

EL FIDUCIARIO, ALCANCES Y RESPONSABILIDADES DE SU INTERVENCIÓN EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA

Alfredo GÓMEZ AGUIRRE

INTRODUCCIÓN

Dentro del aspecto de infraestructura tuvieron gran auge, hasta antes del 31 de diciembre de 1975, los fideicomisos para desarrollos urbanos, por los cuales se afectaba, sin causar el impuesto de traslado de dominio, una superficie de terreno para ser desarrollada, en teoría, por el fiduciario, quien realmente otorgaba poderes a los fraccionadores para que éstos llevaran a cabo todas las obras de infraestructura, dotación de servicios y demás actividades ajenas al manejo financiero que llevaban las instituciones fiduciarias. Estos fideicomisos son el origen de muchos desarrollos residenciales.

Cabe hacer mención que la figura resurgió con las disposiciones fiscales vigentes, que establecen que cuando el fideicomitente se reserve la recuperación de la propiedad no se causa el impuesto de adquisición de inmuebles.

Por los años cincuenta, el gobierno federal decidió crear una serie de fideicomisos a los que en principio se asignó personal de las instituciones fiduciarias para que los administraran, y de ahí nació la figura del delegado fiduciario especial y las administraciones propias de los fideicomisos. Ello permitió que fuera precisamente la versatilidad y la capacidad

imaginativa de los funcionarios de las instituciones de crédito, quienes desarrollaran esta extraordinaria figura.

El fideicomiso se ha desarrollado estableciendo cada vez más limitaciones al fiduciario, que como es de todos sabido, hasta muy recientemente sólo podía ser una institución bancaria y actualmente lo pueden ser diversas instituciones no bancarias, como casas de bolsa, aseguradoras y afianzadoras, aunque estas últimas con campos de acción limitados a su propia esfera de acción.

LA RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO

Me referiré ahora a la responsabilidad de la institución fiduciaria, en la inteligencia de que este tema es general y no relativo únicamente a los proyectos de infraestructura.

Debemos de partir de que la institución de fideicomiso descansa en que sólo pueden ser fiduciarias las instituciones que están autorizadas por el Estado para desempeñar esa función; las cuales, como comentamos anteriormente, son entidades que por la regulación y supervisión que ejerce el Estado sobre ellas y por su especialización en el manejo de recursos de terceros, garantizan de mejor manera que esta figura no sea utilizada imprudentemente o en forma deshonesta.

Desde este punto de vista, la responsabilidad del fiduciario está regulada por disposiciones financieras y administrativas, además de las previstas en el derecho común.

La responsabilidad fiduciaria se ubica principalmente en lo pactado en el contrato de fideicomiso o la ley; por lo que es responsable civilmente —por los daños y perjuicios que ocasione— si en forma intencional o imprudente infringe alguna de sus obligaciones contractuales o legales, ya se trate de un acto o de una omisión. Además es responsable administrativamente ante la autoridad financiera competente —Banco de México o la Comisión Nacional Bancaria y de Valores— de las operaciones que realice en contravención a las disposiciones

legales a las que debe sujetarse en su calidad de intermediario financiero. Se da por descontado que el fiduciario cuenta con la calidad técnica suficiente para llevar a cabo las funciones que se le encomiendan en el contrato constitutivo, por lo tanto, su actuación debe estar en calidad a la altura de la encomienda aceptada.

La obligación fundamental del fiduciario es la de cumplir, de buena fe y con honradez, los fines establecidos en el contrato constitutivo para la realización de aquellos actos que le son encomendados por los fideicomitentes. Debe actuar con diligencia, conducirse como si se tratara de negocios propios y responder con ello a la confianza que le ha sido depositada. Además, la fiduciaria debe tener capacidad jurídica para adquirir, poseer y administrar los bienes entregados en fideicomiso, conforme a lo estipulado en el respectivo contrato.

Como se mencionó anteriormente, a partir de los años cincuenta se ha generalizado dentro de los usos y prácticas bancarias y consecuentemente se ha introducido al derecho la contratación de personas que con el carácter de directores, gerentes o secretarios técnicos, que en ocasiones coinciden con la figura del delegado fiduciario especial, llevan a cabo por decisión del fideicomitente la ejecución directa de los fideicomisos, con apoyo de personal que se contrata para cubrir las actividades sustantivas del fideicomiso, para las cuales normalmente las áreas fiduciarias de las instituciones de crédito, no cuentan con personal capacitado, ya que esto implicaría el contar con una plantilla de personal que abarcara conocimientos universales.

El fiduciario tiene amplias facultades para ejercer todos aquellos derechos que no le hayan sido expresamente prohibidos o se haya reservado el fideicomitente para sí, para un comité técnico o para terceras personas. Cada fideicomiso crea para el fiduciario en el contrato respectivo, una esfera de competencia dentro de la cual puede actuar válidamente, fue-

ra de ella incurre en responsabilidad. Esta esfera de competencia la fija el fideicomitente en el acto constitutivo.

Los artículos 351 y 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, precisan las facultades y obligaciones de la fiduciaria y sustancialmente que 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 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. Asimismo, la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que requiere para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto al constituirse el mismo, y no podrá excusarse o renunciar a su cargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio y obrar como buen padre de familia.

Según el artículo 27 del Código Civil, las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos. Así, las instituciones fiduciarias desempeñan su cometido y ejercitan sus facultades a través de funcionarios denominados delegados fiduciarios. El nombramiento de delegados fiduciarios tiene su base en el artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, debiendo las instituciones informar a la hoy Comisión Nacional Bancaria y de Valores, los nombramientos de sus delegados fiduciarios.

En el mencionado artículo 80 se señala que se podrá prever la formación de un comité técnico en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas y establece que cuando la institución de crédito se ajuste en su actuación a los dictámenes o acuerdos del comité estará libre de toda responsabilidad.

De conformidad con el artículo 78 del Código de Comercio, en los contratos mercantiles la ley suprema es la voluntad de las partes. Asimismo, el artículo 75, del mismo ordenamiento establece que son actos de comercio (fracción XIV) las operaciones de bancos; por otro lado la fracción XV, del artículo 46, de la Ley de Instituciones de Crédito establece que son operaciones de banca y crédito los fideicomisos a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y los mandatos y comisiones.

Menciono lo anterior, toda vez que la moderna práctica bancaria está basada, en aquellos negocios de empresa, en administraciones pactadas en el propio contrato de fideicomiso, en donde el fideicomitente se reserva el derecho de nombrar un comité técnico o normalmente lo designa en el acto constitutivo, otorgándole una serie de facultades que constituyen limitaciones a las facultades de la fiduciaria y la liberan de responsabilidad respecto de los actos que ésta ejecuta en cumplimiento de instrucciones del comité técnico, dentro de las cuales normalmente se encuentra la designación de un encargado, que como ya mencionamos puede ser director, gerente, secretario técnico o como guste llamarle el fideicomitente, quien no ejecuta labores secundarias que corresponden a fiduciarios, sino que realiza labores primarias, que el fideicomitente directamente o por conducto del comité, reserva para estas personas.

La fiduciaria, conforme al derecho mexicano, debe conducirse en la ejecución del fideicomiso como si se tratase de negocios propios, debe aplicar en su gestión sus conocimientos especializados en la materia y actuar como un buen padre de familia y con honradez.

Independientemente, conviene enunciar la obligación que tiene la fiduciaria de guardar el secreto bancario y fiduciario establecido en la Ley de Instituciones de Crédito; llevar contabilidades individuales por cada fideicomiso, mandato o comisión e informar de su gestión a los comités técnicos y, en su caso, a los fideicomitentes y/o fideicomisarios.

CONSIDERACIONES PARTICULARES DE ALGUNOS FIDEICOMISOS DE APOYO A LA INFRAESTRUCTURA

Pasaré ahora a referirme a la actividad del fiduciario en fideicomisos relacionados con proyectos de infraestructura, y especialmente al caso de Nacional Financiera, tomando como ejemplo algunos de los fideicomisos más importantes.

Como es sabido, en el año de 1974 se fusionaron los patrimonios del Fondo de Garantía y Fomento al Turismo, constituido en Nacional Financiera, y el Fondo de Infraestructura Turística, constituido en el Banco de México, para establecer, en cumplimiento a la Ley Federal de Fomento al Turismo, el Fondo Nacional de Fomento al Turismo (FONATUR).

El tema FONATUR es amplísimo, por lo que basta el recordar que este fideicomiso ha propiciado que la conjunción de organismos financieros nacionales e internacionales (Banco Mundial, BID), la intervención de diversas secretarías —SHCP (SPP), el entonces Departamento de Turismo, hoy secretaría, la hoy Secretaría de Comunicaciones y Transportes y en su época, la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas— conjuntaran esfuerzos para propiciar que a 21 años de creado este fondo, desarrollos como Cancún, Quintana Roo, Ixtapa, Guerrero, y Huatulco, Oaxaca, sean centros de atracción del turismo internacional, viéndose reflejado el éxito total de estos desarrollos y su impacto en la economía mexicana. Cabe agregar que siguen desarrollándose otros polos, principalmente en Baja California Sur.

Otro fideicomiso que ha tenido trascendencia dentro del aspecto de infraestructura, es el Fideicomiso para el Estudio y Fomento de Conjuntos, Parques, Ciudades Industriales y Centros Comerciales (FIDEIN), creado por acuerdo presidencial publicado en el *Diario Oficial* de 24 de diciembre de 1970, que tuvo gran impacto a nivel regional.

Por una parte, el FIDEIN realizó el desarrollo de ciudades industriales en 23 estados de la República, en la inteligencia

de que cada ciudad industrial era motivo de un fideicomiso específico, de los cuales, salvo tres que se constituyeron en BANOBRAS, están hasta la fecha administrados por NAFIN.

El FIDEIN, que se extinguió el 25 de noviembre de 1988, elaboraba los estudios, proyectos y principalmente el plan maestro de desarrollo de cada una de las ciudades industriales, a las que dotaba de terreno y procedía a su urbanización, dotación de obras de infraestructura; agua, luz, alcantarillado, drenaje pluvial y sanitario, en colaboración con los gobiernos estatales y municipales, lo que llevó a formalizar situaciones que actualmente son normales, como es el establecimiento de uso de suelo en estas ciudades industriales.

Es importante destacar que el FONATUR y el FIDEIN fueron calificados como entidades paraestatales de la administración pública federal centralizada y la publicación de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, el 29 de diciembre de 1976, junto con diversas leyes como son la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y su reglamento, la Ley General de Deuda Pública, la Ley General de Bienes Nacionales, la Ley de Adquisiciones sobre Obras Públicas, Reglamento de la Ley de Obras Públicas y, desde luego, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, por mencionar sólo algunas, cambiaron radicalmente las normas sobre las responsabilidades del fiduciario, en relación con estas entidades.

Con anterioridad, a la publicación de estas leyes, ya el fiduciario estaba restringido por los propios contratos de fideicomiso, en los que el fideicomitente se reservaba el derecho de nombrar un comité técnico,* figura que como se mencionó antes da especial importancia al manejo fiduciario.

Como es de su conocimiento, el comité técnico tiene las mismas funciones similares a las del consejo de administra-

* Para mayor profundidad consúltese la obra *Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*, México, Banco Mexicano Somex, 1982, pp. 477 a 495, capítulo redactado por Miguel Acosta Romero.

ción en las sociedades anónimas, con la diferencia de que el comité técnico no tiene facultades para actuar en representación de la fiduciaria, situación que es la esencia del consejo de administración; es decir, la facultad de representación. Lo que sí tiene plenamente el comité técnico es la facultad de decisión, respecto de aquellos asuntos que expresamente le encomienda el fideicomitente o, en su caso, conjuntamente con el fideicomisario en el contrato constitutivo o sus reformas, lo cual constituye una limitación a la actividad de la institución fiduciaria, y de acuerdo con los usos y prácticas bancarias que son fuente de derecho en materia de operaciones de crédito, la mayoría de las instituciones importantes de banca múltiple y, desde luego, la banca de desarrollo, tienen previsto en sus contratos para el desarrollo de grandes proyectos, que el comité técnico tenga la facultad de decidir sobre todos aquellos aspectos sustantivos del fideicomiso, tales como son los contratos a celebrar, con todas sus condiciones, desde luego, precios, forma de pago, plazos, penas convencionales y otros de su esencia; en su caso, la contratación de créditos, ya sea a favor o a cargo del fideicomiso; en aquellos que tienen por objeto la realización de obras, son estos comités los que establecen la aprobación de la contratación de profesionistas que van a realizar los estudios, proyectos y, desde luego, van a determinar las especificaciones, ruta crítica y demás elementos que se utilizan en este tipo de fideicomisos; situación que restringe la actividad del fiduciario, ya que es una reserva expresamente pactada en el contrato de fideicomiso, responsabilidades que quedan a cargo del comité técnico y, por consecuencia, de las personas que éste contrate.

Sin embargo, las instituciones fiduciarias deben tener mucho cuidado en que no se utilice su nombre para llevar a cabo acciones deshonestas, y en caso de que tengan conocimiento de alguna situación de esta naturaleza, deben hacerla del conocimiento inmediato del comité técnico y de quien, en su caso, corresponda, según la naturaleza de los hechos. Lo

anterior, recordando que la ley sigue considerando que el fiduciario debe actuar siempre como un buen padre de familia.

Continuando con el aspecto de las entidades paraestatales, respecto de los fideicomisos que han sido considerados como tales, la intervención del fiduciario se ha reducido, ya que quien impulsa la actividad del fideicomiso es el coordinador del sector al cual está asignado; es decir, en el caso de FONATUR, la Secretaría de Turismo; en el caso de FONACOT, la Secretaría del Trabajo, y así las demás entidades paraestatales de esta naturaleza; los aspectos financieros son vistos por la SHCP y la SECODAM.

Así, la actividad fiduciaria, en estos casos, se limita a la de un asesor, cuando se le consulta, principalmente, sobre materias que maneja la propia institución; es decir, créditos, tasas de interés, plazos, esperas, quitas, participación como agente financiero del gobierno federal y otros, situaciones que más bien corresponden al banco como tal y no al área fiduciaria.

La realidad es que estos fideicomisos son verdaderos organismos que deberían tener personalidad jurídica y patrimonio propios, que por su origen siguen conservando la personalidad del banco fiduciario y el patrimonio de afectación, al cual no me referiré, pues sería motivo de otra exposición, dada la multitud de opiniones de distinguidos jurisconsultos que, como es de su conocimiento, no se han puesto de acuerdo sobre la naturaleza del patrimonio en fideicomiso.

Los aspectos económicos, dentro de ellos el presupuesto y la estructura de personal del fideicomiso, son regulados por la SHCP a propuesta de la secretaría coordinadora de sector, y las actividades de supervisión y vigilancia están encomendadas a la SECODAM, por lo que, repito, la actividad de la fiduciaria es la de espectador, sobre todo si tomamos en cuenta la creación de la figura del delegado fiduciario especial, quien es propuesto por la coordinadora de sector y quien se constituye en el verdadero ejecutor de los fines del fideicomiso, apoyado por el equipo de trabajo que le aprueban las

autoridades competentes, con independencia de que sea designado con los requisitos antes mencionados por el consejo directivo o de administración del banco de que se trate.

Otro punto que considero de interés, es el relativo a la infraestructura carretera, al que me referiré a continuación:

El gobierno federal y algunos gobiernos estatales fijaron las bases para la intervención de empresas privadas en la construcción, ampliación, mantenimiento y operación de carreteras por todo el territorio nacional, con base en concesiones por los plazos necesarios para la recuperación de la inversión privada.

Ahora bien, un aspecto de importancia medular, consiste en que la concesión mencionada implica el derecho para el concesionario de cobrar directamente a los usuarios de la red carretera concesionada las cuotas que la autoridad fija, con base en los estudios adecuados, buscando la rentabilidad para el inversionista y la eficacia y seguridad del sistema carretero.

Este último aspecto mencionado de la eficacia y seguridad, aunado a la necesidad de ampliar el número de carreteras, resulta fundamental para lograr un desarrollo comercial, industrial, agrícola, acorde a las necesidades del país.

Volviendo al esquema del fideicomiso propiamente dicho, la empresa concesionaria de un tramo carretero en particular, afecta en fideicomiso el derecho de cobro de las cuotas de peaje derivado de la concesión, ingresos que serán el constituyente básico del patrimonio del fideicomiso.

Cabe destacar que la autoridad que otorga la concesión está permanentemente ejerciendo la supervisión del proyecto, tanto en el aspecto de cobro de cuotas, como de avance de las obras, señalización, servicios accesorios al usuario (sanitarios, estaciones de gasolina, auxilio vial, alimentos y otros), e incluso participando dentro del comité técnico del fideicomiso.

La responsabilidad directa de la fiduciaria en estos casos, es la siguiente:

Al momento de llevarse a cabo la constitución del fideicomiso, verificar que todos aquellos aspectos administrativos relativos a la concesión se encuentren debidamente soportados, para que el fideicomitente pueda afectar los derechos de cobro de los aforos que tenga el tramo carretero de que se trate; realizar un análisis de la viabilidad del proyecto, con base en dictamen emitido previamente por la Secretaría de Comunidades y Transportes, el cual es analizado por la subdirección de Avalúos de Nacional Financiera, en términos del artículo 228 h) de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a efecto de determinar, con base en el dictamen que a su vez emitió la SCT, el valor que tendrán los certificados de participación a emitirse, los que permitirán al constructor una recuperación de la inversión realizada o el pago de créditos obtenidos para llevar a cabo esta construcción; tendrá a su cargo, además, supervisar que se le entreguen verazmente las cantidades que se hayan pactado en el contrato de fideicomiso y, en su caso, en el acta de emisión respectiva, para ser incorporadas al patrimonio del fideicomiso, en las cuales están contempladas, desde luego, deducciones expresas que puede hacer el fideicomitente; trabajar conjuntamente con el representante común de los tenedores de certificados y, en su caso, con el agente colocador nacional o extranjero (*broker*), para el exacto cumplimiento de los pagos a favor de terceros, tanto en el país como en el extranjero.

Igualmente, con intervención de la autoridad que designe el gobierno federal o estatal, en su caso, supervisar que la operación del tramo carretero materia del fideicomiso, se encuentre en las condiciones pactadas de conservación y, en su caso, se le dé el mantenimiento correctivo y preventivo que se requiera de acuerdo con la concesión respectiva, trabajos que en su caso, realizará la persona que designe la autoridad competente federal o estatal (ingeniero independiente).

Por último, en cada periodo de pago de rendimientos y al vencimiento de la emisión, programar con toda oportunidad

las cantidades necesarias para hacer frente tanto al pago de rendimientos, como a la amortización de los certificados. Asimismo, invertir los fondos líquidos provenientes de los aforos, en los valores que le indique el comité técnico o, en su caso, en aquellos instrumentos de deuda gubernamentales o bancarios, que sean más convenientes.

Para terminar, quiero mencionar la participación que ha tenido Nacional Financiera en fideicomisos termoeléctricos para la construcción *llave en mano* de plantas termoeléctricas en los estados de Guerrero y Veracruz.

Estos fideicomisos no cuentan con administración; es decir, son manejados íntegramente por el personal de la institución fiduciaria, y se han conjuntado esfuerzos que constituyen al fiduciario en el centro de una serie de actividades que normalmente son desarrolladas por una empresa de gran envergadura, como es conjuntar mediante el instrumento denominado contrato de fideicomiso, la captación de recursos del exterior, el asociacionismo entre constructores extranjeros y mexicanos, la proveeduría de materiales de importación y del país, la ejecución total de plantas termoeléctricas; es decir, desde entregar el terreno en donde se va a realizar la obra sin construcción alguna, pasar por toda la etapa de obras de infraestructura, realización de las plantas en su periodo de construcción, periodo de prueba de funcionamiento y la definitiva puesta en marcha de las mismas.

Lo anterior, aparte de otros ejemplos que hay en NAFIN, nos muestra la versatilidad que tiene el fideicomiso para llevar a cabo obras de gran complejidad, con la participación de diversidad de personas, constructores, proveedores, financieros, bancos, dependencias del gobierno federal, agentes financieros y, desde luego, el fiduciario.

Cabe destacar que en estos fideicomisos el fiduciario lleva a cabo el cumplimiento de todos y cada uno de los fines pactados en los contratos, mediante instrucciones que le gira la

CFE y su responsabilidad es actuar no sólo en el cumplimiento del contrato, sino como buen padre de familia, propiciando la oportuna utilización de los recursos financieros del exterior y nacionales, la supervisión de la llegada de las mercancías y su paso por las aduanas respectivas, lo que implica su vigilancia permanente sobre: los permisos de importación, requisitos que imponen las leyes del país de origen y las mexicanas, para la correcta internación de los insumos que van a ser utilizados; obtención de los permisos, licencias y autorizaciones para la realización de las obras, atención conjunta con la CFE, de los aspectos fiscales y, en general, llevar a cabo la supervisión para el efecto de que, en todo momento, se cubran los supuestos legales que contemplan cada una de las actividades de estos fideicomisos.

Las plantas termoeléctricas se encuentran en operación, y actualmente el fideicomiso está llevando a cabo la realización de los pagos a las entidades financieras.

De esta manera, en los fideicomisos que implican desarrollos de infraestructura, la actividad del fiduciario se determina con mayor detalle en la documentación soporte que da pie a la constitución del fideicomiso, tomando en cuenta que son proyectos de gran envergadura; sin embargo, siempre habrá situaciones no previstas en su origen y que, como en cualquier otro fideicomiso, el fiduciario deberá solventarlas, obrando como un buen padre de familia y con base a la confianza que el fideicomitente ha depositado en él.

Por último, es indudable que el fiduciario tiene que cuidar la calidad de su actuación, la responsabilidad de sus funcionarios y empleados, y tener en cuenta que muchas personas acuden al fiduciario porque se tiene fe en el cumplimiento debido de la encomienda, basada precisamente en la confianza que les otorga la figura mexicana de una institución de crédito, salvo casos de excepciones específicamente señaladas en distintas leyes, casas de bolsa, aseguradoras y afianzadoras.

Así la responsabilidad del fiduciario será la de una persona moral al llevar a cabo un contrato regulado por el derecho positivo. Insisto, la de un buen padre de familia.