

## EL RÉGIMEN DE DOMINIO PÚBLICO Y DE DOMINIO PRIVADO EN RELACIÓN CON LOS BIENES FIDEICOMITIDOS

Ismael GÓMEZ GORDILLO

Soy practicante del fideicomiso desde muchos puntos de vista a lo largo de mi carrera profesional, a veces como fiduciario, o como autoridad coordinadora sectorial en fideicomisos públicos, o como autoridad revisora. Mi enfoque va a ser más práctico que doctrinal.

Lo primero que aprendí cuando tuve relación con el fideicomiso fue que “todo cabe en un fideicomiso sabiéndolo acomodar”, el problema es que no siempre se sabe acomodar todo en un fideicomiso. Puede resultar suficiente la regulación vigente del fideicomiso, sobre todo cuando lo enfocamos como un negocio de carácter privado. Sin embargo, cuando trasciende al ámbito público, el fideicomiso se complica, porque los fines para los que se plantea no siempre son claros y, lo que resulta peor, no siempre son lícitos en el sentido más amplio de la palabra.

En el tema del fideicomiso aplicado a los bienes nacionales o al fideicomiso público, la doctrina no puede decirse que sea una fuente del derecho, porque en materia de fideicomiso público hay poca doctrina y, la doctrina no transforma la realidad, salvo cuando se vuelve un acto o, lo que es peor, en ocasiones un hecho jurídico.

En materia de fideicomiso, lo que es una fuente constante del derecho es la práctica cotidiana fiduciaria. Hablo de práctica

y no de costumbre, porque desafortunadamente la práctica fiduciaria no reúne los requisitos para ser considerada jurídicamente como costumbre. No es la *inveterata consuetudo* de la que nos hablan los clásicos, porque ésta requiere de dos elementos: la reiteración de un acto y el sentimiento de obligatoriedad en un gremio o en una región.

Mi práctica profesional me ha enseñado que en el fideicomiso público no hay regularidad; hay una serie de hechos que se van volviendo, a veces a fuerza, actos jurídicos. Situaciones que a veces no solamente no presentan ortodoxia, sino ni siquiera claridad en su juicio.

El fideicomiso, obviamente, es compatible o no es incompatible con los bienes nacionales, pero hay que distinguir un tratamiento. De acuerdo a la Ley de Bienes Nacionales, los bienes nacionales, los de la Federación, particularmente los del dominio público, son inalienables e imprescriptibles.

Sin embargo, el artículo 36 de esta ley prevé que mediante autorización oficial, que antes correspondiera a la Secretaría de Desarrollo Social y hoy a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, pueden gravarse, particularmente los inmuebles que forman parte de los organismos o entidades de la administración pública paraestatal:

cuando se destinen a infraestructura, a reservas a unidades industriales o estén directamente asignados o afectos a la explotación, la exploración, la transformación, la distribución de bienes o servicios, o que se utilicen en actividades específicas que tengan encomendadas conforme a sus respectivos objetos relacionados siempre con la explotación de recursos naturales y con la prestación de servicios públicos

Esta fórmula que se ha planteado en la ley, en forma conjunta con la previsión del fideicomiso público, tal como lo prevé la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público y después la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y la Ley Federal de Entidades Paraestatales, ha dado

lugar a que se juegue de una manera rica, importante, con la figura del fideicomiso.

Para hablar del fideicomiso público habría que hacer la distinción de los subgéneros, error en el que se incurre al no plantear diferencias. Hablamos coloquialmente de fideicomiso público como si no fuera más que un tipo de fideicomiso. Desde el punto de vista estrictamente legal existe el fideicomiso público, que es entidad de la administración pública paraestatal y el que no lo es.

El fideicomiso público se convierte en tal por el hecho de que el gobierno federal, representado por una dependencia —originalmente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, después la de Programación y Presupuesto, y desde 1991 de nueva cuenta la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, aunque las repeticiones de las leyes no recojan el cambio en el nombre— es quien actúa como fideicomitente único del gobierno federal; pero también permite la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, que se consideren como fideicomisos públicos aquellos que como fideicomitentes establecen entidades de la administración pública. Al hablar de entidades, la ley refiere específicamente, en su artículo 9o., a aquellas que se señalan en las fracciones VII y VIII del artículo 2o., que son organismos públicos descentralizados y empresas de participación estatal mayoritaria.

En la práctica encontramos, y no creo que pudiera considerarse en el espíritu —si en la letra, pero no en el espíritu— de la Ley imposibilidad para ello, el hecho de que actúen como fideicomitentes órganos desconcentrados de la administración pública federal, y lo que es más, fideicomisos de la administración pública federal que actúan, a su vez, como fideicomitentes para la creación de otros fideicomisos.

Si a alguno de ustedes le suena extraña esta afirmación, basta con revisar el régimen jurídico del Fondo Nacional para las Habitaciones Populares, fideicomiso público de la administración federal; o vean el Fideicomiso Casa Propia, o el

Fideicomiso de Recuperación de Vivienda, o en su momento el Fideicomiso Fase II, donde quien actuaba como fideicomitente era el representante, no del fiduciario, sino del propio fideicomitente.

Jurídicamente, partiendo de la base de que se trata de patrimonios de afectación, no veo problema para que dentro de un patrimonio de afectación se decida hacer estancos u otros pequeños patrimonios afectos afines, que, coincidentes con los del fideicomiso maestro, permitan la determinación específica de consecuencias que pretenden plantearse. Distinguimos entre aquel fideicomiso donde se afectan bienes, derechos, recursos en numerario o cualquier otro de los elementos que la ley permite a la realización de un fin, pero que no se dota de una estructura orgánica que permita asimilar al fideicomiso a una entidad paraestatal.

Estos segundos, de acuerdo a lo que señala la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, son los que cuentan con un comité técnico y con una estructura administrativa semejante o análoga a la del resto de las entidades paraestatales. En la existencia de un comité técnico, situación no exclusiva del derecho público, el fideicomiso es una institución mercantil, adoptada por el derecho público por su ductibilidad, porque a veces permite, si no diferenciar los derechos de la propiedad en diversos sujetos, sí diluirlos para efectos de análisis, que nos plantea la posibilidad de separar responsabilidades.

El comité técnico que está previsto en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, no es exclusivo de las entidades paraestatales. Para que un fideicomiso público sea considerado como entidad de la administración pública paraestatal, uno de sus requisitos es que cuente con un comité técnico, un cuerpo colegiado que cumpla las funciones de representación en la toma de decisiones, que corresponden a dependencias o entidades públicas. Uno de los problemas prácticos más graves del fideicomiso es la dilución de la responsabilidad.

El fiduciario, que asume la obligación de comportarse como un buen padre de familia, en el momento de la existencia de un comité técnico que define los destinos de los bienes afectos al fideicomiso, hace su responsabilidad a un lado. Y la responsabilidad del fiduciario se limita exclusivamente al cumplimiento de las instrucciones del comité técnico y a vigilar que el manejo de los recursos este constreñido a los fines específicos del fideicomiso.

Dentro de estos fideicomisos, tanto en los que son entidad de la administración como en los que no lo son, cabe cualquier tipo de bienes y derechos respecto de los cuales, desde un punto de vista jurídico, no se ha explorado qué efectos tienen.

El licenciado Treviño hizo referencia a complejos modelos de fideicomiso para desarrollo de infraestructura, fundamentalmente eléctrica, también sucede en materia carretera, en materia de explotación de hidrocarburos, donde se utiliza a este patrimonio sin sujeto que señala el doctor Domínguez; pero que si atendiéramos a la definición de personalidad jurídica de Hans Kelsen, y pensáramos que tal es el ser del centro de imputación de derechos y obligaciones, aunque el fideicomiso no tiene personalidad jurídica, sirve como centro de imputación de derechos y obligaciones.

Eso permite pretender que se separa del patrimonio del fideicomitente el manejo de los bienes que se afectan en fideicomiso. Y, si en el fideicomiso privado esta afirmación fuera harto discutible, en el fideicomiso público no creo que lo sea; inclusive y de manera más evidente cuando se habla de la terminación o liquidación del fideicomiso.

Porque si los bienes afectos del fideicomiso lo son de una entidad paraestatal y están dedicados a un objetivo de carácter público, se convierten generalmente en bienes del dominio privado de la federación.

Y, a la extinción del fideicomiso tienen que revertir al gobierno federal en su calidad de fideicomitente, a menos que en los fines específicos del fideicomiso se prevea que se ten-

ga que trasladar la propiedad o el dominio a terceros; en ocasiones, no fideicomisarios expresamente enunciados.

En los fideicomisos de desarrollo urbano como los que existen en el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, en que se adquiere un dominio o una potestad sobre la administración y el manejo de ciertos bienes que habrán de ser transmitidos a terceros, creo que esto resulta evidente.

En el Fondo Nacional de Turismo, también fideicomiso; en Nacional Financiera, su objetivo es la comercialización de aquellos bienes, que en ocasiones se discute si tienen el carácter de bienes del dominio privado de la federación o no, porque precisamente la actividad comercializadora de la entidad fideicomiso es vender, transferir, la propiedad.

Esta figura puede ser aprovechada, desafortunadamente y a veces hasta de manera impune, como fraude a la ley. El mayor peligro del fideicomiso público es que se ha utilizado como un fraude a la ley. Ha habido necesidad de plasmarlo con todas sus letras y con toda su intención en algunas disposiciones jurídicas como en la nueva Ley de Adquisiciones y Obras Públicas. Los procedimientos para el manejo de los recursos públicos no siempre son lo ágiles que quien los realiza pretendiera, y frente al tipo de presiones que se acostumbran tener en el sector público, que requieren agilidad, flexibilidad, eficiencia y eficacia en el manejo de recursos, aparece como fórmula salvadora el fideicomiso.

En esta Ley de Adquisiciones y de Obras Públicas, reglamentaria del artículo 134 constitucional, se plantea siempre la intención evidente de darle al manejo de los recursos públicos una situación de transparencia que permita considerar honestidad, eficiencia, eficacia y economía en su manejo.

Entonces pensamos que la Ley de Adquisiciones es meramente una ley de licitación, de adquisiciones de bienes y servicios o de obras públicas. Pero, se nos olvida que la Constitución también maneja el contexto de la economía: que el manejo de los recursos públicos sean económicos.

La Ley de Adquisiciones no es solamente una ley de transparencia y objetividad que conlleven a la honestidad en las adjudicaciones públicas de bienes, de compra de servicios o de obra pública, no. Es, en primer lugar, una ley de control de gasto, una ley que permite establecer un orden en la forma en que el gobierno federal, sus dependencias y entidades, y en general los ejecutores de recursos públicos, deban manejar los mismos.

La figura del fideicomiso se ha planteado para algunos como la panacea que permite el no cumplimiento de las disposiciones jurídicas propias de la actividad paraestatal. Si en el fideicomiso, discutible o no, estoy transfiriendo la propiedad, luego entonces el fideicomiso como tal —en ocasiones pretendidamente privado porque lo constituye un sujeto privado, aunque su función vaya a involucrar recursos públicos— se considera como abstraído del cumplimiento de las disposiciones legales.

Eso llevó a que en la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, vigente a partir de 1994, se establezca una cláusula que si no fuera necesaria o indispensable, sonaría aberrante:

Las dependencias y entidades señaladas en las fracciones anteriores del artículo —todas las de la administración pública federal, centralizada y paraestatal— se abstendrán de crear fideicomisos, otorgar mandatos o celebrar actos o cualquier tipo de contratos cuya finalidad sea evadir lo previsto en este ordenamiento.

Hubo necesidad de reconocer que en esta profunda discusión dogmático-doctrinal que siempre surge en torno al fideicomiso, los prácticos pueden escoger: o al doctrinario que más les guste, o hacer abstracción de los doctrinarios y buscar un manejo ajeno, a veces, a la juridicidad de una figura tan noble como es el fideicomiso.

Lo más preocupante es que el fideicomiso, público o privado, sea utilizado como fraude a la ley. Que cuando se in-

volucran recursos públicos en donde el gobierno federal sea fideicomitente o fideicomisario, siempre que se ubiquen los extremos legales de la normatividad aplicable, esos fideicomisos habrán de respetarla, no obstante que en su nacimiento formal sea privado.

Hay ejemplos, en la administración local o en la administración federal, de estas figuras en donde particulares interesados en el desarrollo de alguna actividad, fundan o constituyen el fideicomiso como vehículo, para que después a través del mismo se manejen recursos públicos. Y con ello se pretenda evadir el cumplimiento de las disposiciones legales correspondientes.

A efecto de que el fideicomiso no reste transparencia al manejo de los recursos públicos, seguramente en las próximas semanas verán ustedes alguna reglamentación, desde el legislativo hasta el administrativo —inclusive mediante circulares de las autoridades—, que trate de plantear esta transparencia en el manejo de una figura que por ser tan dúctil, por ser tan manejable, permite plantear el desmembramiento de las atribuciones propias del propietario, del usuario o del beneficiario de un bien o de un servicio.