

Sej.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"EL FIDEICOMISO COMO INSTRUMENTO PARA LA EJECUCION DE PROYECTOS COT (CONSTRUYE - OPERA - TRANSFIERE)."

T E S I S

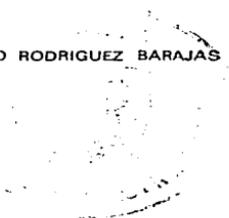
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE: LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA:

MARIA CLAUDIA KORSINA PONCE LORDMEDEZ

ASESOR: LIC. GERARDO RODRIGUEZ BARAJAS

TESIS CON FALLA DE ORIGEN CIUDAD UNIVERSITARIA

1997





Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL**

**SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ**  
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN ESCOLAR.  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.  
P R E S E N T E.

LA alumna PONCE LORDMENDEZ MARÍA CLAUDIA KORSINA, realizó bajo la dirección de este Seminario y con la asesoría del Lic. Gerardo Rodríguez Barajas, el trabajo intitulado "EL FIDEICOMISO COMO INSTRUMENTO PARA LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS C.O.T. ( CONSTRUYE- OPERA-TRANSFIERE)", que presentará como tesis para obtener el título de Licenciada en Derecho.

El mencionado asesor nos comunicó que el trabajo realizado por dicha alumna, reúne los requisitos reglamentarios aplicables, para los efectos de su aprobación formal.

En vista de lo anterior, comunico a usted que el trabajo de referencia puede ser sometido a la consideración del H. Jurado que habrá de calificarlo.

Atentamente

**"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"**  
Ciudad Universitaria, a 24 de septiembre de 1997.  
El Director del Seminario.



**LIC. OSCAR VÁSQUEZ DEL MERCADO.**

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO MER.

c.c.p.- Secretaría General de la Facultad de Derecho.  
c.c.p.- Sr. Lic. Gerardo Rodríguez Barajas.  
c.c.p.- La alumna  
SMH

**Dedico este trabajo a todos aquéllos que con su ejemplo  
han influido en mí vida.**

**De manera muy especial a:**

**Mi madre Amalia,  
        por tu infinito amor.  
    Mis hermanos Gaby y Efra,  
        por su cariño y apoyo.  
    Mi esposo Sebastien,  
        por compartir tu vida conmigo.  
    Mi hijo Esteban,  
        por toda la esperanza que representas.  
    Y a ti pequeñito,  
        que aún en mi vientre llenas mi vida  
        con nuevas ilusiones.  
    Mi familia,  
        por el orgullo de ser parte de ella.  
    Mis amigos,  
        porque siempre he contado con ellos.**

**En memoria de tres hombres maravillosos  
    mi abuelo Daniel  
    mi padre Efraín  
    mi querido  
    hermano José Manuel  
    por su gran ejemplo y  
    porque siguen viviendo en mí corazón.**

**Al Lic. Gerardo Rodríguez Barajas**  
Director de este trabajo  
con profundo agradecimiento  
por su apoyo y consideración.

**Al Lic. Francisco Barrera Mendoza**  
por su apoyo

**Al Lic. Antonio Félix Reyes**  
por sus valiosos consejos.

**A la Universidad Nacional Autónoma de México  
a la Facultad de Derecho  
a mis Maestros**

**El fideicomiso como instrumento para la  
ejecución de proyectos COT  
(Construye, Opera y Transfiere)**

**Índice**

**Introducción**

**Capítulo I**

**Antecedentes históricos del fideicomiso**

I.A.- Roma	1
I.B.- El fideicomiso en el Derecho Germánico y en el Derecho Anglosajón	6
I.C.- El <i>Trust</i> en los Estados Unidos de América	13
I.D.- El <i>Trust</i> moderno	15
I.E.- El fideicomiso en México	21

**Capítulo II**

**El fideicomiso**

II.A.- Concepto	33
II.B.- Naturaleza Jurídica y Marco Legal	35
II.C.- Características y clasificación del fideicomiso	46
II.D.- Elementos Personales	60
a) Fideicomitente	61
b) Fideicomisario	65
c) La fiduciaria	68

**Capítulo III**

**Los proyectos COT**

III.A.- Breve reseña histórica	77
III.B.- Condiciones necesarias para la factibilidad de los proyectos COT	79
III.C.- Características básicas de los proyectos COT	83
III.D.- Las partes involucradas	87
III.E.- Otros aspectos importantes para ser considerados	91
	107

<b>Capítulo IV</b>	
<b>Los proyectos COT en México</b>	<b>116</b>
IV.A.- Bases legales para la realización de proyectos COT en México	118
IV.B.- Reformas a las bases legales para la realización de proyectos COT en México	139
IV.B.- México como gobierno anfitrión	150
<b>Capítulo V</b>	
<b>El Fideicomiso como instrumento para la ejecución de proyectos COT</b>	<b>155</b>
V.A.- La necesidad del fideicomiso	156
V.B.- Características de estos fideicomisos	157
V.C.- El Fideicomiso como ejecutor	182
FIDEICOMISO UNO	183
FIDEICOMISO DOS	200
<b>Conclusiones</b>	<b>212</b>
<b>Bibliografía</b>	<b>217</b>
<b>Legislación consultada</b>	<b>223</b>

## Introducción

**L**a historia del fideicomiso como institución jurídica, ha demostrado desde su remoto origen romano hasta su actual regulación en la legislación mercantil, su versatilidad y posibilidad de uso, permitiendo desarrollar mediante el cumplimiento de fines lícitos, el desarrollo de planes y programas económicos públicos, privados y sociales convirtiéndose en un instrumento eficiente.

Por otro lado, la necesidad de obtener recursos financieros y económicos suficientes para hacer posible un crecimiento rentable y sostenible, ha obligado a los estados a plantearse diferentes esquemas para la toma de decisiones, su actuar y la manera de afectar sus presupuestos.

Uno de estos esquemas ha sido, en materia de desarrollo de infraestructura y obra pública, la utilización de recursos privados destinados a la construcción de proyectos públicos y diferir su pago en el tiempo o buscar incluso, que el mismo proyecto genere los recursos necesarios para su pago, este esquema se denominó BOT, por sus siglas en inglés (Build, Operate and Transfer) cuya traducción literal es COT (Construye, Opera y Transfiere), se le conocieron posteriormente como proyectos "extra-presupuestales" por no estar considerados dentro del presupuesto y, a partir de la publicación del Manual del Normas para el Ejercicio del Gasto en la Administración Pública Federal en el Diario Oficial de la Federación el 28 de diciembre de 1996, se le han denominado "PIDIREGAS".

El planteamiento del presente trabajo es el análisis jurídico del punto de encuentro entre un instrumento jurídico "El Fideicomiso", la satisfacción de una necesidad real "la falta de recursos y la necesidad de infraestructura prioritaria para el país" y la utilización de esquemas novedosos "La modalidad COT", sin que sea mi propósito establecer conclusiones determinantes en cuanto a la figura del fideicomiso o pretender demostrar que los proyectos COT deberán ser la mejor opción financiera para la realización de infraestructura, pero si pretendiendo demostrar que el fideicomiso como instrumento ejecutor es efectivamente una herramienta útil y sólida para la realización de proyectos COT.

A fin de demostrar el anterior planteamiento, he dividido el presente trabajo en cinco capítulos, como sigue:

El primer capítulo se ha dedicado al estudio de los antecedentes históricos del fideicomiso desde la antigua Roma y hasta su actual regulación en la legislación mercantil, con un especial énfasis en sus antecedentes sajones por ser una figura importada a nuestro sistema codificado.

El segundo capítulo, también dedicado al fideicomiso, pero siendo su objetivo principal el estudio del fideicomiso como institución jurídica, su concepto, naturaleza, marco legal, características y sus elementos personales, en nuestro sistema jurídico.

El tercer capítulo intenta brindar una explicación y análisis de los proyectos COT, tomando como punto de partida sus antecedentes históricos en el mundo,

para continuar con sus características y condiciones necesarias para su desarrollo y las partes involucradas, con especial énfasis en la participación del Estado.

En el cuarto capítulo, que he denominado "los proyectos COT en México", se hará un recorrido por la legislación que permitió su utilización en nuestro país y las reformas que han surgido a partir de diciembre de 1995 a fin de lograr su regulación e impacto en el Presupuesto de Egresos de la Federación.

Finalmente, en el último capítulo se han incluido las cláusulas relativas a los fines y al patrimonio de dos fideicomisos que han sido utilizados en la práctica para el desarrollo de proyectos COT en nuestro país, a fin de explicar a través de casos reales cómo efectivamente, el fideicomiso ha servido como un instrumento eficiente para la ejecución de estos proyectos.

Es importante señalar que recientemente, (agosto de 1997) el Gobierno Federal ha anunciado un programa de rescate para los proyectos carreteros, sin que a la fecha se cuenten con elementos suficientes como para ser incluidos en el presente estudio, que de alguna manera afectan el presente trabajo puesto que fue bajo el esquema COT que se desarrollaron las carreteras en el periodo 1989-1994 en México.

Espero, que al concluir el presente trabajo, se demuestre el objetivo planteado, es decir, la eficacia del fideicomiso como instrumento jurídico; instrumento al que en nuestro país se acude con frecuencia para dar cumplimiento a fines muy diversos debido al sustento que ofrece a innumerables transacciones mercantiles y civiles, entre otras.

## Abreviaturas Utilizadas

<b>art.</b>	<b>Artículo</b>
<b>C.Civ.</b>	<b>Código Civil para el Distrito Federal</b>
<b>C.Com.</b>	<b>Código de Comercio</b>
<b>CEE</b>	<b>Comunidad Económica Europea</b>
<b>CFF</b>	<b>Código Fiscal de la Federación</b>
<b>CNByV</b>	<b>Comisión Nacional Bancaria y de Valores</b>
<b>CNSF</b>	<b>Comisión Nacional de Seguros y Fianzas</b>
<b>COT</b>	<b>Construye, Opera y Transfiere</b>
<b>LBM</b>	<b>Ley del Banco de México</b>
<b>LFEP</b>	<b>Ley Federal de Entidades Paraestatales</b>
<b>LFIF</b>	<b>Ley Federal de Instituciones de Fianzas</b>
<b>LGDP</b>	<b>Ley General de Deuda Pública</b>
<b>LGISMS</b>	<b>Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros</b>
<b>LGTOC</b>	<b>Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito</b>
<b>LIC</b>	<b>Ley de Instituciones de Crédito</b>
<b>LIE</b>	<b>Ley de Inversión Extranjera</b>
<b>LISR</b>	<b>Ley del Impuesto Sobre la Renta</b>
<b>LIVA</b>	<b>Ley del Impuesto al Valor Agregado</b>
<b>LMV</b>	<b>Ley del Mercado de Valores</b>
<b>LOAPF</b>	<b>Ley Orgánica de la Administración Pública Federal</b>
<b>LPCGPF</b>	<b>Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal</b>
<b>LRAF</b>	<b>Ley para Regular las Agrupaciones Financieras</b>
<b>SHCP</b>	<b>Secretaría de Hacienda y Crédito Público</b>
<b>TLC</b>	<b>Tratado de Libre Comercio con América del Norte</b>

## Capítulo I

### Antecedentes históricos del fideicomiso

**E**l maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez<sup>1</sup> comenta que el fideicomiso mexicano tiene conexiones lógicas con la fiducia y el fideicomiso romano; sin embargo, la mayoría de los tratadistas señala como el antecedente inmediato el *trust* moderno que se recoge en la LGTOC. Al respecto, el Lic. José Luis de la Peza comenta: "...tal parece que en esta materia súbitamente abjuramos de nuestra tradición romana y que, desengañados de ella fuimos a abreviar a otras fuentes".<sup>2</sup>

Por tanto, y tomando en cuenta nuestra tradición romana, me remitiré en primer lugar al antecedente mediato, que encontramos en Roma.

#### I.A. Roma.

Podemos considerar dos instituciones en Roma que pudieran ser el antecedente del fideicomiso actual, el *Pactum Fiduciae* y el *Fideicomissum*.

---

<sup>1</sup> Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, Tercera Edición. Porrúa, México 1957, p212.

<sup>2</sup> "El Fideicomiso en México. Naturaleza, Antecedentes y Desarrollo" en Revista de Investigaciones Jurídicas No. 2, México, Escuela Libre de Derecho, 1978, p136.

a) El *Pactum Fiduciae*.

Mediante esta figura, el deudor transmitía la propiedad del objeto, como garantía, al acreedor, con pacto de restituirla cuando llegara el momento convenido, dos fueron las modalidades de esta figura, la *fiducia cum creditore* y la *fiducia cum amico*.

La *fiducia cum creditore* tenía por objeto asegurar una deuda, es decir, si el deudor no pagaba la deuda en el término acordado, el acreedor gozaba del derecho, implícito en el pacto, de retener la cosa para sí o de venderla. Si este último era el caso, con el producto de la venta podía pagarse al acreedor la obligación pendiente, con el compromiso de entregar al deudor la diferencia obtenida de la venta.<sup>3</sup>

Esta facultad del acreedor no pocas veces degeneró en el abuso de su derecho al enajenar la cosa antes de concluir el plazo o la condición convenida para el pago en perjuicio del deudor, quien se veía prácticamente imposibilitado para recuperar la cosa<sup>4</sup>.

Por su parte, la *fiducia cum amico* consistía en realizar un depósito o comodato con un tercero. En tiempo de peligro, el propietario de un inmueble vendía a un amigo más poderoso dicho inmueble, para que éste se lo devolviera cuando el riesgo hubiese pasado.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> MARGADANT S., GUILTERMO FLORIS, Derecho Romano. Vigésimo Segunda Edición. Esfinge, México, 1997. p290, 291

<sup>4</sup> *Ibidem*

<sup>5</sup> LEÓN LEÓN, RODOLFO, El fideicomiso y las casas de bolsa. México, Academia Mexicana de Derecho Bursátil, 1991. p2, 3

**b) El Fideicomiso Testamentario o *fideicomissum*.**

Señala Don Octavio A. Hernández que el fideicomiso romano era una "...liberalidad por causa de muerte..., que surgía como un encargo dado a una persona para que transmitiera parte de la totalidad de los bienes de la sucesión del que hacía el encargo, en favor de un tercero (fideicomisario). El cumplimiento dependía únicamente de la buena voluntad de la persona que recibía la sucesión gravada (fiduciario)".<sup>6</sup>

Esta figura surgió por la tendencia de los testadores de imponer su voluntad aún más allá de su vida, en relación con los bienes que transmitían a sus herederos, así como por el deseo de eludir las numerosas incapacidades, como era el caso de los peregrinos, *caelibes y orgis*, quienes carecían de la *testamenti factio passiva* o, bien, para burlar la *Lex Falcidia* — del año 40 a. de C., que reglamentaba definitivamente los legados, ordenando que el testador no podía legar más de tres cuartas partes de la herencia, a fin de asegurar al heredero el cuarto restante (*quarta Falcidia*)—. Esta ley se refería tan sólo a los legados, pero su disciplina se extiende posteriormente a toda suerte de disposiciones "*mortis causa*", se realizaba *verbis precativis* (de precari, suplicar), con absoluta libertad de forma, y encontraba originalmente su base en la *bona fides* del fiduciario, sin contar con sanciones jurídicas<sup>7</sup>.

Después de algunos escándalos provocados por fiduciarios deshonestos, Augusto encargó a sus cónsules vigilar el cumplimiento de los fideicomisos (después de las Guerras Púnicas), y, desde Claudio, dos pretores especiales se

<sup>6</sup> Derecho Bancario Mexicano, Tomo II, Asoc. Mexicana de Investigaciones Administrativas, México, 1956, p.910

<sup>7</sup> IGLESIAS, JUAN, Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado. Novena Edición. Ariel, Barcelona, 1988. p.666 y, en el mismo sentido, MARGADANT, op. cit. p.493

ocuparon de las cuestiones del fideicomiso. Así en el transcurso del tiempo, surgieron toda clase de restricciones.<sup>8</sup>

El Dr. Margadant<sup>9</sup> señala que si bien, al trasladar el *fideicomissum* del campo de la moral al del derecho, sufrió restricciones análogas a las herencias y legados, conservó sobre éstos la ventaja de poder designar anticipadamente al fideicomisario; la sustitución fideicomisaria se permitía por una generación en la época clásica y por cuatro generaciones en tiempos de Justiniano<sup>10</sup>.

En el periodo de Vespasiano se introdujo el principio de la *Lex Falcidia* en el *fideicomissum* (senadoconsulto Pegasiano) y las incapacidades resultantes de la legislación caducaria se extendieron a éste. Cuando Adriano los peregrinos y las *personae incertae*, incapaces de recibir herencias y legados, fueron declaradas también incapaces de recibir a través del *fideicomissum*. Así, poco a poco, perdió la elasticidad que lo distinguió del legado o de la herencia; pero no de forma total, ya que algunas personas que no tenían la *testamenti factio passiva* podían recibir a través del *fideicomissum*, aun en tiempos del Bajo Imperio.<sup>11</sup>

Una ventaja importante que conservó el *fideicomissum* fue el permitir designar por anticipado al "fideicomisario del fideicomisario". Tal determinación no era posible en materia de herencias o legados, aunque se acercaba a esta posibilidad la sustitución pupilar o cuasipupilar en relación con herencias. Esta permitía al testador designar al heredero de su hijo impúber, demente o imbécil,

<sup>8</sup> MARGADANT, op. cit. p502

<sup>9</sup> *Ibid.*, p289.

<sup>10</sup> En la Edad Media se admitía esta vinculación fideicomisaria sin limitación de generaciones, figura que se conoció con el nombre de mayorazgo. MARGADANT, op. cit. p503 y, en el mismo sentido, BANCO MEXICANO SOMEX, *Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México*. Libros de México, México, 1982. p6

siempre y cuando éste muriera después que el testador, pero antes de llegar a la pubertad o de recuperar su sano juicio. Sin embargo, si uno quería que su heredero o legatario dejara a su vez el objeto de la herencia a algún próximo heredero o legatario, el derecho romano no ofrecía solución alguna en el campo de las figuras de la *hereditas*, de la *bonorum possessio* o del *legado*; para la satisfacción de tales deseos era necesario recurrir al *fideicomissum*.<sup>12</sup>

Con frecuencia el fiduciario era, a la vez, el heredero, o uno de los herederos, con lo que se convertía así en propietario (propietario fiduciario) del activo de la herencia hasta el momento obligado de la *restitutio* al fideicomisario.

El fiduciario tenía ventajas, además del uso y disfrute temporal del patrimonio hereditario, pues sólo respondía de la culpa *in concreto* y podía retener la *quarta Trebelliana* en el momento de la *restitutio*. A veces el fiduciario tenía inclusive el derecho de vivir a costa de la herencia, de acuerdo con su rango social, entregando al fideicomisario, al morir, pasados algunos años o después del cumplimiento de una condición, únicamente el saldo. Estamos entonces en presencia del *fideicommissum eius quod superfuturum erit*.<sup>13</sup>

El *fideicommissum* universal tenía una gran ventaja en comparación con el legado pues aquél podía transmitirse a título universal; éste nunca. El *fideicommissum* particular se parecía mas al legado particular, aunque hubo diferencias. El *fideicommissum* gozaba de libertad de forma, mientras que el legado debía constar en un testamento. Por otra parte, el *fideicommissum* podía establecerse a cargo de un legatario o de otro fideicomisario; en cambio el legado no. Además,

---

<sup>11</sup> MARGADANT, op. cit. p472

<sup>12</sup> MARGADANT, op. cit. p502

<sup>13</sup> Ibid, p503

el cumplimiento del *fideicomissum* se reclamaba de acuerdo con un procedimiento especial y moderno, la llamada *congnitio extra ordinem*, mientras que el cumplimiento del legado debía reclamarse a través del sistema formulario, con un procedimiento que dividía el proceso en dos fases: primero, ante un magistrado *-in iure-* y, luego, ante un juez *-in iudicio-*.<sup>14</sup>

La diferencia procesal entre ambas figuras desapareció cuando, en la época de Diocleciano, el sistema formulario cedió su lugar al procedimiento extraordinario, la *cognitio extra ordinem*. Justiniano, tan aficionado a la unificación, declaró finalmente equiparable el *fideicomissum* particular al legado. Sin embargo, aun bajo Justiniano, el *fideicomissum* continuó gozando de ciertas ventajas formales, no otorgadas al legado. Por ejemplo, el legado necesitaba un testamento como base, o un codicilo confirmado, mientras el *fideicomissum* podía constar en un codicilo sin confirmar.<sup>15</sup>

## I. B. El fideicomiso en el Derecho Germánico y en el Derecho Anglosajón.

### a) Derecho Germánico.

En el derecho germánico se encuentran tres instituciones que se pueden considerar antecedentes del fideicomiso: La *prenda inmobiliaria*, el *manusfidelis* y el *salman o treuhand*.

<sup>14</sup> MARGADANT, op. cit. p505

<sup>15</sup> El Codicilo, o "pequeño testamento", era un documento firmado por el "de cujus" y algunos testigos, el que no guardara relación alguna con un testamento no podía contener más que fideicomisos. MARGADANT, op. cit. p506

- 1) La prenda inmobiliaria constituía un medio por el cual el deudor transmitía a su acreedor, con fines de garantía, un bien inmueble mediante la entrega de una carta *venditionis*. Este último se obligaba, a su vez, con una contracarta, a la restitución del primer documento y del inmueble transmitido en caso de que el deudor puntualmente cumpliera con su obligación. Esta institución presenta gran semejanza con la fiducia *cum creditore*, pero se distingue de ésta en que sólo se extiende a garantías establecidas sobre bienes inmuebles, además del requisito formal de la entrega de la carta *venditionis* y de la contracarta que se acompañan a la entrega del inmueble.<sup>16</sup>
  
- 2) La figura del *manusfidelis* tiene particular importancia en el desarrollo del derecho germánico de las sucesiones porque se empleaba para contravenir las prohibiciones o limitaciones establecidas en las disposiciones legales para determinar la calidad de los herederos legítimos. De esta manera, quien quería realizar una donación (*inter vivos* o *postmortem*) transmitía la cosa materia de la donación a un fiduciario, llamado *manusfidelis*, mediante una carta *venditionis*. El *manusfidelis*, inmediatamente después de dicha transmisión, retransmitía al verdadero beneficiario la cosa adquirida. Se reservaba al donante un derecho más o menos amplio de goce sobre la cosa donada para que durante su vida lo disfrutara.

Quien desempeñaba el cargo de *manusfidelis* siempre era escogido entre personas que formaban parte del clero, pues se requería una garantía de esta naturaleza ya que la carta *venditionis* se redactaba en términos tan amplios e

---

<sup>16</sup> LEÓN LEÓN, op. cit. p4. y, en el mismo sentido VILLAGORDOA LOZANO, JOSÉ MANUEL, Doctrina General del Fideicomiso. Segunda Edición. Porrúa, México, 1982. p14

ilimitados que el *manusfidelis* podía disponer de los bienes transmitidos aún en su provecho.<sup>17</sup>

- 3) El derecho germánico define genéricamente al *salman* o *treuhand* como la persona intermediaria que realiza la transmisión de un bien inmueble del propietario original al adquirente definitivo. El *salman* del antiguo derecho germánico se distingue esencialmente del *salman* del nuevo derecho germánico en que en el derecho antiguo era el fiduciario del enajenante y se obligaba frente a él de forma solemne para transmitir los bienes al tercero destinatario de los mismos y en el derecho moderno el *salman* es fiduciario del adquirente y no del enajenante, por lo que de aquél recibe sus poderes jurídicos.<sup>18</sup>

**b) Derecho Anglosajón.**

En Inglaterra ha existido por siglos un doble sistema para la administración de justicia, uno de ellos llamado de Equidad (*equity*) y el Derecho Común (*common law*). Este último tuvo por finalidad dar justicia a todos, pero fue demasiado rígido, formal, y sólo contaba con disposiciones elementales; apropiado en las primeras etapas de la civilización, pero inadecuado conforme esta gente comienza a dedicarse a la industria y al comercio. Sus juicios, aún hasta el siglo pasado, comprendían sólo tres objetos:

- 1) Restituir la posesión de la propiedad personal;
- 2) Remediar, concediendo la recuperación de la propiedad, y

<sup>17</sup> VILLAGORDOA, op. cit. p15

<sup>18</sup> BANCO MEXICANO, op. cit. p8 y, en el mismo sentido, VILLAGORDOA, op. cit. p15

- 3) Sentenciar la recuperación de los daños o perjuicios, en caso de incumplimiento del contrato.

De tal forma el derecho común no fue suficiente y surge así la necesidad de un sistema suplementario de jurisprudencia<sup>19</sup>.

Dos instituciones del derecho Inglés forman los antecedentes más importantes del fideicomiso mexicano: el *use* y el *trust*.

El *use* estaba formado de una relación jurídica mediante la cual una persona (*feoffee to use*) era revestida, según el *common law*, de un poder jurídico de cuyo ejercicio resultaba un beneficio económico a favor de otra persona (*cestui que use*).

No era sustancial al *use* que interviniera una tercera persona porque se podía constituir cuando el *settlor* (fideicomitente) declaraba por sí que empezaba a poseer determinado bien, de su exclusiva propiedad, en beneficio *-to use-* de otra persona. También era frecuente que el *settlor* transmitiera determinado bien al *feoffee to use, ad opus suum*, esto es, en su propio provecho; en este caso el *feoffee to use* coincidía con el *cestui que use*. En ambos casos únicamente intervenían dos personas<sup>20</sup>.

Surge así un doble concepto de dominio inherente al derecho anglosajón: el legal, reconocido por la Ley Común estricta (*common law*), que pasa del *settlor* al *feoffee to use* o fiduciario, por un lado y, por el otro, el concepto beneficioso o equitativo, llamado *beneficial o equitable*, impuesto en un principio como un deber

<sup>19</sup> VILLAGORDOA, op. cit. p6

<sup>20</sup> RABASA OSCAR, El derecho angloamericano. Estudio expositivo y comparado del Common Law. México, Fondo de Cultura Económica, 1944. p270

de conciencia y, posteriormente, como una institución sancionada por el Derecho de Equidad (*equity*), que se constituye a favor de un tercero (*cestui que use*) o fideicomisario.<sup>21</sup>

Fue tan antigua esa práctica entre los ingleses que se ignora cuándo tuvo su origen. Lo que sí se ha precisado es que se originó para evitar las prohibiciones e incapacidades para poder adquirir la propiedad legal de los bienes inmuebles establecidas en el primitivo derecho inglés.

Dos acontecimientos importantes vinieron a dar auge al empleo del *use*: la Ley de Manos Muertas (*Statute of Mortmain*) de 1217 y las Guerras Dinásticas, comúnmente conocidas como las Guerras de las Dos Rosas.

En Inglaterra, durante el siglo XII, la Iglesia llegó a adquirir grandes extensiones de tierra recibidas para la realización de fines benéficos; esta situación ocasionó que un grupo sectario del Parlamento declarara que dichos bienes se encontraban fuera del comercio. Esto originó un acaparamiento de riquezas en la Iglesia, sin que atendiera a los fines de beneficio social a que estaban destinadas, que no concluyó hasta que el Parlamento dictó la referida Ley de Manos Muertas.

Algunas personas comprendieron el grave daño ocasionado por esa ley, al impedir el establecimiento de obras piasas de trascendencia social encomendadas a la Iglesia, y acudieron al empleo del *use*, por medio del cual el *feoffee to use* recibía los bienes destinados a las obras piasas de la Iglesia, a quien

---

<sup>21</sup> RABASA, op. cit. p271

se designaba *cestui que use*, con el fin de gozar de los beneficios de dichos bienes conforme a los fines señalados por el *settlor*.<sup>22</sup>

El empleo del *use* se encaminó también para tratar de defraudar a los acreedores, al ocasionar una aparente insolvencia del deudor, quien transmitía sus bienes a un fiduciario, con el fin de que éste los poseyera en su propio beneficio. Este *use* fraudulento se restringió durante el reinado de Eduardo III (1327 a 1377), quien declaró embargable el *use* establecido en términos semejantes para hacer el pago a los acreedores.<sup>23</sup>

Por otro lado, durante la Guerra de las Dos Rosas los bienes de los vencidos estaban expuestos a ser confiscados por los vencedores como pena por el delito de alta traición que se les imputaba. Para prevenir estas confiscaciones, quienes participaban en esas contiendas transmitían sus bienes a una persona; el cesionario quedaba en posesión de los mismos para uso exclusivo del otorgante o de sus herederos. En este caso, cuando el cedente caía en manos enemigas y era condenado por el delito de alta traición, no había bienes que le pudieran ser confiscados, pues el cesionario tenía la *legal ownership* (propiedad) de los mismos y, además, era ajeno al delito cometido. En todos los casos el cesionario estaba obligado, por su honor, a permitir al cedente y a sus herederos el uso y disfrute de los bienes por tenerlos confiados a su buena fe (*in trust*).

Como el *use* era una práctica completamente desconocida por el derecho estricto (*common law*), el cesionario permitía el uso y disfrute de los bienes al beneficiario con base en un principio de orden moral y religioso no sancionado por el derecho estricto ni por los tribunales especiales dedicados a aplicarlo.

---

<sup>22</sup> RABASA, p274

Sin embargo, al turnársele al canciller del rey, primer ministro y guardador del Gran Sello, los asuntos respecto del cumplimiento del *use*, éste ya no quedaba exclusivamente a la buena fe del *feoffee to use* pues, en caso de incumplimiento de su parte, el canciller estaba facultado para ordenar el cumplimiento de la obligación pactada en sus términos y, aún más, que se restituyera cualquier propiedad por medio de los mandamientos llamados *writ of injunction* y *writ of sub poena*, cuyo incumplimiento estaba sancionado con la pena de prisión hasta que el rebelde los obedeciera<sup>24</sup>.

Con el fin de acabar con todos los inconvenientes y, de paso, con la práctica, ya convertida en derecho consuetudinario, de los *uses*, que privaban al rey y a los grandes terratenientes del país de los cuantiosos privilegios y prerrogativas de los que disfrutaban durante el régimen feudal, el Parlamento Inglés expidió durante el reinado de Enrique VIII la Ley sobre Usos del año de 1534. Esta disponía que quien gozaba de un *use* sería considerado en lo sucesivo como propietario de pleno derecho. La consecuencia inmediata de la Ley se llamaba “ejecutar el uso”, es decir, darle efecto legal de plena propiedad.

Esta ley no sólo no logró su objetivo sino que vino a vigorizar la práctica del *use*, pero con un nuevo nombre: surgió el *trust* con la insospechada fuerza que le dio el derecho equidad. La aplicación de la ley sobre usos se limitó y quedaron fuera de su órbita la aplicación en los siguientes casos:

1. Cuando se refería únicamente a bienes muebles.

---

<sup>23</sup> RABASA., op. cit. p271, 274

<sup>24</sup> VILLAGORDOA, op. cit. p15

2. Cuando implicaba una labor impositiva y de administración que debía realizar el *feoffe to use*, quien tenía el deber activo de llevarlas a efecto. Estos *uses* activos recibían el nombre de *trusts*.
3. Los constituidos sobre otro uso anterior, llamados *use limited upon a use*. Casos en los cuales la ley ejecutaba el primero celebrado en tiempo, transmitiendo la propiedad absoluta al primer *cestui que use*, quien a su vez se designaba *feoffe to use* en el segundo. En relación con este último la ley no era aplicable en vista de que un *use* no podía limitar a otro, pues si se ejecutaba el segundo las consecuencias de la ejecución del primero se declaraban nulas, negándosele validez al segundo *use* por los tribunales de derecho común. Sin embargo, las cortes de equidad determinaron que "si bien la persona favorecida con el primer *use* era la propietaria legal, la beneficiada con el segundo seguía siendo, como antaño, la dueña en equidad o titular de un derecho a su favor por el segundo *use*".<sup>25</sup>

### I.C. El *Trust* en los Estados Unidos de América.

El sistema inglés de equidad y jurisprudencia del cual formaba parte el *trust* fue adoptado por las colonias y posteriormente por los trece Estados Americanos originales, constituyendo así el fundamento sobre el cual se basa la actual ley de *trusts* estadounidense. A finales del siglo XVIII los *trust* tuvieron mucho auge en Norteamérica, el sistema inglés se había desarrollado considerablemente, y fue adoptado casi en su totalidad por los americanos.

---

<sup>25</sup> VILLAGORDOA, op. cit. p285

La gran contribución de los Estados Unidos de América al *trust* fue el empleo del *trustee* corporativo. En Inglaterra ninguna corporación podía actuar como *trustee*; sin embargo, en Estados Unidos se crearon corporaciones con poder para administrar *trusts*, razón por la cual su utilización se hacía cada vez más frecuente.<sup>26</sup>

Como resultado, el *trustee* norteamericano comenzó a recibir compensación por su actuar, a diferencia de Inglaterra, donde no recibía compensación alguna a menos que estuviera pactado en el instrumento creador del *trust*.

Las primeras corporaciones de *trust* (*Trust Companies*) aparecieron en Estados Unidos de América el 24 de febrero de 1818, cuando la legislatura de Massachusetts concedió a la sociedad denominada "*Massachusetts Hospital Life Insurance Company of Boston*" autorización para celebrar en general toda clase de contratos relativos a riesgos de muerte y pérdidas pecuniarias, así como para otorgar los convenios, pólizas y demás instrumentos necesarios, según el caso. Se interpretó que dentro de su facultad para celebrar contratos se incluía la aceptación de *trusts*, lo cual fue confirmado cinco años después por la modificación que hizo la legislatura a la autorización antes señalada en el sentido de permitir expresamente a la sociedad invertir el efectivo retenido en la compra de rentas vitalicias o en *trusts*.

El *trust* permitido en esta modificación legal no era un *trust* en la acepción estricta del término, sino que se podría asimilar a un depósito a plazo que daba derecho al beneficiario para recibir una participación en los ingresos generales

---

<sup>26</sup> BANCO MEXICANO, op. cit p23

derivados de todos los fondos depositados en la compañía, y no sólo los de su fondo individual.

No habiendo dudas respecto de si esa sociedad al aceptar los *trust* en los años anteriores a la modificación de su autorización actuaba en exceso de sus facultades y no rebasaba sus límites legales sería entonces la primera institución de *trust* constituida en los Estados Unidos; de lo contrario la de mayor antigüedad correspondería a la sociedad denominada "*Farmers Fire Insurance and Loan Company*", actualmente *City Bank Farmers Trust*.<sup>27</sup>

#### I.D. El *trust* moderno.

Don Jorge Serrano transcribe en su obra la definición del *Restatement of the law of trusts* como sigue: "un *trust* es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por la cual una persona que los posee (*trustee*) está obligada en derecho de equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (*cestui que trust*). Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el *trust* (*settlor*)"... Continúa con la explicación del concepto de "relación fiduciaria" como aquella en virtud de la cual "el beneficiario está obligado a depositar su entera confianza en el *trustee* -fiduciario- en virtud de la relación tan estrecha e íntima que une a ambas partes porque el segundo tiene gran influencia y control sobre los bienes e intereses del primero". En cuanto al carácter personal de la relación fiduciaria, asienta que el fiduciario está generalmente obligado a no delegar a otra persona su deber de ejecutar y alcanzar el fin que se le encomendó al

---

<sup>27</sup> BATIZA RODOLFO, Instituciones y Departamentos Bancarios de Trust. Asoc. de Banqueros de México, 1955. p7

constituir el *trust*; así, si el *trustee* fue señalado en virtud de la confianza que se supone entre las partes, tiene la obligación de desempeñar su oficio<sup>28</sup>.

Autores como Claret y Martí consideran que el *trust* consiste en "separar de una persona llamada *settlor*, un conjunto de bienes (inmuebles, muebles, créditos, etc.) de su fortuna y confiarlos a otra persona llamada *trustee*, para que haga de ellas un uso prescrito, en provecho de un tercero, llamado *cestui que trust*"<sup>29</sup>.

a) **Personas que intervienen en el *trust*.**

a.1) **El *Settlor* o fideicomitente.**

Creador del *trust* expreso, también llamado el *creator* o *trustor*<sup>30</sup>. Una vez constituido el *Trust* desaparece esta persona, a no ser que se reserve el derecho de revocar el *trust*, alterarlo o enmendarlo. Puede reservarse también el derecho de dirigir al *trustee* en materia de inversión en todos sus aspectos y de vigilar los actos que a su juicio lo precisen.

Puede tener el carácter de *settlor* cualquier persona con capacidad de hacer un testamento, de contratar, de gozar y ejercitar sus derechos patrimoniales; que pueda disponer de ellos a su arbitrio, es decir, *sui juris*.

<sup>28</sup> SERRANO TRASVIÑA, JORGE, Aportación al Fideicomiso, Tesis. México, 1950, p88-89

<sup>29</sup> CLARET Y MARTÍ, POMPEYO, De la Fiducia y del Trust, Estudio de Derecho Comparado. Bosch, Barcelona 1946, p49

<sup>30</sup> SERRANO, op. cit. p97

a.2) *Trustee* o fiduciario.

En virtud del *trust* el *trustee* se convierte en el titular legal del bien o derecho que se fideicomite. Para ser *trustee* no sólo se requiere de la capacidad de gozar de los bienes y derechos que constituyen su materia sino, además, se necesita la capacidad de ejercitar tales derechos, de lo contrario un tribunal de equidad deberá proceder a su remoción para evitar perjuicios a los beneficiarios del *trust*.

El *settlor* puede válidamente nombrar a cualquiera como *trustee*. Si por cualquier razón un cargo de *trustee* quedara vacante, la obligación de nombrarlo se transfiere a la corte, que tratará de designar a uno capaz de manejar un *implied trust* y quien probablemente será justo con todos los *cestuis*.

Puede coincidir el carácter de *settlor* y de *trustee* cuando dicho *settlor* se nombra a sí mismo *trustee*, siempre y cuando tenga la capacidad suficiente de transmitir los bienes o derechos material del *trust* a un tercero. En este caso no hay transmisión de los bienes o derechos sino únicamente la separación de los mismos dentro del patrimonio personal del *settlor-trustee* al crearse el patrimonio propio del *trust*.

Si el *settlor* no designare *trustee* en el momento de la celebración del *trust*, esta omisión no implica la invalidez del *trust*; la equidad siempre suplirá esta deficiencia, la designación de *trustee* la hará el tribunal competente de acuerdo con el principio : "La equidad no permitirá que un *trust* se frustre por la falta de *trustee*"<sup>31</sup>. Se aplica este principio en el caso de que el *trustee* señalado por el *settlor* no acepte cumplir con el cargo por falta de capacidad o por carecer de voluntad

---

<sup>31</sup>SERRANO, op. cit. p101

para su desempeño. La declinación del cargo de *trustee* no trae como consecuencia ninguna responsabilidad, "pero no se puede aceptar un desempeño en parte del *trust*, rechazando determinadas fases del mismo. La aceptación debe ser total."<sup>32</sup>

Si el *trustee* fuere removido, la Corte de Equidad, en ausencia de disposiciones, efectúa la remoción ordenando al *trustee* que transmita la propiedad del *trust* a una persona designada por la corte para ser el nuevo *trustee*. Si el *trustee* es un niño o un incapaz una transferencia hecha por él, aún por orden de la Corte, puede ser anulable. Por tanto, la equidad no ordenará una transferencia pero emitirá un embargo contra la interferencia del *trustee* en la propiedad del *trust*, y nombrará a un depositario para manejar la propiedad del *trust*, quien no tendrá el título.

Respecto a sus obligaciones, en primer lugar existe la regla que obliga al *trustee* a desarrollar toda la buena fe, habilidad y prudencia exigible a un hombre probo y honesto en el cuidado de su patrimonio. Se pueden mencionar, además:

- 1.- Proteger el negocio y defenderlo contra toda clase de arranques provenientes de un tercero, del beneficiario y, aún, del *settlor*; el *trustee* está obligado a defender la existencia y consecución del negocio, debiendo hacer la defensa.
- 2.- Tomar posesión inmediata de los bienes fideicomitidos, salvo disposición contraria en el acto constitutivo a fin de habilitarlo a cumplir con sus deberes en la consecución del *trust* y alcanzar su objetivo.

---

<sup>32</sup> SERRANO, op. cit., p102

- 3.- Proceder al registro de los bienes fideicomitidos desde que toma posesión del cargo, haciendo constar la existencia del *trust* y del carácter que se le otorga.
- 4.- Cuidar de la seguridad de los bienes fideicomitidos. Dentro de esta obligación se engloban las siguientes:
  - a) Pagar impuestos, derechos o intereses de cualquier clase que graven el patrimonio del *trust*.
  - b) Asegurar los bienes inmuebles. En caso de que falte dinero para cubrir los gastos motivados con la conservación del patrimonio del *trust*, el *trustee* puede recurrir a la venta de algunos bienes fideicomitidos y, aún, solicitar créditos ofreciendo aquéllos como garantía, previa notificación a los beneficiarios, quienes pueden oponerse aportando por sí mismos la cantidad requerida al efecto.
- 5.- En ningún caso se autoriza la fusión del patrimonio del *trust* con el personal del *trustee*, para evitar el riesgo que aquél pudiera correr en perjuicio de los beneficiarios.
- 6.- En los casos de inversión el *trustee* puede recurrir a un consejo técnico, sin liberarse de la necesidad de obrar prudentemente ni eximirlo de responsabilidad, debiendo tener en cuenta el interés del *cestui* y de los futuros beneficiarios.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> VILLAGORDOA, op. cit. p24-25

**a.3) Cestui que trust o fideicomisario.**

Cualquiera con capacidad de tener una propiedad para sí puede ser el beneficiario de un *trust*. La capacidad para ser *cestui* en un *trust* privado se finca en aquellas personas que a su vez tengan la capacidad necesaria para adquirir bienes o derechos iguales a los que se fideicomiten en su beneficio.<sup>34</sup>

**b) Diversas especies de trusts.**

Existen fundamentalmente dos categorías de *trust*: el *Express Trust* y el *Implied Trust*.

El *Express trust* se constituye por la voluntad expresa del *settlor*. "Es condición *sine qua non* que el *trust* se declare categóricamente formalizado y se defina con toda claridad la disposición de los bienes o derechos destinados al negocio"<sup>35</sup>. Dentro de esta categoría se puede clasificar al *express trust* en *executed trust* y *executori trust*; el primero como aquél que después de haber sido definitivamente declarado por el acto constitutivo no exige, para producir todos sus efectos, ningún acto ulterior. Será *executori* cuando existen instrucciones dadas con vistas a la transmisión del bien *upon trust* y en el acta que las contiene no obra la transmisión ordenada.

El *express trust* puede ser instrumental cuando el *trustee* debe seguir rigurosamente las instrucciones dadas, y puede ser *discretionary* cuando el *trustee* tiene un poder de apreciación.

---

<sup>34</sup>SERRANO, op. cit. p105

Por último, puede ser de interés privado, *private*, y de interés público, *public* o *charitable*. En el primero el patrimonio está afecto a un interés meramente privado y en el segundo a un interés general, directamente útil a la sociedad.

Los *Implied Trusts* deben su existencia a los tribunales de equidad, y son de dos clases: *Resulting* y *Constructive Trusts* -presuntivos y forzosos-.

Los *Resulting Trust* los crea el tribunal de equidad cuando encuentra motivos para presumir que una persona, a juzgar por ciertos actos de la misma, pretendió crear un *express trust* y, debido a circunstancias invencibles, no llegó a formalizarse. La presunción del tribunal da origen a que también se llamen *trusts presuntivos*.

Los *Constructive Trust* los constituye el propio tribunal sin que medie, ni presuntivamente, la voluntad de persona alguna, y tiene por objeto evitar que un individuo se allegue injustamente de riquezas ilegítimas en perjuicio de un tercero.<sup>36</sup>

## I.E. El fideicomiso en México.

La figura angloamericana del *trust* ha venido rebasando las fronteras de su origen y las de los países con sistema legal del *common law* para adaptarse en los países con sistemas codificados, como es el caso de México, donde esta institución se ha adoptado en la forma del fideicomiso. El fideicomiso, por su amplia

---

<sup>35</sup> SERRANO, p87

<sup>36</sup> VILLAGORDOA, op. cit. p29

diversidad en aplicaciones y por la impresionante cuantía de sus patrimonios, representa el ejemplo de una figura jurídica cuyo éxito ha excedido con creces las predicciones hechas por el legislador.

El nacimiento del fideicomiso en México se dio a través de un proceso lento y difícil. Es fruto de la importación y adaptación de instituciones extranjeras a nuestro derecho como el *fideicommissum* romano, el *trust* anglosajón y, básicamente, del *trust* moderno.

A partir del presente siglo surge la necesidad, por parte de los tratadistas y legisladores, de regular adecuadamente la figura del fideicomiso tomada del sistema angloamericano.

Así pues, me referiré en primer lugar, a los antecedentes históricos y legislativos de las Instituciones Fiduciarias que se ocuparon de regular al fideicomiso hasta la entrada en vigor de la LGTOC y, en segundo lugar, a los de este ordenamiento que regula al fideicomiso como materia sustantiva.

**a) Antecedentes históricos relativos a las instituciones fiduciarias.**

Hago referencia en este estudio a los antecedentes de las instituciones fiduciarias, que es básicamente el recuento de las Instituciones Bancarias en nuestro país en virtud de que al importarse la figura del *trustee* corporativo norteamericano y, hasta hace muy poco tiempo, las únicas instituciones autorizadas por la Ley para actuar como fiduciario eran las instituciones de crédito. Así, la primera tentativa para la introducción del fideicomiso a nuestro

mundo jurídico se dio el 21 de noviembre de 1905 con la iniciativa conocida como "Proyecto Limantour", por haber sido presentada ésta al Congreso de la Unión por el entonces Secretario de Hacienda, José Ives Limantour, durante el régimen de Porfirio Díaz. Dicha iniciativa facultaba al Ejecutivo para expedir una ley por virtud de la cual podían constituirse en México instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de "agentes fideicomisarios".<sup>37</sup>

Si bien el proyecto se conoció como "Proyecto Limantour" su autor fue el Lic. Jorge de la Vera Estañol. Este proyecto expresaba en su exposición de motivos que "en virtud del desenvolvimiento y giro de los negocios comerciales, debían tomarse en consideración ciertas organizaciones especiales que en los países angloamericanos se denominan *Trust Companies*, cuya función consiste en ejecutar actos y operaciones en los cuales no tienen interés directo, sino que obran actuando como intermediarios en beneficio de un tercero. En tal virtud, se hace necesaria la reglamentación de estas organizaciones con el objeto de proteger los intereses de los particulares, así como brindar una garantía adecuada y una mayor protección a los intereses confiados a dichas instituciones".<sup>38</sup>

El mencionado proyecto no fue aprobado por el Congreso de la Unión; sin embargo, constituye el primer antecedente histórico para adaptar el *trust* a un sistema jurídico tradicionalmente romanista.<sup>39</sup>

En 1924 se celebró la Primera Convención Bancaria. Se presentó un nuevo proyecto sobre "Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro", cuyo autor fue el

---

<sup>37</sup> Cabe señalar que el término con el que se denominó a este tipo de instituciones dentro del proyecto no era adecuado, debió haber sido fiduciarias y no fideicomisarias.

<sup>38</sup> BATIZA, op. cit. p102

<sup>39</sup> BANCO MEXICANO, op. cit. p29

Sr. Enrique C. Creel. Este nuevo proyecto proponía que se facultara al Ejecutivo a expedir una ley sobre la materia en donde se detallaran las bases constitutivas y de operación de las Compañías Bancarias de Fideicomisos y Ahorro (*Trust and Saving Banks*). Este proyecto corregía la terminología empleada en el proyecto Limantour, al cambiar la denominación de "Instituciones fideicomisarias" por la de "Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro". La principal operación regulada era la aceptación de hipotecas, contratos de fideicomiso respecto de toda clase de propiedades, bonos de compañías, ferrocarriles, etc., así como recibir bienes de viudas, huérfanos y niños. Dicho proyecto jamás fue sancionado como ley, pero sentó también precedente y algunas de sus disposiciones influyeron sobre la legislación posterior del fideicomiso en México.

Posteriormente, en marzo de 1926, se sometió a la SHCP el documento denominado "Proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro", inspirado en las instituciones fiduciarias norteamericanas y el Proyecto Alfaro de Panamá de 1920. Este nuevo proyecto mantuvo las ideas de los anteriores.<sup>40</sup> Sin embargo, contenía un sistema detallado acerca del régimen fiscal del fideicomiso, dentro del cual la disposición más importante establecía que cuando por vía de un fideicomiso se adquirieran bienes raíces o derechos reales sobre inmuebles, la adquisición no estaría sujeta al pago de otro impuesto que el del timbre; quedaba, por lo mismo, exenta esta clase de operaciones de todo impuesto de registro, traslación, dominio o cualquier otro. Si en cumplimiento del fideicomiso se enajenaran los bienes, el acto estaría sin embargo sujeto al pago del impuesto con arreglo a las leyes.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> BANCO MEXICANO, *op. cit.* p 31

<sup>41</sup> BATIZA, *op. cit.* p111

La Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de diciembre de 1924, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de enero de 1925, introdujo en su contenido el fideicomiso por primera vez en nuestro derecho. Esta ley llamaba bancos de fideicomiso a los que servían los intereses del público en varias formas, principalmente administrando los capitales que les confiaban e interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos éstos o durante el tiempo de su vigencia, y prevenía que los mismos se regirían por una ley especial que habría de expedirse para tales efectos.<sup>42</sup>

En virtud de lo señalado por la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924, en cuanto a la creación de una ley especial para la regulación de estas instituciones, con fecha 30 de junio de 1926 se promulgó la Ley de Bancos de Fideicomiso, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de julio de ese mismo año, en la cual ya se le da una estructura al fideicomiso mexicano.

En este ordenamiento se aprecia la influencia del Dr. Alfaro y de Don Enrique C. Creel. En su exposición de motivos señalaba que la institución del fideicomiso era nueva en nuestro país y requería de una legislación jurídica moderna, ya que era distinta en especial del fideicomiso del derecho romano. La reglamentación sancionada en la ley constituía en el fondo una adaptación de las prácticas anglosajonas, pero con las modificaciones adecuadas para su introducción en las demás disposiciones de nuestro derecho, especialmente en la legislación bancaria, a fin de uniformar el sistema.

---

<sup>42</sup> BANCO MEXICANO, op. cit. p32

El artículo 6 de la Ley de Bancos de Fideicomiso estableció que "el fideicomiso, propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco, con carácter de fiduciario, determinados bienes, para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entregue, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario".<sup>43</sup>

Dicha ley disponía que el funcionamiento de los departamentos de fideicomisos de ahorro y de depósito y el de descuento serían independientes entre sí y llevarían su contabilidad especial, sin perjuicio de integrar todas las operaciones en una contabilidad general.<sup>44</sup>

La vigencia de la Ley de Bancos de Fideicomiso fue corta (cuatro meses) puesto que para el 31 de agosto de 1926 quedó aprobada la nueva ley bancaria, denominada "Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926", publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de noviembre de ese mismo año, la cual derogó la ley anterior, aunque incorporó sus preceptos pertinentes. Tomó también como modelo, en materia de fideicomiso, al Proyecto Alfaro.

En cuanto a la transmisión o entrega de los bienes o derechos, dicha ley establecía que los bienes entregados para la ejecución del fideicomiso se consideran salidos del patrimonio del fideicomitente, por lo que no serán embargables ni se podrá ejercitar sobre ellos acción alguna en cuanto perjudique al fideicomiso. Lo anterior con la única limitación derivada de la transmisión de los derechos cuyo ejercicio sea de carácter personalísimo e intransmisible.

---

<sup>43</sup> BANCO MEXICANO, op. cit. p33

<sup>44</sup> BATIZA, op cit. p116

De conformidad con lo establecido en la ley de 1926 la transmisión de la propiedad al fideicomiso debía entenderse como un gravamen para beneficio del fideicomisario, y que el fiduciario tuvo, respecto de los bienes fideicometidos, el ejercicio de todas las acciones y derechos inherentes al dominio de los mismos, con independencia de que ello se mencione o no en el acto constitutivo del fideicomiso. No obstante, le estaba prohibido disponer de ellos en beneficio propio sin la autorización expresa.<sup>45</sup>

El fideicomiso sobre bienes inmuebles debía ser inscrito en el Registro Público de la Propiedad y sólo producía efectos contra terceros desde la fecha de su inscripción.

En relación con el destino dado a los bienes a la extinción del fideicomiso, esta Ley indicaba que tanto los bienes fideicomitidos como los valores correspondientes al fideicomiso se aplicarían según lo previsto expresamente en el acto constitutivo y, en caso de que faltara disposición a ese respecto, se devolverían al fideicomitente o a quien represente sus derechos.

Después de diversas modificaciones a la Ley General de Instituciones y Establecimientos Bancarios de 1926, el 28 de junio de 1932 se promulgó la Ley General de Instituciones de Crédito. Con esta Ley se inició la transformación de todo el régimen de crédito del país, tanto para integrar el sistema del Banco de México como banca central, alejándolo del crédito para permitirle cumplir con eficiencia sus funciones, como para lograr que las operaciones de crédito y las instituciones dedicadas a su práctica ofrecieran a la vez la estabilidad necesaria de

---

<sup>45</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, JORGE ALFREDO, *El Fideicomiso*. Sexta Edición. Porrúa México, 1996. p4

una buena técnica y elasticidad exigidas por las circunstancias y por las necesidades especiales de México.

En su exposición de motivos la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932 señalaba que el fideicomiso podía ser de una gran utilidad para la actividad económica del país, estando destinado a un gran desarrollo y haciendo mención de que sería la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito la que difundiría su contenido y efectos, y señalaba que el fideicomiso quedaría concebido como “una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario.”<sup>46</sup> Esta ley precisaba los efectos y naturaleza del fideicomiso que la ley de 1926 consideraba como un mandato irrevocable; el legislador pretendió que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y la Ley de Instituciones de Crédito fueran complementarias en la regulación del fideicomiso, la primera estructurando la institución y la segunda regulando a las instituciones de crédito que funcionarían como fiduciarias.

El 31 de mayo de 1941 se promulgó la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, la cual considera al fiduciario como titular de los bienes del patrimonio de afectación que se crea por virtud del fideicomiso. Es bajo la vigencia de esta ley cuando el fideicomiso alcanza la gran difusión que ha logrado en la práctica bancaria de nuestro país.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de fecha 3 de mayo de 1941, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 del mismo mes y año, entró en vigor a partir del 2 de junio de 1941. Confirma la naturaleza del fideicomiso de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

---

<sup>46</sup> BANCO MEXICANO, op. cit. p36

al tratar las reglas a las que se someterá la actividad de las instituciones fiduciarias y al indicar la proporción de las responsabilidades de dichas instituciones en relación con su capital. Sostiene la tesis de que el fiduciario es el titular de los derechos fideicomitidos, pues señala especialmente que se trata de operaciones de fideicomiso por las que la institución ejercita, como titular, derechos que le han sido transmitidos con encargo de realizar determinado fin. En esta ley el legislador expresamente señala el funcionamiento jurídico del fideicomiso.<sup>47</sup>

En septiembre de 1982, con motivo de la nacionalización de la banca y con el objeto de reordenar y depurar las disposiciones en general y en particular para la banca nacionalizada, se promulgó la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982. Dicha ley coexistió con la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941; pero la primera estaba concebida como un ordenamiento transitorio para adecuar a la banca a su nueva normatividad, en virtud de la nacionalización.

En 1984 se expidió la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1985, que deroga a la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941 y a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982.

El sistema de la nueva ley reconocía dos tipos de instituciones de crédito, la banca múltiple y la banca de desarrollo, y permitía a ambos tipos de instituciones la realización de operaciones de fideicomiso. Diversos preceptos regulan al

---

47 VILLAGORDOA, op. cit. p-18

fideicomiso, pero es precisamente el capítulo denominado "de los servicios" donde especialmente se establecieron sus reglas de operación.<sup>48</sup>

El 19 de julio de 1990 entró en vigor la nueva Ley de Instituciones de Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 1990, la cual deroga a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985. Esta ley fue expedida con el fin de dar una nueva regulación a las instituciones de crédito con motivo de la transformación de las Sociedades Nacionales de Crédito en Sociedades Anónimas.

Mediante el Decreto de fecha 19 de julio de 1993, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de ese mismo mes, reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la LIC, la LRAF, y la LMV autoriza a las Casas de Bolsa para actuar como fiduciaria en negocios directamente vinculados con las actividades que le sean propias. Finalmente, por decreto del 12 de julio de 1993, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de ese mismo mes y año, reforma diversas disposiciones de la LGISMS y de la LFIF autoriza a las compañías de seguros y a las de fianzas para actuar como fiduciarias en situaciones vinculadas a las actividades que le son propias, en virtud de lo anterior, la actividad fiduciaria deja de ser únicamente una operación bancaria.

**b) Antecedentes históricos relativos al fideicomiso como materia sustantiva.**

Si bien el fideicomiso como materia sustantiva será tema del próximo capítulo, en este apartado me referiré a los antecedentes de la LGTOC.

---

<sup>48</sup> BERNAL MOLINA, JULIÁN, *Práctica y Teoría Jurídica del Fideicomiso*. Porrúa, México 1988, p9

Como se mencionó en el inciso anterior, el fideicomiso fue motivo de importación a nuestro sistema legal a partir del presente siglo por lo que sus antecedentes históricos, si bien son relativamente recientes, también son profundamente ricos. Antes de la promulgación de la LGTOC en algunos intentos de regular al fideicomiso, a través de las leyes que regulaban a las instituciones fiduciarias, se mencionaban sus características y conceptos más importantes.

Sin embargo, es partir de la publicación en el Diario Oficial de la Federación, el 27 de agosto de 1932, de la LGTOC, de fecha 26 de ese mismo mes y año y que entró en vigor a partir del 15 de septiembre de 1932, cuando se reglamenta el fideicomiso y se le regula como institución sustantiva.

La LGTOC indica en su Exposición de Motivos que, corrigiendo los errores o lagunas más evidentes de la ley de 1926, la ley conserva, en principio, el fideicomiso expreso a que alude la Ley de Instituciones de 1926.<sup>49</sup>

Asimismo, menciona que el fideicomiso expreso puede servir a propósitos que no se lograrían con otras instituciones jurídicas o exigirían una complicación extraordinaria en la contratación.

En su artículo 346 la LGTOC menciona : "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria". Agrega en su artículo 347 que "el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado".

---

<sup>49</sup> VILLAGORDOA, op. cit. p44

Con respecto a la institución fiduciaria la LGTOC menciona que tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto al constituirse el mismo.

El capítulo relativo al fideicomiso de la LGTOC no había sido modificado desde su original publicación hasta el 24 de mayo de 1996, cuando se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto mediante el cual se reforma el párrafo cuarto y se adiciona un quinto párrafo a su artículo 348, que permite que las Instituciones Fiduciarias puedan ser fideicomisarias en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicometidos y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas en caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto las partes deberán designar de común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso de que surgiere un conflicto de intereses entre las mismas.

## Capítulo II

### El fideicomiso

#### II. A. Concepto.

**E**l término fideicomiso deriva de las palabras latinas “*fides*”, que significa fe, y “*commissus*”, que significa comisión. Por tanto, fideicomiso, etimológicamente, quiere decir: confiar (*commissus*) en la buena fe (*fides*), referida ésta a un tercero.<sup>50</sup>

En los albores del establecimiento legislativo de la figura jurídica del fideicomiso en México Don Toribio Esquivel Obregón<sup>51</sup>, entre otras consideraciones, precisa que “el empleo de la palabra fideicomiso para designar a la nueva institución era un verdadero disparate del lenguaje, ya que en su originaria significación romana y en el sentido castizo de la palabra, se entenderá por “fideicomiso” el ruego que hacía el autor de la herencia a su heredero o legatario para que a la muerte de aquél cumpliera con un determinado encargo, el cual se fundaba en la confianza que se depositaba en la honradez y la lealtad de la persona que recibía tal encargo”.

<sup>50</sup> LEMUS GARCÍA, RAÚL, Derecho Romano. Limusa, México, 1964, p313

<sup>51</sup> Citado por SÁNCHEZ MEDAL, RAMÓN, “La Verdadera Naturaleza Jurídica del Fideicomiso Mexicano” en Revista de Investigaciones Jurídicas. Escuela Libre de Derecho. Año 4 No. 4, México, 1980

Es importante hacer notar que se ha denominado a este apartado concepto y no definición, lo anterior, porque por definición debemos entender "la proposición que expone con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de una cosa material o inmaterial"<sup>52</sup>, es decir, dar a conocer respecto de una cosa el género próximo al que pertenece y la diferencia específica que la distingue de los demás elementos que integran el mismo género; mientras que concepto es la "idea abstracta que forma el entendimiento, pensamiento expresado por palabras"<sup>53</sup>.

Es quizá esta inexactitud de la ley sustantiva de la materia, al no dar una definición y sí un concepto del fideicomiso lo que ha provocado la multiplicidad de definiciones y teorías acerca de la naturaleza jurídica del fideicomiso por parte de los tratadistas, ya que al definir al fideicomiso invariablemente será necesario hacer referencia a su naturaleza jurídica.

Por ello, me limitaré a asentar aquí el concepto que sobre fideicomiso encontramos en la LGTOC y dejo para el inciso siguiente de este capítulo algunas ideas que en torno de la naturaleza jurídica del fideicomiso se han dado. Así, el artículo 346 de la LGTOC vigente da el siguiente concepto de fideicomiso:

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

---

<sup>52</sup>REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Tomo I, Vigésima Edición, Espasa-Calpe, Madrid, 1984 p324

<sup>53</sup> Ibid. p286

## II. B. Naturaleza Jurídica y Marco Legal.

### a) Naturaleza Jurídica.

El doctor Dávalos Mejía comenta que el fideicomiso “es un concepto jurídico-mercantil relativamente fácil de explicar y entender y al mismo tiempo es difícil de ubicar de manera técnica en los cuadros legales tradicionales.”<sup>54</sup>

De tal manera ha sido difícil ubicar al fideicomiso en los cuadros legales tradicionales, que se ha venido especulando desde que el fideicomiso se introdujo en la doctrina jurídica mexicana sobre su naturaleza jurídica: si es un acto unilateral de voluntad, un contrato, un negocio fiduciario, etc.

La razón de que exista toda una gama de teorías en torno de la figura del fideicomiso estriba en que el antecedente inmediato, como en su oportunidad se vio, fue el *trust* anglosajón, figura que se ha estructurado conforme a los sistemas del *common law* y la *equity*;<sup>55</sup> que rigen principalmente en Inglaterra y en los Estados Unidos de América, países de donde fue importado el fideicomiso.

Sin embargo, al no ser la naturaleza jurídica del fideicomiso tema fundamental de este trabajo, únicamente expondré la teoría que al respecto ha desarrollado el Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, y a señalar por qué en mi concepto es esta teoría la que nos da la naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano.

---

<sup>54</sup> Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, Tomo II: Derecho Bancario y Contratos de Crédito. Segunda Edición. Harla, México, 1996. p848

<sup>55</sup> DOMÍNGUEZ, op. cit. pp139 y 142

Señala el Dr. Domínguez Martínez que "El fideicomiso es un negocio jurídico que se constituye mediante la manifestación unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud de la cual, éste destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y la ejecución de los actos que tienda al logro de ese fin, deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello".<sup>56</sup>

Sin el afán de pretender llevar a cabo un estudio detallado sobre la naturaleza del fideicomiso, y con el único objeto de señalar por qué me apego a esta teoría, para su estudio la dividiré en tres puntos: 1.- El fideicomiso como un negocio jurídico; 2.- El acto constitutivo del fideicomiso y 3.- Su fase ejecutiva.

#### a.1.) El fideicomiso como negocio jurídico.

Debemos entender por negocio jurídico "aquél en el que la voluntad del actor no solo se manifiesta en el sentido de realizar el acto jurídico, sino también en el sentido de que las características de sus consecuencias sean las deseadas, respecto de cuya amplitud, por lo mismo, tiene un grado de libertad que sólo está limitado por la ley; es decir, deben ser consecuencias, si bien diseñadas por el actor, lícitas por no contrariar a la ley"<sup>57</sup>.

El negocio jurídico es una aportación alemana a la doctrina del hecho jurídico, que se distingue de la doctrina francesa principalmente en que mientras ésta considera como especies del hecho jurídico en sentido amplio al hecho jurídico *stricto sensu* y al acto jurídico; aquella considera además, que del acto jurídico se

---

\* op. cit. p188

deriva a su vez dos subespecies: los actos jurídicos *stricto sensu* y el negocio jurídico, estas subespecies tienen su origen en la voluntad del actor en cuanto a la creación de los efectos de derecho deseados.

De tal manera que en el acto jurídico *stricto sensu* la voluntad del actor se limita a someterse conscientemente a una serie de consecuencias jurídicas ya fijadas en la ley, siendo irrelevante que esas consecuencias coincidan con su voluntad, las haya querido parcialmente o, incluso, se encuentre en total inconformidad con las mismas<sup>57</sup>, mientras que, como se apuntó, en el negocio jurídico el actor en uso de la autonomía de voluntad que la ley le concede, produce a través de la realización del acto las consecuencias jurídicas deseadas.

Así, podemos afirmar que el fideicomiso es un negocio jurídico ya que a través de esta figura el fideicomitente, al constituirlo en el uso de su libertad y autonomía, logra las consecuencias jurídicas por él deseadas, siempre y cuando éstas sean lícitas y determinadas.

#### a.2.) El acto constitutivo del fideicomiso.

Señala el Dr. Domínguez<sup>59</sup> que el fideicomiso se constituye mediante la manifestación unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud de la cual éste destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado.

---

<sup>57</sup> DÁVALOS, op cit. p 852

<sup>58</sup> DÁVALOS, op. cit. p.21 y 22

<sup>59</sup> op. cit. p188

Efectivamente, el fideicomiso se constituye por la manifestación unilateral de voluntad del fideicomitente, por dos razones fundamentales, la primera de ellas porque el fideicomitente es el único que puede libremente destinar sus bienes a lo que él crea conveniente y en este caso lo que él cree conveniente es afectarlos en fideicomiso, para esto no es necesario la intervención de otra parte, sea esta el fiduciario o bien el fideicomisario, es decir, no necesita de nadie más para constituir el fideicomiso, únicamente tener la capacidad necesaria y estar legitimado para ello.

La segunda razón es que éste no es un acto bilateral ya que no se presentan intereses opuestos, puesto que en el fideicomiso no es necesario que exista el fideicomisario, de tal suerte que el fideicomitente al constituir el fideicomiso lo hace mediante una declaración de voluntad para obligarse en los términos y condiciones que él lo desee sin mas límite que el de que el fin para el cual destina los bienes sea lícito y determinado, y jamás en perjuicio de los derechos de cualquier tercero.

### **a.3.) La fase ejecutiva del fideicomiso.**

Apunta el Dr. Domínguez<sup>60</sup> en la parte final de su teoría que la ejecución de los actos que tienda al logro del fin deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello.

A partir de este momento, es en mi opinión, necesaria una relación contractual entre el fideicomitente y el fiduciario para llevar a cabo el fin del

---

<sup>60</sup> op. cit. p188

fideicomiso. Sin embargo, a pesar de ser dos momentos plenamente identificables, no podemos separar la fase constitutiva de la fase ejecutiva del fideicomiso por diversas razones, entre ellas las siguientes:

- El artículo 350 de la LGTOC en su párrafo segundo dispone “en caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la Institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario, o en su defecto, el juez de primera instancia del lugar”.

De la lectura del precepto anterior podríamos considerar que el fideicomiso surte todos sus efectos a partir de su constitución, sin que sea necesaria la presencia del fiduciario. Sin embargo, el fideicomiso no es solo su constitución, sino además su ejecución, es decir, no nos sirve de nada la manifestación unilateral del fideicomitente si ésta no surte efectos.

Se menciona, además, que en caso de no designarse nominalmente la institución fiduciaria, la elegirá el fideicomisario o, en su defecto, el juez de primera instancia. Es importante señalar aquí que, en primer lugar, el fideicomisario no es un elemento esencial o de validez del fideicomiso, de tal manera que podríamos prescindir de él; por otro lado, si es el juez quien nombra al fiduciario es tanto como afirmar que la declaración del fideicomitente no fue completa ya que le faltó designar a la Institución fiduciaria.

- El citado artículo 350 en su párrafo cuarto dispone “salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese del desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la sustituya. Si no fuere posible esta sustitución, cesará el fideicomiso”.

Este precepto, nos demuestra una vez mas qué tan importante es la fase constitutiva del fideicomiso, como lo es la aceptación de la fiduciaria a través de la relación contractual que se establece a partir de ese momento entre el fideicomitente y la institución fiduciaria, y para los efectos de este estudio nos abocaremos únicamente al caso de que la fiduciaria no acepte el cargo (ya que la renuncia o remoción nos habla de la preexistencia de la relación contractual). Debe nombrarse otra que la sustituya y, si no fuere posible, cesará el fideicomiso. Cesa el fideicomiso porque carece de su parte ejecutiva, convirtiéndose así en un acto inútil del fideicomitente.

- El artículo 352 de la LGTOC menciona en su primera parte que “el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento...”

El testamento de conformidad con lo que señala el artículo 1295 del C.Civ., es un acto personalísimo, revocable y libre; por tanto, en este acto se puede constituir el fideicomiso, quedando los efectos de esa constitución sujetos a un término y a una condición suspensiva, el término es la muerte del testador y la condición suspensiva es que el fideicomiso se contenga en el último testamento elaborado por el testador, de tal manera que surte efectos dicha constitución en el momento en que se cumple el término y se da la condición suspensiva señalada, de tal suerte que es el albacea de la sucesión quien actualiza esta constitución al afectar al fideicomiso la totalidad o parte de los bienes que integran la masa hereditaria en los términos establecidos por el testador. Además, de ser necesario, el albacea designará a la institución fiduciaria y celebrará con ella el contrato respectivo.

- A través del fideicomiso se protege por ley a los bienes que se afectan a éste para destinarse única y exclusivamente a los fines del mismo. Para que esta protección surta efectos contra terceros y aún contra el propio fideicomitente y, en su caso, contra el fiduciario (puesto que al no cumplir los fines del fideicomiso incurriría en responsabilidad civil e incluso penal por parte del Delegado Fiduciario), deberán llevarse a cabo ciertos actos, establecidos en los artículos 353 y 354 de la LGTOC. Estos actos deben realizarse ya por la fiduciaria, ya por el fedatario público ante el cual se realice el acto. Si bastara únicamente la manifestación unilateral de voluntad del fideicomitente, sin la parte ejecutiva del fideicomiso, éste no surte efectos contra terceros por lo que nuevamente estaríamos ante la presencia de un acto completamente inútil y estéril.

Para finalizar este apartado, comparto la posición del Dr. Domínguez Martínez respecto de la situación de los bienes del fideicomiso en el sentido de que los mismos no se transmiten a la fiduciaria ni al fideicomisario, excepto cuando el fin lícito y determinado del fideicomiso es transmitirle la propiedad de los bienes a éste.

Desde mi punto de vista, el fiduciario, por virtud del fideicomiso, adquiere la titularidad de los bienes afectos al fideicomiso para llevar a cabo los fines previstos. Así vemos que, por un lado, la LIC clasifica al fideicomiso como una operación de servicio, de tal forma que no implica una modificación en los activos de la contabilidad de la Institución Fiduciaria sino que se registra dentro de la cuentas de orden<sup>61</sup>, por tanto, no acrece el patrimonio del fiduciario, ni disminuye el patrimonio del fideicomitente y por otro lado, si el fideicomiso es revocable o no

existen fideicomisarios distintos a él, se registrará una salida o un cargo en su patrimonio del bien objeto del fideicomiso pero registrará como un ingreso los derechos de fideicomisario por el mismo valor.

Si bien el fideicomiso es objeto de inscripción en el Registro Público de la Propiedad si se trata de bienes inmuebles, o de notificación si se trata de un derecho no negociable o personal y, si es un título nominativo, de su endoso y registro ante el emisor o, tratándose de cosa corpórea, hasta que estén en poder de la fiduciaria, no es porque se transmita la propiedad a la fiduciaria sino porque a través de estos actos se protege el fin del fideicomiso no solo contra terceros sino, además, contra el propio fideicomitente.

Como lo mencioné líneas atrás lo que se le transmite al fiduciario es la titularidad sobre los bienes afectos al fideicomiso; esta titularidad es temporal y limitada al cumplimiento de las finalidades del fideicomiso.

Por tanto, puedo afirmar que el fideicomiso es un negocio jurídico complejo que se compone de una fase constitutiva y otra ejecutiva, esenciales e indisolubles para la existencia del fideicomiso, sin que ello implique una transmisión de la propiedad de los bienes objeto del fideicomiso a la fiduciaria.

**b) Marco Legal.**

Son diversas las disposiciones legales aplicables al fideicomiso. Podemos dividirlos en dos rubros, aquéllas que lo regulan como materia sustantiva y las que

---

<sup>61</sup> Se llaman cuentas de orden a aquéllas que se registran al pie del balance porque no se trata de

regulan a las instituciones autorizadas para actuar como fiduciarias en nuestro país.

Así, nos encontramos que por lo que se refiere al fideicomiso, como materia sustantiva, éste se encuentra regulado de manera específica en la LGTOC en su Capítulo V, Título II, que abarca del artículo 346 al 359.

Por otro lado, de conformidad con lo que establece el artículo 10. de la LGTOC en su parte final, las operaciones que esa ley reglamenta se consideran actos de comercio. Así, el fideicomiso es por disposición de ley, una operación mercantil y como tal debe regirse, además de lo establecido en la LGTOC, por la legislación mercantil general (C.Com.), por los usos mercantiles y bancarios y por el derecho común, declarándose aplicable el C.Civ.

Es importante señalar que, si bien el artículo 20. de la LGTOC deja en último lugar al derecho común como fuente del derecho mercantil, dado que los fines del fideicomiso pueden ser amplísimos, con la limitante de que su objeto sea lícito y determinado, el conocimiento del derecho común es fundamental en la aplicación diaria de aquéllos que tienen como labor la de llevar a cabo el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

Le son aplicables además al fideicomiso, entre otras, las disposiciones de las siguientes leyes:

- El Código Fiscal de la Federación y demás ordenamientos fiscales
- La Ley de Inversiones Extranjeras

---

obligaciones directas, son contingentes para establecer eventualmente una responsabilidad.

- La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
- La Ley Federal de Entidades Paraestatales,
- La Ley del Ingresos de la Federación, el Decreto de Egresos de la Federación

Las últimas legislaciones y el decreto citados, tratándose de fideicomisos públicos.

Por lo que se refiere a la legislación aplicable a las instituciones autorizadas para ser fiduciarias, debemos hacer mención que hasta 1993 solo podían actuar como fiduciarias las instituciones de crédito (banca múltiple y banca de desarrollo), además del Fondo de Fomento Minero<sup>62</sup> y del Patronato del Ahorro Nacional<sup>63</sup>, y a partir de 1993 también pueden ser fiduciarias las casas de bolsa, las instituciones de seguros y las de fianzas.

Es importante aclarar que también el Banco de México puede actuar como fiduciaria, de acuerdo con lo que establece la Ley del Banco de México en su artículo 7o. fracción XI, cuando por Ley se le asigne esa encomienda, lo mismo que los fideicomisos que coadyuven al desempeño de las funciones de ese Órgano Central o los que el propio Banco de México constituya para cumplir obligaciones laborales a su cargo.

En tal virtud, le son aplicables a la actividad fiduciaria los siguientes ordenamientos:

---

<sup>62</sup> La abrogada Ley Minera del 19 de diciembre de 1975 señalaba en su artículo 91, fracción XV como actividad de la extinta Comisión de Fomento Minero el que actuara como fiduciaria en negocios minero-metalúrgicos. DOMINGUEZ, op. cit. p. 332, cfr. BATIZA, El Fideicomiso, Teoría y Práctica. Jus, México, 1995.p.225

<sup>63</sup> Cuya Ley Orgánica del 17 de diciembre de 1986 en su artículo 5o. fracción VIII, le permite actuar como fiduciaria, *Ibidem*.

- La Ley de Instituciones de Crédito
- Las leyes orgánicas de la banca de desarrollo, en su caso.
- La Ley Orgánica del Patronato del Ahorro Nacional
- La Ley del Mercado de Valores
- La Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros
- La Ley Federal de Instituciones de Fianzas

Además de los ordenamientos señalados, las disposiciones que al respecto emita el Banco de México que, de conformidad con lo que establece el segundo párrafo del artículo 26 de su ley, es el encargado de expedir las características de las operaciones de fideicomisos, mandatos o comisiones que como fiduciarias prestan las instituciones de crédito, los intermediarios bursátiles y de las instituciones de seguros y fianzas. Es decir, regulan al fideicomiso como materia sustantiva, pero aplicable a las instituciones del Sistema Financiero Mexicano expresamente autorizadas para operar como fiduciarias.

Por su parte, y en el mismo sentido, la CNByV y la CNSF tienen como objeto vigilar que las instituciones que éstas vigilan, cumplan con las disposiciones legales aplicables y con las observaciones e indicaciones que dichas comisiones establezcan.

Por tanto, las circulares que expiden el Banco de México, la CNByV y la CNSF sobre la materia, es ley aplicable para las instituciones que pueden prestar el servicio de fiduciarias.

Asimismo, los usos bancarios y mercantiles, entendiendo por éstos las prácticas realizadas por las instituciones de crédito de manera reiterada, sin

oponerse a la ley y con la conciencia de obligatorias, deben ser considerados igualmente como legislación aplicable al fideicomiso.

Es importante apuntar que el marco legal aquí comentado no es limitativo ya que únicamente nos da el marco de referencia general puesto que otras disposiciones son igualmente aplicables en casos concretos, independientemente de que en la medida en que siga evolucionando el uso del fideicomiso tendrá que evolucionar la legislación aplicable.

## **II.C. Características y clasificación del fideicomiso.**

### **a) Características.**

El Lic. Julián Bernal Molina<sup>44</sup> señala que "en el fideicomiso mexicano rige la autonomía y libertad de las partes para obligarse en la forma y términos que deseen, con las limitaciones de licitud y buenas costumbres, es por esto que el fideicomiso tiene versatilidad y flexibilidad para alcanzar los objetivos que se propongan las partes".

Señalaré a continuación las principales características del fideicomiso mexicano tomando como base la legislación vigente.

En cuanto a sus elementos personales, en el fideicomiso intervienen: el fideicomitente (que es la persona que constituye el fideicomiso), el fiduciario (es la

---

<sup>44</sup> op. cit. p17

institución que se encarga en virtud de una relación contractual establecida con el fideicomitente de la administración y operación del fideicomiso y, para el cumplimiento de su encargo la LGTOC, en la primera parte de su artículo 356, otorga al fiduciario todos los derechos y acciones, salvo aquéllas normas o limitaciones que se establezcan al efecto al constituirse el fideicomiso). Estos dos elementos son esenciales para la existencia del fideicomiso, y puede existir un tercer elemento, el fideicomisario o beneficiario (que es la persona física o jurídica con la capacidad necesaria para recibir los provechos del fideicomiso establecidos en su favor a través del fideicomiso).

En el fideicomiso se pueden reunir en una misma persona las calidades de fideicomitente y fideicomisario; este caso es muy común, sobre todo en los llamados fideicomisos de inversión. La LGTOC en su artículo 347 nos menciona que estos fideicomisos son válidos; se pueden reunir, además, las calidades de fideicomitente y fiduciario. Es importante señalar que la ley no menciona prohibición expresa a que se reúnan las calidades de fideicomitente y fiduciario y si bien el principio de derecho "lo que no está prohibido está permitido" en materia financiera no es aplicable, puesto que las instituciones que integran el Sistema Financiero Mexicano sólo pueden realizar las operaciones que la ley expresamente les autoriza<sup>65</sup>, considero que si pueden actuar como fiduciarias, también pueden encargarle a su departamento fiduciario la ejecución de un fideicomiso afectando para ello los bienes que forman parte de su patrimonio. Además no existe en este caso un conflicto de intereses; por otro lado, nadie está

<sup>65</sup> Para el caso de las instituciones de crédito, la LIC en su artículo 46 se señalan las operaciones que podrán llevar a cabo esas sociedades, y por su parte, el artículo 106 de ese ordenamiento, establece las prohibiciones para esas sociedades, de tal manera que las Instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones a que se refiere y en los términos permitidos por la LIC. Para el caso de las casas de bolsa y las instituciones de seguros y las de fianza el fundamento de esa aseveración son

obligado a encomendar a otro lo que puede realizar por sí mismo y en el trust anglosajón, el antecedente inmediato del fideicomiso, está permitido<sup>66</sup>.

Finalmente pueden reunirse en la misma persona la calidad de fiduciario y fideicomisario, pero únicamente de manera excepcional, ya que la LGTOC en su artículo 348 (reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de mayo de 1996) en su penúltimo párrafo señala que es nulo el fideicomiso que se constituya en favor del fiduciario salvo: 1) En las demás disposiciones legales aplicables, siendo este el caso de las leyes orgánicas de algunos bancos de desarrollo, a saber: Nacional Financiera (artículo 11), Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos (artículo 9º), Banco de Comercio Interior (artículo 9º) y Banco Nacional de Comercio Exterior (artículo 8º) y 2) las instituciones fiduciarias podrán ser fideicomisarias en aquéllos fideicomisos que se establezcan como instrumentos para garantizar el pago de obligaciones incumplidas en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales.

En cuanto a su constitución, señala la LGTOC en su artículo 352 que se puede constituir por acto entre vivos o por testamento.

En los términos del artículo 352 citado, el fideicomiso debe constar siempre por escrito y se deberá ajustar a los términos del derecho común sobre la transmisión de los derechos o de propiedad de los bienes que se den en

---

los correlativos de operaciones autorizadas y prohibiciones contempladas en la LMV, LGISMS y LFIF, respectivamente.

<sup>66</sup>SUAYFETA OZAETA, JUAN. Análisis sistemático de los elementos del fideicomiso.- Apuntes del Diplomado de Servicios Fiduciarios. Instituto Tecnológico Autónomo de México. México, 1997

fideicomiso, es decir, deberá constar en escritura pública o en escrito privado dependiendo el tipo de bienes que se afecten al mismo.

Señala el artículo 351 de la LGTOC que pueden ser objeto del fideicomiso (que no el objeto mismo) cualquier clase de bienes y derechos salvo los estrictamente personales -en mi opinión se trata de los derechos personalísimos y se refieren únicamente al caso de que el fideicomitente sea una persona física-.

Si el fideicomiso se constituye sobre bienes inmuebles será necesario que se otorgue en escritura pública; adicionalmente, el artículo 353 de la Ley citada señala la necesidad de inscribir el fideicomiso en el Registro Público de la Propiedad del lugar donde se encuentren ubicados los bienes, a fin de que el mismo surta efectos frente a terceros.

En los fideicomisos constituidos sobre bienes muebles, generalmente es suficiente que conste en contrato privado en el que intervengan el fideicomitente, el fiduciario y, en su caso, el fideicomisario; así, el artículo 354 de la Ley citada dispone que el fideicomiso surtirá efectos contra terceros al cumplirse los requisitos siguientes:

- 1.- Si se tratare de un crédito no negociable o de un derecho personal (para evitar confusiones, en mi opinión, es necesario modificar el artículo 351 de la LGTOC, cuando se refiere a derechos estrictamente personales, para que señale que se trata de derechos personalísimos), desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor.

- 2.- Si se trata de títulos nominativos, la formalidad para la constitución del fideicomiso, además de que conste por escrito privado, se requiere del endoso en favor del fiduciario y, en su caso, la anotación en el registro del emisor.
- 3.- Si se trata de cosa corpórea o de títulos al portador, el requisito se reduce a hacer constar en escrito privado el fideicomiso y desde que estos bienes estén en poder de la institución fiduciaria.

En este último caso aparentemente es muy sencillo, pero es importante señalar qué se debe entender por: "desde que estén en poder de la institución." Para el Dr. Domínguez Martínez el fideicomiso será oponible a terceros cuando los bienes estén en poder físico de la fiduciaria<sup>47</sup>, el maestro Batiza no hace mención alguna sobre el particular. Personalmente no comparto la posición del Dr. Domínguez puesto que "estar en poder" no necesariamente se refiere a posesión física, sino que en virtud de la titularidad que respecto de los bienes tiene el fiduciario, tiene las facultades suficientes para tomar las decisiones respecto del mismo, como sería el caso de celebrar un contrato de depósito para su guarda y custodia.

La característica quizá mas importante del fideicomiso es la que se contempla en el segundo párrafo del artículo 351 de la LGTOC y que a continuación se transcribe:

"Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos, los

---

<sup>47</sup> op. cit. p.340

derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo, o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso por el fideicomisario o por terceros”.

Es este párrafo el que nos da la oponibilidad no solo frente a terceros sino, incluso, frente al propio fideicomitente y al fideicomisario, en su caso. Es aquí donde se encierra toda la seriedad que el fideicomiso implica para el fideicomitente y para la Institución fiduciaria, y es quizá este párrafo y la parte final del artículo 356, “el actuar siempre como buen padre de familia”, lo que podría hablarnos de una ética de la institución fiduciaria respecto del cumplimiento estricto de los fines del fideicomiso.

El párrafo tercero del artículo 80 de la LIC prevé la posibilidad de la existencia de un comité técnico que coadyuve a la fiduciaria en el manejo del fideicomiso. Este órgano colegiado es creado en el acto constitutivo del fideicomiso o, bien, en sus reformas, sus facultades y obligaciones se determinarían al momento de su designación y el mismo puede ser nombrado ya por el fideicomitente, ya por la fiduciaria, ya por el fideicomisario.

En cuanto a la extinción del fideicomiso, el artículo 357 de la LGTOC enumera los casos en que ocurre; sin embargo, existen otras causales que dicho ordenamiento omite, como serían el caso de las causas previstas en el acto constitutivo y de algunos supuestos establecidos casuísticamente por el

fideicomitente<sup>46</sup>; así, se pueden señalar dos formas básicas para la extinción del fideicomiso:

- a) Conforme a la ley
  - b) Conforme a la voluntad de las partes.
- a) Conforme a la ley, la LGTOC, en su artículo 357, establece como causas de extinción las siguientes:
- 1.- Por la realización del fin para el cual fue constituido.  
No tendría objeto de seguir existiendo aquel fideicomiso que ya cumplió el objeto para el que fue creado, v. gr., en un fideicomiso de garantía, cuando el acreedor cumple con la obligación de pago que garantizaba éste, el fideicomiso se extingue en consecuencia.
  - 2.- Por hacerse el fin imposible.  
Cuando el fiduciario no puede ejecutar el encargo, ni el fideicomisario recibir el beneficio estipulado en su favor, el fideicomiso debe extinguirse <sup>47</sup>. Cabe señalar que la imposibilidad puede ser física o jurídica.
  - 3.- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa, o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de veinte años siguientes a su constitución.

<sup>46</sup> BANCO MEXICANO, op. cit. p275

<sup>47</sup> BATIZA, El fideicomiso... op. cit. p382

Al respecto, el maestro Rodolfo Batiza señala que hay un error en la legislación vigente, "ya que si es precisamente la existencia del fideicomiso la que depende del cumplimiento de la condición suspensiva, al hacerse ésta imposible y no verificarse dentro del término, es inadecuado hablar de extinción del fideicomiso. A lo más podrá decirse que se extingue la posibilidad de su existencia".<sup>70</sup> Personalmente considero que ésta es una declaración muy tajante, puesto que puede estar sujeto a una condición uno o varios fines del fideicomiso, pero probablemente hay otros que deberán llevarse a cabo mientras se da dicha condición, ej. inversión de los recursos del patrimonio.

- 4.- Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto. Que en mi opinión es la realización del fin para el cual fue constituido.
- 5.- Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario. Es importante señalar que los representantes legales del incapacitado pueden extinguir el fideicomiso de su representado, siempre y cuando no infrinjan disposiciones pactadas en el instrumento ni se lesionen derechos del incapacitado<sup>71</sup>.

Por otro lado, quedan exceptuados los fideicomisos creados por testamento, así como aquéllos fideicomisos en los que el fideicomitente se haya reservado el derecho de revocar discrecionalmente el fideicomiso.

<sup>70</sup> BATIZA, El Fideicomiso... pp385 y 386

<sup>71</sup> Ibid. p308

- 6.- Por revocación hecha por el fideicomitente cuando se hubiere reservado tal derecho.

De conformidad con lo que señala la LGTOC el fideicomiso es por naturaleza irrevocable y tendrá el fideicomitente que haberse reservado expresamente ese derecho para poder extinguir de esta manera el fideicomiso.

- 7.- Cuando la Institución fiduciaria no acepte, renuncie o cese en el desempeño de su cargo y no fuere posible la sustitución de fiduciario, el fideicomiso cesará.

En el caso de que la institución fiduciaria no acepte el cargo, señala el Lic. Julián Bernal que "ésta no es precisamente una causa de extinción, sino más bien un caso de inexistencia. En la situación hipotética que se señala, el fideicomiso no ha producido efectos de ninguna clase al no haberse aceptado por el fiduciario, y por no haber habido la transmisión -de la titularidad de los- bienes al propio fiduciario".<sup>72</sup>

En el caso de la renuncia o cese en el desempeño del cargo, al no existir fiduciaria el fideicomiso no puede llevarse a cabo.

- 8.- Desaparición o transmisión de la materia del fideicomiso por causa de utilidad pública.

Al no existir bienes afectos al fideicomiso, este dejaría de tener materia u objeto, por lo que al hacerse el pago al fiduciario por causa de una expropiación, quien a su vez lo hará llegar a los fideicomisarios o a quien corresponda, el fideicomiso, lógicamente, se extingue.<sup>73</sup>

<sup>72</sup> BATIZA, El Fideicomiso.... op. cit. p94

<sup>73</sup> BANCO MEXICANO. op. cit. pp278 y 279

Sobre el particular, y si bien el maestro Batiza lo considera como una causa de extinción conforme a la voluntad de las partes, para mí es de una causa legal puesto que se trata de hacerse el fin imposible.

b) **Conforme a la voluntad de las partes:**

1.- **La renuncia del fideicomisario.**

Cuando este no acepte el beneficio otorgado en su favor.

2.- **Cumplimiento del término o plazo.**

Las partes en el fideicomiso pueden establecer en su clausulado la duración del fideicomiso.

3.- **Además de las causas de extinción conforme a la voluntad de las partes señaladas, y si bien son consideradas conforme a la ley, se pueden incluir a las señaladas en las fracciones V y VI del artículo 357 de la LGTOC que son por convenio entre las partes y por revocación, cuando el fideicomitente se haya reservado ese derecho.**

Finalmente, la LGTOC no permite toda clase de fideicomisos, determina el artículo 359, de manera expresa, los fideicomisos prohibidos y que son:

1.- **Los fideicomisos secretos.**

En virtud de que el secreto tiende a ocultar lo vergonzoso o lo ilícito, al permitirse este tipo de fideicomisos las partes no tendrían la certeza de que el fiduciario cumpliera con el encargo encomendado pues no habría forma

de probarle cuál fue el deseo del fideicomitente, aún y cuando fuera del conocimiento del fideicomisario <sup>74</sup>.

- 2.- Los que se concedan en beneficio de diversas personas sucesivamente por muerte de la anterior.

Cuando existen dos beneficiarios se requiere, para que haya orden sucesivo, que el beneficiario sea uno mismo y que el segundo lo reciba por muerte del primero, pues así el fideicomiso descansa sucesivamente en dos personas distintas, y el segundo agraciado viene a heredar virtualmente al primero. Es decir, que la transmisión se verifica a título de sucesión y el orden de suceder queda establecido por persona distinta del causante. Estos son, precisamente, las características de las sustituciones fideicomisarias prohibidas por ser contrarias al orden público <sup>74</sup>.

- 3.- Los fideicomisos que tengan una duración mayor a treinta años cuando se designe como fideicomisario a una persona jurídica.

Es decir, los fideicomisos en los que el fideicomisario sea una persona física serán de duración indefinida. Excepciones: los fideicomisos traslativos de dominio constituidos en zona prohibida, ya que la LIE en su artículo 13 permite que la duración de estos fideicomisos sea de 50 años prorrogables; en el caso de personas jurídicas, cuando se trate de fines culturales, educativos o científicos; o aquéllos en los que se designe beneficiario a una persona jurídica de orden público o institución de beneficencia; finalmente, de conformidad con lo que establece el art. 85 de la LIC, los fideicomisos públicos y los que se declaren de interés público por la SHCP no les será aplicable la fracción del artículo 359 de la LGTOC que se comenta.

---

<sup>74</sup> BATIZA, El fideicomiso.... op. cit. pp355 y 356

**b) Clasificación del fideicomiso.**

A través de un fideicomiso es posible delegar en la institución fiduciaria el manejo de una infinidad de proyectos empresariales y de interés social pero, por otra parte, también facilita a las personas físicas el manejo de asuntos personales, con la plena confianza y seguridad de que sus deseos serán cumplidos al pie de la letra. De tal forma, como lo comenta el maestro Villagordoa Lozano: "existen múltiples criterios para clasificar al fideicomiso", por lo que desecha la posibilidad de una clasificación unitaria, "dado que -según él- se caería en múltiples contradicciones y en puntos de vista pragmáticos",<sup>76</sup> sin embargo, los clasifica en cuanto a las personas, materia, fines y forma. Por su parte, el Lic. Bernal Molina nos señala diversos tipos de fideicomiso.

Podemos señalar que conforme al derecho positivo se podrían clasificar los fideicomisos como sigue:

- 1.- En cuanto a su constitución:  
Por acto entre vivos o por testamento (art. 352 LGTOC).
  
- 2.- En cuanto a su forma:  
Los otorgados en escritura pública o en contrato privado ( art. 352 LGTOC).
  
- 3.- En onerosos y gratuitos:  
Se toma en cuenta la intención que inclina al fideicomitente a la constitución del fideicomiso; en el primero, el fideicomitente recibe por la afectación fiduciaria de los bienes que realiza un precio o contraprestación; en los segundos, el fideicomitente no percibe ganancia alguna.

---

<sup>76</sup> BATIZA, El Fideicomiso, op. cit., p357

- 4.- En cuanto a los bienes que se afectan en fideicomiso:  
De bienes muebles, bienes inmuebles, derechos y valores (art. 351 LGTOC).
- 5.- En cuanto a su duración:  
Determinados e indeterminados (art. 359 LGTOC).
- 6.- En cuanto a su revocabilidad:  
Revocables e irrevocables (art. 357 LGTOC).
- 7.- En cuanto a su extinción:  
Condicionales y resolutorios (art. 357 LGTOC).
- 8.- En cuanto a la persona que los constituye:  
Públicos o privados.

Por otro lado, la CNByV, órgano de inspección y vigilancia de las Instituciones de Crédito, de conformidad con lo que establece la circular 13831-925, de fecha 2 de marzo de 1976, estableció, con carácter de obligatorio en las entonces instituciones nacionales de crédito, el catálogo de cuentas para fondos de fomento, para el registro de operaciones en la contabilidad especial de cada fideicomiso, mandato, comisión, administración o custodia. En dicho catálogo se establece que los fideicomisos pueden ser: de inversión, de garantía o de administración y, a partir de esta clasificación, se establecen subcuentas y subsubcuentas para el registro de los diferentes tipos de fideicomiso.

Esta clasificación, como se puede apreciar, es estricta, por lo que las instituciones fiduciarias a menudo establecen su propio catálogo, tan amplio como

la gama de negocios que manejen; sin embargo, deben considerar al fideicomiso de que se trate, como una subclasificación dentro de los tres tipos de fideicomiso autorizados por la CNByV. Cabe señalar que la ampliación o modificación que al catálogo de cuentas para fondos de fomento realicen las instituciones de crédito deberá ser previa autorización de la CNByV, de conformidad con lo que establece la circular señalada.

Ahora bien, con fecha 10 de enero de 1997, la CNByV emitió la circular 1343, Boletín B-20 mediante el cual da a conocer los criterios contables que las Instituciones de Crédito deben aplicar a partir del ejercicio de 1997, y reconoce cuatro tipos de fideicomisos: Garantía, Inversión, Administración y Traslativos de Dominio, definiéndolos como sigue:

**Fideicomisos de Inversión**

Los fideicomisos de inversión son aquéllos cuya finalidad es que el fiduciario destine el patrimonio fideicometido a la realización de operaciones económicas rentables.

**Fideicomisos de Garantía**

Los fideicomisos de garantía son aquéllos cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de obligaciones contraídas por quien lo constituye o por un tercero.

**Fideicomisos de Administración**

Los fideicomisos de administración son aquéllos cuya finalidad es que el fiduciario maneje o administre el patrimonio fideicometido.

### **Fideicomisos Traslativos de Dominio**

Los fideicomisos traslativos de dominio son aquellos cuya finalidad es que el fiduciario, al término del fideicomiso, transmita el dominio del patrimonio fideicomitado al fideicomisario o a la persona que éste designe.

Considero que casi cualquier fideicomiso cabe dentro de esta clasificación; por ejemplo, un fideicomiso testamentario se puede clasificar dentro del grupo de fideicomisos de administración. Sin embargo, desde mi punto de vista este catálogo presenta una gran limitante: no permite clasificar un fideicomiso mixto, ya que en principio todos los fideicomisos traen aparejados actos de administración de donde se podría señalar que todos los fideicomisos son de administración; por otro lado, cuando el patrimonio del fideicomiso es dinero, además de los fines previstos en el contrato, el fiduciario deberá invertir los recursos del patrimonio, luego, entonces, todos estos fideicomisos serían de inversión. Aún más, cada día se administran fideicomisos muy especializados y complejos en donde no se establece un fin predominante, sino que los fines tan variados pueden prever en las obligaciones del fiduciario actos que no permiten determinar su adecuada clasificación.

### **II. D. Elementos Personales.**

Como se ha mencionado anteriormente, existen tres elementos personales que pueden intervenir en el fideicomiso, los dos primeros esenciales y el tercero puede existir o no, y son: el fideicomitente, el fiduciario, y el fideicomisario, cuyas características distintivas analizaremos a continuación.

**a) Fideicomitente.**

Señala el artículo 349 de la LGTOC que "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 bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen".

De la primera parte del artículo citado se desprende que pueden ser fideicomitentes todas las personas físicas jurídicamente capaces y todas las personas morales públicas o privadas.

La primera condición necesaria será que el fideicomitente tenga la capacidad jurídica para obrar, es decir, ser sujeto de derecho con capacidad de ejercicio; quedan excluidos, en consecuencia, los menores de edad y los incapaces por sí mismos. Cabe agregar que en mi opinión, además de la capacidad de ejercicio, el fideicomitente debe estar legitimado para afectar los bienes en fideicomiso. Podemos citar como ejemplo el caso de un menor de edad, que por sí mismo no puede constituir un fideicomiso, se requerirá que el fideicomiso lo constituya quien ejerza la patria potestad sobre dicho menor; sin embargo, si bien ya tiene capacidad jurídica de ejercicio a través de su representante legal, éste no está legitimado, se necesitará, además, la autorización del juez de lo familiar para poder afectar los bienes del menor en fideicomiso<sup>77</sup>. Otro ejemplo sería el caso del

---

<sup>77</sup> En ese caso, el art. 436 del C.Civ. señala que los que ejercen la patria potestad del menor, no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización de un juez; por lo que, de conformidad con lo comentado párrafos atrás de la

patrimonio de familia; se tiene la propiedad, se tiene la capacidad, pero no se tiene la legitimación para afectarlo en fideicomiso.

Además de la capacidad jurídica para obrar, es necesario que el fideicomitente cuente con las facultades requeridas para disponer de los bienes, en la medida en que la creación del fideicomiso lo requiera. El albacea, el tutor o el gerente de una sociedad, no son dueños de los bienes; sin embargo pueden, en ciertas condiciones, ser fideicomitentes respecto de los bienes que tienen bajo su cuidado y responsabilidad <sup>78</sup>.

En el caso de los fideicomitentes personas morales, su facultad estará limitada al campo que le delimita su objeto social <sup>79</sup>, en el entendido de que siempre actuarán a través de su representante legal.

En cuanto al fideicomiso público, considerando éste por ser el Gobierno Federal quien lo constituye, deberá ser representado por la SHCP, quién tiene el carácter de fideicomitente único del Gobierno Federal. En el caso de los fideicomisos estatales o los celebrados por el Distrito Federal será el gobernador, en los primeros, y el Regente del Distrito Federal en los segundos, y se limitarán a su esfera de competencia y facultades.

Además de conformidad con lo que señala el artículo 349 de la LGTOC pueden ser fideicomitentes las autoridades judiciales o administrativas competentes.

---

capacidad necesaria del fideicomitente para afectar los bienes en fideicomiso, será necesario en este caso la legitimación referida por parte del juez competente.

<sup>78</sup> KRIEGER, EMILIO, Manual del Fideicomiso Mexicano. Dimensión, México, 1990. p31

<sup>79</sup> Ibid. pp36 y 37

Cabe señalar que los extranjeros también pueden ser fideicomitentes. Sin embargo, de conformidad con lo que nuestra legislación establece, los extranjeros no pueden participar en actividades exclusivamente reservadas para los mexicanos; por tanto, no podrían constituir un fideicomiso cuyas finalidades fueran las de explotar o llevar a cabo dichas actividades y se limitarán únicamente a las esferas donde puedan actuar válidamente.

En cuanto a los derechos del fideicomitente debemos mencionar que en su mayoría serán aquéllos que se haya reservado expresamente, podemos mencionar los siguientes:

- Designar a los fideicomisarios y a las instituciones que desempeñen el cargo de fiduciario
- Supervisar al fiduciario, si se reservó tal derecho
- Prever la constitución de un comité técnico
- En los fideicomisos onerosos, exigir al fideicomisario la contraprestación a que tenga derecho
- Revocar el fideicomiso, cuando se haya reservado tal derecho
- Extinguir el fideicomiso por convenio con el fideicomitente
- A la reversión de la titularidad de los bienes cuando el fin para el que se constituyó el fideicomiso fue cumplido

Dentro de los derechos que tiene el fideicomitente llama la atención el que pueda constituir un comité técnico, facultad que se encuentra establecida en el último párrafo del artículo 80 de la LIC que señala:

"En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades."

El maestro Miguel Acosta<sup>80</sup> define al comité técnico del fideicomiso como un "órgano colegiado que se designa en el acto constitutivo del fideicomiso y cuyo objeto, a primera vista, sería el de coadyuvar con el fiduciario en el desempeño del fideicomiso, y determinar la distribución de los fondos, conforme a las reglas y facultades que el acto constitutivo del fideicomiso se señalaron para el comité". Agregaría que es una práctica sumamente frecuente y recomendable el que en algunos fideicomisos se prevea la constitución de un comité técnico.

En cuanto a las obligaciones del fideicomitente, podemos citar las siguientes:

- Saneamiento en caso de evicción
- Responder por los vicios de la cosa materia del fideicomiso
- Cumplir con las formalidades necesarias para que el fideicomiso surta efectos ante terceros
- Pago de los honorarios fiduciarios, en caso de que así se haya pactado en el contrato respectivo

---

<sup>80</sup> ACOSTA ROMERO, MIGUEL. Teoría General del Derecho Administrativo. Decimosegunda Edición, Porrúa, México, 1995. p468

**b) Fideicomisario.**

El artículo 348 de la LGTOC, en su primer párrafo, dispone que "pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica".

Podríamos hablar de la "ausencia de alguna incapacidad especial derivada de la ley, puesto que el fideicomiso puede constituirse en favor de incapacitados y aún de no nacidos"<sup>81</sup>. Sin embargo, podemos tomar en cuenta las siguientes limitaciones para ser considerado como fideicomisario:

Una limitación es que no podrá designarse como fideicomisario a un extranjero cuando el fin del fideicomiso consista en transmitirle la propiedad de un inmueble ubicado en la zona prohibida (art. 27 Constitucional).

Otra, la LGTOC la señalaba, hasta antes de la reforma del 24 de mayo de 1996, al declarar nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario; sin embargo, ahora se exceptúa a aquél que se constituye en favor de la institución fiduciaria cuando tenga por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas en caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. No obstante, deberá seguirse considerando como limitación cuando el fin del fideicomiso sea diferente al señalado en la reforma citada.

La ley prohíbe el caso de los fideicomisarios sucesivos, en los cuales el beneficio se concede a diversas personas sucesivamente, al deber sustituirse por

<sup>81</sup> VILLAGORDOA, op. cit. p169

muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas, a la muerte del fideicomitente.

Es necesario hacer la distinción entre un fideicomisario y un beneficiario económico del fideicomiso. Sólo pueden ser considerados como fideicomisarios aquellas personas a quienes el fideicomitente en el acto constitutivo o en un momento ulterior, si se ha reservado ese derecho, designa fideicomisarios, legitimándolos para hacer valer los derechos y acciones que integran la situación jurídica del fideicomisario. Por el contrario, el simple beneficiario indirecto no queda legitimado para exigir que el fideicomiso se lleve a cabo en su favor. En determinado caso podrá solicitar al fiduciario, o instar al ministerio público, para que cumplan sus respectivas funciones, pero nunca podrá actuar con plena legitimación frente al fiduciario <sup>42</sup>.

Dentro de los derechos del fideicomisario podemos enumerar los siguientes:

- Percibir los bienes, beneficios o productos del fideicomiso
- Renunciar a recibir los bienes, beneficios o productos del fideicomiso
- Exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso
- Atacar la validez de los actos de mala fe, o en exceso de las facultades, del fiduciario, sin apearse a las instrucciones del fideicomisario, del comité técnico o del fideicomitente, en su caso
- Defender el patrimonio fideicometido
- En su caso nombrar a un comité técnico en términos del artículo 80 de la LIC<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> KRIEGER, op. cit. p47

<sup>43</sup> Ibid. pp38 y 39

Dentro de sus obligaciones se debe hacer la siguiente consideración:

- a) Si la constitución del fideicomiso se establece unilateralmente por parte del fideicomitente, ya sea en vida del fideicomitente o después de su muerte, por encerrar una *causa donandi*, el fideicomisario únicamente tendrá derechos, inclusive a renunciar al fideicomiso; recibirá los beneficios del fideicomiso, y no podrá haber obligaciones a su cargo.
  
- b) Si la constitución del fideicomiso la realiza el fideicomitente con el acuerdo expreso del fideicomisario y se establece una contraprestación a favor del primero con cargo al fideicomisario por la enajenación que realiza el fiduciario en provecho de aquél, además de los derechos que deriven del fideicomiso tendrá obligaciones. El ejemplo más claro es el de un fideicomiso traslativo de dominio, mediante el cual el fideicomitente transmite la titularidad de determinados bienes al fiduciario, para que al término del fideicomiso sean transmitidos al fideicomisario o a la persona que éste designe.<sup>44</sup>

Otras obligaciones a cargo del fideicomisario podrían ser las de carácter fiscal y el pago de los honorarios fiduciarios.

---

<sup>44</sup> VILLAGORDOA, op. cit. p175

c) **La Fiduciaria.**

La fiduciaria es "la persona que tiene la titularidad de los bienes o derechos fideicometidos y que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso"<sup>83</sup>.

En nuestro país, y por disposición expresa del art. 360 de la LGTOC, "sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la LIC."

Cuando el fideicomiso se legisló en nuestro país, únicamente los bancos podían actuar como fiduciarias, al respecto, el Lic. León<sup>84</sup> expresa que "las razones del legislador para considerar al fideicomiso como una operación bancaria es que al adoptar una institución de origen sajón que parecía imposible en los países de influencia romanista, llevó al legislador a ser muy cauteloso con quienes manejaban esta figura, el Estado Mexicano ha mostrado especial celo en que el sistema bancario en general, sea una garantía de solidez, estabilidad, solvencia, probidad y profesionalismo, lo que ha permitido que la propia Ley considere a las instituciones que lo forman, de acreditada solvencia, mientras no sean declaradas en quiebra o en suspensión de pagos".

La cita anterior nos muestra que el legislador actualmente ha cambiado su razonamiento, en virtud de que no sólo las instituciones de crédito pueden ser fiduciarias sino además las casas de bolsa (art. 22, fracción IV, inciso d) de la LMV) las instituciones de seguros (art. 34 fracción IV de la LGISMS) y las instituciones de fianzas (art. 16 fracción XV de la LFIF).

---

<sup>83</sup> VILLAGORDOA, op. cit., p175

<sup>84</sup> op. cit. pp17-18

Además, pueden ser fiduciarias el Banco de México (art. 7 de la LBM) y el Patronato del Ahorro Nacional, y anteriormente podía serlo el Fondo de Fomento Minero<sup>87</sup>.

Cabe señalar que también pueden ser designadas varias fiduciarias, que actuarán conjunta o sucesivamente, debidamente establecidos el orden y las condiciones en que deban sustituirse (art. 350 LGTOC).

Es importante señalar que la manifestación de voluntad para que exista el fideicomiso y todos los demás actos que deba efectuar la institución fiduciaria para el cumplimiento de los fines del fideicomiso se lleva a cabo a través de un funcionario especial, llamado Delegado Fiduciario (art. 80 LIC).

La designación del Delegado Fiduciario la hace el Consejo Directivo de la Institución de que se trate, debe tratarse de un empleado de alto nivel y de confianza (Art. 190 LIC). En la práctica, este cargo generalmente recae en un abogado.

#### **c.1) Derechos y obligaciones de la fiduciaria.**

La fiduciaria tiene obligaciones de hacer, dar y no hacer. Dentro de las primeras se encuentra la de cumplir con los fines del fideicomiso, las segundas comprenden el entregar al fideicomisario, o a quien corresponda, los beneficios del fideicomiso y, por último, las de no hacer comprenden el no hacer mal uso de los

---

<sup>87</sup> Supra p44, loc. cit no.62 y 63.

derechos transmitidos y no excederse en el ejercicio de las facultades que se le confieren<sup>18</sup>, y las que en su caso se deriven del fideicomiso como tales.

Dentro de sus derechos está básicamente el percibir una contraprestación por sus servicios y, en su caso, solicitar en términos del artículo 80 de la LIC la constitución de un comité técnico.

**c.2) Responsabilidad de la fiduciaria.**

La fiduciaria, en su actuación, puede incurrir en responsabilidades de tipo civil, penal, administrativa, fiscal y de otro tipo.

**c.2.1.) Responsabilidad civil.**

Del artículo 355 de la LGTOC se desprende que el fiduciario será responsable ante el fideicomisario por la realización de actos de mala fe o en exceso de las facultades que, por virtud del acto constitutivo o de la ley, le correspondan y perjudiquen al fideicomisario.

El artículo 356 del ordenamiento citado le impone al fiduciario la obligación de actuar como buen padre de familia, y le imputa responsabilidad por la pérdida o menoscabos que los bienes sufran por su culpa. A mayor abundamiento, el artículo 80, primer párrafo, de la LIC señala que la institución responderá

---

<sup>18</sup> VILLAGORDOA, op. cit. p166

civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso.

El artículo 91 de la LIC dispone que las instituciones de crédito responderán de los actos realizados por sus funcionarios y empleados en el cumplimiento de sus funciones, de manera directa e ilimitada, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que ellos incurran personalmente.

Por otro lado, cuando la institución de crédito utilice directa o exclusivamente personal para la realización del fideicomiso, éste no formará parte del personal de la institución sino que se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso. Los derechos que asistan a estas personas conforme a la ley, los ejercerán contra la Institución de Crédito, y ésta, a su vez, para cumplir las resoluciones de la autoridad correspondiente afectará los bienes del fideicomiso (art. 82 LIC).

Finalmente, debemos considerar que el fiduciario comete una conducta ilícita no sólo por el hecho de ir en contra de las disposiciones e instrucciones contenidas en el acto constitutivo, y sus reformas válidamente introducidas, sino también por actuar ostensiblemente en contradicción con el fin del fideicomiso o con las decisiones del comité técnico, cuando éstas sean legales, o contra instrucciones del fideicomisario dadas en ejercicio de las facultades que le hayan sido conferidas en el acto constitutivo del fideicomiso o sus reformas. Por consiguiente, el campo de la licitud para la actividad del fiduciario es sumamente estrecho, y si el fiduciario se sale de ese campo, será responsable civilmente de los daños y perjuicios que ocasione.<sup>89</sup>

---

<sup>89</sup> KRIEGER, op. cit. p120

**c.2.2) Responsabilidad penal.**

La fiduciaria es una institución y, por tanto, una persona moral. Por tal razón, en materia penal, la responsabilidad no puede ser de la institución fiduciaria pues no es susceptible de incurrir en la comisión de delitos. Sin embargo, la comisión de delitos por sus funcionarios o empleados, en relación con los bienes de un fideicomiso, pueden considerarse dentro de los delitos patrimoniales, algunos de ellos contemplados en la LIC, en la LMV y para el caso de los Delegados Fiduciarios en las Sociedades Nacionales de Crédito además los que se llegaren a derivar de su responsabilidad como servidores públicos, de conformidad con la LFRSP.

**c.2.3) Responsabilidad administrativa.**

La responsabilidad administrativa encuentra su fundamento en el carácter de prestador de un servicio que tiene la institución fiduciaria, carácter que lo obliga a ajustarse a las normas que dicte el poder público para este tipo de sujetos, ya sea a nivel de normas legales o administrativas.

La vigilancia del cumplimiento de estas normas compete a la autoridad administrativa que tiene dentro de su competencia el control y vigilancia de la institución fiduciaria. Dicha autoridad compete a la SHCP, a través de su órgano desconcentrado la CNByV, con la cooperación del Banco de México<sup>90</sup>. Habrá responsabilidad administrativa cuando en el cumplimiento del fideicomiso se

---

<sup>90</sup> KRIEGER, *op cit.*, pp122 y 123

incurra en transgresiones legales o administrativas obligatorias para la institución fiduciaria. Las sanciones se establecen en la LIC, la LMV y la LFRSP.

#### **c.2.4) Responsabilidad fiscal.**

El Lic. David Peñaloza señala que el "patrimonio fideicometido constituye una unidad económica que puede ser considerada como generadora de ingresos gravados. Las cargas fiscales al patrimonio mismo, y a sus rendimientos, son responsabilidad de la fiduciaria".<sup>91</sup>

Personalmente, no comparto esta posición ya que al considerar al fideicomiso como una Unidad Económica y como sujeto de obligaciones fiscales, es tanto como establecer una nueva naturaleza del fideicomiso, en virtud de la cual para efectos fiscales el fideicomiso es igual a una persona moral.

La legislación fiscal regula a los contribuyentes, los contribuyentes son en todos los casos personas físicas o morales, no actos jurídicos, en tal virtud al ser el fideicomiso un negocio jurídico no puede ser contribuyente. Lo anterior no implica de manera alguna que a través del fideicomiso, como lo señala el artículo 9 de la LISR no se lleven a cabo actividades empresariales, ni se trata de evadir disposiciones fiscales, sino que, se puede afirmar que las actividades que el fideicomitente o los fideicomisarios realizan a través del fideicomiso estarán gravadas o exentas y cuyos resultados estén previstos en la legislación fiscal, y que

---

<sup>91</sup> PEÑALOZA SANTILLAN, DAVID. El Fideicomiso Público Mexicano, Cajica, México, 1983. p199  
cf. el autor señala que no son responsabilidad del fideicomitente, sin embargo esta aseveración  
contraviene lo que señala la parte final del artículo 9 de la LISR.

estará obligado al cumplimiento de las responsabilidades que las propias leyes o sus reglamentos establezcan<sup>92</sup>.

El artículo 9 de la LISR comentado, señala que el fiduciario es responsable de cubrir los impuestos por cuenta del fideicomisario o del fideicomitente en su caso, al establecer que cuando a través de un fideicomiso se realicen actividades empresariales, la fiduciaria determinará la utilidad o pérdida fiscal de dichas actividades, y cumplirá por cuenta del conjunto de los fideicomisarios las obligaciones señaladas en la ley, incluso la de efectuar pagos provisionales.

Ya que el fiduciario es el responsable del cumplimiento de las obligaciones fiscales deberá, en consecuencia, retener, declarar y enterar los impuestos causados, deduciéndolos del patrimonio del fideicomiso. También será responsabilidad del fiduciario el representar los derechos de los fideicomitentes o fideicomisarios ante las dependencias gubernamentales y autoridades exactoras que afecten los intereses del fideicomiso. Lo anterior no significa que el fiduciario integrará los patrimonios de los fideicomisos al suyo propio como base para la tributación, sino que cada fideicomiso, por conducto del fiduciario, reportará el resultado de sus operaciones a las autoridades fiscales.<sup>93</sup>

Conforme a la parte final del artículo 9 invocado, tanto los fideicomisarios como los fideicomitentes, en su caso, responderán por el incumplimiento de las obligaciones que por su cuenta deba cubrir la fiduciaria.

En este caso, además de la responsabilidad que le corresponda a la fiduciaria por incumplir con la obligación de retener impuestos, o de hacer pagos

---

<sup>92</sup> PEÑALOZA, op. cit. p202

provisionales o definitivos, puede tener, además, responsabilidad ante sus clientes cuando no hace pagos oportunos de impuestos, si esto acarrea el pago de recargos que afectaran, en su caso, al patrimonio fideicometido, que sufriría así una pérdida o menoscabo por culpa del fiduciario.

Es importante señalar que para dar cumplimiento a las obligaciones fiscales que derivados de las actividades que a través del fideicomiso se realicen, la fiduciaria utilizando su clave del Registro Federal de Contribuyentes, efectuará un aviso de aumento de obligaciones fiscales, en el que se pondrá el nombre de la institución seguido de las letras FID. para indicar que se trata de un fideicomiso, posteriormente el número o nombre del fideicomiso y señalar si se trata de un fideicomiso empresarial en términos del art. 9 de la LISR multicitado, de un fideicomiso cuyos fin es el arrendamiento (art. 93 LISR) o bien si se trata de fideicomisos autorizados para recibir donativos (art. 73 LISR), o bien, tratándose de fideicomisos que por su actividad deban presentar algún tipo de información o cumplir con otro tipo de obligaciones fiscales, se utilizará el mismo formato para registrar el aumento de obligaciones a cargo de la fiduciaria, señalando, en su caso el concepto a cumplir.

### **c.2.5) Otro tipo de responsabilidades**

La Institución fiduciaria tiene la obligación de guardar el secreto fiduciario que, en términos del artículo 118 de la LIC, es mucho más estricto que el secreto bancario ya que, con la salvedad de la información que le sea solicitada por la CNByV, no se podrá violar el secreto, incluso ante las autoridades o tribunales en

juicios y reclamaciones que no sean aquéllos entablados por el fideicomitente o fideicomisario en contra de la institución o viceversa.

Y, de conformidad con las Disposiciones de Carácter General a que se refiere el artículo 115 de la LIC, publicadas por la SHCP en el Diario Oficial de la Federación del 10 de marzo de 1997, se ha considerado la necesidad de establecer las acciones que las instituciones de crédito y las sociedades financieras de objeto limitado deben realizar para prevenir y detectar actos u operaciones con recursos, derechos o bienes que procedan o representen el producto de un probable delito, para coadyuvar con las autoridades directamente responsables del combate al llamado "lavado de dinero" en la oportuna detección cuando se utilicen los servicios de las entidades que integran el sistema financiero, y que obliga a la fiduciaria, entre otras cosas, a identificar a los clientes y a remitir, por conducto de la CNByV, la información relativa a operaciones sospechosas y relevantes.

## Capítulo III

### Los proyectos COT

**E**n los capítulos anteriores he analizado los antecedentes históricos del fideicomiso y los aspectos más importantes de esta figura jurídica. Ahora intentaré, sin romper bruscamente el esquema anterior, analizar en este capítulo los proyectos COT (construye, opera y transfiere) y, en el próximo, los proyectos COT en México para, finalmente, en el último capítulo, estudiar al fideicomiso como instrumento de la ejecución de este tipo de proyectos.

Es importante señalar que estos proyectos se destinan para la ejecución de proyectos de infraestructura; por tanto, considero indispensable señalar lo que se entenderá en este estudio por infraestructura.

El Pequeño Larousse Técnico<sup>94</sup> señala que infraestructura es el "Conjunto de trabajos relativos a los cimientos de las construcciones; el lecho de las carreteras sobre el cual se asienta el firme; el balasto, los puentes, sifones, terraplenes, pasos a nivel etc., de las líneas de ferrocarril (pero no la vía propiamente dicha, ni las agujas, señales y estaciones que constituyen la superestructura)".

---

<sup>94</sup> Pequeño Larousse Técnico, México, 1977

En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española<sup>95</sup> no se encuentra la palabra "infraestructura", tampoco en la Enciclopedia Británica<sup>96</sup>.

Podemos decir, sin embargo, que la palabra infraestructura se compone de un sufijo latín "*infra*", adjetivo que significa 'por debajo', y la palabra latina "*structura*", que significa 'distribución y orden de las partes de un todo'.

Así, para efectos de este estudio se entenderá por "infraestructura" aquellas obras públicas que normalmente construye el gobierno, necesarias para el desarrollo de un país y de las cuales no se obtiene un ingreso considerable o los bienes o servicios producidos por éstos no tienen un mercado mundial competitivo ya que, básicamente, satisfacen una demanda interna del país, como puede ser el caso de plantas de energía eléctrica, instalaciones portuarias, carreteras de peaje, sistemas de ferrocarril metropolitano, puentes, plantas para el tratamiento de aguas, etc.

Cabe agregar que aunque hay sectores industriales y comerciales o bienes como petróleo, gas o la minería, por citar algunos, que se pueden considerar como de infraestructura, los bienes o materias primas producidos por éstos se pueden vender en un mercado mundial competitivo o a precios establecidos en divisas extranjeras.

Hecha la anterior aclaración me remitiré, pues, al estudio de los citados proyectos COT.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> Vid. supra n.52.

<sup>96</sup> The New Encyclopaedia Britannica, 15 th. edition, University of Chicago, 1989.

<sup>97</sup> Este capítulo es básicamente un resumen de los siguientes trabajos: "El método Construya, Opere y Transiera (COT) para proyecto de infraestructura en países en desarrollo", informe preparado para el Banco Mundial por Mark Augenblick y Scott Custer, de la firma de abogados de

### III.A. Breve reseña histórica.

En la búsqueda de nuevas formas para promover y financiar proyectos de infraestructura se volvió a técnicas que son, de hecho, no del todo nuevas. Arreglos similares, muchas veces conocidos como concesiones, fueron ampliamente usados en el siglo XIX y principios del XX para desarrollar infraestructura en Francia y en muchas otras partes del mundo. Uno de los proyectos mejor conocidos, y que se desarrolló de esa manera, es el del Canal de Suez; pero también hay muchos otros ejemplos de proyectos que se realizaron por medio de concesiones financiadas de manera privada en el campo de ferrocarriles, proyectos hidráulicos, plantas eléctricas, etc.

En la era posterior a la II Guerra Mundial la mayor parte de los proyectos de infraestructura en los países en desarrollo se ha construido bajo la directa supervisión del gobierno mismo, de una agencia gubernamental o una empresa de servicios públicos, y ha sido pagada con recursos del presupuesto o con préstamos oficiales.

Varias tendencias convergieron a finales de los años setenta y a principios de los ochenta en torno de un primer intento de encontrar una forma alternativa para financiar proyectos de infraestructura, a saber:

Primera.- Con un incremento continuo de la población constituida y el crecimiento económico, en muchos países en desarrollo surgió la

consecuente la necesidad en los gobiernos de crear infraestructura adicional para continuar con este crecimiento.

- Segunda.- El incremento de la deuda del tercer mundo ha significado que los países en desarrollo tienen una menor capacidad de endeudamiento y menores recursos presupuestales propios para financiar los proyectos de infraestructura en la medida en que son necesarios.
- Tercera.- Las importantes firmas de contratistas que a mediados de los años setenta estuvieron muy comprometidos con trabajos, particularmente en el Cercano Oriente, en los primeros años de la década de los ochenta se encontraban encarando una significativa baja en los negocios, por lo que se dedicaron a buscar formas creativas para promover proyectos.
- Cuarta.- En el curso de los ochenta, un gran número de gobiernos e instituciones financieras internacionales ha tenido un interés en la promoción del desarrollo del sector privado y en la "privatización" de empresas que tradicionalmente pertenecían al sector público.

A finales de los setenta y principios de los ochenta algunas de las más importantes firmas de contratistas y los más complejos países en desarrollo comenzaron a explorar la posibilidad de promover proyectos de infraestructura de propiedad y operación privada, financiados sobre la base de carencia de recursos y bajo un arreglo del tipo concesionario.

El término COT fue acuñado a inicios de los años ochenta por el Primer Ministro de Turquía, el Sr. Turgüt Özal, para referirse a un proyecto de "construir, tener en propiedad y transferir" o "construir, operar y transferir", designaciones utilizadas indistintamente.

Con base en el enfoque COT, uno o más de los patrocinadores del sector privado está autorizado para crear una "compañía del proyecto", privada, para construir los trabajos públicos. Los patrocinadores generalmente incluyen una importante firma internacional de ingeniería y construcción y uno o más proveedores de equipo. Los patrocinadores esperan actuar como los constructores y proveedores del proyecto. La compañía del Proyecto podrá incluir a inversionistas pasivos e, incluso, una participación minoritaria del gobierno anfitrión.

La compañía del proyecto también levantará el grueso del financiamiento requerido para el proyecto de parte de prestamistas comerciales, generalmente respaldados por agencias de garantía de crédito de exportaciones, y de parte de instituciones financieras bilaterales y multilaterales. El financiamiento se establece sobre la base de carencia de recursos o acción -lo que quiere decir que los prestamistas, para cobrar el adeudo, no tendrán recursos que emprender en contra de los patrocinadores del proyecto ni del gobierno anfitrión-. La acción o recurso se limitan a la compañía del proyecto y a sus activos, incluyendo bienes inmuebles, planta y equipo, y cualesquiera derechos contractuales, bonos de cumplimiento, seguros y garantías gubernamentales que la compañía del proyecto pueda obtener.

La compañía del proyecto tendrá la propiedad y operará la planta por un periodo que se presume será suficiente para amortizar las deudas incurridas y para

proporcionar un razonable retorno de capital a los inversionistas. Al final del periodo la compañía del proyecto transferirá la propiedad del proyecto al gobierno anfitrión.

El gran ímpetu por proyectos COT en la primera mitad de la década de los ochenta vino, como se anotó, de una gran baja general en los trabajos internacionales de construcción. Los principales contratistas se encontraron con grandes cantidades de personal y con sólo un puñado de proyectos. Estaban dispuestos, por tanto, en aquél entorno económico en particular, a gastar una considerable cantidad de tiempo y dinero en un esfuerzo para desarrollar y promover proyectos. Más aún, ellos acordaron volverse accionistas en aquéllos proyectos, a contrario de su antigua práctica.

Actualmente no parece haber el mismo interés en esa clase de involucramiento. Un número importante de las principales firmas de ingeniería de los Estados Unidos de América, por ejemplo, ha reestructurado sus operaciones desde principios de los años ochenta y redujo su fuerza de trabajo a menos de un 25%, en su punto más bajo. Los negocios han comenzado a mejorar ahora y las firmas se están expandiendo. En el sector energía, pero también en ingeniería civil, gradualmente, estas firmas ven amplias posibilidades de trabajo en el futuro inmediato en países desarrollados. Como resultado, ellos probablemente estén menos dispuestos, a como lo estuvieron hace algunos años, a enfrentarse con las complejidades y riesgos de los proyectos COT en los países en desarrollo.

### **III. B. Condiciones necesarias para la factibilidad de los proyectos COT**

#### **a) Entorno Legal.**

La estructura legal de un típico proyecto COT es complicada. En principio, solamente países desarrollados, con un sistema legal maduro, pueden acomodar el modelo COT. Las leyes y regulaciones bajo las cuales operan estos proyectos deben ser expeditamente aplicables, y deben ser compatibles con la naturaleza privada del proyecto. La propiedad privada de un tipo particular de infraestructura debe ser permitida por las leyes locales.

Sin embargo, al tratarse de países en desarrollo será necesario, quizá, hacer algunas modificaciones a la legislación vigente para dar cabida a este tipo de proyectos.

Los patrocinadores privados y los prestamistas van a querer seguridades de que el compromiso contractual básico del proyecto COT puede ser ejecutable y será respetado por parte del gobierno anfitrión y de las otras partes del sector privado. En algunos casos la credibilidad del sistema legal del mismo país anfitrión puede proveer algunas de estas seguridades. Sin embargo, los documentos contractuales esenciales -tanto con el gobierno anfitrión como con las otras partes- casi siempre establecerán el arbitraje internacional en una jurisdicción neutral y especificarán la ley que rige los mismos, que debe ser una familiar y aceptable para los participantes del sector privado. Esto podría ser, o no, la ley del país anfitrión. Alternativamente, se buscará legislación especial para resolver

asuntos específicos que de otra manera no estarían adecuadamente cubiertos por ninguna ley vigente.

**b) Entorno económico.**

Un proyecto COT normalmente necesitará una proporción de prestamistas e inversionistas locales. Encontrar a estos prestamistas e inversionistas será más fácil en un país que ha desarrollado un sistema bancario y cierto tipo de mercado financiero organizado.

La mayor parte de los proyectos COT derivarán sus ingresos de productos a precios fijados en monedas locales, que casi siempre serán usados para pagar materia prima o combustible, así como el servicio de la deuda y el reembolso de capital. Dichos proyectos serán lanzados con más facilidad en un ambiente económico libre de inflación excesiva o de drásticas alteraciones en el tipo de cambio. Aunque los gobiernos anfitriones estén anuentes a proteger a los inversionistas en el proyecto en contra de los riesgos de la inflación y la devaluación, será mucho más fácil encontrar mecanismos para hacerlos en un ambiente económico relativamente estable que en uno que no lo sea.

**b.1) Clasificación del crédito del País anfitrión.**

La fórmula COT de ninguna manera elimina la condición de la credibilidad del país anfitrión como un importante factor en la decisión de prestamistas privados y públicos para financiar un proyecto en un país en particular. Cuanto

más apoyo y garantías sean necesarias de parte del gobierno anfitrión para hacer el proyecto viable, con mayor intensidad estarán los prestamistas viendo el crédito del país anfitrión en términos del eventual repago. En el caso de prestamistas comerciales, y sus respectivas agencias de garantía de exportaciones, los préstamos a los proyectos COT en un país en particular se acumulan como préstamos a ese país, para propósitos de los límites de concentración. Para algunos países estos límites ya están alcanzados, de manera que un prestamista o agencia en particular no estaría dispuesto a financiar o garantizar más proyectos en dicho país, se use o no la fórmula COT.

Países en desarrollo que aún cuentan con una relativamente fuerte clasificación de crédito (como Tailandia) parecen tener mejores oportunidades para desarrollar proyectos COT que aquéllos cuyos créditos no se consideran muy fuertes. Países con clasificación intermedia de sus créditos (como Turquía, México o Chile) podrán estar aún lo suficientemente calificados para hacer posibles proyectos COT. Países cuya clasificación de crédito es considerada más baja, tienen menos posibilidades de atraer proyectos COT mientras su clasificación no mejore.

c) Entorno Político.

Otra condición necesaria para una exitosa puesta en marcha de proyectos COT es la estabilidad política del país anfitrión. Sin estabilidad política, a pesar del enorme apoyo gubernamental necesario para implementar un proyecto COT no sería posible llevarlo a cabo. Aunque se hayan hecho promesas éstas probablemente carezcan de credibilidad. Los patrocinadores privados no estarán

dispuestos a gastar las substanciales cantidades de tiempo y dinero requeridos para organizar un proyecto COT y, luego, permanecer bajo riesgo por los siguientes 10 a 25 años, que es lo que típicamente requieren, si no pueden contar con estabilidad política y continuidad durante ese periodo.

**d) Características del Sector.**

En teoría, la fórmula COT podría ser aplicada a cualquier sector de la economía. Todo lo que se requiere es que exista una fuente asegurada de ingresos a lo largo de la vida del proyecto. Así, el ingreso puede provenir de un comprador que sea una agencia gubernamental (el caso de la autoridad estatal de energía respecto a una planta de energía eléctrica), de usuarios comerciales finales (aerolíneas en el caso de una terminal aérea o compañías navieras en el caso de una instalación portuaria), o de parte de consumidores individuales (carreteras con peaje, usuarios del metro). Parte o, aún, la totalidad de los ingresos propuestos podrá también venir de pagos directos hechos por el gobierno. Por ejemplo, si el gobierno quisiera que se construyera una carretera, sin incurrir en ineficiencias del peaje, podría acordar pagar por la carretera a lo largo de un periodo, de conformidad con una fórmula basada en el tráfico de carretera.

La historia de los proyectos COT a la fecha indica que los mayores intereses en los proyectos COT han estado en el sector energía y en carreteras.

### **III. C. Características básicas de los proyectos COT.**

Si bien dos proyectos COT jamás serán iguales, hay características y estructuras genéricas para los proyectos COT que se pueden resumir en siete fases, como sigue:

#### **Fase Uno.- El Desarrollo de la primera propuesta.**

Para estructurar y llevar a cabo un proyecto basado en el concepto COT, los responsables del proyecto deberán elaborar estudios preliminares donde se puedan apreciar las facilidades económicas y financieras. Estos estudios pueden ser bastante complejos y costosos y su objetivo es únicamente determinar la viabilidad del proyecto. Debe tomarse en cuenta que el objetivo del gobierno anfitrión para invitar a la iniciativa privada es evitar usar el gasto público en el desarrollo de infraestructura y financiarla por el mercado privado. Así, el mercado financiero juzgará el proyecto por sus propios conceptos y no porque el gobierno quiera llevarlo a cabo.

Los responsables del proyecto necesitarían verificar, identificar y establecer la rentabilidad y las ganancias potenciales del proyecto que los satisficieran en todos sus aspectos. En este momento es necesario establecer los criterios del proyecto e identificar el fondeo de los recursos.

El prospecto de la propuesta deberá incluir, por lo menos, los siguientes términos y condiciones preliminares:

- a) La duración del período de concesión

- b) Las tasas de interés
- c) La asistencia y garantías necesarias del gobierno anfitrión

**Fase Dos.- El memorándum de entendimiento.**

La propuesta completa, con todos los puntos de la fase uno serán presentados a la autoridad pública. El próximo paso será llegar a un entendimiento con el gobierno anfitrión, lo que puede significar hacer modificaciones o ajustes a la propuesta presentada a fin de obtener la aprobación del gobierno quien, una vez satisfechos todos los requisitos extenderá, a través de la autoridad competente, un memorándum de entendimiento.

**Fase Tres. La carta de intención.**

Cuando los términos y condiciones finales de la concesión son aceptados por el gobierno anfitrión y el responsable del proyecto, la autoridad monetaria del gobierno anfitrión estará ya probablemente involucrada.

**Fase Cuatro.- Los contratos necesarios y la organización del proyecto.**

En esta etapa, los responsables del proyecto procederán a establecer una "compañía del proyecto", después de las modificaciones necesarias a la legislación del país de que se trate, en caso de ser necesario. En este paso se firmarán todos los contratos necesarios con todos los participantes que estén directa o indirectamente involucrados con el proyecto.

Los proyectos COT tienen una estructura corporativa diferente a los métodos usados normalmente. En general cualquier proyecto COT involucra a las siguientes partes:

- a) El cliente (generalmente el gobierno anfitrión)
- b) El constructor
- c) El operador
- d) Los contratistas (aquéllos con los que se celebra una relación contractual o una subcontratación para algún requerimiento específico sin que se consideren fundamentales para el desarrollo del proyecto)
- e) Los proveedores
- f) Los acreedores
- g) Los inversionistas

Para proyectos COT, como se mencionó, se requiere la creación de una compañía del proyecto en el país anfitrión, creada de conformidad con la legislación de ese país. Esta compañía se encargará del diseño, construcción, financiamiento, manejo, operación y mantenimiento de los activos durante todo el periodo de concesión y, posteriormente, de la transferencia al gobierno anfitrión, libre de cualquier cargo y en buenas condiciones, al final del periodo de concesión.

La compañía del proyecto celebrará el contrato de construcción, o en su caso, será el encargado de la construcción del proyecto; este es normalmente el rol que tiene el gobierno anfitrión en el caso de un proyecto de infraestructura tradicional.

La compañía del proyecto puede escoger ser la misma que operará y mantendrá el activo por sí misma o puede optar por la celebración de subcontratos.

**Fase Cinco.- La construcción.**

En esta etapa, el financiamiento, los contratistas, la compañía del proyecto y todos los demás involucrados se dedican a la construcción del activo o del proyecto, se podría llamar a esta etapa la etapa de puesta en marcha y ejecución.

Los métodos más comunes de construcción utilizados en este tipo de proyectos son los llamados "llave en mano", contratos de obra a precios unitarios pero con una cláusula de escalación de precios. Estos contratos normalmente son a precio fijo y los responsables del proyecto deberán prever cualquier fluctuación o inflación, el contratista normalmente correrá con los riesgos y cualquier otra condición. Otra característica de los proyectos COT es que se consideran bonos y penalidades por la entrega del proyecto a tiempo o a destiempo.

En virtud de que los proyectos COT son más complejos que la tradicional forma de construcción no es inusual que contratistas independientes sean contratados para verificar el control de calidad y la ejecución correcta del proyecto.

**Fase Seis.- La operación.**

La operación y mantenimiento del proyecto tienen lugar en esta fase. El proyecto deberá empezar a producir las ganancias necesarias para comenzar a realizar los pagos a los acreedores. Se empezarán a generar los impuestos

correspondientes en favor del gobierno anfitrión y los dividendos para la compañía del proyecto.

**Fase Siete.- La reversión del proyecto o transferencia.**

La propiedad o titularidad del proyecto será revertida a la autoridad gubernamental después de un periodo específico de concesión, normalmente sin costo.

Las tres fases finales son las que le dan el nombre a este tipo de proyectos Construye, Opera y Transfiere.

**III. D. Las partes involucradas.**

**a) Gobierno Anfitrión.**

El participante más importante en cualquier proyecto de infraestructura es el gobierno anfitrión. Éste debe desear el proyecto COT, ya que es el cliente final y el comprador del proyecto.

El gobierno anfitrión normalmente autorizará el proyecto en primera instancia, lo cual muchas veces requerirá de legislación especial y de aprobaciones gubernamentales específicas. El gobierno anfitrión, o una de sus agencias, normalmente participará en la firma de un contrato muy elaborado, de realización o de concesión, con la compañía del proyecto. Ahí se establecerán en detalle el

apoyo que el gobierno anfitrión prestará y los derechos y obligaciones de la compañía del proyecto. El gobierno anfitrión, o una de sus agencias, podrá proveer parte del financiamiento, ya sea en forma de deuda capital o en la forma de un crédito *stand-by*. El gobierno anfitrión, o una de sus agencias, podrá estar comprando la producción del proyecto o proporcionando garantías financieras respecto de los ingresos. Finalmente, será llamado a proveer cualquier otro tipo de apoyo para el proyecto. De esta manera, en lo que respecta a países en desarrollo y a proyectos de infraestructura, el enfoque COT no puede esperarse que resulte ser un proyecto puramente del sector privado que se pueda realizar sin compromiso substancial del parte de gobierno anfitrión. Los diferentes apoyos que puede prestar el Gobierno son los siguientes:

**a.1) Apoyo político y administrativo.**

El gobierno anfitrión debe proveer un poderoso apoyo burocrático para poder resolver los problemas regulatorios, y de otra índole, que puedan surgir. Normalmente una sola persona o departamento dentro del poder ejecutivo del gobierno anfitrión podría estar preparado para actuar como mentor del proyecto. El mentor debe tener suficiente influencia política y habilidad burocrática para mantener el apoyo continuo a lo largo de la vida del proyecto y poder, también, sortear la oposición burocrática. Dicha oposición muchas veces viene de parte de la entidad del sector público que, de otra forma, habría construido y operado el proyecto.

En caso de requerirse una nueva legislación con el fin de permitir la realización del proyecto COT en cuestión, las posibilidades de buen éxito serán mayores si el gobierno anfitrión puede obtener amplia autoridad legislativa y una

delegación de poderes para alguien en el Ejecutivo que pueda conducir el desarrollo y la cumplimentación del proyecto. Si los patrocinadores COT son requeridos para hacer cabildeos de su propia ley o acuerdo ante un parlamento nacional, las posibilidades favorables, en última instancia, se verán considerablemente disminuidas.

El gobierno anfitrión debe asignar suficiente personal entrenado y experimentado para entender las complejidades de un esquema COT y para poder negociar sus términos. Los negociadores del gobierno deben ser del suficiente nivel, y tener la suficiente autoridad, para comprometer al gobierno, o dependencias de éste, en los términos de la transacción en forma oportuna. De otra manera, las negociaciones van a extenderse tanto que el proyecto podría ser abandonado. Aunque eventualmente sea llevado a cabo, los retrasos habrán impuesto substanciales pérdidas en costos de oportunidad.

**a.2) Asesores externos.**

Dadas las inusuales complejidades técnicas, financieras y legales de los proyectos COT, el gobierno anfitrión debe contratar, desde un inicio, asesores técnicos, financieros y legales competentes y familiarizados con los diferentes tipos de contratos privados que se dan. Los patrocinadores del proyecto, por su parte, tendrán notoria experiencia técnica, tendrán asesores internacionales hábiles y banqueros de inversiones a su lado en la mesa de negociaciones. No importa cuán experimentados o excelentes los negociadores del gobierno puedan ser, hay que añadir de afuera, y desde un inicio, asesores técnicos, banqueros de inversiones y consejeros legales de estatura; el gobierno anfitrión estará mejor preparado para estructurar la propuesta COT inicial en la forma más favorable para él. La

presencia de dichos asesores le dará considerable credibilidad a la posición negociadora del gobierno anfitrión en la medida en que la propuesta evoluciona, y debería ayudar a encontrar soluciones creativas a los problemas que surjan en el curso de las negociaciones. Aunque el costo de emplear a dichos asesores externos será considerable, los beneficios resultantes en cualquier proyecto COT importante, serán normalmente justificables.

**a.3) Suministros asegurados.**

En la mayoría de los proyectos COT el gobierno anfitrión proporcionará cierto nivel de apoyo logístico. Por ejemplo, el gobierno podría proveer la tierra en la que se construirá el proyecto; caminos, ferrocarriles o instalaciones portuarias; líneas de transmisión para sacar la energía de las plantas; materias primas y servicios públicos bajo contratos de suministro de largo plazo; o, incluso, suministros de energía sin costo a lo largo de la vida del proyecto.

**a.4) Ingresos asegurados.**

El gobierno anfitrión a menudo será el único comprador de la producción del proyecto COT. Por ejemplo, en el caso de plantas de energía, ésta normalmente será vendida a la red de distribución de energía propiedad del gobierno. Ya que un flujo asegurado de ingresos es esencial para persuadir, tanto a inversionistas de capital como a prestamistas, a comprometer sus fondos, el gobierno anfitrión, o su empresa de servicios públicos, normalmente será requerido para suscribir un contrato de compra de energía (o para pagar por capacidad) de largo plazo con la compañía del proyecto COT sobre la base de la deuda del proyecto y la inversión

de los accionistas. Normalmente, los patrocinadores insistirán en que este acuerdo sea respaldado por la plena fe y crédito del gobierno anfitrión.

**a.5) Préstamos, contribuciones al capital.**

No es incompatible con el concepto de proyecto COT el tener al gobierno anfitrión financiando parte de los costos del proyecto mediante préstamos directos o por medio de capital accionario en la compañía del proyecto.

La opinión se encuentra dividida en cuanto a que ayuda el hecho de que el gobierno anfitrión sea un accionista en el proyecto COT. Un punto de vista es que los proyectos COT deben ser completamente financiados en forma privada, y de igual manera operados. Bajo esta óptica, teniendo al gobierno como un socio podría traer indebida influencia del gobierno y conducir a ineficiencias burocráticas en la administración y operación.

El otro punto de vista es que teniendo al gobierno como socio puede resultar de mucha utilidad. Puede ayudar a hacer que la compañía del proyecto sea independiente de alguno de los de los patrocinadores o a estar en una mejor posición de negociación ante los accionistas mayoritarios en cuanto a contratos de construcción y de suministros. Debería ayudar a convencer al gobierno anfitrión de la transparencia de la estructura financiera del proyecto (que se pudiera necesitar como una compensación por el apoyo gubernamental que se busca). Podría facilitarle al gobierno permitir una tasa de retorno razonable para los accionistas, con un sistema de premio y castigo razonable basado en el grado en que el proyecto cumpla o supere las proyecciones, al mismo tiempo que el gobierno mismo estaría participando de tales riesgos y premios.

**a.6) Activos rentables.**

Una característica familiar en un número de proyectos COT ha sido la contribución hecha por el gobierno anfitrión de activos existentes capaces de producir ganancias que se pueden usar para pagar los costos del capital, servicio de la deuda y gastos de operación. Tomando prestados ejemplos de países desarrollados, tanto en el proyecto del cruce Dartford en el Reino Unido y en el proyecto de túnel de la Bahía de Sidney en Australia, los peajes de puentes y túneles existentes fueron puestos a la disposición de la compañía del proyecto por parte del gobierno anfitrión de manera que los peajes pudiesen financiar el nuevo proyecto. De igual forma, en el caso del proyecto de la Carretera Norte-Sur en Malasia y la segunda etapa de la Carretera de Bangkok en Tailandia, los peajes de carreteras ya existentes se pusieron a la disposición de la compañía del proyecto.

**a.7) Apoyo regulatorio fiscal y de otro tipo.**

Existe un amplio campo de apoyo legislativo, regulatorio, fiscal y similar que los gobiernos anfitriones pueden estar preparados para brindarle al proyecto COT. El gobierno podría tener que otorgar autoridad básica de carácter legislativo y regulatorio para que el proyecto sea construido y operado por el sector privado, ya que muchas veces están de por medio monopolios estatales. Se pudiera requerir legislación especial para autorizar la propiedad privada y operación de plantas de energía, carreteras, instalaciones de telecomunicaciones, aeropuertos, alcantarillado, etc. La autorización para adquirir con dominio pleno tierras para el proyecto podría requerir una resolución especial. Estas autorizaciones pueden ser previstas por la legislación general o por leyes o decretos especiales, otorgando los poderes y autorizaciones necesarias para el proyecto COT en cuestión. Las

posibilidades de éxito son mayores si temprano en el proceso se puede obtener una autorización legislativa general, con poder delegado para la ejecución a un oficial responsable que esté preparado como mentor del gobierno anfitrión para el proyecto.

Para atraer inversión de capital extranjero y financiamiento de deuda sin recurso o acción, los inversionistas extranjeros tienen que estar satisfechos de que el país anfitrión tenga un sistema legal y regulatorio que en general sea positivo a las inversiones extranjeras. Esto normalmente presupone un sistema legal seguro y estable, apoyado por un sistema judicial donde las partes litigantes del sector privado puedan acudir.

En el área de impuestos, el gobierno anfitrión muy a menudo pondrá un régimen especial a la disposición del proyecto COT. Característico de dichos regímenes son exenciones de pago del impuesto sobre la renta local a la compañía del proyecto por el plazo de la concesión, exención del impuesto de retención sobre los intereses y dividendos pagados a inversionistas extranjeros y una reducción o eliminación del impuesto sobre la renta sobre los salarios de personal expatriado requerido en el proyecto. El fundamento para otorgar estos beneficios fiscales es que los inversionistas extranjeros buscan obtener ingresos libres de impuestos locales. Cualquier impuesto que deba pagarse sólo vendrá a incrementar el costo total del proyecto que normalmente el gobierno estaría pagando directamente. Similarmente, el fundamento de proveer una ventaja fiscal al personal expatriado es que la compañía del proyecto normalmente debe reembolsarle al expatriado la carga adicional de los impuestos locales. Dicho reembolso será luego parte del costo global de proyecto, que de una u otra manera será pasado al gobierno anfitrión o al público local.

**a.8) Riesgo del proyecto.**

La mayor parte de los prestamistas extranjeros (y sus agencias de garantía de crédito de exportaciones) han sido renuentes a aceptar cualquier riesgo substancial en proyectos de infraestructura COT en los países en desarrollo. Al gobierno anfitrión, por tanto, normalmente se le solicitará proteger a los prestamistas principales contra el riesgo de que su deuda no pueda ser pagada en caso de fracaso del proyecto. La solución que parece surgir para proveer esta protección, y que es una característica común de los proyectos COT, es que el gobierno anfitrión se compromete a poner a la disposición préstamos subordinados disponibles (*stand-by*) durante cierto período para asegurar el servicio de la deuda principal sólo cuando el flujo de efectivo de la compañía del proyecto no sea suficiente para dicho propósito.

**a.8.1) Fuerza mayor.**

Los riesgos de fuerza mayor que no pueden ser razonablemente cubiertos por los seguros plantean un dilema. Los prestamistas extranjeros raramente estarán anuentes a asumir riesgos de fuerza mayor. Los inversionistas de capital accionario, al menos que se les ofrezcan tasas de rentabilidad de más de 16 o 18%, también van a estar opuestos a asumir riesgos de fuerza mayor, y ciertamente no van a darle a los prestamistas garantías por riesgos de fuerza mayor, excepto hasta el límite de sus mismas aportaciones de capital accionario. De esta forma es que se llega a requerir cierta forma de apoyo de parte del gobierno para cubrir los riesgos de fuerza mayor.

**a.8.2) Inflación.**

Tanto prestamistas como inversionistas normalmente insistirán en algún mecanismo para protegerse de la inflación. Esta protección puede darla la cláusula de escalamiento de precios, esta cláusula intenta tomar en cuenta los costos incrementados del proyecto debidos a la inflación. También se pueden redactar con la intención de mantener el poder de compra de los ingresos netos del proyecto y del capital. Normalmente dicha protección no es completa. Los ajustes de precio sólo son permitidos periódicamente, rezagados frente a la inflación real, y posiblemente son parciales. La negociación de los términos exactos de las fórmulas de escalamiento de precios en proyectos COT posiblemente consumirá mucho tiempo y se harán en forma muy detallada.

**a.8.3) Divisas extranjeras.**

Típicamente un proyecto COT de infraestructura que estará vendiendo su producto a la economía local, recibirá sus ganancias en moneda nacional. Tanto prestamistas como inversionistas que han invertido en moneda extranjera van a querer garantías firmes de que podrán recuperar la inversión original, junto con los intereses y dividendos, en la misma moneda extranjera o en una comparable, y que lo van a poder hacer a una tasa de cambio razonable. El gobierno anfitrión, por tanto, debe estar preparado para proveer los mecanismos a fin de garantizar a los inversionistas extranjeros y a sus agencias gubernamentales de seguros que tendrán la autorización para convertir las ganancias en moneda local a una moneda extranjera, y que habrá suficiente moneda extranjera en el país anfitrión o en su sistema bancario al tiempo de hacer la conversión con una tasa que no será indebidamente desfavorable.

La relación de moneda extranjera/moneda nacional para invertir en un proyecto COT diferirá significativamente de proyecto en proyecto. Una planta de energía, debido al equipo pesado que requiere, que usualmente debe ser importado, normalmente requerirá una proporción relativamente grande de moneda extranjera. En un proyecto de peaje, sin embargo, muchas de las inversiones se pueden hacer con moneda nacional, si hay disponibilidad de fuentes financieras.

**a.9) Garantías soberanas.**

Aunque el gobierno anfitrión normalmente no otorgará garantía soberana a los prestamos hechos a la compañía del proyecto, se le solicitará el otorgamiento de garantías oficiales, o seguridades equivalentes, para algunos aspectos del proyecto. Por ejemplo, si una corporación propiedad de un gobierno federal celebra un contrato de compra de largo plazo con la compañía del proyecto, o se compromete a largo plazo a suministrar energía o combustibles al proyecto, el gobierno, muy a menudo, será requerido para garantizar el cumplimiento de la empresa pública. Mas aún, el contrato básico de concesión entre el gobierno anfitrión y la compañía del proyecto normalmente contendrá numerosas obligaciones asumidas por el gobierno anfitrión y que serán respaldadas con su "buena fe y crédito".

**a.10) Protección ante la competencia.**

Finalmente, el gobierno anfitrión tendría que proveer algunas seguridades con respecto al ambiente competitivo en el cual el proyecto COT va a operar. En el caso del proyecto de carreteras, los patrocinadores normalmente desearán

garantías de que durante el período de concesión no se construirán otros peajes paralelos u otras vías libres de peaje. Aun el caso de las plantas de energía, donde los gobiernos se comprometen por varios años a través de contratos de compra de energía o mediante el pago de una cantidad mínima, los inversionistas de capital normalmente estarán contando hacer sus ganancias con base en ventas mayores de estas cantidades mínimas. Ellos querrán algunos compromisos del gobierno anfitrión, de que otras fuentes de energía potencialmente competitivas no serán permitidas de funcionar durante el plazo de la concesión.

**b) Patrocinadores; compañía del proyecto.**

La segunda parte, en orden de importancia de un proyecto COT, es el patrocinador o un grupo patrocinador, financieramente fuerte y de experiencia, que formará la "compañía del proyecto". La compañía del proyecto podría ser propietaria de los activos subyacentes requeridos para el proyecto por el término de la concesión, o podría operarlos bajo el esquema de un arrendamiento. Los patrocinadores usualmente forman un consorcio que incluye importantes firmas internacionales de construcción y de ingeniería y uno o más proveedores de equipo pesado. El consorcio podría incluir a una firma separada interesada en la operación y el mantenimiento del proyecto bajo contrato de operación.

El proceso de desarrollo de un proyecto COT es complicado, consume una gran cantidad de tiempo y es caro. Debido a los altos costos involucrados -para estudios de factibilidad, asesores legales y financieros, gastos de viajes, tiempo de ejecutivos, etc.- los patrocinadores de un proyecto COT deben contar con una gran paciencia. Muy temprano en el proceso deben definir un arreglo de cómo

compartir los costos entre los miembros del consorcio respecto de los gastos iniciales de desarrollo de los que se han mencionado.

Muchos patrocinadores que han estado involucrados en proyectos COT citan la necesidad de formar la compañía del proyecto durante las primeras etapas de desarrollo de proyecto de manera que sea ella, y no uno o mas de los patrocinadores individuales, quien negocie con las diferentes partes que van a estar involucradas: el gobierno anfitrión, los patrocinadores mismos actuando como contratistas de construcción, proveedores u operadores; prestamistas, aseguradores, otros inversionistas de capital, etc. Si la compañía del proyecto incluye a inversionistas independientes que de otra forma no están involucrados en el proyecto (vr.gr.. banqueros de inversiones, una agencia de ayuda bilateral o multilateral, u otros sectores del gobierno anfitrión), o los intereses están suficientemente balanceados, tendría mejor éxito actuando independientemente de cualquier inversionista o patrocinador y negociando muy de cerca con cada uno de ellos.

Una participación de capital por parte del gobierno anfitrión podría ser útil en este respecto y podría ayudarle a sentir que el proyecto está siendo negociado justamente y con apertura de la información. Por otra parte, algunos promotores del concepto COT creen que la inclusión del gobierno anfitrión entre los socios de la compañía del proyecto puede conducir a cierto tipo de interferencia burocrática con el desarrollo del proyecto y operaciones que la privatización supone evitar.

**c) Socios locales.**

Un número de participantes en los proyectos COT han hablado de lo prudente de incluir entre los patrocinadores o inversionistas de capital en la compañía del proyecto a un grupo fuerte, bien conectado y bien respetado de participantes privados del país anfitrión. Tales participantes podrían ser un importante proveedor de trabajos civiles para el proyecto, pero también podría ser un fuerte grupo industrial, comercial o financiero a nivel local. Dicho socio local puede ayudar a que los patrocinadores comprendan mejor el entorno local, a tratar con el gobierno anfitrión y a resolver de mejor forma los problemas locales en la medida en que surjan. Un socio local también puede proporcionar apoyo logístico necesario durante la etapa de desarrollo del proyecto.

**d) El consorcio de construcción.**

Como parte fundamental del típico proyecto COT reside un enorme contrato de construcción, muchas veces involucrado en el suministro de una considerable cantidad de equipo pesado. Debido a la necesidad de asegurarle a los inversionistas de capital y a los prestamistas que el proyecto será construido a tiempo y al precio acordado, tanto el contratista de construcción como el principal proveedor de equipos normalmente serán compañías de responsabilidad comprobada, experiencia y fuerza financiera.

A menudo los consorcios provendrán de diferentes de países. Aunque tal vez no sea esencial, lo anterior es provechoso en dos formas: desde la perspectiva del país anfitrión, asegura que el proyecto es internacional, en vez de ser uno que tan solo beneficie a determinado país extranjero. Esto hace que el proyecto sea más

aceptable políticamente. Teniendo proveedores de un número de países desarrollados también ayuda a atraer el financiamiento con el apoyo de diferentes agencias garantes de créditos de exportación, distribuyendo el riesgo que una agencia por sí misma no estaría dispuesta a asumir.

**e) El financiamiento.**

La mayoría de los proyectos COT propuestos o acordados a la fecha han involucrado a una combinación de capital proveniente de patrocinadores y de deuda prevista por bancos comerciales, instituciones financieras internacionales y gobiernos prestamistas a nivel bilateral. El porcentaje de capital la mayoría de la veces es entre un 10% y un 30%, aunque el componente de capital en algunos proyectos ha caído fuera de este rango. Es enteramente concebible tener un proyecto COT sin una porción de capital verdaderamente substancial, y con diversos niveles de deuda principal y subordinada. Los prestamistas principales van a querer un apoyo para su deuda principal, pero probablemente no van a estar muy preocupados porque dicho colchón sea en la forma de deuda subordinada o capital accionario. El gobierno anfitrión normalmente va a querer tener una forma de compromiso financiero de largo plazo por parte de los patrocinadores y por todo el periodo. La forma de dicho compromiso no es del todo crucial. Las agencias internacionales de cooperación son más propensas a demandar que una parte significativa del financiamiento provenga de capital invertido en la forma tradicional desde el principio.

La proporción entre divisas y moneda nacional; de la deuda y el capital, dependerá de la naturaleza del proyecto y del país involucrado. La habilidad del banquero local o la disponibilidad de moneda nacional para ser usada en

operaciones de conversión de deuda podría también influenciar la mezcla de monedas en cualquier proyecto.

El financiamiento para algunos proyectos COT parece reconocer el hecho de que los proyectos COT tienden a tener dos diferentes fases, con diferentes riesgos; primero en la etapa de construcción, de alto riesgo y, segundo, un riesgo menor en la fase operacional del proyecto. Tanto los inversionistas de capital como los prestamistas pueden esperar diferentes recompensas y diferentes garantías dependiendo de en cual de estas dos fases están invirtiendo.

#### **e.1) Garantía para los prestamistas.**

Uno de los retos clave por enfrentar en un proyecto COT es cómo proveer las garantías adecuadas a los prestamistas ya que se carece de recursos o acciones o se tienen en forma limitada. Un proyecto de infraestructura difiere dramáticamente del típico proyecto grande de bienes raíces porque este último está garantizado con el derecho de poder embargar el bien inmueble del proyecto, en el caso de incumplimiento. En el contexto COT, los prestamistas, carentes de recursos con derecho, temen que si la compañía del proyecto deja de cumplir no habrá un mercado para una carretera parcialmente construida o un túnel o una planta que no funcionan. Varios mecanismos de garantía, por tanto, se encuentran en los proyectos COT para proteger a los prestamistas principales. Hasta ahora y al grado en que estos mecanismos son diseñados para asegurar que el proyecto permanezca financieramente viable y, por tanto, se desempeña de la manera planteada, son también del interés del gobierno anfitrión.

- Primero.- Los ingresos del proyecto son usualmente cobrados en una o mas cuentas de depósitos en garantía, bajo custodia de un agente que es independiente de la compañía del proyecto, para hacer pagos de acuerdo con prioridades estipuladas. Los prestamistas normalmente insisten en que desde un inicio debe establecerse una de esas cuentas para reserva de deudas, la que se va conformando y manteniendo con suficientes fondos para hacer el pago del servicio de la deuda principal correspondiente a un periodo mínimo antes de hacer cualquier distribución a los accionistas.
- Segundo.- Los beneficios de los contratos celebrados por la compañía del proyecto normalmente serán asignados a un fideicomiso para beneficio de los prestamistas.
- Tercero.- Los prestamistas probablemente insistirán en asumir el manejo del proyecto, en caso de incumplimiento financiero o técnico, mucho antes de la etapa de quiebra y atraer nuevos contratistas, proveedores u operadores. Jurídicamente, esto normalmente se efectuaría logrando que todos los socios de la compañía del proyecto dieran en prenda sus acciones como garantía de los prestamos. Al embargar las acciones, los prestamistas pueden volverse dueños de la compañía del proyecto.

De tal manera, la viabilidad financiera de un proyecto COT, a lo largo de su vida, debe ser claramente demostrable a los potenciales inversionistas y prestamistas. Esto significa que el proyecto debe tener una fuente clara y segura de ingresos suficientes para:

- a) Pagar el capital e intereses de la deuda del proyecto a lo largo del plazo de los diferentes préstamos.
- b) Proveer un retorno del capital y que éste sea correspondiente con el grado de riesgo que está asumiendo.

### **III. E. Otros aspectos importantes para ser considerados.**

#### **a) La asignación del riesgo.**

Un proyecto COT tiene un número de riesgos identificables. Algunos están razonablemente dentro del control de una o más partes del proyecto. Otros tal vez no se encuentren dentro del control de alguna de las partes, pero podrían ser asegurables a cierto costo. Otros no serían siquiera asegurables. Así, resumiremos los riesgos como sigue:

##### **a.1) Riesgos de cumplimiento.**

El riesgo de que el proyecto será completado a tiempo y por el precio establecido es normalmente cubierto por un contrato de construcción llave en mano, a precio y plazo fijo, con estipulación para la liquidación de daños, generalmente complementado por bonos de cumplimiento. El precio del proyecto llave en mano se incrementa por un factor de riesgo para compensar al contratista por tomarlo. El riesgo de cumplimiento es asumido secundariamente por la

compañía del proyecto, e indirectamente por sus accionistas, ya que su capital estará siendo erosionado en la medida en que los costos se incrementen debido a tardanzas o excesos en los costos que no estén cubiertos por la compensación de daños de los contratistas.

**a.2) Riesgo de ejecutoria y de operación.**

El riesgo de que el proyecto no vaya a funcionar de la manera prevista será cubierto por garantía por parte del consorcio de contratistas constructores y proveedores de equipos y por garantías de cumplimiento en un contrato de operación y mantenimiento. En cada uno de los casos, estos riesgos se encuentran substancialmente dentro del control de las partes que los asumen. Como en el caso del riesgo de cumplimiento, sin embargo, el riesgo de operación es asumido en segunda instancia por la compañía del proyecto.

**a.3) Riesgo de flujo de efectivo.**

Como una alternativa a los compromisos contingentes del gobierno anfitrión, en el mercado de Londres existen seguros comerciales disponibles para cubrir el riesgo de flujo de caja en proyectos COT. El costo de dicho seguro sería, sin embargo, parte del costo global del proyecto, e inevitablemente se vería reflejado en mas altos pagos de los ingresos a la compañía del proyecto.

**a.4) Riesgos de inflación y de divisas.**

Tanto inversionistas como prestamistas de un proyecto en un país en desarrollo estarán preocupados por los riesgos asociados a la inflación y tipo de

cambio. Estos inversionistas argumentarán que tales riesgos se encuentran fuera de su control y que debe ser responsabilidad del gobierno anfitrión. En un típico proyecto COT, las ganancias potenciales para los prestamistas y para los inversionistas de capital son suficientemente grandes como para compensarlos por tomar los riesgos de inflación y devaluación. Los inversionistas locales pueden necesitar protección solo en contra de la inflación. Los inversionistas extranjeros van a necesitar protección en contra de la inflación y de variaciones adversas en el tipo de cambio.

**a.5) Riesgos asegurables.**

Un proyecto COT típicamente tendrá un seguro de daños cubriendo los activos del proyecto, seguro de responsabilidad ante terceros, seguro para pago de prestaciones laborales y seguro para cubrir otros riesgos comercialmente asegurables. Dependiendo del apoyo que el gobierno anfitrión esté dispuesto a proporcionar, podría buscar seguros comerciales, o no, para cubrir interrupciones en el negocio, en los flujos de caja y riesgos similares.

**a.6) Riesgos no asegurables o de fuerza mayor.**

Algunos riesgos no se pueden asegurar del todo, o asegurarlos representa un costo no razonable, los prestamistas comerciales y las agencias de crédito a las exportaciones normalmente estarán renuentes a asumir los riesgos de fuerza mayor en un contexto COT y buscarán obtener apoyo de una o más partes. Los inversionistas pueden asumir los riesgos de fuerza mayor ellos mismos, pero normalmente no van a estar dispuestos a proteger a los prestamistas en contra de eventos de fuerza mayor. Los prestamistas, por tanto, normalmente insistirán en

que el gobierno anfitrión provea alguna cobertura para los casos de fuerza mayor no asegurables.

**a.7) Riesgo político.**

Tanto los prestamistas comerciales internacionales como los inversionistas extranjeros relacionados con proyectos COT normalmente buscarán un seguro de riesgo político, ya sea de parte de su propia agencia de crédito de exportaciones o de parte de otras fuentes como la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA). El seguro de riesgo político normalmente incluiría cobertura por cada violación cometida por el gobierno anfitrión de compromisos previstos para el proyecto COT.

**b) Los costos.**

Una de las cuestiones clave para el gobierno anfitrión y sus asesores financieros es si el costo global de un proyecto COT es más alto que el de un proyecto financiado directamente con préstamos oficiales; y si así fuese, no obstante el costo más alto, éste sea razonable para efectos de realizar proyectos que de otra manera no pudiesen ser financiados debido a limitaciones fiscales o presupuestarias. Si los proyectos COT cuestan más, el gobierno anfitrión o sus ciudadanos terminarían pagando costos mayores de una u otra forma; sin embargo, una respuesta completa a esta pregunta requerirá acceso a la información financiera detallada de los proyectos COT que se han desarrollado en el mundo, y esta es una información no disponible públicamente.

**b.1) Costo de la deuda principal.**

Por el lado de la deuda principal, el costo de tomar prestado para la compañía del proyecto COT podría ser un poco más alto de lo que sería para el gobierno anfitrión el costo de deuda oficial, ya que la credibilidad de un prestatario soberano debería, en teoría, determinar una tasa de interés inferior. Al grado en que los prestamistas comerciales puedan obtener el apoyo de las agencias de garantía de créditos de exportación, sin embargo, el costo de préstamos principales en los proyectos COT no será muy diferente de los costos de los préstamos oficiales. Mas aún, debido al componente de capital de un proyecto COT, debería haber menos deuda principal en general de lo que habría de deuda oficial en un proyecto financiado por el gobierno.

**b.2) Costo de capital accionario.**

El componente de capital accionario del financiamiento de los proyectos COT claramente será más caro que deuda oficial a largo plazo. Para compensar el riesgo substancial del proyecto que los inversionistas normalmente estarían asumiendo, ellos insistirán en un más alto retorno que el buscado por los principales prestamistas. El gobierno anfitrión, sin embargo, le da alguna consideración a estos costos más altos. El toma el beneficio del seguro que el colchón del capital accionario provee para cubrir costos excesivos durante la construcción y operación. También logra el beneficio técnico del compromiso a largo plazo de los inversionistas con el proyecto.

El análisis de los costos globales de un proyecto COT también debe considerar los beneficios potenciales al país anfitrión. El enfoque COT podría traer

mayores beneficios en entrenamiento y mayor transferencia continua de tecnología que el caso de los proyectos de propiedad de los gobiernos. El planteamiento, desarrollo y administración del proyecto COT por parte de la compañía del proyecto podría ahorrarle al gobierno anfitrión considerables costos en desarrollo, manejo y administración, en los que se incurriría si el gobierno fuese enteramente responsable del proyecto. Finalmente, los proponentes de la privatización creen que la administración y operación por parte del sector privado de una infraestructura durante el plazo de una concesión podría rendir beneficios adicionales no inmediatamente medibles en ahorro en costo.

**c) Las adquisiciones.**

El desarrollo y la negociación de un proyecto COT es complejo, consume gran cantidad de tiempo y es costoso, los patrocinadores podrían gastar años y millones de dólares necesarios solamente si saben que el proceso de adjudicación de proyectos es razonablemente ordenado y que las posibilidades de éxito y de recuperación de la inversión inicial son predecibles.

**c.1) Propuestas no solicitadas.**

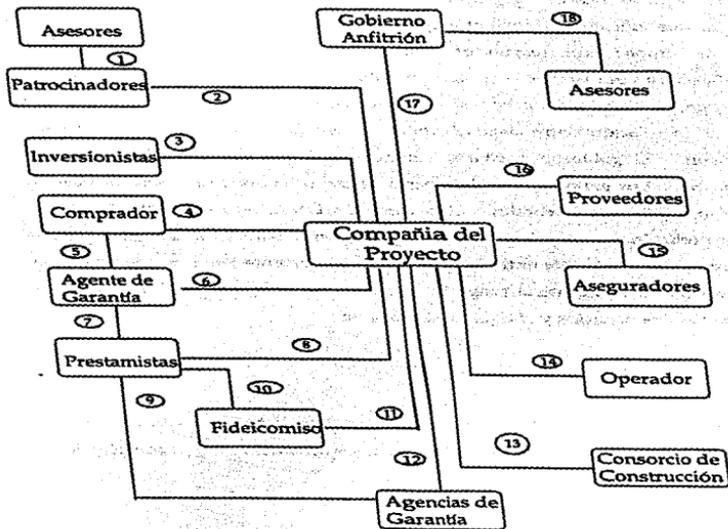
En virtud de las grandes sumas de dinero que implica un proyecto COT, y la substancial medida de apoyo gubernamental necesario, podría ser políticamente peligroso y poco recomendable, como política económica, que un gobierno anfitrión acepte propuestas no solicitadas de parte de un patrocinador único sin la evaluación y revisión de alternativas competitivas.

**c.2) Ofertas competitivas.**

El procedimiento normal para la adjudicación de proyectos COT debería ser similar al de adjudicar proyectos de obras públicas. Idealmente, el gobierno anfitrión identificará los proyectos que le gustaría hacer bajo el modelo COT en lugar de simplemente responder a las propuestas. El gobierno definiría las especificaciones del proyecto, el nivel y naturaleza del apoyo gubernamental por ser otorgado, el método propuesto para calcular la fuente de ingresos por el proyecto, la relación entre deuda/capital requerida y otros parámetros para la transacción. El gobierno invitaría entonces a la presentación de propuestas preliminares. Los ganadores preliminares serían seleccionados sobre la base de criterios competitivos normales. Una carta de intención sería firmada con el ganador preliminar y se iniciarían las negociaciones para finalizar los acuerdos financieros y de otra índole entre las partes. Es importante tener en cuenta que la razón para que un contratista tenga la intención de ser patrocinador o socio es poder proveer los servicios y el equipo al proyecto.

Para concluir este capítulo, se agrega a continuación un esquema de los proyectos COT, donde se puede apreciar a las partes involucradas y la complejidad que estos proyectos implican.

## Estructura de un proyecto COT



1. Banqueros, abogados y técnicos que asesoran a los patrocinadores para llevar a cabo el proyecto.
2. Inversionistas de capital en la compañía del proyecto.
3. Aportan capital de riesgo a la compañía del proyecto.
4. Agencia del Gobierno Anfitrión que comprará el proyecto.
5. Efectúa aportaciones o pagos para garantizar a los prestamistas el pago de los financiamientos.
6. El agente de garantía celebra con la compañía del proyecto un contrato de depósito para garantizar tanto su pago como los que se efectúan a los prestamistas.
7. Asegura el pago de las amortizaciones finales a los prestamistas.
8. La compañía del proyecto recibe créditos o emite papel a largo plazo para financiar el proyecto.
9. Las agencias de garantía aseguran el pago de los intereses y capital derivados de los financiamientos que se otorgaron a la compañía del proyecto.
10. Fideicomiso de fuente de pago al que la compañía del proyecto efectúa las aportaciones para cubrir los financiamientos.
11. Fideicomiso celebrado por la compañía del proyecto como fideicomitente al cual se le aportan las cuotas que se reciben de la operación del proyecto para cubrir el servicio de deuda con los prestamistas.
12. Agencias de garantía o sindicato de bancos avalistas que garantizan las emisiones o créditos solicitados por la compañía del proyecto.
13. Los consorcios celebran con la compañía del proyecto, los contratos llave en mano para el suministro de equipo, generalmente son subcontratistas o socios de la compañía del proyecto.
14. La compañía del proyecto celebra contrato de operación y administración durante la fase de operación del proyecto.
15. Aseguran los riesgos del proyecto.
16. Celebran con la compañía del proyecto los contratos de suministro.
17. El gobierno anfitrión otorga a la compañía del proyecto la concesión, las aprobaciones y autorizaciones, puede convertirse en accionista de la compañía.
18. Banqueros, abogados y asesores técnicos del gobierno anfitrión.

## Capítulo IV

### Los proyectos COT en México

**L**os cambios políticos en el mundo, en particular en la Unión Soviética y en Europa del Este, han hecho que los Estados se orienten hacia la economía de mercado y la globalización de las relaciones comerciales, lo que hace que a nivel de cada caso en particular se enfrente un desafío para hacer más eficiente al Estado. Se propone el cambio a una economía de libre mercado para eliminar proteccionismos comerciales, mejorar la planta industrial, desregular las actividades comerciales y hacer más competitivos los productos a nivel mundial.

A partir de la integración de la Comunidad Económica Europea (CEE) como mercado común y de que los países de otras regiones se agrupan en zonas de libre comercio para contender con la CEE (como la llamada Cuenca del Pacífico, o México al celebrar algunos tratados de integración económica con países de Latinoamérica y con los Estados Unidos y Canadá), cambian el contexto del Estado y la Economía del mismo<sup>16</sup>.

El profesor Posner<sup>17</sup> sostiene que "cualquier actividad de la sociedad implica costo y que ese costo debe ser cubierto por algún sector de la propia sociedad, al ampliarse el Estado en sus estructuras se forma un aparato burocrático muy grande que demanda sueldos, instalaciones y equipos que resultan costosos al Estado y se han considerado que en algunos sectores no son estrictamente

---

<sup>16</sup> ACOSTA, op. cit. pp 358-359

<sup>17</sup> Citado por el Dr. MIGUEL ACOSTA, op. cit. p359

prioritarios, de aquí que a partir de 1980 haya surgido la idea de reducir el aparato estatal en todo su conjunto para reducir el gasto presupuestario y desprenderse de numerosas empresas Paraestatales a efecto de hacer una proporción menor entre el producto interno bruto y el gasto de presupuesto”.

Al seguir estas ideas globalizadoras, en México las decisiones sobre privatización fueron tomadas por el Presidente de la República en los periodos de 1982-1988 y en 1988-1994. En este procedimiento de privatización la participación del Congreso de la Unión ha sido la de aprobar las reformas de diversos ordenamientos a fin de privatizar empresas creadas por Ley. Así, por ejemplo, se derogó el párrafo quinto del artículo 28 de la Constitución, que dio base para privatizar 18 sociedades nacionales de crédito en el período 1990-1993. En otros aspectos, el Congreso de la Unión ha promulgado leyes que cambian el papel del Estado y, de alguna manera, permiten concesionar servicios y bienes que anteriormente no se prevenían. Tal es el caso de la Ley de Aguas de 1992, la Ley de Bosques de 1992, la Ley de Pesca de 1992, la Ley Minera de 1992 y la Ley Agraria de 1993<sup>100</sup>.

Parte de estas privatizaciones ha sido utilizada para la ejecución de proyectos prioritarios de infraestructura por parte del Gobierno Mexicano con el concepto COT (Construye, Opera y Transfiere), en lo que se conoció como “proyectos extra-presupuestales”.

Debemos recordar que como un factor fundamental que inclina a determinado gobierno a optar por llevar a cabo proyectos de infraestructura bajo el concepto COT y no como obra pública es precisamente la falta de recursos, o bien, la renuencia de un gobierno a adquirir mas deuda pública directa, así estudiaremos a continuación las bases legales que permitieron llevar a cabo obras de infraestructura utilizando el esquema COT.

<sup>100</sup> ACOSTA ROMERO, op. cit. p.361

#### **IV. A. Bases legales para la realización de proyectos COT en México.**

##### **a) La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**

##### **a.1.) Las actividades económicas prioritarias**

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, en sus artículos 25, 26, 27 y 28, principalmente, se reconocen las actividades económicas prioritarias.

El artículo 25, que transcribo en sus partes conducentes, menciona:

Corresponde al Estado la rectoría del Desarrollo Nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución (párrafo primero).

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución (párrafo segundo).

El Sector Público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28 párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el gobierno federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan (párrafo cuarto).

La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveyerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución (párrafo octavo).

A su vez el artículo 26, en su parte conducente, establece que:

El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la Nación (párrafo primero).

Los fines del proyecto nacional contenidos en esta constitución determinarán los objetivos de la planeación. La planeación será democrática, mediante la participación de los diversos sectores sociales recogerá las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al plan y los programas de desarrollo. Habrá un Plan Nacional de Desarrollo al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la administración Pública Federal (párrafo segundo).

Por su parte el párrafo séptimo del artículo 27 constitucional establece:

En los casos a que se refiere los dos párrafos anteriores (recursos naturales, minerales, yacimientos, productos derivados de la descomposición de las rocas, yacimientos minerales u orgánicos u aguas), el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes. Las normas legales relativas a obras o trabajos de explotación de los minerales o sustancias a que se refiere el párrafo cuarto, regularán la ejecución y comprobación de los que se efectúen o deban efectuarse a partir de su vigencia, independientemente de la fecha de otorgamiento de las concesiones y su inobservancia dará lugar a la cancelación de ésta. El Gobierno Federal tiene la facultad de establecer reservas nacionales y suprimirlas. Las declaratorias correspondientes se harán por el ejecutivo en los casos y condiciones que las leyes prevean....."

Finalmente, el Artículo 28 menciona que:

En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria (párrafo primero).

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos, petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalan las leyes que expida el Congreso de la Unión..... (párrafo cuarto).

El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público (párrafo noveno).

De la lectura de los anteriores preceptos podemos señalar que es el Gobierno Federal a través del Poder Ejecutivo el encargado de conducir la política económica y la economía nacional, la que se sujetará a lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo; además se menciona de manera general las bases de actuación tanto del Estado como de los particulares en materia económica, señala las áreas estratégicas y las áreas reservadas al Estado, las que mediante concesiones pueden ser explotadas por particulares.

Es por tanto importante señalar que es una concesión puesto que los proyectos COT que se desarrollaron en nuestro país se llevaron a cabo a través de concesiones.

#### a.1.1) La Concesión.

El párrafo séptimo del artículo 27 y del párrafo noveno del artículo 28 de la Constitución nos dan el fundamento para el otorgamiento de las concesiones por parte de la autoridad.

En base al fundamento constitucional señalado, existen concesiones para la prestación de servicios públicos y para la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación<sup>101</sup>.

Su otorgamiento, modalidades, condiciones y excepciones se establecerán en las leyes secundarias competentes, por lo que no existe uniformidad, ya que cada ley establece los procedimientos, requisitos, plazos, derechos y obligaciones.

Además, la concesión debe otorgarse en base al interés público; asegurar la eficacia de la prestación de servicios y utilización social de los bienes y evitar fenómenos de concentración en contra del interés público.

Por su parte, el artículo 20 de la Ley General de Bienes Nacionales señala que las concesiones no crean derechos reales, sino que otorgan frente a la administración y sin perjuicio de terceros el derecho a realizar los usos, aprovechamientos y explotaciones.

Así, el documento en el que se otorga la concesión constituye un título a favor del concesionario, en el que se establecen las condiciones que de manera unilateral fija la autoridad administrativa.<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> Cabe señalar que de conformidad con lo que establece la Ley General de Bienes Nacionales, el tipo de bienes que son susceptibles de otorgarse en concesión son los bienes de dominio público de la Federación (art. 1º, 2, y del 20 al 27), no así los bienes del dominio privado de la Federación.

<sup>102</sup> DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto. Elementos de Derecho Administrativo. Tercera Reimpresión, Noriega Limusa, México, 1991, p. 221

Señala el Lic. Luis H. Delgadillo<sup>103</sup> que:

De acuerdo a lo establecido en nuestra Constitución y en las leyes que de ella se derivan, las concesiones pueden ser de servicios públicos y para el uso, aprovechamiento y explotación de bienes del dominio de la Federación. La Doctrina señala que también existen las concesiones de obra pública, que se otorgan para construir una obra destinada a un servicio público, y explotarla durante un tiempo determinado para recuperar la inversión; y la concesión de empresa pública, que se otorga para la dirección y administración de una empresa creada por el Estado para la satisfacción de necesidades colectivas de interés general. Sin embargo, estos dos últimos tipos de concesión están incluidos en los dos que nuestro sistema jurídico establece, puesto que si se trata de otorgar derechos para la prestación de servicios públicos, ya sea que la infraestructura esté previamente establecida o se tenga que construir, sus características encajan en la concesión de servicios públicos.

Analizando un proyecto COT, es lo que la doctrina (como se menciona en la cita anterior) ha denominado concesión de obra pública y que se trata de una concesión de servicio público por lo que, la definiremos como sigue:

“Es un acto administrativo mediante el cual una persona pública llamada autoridad concedente, confía a una persona física o moral llamada concesionario, la misión de gestionar un servicio público bajo el control de esa autoridad concedente, a cambio de una remuneración que consiste, en la mayoría de los casos, en las tarifas que el concesionario percibirá de los usuarios del servicio”.<sup>104</sup>

<sup>103</sup> op. cit. p.219

<sup>104</sup> VEDEL GEORGES. Derecho Administrativo, citado por el Lic. DELGADILLO GUTIÉRREZ, op. cit. p.219

**a.2) Bases constitucionales de los aspectos presupuestarios de la Federación.**

Como se ha mencionado, si es la falta de recursos lo que en un momento dado motiva a un Estado a optar por desarrollar su infraestructura a través de un esquema COT, es necesario comentar algunos aspectos relativos a los ingresos y egresos de la Federación, así la Constitución como ley fundamental nos da las bases de los aspectos presupuestarios de la Federación en los artículos 31, 72, 73, 74 y 126 que se señalan a continuación en sus partes conducentes.

El artículo 31 fracción IV.- "contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes".

En esta disposición se establecen las obligaciones de los mexicanos, y consigna el principio de legalidad de las contribuciones.

El artículo 72, inciso h) establece que los proyectos que versan sobre empréstitos, contribuciones o impuestos deben de discutirse primero en la Cámara de Diputados y, después, terminarse en la de Senadores, los proyectos a que se refiere este artículo fue básicamente, los proyectos a que se refiere este artículo fue básicamente la expedición de la Ley de Ingresos de la Federación y el Presupuesto de Egresos que se expide cada año.

Por su parte, el artículo 73 dispone en su fracción VII que es facultad del Congreso de la Unión "imponer las contribuciones necesarias a cubrir el presupuesto" que nos proporciona una base más de la legalidad de las contribuciones; de igual forma, la fracción VIII de dicho artículo establece la facultad del Congreso para "dar 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." Que se dan con la expedición por parte del Congreso de la Ley General de Deuda Pública.

El artículo 74, fracción IV menciona que es facultad exclusiva de la Cámara de Diputados "examinar, discutir y aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación, discutiendo primero las contribuciones que a su juicio, deben decretarse para cubrirlo, así como revisar la Cuenta Pública del año anterior". Este artículo contempla el principio de anualidad del Presupuesto.

Añade esta disposición en su segundo párrafo, que corresponde al Presidente de la República formular la iniciativa de la Ley de Ingresos de la Federación que hará llegar a la Cámara de Diputados.

El artículo 126 establece: "no podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el presupuesto o determinado por ley posterior", que nos proporciona el principio de legalidad de los egresos de la Federación.

Si bien este artículo no consigna ningún aspecto presupuestario de la Federación, es importante señalarlo como parte final de nuestras bases constitucionales aplicables a los proyectos COT, ya que el ejercicio de la función administrativa que el Estado realiza para la consecución de sus fines se adecuan a diferentes criterios de eficiencia para su organización. El funcionamiento de esta organización hace necesaria la utilización de diferentes formas de estructuración de acuerdo con las necesidades y fines que se proponga la administración, que se determinan en base a consideraciones políticas y técnicas; así, el artículo 90 de la Constitución establece que la Administración Pública Federal será centralizada y Paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, para tales efectos, el Congreso de la Unión expidió la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1976.<sup>101</sup>

<sup>101</sup> DELGADILLO GUTIÉRREZ, op. cit. p87

**b) La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal**

Una vez mencionados los artículos constitucionales que sirven de marco de referencia, a continuación señalaré los artículos de la LOAPF relativos a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y el relativo a la creación de Comisiones Intersecretariales, artículos que están relacionados con el presente estudio. Así, el artículo 31 enumera los asuntos que son competencia de la SHCP, de los cuales transcribiremos los que se establecen en las fracciones I, II, V, VI, XI, XIV, XV, XVI, XVII, y XXV:

- I.- Proyectar y coordinar la planeación nacional del desarrollo y elaborar, con la participación de los grupos sociales interesados, el Plan Nacional correspondiente;
- II.- Proyectar y calcular los ingresos de la Federación, del Departamento del Distrito Federal y de las entidades Paraestatales, considerando la necesidad del gasto público federal, la utilización razonables del crédito público y la sanidad financiera de la Administración Pública Federal;
- V.- Manejar la deuda Pública de la Federación y del Departamento del Distrito Federal;
- VI.- Realizar o autorizar todas las operaciones en que se haga uso del crédito público.
- XI.- Cobrar los impuestos, contribuciones de mejoras, derechos, productos y aprovechamientos federales en los términos de las Leyes aplicables y vigilar y asegurar el cumplimiento de las disposiciones fiscales.
- XIV.- Proyectar y calcular los egresos del Gobierno Federal y de la Administración Pública Paraestatal, haciéndolos compatibles con la disponibilidad de recursos y en atención a las necesidades y políticas del desarrollo nacional;
- XV.- Formular el programa del gasto público federal y el proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación y presentarlos, junto

con el Departamento del Distrito Federal, a la consideración del Presidente de la República.

- XVI.- Evaluar y autorizar los programas de inversión Pública de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal;
- XVII.- Llevar a cabo las tramitaciones y registro que requiera la vigilancia y evaluación del ejercicio del gasto público federal y de los presupuestos de egresos;
- XXV.- Los demás que le atribuyan expresamente las Leyes y reglamentos.

De tal forma que, como se mencionó, corresponde al Estado a través del Ejecutivo Federal la planeación de la política económica y la economía nacional, el Ejecutivo lleva a cabo estas funciones a través de la SHCP, asimismo, esta Secretaría es la encargada entre otras funciones, de formular el Presupuesto de Egresos de la Federación y del manejo y autorización del Crédito y la Deuda Pública.

#### **b.1) La Comisión Intersecretarial de Gasto Financiamiento.**

El único ordenamiento expreso sobre las comisiones Intersecretariales se encuentra en el artículo 21 de la LOAPF, que a la letra dice:

El Presidente de la República podrá constituir Comisiones Intersecretariales para el despacho de los asuntos en que deban intervenir varias Secretarías de Estado o Departamentos Administrativos.

Las entidades de la Administración Pública Paraestatal podrán integrarse a dichas Comisiones cuando se trate de asuntos relacionados con su objeto.

Señala el Dr. Acosta<sup>108</sup> que las Comisiones Intersecretariales son "organismos intermedios creados para la atención de asuntos que implican el ejercicio de la actividad administrativa en diversas ramas o materias, están integradas por uno o varios Secretarios de Estado, Jefes de Departamento, Directores o Gerentes de Organismos Descentralizados o Empresas de Estado o representantes de ellas". Tienen como finalidad la solución de problemas en los cuales sea insuficiente la acción de una sola Secretaría o Departamento de Estado.

En el caso específico, la Comisión Intersecretarial de Gasto Financiamiento fue creada con carácter de permanente por Acuerdo del Ejecutivo Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de agosto de 1974, y modificado, por última vez, por acuerdo publicado en dicho Diario el 2 de septiembre de 1994.

Esta Comisión está integrada por los Secretarios de Hacienda y Crédito Público, de Desarrollo Social, de la Contraloría General de la Federación (ahora Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo), de Comercio y Fomento Industrial, del Trabajo y Previsión Social, así como por dos subsecretarios de la primera (la de Hacienda) y un subsecretario de cada una de las restantes. El Gobernador y un subgobernador del Banco de México asistirán a las sesiones en calidad de invitados permanentes.

En caso de requerirse, deberán concurrir a las sesiones de la Comisión y participar en ellas el Coordinador Sectorial correspondiente y los representantes de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, para apoyar en lo necesario los análisis y las recomendaciones de la Comisión.

Dentro de la competencia de la Comisión está el despacho de asuntos en materia de gasto público y su financiamiento, así como los programas correspondientes de las Secretarías de Hacienda y Crédito Público y de la Contraloría y Desarrollo Administrativo. La Comisión deberá actuar permanentemente durante todo el proceso de planeación, programación,

<sup>108</sup> ACOSTA, op. cit. p.437-439

presupuestación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública; se considera como una instancia de coordinación entre las dependencias, y de asesoría al Ejecutivo Federal para la toma de decisiones en estos aspectos.

**c) La Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal**

Una vez analizadas las bases constitucionales y algunos aspectos de la LOAPF, considero importante hacer mención a los ingresos y egresos de la Federación así como a la Deuda Pública ya que, como se ha manifestado estos proyectos se plantearon en un principio como "extra-presupuestales", esta situación ha cambiado, por lo que es necesario hacer un pequeño análisis a estos ordenamientos.

El presupuesto en nuestro país reviste dos etapas, la de ingresos y la de egresos. La primera adquiere vida legal a través de la Ley de Ingresos; la segunda, por medio del Decreto que aprueba el presupuesto de egresos para cada ejercicio fiscal.

**c.1.) La Ley de Ingresos<sup>197</sup>:**

La Ley de Ingresos constituye un catálogo de conceptos que, a manera de ingresos, puede percibir el Gobierno Federal. Este catálogo, salvo casos excepcionales, no especifica los elementos de las contribuciones: sujeto, objeto, cuota, tasa o tarifa, ni las infracciones o sanciones, ya que sólo establece que en determinado ejercicio fiscal, el Estado está autorizado a percibir los ingresos provenientes de los conceptos que en la misma se enumeran.

Al lado de esta Ley de Ingresos existen leyes especiales, que son las que regulan todos los aspectos generales y particulares de las contribuciones y que,

<sup>197</sup> Notas tomadas de la Especialidad en Derecho Administrativo, de la cátedra Régimen Financiero del Estado, impartida por el Lic. Fernando Gutiérrez Domínguez, Universidad Panamericana, México, 1996.

obviamente, sería imposible reexpedir cada año como, por ejemplo, la Ley Federal de Derechos.

Es de señalarse que esta ley contiene tanto ingresos tributarios como de carácter no tributario; sin embargo, para efectos de legalidad, control y evaluación, todos los ingresos que el estado perciba en un determinado ejercicio fiscal deben consignarse en la Ley de Ingresos.

#### c.2.) El financiamiento del Estado.

Básicamente hay tres formas mediante las cuales cualquier Estado obtiene ingresos, a saber:

- Ingresos Tributarios
- Ingresos no tributarios
- Crédito primario

- Los ingresos tributarios, o contribuciones, podemos clasificarlos como sigue:
- a) **Impuestos.** Las contribuciones establecidas en la Ley, que deben pagar las personas físicas y morales que se encuentran en la situación jurídica o de hecho prevista por la misma, distintas de las señaladas en el propio CFF (art. 2o., fracción I).
  - b) **Aportaciones a la seguridad social.** Son las contribuciones establecidas en la ley, a cargo de personas que son sustituidas o por el Estado, en el cumplimiento de obligaciones fijadas por la ley en materia de seguridad social, o por las personas que se benefician en forma especial por servicios de seguridad social proporcionados por el mismo Estado (art. 2o., fracción II, CFF).
  - c) **Derechos.** Las contribuciones establecidas en la ley por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público de la Nación, así como

por recibir servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público. Se hace excepción si los servicios se prestan por organismos descentralizados u órganos desconcentrados. En este último caso, cuando se trate de contraprestaciones que no se encuentran previstas en la Ley Federal de Derechos. También son derechos las contribuciones a cargo de los organismos públicos descentralizados por prestar servicios exclusivos del Estado (Art. 2o., fracción IV, CFF).

- d) Contribuciones de mejoras. Son las establecidas en la ley a cargo de las personas físicas o morales que se beneficien de manera directa por obras públicas.
- e) Contribuciones no comprendidas en las fracciones precedentes causadas en ejercicios fiscales anteriores, pendientes de liquidación o pago. Son aquéllas contribuciones causadas, no pagadas en determinado ejercicio fiscal por diversas razones, que ingresarán a las arcas de la Federación en el ejercicio fiscal en curso.
- f) Accesorios de las contribuciones. Los recargos, las sanciones, los gastos de ejecución y la indemnización a que se refiere el antepenúltimo párrafo del art. 21 del CFF, son accesorios de las contribuciones y participan de la naturaleza de éstas. (art. 2o., último párrafo, CFF).

Por lo que ve a los ingresos no tributarios, se pueden clasificar de la siguiente manera:

- a) Aprovechamientos. Son aprovechamientos los ingresos que percibe el Estado por funciones del derecho público distintos de las contribuciones, los ingresos derivados de financiamientos y los que obtengan los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal (art. 3o. CFF).

- b) **Ingresos derivados de financiamientos.** Son los provenientes de empréstitos otorgados por un Estado, un Organismo Internacional de Crédito o una Institución Privada de Crédito extranjera o, bien, por una Institución Nacional de Crédito, para la satisfacción de determinadas necesidades presupuestales, así como aquéllos ingresos que se derivan de la emisión de bonos de deuda pública. Estos financiamientos generan, para el gobierno receptor, la obligación, a un cierto plazo, de restituirlos, adicionados con una sobreprima por concepto de intereses y cuyo conjunto, aunado a otras disposiciones crediticias, forma la deuda pública de un país, en virtud de que tanto el compromiso de reembolsar el monto invertido por los interesados, como el pago de la prima o sobreprecio, se convierten en pasivos a plazo que afectan las disponibilidades del Erario Federal.
- c) **Productos.** Son productos las contraprestaciones por los servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho privado, así como por el uso, aprovechamiento o enajenación de bienes del dominio privado (artículo 3o., último párrafo, CFF).
- d) **Otros ingresos.** Son los que provienen de organismos descentralizados y empresas de participación estatal en virtud de la prestación de servicios que dan o de la comercialización de productos que realizan con base en las actividades que les son propias.

El crédito primario se encuentra regulado básicamente en la Ley del Banco de México, en el artículo 7o., segunda fracción que señala que el Banco de México podrá otorgar crédito al Gobierno Federal.

### c.3) El presupuesto de Egresos.<sup>108</sup>

De conformidad con el artículo 15 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, "El presupuesto de egresos será el que contenga el decreto

<sup>108</sup>Notas tomadas de la Especialidad de Derecho Administrativo.- Vid. supra no. 106

que apruebe la Cámara de Diputados, a iniciativa del Ejecutivo para expensar durante el período de un año a partir del 1o. de enero, las actividades, las obras y los servicios públicos previstos en los programas a cargo de las entidades que en el propio presupuesto se señalen”.

Los egresos programados para el Gobierno Federal deben estar en concordancia con los ingresos que percibirá el Estado en un ejercicio fiscal determinado, con el propósito de evitar un déficit presupuestal.

El ejercicio de los gastos públicos sólo tiene vigencia por el término de un año, o ejercicio fiscal, que en nuestro país coincide con el año de calendario, a lo que se llama sistema de presupuesto de caja. Este es el principio de anualidad al que nos hemos referido con anterioridad.

Existen disposiciones necesarias en la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal que aparentemente no contemplan este principio de anualidad que son los siguientes:

El artículo 29 establece:

Una vez concluida la vigencia de un presupuesto de egresos de la Federación, solo procederá hacer pagos con base en él, por los conceptos efectivamente devengados en el año que corresponda y siempre que se hubieren contabilizado debida y oportunamente las operaciones respectivas y, en su caso, se hubiere presentado el informe a que se refiere el artículo anterior” [dicho informe debe ser presentado por las entidades a que dicha ley obliga, y deberá contener el monto y las características de la deuda pública flotante o pasivo circulante a fin del año].

El artículo 30 dispone:

En casos excepcionales y debidamente justificados, la Secretaría de Programación y Presupuesto [hoy SHCP, aunque la ley sigue

mencionando a aquella Secretaría] podrá autorizar que se celebren contratos de obras públicas, de adquisiciones o de otra índole, que rebasen las asignaciones presupuestales aprobadas para el año, pero en estos casos los compromisos excedentes no cubiertos, quedarán sujetos, para los fines de ejecución y pago, a la disponibilidad presupuestal de los años subsecuentes.

Es importante señalar que este artículo fue reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de diciembre de 1995, reforma de la que me ocuparé más adelante.

Por su parte el artículo 45 del reglamento de la ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público señala que:

Para cubrir los compromisos devengados y no pagados al 31 de diciembre de cada año, las entidades deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- I. Que se encuentren debidamente contabilizados al 31 de diciembre del ejercicio correspondiente.
- II. Que exista disponibilidad presupuestal para esos compromisos en el año en que se devengaron.
- III. Que se informe a la Secretaría, antes del último día de febrero de cada año, en los términos del artículo 28 de la Ley, el monto y características de su deuda pública flotante o pasivo circulante, y
- IV. Que se radiquen en la Tesorería de la Federación, los documentos que permitan efectuar los pagos respectivos a más tardar el último día del mes de febrero del año siguiente, al del ejercicio a que corresponda el gasto.

De no cumplir con los requisitos antes señalados, dichos compromisos se cubrirán con cargo al presupuesto del año siguiente.

Dentro de los principios que debe contener el presupuesto de egresos está el de unidad, es decir, que los egresos autorizados deben estar consignados en un solo documento, esto es, que hay sólo un presupuesto de egresos.

Otro de los principios que deberá contener el presupuesto de Egresos es el de universalidad, y consiste en que todos los gastos públicos deben estar considerados en el presupuesto.

Encontramos también en el presupuesto de egresos el principio denominado de especificación de gasto. Éste consiste en que la asignación que se haga del presupuesto se realice en partidas presupuestales específicas, detalladas y concretas. Lo anterior quiere decir que no debe otorgarse en forma global, sino que los gastos públicos se deben detallar hasta donde sea posible para cada caso específico.

Asimismo, el artículo 25 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal es el que indica que el gasto público deberá ajustarse al monto autorizado para los programas y partidas presupuestales.

Al especificarse que los gastos se efectuarán con cargo al presupuesto, y no en partidas globales, se garantiza que los órganos del Estado no efectúen las erogaciones a su libre albedrío sino con base en los programas autorizados, en la proporción y monto establecidos para cada partida.

#### **c.4) La Ley General de Deuda Pública.**

Esta ley prevé, en su artículo 1o., lo que se entenderá por Deuda Pública. Considera que ésta estará "constituida por las obligaciones de pasivo, directas o contingentes derivadas de financiamiento y a cargo de las siguientes entidades: I. El Ejecutivo Federal; II. El Departamento del Distrito Federal; III. Los Organismos descentralizados; IV. Las empresas de participación estatal mayoritaria; V. Las instituciones que presten el servicio público de banca y crédito, las organizaciones

auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y las de fianzas y VI. Los fideicomisos en los que el fideicomitente sea el Gobierno Federal o alguna de las entidades mencionadas en las fracciones II al V.”

La ley que se analiza otorga las facultades necesarias para que sea la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la que negocie los términos y condiciones de la contratación de créditos, empréstitos o préstamos, así como la encargada de la interpretación y aplicación de esa Ley (art. 3 al 8).

Por lo que se refiere a los proyectos de obra pública, el artículo 18 de la citada ley establece:

Los proyectos a cargo de las dependencias del Gobierno Federal que requieran financiamiento para su realización, deberán producir los recursos suficientes para su amortización y las obligaciones que se asuman, en razón de que dichos financiamientos, no deberán ser superiores a la capacidad de pago de las entidades del sector público que las promuevan.

La capacidad de pago de las dependencias del Gobierno Federal se establecerá en función de su disponibilidad presupuestal para los ejercicios subsecuentes.

Este artículo, al igual que el artículo 30 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, fue reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de diciembre de 1995, reforma de la que me ocuparé más adelante.

#### **d) La Ley de Adquisiciones y Obras Públicas**

En virtud de que los proyectos de infraestructura de los que se ocupa este estudio, en otras circunstancias las obras en cuestión se considerarían obra pública, es importante señalar algunas disposiciones de la Ley de Adquisiciones y Obra Pública, entre las que destacan las siguientes:

El artículo 1º en su último párrafo señala: " Las dependencias y entidades señaladas en las fracciones anteriores (las Unidades Administrativas de la Presidencia de la República, las secretarías de Estado y departamentos administrativos, las procuradurías generales de la República y de Justicia del Distrito Federal, El Gobierno del Distrito Federal); los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos públicos que sean considerados como entidades Paraestatales), se abstendrán de crear fideicomisos, otorgar mandatos o celebrar actos o cualquier tipo de contratos, cuya finalidad sea evadir lo previsto en este ordenamiento".

El artículo 4 señala:

- Para los efectos de esta Ley se considera obra pública:
- I.- La construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de bienes inmuebles;
  - II.- Los servicios relacionados con la misma, incluidos los trabajos que tengan por objeto concebir, diseñar, proyectar y calcular los elementos que integran un proyecto de obra pública, así como los relativos a las investigaciones, asesorías y consultorías especializadas; la dirección o supervisión de la ejecución de las obras; los estudios que tengan por objeto rehabilitar, corregir o incrementar la eficiencia de las instalaciones cuando el costo de éstas sea superior al de los bienes muebles que deban adquirirse; y los trabajos de explotación, localización y perfección que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos petroleros que se encuentren en el subsuelo;
  - III.- Los proyectos integrales, que comprenderán desde el diseño de las obras hasta su terminación total;
  - IV.- Los trabajos de explotación, localización y perforación distintos a los de extracción de petróleo y gas; mejoramiento del suelo; subsuelo; desmontes; extracciones; y, aquellos similares, que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos naturales que se encuentren en el suelo o en el subsuelo;

- V.- Instalación de islas artificiales y plataformas utilizadas directa o indirectamente en la explotación de recursos;
- VI.- Los trabajos de infraestructura agropecuaria, y
- VII.- Todos aquellos de naturaleza análoga.

**Artículo 7:**

El gasto de las adquisiciones, arrendamientos y servicios, así como de obra pública, se sujetará, en su caso, a las disposiciones específicas de los presupuestos anuales de egresos de la Federación y del Gobierno del Distrito Federal, así como a lo previsto en la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y demás disposiciones aplicables.

En base a los ordenamientos señalados, los proyectos COT se estructuraron de la siguiente manera:

Cuando una entidad o dependencia de la Administración Pública Federal estaba interesada en la realización de un proyecto COT debía:

1. Efectuar los estudios técnicos y financieros necesarios que determinaran la necesidad de llevar a cabo un proyecto y que éste no debía ser considerado obra pública.
2. Se procedía en términos del artículo 28 de la LAOP a contratar a la compañía del proyecto mediante licitación pública o por invitación restringida.
3. La compañía ganadora era aquella que reunía las condiciones legales, técnicas y económicas requeridas y que garantizara el cumplimiento de sus obligaciones, en términos del artículo 46 de la LAOP.
4. Sin embargo, antes de emitir el fallo correspondiente, la Dependencia o Entidad interesada debía acudir a la Comisión Intersecretarial de Gasto-Financiamiento

por conducto de la SHCP a presentar el caso concreto a fin de que esa Comisión autorizara el esquema de financiamiento planteado.

5. La Comisión Intersecretarial de Gasto Financiamiento otorgaba el acuerdo mediante el cual se autorizaba a la Dependencia o Entidad interesada a contratar el proyecto COT.
6. En algunos esquemas de financiamiento autorizados por la Comisión citada, se preveía que la Dependencia o Entidad interesada contribuyera con recursos propios y asumía la obligación de contemplar en su proyecto de presupuesto de egresos del año de que se tratara el gasto que debía efectuar.
7. Con la autorización favorable del a Comisión señalada, la Dependencia o Entidad interesada adjudicaba el proyecto mediante el otorgamiento de una concesión de servicio público.
8. Estos proyectos no se contemplaban al momento de su otorgamiento en ninguna partida específica del presupuesto de egresos, sino que, en su momento, lo que se contemplaba eran las obligaciones anuales de pago de la Dependencia o Entidad, razón por la que estos proyectos se conocieron como "extrapresupuestales", no porque se intentara violar con alguna disposición sino porque, se financian básicamente por inversionistas privados y se buscó no afectar las fuentes de financiamiento del Estado y como tales no eran objeto de registro en partida específica alguna.

Como se puede apreciar, esta forma de financiar proyectos representan una alternativa para llevar a cabo proyectos necesarios para continuar con el desarrollo de infraestructura del país pero que no era posible para el Estado contratar de manera directa por no contar con los recursos económicos suficientes.

Podemos concluir que los proyectos COT fueron adjudicados con base a los lineamientos legales existentes y en todos los casos, una vez adjudicados se constituyeron fideicomisos privados a los que se afectaron parte o la totalidad de la concesión otorgada a la compañía del proyecto pues se consideró que a través del fideicomiso se lograba conjuntar intereses y llevar a cabo el proyecto de una manera transparente.

#### **IV.B.- Reformas a las bases legales para la realización de proyectos COT en México**

A partir de 1995 se aprecia un cambio en la política económica del país, por dos razones fundamentales, la primera de ellas, los sucesos ocurridos en México durante 1994 que provocaron una grave crisis en nuestro sistema financiero y que definitivamente influyeron en el desarrollo de estos proyectos y la segunda de ellas es que a finales de 1994 se llevó a cabo el cambio de Jefe del Ejecutivo Federal.

Lo anterior originó algunas modificaciones a los ordenamientos señalados en el inciso anterior con la pretensión de incluir a estos proyectos dentro del Presupuesto de Egresos de la Federación, estas modificaciones son las siguientes.

**a) Reformas a la Ley General de Deuda Pública y a la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal.**

Con fecha 21 de diciembre de 1995, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 30 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público y al artículo 18 de la Ley General de Deuda Pública.<sup>109</sup>

Así, al artículo 30 de la LPCGPF se le adiciona un segundo párrafo, como sigue:

Tratándose de proyectos incluidos en programas prioritarios a que se refiere el párrafo tercero del artículo 18 de la Ley General de Deuda Pública, en que la mencionada Secretaría [SHCP], en los términos que establezca el reglamento de esta ley, haya otorgado su autorización por considerar que el esquema de financiamiento correspondiente fue el mas recomendable de acuerdo a las condiciones imperantes, a la estructura del proyecto y al flujo de recursos que genere, el servicio de las obligaciones derivadas de los financiamientos correspondientes, se considerará preferente respecto

<sup>109</sup> Reformas a las que me referí en las pags. 131 y 134 de este trabajo.

de nuevos financiamientos, para ser incluido en los presupuestos de egresos de los años posteriores hasta la total terminación de los pagos relativos.

Esta reforma hace referencia a los proyectos incluidos en programas prioritarios que, en todos los casos, se refieren a proyectos de infraestructura efectuados bajo el esquema COT o alguna de sus variantes.

Por su parte, el artículo 18 de la Ley General de Deuda Pública le fue adicionado un tercer párrafo, mediante el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de diciembre de 1995 antes señalado que, a la letra, dice:

Tratándose de obligaciones derivadas de financiamientos de proyectos de infraestructura productiva de largo plazo referidos a actividades prioritarias y mediante los cuales las entidades adquieran bienes o servicios bajo cualquier modalidad, cuya fuente de pago sea el suficiente flujo de recursos que el mismo proyecto genere, y en los que se cuente con la previa aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en los términos del artículo 30 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, sólo se considerará para efectos de la presente Ley, como pasivo directo a los montos de financiamiento a pagar durante el ejercicio anual corriente y el ejercicio siguiente y el resto del financiamiento se considerará como pasivo contingente hasta el pago total del mismo.

En la exposición de motivos<sup>110</sup> de la reforma a ambos artículos, que transcribo en sus partes conducentes, el legislador señala:

Esta iniciativa se inscribe en los propósitos de acrecentar el acervo productivo nacional y las bases para que el crédito público contribuya a un desarrollo sostenido y equilibrado. Las necesidades de financiamiento para impulsar el desarrollo del país y atender las demandas crecientes de la población exigen optimizar los recursos financieros internos y externos que capte el gobierno, a efecto de orientarlo a la ejecución de proyectos prioritarios de infraestructura económica y social.

<sup>110</sup> Diario de Debates de la Cámara de Diputados, año II, No. 31, diciembre 8, 1995 pp. 5470-5484

La evolución de los mercados financieros y la complejidad de los instrumentos de financiamiento, hacen indispensables reforzar y actualizar las disposiciones contenidas en los ordenamientos jurídicos relacionados con la contratación del crédito público y con el registro y control contable de las erogaciones que realiza el Ejecutivo Federal, para atender las prioridades nacionales.

El desarrollo de nuevas figuras de financiamiento, genera la necesidad de mejorar la congruencia de las políticas para financiar el desarrollo y el gasto público, con el objeto de favorecer el acceso a recursos financieros escasos, en mejores condiciones para el país y de garantizar la disponibilidad presupuestal para concluir los proyectos prioritarios de interés nacional. Es el caso, por ejemplo, de los proyectos de generación o transmisión de energía eléctrica, de plantas de refinación o programas de exploración o explotación de hidrocarburos, entre otros.

El pasado reciente nos ha demostrado que la inversión especulativa o de capitales golondrinos o volátiles conlleva riesgos muy peligrosos ya que equivale a colgar nuestra economía de un hilo tan delgado como el tamaño de la voracidad de los intereses de los especuladores. La crisis actual nos da una experiencia muy dolorosa al haber permitido que nuestra economía sea dependiente en su totalidad de la inversión especulativa, esto no puede ni debe repetirse, por ello consideramos adecuado promover la inversión en proyectos prioritarios, productivos y eficientes en donde la inversión quede transformada en activos tangibles y en bienes y servicios que satisfagan a los mexicanos.

En el primer párrafo transcrito se menciona: "Las necesidades de financiamiento para impulsar el desarrollo del país...exigen optimizar los recursos financieros internos y externos que capte el gobierno".

Sobre este punto, y como se mencionó en el capítulo anterior, los recursos financieros que se obtienen para llevar a cabo el proyecto bajo el esquema COT son captados no por el gobierno sino por la "compañía del proyecto". En tal virtud, considero que no es competencia de los ordenamientos modificados (LGDP y LPCGPF) regular los financiamientos internos o externos que un particular capte.

Si bien el gobierno termina pagando el financiamiento, ya sea mediante un período de concesión que se otorgue a la compañía del proyecto o, bien, bajo el esquema de arrendamiento si se trata de la modalidad CAT (construye, arrienda y transfiere), lo que se buscó con las modificaciones que se comentan no es regular la forma de captación como lo menciona la exposición de motivos sino más bien la forma de pago.

Por lo que ve al segundo párrafo transcrito, coincido con los motivos del legislador respecto a reforzar y actualizar el registro y control contable de las erogaciones que realiza el Ejecutivo Federal para atender las prioridades nacionales. Y, si bien se justifica bajo este supuesto la reforma a la LPCGPF, no así, desde mi punto de vista, a la LGDP, puesto que la primera efectivamente es competente para actualizar el registro y control contable que realiza el Ejecutivo Federal, pero no es competencia de la LGDP.

Ahora bien, en el tercer párrafo se habla de "el desarrollo de nuevas figuras de financiamiento..." y, efectivamente, como lo he mencionado, lo que se está regulando -a posteriori- son los llamados proyectos "extra-presupuestales" o COT. Es importante agregar que se menciona que es a posteriori puesto que cuando se otorgaron las concesiones respectivas no existían estos ordenamientos y ahora las reformas hechas no señalan que tratamiento que se le dará a los proyectos existentes antes de las reformas que se comentan.

En relación con el cuarto y último párrafo de la exposición transcrita, donde se hace referencia a la inversión especulativa o de capitales golondrinos...es sumamente interesante. Veamos por qué:

Las fuentes a las que he tenido acceso para el desarrollo de este trabajo no mencionan cifras de los montos contratados para la ejecución de proyectos COT; sin embargo, el Banco Interamericano de Desarrollo<sup>111</sup> menciona que, para finales de 1992, México se encontraba desarrollando 19 proyectos simultáneos bajo el

<sup>111</sup> INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK. Privatization of transport activities in Latin America and the Caribbean region. Third Report. Washington, D.C., November 1992

esquema COT únicamente en el sector Transporte (autopistas de peaje). Habrá que agregar los que se efectuaron después de esa fecha en ese sector y los que se efectuaron en otros sectores. Por otro lado, de acuerdo con un informe preparado por la Administración de Carreteras Federales (Federal Highway Administration FHWA),<sup>112</sup> se menciona que en México se han otorgado al sector privado 32 concesiones de caminos y puentes, con un total de 2,836 kilómetros, y se tenía programada la construcción de 5,300 kilómetros de carreteras bajo este concepto, que debieron haberse terminado para 1994.

El financiamiento de los proyectos COT en el sector carretero básicamente, fue como sigue: los constructores contribuyeron con una participación accionaria entre el 25 y el 30 por ciento del costo del proyecto, ya que cobraban sólo entre el 70 y el 75 por ciento de las estimaciones de avance de obra y se difería el restante 15 por ciento, que constituye su aportación, técnica conocida como *sweat equity*<sup>113</sup>. Sin embargo, ese 70 o 75 por ciento restante se manejaba con un préstamo directo otorgado por la banca nacional o extranjera respaldado por el proyecto mismo, o mediante la emisión de bonos de infraestructura bancarios, o certificados de deuda de tasa fija a largo plazo, para los que en México no existe el mercado; en otros casos se obtenía del "ahorro interno", mediante la colocación de papel bancario y bursátil normalmente con aval de la Banca de Desarrollo, la Banca Comercial, con la garantía implícita del Gobierno<sup>114</sup>.

Pareciera que éste es el punto medular de la reforma y como se puede apreciar es de carácter económico, de tal forma que de acuerdo con los datos de la Administración de Carreteras Federales<sup>115</sup>, para 1994 México contaba con 5,300 kilómetros de carreteras construidas pero no pagadas y con una grave crisis financiera, crisis que no podía ser contemplada en las proyecciones financieras de

<sup>112</sup> STANDFIELD MITCHEL, patrocinado por la Oficina de Programas Internacionales, Administración de Carreteras Federales del Departamento del Transporte de los Estados Unidos de Norteamérica. Modernización de la infraestructura carretera a través de concesiones de autopistas de cuota en México. Washington, D.C. diciembre 1991.

<sup>113</sup> STANDFIELD, op. cit.

<sup>114</sup> GUASCH CARLOS, Aspectos Financieros de las Concesiones. Coloquio Binacional sobre Obras Concesionadas de Infraestructura del Transporte. Manzanillo Colima, 11 de marzo de 1992.

<sup>115</sup> STANDFIELD MITCHEL. op. cit.

ninguno de los proyectos COT que se efectuaron, y hay que agregar además, que los proyectos no estaban produciendo los recursos suficientes para hacer frente a los financiamientos obtenidos, de tal manera que fueron las instituciones de crédito los que tuvieron que hacer frente al no pago en el caso de los créditos directos o a cumplir como avales en los créditos contingentes y quizá el Gobierno Federal tuvo que hacer frente a estas obligaciones para evitar una quiebra técnica en los bancos.

Dejaré ahora los motivos del legislador para analizar el texto reformado:

#### Ley General de Deuda Pública.

Desde mi punto de vista, la reforma a la Ley General de Deuda Pública no debió contemplar la parte final que menciona:

“sólo se considerará para efectos de la presente Ley, como pasivo directo, a los montos de financiamiento a pagar durante el ejercicio anual corriente y el ejercicio siguiente y el resto del financiamiento se considerará como pasivo contingente hasta el pago total del mismo”.

Lo anterior, porque creo que hay un problema de ubicación, puesto que no es en esta Ley donde se debe regular la forma de contabilizar los pasivos sino, precisamente, en la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal o, en el mejor de los casos, en el reglamento de dicha ley.

Por otro lado, se menciona que durante el ejercicio anual corriente y el siguiente se considerará como pasivo directo, y el resto del financiamiento se considerará como pasivo contingente y sólo para efectos de esa Ley, ni siquiera para el caso de la LPCGPF.

Al respecto, la Comisión de Principios de Contabilidad del Instituto Mexicano de Contadores Públicos<sup>11</sup>, mediante su boletín C-9, menciona que el pasivo comprende obligaciones presentes provenientes de operaciones o

<sup>11</sup> INSTITUTO MEXICANO DE CONTADORES PÚBLICOS. Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados. México, 1994. p267-269

transacciones pasadas, clasifica al pasivo directo en corto, mediano y largo plazo, y considera como concepto general de contingencia cuando, en el curso normal de sus operaciones, éstas se ven afectadas por eventos económicos externos sobre los que existe incertidumbre, en mayor o menor grado, en cuanto a su resultado final. "Esta incertidumbre o riesgo inherente en las transacciones, eventos que afectan a una entidad se denotan en contabilidad por la palabra contingencia, la que se ha definido como una condición, situación o conjunto de circunstancias que involucran un cierto grado de incertidumbre que puede resultar, a través de la consumación de un hecho futuro, en la adquisición o la pérdida de un activo o en el origen o cancelación de un pasivo y que generalmente trae como consecuencia una utilidad o una pérdida".

Por su parte, los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados en los Estados Unidos de América (*US GAAP*, por sus siglas en inglés), a los que México deberá apegarse a efectos de uniformar los criterios contables con la entrada en vigor del TLC, establecen que existe una contingencia cuando una condición o situación presente, o un conjunto de circunstancias implican varios grados de incertidumbre y pueden, a través de un hecho futuro, resaltar en la adquisición o pérdida de un activo o que se incurra o se evite un pasivo, llevando esto usualmente a que se registre una ganancia o una pérdida. Esta ganancia o pérdida es llamada ganancia o pérdida contingente.<sup>117</sup>

Los cuestionamientos que lo anterior puede generar serían, entre otros, si el acreedor de la obligación derivada de financiamientos de proyectos de infraestructura productiva de largo plazo, ¿va a tomar en cuenta esta "contingencia" al momento de medir el riesgo y, consecuentemente, reflejarlo en una tasa superior al financiamiento? ¿Se está sobrevaluando el riesgo?, y ¿por qué mencionar en la Ley General de Deuda Pública la forma de contabilizar los pasivos?

<sup>117</sup> WILLIAMS JEAN R., Holzman J. Oscar traductor. Guía de Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados de vigencia en los Estados Unidos de América. Orlando, Harcourt Brace 1995. pp. 503

En el caso de la modificación a la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal se menciona:

“El servicio de las obligaciones derivadas de los financiamientos correspondientes se considerará preferente respecto de nuevos financiamientos, para ser incluido en los presupuestos de egresos de los años posteriores hasta la total terminación de los años posteriores, hasta la total terminación de los pagos relativos”.

Considero muy atinada esta reforma, si ésta se hubiera incluido en la Ley General de Deuda Pública, ya que en lugar de sobrevaluar el riesgo le daría seguridad jurídica de su pago al acreedor.

Desde mi punto de vista estas reformas eran necesarias, pero creo que están invertidas, es decir, la modificación a la LGDP debió contemplarse en la modificación a la LPCGPF y viceversa, además de no señalar que pasa con los proyectos que fueron contratados con anterioridad a las reformas.

#### b) Reformas al Reglamento de la LPCGPF

El 20 de agosto de 1996, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el decreto mediante el cual se reforma y adiciona el Reglamento de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal. Se reforman el artículo 2o., párrafo tercero y las fracciones VII y VIII del artículo 17 y se adicionan el artículo 17, con una fracción IX el artículo 21, con un último párrafo y los artículos 38-A, 38-B y el artículo 108-A.

Estas reformas tienen por objeto regular los procedimientos de autorización que deberá observar la SHCP para proyectos COT. Se considera para estos efectos preferenciales los proyectos relacionados con actividades estratégicas o prioritarias, de conformidad con lo que establecen los artículos 25 y 28, cuarto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley de Planeación. Señalan, también, que para otorgar la autorización correspondiente a

los proyectos es pertinente que la SHCP cuente con el dictamen de una comisión Intersecretarial (que es la de Gasto-Financiamiento) que analice los efectos e implicaciones de los proyectos. Se dará, en todo caso, preferencia a aquéllos que cuenten con fuentes especiales de financiamiento, ofrecidas por proveedores e instituciones, para adquisición de bienes, equipo o tecnología, con el fin de no afectar de manera innecesaria las fuentes generales de crédito de la Federación.

**c) Publicación del Manual de Normas para el Ejercicio del Gasto en la Administración Pública Federal.**

Con fecha 28 de diciembre de 1996 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el acuerdo mediante el cual se da a conocer el Manual de Normas para el Ejercicio del Gasto en la Administración Pública Federal, cuyo apartado C.4.3.1. se refiere a los proyectos de infraestructura productiva de largo plazo y los denomina "PIDIREGAS" definiéndolos como aquellas inversiones incluidas en programas prioritarios que permiten ampliar la cobertura del gasto público al diferir su pago en los subsecuentes ejercicios fiscales, en los términos establecidos en el segundo párrafo del artículo 30 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal (reforma comentada en los párrafos anteriores), continúa mencionando que estos proyectos corresponden al esquema de financiamiento que resulta más recomendable de acuerdo con las condiciones imperantes y cuya fuente de pago sea el suficiente flujo de recursos que el mismo proyecto genere. Igualmente establece el procedimiento al que deberán sujetarse las entidades y los órganos administrativos desconcentrados que pretendan obtener la autorización de la SHCP para efectuar proyectos de infraestructura productiva y conforme a lo siguiente:

I.- Solicitar el dictamen favorable de la Unidad de Inversiones y de Desincorporación de Entidades Paraestatales.

II.- Requerir de la Unidad de Política y Control Presupuestal, a través de las Direcciones Generales de Programación y Presupuesto sectoriales, la autorización para incorporar en un apartado especial del proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación, los programas de

inversión. Dicha unidad analizará y evaluará el impacto global de estos proyectos en el gasto público federal.

III.- Gestionar el acuerdo de la Comisión Intersecretarial de Gasto Financiamiento, previo dictamen de la Dirección General de Crédito Público en el que se apruebe el esquema de financiamiento.

IV.- Con base en el acuerdo de la Comisión Intersecretarial de Gasto Financiamiento, la Subsecretaría de Egresos emitirá su autorización, señalando el esquema de financiamiento más recomendable de acuerdo con las condiciones imperantes.

V.- Las Direcciones Generales de Programación y Presupuesto sectoriales, considerando el acuerdo de la Comisión Intersecretarial de Gasto Financiamiento, emitirán el oficio de autorización de inversión especial, estableciendo en el mismo el periodo de multianualidad, así como las etapas del proyecto entre la construcción y la amortización del financiamiento.

VI.- La Dirección General de Crédito Público emitirá la autorización definitiva para la contratación del crédito y el esquema de financiamiento, considerando para ello el oficio de autorización de inversión especial.

VII.- Durante el plazo de amortización del proyecto, las entidades apoyadas y los órganos administrativos desconcentrados deberán tramitar anualmente ante las Direcciones Generales de Programación y Presupuesto sectoriales, el oficio de autorización de inversión para el ejercicio fiscal correspondiente y del año siguiente.

VIII.- Una vez concluidas y recibidas las obras, se registrará el activo que afectará sus presupuestos de egresos, y el activo conforme a las normas que emita la Unidad de Contabilidad Gubernamental e Informes sobre la Gestión Pública.

Se registrarán como pasivo directo los pagos correspondientes a los vencimientos del ejercicio corriente y del que le sigue, en tanto que el resto se considerará como pasivo contingente conforme al desarrollo de cada proyecto. El pago será exigible hasta su finiquito.

IX.- Para registrar estos proyectos, se presentarán en la etapa de programación-presupuestación y en el reporte de cuenta pública, el estado de cuenta, el análisis de costos de los programas por incorporar, los pasivos contingentes contraídos y la proyección de pagos.

En el Manual de Normas que se comenta, se introduce a nuestro sistema jurídico un nuevo tipo de fideicomisos públicos: Cuando existan fideicomisos con o sin estructura orgánica análoga que involucren recursos públicos independientemente de quién los constituya, estos cambios -desde mi punto de vista- van mas allá de la LOAPF, de la LFEP y de la LPCGPF.

Es importante señalar que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala que Manual es "un libro fácil de entender que comprende lo mas substancial de una materia"<sup>118</sup>. De tal manera que el Manual de Normas y Procedimientos para el Ejercicio del Gasto Público en la Administración Pública Federal es un prontuario que le permite al servidor público normar su actuación respecto del gasto publico que tiene asignado, y por tanto su inobservancia será motivo de responsabilidad para el servidor público, pero es sólo eso, un manual.

Por tanto considero que sus interpretaciones van mas allá de lo que un Manual debe contener al crear otros tipos de fideicomisos a los reconocidos por las leyes existentes como si los fideicomisos privados que de una u otra manera involucran recursos públicos por esa razón devinieran en fideicomisos públicos.

Si observamos en su conjunto las disposiciones que se han reformado con objeto de regular a los proyectos COT, ahora PIDIREGAS, consideran viable este concepto de financiamiento e intentan regularlo para que los mismos no sean ya "extra-presupuestales", es decir, subsiste la forma de financiamiento alterna para el Estado pero es ahora objeto de control por parte de la SHCP. Sin embargo ninguna de las reformas hace mención a los proyectos que actualmente existen y cual será su tratamiento presupuestal, aunque considero que en términos generales los

<sup>118</sup> op. cit. p. 842-843

mismos se incorporarán a las reformas comentadas y será necesario analizar cada caso en concreto por parte de la autoridad competente (la SHCP) para determinar que tratamiento deberá dársele a cada uno de ellos.

Una vez analizadas las leyes y reformas anteriores, se hará un breve repaso del papel de México como Gobierno Anfitrión en el desarrollo de proyectos COT, señalando que es para el caso de los proyectos COT que actualmente existen, es decir, todos ellos se estructuraron con anterioridad a la entrada en vigor de las reformas planteadas.

#### **IV. C. México como gobierno anfitrión.**

En el punto III.D del capítulo anterior mencioné a las partes involucradas en el desarrollo de los proyectos COT. Ahí se consideró como el participante más importante al gobierno anfitrión, ya que éste es el cliente final y el comprador del proyecto. Se mencionaron también los apoyos que el gobierno puede brindar, los que analizaré a continuación en el contexto de nuestro país.

##### **a) Apoyo político y administrativo.**

Se mencionó la necesidad de contar con un mentor del proyecto; en el caso de nuestro país deberá ser un funcionario de la entidad bajo la cual se realice el proyecto: la Comisión Federal de Electricidad en el caso de energía eléctrica, la Comisión Nacional del Agua en el caso de presas, Caminos y Puentes Federales en el caso de autopistas; si bien se necesitará la colaboración de otras dependencias e, incluso, de los gobiernos estatales o del Departamento del Distrito Federal.

El funcionario en cuestión deberá tener facultades de decisión a fin de poder cumplir como mentor y coordinador del proyecto.

En cuanto al caso de requerirse nuevas legislaciones o reformas a las leyes existentes, deberá ser el Ejecutivo quién pueda remitir iniciativas al Congreso de la Unión para que éste, a su vez, las apruebe.

**b) Asesores Externos.**

Definitivamente es conveniente que el Gobierno Federal cuente con asesores especialistas no solo en la materia objeto del proyecto sino, además, asesores financieros y legales. Los gastos que se ocasionen deberán ser cubiertos con cargo al presupuesto de la dependencia de que se trate, ya que de otra manera incidirán necesariamente en el costo final del proyecto. Sin embargo, aunque los honorarios que se generen puedan ser elevados, desde mi punto de vista, dada la complejidad de los proyectos, son plenamente justificados.

**c) Suministros e ingresos asegurados.**

Con las reformas a la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y su reglamento, estos suministros se aseguran al tener la entidad de que se trate la necesidad de considerarlos en su proyecto de presupuesto de egresos del año en cuestión.

**d) Préstamos, contribuciones al capital.**

Como se vio no está peleado con el concepto COT el que el gobierno contribuya económicamente con el proyecto. Esto dependerá no de una legislación o aspecto legal alguno, sino de las proyecciones financieras del proyecto y los

costos que el mismo implique para saber si es más económico financiar parte del proyecto con recursos del gobierno o, si bien, es mejor la alternativa de que el 100% del capital del proyecto sea privado.

Ahora, bien, el caso de que las contribuciones se hicieran al capital de la empresa del proyecto convertiría al gobierno en accionista de la misma y, como tal, la empresa en cuestión sería una empresa Paraestatal, por lo que, me atrevo a asegurar, en la mayoría de los proyectos financiados bajo el esquema COT el gobierno no contribuyó directamente al capital.

**e) Activos rentables.**

En este apartado sería necesario llevar a cabo un estudio individual de cada proyecto realizado para asegurar si el gobierno de México otorgó este tipo de apoyo.

**f) Apoyo regulatorio fiscal y de otro tipo.**

Como hemos visto en el primer apartado de este capítulo, el gobierno ha efectuado diversas reformas a las leyes que permiten la intervención del sector privado en actividades que anteriormente estaban destinadas exclusivamente a la explotación por parte del Estado, y actividades que eran exclusivas para la explotación de mexicanos ahora ya no lo son.

Por otro lado, por lo que se refiere específicamente a los proyectos de infraestructura, el Estado ha seguido un proceso legislativo que aún no termina y que tiene como finalidad proteger los pagos que deba realizar el Estado, por lo consiguiente, se ha otorgado un apoyo legislativo a este tipo de proyectos.

En cuanto al apoyo fiscal, en México no pueden existir leyes de aplicación limitada, por lo que los apoyos fiscales no pueden ser aplicables a unos sí y a otros no, o darse trato preferencial.

Así, para los contratistas y proveedores agrupados en la "compañía del proyecto", los ingresos que perciben con motivo del pago de sus facturas y estimaciones son ingresos acumulables, por los que tienen que pagar en lo particular los impuestos respectivos, aplicando, en su caso, las deducciones o los acreditamientos correspondientes, tomando en cuenta que los ingresos que reciben corresponden a los bienes y servicios que le enajenan o prestan al proyecto en cuestión.

En el caso de que fuera una obra pública, pagada con recursos públicos, el tratamiento fiscal del mismo sería completamente diferente ya que el Gobierno Federal no está sujeto a la aplicación de la legislación fiscal. Este es un punto importante para que un gobierno decida llevar a cabo un proyecto de infraestructura bajo el esquema COT puesto que, como se mencionó hasta este momento, no existe un régimen fiscal especial para estos proyectos, que, por otro lado, encarece el costo que por el mismo pagará el Gobierno.

**g) Riesgo del proyecto.**

El riesgo del proyecto es mucho mayor en la primera parte de su desarrollo, es decir en la fase de construcción. El riesgo en ese momento no se sólo para el Gobierno sino para todos los participantes, puesto que de no concluir satisfactoriamente esta etapa, representará una pérdida para todos los participantes.

Los riesgos que de manera específica implica para el gobierno de México es respecto a los pagos puesto que como vimos en el apartado anterior de este capítulo pueden convertirse en pagos directos que deba efectuar el Gobierno o bien, que se vea en la necesidad de ampliar el periodo de concesión.

**h) Garantías soberanas.**

Una de las características que se ha buscado conservar en estos proyectos es que el Gobierno no adquiera obligaciones directas de pago, aunque en algunos casos se cuenta con avales de algunas instituciones de crédito que pudieran ser Banca de Desarrollo, convirtiéndose así en una obligación contingente, pero no directa para el Gobierno, evitándose garantías adicionales. De tal forma que en el desarrollo de los proyectos COT que se han llevado a cabo, México no ha otorgado garantías soberanas para el desarrollo de estos proyectos.

**i) Protección ante la competencia.**

Normalmente el desarrollo de estos proyectos de infraestructura se refiere a actividades que, en principio, corresponden al Estado y que han sido concesionadas. En tal virtud es difícil que exista competencia como tal; sin embargo, el Gobierno Federal, dentro de la concesión que otorgue a la compañía del proyecto, deberá ser muy cuidadoso de actuar dentro del marco que al efecto marca la Ley Federal de Competencia Económica.

## Capítulo V

### El fideicomiso como instrumento para la ejecución de proyectos COT

**E**n los capítulos anteriores se analizó tanto al fideicomiso como a los proyectos COT en el mundo y su estructuración en México. Intentaré en este último capítulo describir el uso del fideicomiso en la ejecución de los proyectos COT en nuestro país.

En los proyectos COT se pueden apreciar siete fases:

- El desarrollo de la propuesta
- El memorándum de entendimiento
- La carta de intención
- Los contratos necesarios y la organización del proyecto
- La construcción
- La operación y, finalmente,
- La reversión del proyecto o transferencia.

En México, la figura del fideicomiso se ha utilizado a partir de la cuarta fase (los contratos necesarios y la organización del proyecto) y ha tenido diversas funciones dependiendo de las características particulares del proyecto COT que se va a desarrollar.

## **V.A. La necesidad del fideicomiso.**

En el esquema de las páginas 114 y 115 de este trabajo se puede apreciar que en los países en que se han llevado a cabo proyectos COT se ha utilizado la figura del fideicomiso, básicamente, como garantía de pago a los prestamistas del proyecto. De acuerdo con la documentación a la que tuve acceso, y con los fideicomisos que más adelante se presentarán, puedo afirmar que en México, en los proyectos de infraestructura ejecutados bajo el esquema COT, se ha utilizado al fideicomiso con un papel más importante que el que se le ha dado en otros países, por lo que resulta necesario preguntarnos ¿por qué se ha utilizado al fideicomiso para la realización de este tipo de proyectos?

Para dar respuesta a este cuestionamiento a continuación expondré algunas ventajas que ofrece el fideicomiso en México para el desarrollo de este tipo de proyectos:

- a) A través del fideicomiso en nuestro país se han llevado a cabo grandes obras de infraestructura, proyectos y programas que han contribuido al desarrollo de diversos sectores sociales y económicos. Basta citar algunos ejemplos por todos conocidos: Fonatur, que ha contribuido de manera importante para el desarrollo del turismo; Fonavisste e Infonavit, que han utilizado al fideicomiso para construir enormes unidades habitacionales de interés social; el Ficorca, que sirvió para la cobertura de riesgos cambiarios, etc.
- b) La seguridad jurídica que da a las partes el que los fines del fideicomiso serán cumplidos fielmente por la fiduciaria, además de proporcionarles confidencialidad, imparcialidad y profesionalismo, hacen frecuente la utilización del fideicomiso para la ejecución de los fines más diversos.
- c) La ley protege los bienes que integran el patrimonio del fideicomiso al convertirlos, por esa afectación a un fin lícito y determinado, en bienes

inembargables y excluidos de cualquier obligación (familiar, fiscal, laboral, etc.) a cargo del fideicomitente<sup>119</sup>.

Por tanto, en el caso de los proyectos COT que desarrollan obras públicas mediante financiamientos privados, es necesario contar con garantías de su cabal cumplimiento. Al utilizar al fideicomiso como instrumento para la ejecución de estos proyectos, contamos, cuando menos, con la protección legal de que los bienes a él afectos se destinarán únicamente a los fines previstos.

- d) Estos fideicomisos cuentan con un Comité Técnico, el cual es un órgano auxiliar en el que se encuentran representadas las partes involucradas para la defensa de sus intereses, muchas veces encontrados.

## **V.B. Características de estos fideicomisos.**

Con el objeto de tener una mejor comprensión del tema y poder llevar a cabo un análisis posterior, a continuación transcribiré las cláusulas relativas al patrimonio y los fines de dos fideicomisos que se han utilizado para el desarrollo de proyectos COT.

### **FIDEICOMISO UNO.**

Los términos escritos con mayúscula tienen los siguientes significados:

**CONCURSO.-** La licitación pública celebrada por la Autoridad para llevar a cabo la construcción y puesta en marcha del PROYECTO, celebrado en los términos que

---

<sup>119</sup> Siempre y cuando no sea constituido en fraude de acreedores.

marca la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, siendo el ganador el FIDEICOMITENTE.

**CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.-** El contrato que celebrarán como arrendador el FIDEICOMISO, a través de la FIDUCIARIA, y el FIDEICOMISARIO "B" como arrendatario, será materia del arrendamiento el PROYECTO.

**CONVENIO DE INVERSIÓN.-** El convenio que celebrarán el FIDEICOMISARIO "A" y el FIDEICOMISO a través de la FIDUCIARIA, será objeto del convenio el que el FIDEICOMISARIO "A" invierta recursos complementarios en el FIDEICOMISO para ser aplicados al PROYECTO.

**FIDUCIARIA.-** La institución de crédito que se obliga contractualmente con el FIDEICOMITENTE y los FIDEICOMISARIOS "A" y "B" para desempeñar ese cargo.

**FIDEICOMISARIO "A".-** La Autoridad que llevó a cabo el CONCURSO. Celebrará el CONVENIO DE INVERSIÓN con la FIDUCIARIA, con base en el cual invertirá recursos adicionales al PROYECTO.

**FIDEICOMISARIO "B".-** Autoridad diferente del FIDEICOMISARIO "A". Celebrará el CONTRATO DE ARRENDAMIENTO con la FIDUCIARIA.

**FIDEICOMITENTE.-** La Compañía del Proyecto. Aporta al fideicomiso la CONCESIÓN que le fue otorgada por el FIDEICOMISARIO "A" para la construcción y puesta en marcha del PROYECTO, así como recursos líquidos.

**PROYECTO.-** La obra pública que se pretende construir y que será financiada en forma privada.

#### **PATRIMONIO**

El patrimonio del fideicomiso quedará integrado de la siguiente manera:

- a) Con la aportación inicial por la cantidad "X" que efectúa en este acto el FIDEICOMITENTE.
- b) Con los recursos que con posterioridad entregue el FIDEICOMITENTE, ya sea en efectivo o mediante comprobantes que sustenten cantidades erogadas en el PROYECTO, debidamente aprobados por el Comité Técnico.
- c) Con los derechos derivados de la CONCESIÓN que en la misma fecha de firma de este contrato otorga el FIDEICOMISARIO "A" al FIDEICOMITENTE para la construcción, equipamiento, suministro e instalación del PROYECTO.
- d) Con las cantidades que entregue el FIDEICOMISARIO "A", previstas en el programa financiero aprobado, más el importe de las escalaciones de precios o modificaciones acordadas de conformidad con lo establecido en el CONVENIO DE INVERSIÓN, las cuales no serán recuperables del importe de las rentas del CONTRATO DE ARRENDAMIENTO que celebrará la FIDUCIARIA con el FIDEICOMISARIO "B".
- e) Con el importe de los créditos y apoyos financieros que reciba la FIDUCIARIA para destinarlos a los fines del fideicomiso.
- f) Con las construcciones que se erijan y con los equipos que se adquieran en cumplimiento de los fines del presente fideicomiso.
- g) Con los ingresos que obtenga la FIDUCIARIA por el arrendamiento del PROYECTO al FIDEICOMISARIO "B".
- h) Con los derechos y cantidades que se deriven en beneficio del fideicomiso en virtud de los contratos que celebre la FIDUCIARIA, incluyendo sin limitación los referentes a garantías, fianzas, seguros, penas convencionales y demás que se llegaren a pactar.
- i) En general con las cantidades en numerario o en valores que reciba la FIDUCIARIA por cualesquiera de los conceptos anteriores, así como por los rendimientos que obtenga como resultado de la inversión de los fondos líquidos del fideicomiso, o por cualquier otra causa, en los términos del presente contrato.

## **FINES**

Son fines del presente fideicomiso:

- a) Que la FIDUCIARIA reciba y conserve la propiedad fiduciaria de los derechos, bienes muebles e inmuebles, valores y demás bienes que integren el patrimonio del fideicomiso.
- b) Que la FIDUCIARIA, por instrucciones del Comité Técnico que más adelante se constituya, realice los actos jurídicos que sean necesarios para llevar a cabo la ejecución del PROYECTO, siempre con cargo a los fondos líquidos que formen parte del patrimonio del fideicomiso.
- c) Que la FIDUCIARIA reciba la aportación inicial que en este momento efectúa el FIDEICOMITENTE, más las cantidades que dicho FIDEICOMITENTE aportará en los términos previstos en este contrato.
- d) Que la FIDUCIARIA reciba aquellas cantidades que le entregue el FIDEICOMISARIO "A" en los términos del CONVENIO DE INVERSIÓN que celebrarán el FIDEICOMISARIO "A" y la FIDUCIARIA.
- e) Que la FIDUCIARIA, por instrucciones del Comité Técnico, contrate los créditos y apoyos financieros que éste le indique para la realización de las obras, así como para el suministro de equipos, la instalación y puesta en marcha del PROYECTO, los que serán cubiertos única y exclusivamente hasta donde alcancen los fondos líquidos del patrimonio del fideicomiso.
- f) Que la FIDUCIARIA, además de recibir las aportaciones previstas en los incisos c) y d), y el importe de los créditos y financiamientos referidos en el inciso e) de esta cláusula, reciba aquellas cantidades derivadas de las fianzas, penas convencionales y pagos de seguros, aplicando todos los ingresos durante el periodo de construcción del PROYECTO precisamente a los pagos para la realización del mismo, previa la satisfacción de los honorarios y gastos fiduciarios, los derechos, impuestos y demás contribuciones que se generen a cargo del patrimonio del fideicomiso.
- g) Que la FIDUCIARIA, en los términos en que le indique el Comité Técnico, administre los recursos líquidos que se integren al patrimonio del fideicomiso. Cuando la FIDUCIARIA tenga en su poder fondos líquidos que no requiera utilizar de inmediato, los invertirá en valores de renta fija

de máxima seguridad y rendimiento, reservándose el Comité Técnico la facultad de instruir a la FIDUCIARIA sobre las inversiones expresas en la misma clase de valores.

- h) Que la FIDUCIARIA reciba la titularidad de la CONCESIÓN que al efecto le otorgue el FIDEICOMISARIO "A" al FIDEICOMITENTE, con base en los términos de referencia del CONCURSO, en la misma fecha de firma de este contrato, cubriéndose con todas las formalidades que al efecto se requieran para hacer efectiva la CONCESIÓN en favor de la FIDUCIARIA.
- i) Que la FIDUCIARIA contrate, por instrucciones del Comité Técnico, en los términos de referencia del CONCURSO y los contenidos en la oferta ganadora del mismo, la construcción del PROYECTO y el suministro de equipos, instalación, puesta en marcha y operación del PROYECTO y, para tal efecto, celebre los actos jurídicos que le instruya el Comité Técnico, en la inteligencia de que los costos correspondientes serán cubiertos única y exclusivamente con cargo a los fondos líquidos que se encuentren en el patrimonio del fideicomiso.
- j) Que la FIDUCIARIA, en los términos en que le instruya el Comité Técnico, celebre con el FIDEICOMISARIO "B" el CONTRATO DE ARRENDAMIENTO del PROYECTO, para lo cual el FIDEICOMISARIO "A" le otorga la titularidad fiduciaria de la misma y, consecuentemente, dé en arrendamiento al FIDEICOMISARIO "B" dicho PROYECTO de acuerdo con los términos del presente contrato y sus anexos.
- k) Que la FIDUCIARIA, con cargo a los fondos líquidos que integran el patrimonio del fideicomiso, y por instrucciones del Comité Técnico, contrate los seguros para salvaguardar la obra ejecutada y los equipos instalados durante el periodo de construcción, así como a los asesores legales, contables, fiscales, financieros y supervisores externos del PROYECTO, al igual que los sistemas, equipos y, en general, todos aquellos apoyos necesarios para la adecuada administración del fideicomiso, siempre con cargo a los fondos líquidos del patrimonio del fideicomiso.
- l) Que la FIDUCIARIA, por instrucciones del Comité Técnico, celebre con el FIDEICOMISARIO "A" el CONVENIO DE INVERSIÓN en el cual se preverá que los recursos que aporte el FIDEICOMISARIO "A" se destinarán

a cubrir complementariamente el costo total del PROYECTO, incluidos en éste las escalaciones de precios y las modificaciones que de común acuerdo convergan el FIDEICOMITENTE y el FIDEICOMISARIO "A".

- m) Que la FIDUCIARIA celebre los demás actos jurídicos que le indique el Comité Técnico para facilitar y llevar a cabo la contratación de los créditos y financiamientos a que se refiere esta misma cláusula.
- n) Que la FIDUCIARIA constituya, con cargo al patrimonio del fideicomiso, las garantías que le instruya el Comité Técnico, a favor de las personas que otorguen créditos o financiamientos aprobados por el mismo Comité, en la inteligencia de que estas garantías, por lo que respecta al patrimonio del fideicomiso, únicamente afectarán los fondos líquidos del mismo.
- o) Que la FIDUCIARIA, por instrucciones del Comité Técnico, aplique los ingresos que obtenga por el arrendamiento del PROYECTO al pago de las contribuciones que se generen y los créditos y financiamientos que hubiere contratado por instrucciones del Comité Técnico. Respecto de los recursos provenientes de las rentas del PROYECTO al FIDEICOMISARIO "B", la FIDUCIARIA podrá constituir depósitos irrevocables, ceder sus derechos, constituir garantías de cualquier naturaleza, afectarlos en fideicomiso, así como realizar cualquier otro tipo de acto jurídico que al efecto le indique el Comité Técnico. En este caso, el Comité Técnico deberá recabar la autorización expresa de las partes obligadas.

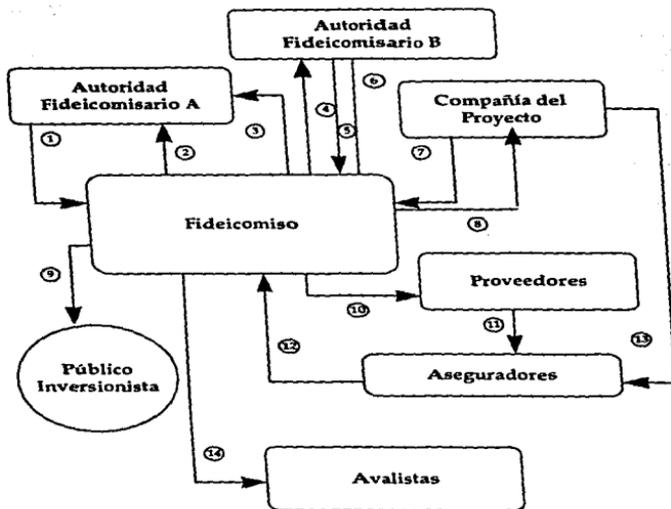
En el caso de que las cantidades provenientes del CONTRATO DE ARRENDAMIENTO que celebre la FIDUCIARIA con el FIDEICOMISARIO "B" excedan las obligaciones a cargo del fideicomiso, principales y accesorias, que deban ser cubiertas durante el semestre de que se trate, por instrucciones del Comité Técnico el excedente será aplicado por la FIDUCIARIA de acuerdo con la siguiente prelación:

- 1.- Pago de honorarios y gastos de la FIDUCIARIA.
- 2.- En su caso, cubrir los honorarios de asesores que hubiere contratado de acuerdo con instrucciones del Comité Técnico.
- 3.- Cualesquiera otras obligaciones de pago que hubiere contraído con terceros durante el periodo de que se trate.

- En caso de existir algún faltante de recursos, el FIDEICOMISARIO "A" se obliga a entregar a la FIDUCIARIA los montos necesarios, de acuerdo con lo establecido en el CONVENIO DE INVERSIÓN que celebrará a fin de que la FIDUCIARIA haga frente a las obligaciones contractuales asumidas.
- p) Que la FIDUCIARIA transmita, a título gratuito, al FIDEICOMISARIO "B", la propiedad del PROYECTO a la terminación del CONTRATO DE ARRENDAMIENTO que se celebrará entre la FIDUCIARIA y el FIDEICOMISARIO "B".
- q) Que la FIDUCIARIA, una vez concluidas las obras de construcción del PROYECTO, transmita la titularidad de éstas al FIDEICOMISARIO "A", sin menoscabo de que el PROYECTO quede bajo la custodia del FIDEICOMISARIO "B" en los términos del CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.
- r) Que una vez liquidados la totalidad de los créditos y adeudos a cargo del patrimonio del fideicomiso, contraídos en cumplimiento de los fines del mismo, la FIDUCIARIA, por instrucciones del Comité Técnico, distribuya el patrimonio conforme a lo siguiente:
- 1.- Al pago de honorarios y gastos de la FIDUCIARIA.
  - 2.- A cubrir cualesquiera otras obligaciones de pago a cargo del patrimonio del fideicomiso.
  - 3.- En caso de que existiera algún remanente, se entregará al FIDEICOMISARIO "A", quien en este acto acepta que, de no existir este remanente, no se le entregará cantidad alguna, sin responsabilidad para las partes.
- s) Que la FIDUCIARIA, por instrucciones del Comité Técnico, realice todos aquéllos actos jurídicos necesarios o convenientes para la realización de los fines antes convenidos.

Se anexa a continuación un esquema del desarrollo de un proyecto COT bajo el supuesto de este fideicomiso UNO.

### Fideicomiso Uno



1. Celebran convenio de inversión en virtud del cual aporta recursos al fideicomiso para llevar a cabo la construcción y el pago del proyecto
2. Es el asesor del fiduciario en materia de obra civil del proyecto
3. A la extinción del fideicomiso en caso de existir remanentes líquidos los entregará al fideicomisario A
4. Celebran contrato de arrendamiento sobre el proyecto una vez que esté concluido
5. Es asesor de la fiduciaria en materia de equipamiento del proyecto
6. A la extinción del fideicomiso le entregará al fideicomisario B el proyecto libre de gravamen
7. Constituye el fideicomiso
8. Celebran contrato de obra
9. El fideicomiso emite instrumentos bursátiles para llevar a cabo la construcción del proyecto
10. Celebran los contratos accesorios necesarios para equipar el proyecto
11. Celebran los contratos de seguro necesarios
12. El fiduciario es el beneficiario de las pólizas de seguro que celebraron los proveedores
13. Celebra los contratos de seguro necesarios sobre el proyecto
14. Garantiza el pago de los instrumentos bursátiles que emitió el fiduciario

## **FIDEICOMISO DOS.**

Los términos con mayúscula tienen los siguientes significados:

**ACTA DE EMISIÓN.-** El clausulado de condiciones a que se sujete la emisión de los INSTRUMENTOS BURSÁTILES que apruebe la CNByV.

**CRÉDITO.-** Los financiamientos que otorguen, exclusivamente para el PROYECTO referido en este contrato, las instituciones de crédito al FIDEICOMITENTE, y que reciba y opere directamente el FIDUCIARIO.

**CONCESIÓN.-** El acto administrativo a través del cual la Autoridad otorga al FIDEICOMITENTE EN PRIMER LUGAR el derecho para llevar a cabo la construcción, operación, mantenimiento, conservación y explotación del PROYECTO.

**FIDEICOMISARIO "A".-** Las instituciones de crédito que le otorguen financiamiento al FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR.

FIDEICOMISARIO SUBORDINADO del FIDEICOMISARIO "A": El FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR por el importe de los recursos que aporta como capital de riesgo al PROYECTO.

**FIDEICOMISARIO "B".-** Los tenedores de los PAGARÉS A MEDIANO PLAZO que emita el FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR, avalados por el SINDICATO DE BANCOS AVALISTAS.

FIDEICOMISARIO SUBORDINADO del FIDEICOMISARIO "B": El FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR.

**FIDEICOMISARIO "C".-** El SINDICATO DE BANCOS AVALISTAS respecto de los PAGARÉS A MEDIANO PLAZO emitidos por el FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR.

**FIDEICOMISARIOS "D".-** Los tenedores de los instrumentos bursátiles que emita el fideicomiso a través de la FIDUCIARIA.

**FIDEICOMISARIO "E".-** El FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR por el rescate del valor neto de las inversiones que aporte al fideicomiso como capital de riesgo.

**FIDEICOMISARIO "F".-** La Autoridad [el FIDEICOMITENTE ADHERENTE (que es Autoridad diferente de la que otorgó la CONCESIÓN)] por el rescate del valor neto de sus aportaciones al proyecto después de haber cubierto cualquier cantidad a los FIDEICOMISARIOS anteriores en orden alfabético y a partir del año 20 de la CONCESIÓN.

**FIDEICOMISARIO "G".-** El FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR por los rendimientos y utilidades derivados de los ingresos que rinda la CONCESIÓN después de cubiertos los gastos de operación y los pagos correspondientes a los fideicomisarios anteriores. A partir del año 21, y durante el tiempo restante de la CONCESIÓN, por los rendimientos y utilidades derivados de los ingresos que rinda el PROYECTO, de manera proporcional con el FIDEICOMISARIO "H".

**FIDEICOMISARIO "H".-** La Autoridad (el FIDEICOMITENTE ADHERENTE) por los rendimientos y utilidades netas derivados de los ingresos que rinda el PROYECTO después del año 21, de manera proporcional con el FIDEICOMISARIO "G".

**FIDEICOMISARIO "I".-** La Autoridad por la reversión de la CONCESIÓN otorgada al FIDEICOMITENTE EN PRIMER LUGAR.

**FIDEICOMITENTE EN PRIMER LUGAR.-** La Autoridad que aporta los derechos de cobro de la explotación de la CONCESIÓN que le fue otorgada. Con la finalidad de que puedan generarse los recursos por la explotación del PROYECTO, el representante del FIDEICOMITENTE EN PRIMER LUGAR, que forma parte del Comité Técnico, será simultáneamente el representante autorizado

de la Autoridad, por efectos del presente fideicomiso, para firmar los contratos, convenios y documentos mediante los cuales se generen tales derechos, así como para realizar los demás actos jurídicos necesarios o convenientes para ello, lo que en todo caso se hará a solicitud del FIDUCIARIO por instrucciones del Comité Técnico.

**FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR.-** La Compañía del Proyecto, que aporta como capital de riesgo recursos en efectivo, equivalentes al 40% del importe del PROYECTO, y otros, derivados de los financiamientos que obtenga, equivalentes al 56.8% del importe del PROYECTO.

El FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR es, además, FIDEICOMISARIO SUBORDINADO de los FIDEICOMISARIOS "A" y "B"; así como FIDEICOMISARIO "E" y "G".

**FIDEICOMITENTE ADHERENTE.-** Autoridad diferente de la que otorgó la CONCESIÓN y del FIDEICOMISARIO EN PRIMER LUGAR, que aporta recursos en efectivo, etiquetados en su uso para el desarrollo del PROYECTO exclusivamente, con la prohibición de afectarlo para el pago de los financiamientos obtenidos por el FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR.

El FIDEICOMITENTE ADHERENTE es, además, FIDEICOMISARIO "F" y "H".

**FIDUCIARIO.-** La Institución de Crédito que se obliga contractualmente con los FIDEICOMITENTES para desempeñar ese cargo.

**INSTRUMENTOS BURSÁTILES.-** Los que emita el FIDUCIARIO conforme al presente fideicomiso, y sujeto a las instrucciones del Comité Técnico y la cláusula de emisión correspondiente.

**PAGARÉS A MEDIANO PLAZO.-** Los instrumentos financieros que emita el FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR como financiamientos al PROYECTO, con garantía o respaldo del patrimonio de este fideicomiso y aval del SINDICATO DE BANCOS AVALISTAS, destinados totalmente a los fines de este FIDEICOMISO, y que reciba y opere efectiva y directamente el FIDUCIARIO.

**PROYECTO.-** La obra pública que se pretende construir, que será financiada en forma privada y cuya recuperación será también de forma privada.

**REPRESENTANTE COMÚN.-** La sociedad que, en su caso, sea designada por el FIDUCIARIO, siguiendo las instrucciones del Comité Técnico, para representar los intereses de los legítimos tenedores de cada uno de los instrumentos financieros que se encuentren en circulación conforme a este contrato de fideicomiso.

**SINDICATO DE BANCOS AVALISTAS.-** Las instituciones de crédito que avalen la emisión de PAGARÉS A MEDIANO PLAZO.

#### **PATRIMONIO**

El patrimonio del presente fideicomiso estará integrado por:

- a) Los ingresos que por cualquier causa deriven de la operación y explotación de la CONCESIÓN, cuyos derechos de cobro aporta en forma irrevocable el FIDEICOMITENTE EN PRIMER LUGAR.
- b) Las cantidades de dinero que reciba el FIDUCIARIO producto de los financiamientos que se obtengan, provenientes de créditos bancarios y/o de la emisión y colocación de PAGARÉS A MEDIANO PLAZO y/o de Instrumentos Bursátiles, conforme a instrucciones del Comité Técnico del fideicomiso o en cumplimiento de las aportaciones en financiamiento al proyecto del FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR.
- c) La cantidad "X" como apoyo financiero proveniente de los recursos presupuestales asignados por el FIDEICOMITENTE ADHERENTE.
- d) Los recursos provenientes de la totalidad de los ingresos que se obtengan por la explotación y operación del PROYECTO, que se generen bajo cualquier título.
- e) Los rendimientos que se obtengan de la inversión de los recursos líquidos del patrimonio del fideicomiso, en tanto dichos recursos no se destinen al cumplimiento de las finalidades del presente contrato.

- f) Cualesquiera otros bienes o derechos que se aporten o se incorporen al patrimonio del fideicomiso para, o como consecuencia de, el cumplimiento de sus fines.

#### **FINES**

Son fines del presente fideicomiso los siguientes.

- a) Que el FIDUCIARIO reciba y mantenga los derechos al cobro de la explotación y, en su momento, de la operación de la CONCESIÓN otorgada al FIDEICOMITENTE EN PRIMER LUGAR, para dar cumplimiento a los fines que más adelante se señalan.
- b) Que el FIDUCIARIO, de acuerdo con las instrucciones del Comité Técnico, garantice hasta donde alcance el patrimonio fiduciario, y pague con tales recursos el principal, intereses o rendimientos de los financiamientos al proyecto contratados por el FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR (créditos bancarios, PAGARÉS A MEDIANO PLAZO y otros Instrumentos Bursátiles).
- c) Que el FIDUCIARIO reciba las aportaciones en dinero de la FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR (provenientes de financiamiento), así como del FIDEICOMITENTE ADHERENTE, procediendo discrecionalmente a su oportuna inversión en valores que ofrezcan la mayor rentabilidad, seguridad y liquidez, hasta en tanto reciba instrucciones escritas del Comité Técnico para su aplicación a los otros fines del fideicomiso.
- d) Que el FIDUCIARIO, con cargo a los recursos en dinero que constituyan el patrimonio del fideicomiso derivados de financiamiento bancario, y hasta donde alcance, conforme a las instrucciones del Comité Técnico, entregue al FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR, en forma inicial, el anticipo de la obra correspondiente y, posteriormente cada quince días, las ministraciones correspondientes a la construcción por el avance de obra y gastos efectuados, conforme al Programa y Proyecto aprobado y una vez descontado el porcentaje de anticipo previamente otorgado. El Comité

Técnico sólo autorizará al FIDUCIARIO el pago de tales ministraciones previa comprobación del avance real de las obras.

La fundamentación de otros gastos erogados y la justificación de la inversión por la que el FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR desgrave el costo de las mismas, en la forma prevista en este contrato, deberá estar autorizada por el Comité Técnico con la previa aprobación de la supervisión de obra contratada por el FIDUCIARIO.

- e) Que el FIDUCIARIO reciba del FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR el importe de la colocación del PAGARÉS A MEDIANO PLAZO emitidos por dicho fideicomitente y liquide la totalidad del crédito otorgado por el o los FIDEICOMISARIOS "A" y el remanente lo invierta de conformidad con lo establecido en los incisos c) y d) anteriores.
- f) Que el FIDUCIARIO reciba diariamente, y a través de la operadora de los cobros, mediante depósito en la cuenta establecida para estos efectos, los ingresos que por cualquier causa genere y se obtengan efectivamente por la explotación de la CONCESIÓN y los destine, según las instrucciones que reciba del Comité Técnico, a los siguientes conceptos, sin perjuicio de los demás fines de este fideicomiso:
  - 1.- Al pago de principal e intereses de los créditos bancarios suscritos por el FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR y asignados a este fideicomiso y, en su caso, al FIDEICOMISARIO SUBORDINADO (que es el FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR).
  - 2.- En su caso, a cubrir al SINDICATO DE BANCOS AVALISTAS las cantidades que hubieren tenido que erogar en el supuesto de incumplimiento por el fideicomiso y, subordinadamente, por el FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR, en el pago de los financiamientos contratados.
  - 3.- Al pago de los rendimientos, principal, primas y demás prestaciones en favor de los tenedores de Instrumentos Bursátiles que se emitan, en los términos de este contrato.
  - 4.- Al pago de los costos de liberación del Derecho de Vía, anticipos de obra, construcción, operación, mantenimiento, constitución y sostenimiento del fondo de reserva y conservación del PROYECTO a

que se refiere la CONCESIÓN, de acuerdo con las instrucciones del Comité Técnico.

- 5.- A la formación de el o los fondos de reserva para la amortización oportuna de los Pagarés a Mediano Plazo y de los Instrumentos Bursátiles, tomando en consideración su fecha de vencimiento o, en su caso, su amortización anticipada, así como para el pago de las primas, permisos y demás prestaciones derivadas de dichos certificados o títulos, por instrucciones del Comité Técnico.
- g) Que el FIDUCIARIO, a petición escrita del Comité Técnico, emita los Instrumentos Bursátiles necesarios para pagar con su importe los instrumentos financieros que se encuentren en circulación en ese momento, asumiendo los FIDEICOMITENTES EN PRIMER Y SEGUNDO LUGAR la obligación mancomunada de cubrir oportunamente cualquier cantidad que se requiera para el pago de los rendimientos y amortización de los Instrumentos Bursátiles en el caso de que el patrimonio del fideicomiso no alcance para cubrir dichos compromisos, obligación subordinada que se incluirá en el ACTA DE EMISIÓN.
- h) Que el FIDUCIARIO, con cargo al patrimonio del fideicomiso, designe y contrate los servicios de la supervisión externa, que tendrá a su cargo la revisión y autorización, en su caso, de los avances de obra, de las aportaciones por desgravación del costo de obra que realice el FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR y de todos los gastos a que se refieren los incisos d), e) y k).
- i) Que el FIDUCIARIO contrate, con cargo al patrimonio del fideicomiso, los servicios de la firma de contadores de reconocido prestigio que designe el FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR para que en todo momento revise y compruebe las operaciones, inversiones, ingresos reportados y depositados por el FIDEICOMITENTE EN PRIMER LUGAR, las inversiones del fiduciario y las correctas y puntuales aplicaciones de los recursos a sus fines fiduciarios, así como para que en cualquier tiempo compruebe el cumplimiento de las obligaciones fiscales que en su momento se causen, la autenticidad y veracidad de los ingresos obtenidos y de las erogaciones realizadas por el FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR.

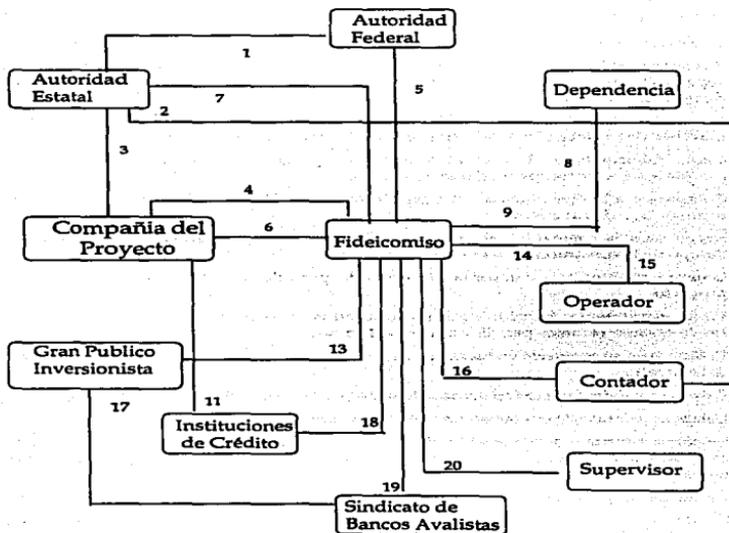
El contador del fideicomiso preparará oportunamente la información financiera trimestral que debe presentar el FIDEICOMITENTE EN PRIMER LUGAR a fin de que éste cumpla con dicha obligación.

- j) Que el FIDUCIARIO constituya el o los fondos de reserva que le indique el Comité Técnico para la amortización oportuna de los intereses y principal derivados de los PAGARÉS A MEDIANO PLAZO e Instrumentos Bursátiles.
- k) Que el FIDUCIARIO, con cargo al patrimonio del fideicomiso, y siguiendo las instrucciones del Comité Técnico, pague los gastos, honorarios y comisiones que se deriven de la emisión y colocación de los diversos instrumentos financieros que se prevén en el presente contrato, así como los gastos de administración, operación, conservación y mantenimiento del PROYECTO.
- l) Que una vez cumplidos los fines antes mencionados, y no existiendo adeudos pendientes de cubrir respecto de créditos, intereses, primas, premios, rendimientos, gastos, honorarios y otras obligaciones derivadas del presente contrato, de los instrumentos financieros emitidos o de honorarios, el FIDUCIARIO cubra, por instrucciones del Comité Técnico, al FIDEICOMISARIO "E" (salvo que hubiese salido por el concepto que le corresponde como FIDEICOMISARIO SUBORDINADO) y al FIDEICOMISARIO F (a partir del año 20 de CONCESIÓN), en tanto FIDEICOMITENTE ADHERENTE, el importe de las inversiones que hubiesen hecho en su carácter de FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR y FIDEICOMITENTE ADHERENTE, respectivamente.
- m) Que una vez cumplidos los fines mencionados en los incisos anteriores, y una vez satisfechos los gastos de operación que periódicamente se causen, así como los honorarios, y separadas que sean las cantidades que deban llevarse al fondo de reserva, el FIDUCIARIO, por instrucciones del Comité Técnico, pague al FIDEICOMISARIO "G" su participación de las utilidades generadas por el fideicomiso durante los primeros veinte años de su vigencia. A partir del año veintiuno las mencionadas utilidades generadas por el fideicomiso serán distribuidas, en sus respectivas proporciones, entre los FIDEICOMISARIOS "G" y "H" hasta la terminación de la CONCESIÓN.

- n) Que al término de la CONCESIÓN y sus prórrogas, el FIDUCIARIO entregue el saldo final del fondo de reserva formado para el mantenimiento y la operación del PROYECTO, al FIDEICOMISARIO G.

Se puede apreciar a continuación el esquema de un proyecto COT ejecutado a través de un fideicomiso como el aquí planteado.

### Esquema del Fideicomiso Dos



1. Otorga concesión a la autoridad estatal para llevar a cabo el proyecto
2. Los contadores contratados por el fiduciario proporcionan a la autoridad estatal la información trimestral del proyecto
3. Celebran contrato de obra pública para la construcción del proyecto
4. El fiduciario le paga los avances de obra autorizados por el comité técnico
5. A la extinción del fideicomiso se revierte la concesión original libre de gravamen
6. Constituye el fideicomiso y aporta recursos líquidos al mismo, como fideicomitente en segundo lugar, aporta además los recursos que obtiene de los créditos y de la emisión de instrumentos bursátiles
7. Constituye el fideicomiso como fideicomitente en primer lugar, aporta al mismo los derechos de explotación de la concesión que le otorgó la Autoridad Federal
8. Como fideicomisario F y H al término del periodo de construcción recibirá las cantidades que se recuperen del proyecto
9. Comparece a la constitución del fideicomiso como fideicomitente adherente y aporta recursos líquidos al mismo
10. Supervisa a la compañía del proyecto a fin de asegurar la calidad y la ejecución en tiempo de la construcción del proyecto
11. Otorgan créditos a la compañía del proyecto para llevar a cabo la construcción del proyecto
12. Emite instrumentos bursátiles que son colocados entre el gran público inversionista a fin de obtener recursos para llevar a cabo el proyecto
13. El fiduciario se convierte en fuente de pago de los instrumentos que emitió la compañía del proyecto
14. Entrega a la fiduciaria los recursos obtenidos por la explotación del proyecto
15. Celebran contrato de operación una vez construido el proyecto
16. Celebran contrato de prestación de servicios a fin de que supervise los registros contables del proyecto y otorgue a la autoridad estatal los reportes trimestrales necesarios
17. Garantizan el pago de los instrumentos bursátiles que emitió la compañía del proyecto
18. El fideicomiso es de fuente de pago para las instituciones de crédito que otorgados a la compañía del proyecto
19. El fideicomiso es de fuente de pago para el sindicato de bancos avalistas respecto de los créditos otorgados a la compañía del proyecto hasta por el monto total del patrimonio del fideicomiso
20. Celebran contrato de supervisión de obra

Una vez planteados los fideicomisos UNO y DOS procedamos al análisis de sus características, de acuerdo con el siguiente cuadro comparativo:

<b>Características</b>	<b>Fideicomiso UNO</b>	<b>Fideicomiso DOS</b>
<b>Elementos Personales:<sup>120</sup></b>		
<b>Fideicomitente</b>	La Compañía del Proyecto	La Compañía del Proyecto y dos Autoridades
<b>Fiduciario<sup>121</sup></b>	Institución de Crédito	Institución de Crédito
<b>Fideicomisario</b>	Dos fideicomisarios, ambos Autoridades	Prevé a nueve fideicomisarios, entre ellos al fideicomitente en segundo lugar y al fideicomitente adherente. <sup>122</sup>
<b>Constitución:<sup>123</sup></b>	Escrito Privado. Acto entre vivos	Escrito Privado. Acto entre vivos
<b>Gratuidad:</b>	Oneroso <sup>124</sup>	Oneroso
<b>Bienes que se afectan:</b>	Derechos y recursos en efectivo.	Derechos y recursos en efectivo.

<sup>120</sup>De acuerdo con lo establecido en los fideicomisos planteados vemos que intervienen los tres elementos personales: Fideicomitente, Fiduciario y Fideicomisario.

<sup>121</sup>Como se señaló en el Capítulo II de este trabajo, en México pueden actuar como fiduciarias, además de las instituciones de crédito, las casas de bolsa, las instituciones de seguros y las de fianzas; sin embargo, las tres últimas sólo podrán actuar con tal carácter cuando los fines del fideicomiso coincidan con las operaciones para las que estas organizaciones están autorizadas conforme a la ley. Por tanto, en el caso de estos fideicomisos sólo puede ser Fiduciaria una Institución de Crédito.

<sup>122</sup>El artículo 348 de la LGTOC prevé que puedan existir varios fideicomisarios y, al permitir que existan fideicomisos sin fideicomisarios, autoriza que el fideicomitente sea considerado fideicomisario; ambos supuestos se dan en el caso del fideicomiso DOS.

<sup>123</sup>Se trata de escritos privados ya que, en términos del artículo 352 de la LGTOC, los bienes que se aportan en fideicomiso no son inmuebles y es un acto entre vivos en virtud de que el testamento está reservado para las personas físicas.

<sup>124</sup>Son onerosos porque implican derechos y obligaciones para los fideicomitentes y los fideicomisarios.

Características	Fideicomiso UNO	Fideicomiso DOS
Duración:	Indeterminada <sup>127</sup>	Indeterminada
Revocabilidad:	Irrevocable	Irrevocable
Tipo:	De inversión <sup>128</sup>	De inversión

¿Cuándo surten efectos ante terceros estos fideicomisos?

Por lo que respecta a la totalidad de los derechos derivados de la CONCESIÓN que se afecta en el fideicomiso UNO, en virtud de tratarse de derechos *intuitu personae* -es decir, que atiende a la calidad de la persona-, es necesario que la Autoridad concedente manifieste por escrito su conformidad.

Tratándose de los derechos de cobro de la explotación de la CONCESIÓN que se afectan en el fideicomiso DOS, se necesita igualmente la conformidad por escrito de la Autoridad concedente.

Por lo que se refiere a los recursos que en efectivo se aportan en ambos fideicomisos, éstos surten efectos contra terceros desde el momento en que la fiduciaria los haga efectivos (utilizo este término puesto que difícilmente se aportarán billetes o monedas, se tratará de transferencias electrónicas de fondos, cheques, cargos a cuentas, etc.).

En cuanto a su extinción, en virtud de ser fideicomisos irrevocables no se podrá estar a la voluntad de las partes, por lo que se podrán extinguir únicamente conforme a la ley, por las causales previstas en el artículo 357 de la LGTOC. Le son

<sup>127</sup> La duración de los fideicomisos no deberá exceder del plazo legal que marca el Art. 359 fracción III de la LGTOC, que es de 30 años.

<sup>128</sup> Puesto que su finalidad es que "la Fiduciaria destine el patrimonio fideicometido a la realización de operaciones económicas rentables". Sin embargo, en ambos hay un proceso de administración y son traslativos de dominio; además, el fideicomiso DOS también es de garantía. Para mí, como lo mencioné en el Capítulo II, estos fideicomisos son mixtos en virtud de sus fines tan variados.

aplicables lo establecido en la fracción I (por haberse cumplido el fin para el cual fueron constituidos) y en la fracción II (por hacerse el fin imposible).

No encuadran los fideicomisos planteados en el supuesto del artículo 359 de la LGTOC, relativo a los fideicomisos prohibidos.<sup>127</sup>

Dejó para la parte final de este inciso una última clasificación: ¿se trata de fideicomisos públicos o de fideicomisos privados?

En el artículo 47 de la LOAPF se establece:

Los fideicomisos públicos a que se refiere el artículo 3o. fracción III, de esta Ley, son aquéllos que el Gobierno Federal o alguna de las demás entidades Paraestatales constituye, con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, que cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades y que tengan comités técnicos.

En los fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público fungirá como fideicomitente único de la Administración Pública Centralizada.

Por su parte, el artículo 40 de la Ley Federal de Entidades Paraestatales señala:

Los fideicomisos públicos que se establezcan por la Administración Pública Federal, que se organicen de manera análoga a los organismos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, que tengan como propósito auxiliar al Ejecutivo mediante la realización de actividades prioritarias, serán los que se consideren entidades Paraestatales conforme a lo dispuesto en la Ley

---

<sup>127</sup>Este artículo considera como prohibidos: a) los fideicomisos secretos; b) los que establezcan que el fideicomisario sea sustituido por muerte del anterior; y c) aquéllos con una duración superior a 30 años.

Orgánica de la Administración Pública Federal y quedarán sujetos a las disposiciones de esta Ley...

Conforme a los artículos citados, analicemos los fideicomisos UNO y DOS:

	Fideicomiso UNO	Fideicomiso DOS
La SHCP como fideicomitente único del Gobierno Federal	No	No
Fideicomitente una Entidad	No	Sí
Auxilia al Ejecutivo Federal para impulsar áreas prioritarias de desarrollo <sup>128</sup>	Sí	Sí
Estructura orgánica análoga a una entidad paraestatal	No	No
Comité Técnico	Sí	Sí
Creado por ley o decreto <sup>129</sup>	No	No
Se aportan recursos públicos <sup>130</sup>	Sí <sup>(1)</sup>	Sí <sup>(12)</sup>

En ninguno de los dos fideicomisos se cumplen todos los requisitos que marcan tanto la LOAPF como la LFEP; por tanto, ninguno se puede considerar

<sup>128</sup> Ambos fideicomisos auxilian al Ejecutivo Federal para impulsar áreas prioritarias de desarrollo, pero en virtud de una CONCESIÓN otorgada para ese fin.

<sup>129</sup> De conformidad con lo que señala el art. 45 de la LOAPF.

<sup>130</sup> Con fecha 28 de diciembre de 1996 salió publicado en el Diario Oficial de la Federación el Manual de Normas para el Ejercicio del Gasto en la Administración Pública Federal, cuya sección VI se refiere a los fideicomisos, mandatos y actos análogos de la Administración Pública Federal, y en su norma 595 señala que son fideicomisos públicos los constituidos con recursos públicos por el Gobierno Federal, a través de la SHCP o por alguna entidad, sin importar que tengan o no una estructura orgánica análoga a una entidad. El criterio de este manual va más allá de lo que la Ley establece añadiendo una característica más a los fideicomisos públicos, que se constituyan con recursos públicos.

<sup>131</sup> Efectivamente se aportan recursos públicos; sin embargo no se constituye el fideicomiso con éstos, sino que el FIDEICOMISARIO "A" los aporta con base en un CONVENIO DE INVERSIÓN, y el FIDEICOMISARIO "B" derivados de un CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

<sup>132</sup> En este fideicomiso, el FIDEICOMITENTE EN PRIMER LUGAR, que es una Autoridad, afecta en fideicomiso los derechos de cobro derivados de una CONCESIÓN que le fue otorgada, y el FIDEICOMITENTE ADHERENTE, también Autoridad, aporta recursos en efectivo.

como un fideicomiso público-Entidad Paraestatal (en términos del citado artículo 40 de la LFEP).

Ahora, bien, por lo que ve al fideicomiso UNO, se aportan recursos públicos, se auxilia al Ejecutivo Federal para impulsar áreas prioritarias de desarrollo y cuenta con un Comité Técnico. Sin embargo, los recursos que se aportan derivan de actos jurídicos diferentes, el auxilio al Ejecutivo Federal se da en virtud de una CONCESIÓN y el Comité Técnico no es un órgano exclusivo de los fideicomisos públicos,<sup>111</sup> aunque en estos sea indispensable. Por lo anterior, considero que se trata de un fideicomiso privado.

Por lo que respecta al fideicomiso DOS, contempla dos fideicomitentes que son Autoridad (el FIDEICOMITENTE EN PRIMER LUGAR y el FIDEICOMITENTE ADHERENTE), auxilia al Ejecutivo Federal para impulsar áreas prioritarias de desarrollo y cuenta con Comité Técnico .

La diferencia de éste fideicomiso con aquél es que se aportan recursos líquidos (dinero) y derechos por los FIDEICOMITENTES- Autoridad y la CONCESIÓN para el desarrollo de áreas prioritarias fue concedida a una Autoridad, quien afectó en fideicomiso únicamente los derechos de explotación; por tanto, son recursos públicos y, en mi opinión, reúne las características suficientes para ser considerado fideicomiso público, aunque no sea un fideicomiso-entidad.

Los proyectos que se han desarrollado bajo el esquema del fideicomiso DOS se consideran en la práctica como fideicomisos privados. Desde mi punto de vista esto es discutible pues reúnen los requisitos suficientes para considerarlos públicos. Quizá por esa razón el FIDEICOMITENTE ADHERENTE aporta los recursos con posterioridad a la creación del fideicomiso, y no es quién lo constituye; sin embargo, no es razón suficiente para considerarlo privado.

---

<sup>111</sup> La posibilidad de que los fideicomisos cuenten con un Comité Técnico se establece como una potestad de acuerdo a lo que señala el Art. 80 de la LIC.

Finalmente, de conformidad con el Manual de Normas para el Ejercicio del Gasto en la Administración Pública Federal y el Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio de 1997, comentados con anterioridad, los dos fideicomisos deben ser objeto de registro ante la Unidad de Política y Control Presupuestal de la Subsecretaría de Ingresos de la SHCP<sup>134</sup>.

### **V.C. El fideicomiso como ejecutor.**

Como se comentó al inicio de este capítulo el fideicomiso se constituye en la fase cuatro de los proyectos COT. Su actividad, sin embargo, empieza en la siguiente fase, en la de construcción, y continúa hasta la terminación del proyecto COT, en la fase de transferencia del proyecto.

Se ha mencionado en los capítulos anteriores que una de las razones fundamentales para llevar a cabo los proyectos COT es la falta de recursos propios del gobierno anfitrión, por lo que el ingenio de los asesores de las partes involucradas es importante y necesario para que, sin violentar la ley, se puedan encontrar los métodos adecuados que permitan generar los recursos necesarios y que particulares puedan llevar a cabo actividades reservadas al Estado. Quise recordar esto último por que puede parecer a simple vista que se está llevando a cabo un proceso costoso y complicado para construir una obra pública; por tanto, es muy importante no perder de vista que es la falta de recursos lo que origina estos proyectos y que su desarrollo implica, en todos los casos, recursos millonarios.

Para desarrollar este inciso se analizará a los fideicomisos planteados en cada una de las fases COT (Construcción, Operación y Transferencia), añadiendo en cada una de ellas las responsabilidades de cada una de las partes.

<sup>134</sup> De acuerdo con el Manual y el Presupuesto de Egresos de la Federación comentados, podemos decir que hay tres tipos de fideicomiso público: El fideicomiso público-entidad; el fideicomiso público sin estructura y los fideicomisos privados que son objeto de registro por recibir recursos públicos.

## **FIDEICOMISO UNO**

### **a) Construcción:**

Esta es la etapa que representa mas actividad, donde hay más partes involucradas y, también, donde existen más riesgos. Veamos, pues, su desarrollo.

El FIDEICOMITENTE "Compañía del Proyecto"<sup>113</sup> constituyó el fideicomiso aportando la CONCESIÓN que le fue otorgada y recursos en efectivo. Como se puede apreciar del texto transcrito no sólo compareció el FIDEICOMITENTE sino además, los FIDEICOMISARIOS "A" y "B" a la firma del fideicomiso con la FIDUCIARIA.

El siguiente paso es la constitución del Comité Técnico del fideicomiso, los miembros del mismo son representantes de las partes involucradas (el fideicomitente y los fideicomisarios). El fiduciario también concurre a las sesiones del Comité Técnico, con voz pero sin voto; es importante que tenga voz no sólo para rendir informes, pues no debemos olvidar que la fiduciaria es una Institución de Crédito, su conocimiento del mercado financiero es de suma utilidad. Las reglas de funcionamiento del Comité Técnico deben quedar asentadas en el texto del fideicomiso.

El Comité Técnico celebrará su primera sesión, designará al secretario de actas, y deberá autorizar a la FIDUCIARIA a celebrar el contrato de obra<sup>114</sup> con el FIDEICOMITENTE y el CONVENIO DE INVERSIÓN con el FIDEICOMISARIO "A". Además de los convenios señalados, se deben firmar los contratos de supervisión de la obra y de calidad necesarios.

---

<sup>113</sup> Normalmente los socios de la compañía del proyecto son empresa de gran experiencia a nivel mundial que por supuesto pueden ser mexicanas- e incluye a socios locales y extranjeros.

<sup>114</sup>La Fiduciaria debe tener cuidado en que el FIDEICOMITENTE, una vez firmado el contrato de obra respectivo, tramite la fianza de cumplimiento por la ejecución de los trabajos.

La aportación de recursos en efectivo que hace el FIDEICOMITENTE no es suficiente para llevar a cabo la obra, pero sí para comenzarla; es necesario buscar el financiamiento adecuado. Los estudios para considerar el o los financiamientos adecuados se hicieron con anterioridad y forman parte de los estudios que llevó a cabo la compañía del proyecto, elemento incluso esencial que le permitió ganar el CONCURSO. Ahora es el momento de encontrar esos financiamientos.

Respecto del financiamiento, es claro que debe tomarse en cuenta aquél que resulte el más idóneo. ¿Es México el mejor mercado?, ¿se puede pensar en mercados extranjeros?, ¿en una combinación de ambos?, ¿es preferible que el fideicomiso se endeude a través de la emisión de papel o será preferible que el Fideicomitente busque créditos directos?

Estas decisiones merecieron todas las consideraciones en los estudios financieros previos, como ya se mencionó. Si bien éste no es un estudio de economía o de mercado, podemos citar como ejemplo que si se contrata el financiamiento a través del público inversionista en el mercado nacional no se asume riesgo cambiario alguno; pero, en contrapartida, el mercado doméstico no está interesado en instrumentos a largo plazo, y existe además un riesgo en la fluctuación de tasas. Si por otro lado la construcción del PROYECTO implica realizar pagos en divisas quizá será necesario recurrir al mercado internacional, así se asumirá un riesgo cambiario pero, se contará con tasas mucho más estables y un mercado interesado en instrumentos de largo plazo. Estas no son consideraciones que deba efectuar la Fiduciaria pero sí, el Comité Técnico.

De tal forma que, si el fideicomiso emite valores para ser colocados en el exterior, de acuerdo con lo que señala la circular 2019/95 M.31.22 y M.31.3 del Banco de México, la Institución Fiduciaria requerirá autorización previa del Banco de México para actuar como Fiduciaria en fideicomisos que emitan valores que sean objeto de oferta pública e intermediación en el extranjero, además de registrarse en la CNByV.

Sin embargo, la citada circular no menciona nada acerca de valores que serán objeto de oferta pública e intermediación en el país; por tanto, se deberá seguir únicamente con los requisitos establecidos en la Ley del Mercado de Valores para llevar a cabo la emisión de papel.

Otra opción es utilizar créditos directos, ya de los proveedores internacionales en su caso, ya líneas de crédito otorgadas por instituciones de crédito, o, probablemente, una combinación de ambos.

Al recibir el financiamiento, el fideicomiso adquirirá nuevas relaciones contractuales, con los tenedores del papel que emitió, con el representante común de los tenedores, con el avalista, generalmente una o varias instituciones de crédito diferentes de la Fiduciaria<sup>117</sup>, además de las que se deriven de los diferentes contratos de garantía o cesiones que deba celebrar para garantizar el pago de los créditos.

Una vez contratado el financiamiento se procederá con cargo a los recursos obtenidos a pagar la construcción del proyecto. Como se mencionó en el Capítulo III, en este tipo de proyectos se prevén bonos o castigos (cuantiosos) por la entrega antes de la fecha prevista, o después de ésta, respectivamente. La Fiduciaria, encargada de realizar los pagos, debe tener especial cuidado en los términos del contrato de obra y las autorizaciones para el pago de las facturas que deba hacer.

Los pagos que realice la Fiduciaria en favor de los contratistas y otros pagos (asesores, comisiones de créditos, auditores, etc.) se cubrirán con el patrimonio del fideicomiso.

---

<sup>117</sup> De conformidad con lo que señala el artículo 106 fracción XIX inciso a) de la LIC, a las instituciones de crédito les está prohibido celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos. Excepciones: 1.- Realizar operaciones pasivas, con los recursos que deban invertir (circular 102-E-367-DGBM-111-B de la SHCP); 2.- Algunas Sociedades Nacionales de Crédito: Nacional Financiera (art. 11 de su Ley Orgánica); Banco Nacional de Comercio Exterior (art. 8 de su Ley Orgánica) y Banco Nacional de Comercio Interior (art. 9 de su Ley Orgánica).

Se registrará como activo fijo en los estados financieros del fideicomiso la obra en proceso que se vaya construyendo.

Esta etapa puede durar de tres a cinco años, y terminará cuando la obra esté concluida y empiece a funcionar.

**a.1) Responsabilidad de las partes:**

**a.1.1) Fideicomitente.**

Las obligaciones de la compañía del proyecto como FIDEICOMITENTE son pocas, entre ellas: constituir el fideicomiso y aportar los bienes en fideicomiso.

En virtud de ser la CONCESIÓN un acto de la Autoridad, no podría haber evicción respecto de los derechos derivados de dicha CONCESIÓN; por tanto, no puede obligarse al FIDEICOMITENTE respecto del saneamiento.

Por lo que ve a los recursos líquidos que aporte al fideicomiso, su obligación será ponerlos a disposición de la FIDUCIARIA.

En cuanto a los honorarios de la Fiduciaria, estos son a cargo del patrimonio del fideicomiso o, en su caso, del FIDEICOMISARIO, por lo que no es responsable de su pago.

Ahora, bien, en esta compleja relación la compañía del proyecto no sólo es el FIDEICOMITENTE, sino además es el principal contratista, por lo que la responsabilidad más importante a su cargo es llevar a cabo la construcción del PROYECTO y, en su caso, la de celebrar las subcontrataciones necesarias.

Derivado del contrato de obra, una de sus responsabilidades es contratar la fianza de cumplimiento de sus obligaciones como contratista, la que deberá estar vigente durante todo el tiempo que dure la construcción del PROYECTO y hasta

que sea aceptada la obra por parte de los FIDEICOMISARIOS; deberá expedirse en favor de la FIDUCIARIA. En el capítulo III se mencionó que existen diversos riesgos que deben tomarse en cuenta para llevar a cabo estos PROYECTOS, pero la construcción de la obra es de aquellos riesgos que deben y pueden cubrirse. El costo de la misma debió contemplarse dentro del precio del contrato de obra; sin embargo es responsabilidad del FIDEICOMITENTE el contratarla a su cargo.

Es responsable, igualmente, de resolver los conflictos jurídicos que llegaren a presentarse, tales como los laborales, los que se deriven por las subcontrataciones que efectúe, las demandas civiles, penales o administrativas resultantes de la ejecución de la obra, liberando a la Fiduciaria y al patrimonio del fideicomiso de cualquier responsabilidad. Esta limitación de responsabilidad debe constar en el fideicomiso y en el contrato de obra.

Es responsable de entregar a tiempo la obra, de tal manera que si cumple con su obligación antes del plazo pactado tendrá derecho a recibir el bono de cumplimiento y, en caso contrario, será acreedor al castigo.<sup>118</sup>

Debe contratar un seguro, que permanecerá vigente durante la fase de construcción, contra cualquier tipo de riesgo (de los riesgos que pueden ser asegurados, v.g., por accidentes de sus trabajadores o de un tercero, por lluvia, incendio, etc.).

El FIDEICOMITENTE tiene durante esta etapa una activa participación en el Comité Técnico del fideicomiso, de tal forma que las decisiones y acuerdos que se tomen por los miembros del Comité lo obligarán.

---

<sup>118</sup> Este sistema de bonos y castigos es entendible. Debemos recordar que la obra se está financiando. Si se entrega antes de lo previsto, el proyecto comenzará a generar ingresos suficientes para cubrir el servicio y amortizar el capital de la deuda contraída; en caso contrario implica un desfasamiento del PROYECTO en la relación pasivos-ingresos.

a.1.2) Fideicomisario "A".

Como se mencionó, en esta fase el FIDEICOMISARIO "A" y la Fiduciaria celebran el CONVENIO DE INVERSIÓN. Este convenio cuenta entre sus anexos con un calendario con base en el cual el FIDEICOMISARIO "A" realiza sus aportaciones, su responsabilidad será cumplir con los términos y obligaciones a su cargo pactados en dicho convenio.

Consecuentemente, son dos las obligaciones fundamentales -mas no las únicas- del FIDEICOMISARIO "A"; la primera de ellas es invertir en el PROYECTO los recursos por los montos y en las fechas establecidas en el mencionado CONVENIO DE INVERSIÓN y, la segunda, ser el asesor de la Fiduciaria respecto de los términos y condiciones de la obra.

Debe fungir como asesor de la Fiduciaria respecto de los términos y condiciones de la obra ya que el personal con que cuenta aquella, no conoce de obras, y mucho menos de las de gran envergadura como las que se generan con este tipo de proyectos. A fin de que la Fiduciaria cumpla fielmente con sus obligaciones es necesario que cuente con los asesores idóneos, y si bien el financiamiento del proyecto es privado, el PROYECTO en cuestión es público y, en otras circunstancias, sería el FIDEICOMISARIO "A" quién lo llevaría a cabo. En tal virtud, el FIDEICOMISARIO "A" resulta ser el asesor idóneo para la Fiduciaria. Así, será necesario contar con su autorización para que la Fiduciaria realice los pagos derivados del contrato de obra al FIDEICOMITENTE<sup>19</sup>.

Por otro lado, en términos de las nuevas disposiciones a que se ha hecho referencia en el Capítulo IV<sup>19</sup>, es el FIDEICOMISARIO "A" el enlace con las demás autoridades gubernamentales que, en su caso, se requirieran, incluyendo a la

<sup>19</sup> Como se puede observar, no es el Comité Técnico quién autoriza estos pagos. Lo anterior tiene como finalidad el evitar que se convierta en una situación burocrática reunir al Comité para autorizarlos y crear como consecuencia una posible contingencia por el pago de penas a cargo del fideicomiso por no pagar a tiempo las facturas al FIDEICOMITENTE.

<sup>19</sup> Las reformas a la Ley General de Deuda Pública, a la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, así como las disposiciones a que se refieren el Presupuesto de Egresos de la Federación por el ejercicio de 1997 y el Manual de Normas para el Ejercicio del Gasto Público.

Comisión Intersecretarial de Gasto-Financiamiento. Debe, en consecuencia, estar completamente involucrado en el desarrollo del PROYECTO.

No es menos importante su participación dentro del Comité Técnico del fideicomiso, lo cual, al igual que en el caso del FIDEICOMITENTE, le obliga respecto de los acuerdos que ese órgano colegiado tome.

El FIDEICOMISARIO "A" es en este fideicomiso la parte obligada a cubrir los gastos y honorarios en favor de la Fiduciaria en caso de no ser suficiente el patrimonio del fideicomiso.

#### a.1.3) Fideicomisario "B".

Se podrá observar que, en el caso del FIDEICOMISO UNO, están íntimamente involucradas dos autoridades diferentes por tratarse de una obra conjunta. De tal manera, mientras el FIDEICOMISARIO "A" hace frente a las obligaciones de pago que en virtud del PROYECTO adquiere el FIDEICOMISO, a través del mencionado CONVENIO DE INVERSIÓN, durante esta etapa el FIDEICOMISARIO "B" no contrae responsabilidad pecuniaria alguna.

Sin embargo, las obligaciones de pago no son las únicas, de tal forma que durante esta etapa, el FIDEICOMISARIO "B" tiene diferentes responsabilidades, entre ellas las siguientes:

Deberá suscribir, en esta etapa, el CONTRATO DE ARRENDAMIENTO con la FIDUCIARIA, es importante recordar que todavía no hay materia de dicho contrato, ya que el PROYECTO se encuentra en proceso de construcción. Sin embargo, no es contrario a derecho el pactar un CONTRATO DE ARRENDAMIENTO sobre cosas futuras. No se celebra en esta etapa un contrato de promesa de arrendamiento sino el CONTRATO DE ARRENDAMIENTO como

tal.<sup>141</sup> Es importante recalcar que se cuenta con una fecha esperada de terminación de obra. Esa fecha, en principio, debe proporcionar tal seguridad de que efectivamente sucederá que se han pactado bonos o castigos. Por tanto, el CONTRATO DE ARRENDAMIENTO queda bajo una condición suspensiva y entrará en vigor a partir de la fecha de entrega del PROYECTO.

En alguna de las cláusulas del CONTRATO DE ARRENDAMIENTO se ha establecido la obligación para la arrendataria de que, aún en el caso de que el PROYECTO no funcionara o se destruyera, continuará efectuando el pago de la renta pactada.<sup>142</sup>

Al ser una obra conjunta igualmente fungirá durante esta etapa como representante y asesor de la Fiduciaria respecto de las construcciones o suministro de equipo del PROYECTO, asumiendo similares obligaciones a las del FIDEICOMISARIO "A" como asesor de la Fiduciaria, además de participar en el Comité Técnico del fideicomiso.

#### a.1.4) La Fiduciaria.

Para la Fiduciaria ésta es la etapa más difícil y de mayor responsabilidad. Una de las principales dificultades es considerar la magnitud del PROYECTO y prepararse para cumplir con su encomienda. El tratarse de fideicomisos complejos implica no sólo para la Institución sino aún para su o sus delegados fiduciarios una gran responsabilidad, incluso personal. Probablemente se necesitará contratar personal especializado, se deberá contar con asesores y, quizá, necesitará contratar firmas de abogados en el extranjero, fiscalistas, contadores, etc.

---

<sup>141</sup> La razón mas importante para celebrar el CONTRATO DE ARRENDAMIENTO vuelve a ser una razón financiera. Recordemos que el financiamiento procede básicamente del "gran público inversionista, que debe contar con una garantía de pago. En virtud de ser la garantía el propio PROYECTO, se tendría un efecto negativo al celebrar un contrato de promesa de arrendamiento y no el CONTRATO DE ARRENDAMIENTO como tal.

<sup>142</sup> A través de esta cláusula se pretende cubrir un riesgo para el inversionista, puesto que cuenta con una garantía efectiva de pago.

En el caso de estos fideicomisos el Comité Técnico es un órgano sumamente importante y de gran apoyo para el fiduciario.

De conformidad con lo que señala el último párrafo del artículo 80 de la LIC, la Fiduciaria quedará libre de responsabilidad cuando actúe ajustándose a los dictámenes o acuerdos del Comité; pero considero que esta responsabilidad se refiriere a la que en su caso se derive con las partes directamente involucradas, puesto que frente a terceros la responsabilidad es exclusivamente de la Fiduciaria, ya que el Comité no es un órgano que tenga siquiera personalidad.

La principal responsabilidad de la Fiduciaria será cumplir con los fines del fideicomiso llevando a cabo los actos jurídicos y las obligaciones a su cargo, que en su mayoría son de hacer y que incluyen, entre otras, la celebración de diversos actos jurídicos, obligaciones de pago, de información, de registro y fiscales.

Celebración de actos jurídicos.- Debe celebrar, cuando menos, los siguientes:

- **CONTRATO DE OBRA** con el FIDEICOMITENTE.
- **CONTRATO DE SUPERVISIÓN DE OBRA**, con las personas físicas o jurídicas que el Comité Técnico le indique.
- **CONVENIO DE INVERSIÓN** con el FIDEICOMISARIO "A".
- **CONTRATO DE ARRENDAMIENTO** con el FIDEICOMISARIO "B".
- **CONTRATOS DE FINANCIAMIENTO Y ACCESORIOS**. Dependiendo del tipo de financiamiento contratado podrá ser un contrato de crédito o la emisión de papel.
- **CONTRATOS DE GARANTÍA** que son contratos de crédito por aval afectando las garantías necesarias.
- **CONVENIOS DE ASESORÍA Y SERVICIO** los que se lleven a cabo con los asesores, auditores, etc.

**Obligaciones de pago:**

Deberá cubrir al FIDEICOMITENTE los pagos derivados del contrato de obra y los contratos accesorios que se hayan celebrado. Tomando en cuenta, como se ha mencionado, que los pagos se efectúen dentro de los plazos que se especifiquen en cada contrato.

Deberá cubrir los intereses y, en su caso, el capital<sup>143</sup> de los financiamientos otorgados para llevar a cabo el proyecto.

Asimismo, debe hacer frente a las comisiones de los asesores y gastos que se generen (v. g. los gastos derivados de la emisión del papel), además de cumplir con las obligaciones fiscales que se deriven y que se verán mas adelante.

**Obligaciones de información:**

Deberá brindar al FIDEICOMITENTE, a los FIDEICOMISARIOS y al Comité Técnico, en primer término, cualquier información que le sea requerida, sobre todo para la toma de decisiones.

En segundo lugar, deberá brindar a los auditores la información solicitada, así como a quienes otorguen financiamientos y garantías al proyecto y, en su caso, a las autoridades que así lo requieran.

**Obligaciones de registro:**

En términos del artículo 79 de la LIC, la Fiduciaria deberá abrir una contabilidad especial por cada fideicomiso, por lo que su primer responsabilidad es abrirle una contabilidad especial al fideicomiso.

---

<sup>143</sup> Normalmente el plazo de gracia de los financiamientos es igual al periodo de construcción por lo que, generalmente, durante esta etapa no se amortiza el principal de los financiamientos obtenidos.

En ella, la Fiduciaria deberá registrar como activo fijo la obra en proceso conforme al avance de la misma, como activo circulante las cantidades que aporte el FIDEICOMITENTE y las aportaciones derivadas del CONVENIO DE INVERSIÓN que realice el FIDEICOMISARIO "A", y como pasivos las cantidades derivadas de los financiamientos que se le otorguen al fideicomiso, recordando siempre que en contabilidad existe lo que se conoce como partida doble, es decir, un cargo y un abono.

En caso de ser necesario, y derivado de la emisión de papel que efectúe, cumplir con los registros y autorizaciones en el Banco de México, en la CNByV y en los registros internacionales que se requieran si el papel se emite en el extranjero.

Y como se señaló el fideicomiso es objeto de registro anual en la Unidad de Política y Control Presupuestal de la SHCP.

Es importante que la Fiduciaria cuente con la autorización expresa del Comité Técnico para proporcionar a terceros los registros e informaciones que se requieran para evitar de esta manera cualquier responsabilidad derivada de la violación al secreto fiduciario a que se refiere el art. 118 de la LIC.

## **b) Operación**

Esta fase debe comenzar en el momento en que la obra se encuentre completamente terminada y funcionando, lista para producir los recursos suficientes para hacer frente a los financiamientos contratados.

Sin embargo, se presenta una interfase porque para la entrega-recepción de la obra puede determinarse una fecha exacta de acuerdo al contrato de obra (que pudiera ser la fecha de firma del acta de entrega-recepción, o la fecha en que se realicen ciertas pruebas, entre otras) celebrado entre el FIDEICOMITENTE y la Fiduciaria, pero implica para las partes la elaboración de pruebas, la extinción y

finiquito de diversos contratos, la elaboración y firma de las actas de entrega-recepción, un periodo para detectar fallas en la obra concluida, vicios en la construcción y en su caso fincar responsabilidades.

En caso de la entrega a tiempo de la obra, será el momento de entregar el bono de cumplimiento al FIDEICOMITENTE o, bien, aplicar el castigo correspondiente. Esta etapa es sumamente delicada puesto que pueden surgir conflictos entre las partes involucradas. Es en especial este tema de la entrega a tiempo o, en su caso, la imputabilidad del retraso un punto sumamente delicado del PROYECTO.

El cierre de la etapa de construcción del PROYECTO puede resultar largo, incluso puede terminar cuando la etapa de operación ya se encuentra avanzada.

En virtud de los problemas que se pudieran presentar, es muy importante determinar con exactitud cuál es la fecha de la entrega de la obra puesto que la condición suspensiva a que estaba sujeta la entrada en vigor del CONTRATO DE ARRENDAMIENTO está íntimamente ligada con esta fecha de tal manera que, si bien pudieran quedar pendientes obligaciones o cierres de algunos contratos, las rentas puedan ser exigibles al momento de hacer frente a los pagos.

En este tipo de proyectos los financiamientos contratados están ligados con la fuente de pago; en este caso particular las rentas derivadas del CONTRATO DE ARRENDAMIENTO son la fuente de pago.

Durante los primeros dos años, a lo sumo, se tendrán que resolver las diferencias de manera amigable<sup>144</sup>, que, en su caso, existan por el finiquito de los contratos respectivos y llevar a cabo la entrega-recepción definitiva de la obra, a fin de liberar las fianzas de cumplimiento que fueron otorgadas por los contratistas.

---

<sup>144</sup> Ya que en caso de ser necesario acudir a los Tribunales competentes este proceso excederá seguramente los dos años.

Sin embargo, no todos los contratos terminarán. Continúan vigentes los contratos de financiamiento, incluyendo el CONVENIO DE INVERSIÓN celebrado con el FIDEICOMISARIO "A" y los contratos de garantía, además del CONTRATO DE ARRENDAMIENTO y, normalmente, se celebra en ésta fase un contrato de depósito que le permita al Fiduciario cubrir las amortizaciones de capital.

Para esta etapa se tiene previsto que el FIDEICOMITENTE concluya su participación al momento en que se resuelvan las diferencias que en su caso existieran y, una vez que se le hayan cubierto todos los pagos que pudieran estar pendientes. El FIDEICOMITENTE deja de tener participación en el Comité Técnico del Fideicomiso en virtud de no tener ya interés en el desarrollo del PROYECTO, puesto que su participación en el mismo ha concluido.

Normalmente esta etapa implica una menor actividad para la Fiduciaria. Su responsabilidad es solicitar a tiempo los pagos de la renta provenientes del CONTRATO DE ARRENDAMIENTO celebrado con el FIDEICOMISARIO "B", recibir los recursos resultantes del CONVENIO DE INVERSIÓN celebrado con el FIDEICOMISARIO "A" y cumplir con todas sus obligaciones de pago derivadas de los financiamientos.

De conformidad con los fines planteados en el fideicomiso, esta fase, si bien mas larga que la etapa anterior, es, como se mencionó, de menor actividad y exige la participación de un número menor de partes involucradas. Concluirá en el momento en que se amorticen completamente los financiamientos contratados por el fideicomitente, dando paso a la última fase.

**b.1.) Responsabilidad de las partes**

**b.1.1) Fideicomitente**

Antes de finiquitar los contratos de obra, es necesario que el FIDEICOMITENTE capacite al personal del FIDEICOMISARIO "B" en el manejo del proyecto. Esta capacitación se puede citar como una de las ventajas del PROYECTO puesto que implica la recepción de *know how* y transferencia de tecnología de punta para el país.

Las fianzas otorgadas se liberarán en el momento en que se entregue definitivamente la obra o, bien, se harán efectivas. Si bien el FIDEICOMITENTE ya no tiene participación en el fideicomiso es responsable aún de cualquier vicio oculto o defecto en la construcción de la obra. Por tal razón las fianzas permanecen vigentes aún en los primeros años de esta fase y serán liberadas en la medida en que se concilien las diferencias que pudieran llegar a existir.

Cabe señalar que en el contrato de fideicomiso se estableció a las leyes mexicanas como legislación aplicable y como tribunales competentes los del Distrito Federal; por tanto, en caso de presentarse alguna diferencia que no pudiera ser resuelta de manera amigable se deberá acudir a los tribunales del Distrito Federal.

**b.1.2) Fideicomisario "A"**

Sus responsabilidades son las siguientes:

Invertir recursos líquidos al PROYECTO en los términos del CONVENIO DE INVERSIÓN.

Recibir la obra civil. Es importante recordar que el FIDEICOMISARIO "A" es el asesor de la FIDUCIARIA respecto de la construcción de la obra civil; por

tanto, es importante que continúe invirtiendo los recursos líquidos derivados del convenio mencionado en el párrafo anterior. Sin embargo, es aún más importante su responsabilidad a fin de verificar que se haya dado fiel cumplimiento por el FIDEICOMITENTE al contrato de obra, que no existan vicios ocultos, en fin, que el proyecto efectivamente funcione de modo perfecto.

Tiene una participación activa en el fideicomiso a través de su representante en el Comité Técnico del mismo.

En caso de no ser suficientes los recursos derivados del CONTRATO DE ARRENDAMIENTO, deberá proporcionar los recursos necesarios a la Fiduciaria para que ésta haga frente a las obligaciones pendientes de cubrir en un periodo determinado.

#### b.1.3) Fideicomisario "B"

Dentro de las responsabilidades mas importantes, dentro de esta fase, podemos enumerar las siguientes:

Recibir el equipo y, parte de la obra civil que integran el PROYECTO en arrendamiento, mantenerlo y conservarlo.

Durante el primer año de esta fase, seleccionará de su personal a las personas que deberán recibir por parte del FIDEICOMITENTE la capacitación necesaria para el manejo del PROYECTO.

Efectuar los pagos de renta conforme a lo establecido en el CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

Es importante señalar que es responsabilidad de ambos FIDEICOMISARIOS el que los recursos que se destinen al proyecto se encuentren debidamente

presupuestados para el ejercicio de que se trate en el Presupuesto de Egresos de la Federación, en el rubro que a cada uno de ellos les corresponda.

#### **b.1.4) La Fiduciaria**

Se han concluido los contratos relativos a la construcción de la obra. Deberá en los primeros años de esta fase, como se mencionó, detectar a través de sus asesores (los FIDEICOMISARIOS), las fallas que pudieran derivarse de las obras o en los equipos, y dirimir las controversias que con el FIDEICOMITENTE o los otros contratistas se presenten. Durante la primera parte de esta fase, las fianzas de cumplimiento de los contratistas, incluyendo, por supuesto la otorgada por el FIDEICOMITENTE deberán estar vigentes.

Una vez que se encuentren subsanadas las fallas que se llegaren a presentar se llevará a cabo la recepción definitiva de la obra y se procederá, en consecuencia, a liquidar o, bien, a hacer efectivas las fianzas que se le hubieran otorgado.

Como se comentó, quedarán vigentes los contratos derivados de los financiamientos y sus garantías, así como el CONVENIO DE INVERSIÓN y el CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

Se deberá contratar un seguro de daños para el PROYECTO, que deberá estar vigente durante esta etapa.

Su responsabilidad es cumplir en tiempo y forma con las obligaciones de pago a cargo del fideicomiso. Normalmente en este periodo se amortiza la deuda completamente y deberá, en su caso, invertir los recursos líquidos del patrimonio hasta en tanto no se destinen a su pago.

Deberá, asimismo, celebrar un contrato de depósito a fin de garantizar el pago de los financiamientos.<sup>143</sup>

Deberá solicitar se realicen las auditorías a los estados financieros del fideicomiso anualmente y deberá cumplir con las obligaciones fiscales derivadas del cumplimiento de los fines.

### c) La Transferencia

Esta etapa es la conclusión del PROYECTO, para su cierre total deberán llevarse a cabo las siguientes acciones:

Se deberán finiquitar los contratos vigentes, procediendo en primer lugar al pago de los financiamientos que se hubieren contratado, incluyendo capital, intereses, comisiones y gastos.

En virtud de estar cubiertos los financiamientos se deberá extinguir el CONVENIO DE INVERSIÓN con el FIDEICOMISARIO "A", así como los contratos de garantía que se celebraron, cubriendo en su caso, las comisiones que estuvieren pendientes.

Una vez cubiertas todas las obligaciones de pago a cargo del fideicomiso, incluyendo cualquier obligación fiscal, deberá rendirse a los FIDEICOMISARIOS un informe final por la actuación de la Fiduciaria y aquéllos liberarán, en caso de estar satisfechos con dicho informe, a la Fiduciaria otorgándole el finiquito más amplio por su actuación en el fideicomiso, se procederá en consecuencia a la extinción del fideicomiso y de acuerdo con lo establecido en el texto del fideicomiso y con la conformidad del Comité Técnico se distribuirá el remanente líquido que en su caso existiere como sigue:

<sup>143</sup>El tipo de financiamientos contratados normalmente incluye un periodo de gracia igual al tiempo que dura la construcción, y las amortizaciones al capital coinciden con el comienzo del periodo de operación o, bien, es hasta el final del periodo de operación cuando se realiza el pago de capital en una sola exhibición.

- 1.- Al pago de honorarios y gastos de la Fiduciaria.
- 2.- A cubrir cualquier otra obligación pendiente de pago a cargo del patrimonio del fideicomiso.
- 3.- En caso de que existiera algún remanente, se entregará al FIDEICOMISARIO "A".

Hecho todo lo anterior, la Fiduciaria procederá a transmitir a título gratuito la titularidad del PROYECTO a quien le indique el FIDEICOMISARIO "B", libre de cualquier gravamen.

## **FIDEICOMISO DOS**

### **a) Construcción**

A diferencia del FIDEICOMISO UNO, en este fideicomiso las fases de operación y construcción tienen variables que los hacen completamente diferentes. Procedamos a ver esas diferencias.

El fideicomiso ha sido constituido con anterioridad por los FIDEICOMITENTES EN PRIMER y SEGUNDO LUGAR. Comienzan las aportaciones que, en el caso del FIDEICOMITENTE EN PRIMER LUGAR, se afectan únicamente los derechos de cobro de la explotación de la CONCESIÓN. Por su parte, el FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR empezará a aportar al fideicomiso los recursos como capital de riesgo equivalentes al 40% del valor del PROYECTO.

El FIDEICOMITENTE ADHERENTE hará sus aportaciones equivalentes al 3.2% del valor del PROYECTO y el FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR conseguirá los financiamientos equivalentes al 56.8% de la obra.

El FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR emitirá los PAGARÉS A MEDIANO PLAZO, para lo cual celebrará los contratos de garantía con el

**SINDICATO DE BANCOS AVALISTAS.** A partir de este momento el fideicomiso garantizará al **SINDICATO DE BANCOS AVALISTAS** el cumplimiento de pago de las obligaciones a cargo del **FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR**.

Igualmente, el fideicomiso contempla dentro de sus fines el garantizar la emisión de **PAGARÉS A MEDIANO PLAZO** que efectuó el **FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR**.

La Fiduciaria recibirá los recursos de estos financiamientos y procederá a invertirlos en tanto no sean requeridos por el **FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR** para llevar a cabo la construcción de la obra.

El Comité Técnico se constituirá en esta fase y deberá autorizar a la Fiduciaria el celebrar los contratos de garantía en favor del **SINDICATO DE BANCOS AVALISTAS**. Igualmente deberá autorizar a la Fiduciaria la celebración de los contratos de supervisión de obra y contratar al despacho de contadores públicos para que revise y compruebe los movimientos contables y de caja y prepare la información financiera trimestral necesaria.

En el mercado financiero un instrumento a mediano plazo es de 1 año a 3, aproximadamente, por lo que tal vez antes de que el **PROYECTO** comience a generar recursos para proceder a la amortización de los **PAGARÉS** éstos se vencerán; por tal virtud se previó, dentro de los fines del fideicomiso, que el **FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR** conseguiría el financiamiento necesario en esta ocasión con las instituciones de crédito participantes. Por ello los pagarés se liquidarán con el monto de los créditos que se le otorguen al **FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR** y la Fiduciaria considerará a las instituciones de crédito que le otorguen financiamiento al **FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR** como **FIDEICOMISARIOS "A"**, de tal manera que serán los primeros en recibir el pago respectivo.

Puede ser, sin embargo en virtud de así requerirse por cuestiones financieras, que sucediera el caso contrario, es decir, que primero se otorgaran los

financiamientos directos al FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR y posteriormente se emitieran los PAGARÉS A MEDIANO PLAZO.

La duración de esta fase coincide con la duración de la construcción de la obra, que generalmente es de tres a cuatro años.

**a..1) Responsabilidad de las partes**

**a.1.1) Fideicomitente en Primer Lugar**

La responsabilidad del FIDEICOMITENTE EN PRIMER LUGAR es celebrar el contrato de fideicomiso y aportar a él los derechos de cobro de la explotación de la CONCESIÓN.

Además, deberá cumplir con sus obligaciones de información ante el FIDEICOMISARIO "I" por la CONCESIÓN que le fue otorgada.

**a.1.2) Fideicomitente en Segundo Lugar**

Dentro de sus responsabilidades podemos señalar las siguientes:

Afectar al fideicomiso los recursos provenientes de su aportación como capital de riesgo y los derivados de los financiamientos que obtenga.

Deberá llevar a cabo la emisión de los PAGARÉS A MEDIANO PLAZO y celebrar, junto con el Fiduciario, los contratos necesarios con el SINDICATO DE BANCOS AVALISTAS respecto de la emisión de los pagarés mencionados y liquidar su importe con los financiamientos directos que obtenga de los

FIDEICOMISARIOS "A" o, viceversa, como se comentó<sup>146</sup>. Es importante señalar que lo que se pretende es que para financiar el PROYECTO se obtenga un tipo de financiamiento (emisión de pagarés o créditos directos) y se pague con otro, de tal suerte que en un momento determinado al final de esta fase se cuente con un sólo financiamiento, bien los pagarés o bien los créditos directos.

Deberá llevar a cabo la obra del PROYECTO, para lo cual deberá aplicar correctamente las cantidades que por ese concepto le entregue la Fiduciaria con cargo al patrimonio del fideicomiso. Sin embargo, el proceso de construcción de la obra, en este caso, no es objeto del contrato, por lo que se trata de una obligación contractual ante el FIDEICOMITENTE EN PRIMER LUGAR, que no es objeto del fideicomiso.

#### **a.1.3) Fideicomitente Adherente**

La responsabilidad del FIDEICOMITENTE ADHERENTE es llevar a cabo las aportaciones en efectivo al fideicomiso.

#### **a.1.4) La Fiduciaria**

La Fiduciaria deberá recibir el patrimonio del fideicomiso y llevar a cabo los actos tendientes a su conservación.

---

<sup>146</sup> Que se consigan en primer lugar los financiamientos directos de las instituciones de crédito y su importe se amortice con los recursos que se obtengan de la emisión de los PAGARÉS A MEDIANO PLAZO

Deberá celebrar los actos jurídicos que le autorice el Comité Técnico. Entre ellos, la contratación de la firma de contadores públicos y los contratos de supervisión externa de la obra.

En cuanto al financiamiento, la Fiduciaria celebrará los actos relativos de manera sucesiva, ya sea en primer lugar el contrato de garantía con el SINDICATO DE BANCOS AVALISTAS, convirtiéndose éstos en FIDEICOMISARIOS "B" o, bien, con las instituciones de crédito que le otorguen créditos directos al FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR, que serán considerados como FIDEICOMISARIOS "C".

En esta fase, podemos decir que la Fiduciaria tiene dos funciones básicas: Efectuar pagos y garantizar las obligaciones de pago del FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR.

#### a.1.5) Fideicomisarios

En esta fase intervienen únicamente los FIDEICOMISARIOS "A", las instituciones de crédito que le otorguen financiamiento directo al FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR, los FIDEICOMISARIOS "B", los tenedores de los PAGARÉS A MEDIANO PLAZO que emita el FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR, y los FIDEICOMISARIOS "C", el SINDICATO DE BANCOS AVALISTAS por los PAGARÉS A MEDIANO PLAZO que avalan.

No podemos hablar en el caso de este fideicomiso de responsabilidad alguna de los fideicomisarios. Son, en los tres casos, beneficiarios del fideicomiso; en caso de incumplimiento tendrían derecho a demandar a la Fiduciaria.

**b) Operación**

A diferencia del FIDEICOMISO UNO, en éste no se lleva a cabo una interfase pues en caso de cualquier conflicto derivado de la obra. éste deberá arreglarse exclusivamente entre el FIDEICOMITENTE EN PRIMER LUGAR y EL FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR puesto que el contrato de obra no formó parte de los fines del fideicomiso de tal manera que ni el fideicomiso ni la Fiduciaria tienen intervención alguna en ese respecto.

Esta etapa, entonces, comenzará en el momento en que la obra esté construida y el PROYECTO listo para producir recursos suficientes para su pago. La Fiduciaria celebrará el contrato de operación respectivo con la empresa que le señale el Comité Técnico.

El fideicomiso a diferencia de la etapa anterior en el que una de sus funciones importantes era ser un fideicomiso de garantía, en esta etapa contraerá deuda de manera directa. Así, emitirá los instrumentos bursátiles necesarios para liquidar los pasivos adquiridos por el FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR, de tal manera que los FIDEICOMISARIOS "A", "B" y "C" dejarán de tener participación alguna en el fideicomiso en virtud de haberseles liquidado los pasivos respectivos.

La fuente de pago de los instrumentos que emita el fideicomiso deberán ser los que produzca el PROYECTO.

A diferencia del fideicomiso UNO, en éste la fase de operación es mucho mayor puesto que podría rebasar los 20 años, y es de más actividad para la Fiduciaria.

**b.1.) Responsabilidad de las partes**

**b.1.1) Fideicomitente en Primer Lugar**

Su obligación principal es ser obligado mancomunado<sup>147</sup> de la Fiduciaria por los pagos derivados de los INSTRUMENTOS BURSÁTILES que se emitan en el caso de no ser suficiente el patrimonio del fideicomiso para hacer frente a dichos pagos.

Deberá, igualmente, presentar los informes a que se comprometió con el FIDEICOMISARIO "I", derivados de la CONCESIÓN que le fue otorgada.

**b.1.2) Fideicomitente en Segundo Lugar**

Una vez concluida la obra, el FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR, al igual que el FIDEICOMITENTE EN PRIMER LUGAR, adquiere obligaciones de pago por los INSTRUMENTOS BURSÁTILES que adquiriera el fideicomiso.

**b.1.3) Fideicomitente Adherente**

La Fiduciaria celebrará con el Fideicomitente Adherente un contrato de prestación de servicios para la operación del proyecto, por tanto, será responsable de cobrar las cuotas de recuperación y ponerlas a disposición del fiduciario.

---

<sup>147</sup> Desde mi punto de vista ésta es una de las razones para considerar que se trata de un fideicomiso público, puesto que no debemos olvidar que el FIDEICOMITENTE EN PRIMER LUGAR es una Autoridad y se convierte en esta fase obligado por cualquier pago que no fuera posible cubrir por no tener fondos suficientes el fideicomiso para efectuarlo. En consecuencia, si bien al principio aporta únicamente derechos, por este hecho deberá, en su caso, aportar recursos líquidos al fideicomiso.

**b.1.4) La Fiduciaria**

El Comité Técnico deberá instruir a la Fiduciaria para celebrar el contrato de operación a fin de recibir los ingresos que se obtengan por los derechos de cobro de la explotación de la CONCESIÓN que afectó en fideicomiso el FIDEICOMITENTE EN PRIMER LUGAR y los destine a lo siguiente:

- 1.- Al pago de principal e intereses de los créditos bancarios suscritos por el FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR y asignados a este fideicomiso y, en su caso, al FIDEICOMISARIO SUBORDINADO (que es el FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR).
- 2.- En su caso, a cubrir al SINDICATO DE BANCOS AVALISTAS las cantidades que hubieren tenido que erogar en el supuesto de incumplimiento por el fideicomiso y, subordinadamente, por el FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR, en el pago de los financiamientos contratados.<sup>144</sup>
- 3.- Al pago de los rendimientos, principal, primas y demás prestaciones en favor de los tenedores de Instrumentos Bursátiles que se ermitan, en los términos de este contrato.
- 4.- Al pago de los costos de liberación del Derecho de Vía, anticipos de obra, construcción, operación, mantenimiento, constitución y sostenimiento del fondo de reserva y conservación del PROYECTO a que se refiere la CONCESIÓN, de acuerdo con las instrucciones del Comité Técnico.
- 5.- A la formación de el o los fondos de reserva para la amortización oportuna de los Pagarés a Mediano Plazo y de los Instrumentos Bursátiles, tomando en consideración su fecha de vencimiento o, en su caso, su amortización anticipada, así como para el pago de las primas, permisos y demás prestaciones derivadas de dichos certificados o títulos, por instrucciones del Comité Técnico.

---

<sup>144</sup> Cabe señalar que en tanto no se ermitan los INSTRUMENTOS BURSÁTILES la Fiduciaria deberá continuar cubriendo las obligaciones de pago, bien de los PAGARÉS A MEDIANO PLAZO emitidos por el FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR, bien de los créditos directos que en su caso se le hubieren otorgado.

La Fiduciaria procederá a efectuar la emisión de los INSTRUMENTOS BURSÁTILES que el Comité Técnico considere que son adecuados. De los recursos que se obtengan se procederá al pago de los financiamientos otorgados al FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR.

Igualmente, será obligación a cargo del patrimonio del fideicomiso conservar y mantener el PROYECTO en las mejores condiciones. El mantenimiento del PROYECTO puede estar a cargo de la empresa operadora que al efecto se contrate.

Por otro lado, es necesario que el fideicomiso a través de la Fiduciaria invierta parte de los recursos en fondos de reserva que sean suficientes para hacer frente a sus obligaciones de pago derivados de los INSTRUMENTOS BURSÁTILES que se emitan.

#### b.1.5) Fideicomisarios

En esta fase intervienen los FIDEICOMISARIOS "D", "E", "F" "G" y "H". En el caso del FIDEICOMISARIO "D", éstos tendrán derecho como tenedores de los instrumentos bursátiles que emita la Fiduciaria respecto de su pago.

En el caso de los FIDEICOMISARIOS "E" y "G", se trata del FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR, que tendrá derecho a rendimientos o utilidades del PROYECTO, pero únicamente cuando se haya cumplido con todas las obligaciones derivadas de los financiamientos.

Los FIDEICOMISARIOS "F" y "H" son el FIDEICOMITENTE ADHERENTE que, al igual que el FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR, no tendrá derecho a cobrar rendimientos o utilidades sino hasta que se haya cumplido con todas las obligaciones derivadas de los financiamientos e, incluso, de los pagos que, en su caso, proceda hacerle al FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR.

**c) Transferencia.**

Al igual que en el fideicomiso UNO, esta fase es la conclusión del PROYECTO. Para su finiquito total deberán llevarse a cabo las siguientes acciones:

Se tendrán que concluir los contratos vigentes, procediendo en primer lugar al pago de los financiamientos que se hubieren contratado, incluyendo capital, intereses, comisiones y gastos.

En caso de que los financiamientos se hubieren cubierto en la fase de operación, y se hayan generado utilidades, se procederá únicamente a entregar esas utilidades al FIDEICOMITENTE EN SEGUNDO LUGAR y al FIDEICOMITENTE ADHERENTE. De tal manera que éste último, en su calidad de FIDEICOMISARIO "C", entregue el saldo final del fondo de reserva formado para el mantenimiento y operación del PROYECTO; sin embargo deberá cubrir:

- 1.- Los honorarios y gastos pendientes a favor de la Fiduciaria.
- 2.- Cualquier otra obligación pendiente de pago a cargo del patrimonio del fideicomiso.

Hecho todo lo anterior, la Fiduciaria procederá a transmitir la titularidad del PROYECTO al FIDEICOMISARIO "I".

Podemos esquematizar de manera comparativa ambos fideicomisos como sigue:

FASE	FIDEICOMISO UNO	FIDEICOMISO DOS
CONSTRUCCIÓN	Presenta una mayor actividad. La Fiduciaria es responsable de la obra y de su pago. La obra en proceso se afecta al fideicomiso.	La obra en proceso no se afecta al fideicomiso. La Fiduciaria es únicamente responsable de realizar el pago a la compañía del proyecto y de garantizar los financiamientos <b>contraidos por la empresa</b>
	En esta fase el fideicomiso contrata los pasivos de manera directa	El fideicomiso en esta etapa es un fideicomiso de fuente de pago y <b>garantía.</b>
OPERACIÓN	La carga operativa para la Fiduciaria ha disminuido de manera considerable. El fideicomiso se convierte básicamente en "fuente de pago" <sup>14</sup>	En el caso de este fideicomiso esta etapa representa mucha mayor actividad para la Fiduciaria que la etapa anterior. Con el <b>PROYECTO</b> ya construido, es la Fiduciaria quien contrata la operación y <b>mantenimiento</b>

<sup>14</sup>Se ha puesto entre comillas "fuente de pago" porque no debemos olvidar que el fideicomiso **contrató directamente los pasivos.**

FASE	FIDEICOMISO UNO	FIDEICOMISO DOS
		En esta etapa el fideicomiso se endeudará de manera directa para cubrir los financiamientos contratados por el fideicomitente en segundo lugar y hará frente a sus obligaciones de pago con lo que se ha obtenido de la explotación del PROYECTO.
TRANSFERENCIA	Para ambos fideicomisos esta etapa consiste en entregar a la Autoridad competente el PROYECTO libre de cualquier gravamen y funcionando.	

Respecto de las obligaciones fiscales, estos fideicomisos, se han considerado como fideicomisos privados en la práctica. Como tales, en virtud de los fines que realizan, se consideran como fideicomisos empresariales, de conformidad con lo que al respecto señala el artículo 9 de la Ley del Impuesto sobre la Renta. Por ello la Fiduciaria deberá cumplir con todas las obligaciones que se deriven de la ejecución de los fideicomisos. En consecuencia, llevar a cabo el cumplimiento de las obligaciones de registro, informes y pagos que sean requeridos por la SHCP en términos de las disposiciones fiscales aplicables.

## Conclusiones

1. A lo largo de la historia del fideicomiso y de sus antecedentes, hemos visto como esta figura ha surgido con una doble intención, por un lado, lograr a través de ella resultados que de otra forma estarían prohibidos por la ley y, por el otro, tratar de satisfacer en materia de herencias y legados los deseos de los testadores para favorecer a personas que no podían heredar de manera directa. También vimos como en el transcurso de la vida del *fideicomissum* y del *use*, se abusó de esas figuras y se produjo en consecuencia una serie de restricciones que intentaban acabar con su uso, lográndose sin embargo un efecto contrario al producir un auge en la utilización de la figura al ser ésta reconocida por el derecho.

En el caso de México, podemos ver que desde que el fideicomiso se introdujo a nuestro sistema jurídico ha sufrido modificaciones mínimas, hay quienes consideran que esto se debe a lo ambiguo de la figura, yo creo que el legislador no buscaba ambigüedad, sino elasticidad y versatilidad y lo logró; sin dejar de observar la necesidad de efectuar algunas adecuaciones necesarias al capítulo relativo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

2. La versatilidad a que me he referido en la conclusión anterior se debe principalmente a que el fideicomiso, como se apuntó en el capítulo II, es un negocio jurídico, de tal suerte, que puede permitirle a una persona como fideicomitente desde afectar en fideicomiso bienes para la manutención de

sus hijos cuando él falte hasta llevar a cabo negocios complejos como la instrumentación de un proyecto COT, tal y como lo vimos a lo largo de este trabajo, de tal manera que a través del fideicomiso el fideicomitente produce las consecuencias de derecho que quiere y no sólo se limita a las consecuencias jurídicas ya fijadas por la ley.

3. Los proyectos de infraestructura efectuados bajo la modalidad COT, se ha considerado como una forma mas de hacer eficiente al Estado, puesto que si bien, como se apuntó a lo largo de todo este trabajo que es la falta de recursos la que motiva a determinado Estado a desarrollar su infraestructura de manera alterna, para mí es algo más, es tratar de lograr por parte del Estado, uno de sus fines principales: el bienestar común, de tal manera que si se esperara a obtener los financiamientos para llevar a cabo una obra determinada de manera tradicional, implicaría un grave costo social, añadiendo además, lo que para nuestro país significa la importación y desarrollo y transferencia de tecnología de punta que conlleva un proyecto de esta envergadura y la derrama económica que se produce en la zona en que se desarrolla un proyecto COT.

Si bien, en nuestro país se abusó en un principio del esquema, también es cierto que lo que se buscó fue mejorar nuestras carreteras, puentes, plantas hidroeléctricas, puertos, aeropuertos, entre otros, pero todos ellos insumos de infraestructura necesarios para continuar con un desarrollo sostenido e integral del país. No debe, sin embargo, el Gobierno Federal perder de vista que se trata de una forma alterna de financiamiento, es decir, el Estado no debe olvidar que es él el responsable de construir y dotar de infraestructura a un país y no los particulares.

4. Tal parece que la lección fue aprendida por el Estado y ha buscado la regulación de los proyectos COT, de tal manera que ha considerado como viable esta forma alterna de financiamiento pero ha buscado su regulación para evitar en el futuro el planteamiento de problemas económicos que no hubieran sido identificados y en su momento presupuestados.
5. En tal virtud, es necesario que se modifique la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal para que sea en este ordenamiento en donde se contemple como públicos a aquellos fideicomisos que se constituyan para llevar a cabo la construcción de obra pública, independientemente de quién sea el fideicomitente.
6. Ahora bien, en caso de que no se modifique la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en todo caso considero que convendría llevarse a cabo una modificación a la Ley General de Deuda Pública para que su artículo 18 párrafo tercero quede como sigue:

Tratándose de obligaciones derivadas de financiamientos de proyectos de infraestructura productiva de largo plazo referidos a actividades prioritarias y mediante los cuales las entidades adquieran bienes o servicios bajo cualquier modalidad, cuya fuente de pago sea el suficiente flujo de recursos que el mismo proyecto genere y en los que se cuente con la previa aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en los términos del artículo 30 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, el servicio de las obligaciones derivadas de los financiamientos correspondientes se considerará preferente respecto de nuevos financiamientos para ser incluidos en los presupuestos de egresos de los años posteriores hasta la total terminación de los pagos relativos.

7. Considero que por lo que respecta al artículo 30 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federa en su párrafo segundo, se podría modificar como sigue:

Tratándose de proyectos de infraestructura productiva de largo plazo a que se refiere el párrafo tercero al artículo 18 de la Ley General de Deuda Pública, en los que la mencionada Secretaría, en los términos que establezca el Reglamento de esta Ley, haya otorgado su autorización, las Entidades considerarán para efectos de esta Ley como pasivo directo los montos de financiamiento a pagar durante el ejercicio anual corriente y al ejercicio siguiente y el resto del financiamiento se considerará como pasivo contingente hasta el pago total del mismo.

La Entidad que se encuentre realizando proyectos de infraestructura a que se refiere el párrafo anterior, deberán solicitar en su proyecto de egresos los recursos necesario para cubrir en el ejercicio de que se trate, la cantidad a erogar como pasivo directo.

- 8.- Finalmente, y a pesar del desenlace que puedan tener los proyectos COT, puesto que recientemente fue anunciado por parte del Gobierno Federal un programa de rescate carretero, que parece indicarnos un fracaso en las decisiones económicas adoptadas para llevar a cabo estos proyectos, no se pudo incluir dentro de este estudio un análisis de dicho rescate puesto que el mismo, a pesar de haberse anunciado, no se han informado cifras definitivas ni en que va a consistir dicho rescate.

Sin embargo, considero que si podemos concluir que el fideicomiso ha servido como instrumento para la ejecución de este tipo de proyectos, y dada su versatilidad, servirá para desarrollar nuevos proyectos

económicos puesto que en un régimen de derecho positivo como el nuestro, a través de esta figura jurídica se han logrado concluir exitosamente esquemas financieros que sería difícil efectuar sin la intervención de un fideicomiso, ya que es en materia económica, sobre todo, donde los cambios rebasan por mucho la posibilidad del legislador para adecuar nuestro marco jurídico a las nuevas formas de la economía nacional y su entorno internacional.

## Bibliografía

**ACOSTA ROMERO, MIGUEL.** DERECHO BANCARIO. Tercera Edición. Editorial Porrúa. México, 1992., NUEVO DERECHO BANCARIO. Quinta Edición, 1995

-----  
**TEORIA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.** Decimasegunda Edición, Editorial Porrúa: México, 1995.

**BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO.** INFORME ANUAL 1994. Washington, D.C. 1994.

**BANCO MEXICANO SOMEX.** LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y EL FIDEICOMISO EN MÉXICO. Editorial Libros de México. México, 1982.

**BATIZA, RODOLFO.** EL FIDEICOMISO. Cuarta Edición, Editorial Porrúa. México, 1980.

-----  
**EL FIDEICOMISO, TEORÍA Y PRÁCTICA.** Séptima Edición. Editorial Jus. México, 1995.

-----  
**INSTITUCIONES Y DEPARTAMENTOS BANCARIOS DE TRUST.** Asociación de Banqueros de México A.C. 1955

**BERNAL MOLINA, JULIAN.** PRÁCTICA Y TEORÍA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO. Miguel Angel Porrúa. México, 1988.

**BRAVO VALDEZ, BEATRIZ, BRAVO GONZALEZ, AGUSTIN.** SEGUNDO CURSO DE DERECHO ROMANO. Onceava Edición. Editorial Pax-México. México, 1985.

**BOLTEN, STEVEN E.** ADMINISTRACIÓN FINANCIERA. Quinta Reimpresión. Editorial Limusa. México, 1993.

**CLARÉ Y MARTÍ POMPEYO.-** DE LA FIDUCIA Y DEL TRUST. ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO. Editorial Bosch. Barcelona, 1946.

**COLEGIO NACIONAL DE PROFESORES E INVESTIGADORES DE DERECHO FISCAL Y FINANZAS, AC.** *FINANCIAMIENTO DEL GASTO PÚBLICO*. Editorial Trillas. México, 1988.

**DÁVALOS MEJÍA, CARLOS.** *TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO. QUIEBRAS, TOMO II DERECHO BANCARIO Y CONTRATOS DE CRÉDITO*. Segunda Edición. Editorial Harla. México, 1996.

**DE PINA, RAFAEL DE PINA VARA, RAFAEL.** *DICCIONARIO DE DERECHO*. Decimoquinta Edición. Editorial Porrúa. México, 1988; Vigésima Segunda Edición, 1993.

**DELGADILLO GUTIÉRREZ, LUIS HUMBERTO.-** *ELEMENTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO*. Tercera Reimpresión. Editorial Noriega Limusa. México, 1991.

**DIARIO DE DEBATES DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS.** Año II No. 31, Diciembre 8, 1995.

**DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, JORGE ALFREDO.** *EL FIDEICOMISO*. Sexta Edición. Editorial Porrúa. México, 1996.

**FRAGA, GABINO.** *DERECHO ADMINISTRATIVO*. Trigesimo quinta Edición. Editorial Porrúa. México, 1977.

**GUTIÉRREZ DOMÍNGUEZ, FERNANDO.** *RÉGIMEN FINANCIERO DEL ESTADO*. Apuntes de la Especialidad en Derecho Administrativo. Universidad Panamericana. México, 1996.

**HERNÁNDEZ, OCTAVIO A.** *DERECHO BANCARIO MEXICANO*. Tomo II. Editorial de la Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas. México, 1956.

**IGLESIAS, JUAN.** *DERECHO ROMANO, INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO*. Novena Edición. Editorial Ariel. Barcelona, 1985.

**INSTITUTO MEXICANO DE CONTADORES PÚBLICOS.** *PRINCIPIOS DE CONTABILIDAD GENERALMENTE ACEPTADOS*. México, 1994.

**KRIEGER EMILIO.-** *MANUAL DEL FIDEICOMISO MEXICANO*. Editorial Dimensión. México, 1990.

- KRUGMAN, PAUL.** *ECONOMÍA INTERNACIONAL.* McGraw Hill. Colombia, 1994.
- KUNKEL, WOLFGANG.** *HISTORIA DEL DERECHO ROMANO.* Traducción por Juan Miquel. Novena Edición. Editorial Ariel. Barcelona, 1988.
- LEMUS GARCÍA, RAÚL.** *DERECHO ROMANO.* Editorial Limusa. México, 1964.
- LEÓN LEÓN, RODOLFO.** *EL FIDEICOMISO Y LAS CASAS DE BOLSA.* Academia Mexicana de Derecho Bursátil. México, 1991.
- LÓPEZ, JULIO.** Coordinador General. *LA NUEVA MACROECONOMÍA.* Nuevo Horizonte Editores. México, 1994.
- MADSEN, PIRIE.** *TEORÍA PRÁCTICA DE LA PRIVATIZACIÓN.* Traducción Gerardo A. Miel Landewerlin. Instituto Adam Smith. Londres
- MARGADANT FLORIS, G.** *EL DERECHO PRIVADO ROMANO.* Vigésimo Segunda Edición. Editorial Esfinge. México, 1997.
- PEÑALOZA SANTILLAN, DAVID.** *EL FIDEICOMISO PÚBLICO MEXICANO.* Editorial Cajica. México, 1983.
- PEQUEÑO LAROUSSE TÉCNICO.** México, 1977.
- RABASA OSCAR.** *EL DERECHO ANGLOAMERICANO. ESTUDIO EXPOSITIVO Y COMPARADO DEL COMMON LAW.* Fondo de Cultura Económica. México, 1944.
- REAL ACADÉMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA.** *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.* Vigésima Edición. Editorial Espasa-Calpe. Madrid, 1985.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, JOAQUÍN.** *CURSO DE DERECHO MERCANTIL.* Editorial Porrúa. México, 1993.
- SERRANO TRASVIÑA, JORGE.** *APORTACIÓN AL FIDEICOMISO.* Tesis. México, 1950.
- SUAYFETA OZAETA, JUAN.** *ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LOS ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO.* Apuntes del Diplomado en Servicios Fiduciarios. Insittuto Tecnológico Autónomo de México. México, 1997.
- THE NEW ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA.** 15th Edition. University of Chicago, 1989.

**TIONG, ROBERT.** *THE STRUCTURING OF BUILD-OPERATE-TRANSFER CONSTRUCTION PROJECTS.* Nanyang Technological University & Construction Industry Development Board. Singapore, 1992.

**VÁSQUEZ DEL MERCADO, OSCAR.** *CONTRATOS MERCANTILES.* Sexta Edición. Editorial Porrúa. México, 1996.

**VILLAGORDOA LOZANO, JOSÉ MANUEL.** *DOCTRINA GENERAL DEL FIDEICOMISO.* Segunda Edición. Editorial Porrúa. México, 1982.

**WILLIAMS, JEAN R.** Holzman J. Oscar Traductor. *GUÍA DE PRINCIPIOS DE CONTABILIDAD GENERALMENTE ACEPTADOS DE VIGENCIA EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.* Harcourt Brace. Orlando, 1995.

**ZAMORA, FRANCISCO.** *TRATADO DE TEORÍA ECONÓMICA.* Quinta Edición. Fondo de Cultura Económica. México, 1962.

**Hemerografía**

**ÁLVAREZ DEL CASTILLO, JOSÉ.** *APLICACIÓN DE LA INGENIERÍA FINANCIERA.* Primer Simposium de Proyectos de Infraestructura Concesionada. Sociedad Mexicana de Ingeniería Económica Financiera y de Costos. México, 1991.

**AUNGENBLICK, MARK AND CUSTER JR. B., SCOTT.** *EL MÉTODO CONTRUYA, OPERE Y TRANSFERA PARA PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA EN PAÍSES DE DESARROLLO.* Washington, Shaw, Pittman, Potts & Townbridge, preparado para el Banco Mundial. Agosto, 1990.

**DE LA PEZA, JOSÉ LUIS.** *EL FIDEICOMISO EN MÉXICO, NATURALEZA, ANTECEDENTES Y DESARROLLO.* Revista de Investigaciones Jurídicas. No. 2, Escuela Libre de Derecho, 1978.

**FREER, JIM.** *A QUESTION OF CONFIDENCE.* LatinFinance. Numer Seventy-Three. December, 1995.

**FRENCH DAVES, RICARDO.** *DIEZ AÑOS DE LA CRISIS DE LA DEUDA LATINOAMERICANA.* Revista Comercio Exterior. Vol. 43. No. 1 enero, 1993.

**GUASCH, CARLOS.** *ASPECTOS FINANCIEROS DE LAS CONCESIONES.* Coloquio Binacional sobre Obras Concesionadas de Infraestructura del Transporte. Manzanillo. México, 1992.

**INTERAMERICAN DEVELOPMENT BANK.** *PRIVATIZATION OF TRANSPORT ACTIVITIES IN LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN REGION.* Third Report. Washington, D.C. November, 1992.

**PEREIRA, LUIS A.** *PRIVATIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DEL SECTOR.* Banco Mundial. Seminario Regional de Financiamiento del Sector y Recuperación de Costos. Tegucigalpa Honduras. Mayo, 1992.

**SÁNCHEZ MEDAL, RAMÓN.** *LA VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO MEXICANO.* Revista de Investigaciones Jurídicas. Año 4 No. 4. Escuela Libre de Derecho. 1980

**SEDELNIK, LISA.**- *NEW BREED OF INTERNATIONAL FUND TARGETS, LATIN INFRASTRUCTURE, SECTOR FUND SURGE.* LatinFinance. Numer Seventy-Three.- December, 1995.

**STANFIEL, MITCHEL.** *MODERNIZACIÓN DE INFRAESTRUCTURA CARRETERA A TRAVÉS DE CONCESIONES DE AUTOPISTAS DE CUOTA EN MÉXICO.* Departamento de Transporte de los Estados Unidos de Norteamérica. Washington, D.C. Diciembre, 1994.

**LECONA, RAMON.***TENDENCIAS A LA GLOBALIZACIÓN DE LOS MERCADOS FINANCIEROS, IMPLICACIONES PARA AMÉRICA LATINA.* Conferencia dictada en la Cuarta Reunión de Técnicas de Supervisión Bancaria de América Latina. Centro de Estudios Monetarios de Latinoamérica. México, 1991.

### **Legislación Consultada**

**Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**  
**Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal**  
**Código de Comercio**  
**Código Fiscal de la Federación**  
**Ley de Adquisiciones y Obras Públicas**  
**Ley de Instituciones de Crédito**  
**Ley de Inversión Extranjera**  
**Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal**  
**Ley de Planeación**  
**Ley del Banco de México**  
**Ley del Impuesto al Valor Agregado**  
**Ley del Impuesto Sobre la Renta**  
**Ley del Mercado de Valores**  
**Ley Federal de Competencia Económica**  
**Ley Federal de Entidades Paraestatales**  
**Ley Federal de Instituciones de Fianzas**  
**Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos**  
**Ley General de Bienes Nacionales**  
**Ley General de Deuda Pública**  
**Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros**  
**Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito**  
**Ley Orgánica de la Administración Pública Federal**  
**Ley Orgánica de Banco Nacional de Comercio Exterior**  
**Ley Orgánica de Banco Nacional de Comercio Interior**  
**Ley Orgánica de Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos**  
**Ley Orgánica de Nacional Financiera**  
**Ley para Regular las Agrupaciones Financieras**  
**Reglamento de la Ley Federal de Entidades Paraestatales**  
**Reglamento de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal**

### **Decretos**

**Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio de 1997**

**Manual de Normas para el Ejercicio del Gasto en la Administración Pública Federal**

**Disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito**

### **Circulares**

**Circular 13831-925 de fecha 2 de marzo de 1976 de la CNB**

**Circular 1343, Boletín B-20 de fecha 10 de enero de 1997 de la CNByV**

**Circular 2019/95 de Banco de México**

**Circular 102-E-307-DGBM-111-B de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público**