

COMENTARIOS Y DEBATES

Moderador: doctor Gregorio Rodríguez Mejía: Tenemos una sugerencia para dar intervención al señor licenciado Zubieta del Colegio de Notarios; al licenciado Guillermo Kelly, abogado postulante; al señor licenciado Ríos Espinoza, de la Barra Mexicana del Colegio de Abogados.

—Licenciado Emiliano Zubieta M.: Desafortunadamente no se habló de los antecedentes romanos, no se incluyeron por no estar en el programa, pero creo que no debemos olvidar los codicilos.

Hay un trabajo interesante en el número 6 o 7 de la *Revista de Estudios Jurídicos* de la Escuela Libre de Derecho en 1980-1981 realizado por José de la Peza, entonces director jurídico de Banamex, en el que se refiere a los codicilos y creo que si los comparamos con los usos y posteriormente con la evolución del *trust*, encontraremos que no estábamos reñidos en cuanto a antecedentes, le reconozcamos a uno prioridad como antecedente y directo de nuestro fideicomiso o no, pero la historia es como los descubrimientos: se dan en el mismo sitio y momento, porque viene a ser el resultado de una evolución histórica necesaria y las necesidades que se utilizaban para los usos por las diversas campañas que se llevaban en aquella época, también motivaron a los romanos a utilizarlo con otra forma de codicilos.

Esta intervención es muy importante para darnos la luz de cómo fue surgiendo, y la amalgamaría con lo dicho por el doctor Domínguez, con quien participo de su exposición porque creo en la sencillez y en la claridad de los artículos re-

regulatorios de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito respecto al fideicomiso.

Posiblemente lo que ha sucedido, enriqueciendo la figura del fideicomiso por disposiciones no sustantivas en cuanto a su regulación como figura, mas sí sustantivas por estar consideradas dentro de otra normatividad que tiende a cierto control como pudiera ser lo señalado por el licenciado Gómez Gordillo, e incluso disposiciones que han ido surgiendo con motivo del abuso del fideicomiso, han motivado que de alguna manera, en doctrina haya una confusión respecto a si es traslativo de dominio o no; simplemente recordemos que en materia fiscal vino una modificación primero para gravar y posteriormente da la pauta, las bases, para ver cuándo se puede considerar como traslativo o cuándo no se puede considerar traslativo, e incluso en la legislación del Distrito Federal se da pie para que el notario exprese los argumentos por los que considere que no es traslativo de dominio a las autoridades fiscales.

El abuso en la utilización de la figura, no nada más desde un punto de vista de derecho público, como se señalaba, sino del fideicomiso ordinario, ha motivado a que haya una reacción por parte de nuestros legisladores para tratar de ponerle coto.

Entonces, eso puede modificar la forma de pensar o incluso desviarnos la atención por disposiciones que reconocen un significado diverso al extraordinario, que don Pablo Macedo le dio en esos catorce artículos de la Ley de Títulos. Obviamente, desde un punto de vista de fideicomiso ordinario o de derecho privado, es suficiente lo que al respecto señala la Ley de Títulos, y sería innecesario agregarle algo.

Coincido en cuanto al proyecto de adiciones a la Ley de Títulos y Operaciones para regular, mediante un artículo con muchos subincisos o letras, el fideicomiso de garantía que es totalmente innecesario, porque realmente lo que se pretende regular es un procedimiento de ejecución de los bienes que habría que cuestionar en un momento determinado.

El licenciado Gutiérrez Moller nos dio la clasificación, la importante es la que él nos señaló como legal en un principio: fideicomiso de garantía; de administración, traslativos de dominios y esa es su finalidad u otro tipo de fideicomisos. Precisábamos en cuanto a los públicos, creo que con toda claridad nos dejó ver el licenciado Gómez Gordillo esa posibilidad de fideicomisos públicos-entidades y fideicomisos públicos por otros motivos. Nos recordaba, el licenciado Gutiérrez, lo que ya señala la Ley en cuanto a que es un acto entre vivos o puede ser vía testamento.

Esta clasificación tiene interés cuando analizamos el papel del fiduciario, tal como fue expuesto por el licenciado Alfredo Gómez Aguirre. La razón de ser del delegado fiduciario especial, la responsabilidad de la institución fiduciaria, la existencia del comité técnico en todo tipo de fideicomisos y cómo, de alguna manera, eso diluye la responsabilidad de la fiduciaria e incluso llega a producir aparentes conflictos de interés.

El licenciado Gómez Gordillo señalaba que no obstante la existencia del comité técnico, delegado fiduciario especial, las instituciones fiduciarias deberían tener mayor cuidado en el control de gasto en los aspectos de contabilidad de los fideicomisos. Sin embargo, la problemática con la que se enfrentan las instituciones fiduciarias es que prácticamente, por la misma normatividad existente del delegado fiduciario especial, designado por el señor presidente de la República, comité técnico, muchas veces impiden que cumplan su función e incluso les desconocen que tengan capacidad para ello y tienen que acudir a órganos superiores para lograrlo.

Si en ocasiones especiales debe hacerlo de forma rutinaria, también puede implicar la necesidad de que se adecúe la normatividad respecto a los fideicomisos, para obligar fundamentalmente a los fideicomisos-entidades a que respeten el ejercicio de las funciones de la fiduciaria y que no entorpezcan el cumplimiento de las mismas, alegando niveles que posiblemente no sean los que les correspondan.

Posteriormente, lo que se busca como finalidad en esta reunión, en cuanto a instrumentos para ejecución de proyectos de infraestructura, el licenciado Francisco Treviño Moreno, gerente de Asuntos Jurídicos de la Comisión Federal de Electricidad hizo una interesante reseña en relación con algunos rasgos de contratos celebrados para el desarrollo de proyectos en que ha participado la Comisión Federal de Electricidad.

Nos recordaba que es una actividad reservada al Estado en donde hay cuatro formas de participación de la iniciativa privada tales como cogeneradores, autoconsumidores, pequeños productores y productores independientes. La preocupación es cómo hacer coincidir o conciliar los intereses de la propia Comisión Federal de Electricidad y los del sector privado, tanto nacional como extranjero, para buscar fuentes de financiamiento alternas que permitan continuar con el desarrollo de generación de energía eléctrica del país; y cómo se han buscado o se han encontrado algunas fórmulas.

Señalaba lo que son recursos presupuestales, recursos propios, no tiene mayor mérito eso, simplemente recursos asignados; los productores externos, las inversiones que ya empiezan a hacerse en forma directa y los *BLT*. O sea, construir, arrendar y transferir, en donde vienen a hacer ya contratos múltiples que pueden ser perfectamente regulados a través de la figura del fideicomiso, sometiéndose en el sentido señalado por el licenciado Gómez Gordillo cuando tenga en ese carácter la normatividad correspondiente.

El fideicomiso es una figura dúctil, como se ha señalado, que permite, con un poco de imaginación y de creatividad, hacer uso de ella para cubrir todas las necesidades posibles, evitando el abuso.

Si el abuso de esta figura ha llevado, en materia privada, a modificaciones importantes, fundamentalmente fiscales, que han evitado que se continúe en ese uso, hay que recordar que era una forma de no causar el impuesto de traslación de dominio en su momento. Lo que ocurrió fue que prácticamente ya no ha-

bía compra-ventas, todo eran fideicomisos, y el erario dejó de percibir el ingreso correspondiente y en consecuencia lo reguló. Si eso mismo sucede en el sector público, abusando del fideicomiso, puede desvirtuarse esta figura.

Creo que está debidamente regulada por la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, que no es conveniente sobrerregular esta figura ya que la sobrerregulación, en muchas figuras jurídicas, lo único que ha producido es el fin de la figura, en lugar de permitirnos, que nuestra imaginación se desborde para utilizarla en múltiples formas positivas, las que han dado pie al surgimiento de nuevas figuras y de alguna problemática que se nos va presentando y que hay que ir afrontando.

—Licenciado Guillermo Kelly: Una de las cuestiones centrales que se han tocado en esta mesa ha sido la de la titularidad del derecho de propiedad sobre el patrimonio del fideicomiso, los bienes afectados en el fideicomiso. No es ociosa la inquietud que causa la discrepancia entre criterios que atribuyen titularidad al fideicomitente y quienes piensan que esa titularidad se transmite, sea para constituir propiedad fiduciaria de la que es titular el fiduciario o para constituir patrimonio por afectación o independiente.

El número, la complejidad, la importancia en monto y objeto de los fideicomisos en los últimos años es asombrosa. El examen de los fideicomisos mexicanos no es exclusivo de los mexicanos; es decir, este debate entre juristas nacionales es muy importante, pero el problema no se queda en México. Los fideicomisos que se están utilizando se analizan en el exterior porque son megaproyectos en los que intervienen recursos del exterior.

Que existe una diversidad: no cabe duda. El doctor Alfredo Domínguez, cuya obra es impecable y cuya interpretación de la ley es de una gran claridad, cita, por ejemplo en los años 50, a Molina Pasquel con un extraordinario trabajo en donde sostiene que la propiedad de los bienes se transmite al fidei-

comiso. Barrera Graf, por las mismas fechas, en otro trabajo examina de la misma manera que Molina Pasquel, no sólo los antecedentes del fideicomiso mexicano, sino los del *trust*, y encuentra dónde se engarzan las figuras, sostiene que sí hay transmisión de propiedad al constituirse el fideicomiso.

¿Por qué es importante que haya claridad? No sólo por la importancia de los divergentes que incluyen a la Suprema Corte de Justicia, sino porque sería mejor que hubiera un concepto conciliado del fideicomiso y que se pueda utilizar con gran tranquilidad y confianza por los abogados de las fiduciarias, los abogados del foro y de quienes participan en los proyectos y también por la jurisdicción. Es decir, la jurisdicción vería con mayor claridad si los criterios estuvieran sustentados y actualizados, no a la luz de lo que se pensó en 1950 o en 1926 o 1932 con la Ley de Títulos, sino lo que se piensa actualmente.

Decía el licenciado Ismael Gómez Gordillo, con sentido práctico, que la Ley de Bienes toca temas muy importantes. Yo quisiera citar uno sólo, pero evidentemente son temas de la mayor trascendencia. El artículo 36 de la Ley de Bienes permite que se afecten, que se graven los bienes de dominio público; es decir, no se necesitan desincorporar, se pueden gravar. Esta fue una reforma en los años 80 para dar sustento a programas y proyectos de inversión importantes y, sin embargo, los bienes de dominio público no se pueden transmitir sin ser desincorporados previamente de ese dominio.

Es decir, si los efectos de la afectación del fideicomiso son traslativos de dominio, hay que desincorporar los bienes y en esto hay problemas, no sólo de orden jurídico, sino como a nosotros seguramente no se nos escapará, hay problemas hasta de orden de criterio político general de la nación.

Sin embargo, si los bienes de dominio público sólo se afectan y permanecen en el dominio de la nación, a través del artículo 36 de la Ley de Bienes se podrían gravar, sin desincorporarlos.

Cuestiones como ésta son importantes y actuales. Se dice que la Ley de Títulos de Operación de Créditos es tan buena que no necesita actualizarse. A lo mejor lo que necesita actualizarse es el criterio interpretativo y formular conclusiones que se vayan decantando y tomando las que tengan consenso. Me parece que la postura antagónica proviene de la interpretación histórica y jurídica del *trust*, no obstante que *trust* y fideicomiso quieren decir lo mismo; es un cometido que se encarga con confianza. El *trust* quiere decir confianza y seguramente, como se señaló, su génesis no es tan diferente a pesar de que se lleguen a producir en dos mundos jurídicos tan disímiles.

La doctrina extranjera reconoce en el fideicomiso mexicano una institución que si bien se ha amoldado a nuestro sistema de lo que ellos llaman ley civil, o sea sistema derivado del derecho romano, reconocen que es una figura que proviene y que es análoga al *trust* anglosajón.

Los tratadistas sobre el *trust* dicen con asombro: “En el mundo existe muy poco en la legislación proveniente de derecho romano en torno del *trust*, pero en cambio México y quizá Panamá, y otros más, han regulado el *trust* anglosajón como fideicomiso”. Quizá este origen, esta génesis del *trust*-fideicomiso, sea la que lleva a autores a esa interpretación contraria a lo aquí sostenido de que sí hay una transmisión de propiedad.

Me parece que en torno de los fideicomisos que se manejan a través de delegados fiduciarios especiales y con el apoyo de comités técnicos de administración y de administración de fondos, en esto, la historia ha pesado y las razones prácticas han tenido buena dosis de participación. ¿Por qué no son las fiduciarias las que manejan los fideicomisos, cuando éstos tienen ya una cierta complejidad de importancia? También se dijo ya por el subdirector Jurídico y de Administración de Nacional Financiera: es por la especialización.

En Estados Unidos o en Inglaterra las *trust* son compañías que se dedican a un *trust* o a varios, pero del mismo ramo y que lo conocen a fondo, están especializadas en esto.

En México, las fiduciarias son de banca mixta, es decir, son o banca de desarrollo y banca comercial, pero realizan una multitud de funciones, no nada más la del *trust*, y por eso estos fideicomisos han nacido con independencia de manejo, y los delegados fiduciarios, que no dejan de ser un elemento del banco fiduciario, están asistidos de una estructura, uno de los mejores ejemplos está en las paraestatales y en los fideicomisos de fomento importantes que no constituyen paraestatales, pero que están constituidos por el gobierno federal y por las entidades paraestatales, se ven ejemplos claros de verdaderas instituciones que satelitan a las fiduciarias, que tienen una gran importancia; pero deben tener estructura y asistir al ejecutivo federal en áreas prioritarias.

No se vale que se creen fideicomisos paraestatales simplemente con el destino de ciertos recursos a un fin; tiene que tener estructura y tiene que estar desarrollando actividades diarias prioritarias del desarrollo, es decir, las que vienen del Plan Nacional de Desarrollo y que se señalan como prioritarias. La importancia de esta mesa redonda, anuncia la necesidad de alguna otra actividad de investigación en la que se pudiera llegar a una precisión conceptual y lo más importante, que haya un concepto claro, uniforme, puede haber distancia pequeña, pero no en los extremos actuales.

—Licenciado Roberto Ríos Espinoza: En nombre de la Barra de Abogados agradezco la invitación. Quisiera adherirme a los comentarios en relación a si era necesario reglamentar el fideicomiso para evitar abusos en cuanto al derecho. El reglamentarlo impediría a la gente o a la figura jurídica desarrollarse como se ha ido desarrollando, sobre todo en proyectos de infraestructura, tal como lo anotó el licenciado Treviño, para financiamientos que se han venido sofisticado más, sobre

todo en áreas de mercado bursátil que es una figura a desarrollarse con gran aceptación.

En cuanto a la titularidad del patrimonio fideicomiticio por el fideicomitente, considero que sí existe una transmisión de propiedad por el hecho de que el fiduciario se convierte en titular y ejerce los derechos del patrimonio que es el fideicomité.

No es un mandatario en virtud de que el mandante al otorgarle el mandato al mandatario lo hace para que administre o realice determinados actos en representación de su propiedad. En cambio, el fiduciario ejerce los derechos que le atribuyen a un propietario para poder ejecutar o dar cumplimiento al fin del fideicomiso. Y atendiendo, al ánimo con el que el fideicomitente afecta su patrimonio, y todo es para que se cumplan los fines correspondientes, y no nada más para que se administren algunas de sus propiedades como sucede en el contrato de mandato.

—Licenciado Francisco Treviño: Me permito expresar una inquietud que me parece recoge el común denominador de las exposiciones que hemos escuchado esta mañana. Esto tiene que ver, con una reflexión respecto del ser actual de la figura del fideicomiso y su regulación, sus antecedentes, y su desenvolvimiento. Como hemos visto, existen posturas sólidas, es absolutamente real la divergencia de criterios y la concepción que, no solamente la doctrina mexicana, nuestro máximo tribunal o la propia ley, tienen sobre la figura, y que esto tiene mucho que ver con cuestiones prácticas; es decir, el mundo del ser del fideicomiso y el marco que lo regula.

Un tema más relevante sería el dilucidar si en el mundo del deber ser, la actual regulación del fideicomiso y el actual marco normativo del fideicomiso, cumplen con las expectativas presentes y futuras del mundo comercial y jurídico. Me parecería útil reflexionar sobre la conveniencia o inconveniencia de no sobreregular, pero sí, probablemente, de enri-

quecer, de ordenar ese marco normativo de una figura que, si bien tiene consenso, y ha sido de una utilidad enorme, invaluable, también ha sido motivo de un eventual abuso de la figura.

Comentaba el licenciado Gutiérrez Moller que, todas estas bondades del fideicomiso pueden convertirse en elementos peligrosos en manos irresponsables o con propósitos aviesos. Existen antecedentes en la historia reciente de México, en el ámbito comercial y fiduciario mexicano, en donde el fideicomiso se ha empleado con una finalidad de fraude a la ley.

Existe en los antecedentes del derecho romano, en la *fiducia*, un propósito en el que, cuando el titular de unos bienes pretendía que produjeran beneficios en alguien que fuera incapaz de ser titular de esos bienes, se los entregaba a un tercero de su confianza, con la encomienda de que ese tercero recibiera los beneficios de aquellos bienes; lo que presenta esta noción de pretender eludir el cumplimiento de la ley.

Existen antecedentes en el ámbito del derecho anglosajón, en donde el *trust* fue utilizado, y con éxito, en la constitución de monopolios, para la incorporación de unidades económicas en ramas industriales, con el propósito de eludir la ley anti-monopolio. Un objetivo de la reflexión, que trascienda a esta reunión, debe tratar de concluir si convendría al sistema normativo mexicano, reflexionar en torno a la conveniencia o no de revisar un mecanismo regulatorio, que ha cumplido de una manera extraordinaria con sus funciones y ha establecido un criterio conceptual, en el que, estableciendo las notas jurídicas fundamentales, ha otorgado a las partes que intervienen en el fideicomiso la mayor de las flexibilidades para desarrollar, en términos coloquiales, un traje a la medida.

—Edith Sámano: Los exponentes dejaron claros los puntos de vista sobre el origen del fideicomiso así como sobre la estructura y el movimiento que tienen actualmente. Pero yo quiero referirme a la exposición que hizo el licenciado Gó-

mez Aguirre y, apelando a toda la experiencia que él tiene, quisiera preguntarle sobre la contratación de los trabajadores de los fideicomisos; usted comentaba que eran contratados directamente por el comité técnico; yo tengo una duda: ¿Son contratados por el comité técnico o por la institución fiduciaria? ¿existe una reglamentación al respecto?

—Licenciado Gómez Aguirre: En relación con este punto de la contratación de servicios profesionales que se prestan en sus diversos ámbitos al fideicomiso para que pueda llevar a cabo su fin lo mejor posible, obviamente no es contratado por el comité técnico, porque el comité técnico no tiene personalidad jurídica, sino en realidad son contratados por la fiduciaria. Y, cuando están los comités técnicos, ellos son los que aprueban esas estructuras, dentro de las cuales cabe, precisamente, la contratación de servicios profesionales o la contratación de diversa índole.

Entonces, el comité técnico en los propios contratos de fideicomiso, son los que deciden si se contrata o no personal ajeno a la propia fiduciaria. Y es la fiduciaria la que contrata como fiduciaria del fideicomiso a los profesionistas; y de ahí surge la situación de que no son empleados, no son funcionarios de la institución de crédito, son empleados o son contrataciones de servicios profesionales del fideicomiso, que contrata la fiduciaria con cargo al patrimonio del fideicomiso.

—Edith Sámano: Quisiera preguntarle al licenciado Casillas, él hablaba sobre el origen de los fideicomisos, y quisiera preguntarle en qué ley o cuándo se hace una distinción entre fideicomiso privado y fideicomiso público; aunque ya comentaba que era una derivación del fideicomiso privado, pero ¿hay esta diferencia o hay una distinción?

—Licenciado Carlos Casillas: En esencia el fideicomiso público y privado tienen la misma base. Sin embargo, la administración de los negocios fiduciarios privados, que llevan a cabo las instituciones bancarias fundamentalmente, no re-

quieren de una administración o una estructura organizacional tan específica o tan especializada como requeriría el caso de los fideicomisos públicos.

El licenciado Treviño también hacía referencia a la necesidad que tiene el sector, concretamente de producción de energía, para desarrollar sus proyectos.

Difícilmente en una institución bancaria normal habría un fiduciario que pudiera darle a la Comisión Federal de Electricidad el servicio fiduciario que ésta requeriría en un mega proyecto de los que se mencionaban.

—Arturo Castañeda: Desde luego, felicito a los exponentes por abordar temas tan complejos, y sobre todo por la multitud de opiniones que se vierten sobre lo que es el fideicomiso. Yo quisiera comentar tres aspectos: relativos a la naturaleza, a la titularidad y a los fideicomisos públicos. En este último tema de los fideicomisos públicos, porque hace un poco más de dos decenios, cuando nos atrevimos a tratar un poco el tema de este concepto encontrábamos solamente lo regulado hacia atrás, en la ley para el control por parte del gobierno federal, sólo de las empresas y los organismos descentralizados, en dos simples artículos los fideicomisos de fomento del gobierno federal.

Posteriormente no se recogió sino hasta 1976 en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, paralela a la Ley del Presupuesto. Y ahora, con nuestra ley de entidades que más se ocupa del control que de la regulación sustantiva de la figura. Lo más importante, es que el fideicomiso público, el fideicomiso de Estado o el concepto que se le ha denominado por diversas personas, encuentra una amplitud, inclusive en sí mismo, en esa especie de fideicomiso, porque así surgieron los fideicomisos que constituían los gobiernos no sólo el federal, sino las entidades federativas, los municipios.

Este concepto o figura jurídica mexicana se ha extendido a la legislación internacional, inclusive se han constituido fon-

dos fiduciarios internacionales. A pesar de sus antecedentes remotos, pero los más inmediatos en cuanto a la analogía, que serían los de los pactos *fiducia* y el fideicomiso en derecho romano, o el *jus lex equity* y el *trust* en el derecho anglosajón.

Este fideicomiso, ya visto en el derecho público, lo encontramos no en una simple especie del fideicomiso general sino en una transformación, que inclusive ha dado lugar a fenómenos evolutivos de las estructuras administrativas, ya que hasta entonces habíamos conocido la centralización y la descentralización, luego la desconcentración.

Pero de repente ya no nos vimos inmersos en el simple contrato de un fideicomiso o en una ley que ordenaba su constitución, sino en una verdadera estructura administrativa o entidad; que creo que ese es el concepto que diferencia al fideicomiso público. Era menos relevante el recurso en sí que se fideicomitía, que el fin o la competencia estatal que se estaba encomendado a esta entidad. Por ejemplo, para fomento del turismo, para el fomento de las artesanías, para la industria mediana y pequeña, para el equipamiento portuario o el azucarero.

Salía relevante el fin, que era la competencia estatal encomendada a esta nueva entidad sin personalidad, porque surgía bajo ese régimen de fideicomiso. Y, ya accesoriamente a su estructura de entidad, se vinculaban los demás aspectos del fideicomiso, desde luego ya no como un simple contrato, porque el contrato era parte de su régimen jurídico con la ley, con el decreto o con el acuerdo que lo creaba, que autorizaba, más bien, su creación.

Este fideicomiso público, entonces, ha evitado la creación de nuevos organismos o que proliferen, inclusive, empresas. Y con su maleabilidad ha permitido abordar múltiples competencias estatales, sin desconcentrar ni descentralizar.

Pero además, recordemos que nuestra Ley de Bienes prevé que cuando los bienes del dominio privado de la Federación

se destinan a servicios públicos se entienden como bienes del dominio público. Sin embargo, tiene lagunas, como los bienes de las empresas en sociedades anónimas del Estado, no son públicos ni privados de la Federación. Tenemos otro tipo de las ganancias del fideicomiso público, en donde se encomiendan bienes, inclusive públicos, a estas entidades y que van a realizar fines del Estado.

Ahora, de aquí resulta que ya sea secundaria, en el campo del fideicomiso público, la transcendencia de la naturaleza o de la titularidad.

Sin embargo, conviene saber si era necesario regular, modificar la ley y ampliarla y aclararla; a lo mejor en un debate para precisar figuras, quizá en ese aspecto pudiera retocarse la legislación para que existiera ese consenso y no la diversidad de criterios sobre la naturaleza y la titularidad.

Sobre la titularidad, es claro que se puede transmitir el fideicomiso un bien respecto del cual sólo se tiene el uso y no la propiedad, entonces no sólo la propiedad debe de ser objeto de este análisis, sino la transmisión de la propiedad; se transmite cualquier bien o derecho, su titularidad. Y en esta titularidad, si alguien tiene como comodante una titularidad puede transmitir el uso; como en el arrendamiento, el arrendatario puede transmitir el uso al subarrendatario, porque ya se ha dicho que para figuras como el arrendamiento ya hay jurisprudencia, se puede transmitir el derecho que se tiene.

La titularidad de los bienes y derechos que corresponden al fideicomitente, ventajosamente se transmiten al fiduciario, porque éste bajo su experiencia y confianza que le confiere el fideicomitente por ser quien es y quien ha sido en particular una institución de crédito, salvo las excepciones que últimamente se han agregado, le permite realizar ese fin lícito determinado y típicamente regulado; como no lo eran otras figuras, como el *trust* anglosajón, que eran simples negocios fiduciarios con un acto oculto y otro real entre las partes.

Finalmente, en cuanto a la naturaleza jurídica es cierto que la ley permite una constitución por parte del fideicomitente, *intervivos*, *mortis causa*, como también lo hacía el derecho romano en el *fideicomisum* o los pactos *fiducius*. Pero, de qué serviría esa politización fiduciaria si nunca se llega a la aceptación de quien va a realizar la encomienda, y por eso la ley dice: “Cesará el fideicomiso”. Cesará, habrá que distinguirlo de extinguir o de terminar, pero hay actos que nacen viciados, como los anulables, la nulidad relativa, pero que se convalidan por confirmación o prescripción. En este caso se hace la oferta fiduciaria y se perfecciona con la aceptación. De ahí la tesis de los que sostienen la teoría contractual. De otra manera no se entendería el fideicomiso que no pudiera llevarse a cabo.

—Licenciado Jorge Alfredo Domínguez: Volviendo a lo que ha motivado esta reunión, en cuanto a la disponibilidad de bienes del dominio del poder público, pienso que nuestra Ley de Títulos es y continua siendo tan rica en la regularización del fideicomiso, no obstante la distancia que hay en las regulaciones del artículo 36 y lo que ha venido en las leyes generales de bienes nacionales, de los bienes del dominio público de la Federación, etcétera, creo que la propia ley resuelve la situación.

Conforme al artículo 352 la constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común, sobre transmisión de los derechos o transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso. Es decir, lo que hace la ley es, sin reconocerle esa categoría o esa calidad de acto traslativo de dominio, lo considera como un acto de dominio.

¿En qué se traduce la situación respecto de los fideicomisos ordinarios? Aun cuando no haya transmisión de propiedad, como es un acto de dominio, yo fideicomitente si adquirí el bien estando casado en sociedad conyugal requeriré, por

pasar a formar parte de la sociedad conyugal, de que también fideicomita mi cónyuge. Yo fideicomitente soy menor de edad y lo que va a ser objeto del fideicomiso es un bien inmueble, para cuya enajenación se requiere autorización judicial, deberé obtener, es decir, mi representante, sea quien ejerce la patria potestad sobre mí o el tutor, se requerirá obtener la autorización judicial.

Igualmente en el caso del régimen especial, no obstante que no haya transmisión de propiedad, aplicándolo *in extenso* para la regulación de esos gravámenes, no cabría la posibilidad de las entidades paraestatales o del gobierno federal de fideicomitir simplemente porque conservan la propiedad. ¿Por qué? Porque requerirán satisfacer los requisitos de disponibilidad del bien. Que insisto, esto no es considerarlo como un acto traslativo de dominio, sino simplemente como un acto de dominio.

—Licenciado Eduardo Layas: ¿El constituir un fideicomiso en garantía podría equipararse al cumplimiento de una obligación, es decir, algún deudor puede acudir o constituir un fideicomiso en garantía y de esa manera hacer pago o estar cumpliendo con sus obligaciones?

—Licenciado Jorge Alfredo Domínguez: Yo creo que no, porque ese fideicomiso en garantía debe entenderse que es para garantizar la obligación que tiene como deudor, es decir, la deuda que tiene en el caso que usted está planteando. Es decir, con el fideicomiso de garantía lo que va a hacer es constituir una garantía específica para el cumplimiento de esa obligación original u obligación principal. No lo libera, parece como si lo planteara como una novación. No es el caso, porque la deuda u obligación continúa siendo la misma, simplemente hay una garantía adicional a la prenda general tácita o a las que ya hubiere, por ejemplo, fianza, solidaridad pasiva o lo que sea, se adiciona la constitución del fideicomiso de garantía.

—Licenciado Carlos Casillas: Yo entendí la pregunta en otro sentido, haber si por ahí está también su duda. Existen algunos contratos de fideicomiso que se han constituido bajo la figura de ser de garantía, aunque en realidad son daciones en pago. Pero, en materia fiscal muchas obligaciones de pago que no podían ser cubiertas en numerario se llegaron —y lo digo por conocimiento expreso de casos— a liquidar mediante la constitución de fideicomisos de garantía, sabiendo de antemano que nunca iba a haber el pago, sino más bien la transmisión del bien; dejando en suspenso la parte fiscal del impuesto traslativo de dominio hasta que después de tres, seis o doce meses, surgía un posible comprador del bien, a quien se hacía la transmisión y en ese momento se generaba el impuesto. Hay casos que se han dado en este sentido.

—Ingeniero Ruben Urbina: Quiero ampliar el comentario anterior, refiriéndome a un caso concreto. En el caso de la vivienda, lo que plantearía es que para tratar de obtener crédito extranjero, para obtener recursos extranjeros para resolver este problema, que el fideicomiso pudiera garantizar el crédito y al mismo tiempo administrar el mecanismo de repago.

A medida que se cumpla esta segunda finalidad, se esté paralelamente cumpliendo con la primera; porque lo que sucede es que tenemos ofrecimientos de financiamiento muy amplios, pero el problema es la garantía de estos fondos.

Entonces, creo que si se establece la finalidad de garantizar o avalar el crédito a través del fideicomiso y al mismo tiempo, repito, se establece el mecanismo de repago, esto facilitaría la obtención de estos créditos y verdaderamente tendríamos un mecanismo para resolver el problema tan importante que es la vivienda en el país. Sin embargo, esto no existe y parece ser que se contraponen a la finalidad noble que estoy planteando en vista de las respuestas jurídicas que ustedes nos han dado.

—Licenciado Francisco Treviño: Usted ha tocado el punto medular de la realización de proyectos de infraestructura, que tiene que ver con la viabilidad financiera del proyecto que se pretenda instrumentar. A pesar de todas las bondades del fideicomiso, a pesar de la profundidad o de la ingente necesidad del proyecto de que se trate, si el proyecto en sí mismo no tiene viabilidad financiera, no habrá nadie en el mercado que sea capaz de invertir dinero para desarrollarlo.

Esto tiene dos vertientes: la primera es que el fideicomiso como mecanismo de repago de los créditos responde hasta el monto del patrimonio fideicomitado, lo cual constituye, sin duda, una limitación. El mecanismo de repago o la fuente de repago debe tener cualidad crediticia y solvencia adecuadas que permitan a los mercados financieros tener certeza razonable de que el capital invertido, con su utilidad, va a ser repagado y en caso de que falle la fuente de repago alguien responda por el financiamiento.

En el caso de proyectos privados, se ha desarrollado un mecanismo que se llama *Project Finance*, en donde una de las características fundamentales es que el proyecto garantiza en sí mismo el repago; el proyecto con los bienes aportados al proyecto garantiza en sí mismo el repago de los créditos.

Pero este tipo de proyectos requiere normalmente de una aportación de capital fresco de aquel que quiera instrumentar el proyecto. Esa parte de inversión de capital fresco constituye una protección a los financieros para que en caso de que el negocio o el proyecto fracase, haya coberturas de seguros, por una parte, aplicación de penas, por la otra, cuando normalmente haya un culpable y cuando hubiera causas de fuerza mayor o de otra índole que pudieran llevar a fracasar el proyecto, ese capital invertido pueda coadyuvar a resarcir los financiamientos.

Algunas instituciones, fundamentalmente las promotoras del comercio exterior de diferentes países, los llamados Eximbanks,

suelen otorgar determinado tipo de garantías con la finalidad de ayudar a sus nacionales a exportar bienes o tecnología al exterior.

En estos casos, estas entidades, siempre gubernamentales, asumen el riesgo o asumen una parte del riesgo; riesgos que pueden ser de carácter político, riesgos cambiarios o el riesgo de desempeño del propio proyecto, por una causa atribuible o a vicios ocultos o a malas características técnicas de diseño o a vicios en maquinaria o equipo esencial para ese proyecto que no funciona, y, entonces, estas instituciones promotoras del comercio exterior asumen la garantía de repago a operaciones financiadas por la banca comercial, por los bancos financieros internacionales.

En resumen yo señalaría: uno, el proyecto debe ser viable en sí mismo; dos, hay que buscar una fuente de repago que tenga unas cualidades de mercado, por ejemplo, en el caso de la Comisión Federal de Electricidad es un insumo de primera necesidad que todo el mundo empleamos, y eso le da a la propia Comisión Federal de Electricidad una cualidad crediticia muy buena. Y, por último, el tratar de involucrar capital privado fresco de inversión en los proyectos, que le den a la banca comercial un margen que reduzca el riesgo de fracaso del proyecto.

—Contador público Héctor Miguel Martínez: Se mencionaba por “delegado, fiduciario especial”, ¿por qué especial?

—Licenciado Guillermo Kelly: Porque el general es el director de la institución bancaria. Es decir, normalmente en instituciones bancarias regidas por ley orgánica que son, sobre todo, banca de desarrollo o en las facultades que los consejos de administración otorgan a los directores de la banca comercial; les otorgan la facultad de delegado general. Él puede participar en un fideicomiso representando a la institución en el área fiduciaria, pero los fideicomitentes pueden convenir con el fiduciario, en designar a un sujeto que incluso no

tenga origen en el banco fiduciario como delegado fiduciario especial, y eso lo convierte en una especie de brazo del banco, pero especial para ese fideicomiso.

—Contador público Héctor Miguel Martínez: Pero, pensé que nada más con decir delegado fiduciario era suficiente, pero con lo que ustedes me declaren está bien. Y el otro punto es infraestructura. En la convocatoria que se publicó se detectaba con letras muy grandes infraestructura. Sin embargo, el licenciado Gómez Aguirre se refirió substancialmente a inmuebles, carreteras, cuestión hotelera; pero yo pienso que el término infraestructura es mucho más amplio. ¿Hasta dónde puede caber en un fideicomiso infraestructura de otra índole?

—Licenciado Jorge A. Domínguez: Donde encuentre usted un bien en particular que pueda ser destinado a unos fines, si ese bien implica o su situación está relacionada con infraestructura, la etiqueta sería lo de menos.

—Licenciado René Ramírez: Notamos que en muchas ocasiones fideicomisos públicos, con todas estas modalidades que presentan: delegado fiduciario especial, comité técnico, tienen un patrimonio fideicomitido que administrar, en la práctica se están comportando como verdaderos organismos descentralizados.

El delegado fiduciario especial se comporta como el director de un organismo, su comité técnico como un órgano de gobierno; el patrimonio fideicomitido como el patrimonio de un organismo descentralizado, y notamos que en la práctica muchos de estos fideicomisos —un caso concreto que podría mencionar, el famoso Fondo de Habitaciones Populares— se comporta como un organismo descentralizado. ¿Cuál sería la conveniencia de constituir fideicomisos públicos como este caso, como fideicomisos y no como un organismo descentralizado?

—Licenciado Jorge A. Domínguez: Pienso que hay efectos de procedimiento encontrados. La intervención de la fiduciaria

por la figura del fideicomiso es para agilizar, para poner de por medio experiencias, para tramitar rápidamente, etcétera; y cuando se cae al terreno del fideicomiso constituido conforme a las leyes aplicables en entidades paraestatales, etcétera, comienza el engranaje natural de los requisitos, de la desconfianza, del nombramiento, del funcionario que renuncia, etcétera. Creo que lo más importante sería que, sin perder de vista todos esos motivos de desconfianza, el fideicomiso público se alinearía como el fideicomiso en general para que se obtuviera de él la velocidad, y toda la nobleza que tiene la figura ya en su dinámica.

—Licenciado Francisco Treviño: A veces parecería que en el afán de proteger el interés público materializado en recursos que se entregan al estado para el cumplimiento de sus objetivos, a veces parecería que se desnaturalizan los actos que el Estado lleva a cabo, que el gobierno lleva a cabo en el cumplimiento de esos actos y a veces parecería, equivocadamente en mi concepto, que las compraventas dejan de ser compraventas, los arrendamientos dejan de ser arrendamientos, los comodatos dejan ser comodatos y los fideicomisos dejan ser fideicomisos y no hay tal.

El hecho de que el Estado, el gobierno realice la multitud de actos jurídicos que puede realizar cualquier otra persona y que, precisamente por tener un carácter público deben estar sujetos, entre otros, a los requisitos que marca el artículo 134 de nuestra Constitución en términos de transparencia, de legalidad, de garantizar las mejores condiciones para el Estado, por ejemplo, en materia de adquisiciones, esto no desvirtúa, ni debe desvirtuar, ni debe desnaturalizar la esencia, ni la naturaleza primigenia de las propias figuras.

En ese afán excesivo, se incorporan notas que distorsionan o modifican las características esenciales de estas figuras. En el caso del fideicomiso ha sido evidente, porque probablemente se ha abusado de la figura y la figura se ha visto afectada

por este tipo de circunstancias. De ahí la inquietud de considerar una regulación específica que le permitiera al fideicomiso conservar su naturaleza y al mismo tiempo participar de las notas típicas que deben estar presentes en el caso de los fideicomisos públicos.