

ALGUNOS RASGOS DE CONTRATOS CELEBRADOS PARA EL DESARROLLO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA, MEDIANTE FIDEICOMISOS EN QUE HA PARTICIPADO LA COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD

Francisco J. TREVIÑO MORENO

Muy distinguidos ponentes y comentaristas: reciban nuestro más cumplido agradecimiento por compartir su vasta experiencia y las luces de su reflexión jurídica, en torno a una figura que ha permitido la consecución de múltiples objetivos, dentro de un marco de legalidad, seguridad jurídica y flexibilidad, en escenarios cada vez más complejos: el fideicomiso.

La segunda mitad de este siglo se ha caracterizado, quizá más que ninguna otra etapa en la historia del hombre, por el cambio acelerado, convertido en el signo permanente de nuestro tiempo.

Además, múltiples cuestiones determinan el amanecer del próximo milenio: la consolidación de una nueva correlación de fuerzas mundiales; las tendencias hacia la globalización financiera y comercial, dirigidas a la estructuración del libre mercado como eje de la actividad económica mundial; la participación preeminente del sector privado en esa área; las dificultades cada vez mayores para el financiamiento del desarrollo; la instrumentación de políticas de desregulación; el retiro del sector público de áreas tradicionalmente reservadas a él; la entronización de los valores democráticos; la importancia determinante de los temas ecológicos; la reacción de las etnias y nacionalidades en defensa de sus valores históricos; la simplificación de la diversidad ideológica; el desarrollo sustentable, tan sólo por citar algunas, que han complicado las

indisolubles y delicadas relaciones entre economía y política, en una superficie geográfica cada vez mayor.

México no ha quedado al margen de la influencia de estos fenómenos globales; es más, en algunos casos ha sido el ejemplo. A veces, la velocidad con que han evolucionado nuestras estructuras, instituciones, o simplemente nuestras prácticas comerciales, no ha podido ser seguida por aquella que nuestro propio sistema ha dado a la tarea de actualizar el marco jurídico y regulatorio de ciertas actividades.

El fideicomiso es quizá un buen ejemplo de ello. La ley que lo regula data de 1932. Su concepción y tratamiento es de una pulcritud digna de mención. Ha sido objeto de dos modificaciones en sesenta años y sigue cumpliendo con su objetivo de regular con propiedad a los fideicomisos, públicos y privados, que hoy en día operan en México.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en sólo 14 artículos, con sencillez y profundidad, ha permitido que en nuestro país, el fideicomiso se haya adaptado con enorme flexibilidad, generando confianza entre la población nacional y extranjera. Basta recordar que en la banca mexicana, no existe institución de crédito, de cobertura nacional, que no cuente con una división fiduciaria.

Por estas y otras razones es que no dudamos en reconocer: *a)* la enorme utilidad del fideicomiso para la realización de todo tipo de propósitos (siempre legales); *b)* su gran arraigo dentro de nuestra sociedad, la que confía en la figura y en las instituciones fiduciarias; *c)* las bondades de su regulación en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito; y *d)* la flexibilidad y seguridad jurídica que aporta en la ejecución de negocios complejos.

Sin embargo, no está de más cuestionar si su regulación responde satisfactoriamente a las necesidades actuales y futuras, y si conviene estructurar un ordenamiento específico que concentre las disposiciones que hay sobre la materia en forma dispersa, aprovechando tanto la experiencia y evolución que

la figura del fideicomiso ha tenido en otros países como la doctrina internacional.

En el caso concreto que abordaremos sobre el fideicomiso y los proyectos de infraestructura, es conveniente señalar que el estado mexicano busca alentar la participación de la inversión privada, nacional y extranjera, en la creación de obras de infraestructura para atender las necesidades básicas de la población.

Veamos el caso del sector eléctrico: La Comisión Federal de Electricidad es una de las compañías eléctricas más importantes del mundo; provee electricidad a 92 millones de mexicanos; tiene cobertura en el 98% del territorio nacional; factura sus servicios a casi 16 millones de clientes; tiene una capacidad de generación de 32 mil megavatios, genera ingresos del orden de 5 mil millones de dólares anuales y muestra un alto índice de crecimiento que ha sido del orden del 5% anual en la última década, incluyendo 1995.

Como ustedes saben, el servicio público de energía eléctrica está reservado al Estado por disposición constitucional. Por su parte, la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica considera que determinadas actividades de generación no constituyen servicio público y, por lo tanto, admiten la participación de los particulares; tal es el caso de los llamados genéricamente productores externos de energía, que pueden establecerse bajo la modalidad de cogenerador, autoconsumidor, pequeño productor y productor independiente.

La historia de México se ha caracterizado porque la riqueza interna producida ha sido insuficiente para financiar su desarrollo, hasta el punto de llevar a la mayoría a niveles mínimos de bienestar. Las necesidades siempre han superado los recursos disponibles. Por otra parte, tratándose de infraestructura básica, su construcción y operación fue entendida como una responsabilidad exclusiva del estado, hasta hace apenas unos diez años.

La política en la que sólo el Estado intervenía en las áreas de infraestructura básica: transporte, comunicaciones, energía eléctrica y agua, se explicaba en parte, en virtud del modelo de desarrollo seguido y porque no existía en el país capital privado suficiente para hacer frente a los requerimientos financieros de este tipo de obras.

Adicionalmente, por efecto de la globalización y el perfeccionamiento de las telecomunicaciones que permiten actuar, en tiempo real, a miles de kilómetros de distancia, el mercado mundial de capitales ha desarrollado diversas e ingeniosas formas de financiamiento de proyectos, todas ellas complejas, que implican una sucesión interdependiente de contratos.

Sin embargo, el capital internacional disponible para financiar el desarrollo en todo el mundo es escaso, por lo que existe una recia competencia entre países y entre proyectos, para captar los recursos disponibles.

Por ello, los planteamientos se han ido sofisticando, tratando de encontrar equilibrio entre el riesgo y la viabilidad de dichos proyectos, ya que, en la actualidad, el Estado promotor quiere que los particulares inviertan y desarrollen esos complejos proyectos de infraestructura, y los inversionistas aspiran a obtener los mejores rendimientos posibles en proporción a su riesgo, pero no siempre desean permanecer en un negocio de este tipo, más allá de lo necesario para amortizar sus inversiones y obtener un premio, generalmente calificado como razonable.

En nuestro país, la instrumentación de la mayoría de los proyectos de infraestructura no desarrollados por el Estado han sido concebidos con un fideicomiso como eje para la obtención de los financiamientos, para garantizar el flujo de pago de los créditos; la ejecución de las obras y su operación durante su vida útil, incluyendo el mantenimiento.

En el sector energético, desde hace poco más de un lustro, se diseñó una estrategia que consideró tres diferentes fuentes para financiar su expansión, la cual reclama cuantiosas inver-

siones, que hoy en día se estiman en cerca de 13 mil millones de dólares para los próximos 5 o 7 años, a saber:

- a) los recursos presupuestales;
- b) los productores externos de energía (que como he dicho, es la única área donde la ley permite la participación privada), y
- c) los esquemas de construcción-arrendamiento-transferencia, mejor conocidos como *BLT* (*built-lease-transfer*).

Los proyectos *BLT*, que en nuestro sistema podríamos llamar de impacto diferido, encuentran su origen en el derecho y el ámbito comercial anglosajón, en donde se buscaba, por una parte, participar en el desarrollo de grandes proyectos de infraestructura asociados a una fuente de pago gubernamental y, por la otra, que la suerte del proyecto, durante 20 o 30 años, no afectara el balance de la empresa que lo ejecutara, razón por la cual se estructuraba la operación mediante un fideicomiso, como eje de su instrumentación. El patrimonio correspondiente se fideicomitía; normalmente se obtenían financiamientos con la garantía, primero del contrato y después de la obra construida, que debería ser un proyecto viable desde el punto de vista financiero. La operación productiva de dicho proyecto constituía la fuente de repago.

Es usual, en este tipo de contratos, seleccionar mecanismos que aseguren los intereses jurídicos de las partes involucradas. En el caso del sector eléctrico mexicano, hablamos de proyectos de inversión en infraestructura por cantidades muy importantes que, por su envergadura, requieren de la estructuración acuciosa y armónica de las bases de licitación del proyecto que corresponda, así como de su contratación, la que normalmente podría considerar contratos de: fideicomiso, arrendamiento, promesa de donación, contratos financieros y las características técnicas a que deberá sujetarse el desempeño de la planta, línea de transmisión o subestación de que se trate.

Desde este punto de vista, el fideicomiso constituye un instrumento jurídico invaluable para hacer posibles y finan-

ciales proyectos de gran complejidad. En nuestro país, estos principios encontraron su propia forma de expresión en el sector eléctrico, caracterizándose por las siguientes notas típicas:

a) El contrato central de la operación es el arrendamiento, en la que el arrendador es el fiduciario y el arrendatario es la CFE. El adjudicatario del concurso constituye un fideicomiso para la administración de los recursos. El fiduciario es el titular de los bienes que serán arrendados y operados por la CFE. Otra forma posible para llevar a cabo proyectos de impacto diferido sería la concesión, pero no está considerada por el marco regulatorio del sector eléctrico;

b) Los adjudicatarios asumen la responsabilidad de la ejecución total del proyecto, desde la ingeniería de diseño hasta su entrega en operación;

c) El contrato de arrendamiento entre el fiduciario y la CFE se sujeta a condiciones suspensivas, que incluyen la de que se ejecute íntegramente el proyecto y se reciba a satisfacción de la CFE;

d) En el contrato de arrendamiento se garantiza el uso pleno del inmueble y sus accesorios por parte de la CFE y que, una vez concluido el plazo de vigencia del contrato de arrendamiento, habiéndose realizado los pagos acordados, el fiduciario, por decisión unilateral del fideicomitente y los fideicomisarios originales, enajenará a título gratuito, o bien mediante un pago preconvenido, la central, las subestaciones o las líneas en favor de la CFE, sin reservarse derecho alguno al respecto;

e) La Comisión de Avalúos de Bienes Nacionales lleva a cabo la justipreciación de las rentas que deberán cubrirse al arrendador;

f) Las condiciones financieras, así como el régimen fiscal aplicable son aprobados por la SHCP;

g) No hay aval del gobierno federal ni de la CFE. El gobierno federal tampoco asume responsabilidad en cuanto a la garantía directa del pago por los créditos que contraten los ofertantes; y

h) Tratándose de un esquema de arrendamiento, la obligación de la CFE consiste en cubrir el importe de las rentas y honorarios que se hubiesen estipulado en favor de los fiduciarios, e incluir en sus presupuestos anuales de gasto corriente los importes respectivos.

Así planteada la operación, es claro que los adjudicatarios, normalmente, asumen sólo el riesgo que implica la construcción de los proyectos, los que una vez fideicomitidos son entregados a la CFE para su operación y mantenimiento y, una vez terminada la amortización de los costos y su financiamiento, el fideicomiso se extingue mediante el finiquito de los créditos respectivos y la transferencia de la propiedad al fideicomisario que es la CFE.

De hecho, en estas operaciones, el adjudicatario del proyecto correspondiente se constituye en fideicomitente y crea un fideicomiso, que desempeña el papel de ser un vehículo financiero, capaz de dar seguridad jurídica a los inversionistas que aportarán los recursos, con el apalancamiento del contrato de que se trate. En dicho fideicomiso, el fiduciario se obliga a:

a) Celebrar los contratos para la ejecución de las obras y los servicios y para la realización de las adquisiciones que el adjudicatario ofreció proveer para ejecutar el proyecto;

b) Administrar los recursos financieros que se aporten en fideicomiso, necesario para llevar a buen término el proyecto, cuyos componentes se incorporen a su vez al patrimonio fideicomitado en la medida en que se vayan produciendo;

c) Otorgar en arrendamiento a la CFE el uso y aprovechamiento de la planta, una vez puesta en operación, y satisfaga la amortización de la inversión a través de la aplicación a ese fin de las rentas, y

d) Transferir el dominio de esa planta al organismo con arreglo a los actos jurídicos que se establezcan y que hasta ahora han consistido en su donación pura y simple.

Los propósitos directos o indirectos a los que sirve la institución del fideicomiso en estos proyectos, son múltiples y

conlleven a su vez efectos de una gran diversidad con respecto a las partes y a terceros. Para la identificación de esos efectos, de los sujetos a quienes implican y de la aplicación de las distintas normas legales y reglamentarias que los rigen, se ha partido de un criterio adoptado corrientemente por los usos de las instituciones fiduciarias y expresado en algunas resoluciones jurisprudenciales, consistentes en atribuir efectos traslativos de dominio al destino de los bienes en fideicomiso para la obtención de los fines que se encomiendan al fiduciario.

Sin embargo, el texto de las disposiciones sobre fideicomiso en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y una corriente de la doctrina jurídica, no coinciden con ese criterio. En efecto, la citada ley no atribuye expresamente efectos transmisivos de la propiedad de los bienes, al destinarse éstos a los fines de un fideicomiso. Mejor dicho, encomienda de modo exclusivo a la institución fiduciaria el ejercicio de los derechos y obligaciones relacionados con esos bienes, en lo que respecta a alcanzar los fines del fideicomiso, así como su devolución al fideicomitente al concluir el mismo, en algunas hipótesis.

En la doctrina existe una disidencia entre quienes atribuyen efectos traslativos de dominio a la afectación de bienes en fideicomiso, para recaer en un patrimonio autónomo, sin dueño y sin personalidad, y quienes sostienen que esos bienes siguen perteneciendo al fideicomitente, si bien se abstraen del resto de su patrimonio en cuanto a los derechos y a las obligaciones que lo conforman, hasta el momento en que se llegaren a devolver al mismo fideicomitente, dejando por otra parte de pertenecerle si se transmiten al fideicomisario cuando ese fuese el fin del fideicomiso.

En este contexto, resulta de la mayor importancia, dilucidar si la propiedad fiduciaria recae o no en el fideicomitente, ya que ello ocasiona diversas consecuencias, que seguramente se abordarán en las exposiciones que tendrán lugar en el

transcurso de este evento, referente a “El fideicomiso y los proyectos de infraestructura”, las cuales se recopilan en este volumen.

Igualmente, es importante determinar, a la luz de los proyectos de infraestructura, cuál interpretación resulta más adecuada o más práctica, para que el fideicomiso como soporte jurídico, ayude al logro del objetivo de impulsar el desarrollo del país y, en su caso, efectuar los ajustes legales correspondientes.

Comentado este interesante tema jurídico con algunos estudiosos del negocio fiduciario, en un incipiente foro participativo, se produjo un común sentimiento sobre la necesidad de que el tema se revisara en un escenario algo más extendido e interdisciplinario.

Así, se concretó, con el apoyo del Instituto de Investigaciones Jurídicas, la organización de esta mesa redonda en que el mismo Instituto es anfitrión y coordinador, que incluye las autorizadas opiniones de juristas relevantes, tales como las de quienes han estado al frente de órganos gubernamentales en que inciden materias relacionadas con fideicomisos de fomento oficiales, de asesores de instituciones fiduciarias y de exponentes en la docencia y especialistas en la investigación universitarias.

Seguramente las intervenciones de los ponentes conducirán a una mayor comprensión de esta figura relevante del mundo jurídico; a su mejor aplicación en el financiamiento del desarrollo mexicano y, eventualmente, a un ajuste en su diseño normativo.

Nos anima un deseo del perfeccionamiento del fideicomiso porque ha sido fundamental para la contratación de obras muy importantes para el país y lo seguirá siendo en el futuro próximo.