos encontramos frente a un contrato preparatorio como lo es la promesa de fideicomiso.

En cuanto a esta última parte del artículo 349, compartimos la opinión del licenciado Manuel Lizardi Albarrán, quien al referirse a ella dice: "Esta parte del artículo 349 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito induce a error respecto a la naturaleza del fideicomiso y nos atrevemos a afirmar que no tiene aplicación, ni puede, ni debe tenerla."²⁵

Tratando de defender la existencia del Fonapre, habrá quienes digan que efectivamente el gobierno federal no hizo afectación alguna al fideicomiso, pero las instituciones de banca múltiple sí lo hicieron, aunque con posterioridad a su constitución. A quienes sostengan lo anterior, les diríamos que eso no le da tampoco existencia al fideicomiso, ya que, como dice el licenciado Rodolfo Batiza refiriéndose a Scott:

Es cierto, observa este autor, que puede celebrarse un contrato para crear un *trust* en el futuro, siempre que se llenen los requisitos para la existencia de un contrato; pero la creación de un *trust* actual presupone la propiedad presente sobre una cosa. Por otra parte, es indiferente que el objeto del *trust* todavía no exista o que no sea propiedad de nadie; pero si es indefinido y no puede individualizarse con certidumbre, conforme a hechos que se especifiquen al tiempo de su constitución, no puede haber *trust*. Por definición, dice Powell, ningún *trust* puede tener existencia sin que haya un bien determinado que constituya su objeto, y cualquier cosa o derecho que tenga un valor y sea transmisible, es susceptible de constituir el objeto de un *trust*.²⁶

Retomando los elementos personales, como ya lo apuntábamos con anterioridad, tanto en la ley como en el texto del fideicomiso encontramos elementos suficientes para considerar como fideicomitentes a las instituciones de banca múltiple, así tenemos que la fracción III del artículo 77 dice que "Las instituciones de banca múltiple estarán obligadas a cubrir al Fondo el importe de las aportaciones ordinarias y extraordinarias", las cuales de acuerdo con el inciso a) de la cláusula tercera del contrato forman parte del patrimonio del fideicomiso y

²⁵ *Ensayo sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso* Tesis (México 1945) 162.

²⁶ BATIZA, Rodolfo, *op. cit.*, p. 168.

además tienen derecho a que se las devuelvan en caso de extinción del fideicomiso, según lo dispone el inciso e) de la cláusula séptima. Todos éstos derechos y obligaciones son propios de quien desempeña el papel de fideicomitente.

También, como ya lo apuntamos en la ley y en el contrato, hay elementos suficientes para considerar a las instituciones de banca múltiple como fideicomisarias, aunque ni la ley ni el contrato les reconocen expresamente ese carácter. Dice el licenciado Rodolfo Batiza:

Afirmaba Alfaro que el sujeto del fideicomiso es el fideicomisario, porque aquél es creado en interés de éste; que no puede concebirse un fideicomiso constituido en interés de nadie sino que tiene que serlo a beneficio directo e inmediato de alguien y ese alguien, que debe beneficiarse con la disposición que el fiduciario da a los bienes fideicomitados es el fideicomisario.

De tal forma que si la fracción II del artículo 77 dice que “El Fondo aplicará sus recursos a efectuar operaciones preventivas para apoyar la estabilidad financiera de las instituciones de banca múltiple”, y la cláusula segunda del contrato lo confirma al decir que “El fin de este fideicomiso es apoyar la estabilidad financiera de las instituciones de banca múltiple”, no nos queda más que concluir que dichas instituciones tienen el carácter de fideicomisarias.

III. FONDO BANCARIO DE PROTECCIÓN AL AHORRO (FOBAPROA)

Previendo la privatización de los bancos el 18 de julio de 1990, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley de Instituciones de Crédito, la cual abrogó la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, en cuyo artículo 122 establece que las instituciones de banca múltiple deberán participar en el mecanismo preventivo y de protección al ahorro, para lo cual el artículo décimo transitorio dispone que el gobierno federal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en su carácter de fideicomitente, y el Banco de México, realizarán las modificaciones procedentes al contrato constitutivo del Fondo de Apoyo Preventivo a las Instituciones de Banca Múltiple, para hacer los ajustes necesarios en términos de lo previsto por el referido artículo 122, en un plazo de 90 días contados a partir de la entrada en vigor de dicha ley.

El texto original del artículo 122 textualmente dice:²⁷

Art. 122. Las instituciones de banca múltiple deberán participar en el mecanismo preventivo y de protección del ahorro, cuya organización y funcionamiento se sujetará a lo siguiente:

I. El Banco de México administrará un fideicomiso que se denominará Fondo Bancario de Protección al Ahorro, cuya finalidad será la realización de operaciones preventivas tendientes a evitar problemas financieros que pudieran presentar las insti-

²⁷ Ha sido modificado mediante decretos publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de febrero de 1995 y el 30 de abril de 1996.

tuciones de banca múltiple, así como procurar el cumplimiento de obligaciones a cargo de dichas instituciones, objeto de protección expresa del Fondo.

La constitución del fideicomiso por el Gobierno Federal no le dará el carácter de entidad de la administración pública federal, y por lo tanto, no estará sujeto a las disposiciones aplicables a dichas entidades;

II. Para que las instituciones de banca múltiple puedan recibir apoyos preventivos, deberá garantizarse el pago puntual y oportuno del apoyo, con acciones representativas del capital social de la propia institución, con valores gubernamentales o cualquier otro bien, que a juicio del fiduciario satisfaga la garantía requerida.

Cuando esta garantía recaiga en acciones representativas del capital social de la institución apoyada, los accionistas primeramente deberán afectar títulos representativos de la Serie "A" hasta por el importe de la garantía requerida y, en caso de que tales títulos no cubran el total de dicho importe, también deberán de afectar los títulos correspondientes a las demás series. Dichas acciones garantizarán el pago del apoyo en la proporción a prorrata que corresponda conforme al valor de cada una de ellas.

Para los efectos de la garantía antes citada, las acciones se considerarán por el equivalente al sesenta y cinco por ciento de su valor en libros, según el último estado financiero aprobado por el consejo de administración de la institución y revisado por la Comisión Nacional Bancaria.

En caso de que no se otorgue garantía suficiente, el director general de la institución de que se trate, o quien ejerza sus funciones, deberá otorgar en garantía tales acciones, en términos de lo dispuesto en los párrafos anteriores. Al efecto, la institución para el depósito de valores en que se encuentren las referidas acciones, a petición por escrito del director general de la institución de banca múltiple, o de quien ejerza sus funciones, las traspasará y mantendrá en garantía en términos de lo antes señalado a favor del propio Fondo, comunicándolo así a los titulares de las mismas.

En el evento de que el director general, o quien ejerza sus funciones, no otorgue la garantía antes señalada, la institución para el depósito de valores respectiva deberá afectar en garantía dichas acciones en términos de lo dispuesto en los párrafos anteriores, bastando al efecto solicitud por escrito por parte del Fondo.

En los estatutos y en los títulos representativos del capital de las instituciones de banca múltiple, deberá preverse expresamente el consentimiento de todos y cada uno de los accionistas al procedimiento contenido en los dos párrafos anteriores;

III. Las instituciones de banca múltiple estarán obligadas a cubrir al Fondo el importe de las aportaciones ordinarias y extraordinarias que determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a propuesta de Banco de México.

Las aportaciones ordinarias y extraordinarias de cada institución correspondientes a un año natural, no excederán respectivamente del cinco al millar y del siete al millar del importe al que asciendan las obligaciones objeto de protección expresa del Fondo;

IV. En el contrato constitutivo del Fondo deberá preverse la existencia de un comité técnico que estará integrado por representantes de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria.

El comité técnico determinará los términos y condiciones de los apoyos que se otorguen con cargo al Fondo; los depósitos, créditos y demás obligaciones, así como el importe de éstos objeto de protección expresa, la periodicidad con la que habrán de cubrirse las aportaciones ordinarias, así como las demás facultades que se prevean en el contrato constitutivo del Fondo.

El fiduciario publicará anualmente en el mes de diciembre, en el *Diario Oficial de la Federación*, el importe máximo de las obligaciones que será objeto de protección expresa del Fondo durante el año inmediato siguiente.

Las instituciones de banca múltiple estarán obligadas a proporcionar al Fondo la información que éste les solicite, para cumplir con sus fines así como a poner en co-

nocimiento del mismo, con toda oportunidad, cualquier problema que confronten y que, a su juicio, pueda dar lugar a apoyos del Fondo. Asimismo, las instituciones de banca múltiple estarán obligadas a recibir los apoyos que a propuesta del comité técnico la Secretaría de Hacienda y Crédito Público estime necesarios y a cumplir con los programas o medidas correctivas que el Fondo les apruebe;

Las sociedades que, con posterioridad a la fecha de constitución del Fondo, obtengan autorización para constituirse y operar como instituciones de banca múltiple en términos de la presente ley, estarán obligadas a aportar la cantidad inicial que resulte de aplicar al importe del patrimonio neto del propio Fondo, el porcentaje que el capital del banco de que se trate, represente del capital neto del conjunto de los bancos múltiples, y

El Banco de México cargará, en las cuentas que lleva a las instituciones de banca múltiple, el importe de las cuotas ordinarias y extraordinarias que éstas deban cubrir conforme a lo dispuesto en el presente artículo, precisamente en las fechas en que tales pagos deban efectuarse. Las cantidades así cargadas serán abonadas simultáneamente al Fondo.

El día 18 de octubre de 1990, dos días después de que se venció el plazo que el legislador señaló para que se hicieran las modificaciones al contrato de fideicomiso constitutivo del Fonapre, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y el Banco de México suscribieron el convenio correspondiente. Seguramente el razonamiento que se hizo para suscribir ese día el convenio, fue el decir que del 18 de julio, fecha en la que se publicó la ley, al 18 de agosto, hay 30 días; al 18 de septiembre, 60 días; y al 18 de octubre, 90 días; y si la ley entró en vigor al día siguiente de su publicación, hacerlo el día 18 era correcto, ya que era antes de que se venciera el término, tomando en cuenta que fue el 19 de julio cuando entró en vigor la ley, pero perdiendo de vista que de acuerdo con el Código Civil cuando los plazos se fijan en días, éstos se entenderán de 24 horas naturales, contadas de las 24 a las 24,²⁸ y desde luego se les olvidó que julio y agosto tienen 31 días, por lo que en realidad el plazo venció el día 16 de octubre.

En este convenio únicamente intervinieron la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en su carácter de fideicomitente, y Banco de México, en su calidad de fiduciario, sin dar participación alguna a las instituciones de crédito, que como ya señalamos deberían ser consideradas como fideicomitentes y fideicomisarias, ni a la Asociación de Banqueros a pesar de que en el contrato original del Fonapre se les otorgaron ciertos derechos, mismos que con esta modificación se les quitan, como son la participación de la Asociación de Banqueros en el nombramiento de los representantes de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y el derecho que los bancos tenían a recibir parte de los recursos aportados en caso de extinción del fideicomiso.

La no participación de las instituciones de banca múltiple en este convenio, como en los demás que se han celebrado, pone en entredicho su validez por faltar la conformidad de una de las partes, nulidad que podría subsanarse con la comparecencia de ellas para ratificarlos.

Independientemente de lo anterior, este convenio no contiene disposición alguna que merezca comentario especial, ya que en su mayoría es una transcripción del artículo 122.

²⁸ Art. 1178, por remisión del art. 1956.

Resulta importante resaltar que con esta nueva ley se modifica la estructura fundamental de lo que era Fonapre en cuanto a la forma en que se da apoyo a las instituciones de banca múltiple.

Del artículo 77 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito y del contrato de fideicomiso que dio vida al Fonapre se puede llegar a la conclusión de que se trataba de una mutualidad —entendiéndose por ésta el procedimiento económico de repartir entre un número de personas expuestas a un riesgo de la misma especie, las pérdidas o daños que sufrirán los pocos para quienes se realicen—²⁹ entre las instituciones, mediante la creación de un fondo común al que todas ellas aportaban sus cuotas tanto ordinarias como extraordinarias para que con ellas se apoyara a la institución que tuviera problemas financieros sin que hubiera obligación de reintegrar esos recursos, ya que así se desprende del texto del fideicomiso al no haber definido qué es lo que se debe entender por efectuar operaciones preventivas para apoyar la estabilidad financiera de las instituciones de banca múltiple³⁰ y al referirse a la devolución de los recursos no comprometidos para el caso de su extinción sin hacer referencia a los recursos comprometidos, los cuales deberían tener algún destino en caso de que se hubieran comprometido mediante préstamos o aportaciones de capital o cualquier otra forma que no fuera la de simplemente entregarlos a una institución para que hiciera frente a sus problemas financieros.

En cambio, el artículo 122 de la Ley de Instituciones de Crédito, que da vida al Fobaproa, deja claro en su fracción II que ya no se trata de una mutualidad sino de un Fondo que proporcionará recursos a las instituciones con problemas financieros mediante préstamos debidamente garantizados, préstamos que además están obligadas a recibir de acuerdo con la fracción V *in fine*.³¹

Otro aspecto importante es que por disposición expresa del artículo 122, el Fobaproa, a diferencia del Fonapre, no tiene el carácter de entidad de la administración pública federal, a pesar de que por imperativo de la ley lo constituya el gobierno federal y su comité técnico esté integrado en su totalidad por servidores públicos; es así que aquél usa botas de hule, viste de rojo, tiene un hacha, viaja en un camión rojo con sirena, con escalera y mangera, y resulta que no es bombero. ¡Este es el poder de la ley!

Así es como nace el Fobaproa, no como algo nuevo, sino como producto de una modificación a un contrato de fideicomiso celebrado a destiempo al igual que su modificación, viciado desde su origen por falta de objeto y acuerdo de voluntades, lo que lo hace inexistente e impide hacerlo valer por confirmación o prescripción.³²

Cabe hacer la aclaración de que hemos usado el término inexistencia en lugar de nulidad absoluta³³ por ser un término que causa una mayor impresión en el

²⁹ RUIZ RUEDA, Luis *El contrato de seguro* (México Porrúa 1978) 5.

³⁰ Frac. II, art. 77.

³¹ Art. 122, frac. V: "Asimismo, las instituciones de banca múltiple estarán obligadas a recibir los apoyos que a propuesta del comité técnico la Secretaría de Hacienda y Crédito Público estime necesarios y a cumplir con los programas o medidas correctivas que el fondo les apruebe."

³² Art. 2224 del Código Civil para el Distrito Federal.

³³ La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que las diferencias entre inexistencia y nulidad absoluta son meramente teóricas. Tesis 197, 6a. época, cuarta parte. Amparos directos 2596/57, 2663/58, 1924/60, 8668/62 y 1205/52.

lector, y como nuestra intención es resaltar las deficiencias que rodean al Fobaproa, creemos que así lo lograremos de mejor forma; y también, en última instancia, debido a que nuestro Código Civil recoge en materia de ineficacia de las obligaciones la teoría de los clásicos franceses, quienes consideran como una de ellas a la inexistencia, conscientes como dice el licenciado José Luis de la Peza de que

Por elemental cordura, lo que no existe no puede ser materia de estudio ni objeto de regulación jurídica. Los actos que la ley califica de inexistentes son al fin de cuentas actos humanos que se efectuaron en la realidad, con la pretensión de ser actos jurídicos, y tienen por lo menos una apariencia, que en todo caso puede producir efectos si no hay una resolución judicial que lo impida. En resumen, son actos existentes pero ineficaces.³⁴

El 28 de noviembre de 1994, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y Banco de México suscribieron un nuevo convenio so pretexto de compilar en un solo instrumento el régimen aplicable al Fobaproa, previsto en el contrato constitutivo y sus modificaciones, según se dice en la declaración III de dicho convenio.³⁵

La realidad de este convenio es que no se concretó única y exclusivamente a poner en un solo instrumento las cláusulas que lo rigen, sino que se hicieron modificaciones a algunas de ellas y una se eliminó totalmente. El contrato original constaba de doce cláusulas, de las cuales se eliminaron dos en el convenio que da nacimiento al Fobaproa, y que fueron las cláusulas décima primera y décima segunda, con lo cual el contrato debería de constar de diez cláusulas; pero resulta que en el convenio que nos ocupa, y en el cual se dice que se compilan dichas cláusulas, únicamente consta de nueve. La cláusula que se elimina en este último convenio es la cláusula sexta que se refería a la forma en que el fiduciario debería invertir los recursos libres del Fondo y que obligaba a la fiduciaria a invertir cuando menos el cincuenta por ciento de los mismos en instrumentos a cargo de las instituciones de banca múltiple a prorrata de las aportaciones cubiertas por ellas.³⁶

Llama la atención la eliminación de la cláusula sexta por la forma y época en la que se da, ya que para esta época se habían dado las primeras intervenciones de instituciones de banca múltiple por parte de la Comisión Nacional Bancaria, y no se da ninguna explicación que justifique su eliminación, de modo que se puede pensar que ésta fue un arma que las autoridades se prepararon para utilizarla en contra o a favor de las instituciones, dependiendo de si se deseaba o no apoyarlas, al quedar el Fobaproa en libertad de retirar las inversiones que tenía en algunas de ellas o bien incrementarlas.

³⁴ *De las obligaciones* (México McGraw-Hill 1997) 136.

³⁵ Declaración III del convenio de 28 de noviembre de 1994. III. Han convenido en compilar en un solo instrumento el régimen aplicable al Fondo Bancario de Protección al Ahorro, previsto en el contrato constitutivo referido y sus modificaciones.

³⁶ Cláusula sexta. La inversión de los recursos libres deberá hacerse en: valores de Estado, valores emitidos por el Banco de México, depósitos en el propio Instituto Central o en instrumentos a cargo de instituciones de banca múltiple a prorrata de las aportaciones cubiertas por ellas. El importe de estos últimos instrumentos no será inferior al 50 por ciento de los recursos libres del Fondo.

Las cláusulas que en este convenio fueron modificadas son la quinta, inciso b), al agregar a la facultad que tiene el comité técnico para establecer los términos y condiciones de los apoyos que se otorguen a las instituciones la facultad de determinar la forma en que éstos deberán ser pagados; también la quinta, en su inciso h), en donde antes se decía que el comité técnico tenía facultades para instruir al fiduciario respecto de la inversión de los recursos libres del Fondo, y ahora se lee que dicho comité tiene facultades para establecer criterios generales sobre la inversión de los recursos libres del Fondo; asimismo, la octava del contrato original —que en el convenio corresponde a la séptima— en cuanto a eliminar el requisito de que las instrucciones a la fiduciaria, por parte del comité técnico, siempre constarán por escrito, para que aquélla quedara libre de toda responsabilidad.

De acuerdo con la información que pudimos obtener, este fideicomiso ha sufrido dos modificaciones más, mediante convenios de fechas 17 de enero de 1995 y 3 de mayo de 1996, los cuales tienen como fin dar una amplia discrecionalidad en su manejo, al grado de que en el último de estos convenios, donde una vez más se compilan todas las cláusulas para tenerlas en un solo instrumento, se elimina el contenido de la cláusula segunda, que se refería a los fines del fideicomiso, y se agregan, en la cláusula tercera, los actos que la fiduciaria puede realizar para el logro de sus fines, con lo que nos encontramos frente a un contrato de fideicomiso que nos dice qué actos puede realizar la fiduciaria para la realización de su fin, pero sin señalar cuál es éste, a pesar de que conforme a nuestra ley y a la doctrina es un requisito indispensable.

Con lo dicho hasta aquí damos por concluido este rápido análisis del contrato de fideicomiso y sus modificaciones que dan nacimiento al Fobaproa, y pasaremos a hacer algunas consideraciones sobre varias de las operaciones que ha realizado.

IV. ALGUNAS DE SUS OPERACIONES

De estas operaciones, sin temor a equivocarnos, la que más ha ocupado la atención de los medios de comunicación, de los políticos y autoridades es la de los financiamientos dados por el Fobaproa a las instituciones de banca múltiple, y es por ello que en primer lugar nos referiremos a ellos.

Del texto de la fracción II del artículo 122 de la Ley de Instituciones de Crédito, se infiere que el Fondo, para el cumplimiento de su finalidad, que es el realizar operaciones preventivas tendentes a evitar problemas financieros que pudieran presentar las instituciones de banca múltiple así como procurar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, puede otorgar financiamientos o comprar cartera a las instituciones de banca múltiple.

El apoyo del Fobaproa fue diseñado para atender problemas particulares que se pudieran presentar en las instituciones de banca múltiple y no en la totalidad del sistema financiero, problemas cuyo origen se encuentra en el interior de las propias instituciones o, cuando mucho, problemas que se agravan como consecuencia de factores externos, y que de ninguna manera pueden tener un carácter

generalizado, ya que rebasaría la capacidad del Fondo para enfrentarlos, como de hecho sucedió.

Ante situaciones generalizadas en las que se presenta el riesgo de paralizar el sistema de pagos, o bien problemas de regulación monetaria como el alza de las tasas de interés, o una fuerte depreciación del peso frente al dólar, o simplemente mantener el poder adquisitivo de la moneda nacional: hay mecanismos que corresponde aplicar a Banco de México.

Entre dichos mecanismos precisamente se encuentra el otorgamiento de créditos³⁷ y la compra de cartera³⁸ a las instituciones de banca múltiple, bien sea como banco de reserva o acreditante de última instancia,³⁹ o con la finalidad de regulación monetaria,⁴⁰ o bien para evitar trastornos en los sistemas de pagos.⁴¹

Al ver que el apoyo dado por el Fobaproa no se concretó a una o varias instituciones de banca múltiple sino a la totalidad del sistema financiero, aduciendo que de no hacerlo se ponía en riesgo el sistema de pagos, nos preguntamos si correspondía a dicho Fondo el actuar o en realidad quien debió apoyar a las instituciones de banca múltiple era el Banco de México.

De llegar a la conclusión de que correspondía a Banco de México apoyar al sistema financiero, nos encontraríamos que las operaciones realizadas por el Fobaproa son irregulares al realizar una función que no le corresponde y destinar sus recursos a fines distintos de los que le son propios. La última palabra sobre este tema se la dejamos a los economistas, ya que va más allá de los fines del presente trabajo y nos basta con plantear el problema.

El Fobaproa, como consecuencia de haber hecho frente en forma individual a la totalidad del problema, se vio en la necesidad de obtener financiamiento del Banco de México y de solicitar el aval del gobierno federal en las operaciones de compra de cartera, ya que los pasivos contraídos superaban en mucho a sus activos.

Esto nos coloca en otra de las operaciones que han sido ampliamente discutidas en la opinión pública: el carácter de deuda pública de las obligaciones así contraídas por el gobierno federal.

La fracción VIII del artículo 73 de la Constitución otorga facultades al Congreso de la Unión para dar las bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la nación, para aprobar esos mismos empréstitos, y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional. Dichos empréstitos deberán ser para la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos, salvo los que se realicen con propósitos de regulación monetaria, las operaciones de conversión y los que se contraten durante alguna emergencia declarada por el presidente de la República en los términos del artículo 29.

La Ley de Deuda Pública nos dice en su artículo 4o. fracción V que corresponde al Ejecutivo federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, otorgar la garantía del gobierno federal para la realización de operacio-

³⁷ Art. 7o., frac. II, de la Ley de Banco de México.

³⁸ Art. 14 de la Ley del Banco de México.

³⁹ Art. 3o., frac. II, de la Ley del Banco de México.

⁴⁰ Art. 14 de la Ley del Banco de México.

⁴¹ Art. 15 de la Ley del Banco de México.

nes crediticias, siempre que estén destinadas a la realización de proyectos de inversión o actividades productivas acordes con las políticas de desarrollo económico y social aprobadas por el Ejecutivo y que generen los recursos suficientes para el pago del crédito y tengan las garantías adecuadas.

Nos parece que no se requiere de un análisis profundo para apreciar que las obligaciones contraídas por el gobierno federal con motivo de las deudas adquiridas por el Fobaproa no encuadra en ninguno de los supuestos contemplados por la disposición constitucional ni en los de la Ley de Deuda Pública, aunque quizá podría pensarse que nos encontramos en el supuesto de la regulación monetaria, con lo que nos preguntaríamos de nuevo si el Fobaproa invadió áreas que son de la competencia del Banco de México.

Si aceptamos que en México rige el principio de legalidad, el cual consiste en que “ningún órgano del Estado puede tomar una decisión individual que no sea conforme a una disposición general anteriormente dictada; dicho en otras palabras, los órganos de la administración pública sólo pueden hacer aquello que la ley les permite”,⁴² nos encontraremos que no hay disposición que autorice al Ejecutivo federal a garantizar las deudas contraídas por el Fobaproa, salvo que —como ya lo hemos indicado— se diga que dicha deuda tiene como propósito la regulación monetaria. En tal caso, el Banco de México habría abdicado de una de sus funciones.

Suponiendo, sin conceder, que la garantía del gobierno federal encuadrara en alguno de los supuestos antes referidos, requeriría de la aprobación del Congreso de la Unión, de acuerdo con lo dispuesto por la fracción VIII del artículo 73 constitucional.

A este respecto, se ha dicho que de acuerdo con el artículo 9o. de la Ley General de Deuda Pública únicamente requiere de aprobación por parte del Congreso de la Unión el endeudamiento directo; dicho precepto, en la parte relativa, textualmente dice: “El Congreso de la Unión autorizará los montos del endeudamiento directo neto interno y externo que sea necesario para el financiamiento del Gobierno Federal.”

Así, el problema se reduce a determinar si los avales otorgados y las garantías solidarias contraídas por el gobierno federal tienen o no el carácter de contingentes.

En el lenguaje jurídico no existe el concepto de pasivo contingente o de deuda contingente, por lo que en una sana interpretación recurriremos a la contabilidad, disciplina que sí nos dice qué es lo que debe entenderse por un pasivo contingente, así tenemos que de acuerdo con el Boletín C.12 del Instituto Mexicano de Contadores Públicos, es contingente un pasivo o un adeudo cuando existe incertidumbre en mayor o menor grado en cuanto a su resultado final, de tal forma que un aval o una deuda solidaria en apoyo a obligaciones de terceros es técnicamente un pasivo contingente, en la medida en que el deudor respaldado con el aval o con la solidaridad honra su obligación, y en que el pasivo contingente sólo afecta al avalista o al obligado solidario causando un resultado contabilizable, a falta de pago del deudor respaldado o ante la certidumbre de que ese pago no podrá hacerse.

⁴² GÓNGORA PIMENTEL, Genaro *Introducción al estudio del juicio de amparo* 6a. (México Porrúa 1997) XXII.

De acuerdo con el Boletín C. 12, los pasivos contingentes, aunque se trate de avales o de obligaciones solidarias, no deben registrarse en el pasivo del avalista o deudor solidario, sino que deben divulgarse a través de notas a los estados financieros. El pasivo que se originó como contingente sólo forma parte del pasivo del balance cuando, debido a su certidumbre, el resultado patrimonial que causará en el avalista u obligado solidario es susceptible de cuantificación.

Desde el punto de vista contable, parece que es la eventualidad o incertidumbre lo que da la calidad de contingente a una deuda u obligación, que en materia jurídica podemos traducir por condicionalidad, acontecimiento futuro de realización incierta, y que para efectos prácticos podemos describirla diciendo que se da cuando no sabemos si el obligado principal cumplirá o no con su obligación.

Desde el punto de vista jurídico, resulta conveniente para nuestros propósitos contemplar la obligación desde el momento en que se contrae hasta su vencimiento: desdoblando éste en dos, el primero de ellos si el deudor principal cumple con la obligación, y el segundo de ellos si el deudor principal no cumple con ella.

La situación del obligado principal y la del obligado solidario, al igual que la del avalado y la del avalista, frente al acreedor, desde que se celebra la obligación hasta que llega su vencimiento, pasando por el plazo de su duración, puede decirse que permanece inalterada, en tanto que en cualquiera de esos momentos puede predicarse de ellos que son deudores sin distinción entre obligado principal y deudor solidario, o entre avalado y avalista, ya que todos ellos deben y no hay disposición legal que nos haga suponer que sólo en caso de que el obligado principal o el avalado no pague, se verán obligados a pagar el deudor solidario o el avalista, según el caso, o bien que el obligado solidario o el avalista sólo estarán obligados en caso de que, agotados los recursos legales en contra del deudor principal o el avalado, el acreedor no vea satisfecho su derecho.

Con lo anterior, lo que queremos decir es que la obligación del obligado solidario es incondicional; así nos lo confirma la definición que el Código Civil⁴³ nos da de solidaridad pasiva, al decirnos que ésta se presenta cuando dos o más deudores reportan la obligación de prestar, en su totalidad, la prestación debida; de tal forma que el acreedor puede enderezar su reclamación en contra de cualquiera de ellos sin importar el orden; en el caso del aval, también se da la incondicionalidad, ya que como en el de las demás obligaciones cambiarias, la del avalado y la del avalista, no se trata de una misma obligación sino que cada suscriptor del título de crédito asume una obligación propia y distinta de la que puedan tener los demás suscriptores, obligación que es autónoma respecto de las demás que contenga el título de crédito de que se trate.

Por lo anterior, creemos que no queda duda de que tanto el acreedor solidario como el avalista tienen el carácter de deudores durante todo el tiempo que dura la obligación, al igual que el deudor principal y el avalado. En todo caso, se podría hablar de incertidumbre al momento en que llega el vencimiento de la obligación y ésta no se ve honrada, pero el estado de incertidumbre es igual tanto

⁴³ Art. 1987. Además de la mancomunidad, habrá solidaridad activa cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno de por sí, el cumplimiento total de la obligación; y solidaridad pasiva cuando dos o más reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida.

para el deudor principal como para el obligado solidario, así como para el avalado y el avalista, ya que ninguno de ellos sabe a ciencia cierta contra cuál de ellos enderezará sus acciones el acreedor.

Pretender fundar la incertidumbre del obligado solidario o del avalista con decir que ambas obligaciones tienen la característica de ser modos de garantizar una obligación, lo consideramos erróneo por lo antes expuesto, ya que el hablar de garantía de ninguna manera supone subordinación, sino que es un simple modo de dar seguridad al acreedor de que su crédito será satisfecho, ya que es mejor tener dos o más deudores que uno solo.

Entre los derechos que tiene el obligado solidario y el avalista que paga la obligación hay una gran diferencia, ya que el obligado solidario que paga la deuda, tiene derecho a exigir de los otros codeudores la parte que en ella les corresponda, presumiéndose, salvo pacto en contrario, que están obligados entre sí por partes iguales;⁴⁴ en cambio, el avalista que paga tiene derecho a exigir de los obligados anteriores la totalidad de la obligación, y no sólo parte de ella.⁴⁵ Lo anterior se debe a que en la obligación solidaria se trata de una sola obligación, y en el aval, en cambio, hay tantas obligaciones como suscriptores haya en el título de crédito.

Con las breves consideraciones anteriores podemos concluir que, desde el punto de vista jurídico, las obligaciones contraídas con el carácter de deudor solidario o avalista constituyen una deuda directa, principal y, desde luego, incondicional, ya que de ninguna manera se tiene la certeza de que primero se le exigirá el cumplimiento de la obligación al obligado principal en la obligación solidaria, y al avalado en el aval. Cosa distinta sucede en la fianza, en la cual el fiador cuenta con los beneficios de orden y excusión, en donde necesariamente primero hay que agotar los bienes del deudor principal, para después poder agotar los bienes del fiador.

De esta forma, desde el punto de vista jurídico, resulta imposible considerar como deuda contingente la contraída por el gobierno federal al garantizar las obligaciones del Fobaproa; por lo tanto, al ser deuda directa requeriría de aprobación por parte del Congreso de la Unión, de acuerdo con la fracción VIII del artículo 73 constitucional. Cosa distinta sería si en la Ley General de Deuda Pública hubiera una disposición expresa que, como en algunas de las leyes de deuda pública de las entidades federativas, estableciera que el aval y la obligación solidaria del gobierno constituyeren deuda contingente; y aun así estimamos que en tales casos habría que atender a la condición económica del sujeto cuya obligación se garantiza.

⁴⁴ Código Civil. Art. 1999. El deudor solidario que paga por entero la deuda tiene derecho de exigir de los otros codeudores, la parte que en ella les corresponda. Salvo convenio en contrario, los deudores solidarios están obligados entre sí por partes iguales.

⁴⁵ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Art. 115. El avalista que paga la letra, tiene acción cambiaria contra el avalado y contra los que están obligados para con éste en virtud de la letra.